WHOA

Wet Homologatie Onderhands Akkoord

WHOA Parlementaire Geschiedenis c.a.

Dit pdf-bestand wordt kosteloos ter beschikking gesteld om het gebruik van de WHOA te bevorderen.

Windt Le Grand Leeuwenburgh B.V. staat niet in voor de volledigheid of integriteit van dit bestand.

Dit bestand is niet beveiligd zodat er makkelijker mee kan worden gewerkt.

In deze bundel zijn opgenomen (zie voor uitgebreide inhoudsopgaaf de volgende pagina's):

- de bekendmaking en inwerkingtreding van de oorspronkelijke wet in het Staatsblad
- een vergelijking met Workshare® van het wetsvoorstel zoals ingediend en aangenomen
- het Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken
- kamerstukken bij het voorstel voor de WHOA, dossiernummer 35249
- handelingen stemming in de Tweede Kamer over amendementen, moties en het wetsvoorstel
- consultatiedocumenten WHOA (niet WCO II) en reacties
- consultatiedocumenten implementatie richtlijn herstructurering en reacties
- de bekendmaking en inwerkingtreding van de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie met memorie van toelichting en compare tegen de daarvoor geldende wet

Dit pdf-bestand is op tekst digitaal doorzoekbaar en voorzien van bladwijzers.

De bladwijzers corresponderen met de inhoudsopgaaf hieronder.

Versie 4, 10 januari 2023

Inhoud

- Staatsblad 2020, 414 (bekendmaking)
- Staatsblad 2020, 415 (inwerkingtreding)
- Vergelijking wetsvoorstel zoals ingediend en aangenomen
- Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken

Eerste Kamer

- D Eindverslag
- C Memorie van antwoord
- B Voorlopig verslag
- A Gewijzigd voorstel van wet

Tweede Kamer

- 27 Verslag wetgevingsoverleg

Moties (AS = algemene stemmen)

- Stemmingen moties
- 21 Aangenomen (AS), rechtvaardiger verdeling boedel (banken)
- 20 Ingetrokken, hanteerbaar maken WHOA voor mkb'ers
- 19 Aangenomen, beperken gebruik aandeelhoudersleningen
- 18 Aangenomen, beperken verpanding bij bedrijven
- 17 Aangenomen (AS), weigeringsgronden homologatie
- 16 Aangenomen (AS), debiteurvriendelijke maatregelen

Amendementen

- Stemming wetsvoorstel
- Stemmingen amendementen
- 26 Reactie op nader gewijzigde amendementen
- 25 Aangen. 2e n.g.a. t.v.v. 23 min’besch. schuldeisers
- 24 Aangen. n.g.a. t.v.v. 22 schrappen recht contant geld
- 23 N.g.a. t.v.v. 15 minimumbescherming schuldeisers
- 22 G.a. t.v.v. 13 schrappen recht contant geld
- 15 G.a. t.v.v. nr. 10 minimumbescherming schuldeisers
- 14 Aangen. g.a. t.v.v. 9 aparte klasse zekerheidsrechten
- 13 Amdm schrappen recht contant geld
- 12 Verw. amdm voorkomen onredelijke bevoordeling adh
- 11 Verw. amdm strenge eisen afwijken rangorde t.b.v. adh
- 10 Amdm minimumbescherming schuldeisers
- 09 Amdm aparte klasse zekerheidsrechten
- 08 Aangen. amdm evaluatie binnen 3 jaar

Verdere kamerstukken Tweede Kamer

- 07 Nota van wijziging
- 06 Nota naar aanleiding van het verslag
- 05 Verslag
- 04 Advies RvS en nader Rapport
- 03 MvT
- 02 Voorstel van wet
- 01 Koninklijke boodschap

Consultatiedocumenten WHOA

- Bericht consultatie WHOA

Consultatiedocumenten

- Voorontwerp WHOA
- MvT Voorontwerp WHOA

Reacties

- RvdR
- NVvR
- NOvA
- Hazelhoff Centre for Financial Law
- WHOA Business Rescue Team
- NVL
- Pensioenfederatie
- NVB
- EUMEDION
- INSOLAD
- Vakcentrales
- VNO-NCW en MKB-Nederland
- FAAN
- Commissie MKB – NBA
- EY
- PwC
- Kruger
- Boels Zanders
- Clifford Chance
- De Brauw Blackstone Westboek
- Houthoff
- Van Campen Liem Luxembourg
- Van den Herik & Verhulst
- NautaDutilh
- Over Rood

Implementatie richtlijn herstructurering en insolventie

- Wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie
- Memorie van toelichting
- Compare tegen de geldende wet

Consultatiedocumenten

- Bericht consultatie
- Implementatiewetsvoorstel
- Memorie van toelichting
- Reactie INSOLAD
- Reactie JIRA
- Reactie Kienhuis Hoving
- Reactie NOvA
- Reactie NVB
- Reactie ONL
- Reactie Pensioenfederatie
- Reactie vakcentrales
- Reactie Allen & Overy

Contactgegevens

Zie voor meer informatie **www.windtlegal.com**

Voor eventuele vragen kunt u met ons contact opnemen via onderstaande contactgegevens:



Ruben Leeuwenburgh
Advocaat-partner
010 2617 500
06 4355 0980
r.leeuwenburgh@windtlegal.com
www.windtlegal.com



Michiel Bindels
Advocaat-partner
010 2617 500
06 1320 6960
m.bindels@windtlegal.com
www.windtlegal.com



Marcel Windt
Advocaat-partner
010 2617 500
06 5365 4222
m.windt@windtlegal.com
www.windtlegal.com



Richard le Grand
Advocaat-partner
010 2617 500
r.legrand@windtlegal.com
www.windtlegal.com

Disclaimer

Deze bundel is geen advies of werkproduct van ons kantoor; dat wordt alleen opgesteld na opdrachtverlening, in de gegeven situatie. Hoewel zorg is besteed aan het samenstellen van deze bundel staat ons kantoor niet in voor de volledigheid of integriteit van dit bestand en daaraan kunnen jegens ons kantoor geen rechten worden ontleend.

Windt Le Grand Leeuwenburgh
ADVOCATEN

Versie 3, 24 maart 2022

Staatsblad
van het Koninkrijk der Nederlanden

Jaargang 2020

414

Wet van 7 oktober 2020 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om in de Faillissementswet een regeling te treffen op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord betreffende de herstructurering van schulden;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

De Faillissementswet wordt als volgt gewijzigd:

A

Na artikel 3c wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 3d

1. Als een eigen aangifte of een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het laatste in behandeling.

2. De behandeling van de eigen aangifte of het verzoek tot faillietverklaring wordt in ieder geval geschorst totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. Wijst de rechtbank het verzoek toe, dan kondigt zij daarbij tevens overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode af en blijft de schorsing tijdens die periode van kracht.

Aa

Het eerste lid van artikel 5 komt als volgt te luiden:

1. De verzoeken, bedoeld in het vorige artikel en in de artikelen 5a, 8, 9, 10, 11, 15c, tweede lid, 42a, 67, 155, 166, 198, 206, 371, eerste lid, 376, eerste lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, eerste lid, worden ingediend door een advocaat.

B

Na artikel 42 wordt ingevoegd een artikel 42a, luidende:

Artikel 42a

Een rechtshandeling die is verricht nadat de schuldenaar ter griffie van rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan niet met een beroep op het vorige artikel worden vernietigd, als de rechter op verzoek van de schuldenaar voor die rechtshandeling een machtiging heeft afgegeven. De rechter honoreert dit verzoek als:

a. het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord als bedoeld in de genoemde artikelen te kunnen blijven voortzetten, en

b. op het moment dat de machtiging wordt verstrekt redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

C

In artikel 47 wordt na «aangevraagd was,» ingevoegd «en er geen sprake was van een schorsing van de behandeling van die aanvraag overeenkomstig de artikelen 3d, tweede lid, en 376, tweede lid, onder c».

D

Aan artikel 54 wordt een lid toegevoegd, luidende:

3. Degene die een verrekening verricht, is te goeder trouw als bedoeld in het eerste lid als deze verrekening:

a. geschiedt nadat de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, en

b. wordt verricht in het kader van de financiering van de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming en niet strekt tot inperking van die financiering.

E

Aan artikel 215 worden twee leden toegevoegd, luidende:

3. Als een verzoek tot verlening van surseance en een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het laatste in behandeling en vindt in afwijking van het tweede lid geen voorlopige verlening van surseance plaats.

4. De behandeling van het verzoek en de voorlopige verlening van surseance van betaling worden in ieder geval geschorst totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. Wijst de rechtbank het verzoek toe, dan kondigt zij

daarbij tevens overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode af en blijft de schorsing tijdens die periode van kracht.

F

Na artikel 368 wordt opgenomen een nieuwe afdeling, luidend als volgt:

TWEEDE AFDELING HOMOLOGATIE VAN EEN ONDERHANDS AKKOORD

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 369

1. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op een natuurlijke persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, noch op een bank als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a, of een verzekeraar als bedoeld in artikel 213, onderdeel a, als schuldenaar.

2. Het in deze afdeling ten aanzien van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders bepaalde, is van toepassing op de schuldeisers en aandeelhouders die overeenkomstig artikel 381, derde lid, stemgerechtigd zijn.

3. Als de schuldenaar een vereniging of coöperatie is, is het in deze afdeling ten aanzien van aandeelhouders bepaalde van overeenkomstige toepassing op de leden.

4. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

5. Behoudens de gevallen waarin sprake is van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, is het in deze afdeling bepaalde niet van toepassing als de schuldenaar in de afgelopen drie jaar een akkoord heeft aangeboden dat bij een stemming als bedoeld in artikel 381 door alle klassen is verworpen of ten aanzien waarvan de rechtbank op de voet van artikel 384 de homologatie heeft geweigerd.

6. Een akkoord kan op basis van deze afdeling naar keuze worden voorbereid en aangeboden in een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

7. Of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen wordt bepaald:

a. op grond van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening voor zover het verzoeken betreft die worden ingediend in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement en de genoemde verordening van toepassing is, dan wel

b. artikel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

8. Het in deze afdeling ten aanzien van de rechtbank bepaalde is van toepassing op de rechtbank die ingevolge de artikelen 262 of 269 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering relatief bevoegd is om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen. Heeft een rechtbank zich in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement eenmaal relatief bevoegd verklaard om kennis te nemen van een verzoek ten aanzien van een schuldenaar, dan is deze rechtbank met uitsluiting van andere relatief bevoegde rechtbanken, eveneens relatief bevoegd om kennis te nemen van alle verdere verzoeken die in die procedure op grond van deze afdeling ten aanzien van de schuldenaar worden ingediend. Bieden meerdere rechtspersonen die samen een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek tegelijkertijd een akkoord aan op grond van deze afdeling, dan kunnen zij één van de gerechten die relatief bevoegd is, in een gezamenlijk verzoek vragen kennis te nemen van alle verzoeken die worden ingediend in het kader

van de totstandkoming van een akkoord ten aanzien van deze rechtspersonen op grond van deze afdeling.

9. Verzoeken aan de rechter in het kader van deze afdeling worden in raadkamer behandeld, tenzij het akkoord wordt voorbereid en aangeboden in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

10. Tegen de beslissingen van de rechtbank in het kader van deze afdeling staat geen rechtsmiddel open, tenzij anders is bepaald.

§ 2. De aanbieding van en stemming over een akkoord

Artikel 370

1. Als een schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, kan hij zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten en dat door de rechtbank overeenkomstig artikel 384 kan worden gehomologeerd.

2. Als een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar aan een schuldeiser als bedoeld in het eerste lid of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, is artikel 160 Fw van overeenkomstige toepassing, behoudens voor zover het een akkoord betreft als bedoeld in artikel 372, eerste lid. De derde kan voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord voldoet aan de schuldeiser geen verhaal nemen op de schuldenaar. Voldoet de derde een schuld van de schuldenaar of een deel daarvan, terwijl de schuldeiser voor die schuld of dat deel van de schuld op basis van het akkoord ook rechten aangeboden krijgt, dan gaan die rechten van rechtswege over op de derde indien en voor zover de schuldeiser als gevolg van de betaling van de derde en de op basis van het akkoord toegekende rechten, waarde zou ontvangen die het bedrag van zijn vordering, zoals deze bestond voor de homologatie van het akkoord, te boven gaat.

3. Zodra de schuldenaar start met de voorbereiding van een akkoord, deponeert hij een verklaring waaruit dit blijkt ter griffie van de rechtbank, alwaar deze gedurende uiterlijk één jaar zal blijven liggen. De deponering geschiedt kosteloos. Nadat de schuldenaar het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorlegt, kunnen zij de verklaring kosteloos inzien totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek, bedoeld in artikel 383, eerste lid, dan wel totdat het verslag, bedoeld in artikel 382, is gedeponeerd en de schuldenaar daarin meedeelt dat hij een dergelijk verzoek niet zal indienen.

4. Biedt de schuldenaar het akkoord aan in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement, dan verzoekt hij zodra de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van deze afdeling, de griffier van de rechtbank Den Haag onverwijld in de registers, bedoeld in de artikelen 19 en 19a, en in de Staatscourant melding te maken van de gegevens, bedoeld in artikel 24 van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening.

5. Als de schuldenaar een rechtspersoon is, heeft het bestuur voor het aanbieden van een akkoord als bedoeld in het eerste lid en de uitvoering van een akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd geen instemming nodig van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding en, voor zover en voor zolang de volgende afwijkingen nodig zijn en zonder afbreuk te doen aan het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders, zijn de artikelen 38, 96, 96a, 99, 100 lid 1, 107a en 108a en titel 5.3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede artikel 5:25ka van de Wet op het financieel toezicht en eventuele statutaire

bepalingen of tussen de rechtspersoon en haar aandeelhouders dan wel tussen twee of meer aandeelhouders onderling overeengekomen regelingen ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, niet van toepassing. Voor zover de uitvoering van een akkoord een besluit van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding vereist, treedt het akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd daarvoor in de plaats.

Artikel 371

1. Iedere schuldeiser, aandeelhouder of de krachtens wettelijke bepalingen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kunnen bij de rechtbank een verzoek indienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die aan de schuldeisers en aandeelhouders van een schuldenaar, of een aantal van hen, overeenkomstig deze afdeling een akkoord kan aanbieden. Ook de schuldenaar kan een dergelijk verzoek doen. In dit laatste geval is artikel 370, vijfde lid, van overeenkomstige toepassing. Wordt het verzoek toegewezen, dan kan de schuldenaar zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt geen akkoord aanbieden op basis van artikel 370, eerste lid. Wel kan hij een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen.

2. Heeft de rechter nog niet eerder een beslissing genomen in het kader van deze afdeling, dan vermeldt de verzoeker, bedoeld in het eerste lid, in het verzoek voor welke procedure als bedoeld in artikel 369, zesde lid, hij kiest en welke redenen daaraan ten grondslag liggen. Het verzoek bevat dan ook zodanige gegevens dat de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht toekomt. Is het verzoek niet ingediend door de schuldenaar, dan stelt de rechtbank de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid zich uit te laten over de keuze voor één van de in artikel 369, zesde lid, genoemde procedures. In geval van een geschil hierover, beslist de rechtbank welke van de in artikel 369, zesde lid, genoemde procedures toepassing vindt. Artikel 370, vierde lid, is van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het in dat lid bedoelde verzoek in dit geval kan worden gedaan door de herstructureringsdeskundige of de schuldenaar.

3. Een verzoek als bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn. Een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt in ieder geval toegewezen als het is ingediend door de schuldenaar zelf of gesteund wordt door de meerderheid van de schuldeisers.

4. De rechtbank kan één of meer deskundigen benoemen om een onderzoek in te stellen naar de vraag of sprake is van een toestand als bedoeld in het vorige lid. Artikel 378, zesde lid, eerste en vierde zin, en het zevende en achtste lid van dit artikel zijn dan van overeenkomstige toepassing.

5. Over een verzoek als bedoeld in het eerste lid, beslist de rechtbank niet dan nadat zij de verzoeker, bedoeld in het eerste lid, de schuldenaar en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Dit geldt ook voor de beslissingen, bedoeld in het tiende, twaalfde en dertiende lid. In de laatste drie gevallen roept de rechtbank ook de herstructureringsdeskundige op om te worden gehoord.

6. De herstructureringsdeskundige voert zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit.

7. De herstructureringsdeskundige is gerechtigd tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de schuldenaar waarvan hij kennisneming nodig acht voor een juiste vervulling van zijn taak.

8. De schuldenaar of zijn bestuurders en de aandeelhouders en commissarissen zo die er zijn, alsmede degenen die in dienst zijn van de schuldenaar, zijn verplicht de herstructureringsdeskundige alle inlichtingen te verschaffen als dit van hen wordt verlangd, op de wijze als daarbij is bepaald. Zij lichten de herstructureringsdeskundige eigener beweging in over feiten en omstandigheden waarvan zij weten of behoren te weten dat deze voor de herstructureringsdeskundige voor een juiste vervulling van zijn taak van belang zijn en verlenen alle medewerking die daarvoor nodig is.

9. Behoudens in het kader van de toepassing van het in deze afdeling bepaalde, deelt de herstructureringsdeskundige de verkregen informatie niet met derden.

10. De rechtbank bepaalt het salaris van de herstructureringsdeskundige. Ook stelt de rechtbank een bedrag vast dat de werkzaamheden van herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan gedurende het proces door de rechtbank op verzoek van de herstructureringsdeskundige worden verhoogd. Voor zover niet anders overeengekomen is, betaalt de schuldenaar deze kosten, met dien verstande dat als het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, de schuldeisers de kosten dragen. De rechtbank kan ten behoeve hiervan aan de aanwijzing de voorwaarde verbinden van zekerheidstelling of bijschrijving van een voorschot op de rekening van de rechtbank.

11. De herstructureringsdeskundige is niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van de poging om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen, tenzij hem een persoonlijk ernstig verwijt treft dat hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende herstructureringsdeskundige die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.

12. Zodra duidelijk wordt dat het niet mogelijk is om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen, stelt de herstructureringsdeskundige de rechtbank hiervan op de hoogte en verzoekt hij om de intrekking van zijn aanwijzing.

13. De aanwijzing eindigt van rechtswege zodra de rechtbank het akkoord overeenkomstig artikel 384 homologeert, tenzij de rechtbank bij haar homologatiebeslissing bepaalt dat deze nog met een door haar te bepalen termijn voortduurt. Daarnaast kan de rechtbank te allen tijde een herstructureringsdeskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen, een en ander op verzoek van hemzelf of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve.

14. Heeft de rechtbank nog niet eerder een beslissing genomen in het kader van deze afdeling, en ontleent zij haar rechtsmacht aan de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening, dan wordt in de aanwijzingsbeschikking vermeld of het een hoofdinsolventieprocedure dan wel een territoriale insolventieprocedure in de zin van de verordening betreft. Elke schuldeiser die niet al op basis van het vijfde lid in de gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze kenbaar te maken, kan gedurende acht dagen na de melding, bedoeld in artikel 370, vierde lid, daartegen in verzet komen op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid als bedoeld in artikel 5, eerste lid, van de genoemde verordening.

Artikel 372

1. Een akkoord als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan ook voorzien in de wijziging van rechten van schuldeisers jegens rechtspersonen die samen met de schuldenaar een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek mits:

a. de rechten van die schuldeisers jegens de betrokken rechtspersonen strekken tot voldoening of tot zekerheid voor de nakoming van verbintenissen van de schuldenaar of van verbintenissen waarvoor die rechtspersonen met of naast de schuldenaar aansprakelijk zijn;

b. de betrokken rechtspersonen verkeren in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid;

c. de betrokken rechtspersonen met de voorgestelde wijziging hebben ingestemd of het akkoord wordt aangeboden door een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, en

d. de rechtbank rechtsmacht heeft als deze rechtspersonen zelf een akkoord op grond van deze afdeling zouden aanbieden en een verzoek zouden indienen als bedoeld in artikel 383, eerste lid.

2. Bij een akkoord als bedoeld in het eerste lid:

a. verstrekt de schuldenaar, of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, ook de in artikel 375 genoemde informatie ten aanzien van de in het eerste lid bedoelde rechtspersonen, en

b. toetst de rechtbank bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve dan wel op verzoek of het akkoord ten aanzien van deze rechtspersonen voldoet aan artikel 384.

3. De schuldenaar dan wel de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, is bij uitsluiting bevoegd om ten behoeve van de in het eerste lid bedoelde rechtspersonen verzoeken bij de rechtbank in te dienen als bedoeld de artikelen 376, eerste lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, eerste lid.

Artikel 373

1. Als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, aan een wederpartij met wie de schuldenaar een overeenkomst heeft gesloten, een voorstel doen tot wijziging of beëindiging van die overeenkomst. Stemt de wederpartij niet in met het voorstel, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de overeenkomst tussentijds doen opzeggen, mits een akkoord is aangeboden dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank wordt gehomologeerd en de rechtbank daarbij toestemming geeft voor deze eenzijdige opzegging. De opzegging vindt in dat geval van rechtswege plaats op de dag waarop het akkoord door de rechtbank is gehomologeerd tegen een door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige gestelde termijn. Komt deze termijn de rechtbank niet redelijk voor, dan kan zij bij de verlening van de toestemming een langere termijn vaststellen, met dien verstande, dat een termijn van drie maanden vanaf de homologatie van het akkoord in elk geval voldoende is.

2. Na de eenzijdige opzegging, bedoeld in het eerste lid, heeft de wederpartij recht op vergoeding van de schade die hij lijdt vanwege de beëindiging van de overeenkomst. Afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing. Het akkoord, bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan voorzien in een wijziging van het toekomstige recht op schadevergoeding.

3. Het voorbereiden en aanbieden van een akkoord als bedoeld artikel 370, eerste lid, en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, alsmede gebeurtenissen en handelingen die daarmee of met de uitvoering van het akkoord rechtstreeks verband houden en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn, zijn geen grond voor

wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.

4. Is overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode afgekondigd, dan geldt tijdens die periode dat een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór de afkoelingsperiode, geen grond is voor de wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst voor zover zekerheid is gesteld voor de nakoming van de nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode.

Artikel 374

1. Schuldeisers en aandeelhouders worden in verschillende klassen ingedeeld, als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. In ieder geval worden schuldeisers of aandeelhouders die overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling dan wel een overeenkomst bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar een verschillende rang hebben, in verschillende klassen ingedeeld.

2. Concurrente schuldeisers worden tezamen in één of meer aparte klassen ingedeeld, als:

a. deze schuldeisers op het moment dat het akkoord overeenkomstig artikel 381 ter stemming wordt voorgelegd, een rechtspersoon zijn als bedoeld in de artikelen 395a en 396 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of een schuldeiser bij wie op dat moment vijftig of minder personen werkzaam zijn dan wel ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn met een vordering voor geleverde goederen of diensten of een vordering uit een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, en

b. aan deze schuldeisers op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden wordt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht wordt aangeboden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen.

3. Schuldeisers met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek worden enkel voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang geldt in één of meer klassen van schuldeisers met een dergelijk voorrang ingedeeld, tenzij hierdoor geen verandering ontstaat in de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd. Voor het overige deel van hun vordering worden deze schuldeisers ingedeeld in een klasse van schuldeisers zonder voorrang. Bij de bepaling van het deel van de vordering waarvoor de voorrang tot zekerheid strekt, wordt uitgegaan van de waarde die naar verwachting in een faillissement volgens de wettelijke rangorde door deze schuldeiser op basis van zijn pand- of hypotheekrechten verkregen zou zijn.

Artikel 375

1. Het akkoord bevat alle informatie die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich voor het plaatsvinden van de stemming, bedoeld in artikel 381, een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over het akkoord, waaronder:

a. de naam van de schuldenaar;

b. voor zover van toepassing de naam van de herstructureringsdeskundige;

c. voor zover van toepassing, de klassenindeling en de criteria op basis waarvan de schuldeisers en aandeelhouders in één of meerdere klassen zijn ingedeeld;

d. de financiële gevolgen van het akkoord per klasse van schuldeisers en aandeelhouders;

e. de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt;

f. de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement;

g. de bij de berekening van de waardes, bedoeld onder e en f, gehanteerde uitgangspunten en aannames;

h. als het akkoord een toedeling van rechten aan de schuldeisers en aandeelhouders behelst: het moment of de momenten waarop de rechten zullen worden toebedeeld;

i. voor zover van toepassing, de nieuwe financiering die de schuldenaar het in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan en de redenen waarom dit nodig is;

j. de wijze waarop de schuldeisers en aandeelhouders nadere informatie over het akkoord kunnen verkrijgen;

k. de procedure voor de stemming over het akkoord alsmede het moment waarop deze plaatsvindt dan wel waarop de stem uiterlijk moet zijn uitgebracht, en

l. voor zover van toepassing, de wijze waarop de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging overeenkomstig artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden gevraagd is of nog gevraagd zal worden advies uit te brengen.

2. Aan het akkoord worden gehecht:

a. een door behoorlijke bescheiden gestaafde staat van alle baten en lasten, en

b. een lijst waarop:

1°. de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij naam worden genoemd of, als dit niet mogelijk is, de schuldeisers of aandeelhouders onder verwijzing naar één of meer categorieën worden vermeld;

2°. het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld, en, indien van toepassing, wordt meegedeeld in hoeverre dat bedrag wordt betwist alsmede voor welk bedrag de schuldeiser of de aandeelhouder tot de stemming wordt toegelaten, en

3°. wordt meegedeeld in welke klasse of klassen zij zijn ingedeeld.

c. voor zover van toepassing, een opgave van schuldeisers of aandeelhouders die niet onder het akkoord vallen, bij naam of, als dit niet mogelijk is, onder verwijzing naar één of meer categorieën, alsmede een toelichting waarom zij niet worden meegenomen in het akkoord;

d. informatie over de financiële positie van de schuldenaar, en

e. een beschrijving van:

1°. de aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen;

2°. welke pogingen zijn ondernomen om deze problemen op te lossen;

3°. de herstructureringsmaatregelen die onderdeel zijn van het akkoord;

4°. de wijze waarop deze maatregelen bijdragen aan een oplossing, en

5°. hoeveel tijd het naar verwachting vergt om deze maatregelen uit te voeren;

f. voor zover van toepassing, een schriftelijke verklaring inhoudende welke zwaarwegende grond aanwezig is waardoor de concurrente schuldeisers, bedoeld in artikel 374, tweede lid, op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden krijgen die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht aangeboden krijgen dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen.

3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald welke informatie verder in het akkoord of in de daaraan te hechten bescheiden wordt opgenomen en op welke wijze deze informatie wordt verstrekt, alsmede kan worden voorzien in een standaardformulier.

Artikel 376

1. Als de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, en een akkoord als bedoeld in het eerste lid van dat artikel heeft aangeboden of toezegt dat hij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een dergelijk akkoord zal aanbieden, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen.

2. Tijdens de afkoelingsperiode, die geldt voor een termijn van ten hoogste vier maanden:

a. kan elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat er een akkoord wordt voorbereid;

b. kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, beslagen opheffen, en

c. wordt de behandeling van een verzoek tot verlening van surseance, een eigen aangifte of een door een schuldeiser jegens de schuldenaar ingediend verzoek tot faillietverklaring geschorst.

3. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

4. Het verzoek, bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat:

a. dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten, en

b. op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar hierbij gediend zijn en de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

5. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, hierom verzoeken voordat de uiterste termijn voor de afkoelingsperiode, bedoeld in het tweede lid, is verstreken, kan de rechtbank deze periode verlengen met een door haar te bepalen termijn, met dien verstande dat de totale termijn met inbegrip van verlengingen niet langer kan zijn dan acht maanden. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige dient in zijn verzoek aannemelijk te maken dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Dit laatste wordt geacht in ieder geval aan de orde te zijn als een verzoek tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 383, eerste lid, is ingediend.

6. In afwijking van het vijfde lid, wordt de afkoelingsperiode niet verlengd als:

a. de afkoelingsperiode is verzocht in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement, en

b. het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar, bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de verordening, genoemd in artikel 5, derde lid, in de drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van deze afdeling vanuit een andere lidstaat is verplaatst.

7. Ingeval de schuldenaar overeenkomstig artikel 239, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek een pandrecht heeft gevestigd op een vordering op naam of op het vruchtgebruik van een zodanige vordering, is de pandhouder tijdens de afkoelingsperiode niet bevoegd de mededeling, bedoeld in het derde lid van dat artikel, te doen of betalingen in ontvangst te nemen dan wel te verrekenen met een vordering op de schuldenaar, mits de schuldenaar op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt voor het verhaal van de pandhouder krachtens dat pandrecht.

8. De artikelen 241a, tweede en derde lid, 241c, 241d zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het bij de overeenkomstige toepassing van artikel 241a, derde lid, gaat om een termijn die aan de schuldenaar is gesteld.

9. Op verzoek van de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, kan de rechtbank bij haar beslissing tot het afkondigen van een afkoelingsperiode of gedurende de termijn waarbinnen deze geldt, voorzieningen treffen als bedoeld in artikel 379. Bij de afkondiging van een algemene afkoelingsperiode kan de rechtbank een observator als bedoeld artikel 380 aanstellen, als zij dit nodig oordeelt ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders.

10. Als niet langer wordt voldaan aan het eerste en het vierde lid, heft de rechtbank de afkoelingsperiode op. Zij kan dit ambtshalve doen of op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, of de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend.

11. De rechtbank beslist niet over het verlenen van een machtiging als bedoeld in het tweede lid, onder a, of verzoeken als bedoeld in het vijfde, negende en tiende lid dan nadat zij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, alsmede de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

12. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

13. Het verzoek tot verlening van surseance, de eigen aangifte of het verzoek tot faillietverklaring, bedoeld in het tweede lid, onder c, vervalt van rechtswege zodra de rechtbank het akkoord overeenkomstig artikel 384 heeft gehomologeerd. Was de schuldeiser op het moment dat hij het verzoek tot faillietverklaring indiende, niet op de hoogte van het feit dat er een akkoord werd voorbereid, dan beslist de rechter of de schuldenaar de kosten van het geding die de schuldeiser heeft gemaakt, moet vergoeden.

Artikel 377

1. Als de schuldenaar voor de afkondiging van de afkoelingsperiode, bedoeld in artikel 376, de bevoegdheid had tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen, dan wel de inning van vorderingen, blijft deze bevoegdheid hem tijdens de afkoelingsperiode toekomen, voor zover dit past binnen de normale voortzetting van de onderneming die hij drijft.

2. De schuldenaar maakt alleen gebruik van de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid, als de belangen van de betrokken derden, voldoende zijn gewaarborgd.

3. De rechtbank heft de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid op of beperkt het gebruik van deze bevoegdheid op verzoek van één of meer betrokken derden, als niet langer wordt voldaan aan het vorige lid. De rechtbank beslist hierover niet dan nadat zij de genoemde derden, de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is

aangesteld, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

Artikel 378

1. Voordat het akkoord overeenkomstig artikel 381, eerste lid, ter stemming is voorgelegd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, de rechtbank verzoeken een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord overeenkomstig deze afdeling, waaronder:

a. de inhoud van de informatie die in het akkoord of in de daaraan gehechte bescheiden is opgenomen, als ook de door de schuldenaar gehanteerde waardes en uitgangspunten en aannames, bedoeld in artikel 375, eerste lid, onderdelen e tot en met g;

b. de klassenindeling;

c. de toelating tot de stemming van een schuldeiser of aandeelhouder;

d. de procedure voor de stemming en binnen welke termijn nadat het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders is voorgelegd of hen is meegedeeld hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, de stemming redelijkerwijs zou mogen plaatsvinden;

e. of, als alle klassen instemmen met het akkoord, een afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 384, tweede en derde lid, alsnog aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan;

f. of, als niet alle klassen instemmen met het akkoord, een afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 384, tweede, derde en vierde lid, aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan, en

g. of, als de schuldenaar een rechtspersoon is als bedoeld in de artikelen 381, tweede lid, en 383, tweede lid, het bestuur zonder goede reden weigert instemming te verlenen voor het in stemming brengen van het akkoord of de indiening van het homologatieverzoek.

2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

3. De rechtbank behandelt de verzoeken die overeenkomstig het eerste lid aan haar worden gedaan zoveel mogelijk gezamenlijk en doet deze zoveel mogelijk op één zitting af.

4. Wordt de rechter op grond van het eerste lid verzocht zich uit te laten over de toelating van een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming of over de hoogte van het bedrag van de vordering van een stemgerechtigde schuldeiser dan wel het nominale bedrag van het aandeel van een stemgerechtigde aandeelhouder, dan bepaalt de rechtbank of en tot welk bedrag, deze schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. Artikel 147 is van overeenkomstige toepassing.

5. Wordt de rechter op grond van het eerste lid, onderdeel g, verzocht zich uit te laten over de weigering van het bestuur om de daar bedoelde instemming te verlenen en constateert hij dat het bestuur daarvoor geen goede reden heeft, dan kan de rechter op verzoek van de herstructureringsdeskundige bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur.

6. Als zij dit nodig acht in het kader van een door haar te nemen beslissing, kan de rechtbank één of meer deskundigen benoemen om binnen een door haar te bepalen termijn, die zo nodig kan worden verlengd, een onderzoek in te stellen en een beredeneerd verslag van bevindingen uit te brengen. De deskundigen leggen hun verslag neder ter griffie van de rechtbank, ter inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Artikel 371, zevende en achtste lid, zijn van overeenkomstige toepassing. De rechtbank kan te allen tijde een deskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen, een en ander op verzoek van hemzelf of ambtshalve.

7. Als informatie ontbreekt om de gevraagde beslissing te kunnen geven, kan de rechtbank de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een redelijke termijn gunnen om de ontbrekende gegevens te verstrekken, alvorens zij een beslissing neemt als bedoeld in het eerste en vierde lid.

8. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste en vierde lid dan nadat zij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, en de schuldeisers en aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks geraakt worden door de beslissing op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Wordt de rechter gevraagd om een beslissing te nemen als bedoeld in het vierde lid, dan is de vorige zin in ieder geval van toepassing op de schuldeiser of aandeelhouder, bedoeld in dat lid.

9. Beslissingen van de rechtbank op grond van dit artikel zijn slechts bindend voor die schuldeisers en aandeelhouders die op grond van het vorige lid door de rechtbank in de gelegenheid zijn gesteld om een zienswijze te geven.

10. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 379

1. Als de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige dan wel ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt.

2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 380

1. Als het akkoord overeenkomstig artikel 370 door de schuldenaar wordt voorbereid, kan een voorziening als bedoeld in artikel 379 zijn de aanstelling van een observator. Deze heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

2. Zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet zal lukken om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, stelt de observator de rechtbank hiervan op de hoogte. De rechtbank stelt in dat geval de observator en de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid een zienswijze te geven en verbindt hieraan de gevolgen die zij geraden acht. Een dergelijke gevolgtrekking kan zijn dat de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst als bedoeld in artikel 371.

3. Wordt na de aanstelling van een observator een verzoek ingediend tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 en wijst de rechtbank dit verzoek toe, dan trekt zij daarbij de aanstelling van de observator in.

4. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en het vijfde tot en met veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 381

1. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, legt het akkoord gedurende een redelijke termijn die in ieder geval niet korter is dan acht dagen, voor het plaatsvinden van de stemming voor aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders of bericht hen hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, zodat zij hierover een geïnformeerd oordeel kunnen vormen.

2. De herstructureringsdeskundige kan het akkoord alleen met instemming van de schuldenaar aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorleggen als:

a. de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, en

b. de schuldenaar of, als de schuldenaar een rechtspersoon is, de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een onderneming drijft waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.

Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen.

3. Stemgerechtigd zijn schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd.

4. Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op vorderingsrechten waarvoor geldt dat het economisch belang geheel of in overwegende mate ligt bij een ander dan de schuldeiser en waardoor die ander zich in een positie bevindt die, gegeven de omstandigheden van het geval, redelijkerwijs gelijkgesteld moet worden met die van een schuldeiser als bedoeld in het derde lid, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige deze ander in plaats van de schuldeiser uitnodigen naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de schuldeiser bepaalde van toepassing op de ander.

5. Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op aandelen ten aanzien waarvan certificaten zijn uitgegeven, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, de certificaathouder, in plaats van de aandeelhouder, uitnodigen om naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de aandeelhouder bepaalde van toepassing op de certificaathouders. Hetzelfde geldt voor vruchtgebruikers.

6. De stemming over het akkoord geschiedt per klasse van schuldeisers of aandeelhouders, overeenkomstig de in artikel 375, eerste lid, onderdeel k, gegeven informatie, in een fysieke of door middel van een elektronisch communicatiemiddel te houden vergadering of schriftelijk.

7. Een klasse van schuldeisers heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.

8. Een klasse van aandeelhouders heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van aandeelhouders die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen die klasse een stem hebben uitgebracht.

Artikel 382

1. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, eerste lid, zo die is aangewezen, stelt zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen zeven dagen na de stemming een verslag op dat vermeldt:

a. de namen van de schuldeisers en aandeelhouders of, als dit niet mogelijk is, een verwijzing naar één of meer categorieën van schuldeisers en aandeelhouders, die een stem hebben uitgebracht en of zij zich daarbij voor of tegen het akkoord hebben uitgesproken, alsmede de hoogte van het bedrag van hun vorderingen dan wel het nominale bedrag van hun aandelen;

b. de uitslag van de stemming, en

c. of de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige voornemens zijn een verzoek als bedoeld in artikel 383, eerste lid, in te dienen, en indien dat het geval is, wat verder rondom de stemming of, indien aan de orde, bij de vergadering waarin deze heeft plaatsgevonden, is voorgevallen en relevant is in het kader van dat verzoek.

2. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige stelt de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders onverwijld in staat van het verslag kennis te nemen. Wordt door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een verzoek gedaan als bedoeld in artikel 383, eerste lid, dan deponeert hij het verslag ter griffie van de rechtbank. Het verslag ligt aldaar ter kosteloze inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek, bedoeld in artikel 383, eerste lid.

§ 3. De homologatie van het akkoord

Artikel 383

1. Als ten minste één klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, de rechtbank schriftelijk verzoeken om homologatie van het akkoord. Als het akkoord een wijziging omvat van rechten van schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan, dient die ene klasse, bedoeld in de vorige zin, te bestaan uit schuldeisers die vallen binnen deze categorie schuldeisers.

2. De herstructureringsdeskundige kan alleen met instemming van de schuldenaar een homologatieverzoek indienen als:

a. de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging;

b. niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd, en

c. de schuldenaar of, als de schuldenaar een rechtspersoon is, de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een onderneming drijft waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.

Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen.

3. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

4. De rechtbank bepaalt zo spoedig mogelijk bij beschikking de zitting waarop zij de homologatie behandelt. Heeft de schuldenaar een verzoek ingediend tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd en heeft de rechtbank nog geen herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 aangewezen of een observator als

bedoeld in artikel 380 aangesteld, dan stelt de rechtbank bij dezelfde beschikking alsnog een observator aan.

5. Van de beschikking, bedoeld in het vierde lid, geeft de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige onverwijld schriftelijk kennis aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.

6. De zitting wordt ten minste acht en ten hoogste veertien dagen nadat het homologatieverzoek is ingediend en het verslag, bedoeld in artikel 382, ter griffie ter inzage is gelegd, gehouden.

7. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid wil gebruiken om een overeenkomst overeenkomstig artikel 373, eerste lid, eenzijdig op te zeggen, dan omvat het homologatieverzoek tevens een verzoek om toestemming voor die opzegging.

8. Tot aan de dag van de zitting, bedoeld in het vierde lid, kunnen stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij de rechtbank een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Tot dat moment kan ook de wederpartij bij de overeenkomst, bedoeld in het vorige lid, een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het verzoek tot verlening van toestemming voor de opzegging, bedoeld in dat lid.

9. Een schuldeiser, aandeelhouder of wederpartij als bedoeld in het vorige lid kan geen beroep doen op een afwijzingsgrond, als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die afwijzingsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, terzake heeft geprotesteerd.

Artikel 384

1. Heeft de rechtbank rechtsmacht om het verzoek tot homologatie van het akkoord in behandeling te nemen, dan geeft zij zo spoedig mogelijk haar met redenen omkleed vonnis waarbij zij dit verzoek en, indien aan de orde, een verzoek om toestemming voor de opzegging van een overeenkomst als bedoeld in artikel 383, zevende lid, toewijst, tenzij zich één of meer van de afwijzingsgronden, bedoeld in het tweede tot en met het vijfde lid, voordoet.

2. De rechtbank wijst een verzoek tot homologatie van het akkoord af als:

a. van een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, geen sprake is;

b. de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige niet jegens alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders heeft voldaan aan de verplichtingen, bedoeld in de artikelen 381, eerste lid, en 383, vijfde lid, tenzij de desbetreffende schuldeisers en aandeelhouders verklaren het akkoord te aanvaarden;

c. het akkoord of de daaraan gehechte bescheiden niet alle in artikel 375 voorgeschreven informatie omvatten, de klasseindeling niet voldoet aan de eisen van artikel 374 of de procedure voor de stemming niet voldeed aan artikel 381, tenzij zodanig gebrek redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;

d. een schuldeiser of de aandeelhouder voor een ander bedrag tot de stemming over het akkoord had moeten worden toegelaten, tenzij die beslissing niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;

e. de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd;

f. de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord nieuwe financiering aan wil gaan en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk worden geschaad;

g. het akkoord door bedrog, door begunstiging van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders of met behulp van andere oneerlijke middelen tot stand is gekomen, onverschillig of de schuldenaar dan wel een ander daartoe heeft meegewerkt;

h. het loon en de verschotten van de door de rechtbank ingevolge respectievelijk de artikelen 371, 378, zesde lid, en 380 aangewezen of aangestelde herstructureringsdeskundige, deskundige of observator niet zijn gestort of daarvoor geen zekerheid is gesteld, of

i. er andere redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.

3. Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, kan de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord, afwijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.

4. Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd en zijn ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten en in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd hadden moeten worden ingedeeld, wijst de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, af als:

a. bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd, aan een klasse van schuldeisers als bedoeld in artikel 374, tweede lid, een uitkering in geld wordt aangeboden die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht aangeboden zal worden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen, terwijl daarvoor geen zwaarwegende grond is aangetoond;

b. bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd ten nadele van de klasse die niet heeft ingestemd wordt afgeweken van de rangorde bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling, dan wel een contractuele regeling, tenzij voor die afwijking een redelijke grond bestaat en de genoemde schuldeisers of aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad;

c. de genoemde schuldeisers, niet zijnde schuldeisers als bedoeld in onderdeel d, op basis van het akkoord niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting aan betaling in geld zouden ontvangen, of

d. het schuldeisers betreft met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek die de schuldenaar bedrijfsmatig een financiering heeft verstrekt en op basis van het akkoord in het kader van een wijziging van hun rechten, aandelen of certificaten hiervan aangeboden krijgen en daarnaast niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in een andere vorm.

5. Op verzoek van de wederpartij bij de overeenkomst wijst de rechtbank het verzoek om toestemming voor de opzegging van een overeenkomst, bedoeld in artikel 383, zevende lid, af op de grond bedoeld in het tweede lid, onder a.

6. Artikel 378, zesde lid, is van overeenkomstige toepassing.

7. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste lid dan nadat zij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, en de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders, dan wel de wederpartij, zo die een verzoek tot afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord of tot verlening van toestemming voor de opzegging van de overeenkomst als bedoeld in artikel 383, achtste lid, hebben ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

8. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

§ 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord

Artikel 385

Het gehomologeerde akkoord is verbindend voor de schuldenaar en voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Heeft niet de schuldeiser of aandeelhouder, maar ingevolge artikel 381, vierde of vijfde lid, een ander over het akkoord gestemd, dan is het akkoord desalniettemin verbindend voor de schuldeiser of aandeelhouder.

Artikel 386

Het vonnis van homologatie levert ten behoeve van de stemgerechtigde schuldeisers met niet door de schuldenaar betwiste vorderingen een voor tenuitvoerlegging vatbare titel op tegen de schuldenaar en tegen de tot het akkoord als borgen toegetreden personen, voor zover de schuldeisers op basis van het akkoord een vordering krijgen tot betaling van een geldsom.

Artikel 387

1. De schuldenaar is in verzuim bij iedere tekortkoming in de nakoming van het akkoord en is verplicht de schade die de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders daardoor lijden te vergoeden, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Artikel 75 en afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing.
2. In het akkoord kan de ontbinding van het akkoord worden uitgesloten. Als het akkoord hiertoe geen bepaling omvat, is artikel 165 van overeenkomstige toepassing.

G

Aan het slot van artikel 362, tweede lid, wordt toegevoegd «, met uitzondering van de artikelen 262 en 269 van dat wetboek voor zover het verzoeken betreft die op basis van de tweede afdeling van titel IV worden ingediend in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement».

ARTIKEL II

In de Wet griffierechten burgerlijke zaken wordt een nieuw artikel 19a ingevoegd, luidende:

Artikel 19a

1. Voor de indiening van verzoeken als bedoeld in de artikelen 42a, 371, eerste lid, 376, eerste lid, 377, derde lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, zevende lid, van de Faillissementswet wordt van de verzoeker het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken met betrekking tot een vordering van onbepaalde waarde op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd.
2. Voor de indiening van een verzoek tot homologatie van een akkoord als bedoeld in artikel 383, eerste lid, van de Faillissementswet wordt van de verzoeker het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken met betrekking tot een vordering, dan wel een verzoek

met een beloop van meer dan € 100.000 op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd.

3. Voor de indiening van een verzoek tot afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 383, achtste lid, van de Faillissementswet wordt van een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd. De hoogte van het griffierecht wordt bepaald aan de hand van het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel.

4. Bij de toepassing van het eerste en het tweede lid geldt, dat als het verzoek wordt gedaan door een herstructureringsdeskundige, het griffierecht wordt geheven van de schuldenaar.

ARTIKEL IIA

Onze Minister voor Rechtsbescherming zendt binnen drie jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk.

ARTIKEL III

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

ARTIKEL IV

Deze wet wordt aangehaald als: Wet homologatie onderhands akkoord.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Kamerstuk 35 249

Gegeven te 's-Gravenhage, 7 oktober 2020

Willem-Alexander

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

Uitgegeven de *derde* november 2020

De Minister van Justitie en Veiligheid,
F.B.J. Grapperhaus

stb-2020-414
ISSN 0920 - 2064
's-Gravenhage 2020

Staatsblad
van het Koninkrijk der Nederlanden

Jaargang 2020

415

Besluit van 26 oktober 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet homologatie onderhands akkoord

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister voor Rechtsbescherming van 15 oktober 2020, directie Wetgeving en Juridische Zaken, nr. 3055566;
Gelet op artikel III van de Wet homologatie onderhands akkoord;

Hebben goedgevonden en verstaan:

Enig artikel

De Wet homologatie onderhands akkoord treedt in werking met ingang van 1 januari 2021.

Onze Minister voor Rechtsbescherming is belast met de uitvoering van dit besluit dat in het Staatsblad zal worden geplaatst.

's-Gravenhage, 26 oktober 2020

Willem-Alexander

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

Uitgegeven de *derde* november 2020

De Minister van Justitie en Veiligheid,
F.B.J. Grapperhaus

stb-2020-415
ISSN 0920 - 2064
's-Gravenhage 2020

NOTA VAN TOELICHTING

Dit besluit regelt dat de Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: WHOA) op 1 januari 2021 in werking treedt. De WHOA voorziet in twee procedures waarbinnen in geval van dreigende insolventie een akkoord tot stand kan worden gebracht: 1) een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en 2) een openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid, Fw). De openbare akkoordprocedure buiten faillissement zal worden aangemeld bij de Europese Commissie met het verzoek om deze procedure te laten opnemen op bijlage A van de Insolventieverordening.[1] De opname van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement op de genoemde bijlage, vergt een procedure die enige tijd in beslag neemt. Gelet op het belang van een spoedige invoering van de WHOA, wordt hier niet op gewacht. Voor de duidelijkheid wordt het volgende opgemerkt.

Voordat de rechter een beslissing neemt over verzoeken die in het kader van de totstandkoming van het akkoord aan hem worden voorgelegd, moet hij eerst vaststellen of hij rechtsmacht heeft om deze verzoeken in behandeling te nemen. Zodra de openbare akkoordprocedure is vermeld op bijlage A bij de Insolventieverordening, is in het kader van die procedure bepalend of het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar (de «COMI») gelegen is in één van de lidstaten van de EU (met uitzondering van Denemarken).[2] Is dit het geval dan zal – door de vermelding van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement op bijlage A – op grond van de Insolventieverordening worden bepaald of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Zolang de openbare akkoordprocedure buiten faillissement nog niet op bijlage A van de Insolventieverordening is vermeld, dient de vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft beantwoord te worden aan de hand van artikel 3 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv).

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

---

[1] Verordening 2015/848 van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, Pb. EU L 141/19.

[2] «COMI» is een begrip dat wordt gebruikt in artikel 3 lid 1 van de Insolventieverordening. Het gaat om «de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die als zodanig voor derden herkenbaar is».

~~Tweede~~Eerste Kamer der Staten-Generaal ~~2~~1

Vergaderjaar ~~2018–~~2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

A

~~Nr. 2~~ GEWIJZIGD VOORSTEL VAN WET
26 mei 2020

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten: Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om in de Faillissementswet een regeling te treffen op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord betreffende de herstructurering van schulden;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

De Faillissementswet wordt als volgt gewijzigd:

A

Na artikel 3c wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 3d

1. Als een eigen aangifte of een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het laatste in behan- deling.

2. De behandeling van de eigen aangifte of het verzoek tot faillietverklaring wordt in ieder geval geschorst totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. Wijst de rechtbank het verzoek toe, dan kondigt zij daarbij tevens overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode af en blijft de schorsing tijdens die periode van kracht.

kst-35249-~~2~~A ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage ~~2019~~

Aa

Het eerste lid van artikel 5 komt als volgt te luiden:

1. De verzoeken, bedoeld in het vorige artikel en in de artikelen 5a, 8, 9, 10, 11, 15c, tweede lid, 42a, 67, 155, 166, 198, 206, 371, eerste lid, 376, eerste lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, eerste lid, worden ingediend door een advocaat.

B

Na artikel 42 wordt ingevoegd een artikel 42a, luidende:

Artikel 42a

Een rechtshandeling die is verricht nadat de schuldenaar ter griffie van rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan niet met een beroep op het vorige artikel worden vernietigd, als de rechter op verzoek van de schuldenaar voor die rechtshandeling een machtiging heeft afgegeven. De rechter honoreert dit verzoek als:

a. het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord als bedoeld in de genoemde artikelen te kunnen blijven voort- zetten, en

b. op het moment dat de machtiging wordt verstrekt redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

C

In artikel 47 wordt na «aangevraagd was,» ingevoegd «en er geen sprake was van een schorsing van de behandeling van die aanvraag overeenkomstig de artikelen 3d, tweede lid, en 376, tweede lid, onder c».

D

Aan artikel 54 wordt een lid toegevoegd, luidende:

3. Degene die een verrekening verricht, is te goeder trouw als bedoeld in het eerste lid als deze verrekening:

a. geschiedt nadat de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdes- kundige is aangewezen, en

b. wordt verricht in het kader van de financiering van de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming en niet strekt tot inperking van die financiering.

E

Aan artikel 215 worden twee leden toegevoegd, luidende:

3. Als een verzoek tot verlening van surseance en een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het laatste in behandeling en vindt in afwijking van het tweede lid geen voorlopige verlening van surseance plaats.

4. De behandeling van het verzoek en de voorlopige verlening van surseance van betaling worden in ieder geval geschorst totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek tot aanwijzing van de herstructure- ringsdeskundige. Wijst de rechtbank het verzoek toe, dan kondigt zij daarbij tevens overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode af en blijft de schorsing tijdens die periode van kracht.

F

Na artikel 368 wordt opgenomen een nieuwe afdeling, luidend als volgt:

TWEEDE AFDELING HOMOLOGATIE VAN EEN ONDERHANDS AKKOORD

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 369

1. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op een natuurlijke persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, noch op een bank als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a, of een verzekeraar als bedoeld in artikel 213, onderdeel a, als schuldenaar.

2. Het in deze afdeling ten aanzien van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders bepaalde, is van toepassing op de schuldeisers en aandeelhouders die overeenkomstig artikel 381, derde lid, stemgerechtigd zijn.

3. Als de schuldenaar een vereniging of coöperatie is, is het in deze afdeling ten aanzien van aandeelhouders bepaalde van overeenkomstige toepassing op de leden.

4. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeids- overeenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

5. Behoudens de gevallen waarin sprake is van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, is het in deze afdeling bepaalde niet van toepassing als de schuldenaar in de afgelopen drie jaar een akkoord heeft aangeboden dat bij een stemming als bedoeld in artikel 381 door alle klassen is verworpen of ten aanzien waarvan de rechtbank op de voet van artikel 384 de homologatie heeft geweigerd.

6. Een akkoord kan op basis van deze afdeling naar keuze worden voorbereid en aangeboden in een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

7. Of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen wordt bepaald:

a. op grond van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening voor zover het verzoeken betreft die worden ingediend in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement en de genoemde verordening van toepassing is, dan wel

b. artikel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

8. Het in deze afdeling ten aanzien van de rechtbank bepaalde is van toepassing op de rechtbank die ingevolge de artikelen 262 of 269 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering relatief bevoegd is om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen. Heeft een rechtbank zich in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement eenmaal relatief bevoegd verklaard om kennis te nemen van een verzoek ten aanzien van een schuldenaar, dan is deze rechtbank met uitsluiting van andere relatief bevoegde rechtbanken, eveneens relatief bevoegd om kennis te nemen van alle verdere verzoeken die in die procedure op grond van deze afdeling ten aanzien van de schuldenaar worden ingediend. Bieden meerdere rechtspersonen die samen een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek tegelijkertijd een akkoord aan op grond van deze afdeling, dan kunnen zij één van de gerechten die relatief bevoegd is, in een gezamenlijk verzoek vragen kennis te nemen van alle verzoeken die worden ingediend in het kader van de totstandkoming van een akkoord ten aanzien van deze rechtsper- sonen op grond van deze afdeling.

9. Verzoeken aan de rechter in het kader van deze afdeling worden in raadkamer behandeld, tenzij het akkoord wordt voorbereid en aange- boden in het kader van een openbare akkoordprocedure

buiten faillis- sement.

10. Tegen de beslissingen van de rechtbank in het kader van deze afdeling staat geen rechtsmiddel open, tenzij anders is bepaald.

§ 2. De aanbieding van en stemming over een akkoord

Artikel 370

1. Als een schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, kan hij zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten en dat door de rechtbank overeenkomstig artikel 384 kan worden gehomologeerd.

2. Als een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar aan een schuldeiser als bedoeld in het eerste lid of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, is artikel 160 Fw van overeenkomstige toepassing, behoudens voor zover het een akkoord betreft als bedoeld in artikel 372, eerste lid. De derde kan voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord voldoet aan de schuldeiser geen verhaal nemen op de schuldenaar. Voldoet de derde een schuld van de schuldenaar of een deel daarvan, terwijl de schuldeiser voor die schuld of dat deel van de schuld op basis van het akkoord ook rechten aangeboden krijgt, dan gaan die rechten van rechtswege over op de derde indien en voor zover de schuldeiser als gevolg van de betaling van de derde en de op basis van het akkoord toegekende rechten, waarde zou ontvangen die het bedrag van zijn vordering, zoals deze bestond voor de homologatie van het akkoord, te boven gaat.

3. Zodra de schuldenaar start met de voorbereiding van een akkoord, deponeert hij een verklaring waaruit dit blijkt ter griffie van de rechtbank, alwaar deze gedurende uiterlijk één jaar zal blijven liggen. De deponering geschiedt kosteloos. Nadat de schuldenaar het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorlegt, kunnen zij de verklaring kosteloos inzien totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek, bedoeld in artikel 383, eerste lid, dan wel totdat het verslag, bedoeld in artikel 382, is gedeponeerd en de schuldenaar daarin meedeelt dat hij een dergelijk verzoek niet zal indienen.

4. Biedt de schuldenaar het akkoord aan in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement, dan verzoekt hij zodra de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van deze afdeling, de griffier van de rechtbank Den Haag onverwijld in de registers, bedoeld in de artikelen 19 en 19a, en in de Staatscourant melding te maken van de gegevens, bedoeld in artikel 24 van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening.

5. Als de schuldenaar een rechtspersoon is, heeft het bestuur voor het aanbieden van een akkoord als bedoeld in het eerste lid en de uitvoering van een akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd geen instemming nodig van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding en, voor zover en voor zolang de volgende afwijkingen nodig zijn en zonder afbreuk te doen aan het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders, zijn de artikelen 38, 96, 96a, 99, 100 lid 1, 107a en 108a en titel 5.3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede artikel 5:25ka van de Wet op het financieel toezicht en eventuele statutaire bepalingen of tussen de rechtspersoon en haar aandeelhouders dan wel tussen twee of meer aandeelhouders onderling overeengekomen regelingen ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, niet van toepassing. Voor zover de uitvoering van een akkoord een besluit van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding vereist, treedt het akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd daarvoor in de plaats.

Artikel 371

1. Iedere schuldeiser, aandeelhouder of de krachtens wettelijke bepalingen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kunnen bij de rechtbank een verzoek indienen tot aanwijzing van een herstructurerings-deskundige die aan de schuldeisers en aandeelhouders van een schuldenaar, of een aantal van hen, overeenkomstig deze afdeling een akkoord kan aanbieden. Ook de schuldenaar kan een dergelijk verzoek doen. In dit laatste geval is artikel 370, vijfde lid, van overeenkomstige toepassing. Wordt het verzoek toegewezen, dan kan de schuldenaar zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt geen akkoord aanbieden op basis van artikel 370, eerste lid. Wel kan hij een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen.

2. Heeft de rechter nog niet eerder een beslissing genomen in het kader van deze afdeling, dan vermeldt de verzoeker, bedoeld in het eerste lid, in het verzoek voor welke procedure als bedoeld in artikel 369, zesde lid, hij kiest en welke redenen daaraan ten grondslag liggen. Het verzoek bevat dan ook zodanige gegevens dat de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht toekomt. Is het verzoek niet ingediend door de schuldenaar, dan stelt de rechtbank de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid zich uit te laten over de keuze voor één van de in artikel 369, zesde lid, genoemde procedures. In geval van een geschil hierover, beslist de rechtbank welke van de in artikel 369, zesde lid, genoemde procedures toepassing vindt. Artikel 370, vierde lid, is van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het in dat lid bedoelde verzoek in dit geval kan worden gedaan door de herstructureringsdeskundige of de schuldenaar.

3. Een verzoek als bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn. Een verzoek tot aanwijzing van een herstructure- ringsdeskundige wordt in ieder geval toegewezen als het is ingediend door de schuldenaar zelf of gesteund wordt door de meerderheid van de schuldeisers.

4. De rechtbank kan één of meer deskundigen benoemen om een onderzoek in te stellen naar de vraag of sprake is van een toestand als bedoeld in het vorige lid. Artikel 378, ~~vijfde~~zesde lid, eerste en vierde zin, en het zevende en achtste lid van dit artikel zijn dan van overeenkomstige toepassing.

5. Over een verzoek als bedoeld in het eerste lid, beslist de rechtbank niet dan nadat zij de verzoeker, bedoeld in het eerste lid, de schuldenaar en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Dit geldt ook voor de beslissingen, bedoeld in het tiende, twaalfde en dertiende lid. In de laatste drie gevallen roept de rechtbank ook de herstructureringsdes- kundige op om te worden gehoord.

6. De herstructureringsdeskundige voert zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit.

7. De herstructureringsdeskundige is gerechtigd tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de schuldenaar waarvan hij kennisneming nodig acht voor een juiste vervulling van zijn taak.

8. De schuldenaar of zijn bestuurders en de aandeelhouders en commissarissen zo die er zijn, alsmede degenen die in dienst zijn van de schuldenaar, zijn verplicht de herstructureringsdeskundige alle inlichtingen te verschaffen als dit van hen wordt verlangd, op de wijze als daarbij is bepaald. Zij lichten de herstructureringsdeskundige eigener beweging in over feiten en omstandigheden waarvan zij weten of behoren te weten dat deze voor de herstructureringsdeskundige voor een juiste vervulling van zijn taak van belang zijn en verlenen alle

medewerking die daarvoor nodig is.

9. Behoudens in het kader van de toepassing van het in deze afdeling bepaalde, deelt de herstructureringsdeskundige de verkregen informatie niet met derden.

10. De rechtbank bepaalt het salaris van de herstructureringsdeskundige. Ook stelt de rechtbank een bedrag vast dat de werkzaamheden van herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan gedurende het proces door de rechtbank op verzoek van de herstructureringsdeskundige worden verhoogd. Voor zover niet anders overeengekomen is, betaalt de schuldenaar deze kosten, met dien verstande dat als het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, de schuldeisers de kosten dragen. De rechtbank kan ten behoeve hiervan aan de aanwijzing de voorwaarde verbinden van zekerheidstelling of bijschrijving van een voorschot op de rekening van de rechtbank.

11. De herstructureringsdeskundige is niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van de poging om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen, tenzij hem een persoonlijk ernstig verwijt treft dat hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende herstructureringsdeskundige die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.

12. Zodra duidelijk wordt dat het niet mogelijk is om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen, stelt de herstructurerings- deskundige de rechtbank hiervan op de hoogte en verzoekt hij om de intrekking van zijn aanwijzing.

13. De aanwijzing eindigt van rechtswege zodra de rechtbank het akkoord overeenkomstig artikel 384 homologeert, tenzij de rechtbank bij haar homologatiebeslissing bepaalt dat deze nog met een door haar te bepalen termijn voortduurt. Daarnaast kan de rechtbank te allen tijde een herstructureringsdeskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen, een en ander op verzoek van hemzelf of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve.

14. Heeft de rechtbank nog niet eerder een beslissing genomen in het kader van deze afdeling, en ontleent zij haar rechtsmacht aan de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening, dan wordt in de aanwijzingsbe- schikking vermeld of het een hoofdinsolventieprocedure dan wel een territoriale insolventieprocedure in de zin van de verordening betreft. Elke schuldeiser die niet al op basis van het vijfde lid in de gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze kenbaar te maken, kan gedurende acht dagen na de melding, bedoeld in artikel 370, vierde lid, daartegen in verzet komen op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid als bedoeld in artikel 5, eerste lid, van de genoemde verordening.

Artikel 372

1. Een akkoord als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan ook voorzien in de wijziging van rechten van schuldeisers jegens rechtspersonen die samen met de schuldenaar een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek mits:

a. de rechten van die schuldeisers jegens de betrokken rechtspersonen strekken tot voldoening of tot zekerheid voor de nakoming van verbinte- nissen van de schuldenaar of van verbintenissen waarvoor die rechtsper- sonen met of naast de schuldenaar aansprakelijk zijn;

b. de betrokken rechtspersonen verkeren in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid;

c. de betrokken rechtspersonen met de voorgestelde wijziging hebben ingestemd of het akkoord wordt aangeboden door een herstructurerings- deskundige als bedoeld in artikel 371, en

d. de rechtbank rechtsmacht heeft als deze rechtspersonen zelf een akkoord op grond van deze afdeling zouden aanbieden en een verzoek

zouden indienen als bedoeld in artikel 383, eerste lid.
2. Bij een akkoord als bedoeld in het eerste lid:
a. verstrekt de schuldenaar, of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, ook de in artikel 375 genoemde informatie ten aanzien van de in het eerste lid bedoelde rechtspersonen, en
b. toetst de rechtbank bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve dan wel op verzoek of het akkoord ten aanzien van deze rechtspersonen voldoet aan artikel 384.
3. De schuldenaar dan wel de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, is bij uitsluiting bevoegd om ten behoeve van de in het eerste lid bedoelde rechtspersonen verzoeken bij de rechtbank in te dienen als bedoeld de artikelen 376, eerste lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, eerste lid.

Artikel 373

1. Als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, aan een wederpartij met wie de schuldenaar een overeen- komst heeft gesloten, een voorstel doen tot wijziging of beëindiging van die overeenkomst. Stemt de wederpartij niet in met het voorstel, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de overeenkomst tussentijds doen opzeggen, mits een akkoord is aangeboden dat overeen- komstig artikel 384 door de rechtbank wordt gehomologeerd en de rechtbank daarbij toestemming geeft voor deze eenzijdige opzegging. De opzegging vindt in dat geval van rechtswege plaats op de dag waarop het akkoord door de rechtbank is gehomologeerd tegen een door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige gestelde termijn. Komt deze termijn de rechtbank niet redelijk voor, dan kan zij bij de verlening van de toestemming een langere termijn vaststellen, met dien verstande, dat een termijn van drie maanden vanaf de homologatie van het akkoord in elk geval voldoende is.
2. Na de eenzijdige opzegging, bedoeld in het eerste lid, heeft de wederpartij recht op vergoeding van de schade die hij lijdt vanwege de beëindiging van de overeenkomst. Afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing. Het akkoord, bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan voorzien in een wijziging van het toekomstige recht op schadevergoeding.

3. Het voorbereiden en aanbieden van een akkoord als bedoeld artikel 370, eerste lid, en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, alsmede gebeurtenissen en handelingen die daarmee of met de uitvoering van het akkoord rechtstreeks verband houden en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn, zijn geen grond voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.
4. Is overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode afgekondigd, dan geldt tijdens die periode dat een verzuim in de nakoming van de schul- denaar dat heeft plaatsgevonden vóór de afkoelingsperiode, geen grond is voor de wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst voor zover zekerheid is gesteld voor de nakoming van de nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode.

Artikel 374

1. Schuldeisers en aandeelhouders worden in verschillende klassen ingedeeld, als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. In ieder geval worden

schuldeisers of aandeelhouders die overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling dan wel een overeenkomst bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar een verschillende rang hebben, in verschillende klassen ingedeeld.

2. Concurrente schuldeisers worden tezamen in één of meer aparte klassen ingedeeld, als:

a. deze schuldeisers op het moment dat het akkoord overeenkomstig artikel 381 ter stemming wordt voorgelegd, een rechtspersoon zijn als bedoeld in de artikelen 395a en 396 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of een schuldeiser bij wie op dat moment vijftig of minder personen werkzaam zijn dan wel ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn met een vordering voor geleverde goederen of diensten of een vordering uit een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, en

b. aan deze schuldeisers op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden wordt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht wordt aangeboden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen.

3. Schuldeisers met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek worden enkel voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang geldt in één of meer klassen van schuldeisers met een dergelijk voorrang ingedeeld, tenzij hierdoor geen verandering ontstaat in de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd. Voor het overige deel van hun vordering worden deze schuldeisers ingedeeld in een klasse van schuldeisers zonder voorrang. Bij de bepaling van het deel van de vordering waarvoor de voorrang tot zekerheid strekt, wordt uitgegaan van de waarde die naar verwachting in een faillissement volgens de wettelijke rangorde door deze schuldeiser op basis van zijn pand- of hypotheekrechten verkregen zou zijn.

Artikel 375

1. Het akkoord bevat alle informatie die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich voor het plaatsvinden van de stemming, bedoeld in artikel 381, een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over het akkoord, waaronder:

a. de naam van de schuldenaar;

b. voor zover van toepassing de naam van de herstructureringsdeskundige;

c. voor zover van toepassing, de klassenindeling en de criteria op basis waarvan de schuldeisers en aandeelhouders in één of meerdere klassen zijn ingedeeld;

d. de financiële gevolgen van het akkoord per klasse van schuldeisers en aandeelhouders;

e. de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt;

f. de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement;

g. de bij de berekening van de waardes, bedoeld onder e en f, gehan- teerde uitgangspunten en aannames;

h. als het akkoord een toedeling van rechten aan de schuldeisers en aandeelhouders behelst: het moment of de momenten waarop de rechten zullen worden toebedeeld;

i. voor zover van toepassing, de nieuwe financiering die de schuldenaar het in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan en de redenen waarom dit nodig is;

j. de wijze waarop de schuldeisers en aandeelhouders nadere informatie over het akkoord kunnen verkrijgen;

k. de procedure voor de stemming over het akkoord alsmede het moment waarop deze plaatsvindt dan wel waarop de stem uiterlijk moet zijn uitgebracht, en

l. voor zover van toepassing, de wijze waarop de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging overeenkomstig artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden gevraagd is of nog gevraagd zal worden advies uit te brengen.

2. Aan het akkoord worden gehecht:

a. een door behoorlijke bescheiden gestaafde staat van alle baten en lasten, en

b. een lijst waarop: 1°. de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij naam worden genoemd of, als dit niet mogelijk is, de schuldeisers of aandeel- houders onder verwijzing naar één of meer categorieën worden vermeld; 2°. het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld, en, indien van toepassing, wordt meegedeeld in hoeverre dat bedrag wordt betwist alsmede voor welk bedrag de schuldeiser of de aandeelhouder tot de stemming wordt toegelaten, en 3°. wordt meegedeeld in welke klasse of klassen zij zijn ingedeeld.

c. voor zover van toepassing, een opgave van schuldeisers of aandeel- houders die niet onder het akkoord vallen, bij naam of, als dit niet mogelijk is, onder verwijzing naar één of meer categorieën, alsmede een toelichting waarom zij niet worden meegenomen in het akkoord;

d. informatie over de financiële positie van de schuldenaar, en

e. een beschrijving van:

1°. de aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen; 2°. welke pogingen zijn ondernomen om deze problemen op te lossen; 3°. de herstructureringsmaatregelen die onderdeel zijn van het akkoord; 4°. de wijze waarop deze maatregelen bijdragen aan een oplossing, en 5°. hoeveel tijd het naar verwachting vergt om deze maatregelen uit te voeren;

f. voor zover van toepassing, een schriftelijke verklaring inhoudende welke zwaarwegende grond aanwezig is waardoor de concurrente schuldeisers, bedoeld in artikel 374, tweede lid, op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden krijgen die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht aangeboden krijgen dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen.

3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald welke informatie verder in het akkoord of in de daaraan te hechten bescheiden wordt opgenomen en op welke wijze deze informatie wordt verstrekt, alsmede kan worden voorzien in een standaardformulier.

Artikel 376

1. Als de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, en een akkoord als bedoeld in het eerste lid van dat artikel heeft aangeboden of toezegt dat hij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een dergelijk akkoord zal aanbieden, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken een afkoelingspe- riode af te kondigen.

2. Tijdens de afkoelingsperiode, die geldt voor een termijn van ten hoogste vier maanden:

a. kan elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat er een akkoord wordt voorbereid;

b. kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de herstructure- ringsdeskundige zo die is aangewezen, beslagen opheffen, en

c. wordt de behandeling van een verzoek tot verlening van surseance, een eigen aangifte of een door een schuldeiser jegens de schuldenaar ingediend verzoek tot faillietverklaring geschorst.

3. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

4. Het verzoek, bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat:

a. dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten, en

b. op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar hierbij gediend zijn en de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

5. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, hierom verzoeken voordat de uiterste termijn voor de afkoelingsperiode, bedoeld in het tweede lid, is verstreken, kan de rechtbank deze periode verlengen met een door haar te bepalen termijn, met dien verstande dat de totale termijn met inbegrip van verlengingen niet langer kan zijn dan acht maanden. De schuldenaar of de herstructure- ringsdeskundige dient in zijn verzoek aannemelijk te maken dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Dit laatste wordt geacht in ieder geval aan de orde te zijn als een verzoek tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 383, eerste lid, is ingediend.

6. In afwijking van het vijfde lid, wordt de afkoelingsperiode niet verlengd als:

a. de afkoelingsperiode is verzocht in het kader van een ~~openbare~~besloten akkoordprocedure buiten faillissement, en

b. het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar, bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de verordening, genoemd in artikel 5, derde lid, in de drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van deze afdeling vanuit een andere lidstaat is verplaatst.

7. Ingeval de schuldenaar overeenkomstig artikel 239, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek een pandrecht heeft gevestigd op een vordering op naam of op het vruchtgebruik van een zodanige vordering, is de pandhouder tijdens de afkoelingsperiode niet bevoegd de mededeling, bedoeld in het derde lid van dat artikel, te doen of betalingen in ontvangst te nemen dan wel te verrekenen met een vordering op de schuldenaar, mits de schuldenaar op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt voor het verhaal van de pandhouder krachtens dat pandrecht.

8. De artikelen 241a, tweede en derde lid, 241c, 241d zijn van overeen- komstige toepassing, met dien verstande dat het bij de overeenkomstige toepassing van artikel 241a, derde lid, gaat om een termijn die aan de schuldenaar is gesteld.

9. Op verzoek van de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, kan de rechtbank bij haar beslissing tot het afkondigen van een afkoelingsperiode of gedurende de termijn waarbinnen deze geldt, voorzieningen treffen als bedoeld in artikel 379. Bij de afkondiging van een algemene afkoelingsperiode kan de rechtbank een observator als bedoeld artikel 380 aanstellen, als zij dit nodig oordeelt ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders.

10. ~~10.~~ Als niet langer wordt voldaan aan het eerste en het vierde lid, heft de rechtbank de afkoelingsperiode op. Zij kan dit ambtshalve doen of op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, of de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend.

11. De rechtbank beslist niet over het verlenen van een machtiging als bedoeld in het tweede lid, onder a, of verzoeken als bedoeld in het vijfde, negende en tiende lid dan nadat zij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, alsmede de in het tweede lid bedoelde derden,

beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

12. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

13. Het verzoek tot verlening van surseance, de eigen aangifte of het verzoek tot faillietverklaring, bedoeld in het tweede lid, onder c, vervalt van rechtswege zodra de rechtbank het akkoord overeenkomstig artikel 384 heeft gehomologeerd. Was de schuldeiser op het moment dat hij het verzoek tot faillietverklaring indiende, niet op de hoogte van het feit dat er een akkoord werd voorbereid, dan beslist de rechter of de schuldenaar de kosten van het geding die de schuldeiser heeft gemaakt, moet vergoeden.

Artikel 377

1. Als de schuldenaar voor de afkondiging van de afkoelingsperiode, bedoeld in artikel 376, de bevoegdheid had tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen, dan wel de inning van vorderingen, blijft deze bevoegdheid hem tijdens de afkoelingsperiode toekomen, voor zover dit past binnen de normale voortzetting van de onderneming die hij drijft.

2. De schuldenaar maakt alleen gebruik van de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid, als de belangen van de betrokken derden, voldoende zijn gewaarborgd.

3. De rechtbank heft de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid op of beperkt het gebruik van deze bevoegdheid op verzoek van één of meer betrokken derden, als niet langer wordt voldaan aan het vorige lid. De rechtbank beslist hierover niet dan nadat zij de genoemde derden, de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

Artikel 378

1. Voordat het akkoord overeenkomstig artikel 381, eerste lid, ter stemming is voorgelegd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdes- kundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, de rechtbank verzoeken een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord overeenkomstig deze afdeling, waaronder:

a. de inhoud van de informatie die in het akkoord of in de daaraan gehechte bescheiden is opgenomen, als ook de door de schuldenaar gehanteerde waardes en uitgangspunten en aannames, bedoeld in artikel 375, eerste lid, onderdelen e tot en met g;

b. de klassenindeling;

c. de toelating tot de stemming van een schuldeiser of aandeelhouder;

d. ~~e~~de procedure voor de stemming en binnen welke termijn nadat het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders is voorgelegd of hen is meegedeeld hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, de stemming redelijkerwijs zou mogen plaatsvinden;

e. of, als alle klassen instemmen met het akkoord, een afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 384, tweede en derde lid, alsnog aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan;

f. of, als niet alle klassen instemmen met het akkoord, een afwijzings- grond als bedoeld in artikel 384, tweede, derde en vierde lid, aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan, en

g. of, als de schuldenaar een rechtspersoon is als bedoeld in de artikelen 381, tweede lid, en 383, tweede lid, ~~de aandeelhouders~~ het bestuur ~~op onredelijke wijze belemmeren~~zonder goede reden weigert instemming te verlenen voor het in stemming brengen van het akkoord of de indiening van het homologatieverzoek.

2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeen- komstige toepassing.

3. De rechtbank behandelt de verzoeken die overeenkomstig het eerste lid aan haar worden gedaan zoveel mogelijk gezamenlijk en doet deze zoveel mogelijk op één zitting af.

4. Wordt de rechter op grond van het eerste lid verzocht zich uit te laten over de toelating van een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming of over de hoogte van het bedrag van de vordering van een stemgerech- tigde schuldeiser dan wel het nominale bedrag van het aandeel van een stemgerechtigde aandeelhouder, dan bepaalt de rechtbank of en tot welk bedrag, deze schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. Artikel 147 is van overeenkomstige toepassing.

5. Wordt de rechter op grond van het eerste lid, onderdeel g, verzocht zich uit te laten over de weigering van het bestuur om de daar bedoelde instemming te verlenen en constateert hij dat het bestuur daarvoor geen goede reden heeft, dan kan de rechter op verzoek van de herstructure- ringsdeskundige bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur.

6. ~~5.~~Als zij dit nodig acht in het kader van een door haar te nemen beslissing, kan de rechtbank één of meer deskundigen benoemen om binnen een door haar te bepalen termijn, die zo nodig kan worden verlengd, een onderzoek in te stellen en een beredeneerd verslag van bevindingen uit te brengen. De deskundigen leggen hun verslag neder ter griffie van de rechtbank, ter inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Artikel 371, zevende en achtste lid, zijn van overeen- komstige toepassing. De rechtbank kan te allen tijde een deskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen, een en ander op verzoek van hemzelf of ambtshalve.

7. ~~6.~~Als informatie ontbreekt om de gevraagde beslissing te kunnen geven, kan de rechtbank de schuldenaar of de herstructureringsdes- kundige een redelijke termijn gunnen om de ontbrekende gegevens te verstrekken, alvorens zij een beslissing neemt als bedoeld in het eerste en vierde lid.

8. ~~7.~~De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste en vierde lid dan nadat zij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, en de schuldeisers en aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks geraakt worden door de beslissing op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Wordt de rechter gevraagd om een beslissing te nemen als bedoeld in het vierde lid, dan is de vorige zin in ieder geval van toepassing op de schuldeiser of aandeelhouder, bedoeld in dat lid.

9. ~~8.~~Beslissingen van de rechtbank op grond van dit artikel zijn slechts bindend voor die schuldeisers en aandeelhouders die op grond van het vorige lid door de rechtbank in de gelegenheid zijn gesteld om een zienswijze te geven.

10. ~~9.~~Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 379

1. Als de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige dan wel ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt.

2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 380

1. Als het akkoord overeenkomstig artikel 370 door de schuldenaar wordt voorbereid, kan een voorziening als bedoeld in artikel 379 zijn de aanstelling van een observator. Deze heeft tot taak toezicht te houden

op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

2. Zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet zal lukken om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, stelt de observator de rechtbank hiervan op de hoogte. De rechtbank stelt in dat geval de observator en de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid een zienswijze te geven en verbindt hieraan de gevolgen die zij geraden acht. Een dergelijke gevolgtrekking kan zijn dat de rechtbank een herstructure- ringsdeskundige aanwijst als bedoeld in artikel 371.

3. Wordt na de aanstelling van een observator een verzoek ingediend tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 en wijst de rechtbank dit verzoek toe, dan trekt zij daarbij de aanstelling van de observator in.

4. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en het vijfde tot en met veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 381

1. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, legt het akkoord gedurende een redelijke termijn die in ieder geval niet korter is dan acht dagen, voor het plaats- vinden van de stemming voor aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders of bericht hen hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, zodat zij hierover een geïnformeerd oordeel kunnen vormen.

2. De herstructureringsdeskundige kan het akkoord alleen met instemming van de schuldenaar aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorleggen als:

a. de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de bij de door de schuldenaar gedreven onder- neming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, en

b. de schuldenaar of, als de schuldenaar een rechtspersoon is, de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een onderneming drijft waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.

Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen.

3. Stemgerechtigd zijn schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd.

4. Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op vorderingsrechten waarvoor geldt dat het economisch belang geheel of in overwegende mate ligt bij een ander dan de schuldeiser en waardoor die ander zich in een positie bevindt die, gegeven de omstandigheden van het geval, redelijkerwijs gelijkgesteld moet worden met die van een schuldeiser als bedoeld in het derde lid, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige deze ander in plaats van de schuldeiser uitnodigen naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de schuldeiser bepaalde van toepassing op de ander.

5. Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op aandelen ten aanzien waarvan certificaten zijn uitgegeven, dan kan de schuldenaar of de herstructure- ringsdeskundige, de certificaathouder, in plaats van de aandeelhouder, uitnodigen om naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de aandeelhouder bepaalde van toepassing op de certificaathouders. Hetzelfde geldt voor vruchtge- bruikers.

6. De stemming over het akkoord geschiedt per klasse van schuldeisers of aandeelhouders, overeenkomstig de in artikel 375, eerste

lid, onderdeel k, gegeven informatie, in een fysieke of door middel van een elektronisch communicatiemiddel te houden vergadering of schriftelijk.

7. Een klasse van schuldeisers heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.

8. Een klasse van aandeelhouders heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van aandeelhouders die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen die klasse een stem hebben uitgebracht.

Artikel 382

1. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, eerste lid, zo die is aangewezen, stelt zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen zeven dagen na de stemming een verslag op dat vermeldt:

a. de namen van de schuldeisers en aandeelhouders of, als dit niet mogelijk is, een verwijzing naar één of meer categorieën van schuldeisers en aandeelhouders, die een stem hebben uitgebracht en of zij zich daarbij voor of tegen het akkoord hebben uitgesproken, alsmede de hoogte van het bedrag van hun vorderingen dan wel het nominale bedrag van hun aandelen;

b. de uitslag van de stemming, en

c. of de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige voornemens zijn een verzoek als bedoeld in artikel 383, eerste lid, in te dienen, en indien dat het geval is, wat verder rondom de stemming of, indien aan de orde, bij de vergadering waarin deze heeft plaatsgevonden, is voorgevallen en relevant is in het kader van dat verzoek.

2. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige stelt de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders onverwijld in staat van het verslag kennis te nemen. Wordt door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een verzoek gedaan als bedoeld in artikel 383, eerste lid, dan deponeert hij het verslag ter griffie van de rechtbank. Het verslag ligt aldaar ter kosteloze inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek, bedoeld in artikel 383, eerste lid.

§ 3. De homologatie van het akkoord

Artikel 383

1. Als ten minste één klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, de rechtbank schriftelijk verzoeken om homologatie van het akkoord. Als het akkoord een wijziging omvat van rechten van schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan, dient die ene klasse, bedoeld in de vorige zin, te bestaan uit schuldeisers die vallen binnen deze categorie schuldeisers.

2. De herstructureringsdeskundige kan alleen met instemming van de schuldenaar een homologatieverzoek indienen als:

a. de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging;

b. niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd, en

c. de schuldenaar of, als de schuldenaar een rechtspersoon is, de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een onderneming drijft waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.

Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen.

3. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

4. De rechtbank bepaalt zo spoedig mogelijk bij beschikking de zitting waarop zij de homologatie behandelt. Heeft de schuldenaar een verzoek ingediend tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd en heeft de rechtbank nog geen herstructureringsdes- kundige als bedoeld in artikel 371 aangewezen of een observator als

bedoeld in artikel 380 aangesteld, dan stelt de rechtbank bij dezelfde beschikking alsnog een observator aan.

5. Van de beschikking, bedoeld in het vierde lid, geeft de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige onverwijld schriftelijk kennis aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.

6. De zitting wordt ten minste acht en ten hoogste veertien dagen nadat het homologatieverzoek is ingediend en het verslag, bedoeld in artikel 382, ter griffie ter inzage is gelegd, gehouden.

7. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid wil gebruiken om een overeenkomst overeenkomstig artikel 373, eerste lid, eenzijdig op te zeggen, dan omvat het homologatieverzoek tevens een verzoek om toestemming voor die opzegging.

8. Tot aan de dag van de zitting, bedoeld in het vierde lid, kunnen stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij de rechtbank een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Tot dat moment kan ook de wederpartij bij de overeenkomst, bedoeld in het vorige lid, een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het verzoek tot verlening van toestemming voor de opzegging, bedoeld in dat lid.

9. Een schuldeiser, aandeelhouder of wederpartij als bedoeld in het vorige lid kan geen beroep doen op een afwijzingsgrond, als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die afwijzings- grond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, terzake heeft geprotesteerd.

Artikel 384

1. Heeft de rechtbank rechtsmacht om het verzoek tot homologatie van het akkoord in behandeling te nemen, dan geeft zij zo spoedig mogelijk haar met redenen omkleed vonnis waarbij zij dit verzoek en, indien aan de orde, een verzoek om toestemming voor de opzegging van een overeen- komst als bedoeld in artikel 383, zevende lid, toewijst, tenzij zich één of meer van de afwijzingsgronden, bedoeld in het tweede tot en met het vijfde lid, voordoet.

2. De rechtbank wijst een verzoek tot homologatie van het akkoord af als:

a. van een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, geen sprake is;

b. de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige niet jegens alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders heeft voldaan aan de verplichtingen, bedoeld in de artikelen 381, eerste lid, en 383, vijfde lid, tenzij de desbetreffende schuldeisers en aandeelhouders verklaren het akkoord te aanvaarden;

c. het akkoord of de daaraan gehechte bescheiden niet alle in artikel 375 voorgeschreven informatie omvatten, de klasseindeling niet voldoet aan de eisen van artikel 374 of de procedure voor de stemming niet voldeed aan artikel 381, tenzij zodanig gebrek redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;

d. een schuldeiser of de aandeelhouder voor een ander bedrag tot de stemming over het akkoord had moeten worden toegelaten, tenzij die beslissing niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;

e. de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd;

f. de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord nieuwe

financiering aan wil gaan en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk worden geschaad;

g. het akkoord door bedrog, door begunstiging van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders of met behulp van andere oneerlijke middelen tot stand is gekomen, onverschillig of de schuldenaar dan wel een ander daartoe heeft meegewerkt;

h. het loon en de verschotten van de door de rechtbank ingevolge respectievelijk de artikelen 371, 378, ~~vijfde~~zesde lid, en 380 aangewezen of aangestelde herstructureringsdeskundige, deskundige of observator niet zijn gestort of daarvoor geen zekerheid is gesteld, of

i. er andere redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.

3. Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, kan de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord, afwijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.

4. Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd en zijn ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten en in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd hadden moeten worden ingedeeld, wijst de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, af als:

a. bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd, aan een klasse van schuldeisers als bedoeld in artikel 374, tweede lid, een uitkering in geld wordt aangeboden die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht aangeboden zal worden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen, terwijl daarvoor geen zwaarwegende grond is aangetoond;

b. ~~a.~~bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd ten nadele van de klasse die niet heeft ingestemd wordt afgeweken van de rangorde bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling, dan wel een contractuele regeling, tenzij voor die afwijking een redelijke grond bestaat en de genoemde schuldeisers of aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad~~, of~~;

c. ~~b.~~de genoemde schuldeisers, niet zijnde schuldeisers als bedoeld in onderdeel d, op basis van het akkoord niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting aan betaling in geld zouden ontvangen, of

d. het schuldeisers betreft met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek die de schuldenaar bedrijfsmatig een financiering heeft verstrekt en op basis van het akkoord in het kader van een wijziging van hun rechten, aandelen of certificaten hiervan aangeboden krijgen en daarnaast niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in een andere vorm.

5. Op verzoek van de wederpartij bij de overeenkomst wijst de rechtbank het verzoek om toestemming voor de opzegging van een overeenkomst, bedoeld in artikel 383, zevende lid, af op de grond bedoeld in het tweede lid, onder a.

6. Artikel 378, ~~vijfde~~zesde lid, is van overeenkomstige toepassing.

7. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste lid dan nadat zij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, en de stemgerech- tigde schuldeisers of aandeelhouders, dan wel de wederpartij, zo die een verzoek tot afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord of tot verlening van toestemming voor de opzegging van de overeenkomst als bedoeld in artikel 383, achtste lid, hebben ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze in de

gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

8. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

§ 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord

Artikel 385

Het gehomologeerde akkoord is verbindend voor de schuldenaar en voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Heeft niet de schuldeiser of aandeelhouder, maar ingevolge artikel 381, vierde of vijfde lid, een ander over het akkoord gestemd, dan is het akkoord desalniet- temin verbindend voor de schuldeiser of aandeelhouder.

Artikel 386

Het vonnis van homologatie levert ten behoeve van de stemgerechtigde schuldeisers met niet door de schuldenaar betwiste vorderingen een voor tenuitvoerlegging vatbare titel op tegen de schuldenaar en tegen de tot het akkoord als borgen toegetreden personen, voor zover de schuldeisers op basis van het akkoord een vordering krijgen tot betaling van een geldsom.

Artikel 387

1. De schuldenaar is in verzuim bij iedere tekortkoming in de nakoming van het akkoord en is verplicht de schade die de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders daardoor lijden te vergoeden, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Artikel 75 en afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkom- stige toepassing.
2. In het akkoord kan de ontbinding van het akkoord worden uitgesloten. Als het akkoord hiertoe geen bepaling omvat, is artikel 165 van overeenkomstige toepassing.

G

Aan het slot van artikel 362, tweede lid, wordt toegevoegd «, met uitzondering van de artikelen 262 en 269 van dat wetboek voor zover het verzoeken betreft die op basis van de tweede afdeling van titel IV worden ingediend in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement».

ARTIKEL II

In de Wet griffierechten burgerlijke zaken wordt een nieuw artikel 19a ingevoegd, luidende:

Artikel 19a

1. Voor de indiening van verzoeken als bedoeld in de artikelen 42a, 371, eerste lid, 376, eerste lid, 377, derde lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, zevende lid, van de Faillissementswet wordt van de verzoeker het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken met betrekking tot een vordering van onbepaalde waarde op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd.
2. Voor de indiening van een verzoek tot homologatie van een akkoord als bedoeld in artikel 383, eerste lid, van de Faillissementswet wordt van de verzoeker het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken met betrekking tot een vordering, dan wel een verzoek met een beloop van meer dan € 100.000 op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd.
3. Voor de indiening van een verzoek tot afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 383, achtste lid, van

de Faillissementswet wordt van een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd. De hoogte van het griffierecht wordt bepaald aan de hand van het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel.

4. Bij de toepassing van het eerste en het tweede lid geldt, dat als het verzoek wordt gedaan door een herstructureringsdeskundige, het griffierecht wordt geheven van de schuldenaar.

ARTIKEL IIA

Onze Minister voor Rechtsbescherming zendt binnen drie jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk.

ARTIKEL III

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

ARTIKEL IV

Deze wet wordt aangehaald als: Wet homologatie onderhands akkoord.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister voor Rechtsbescherming,

Document comparison by Workshare 9.5 on donderdag 19 november 2020 10:16:52

Input:	
Document 1 ID	file://C:\Users\e.kluit\Desktop\Nitro\02 Voorstel van wet.pdf
Description	02 Voorstel van wet
Document 2 ID	file://C:\Users\e.kluit\Desktop\Nitro\A Gewijzigd voorstel van wet.pdf
Description	A Gewijzigd voorstel van wet
Rendering set	Standard

Legend:	
Insertion	
~~Deletion~~	
~~Moved from~~	
Moved to	
Style change	
Format change	
~~Moved deletion~~	
Inserted cell	
Deleted cell	
Moved cell	
Split/Merged cell	
Padding cell	

Statistics:	
	Count
Insertions	56
Deletions	27
Moved from	0
Moved to	0
Style change	0
Format changed	0
Total changes	83

Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken

Inhoudsopgave

Considerans 5
1. Algemene bepalingen 6
1.1. Strekking reglement 6
1.2. Afwijken reglement 6
1.3. Indiening van stukken 6
1.4. Aantal in te dienen exemplaren 7
1.5. Bijlagen 7
1.6. Vermelding zaak- en rekestnummer 7
1.7. Griffierecht 7
1.8. Behandeling van het verzoek 7
1.9. Oproeping 7
1.10. Afschrift verzoekschrift aan belanghebbende 8
1.11. Zienswijze 8
1.12. Mondelinge toelichting standpunten 8
1.13. Indiening nadere stukken 8
1.14. Pleitnotities 8
1.15. Afdoening zonder zitting 9
1.16. Verzoek om aanhouding van de behandeling 9
1.17. Toevoeging 9
1.18. Termijn uitspraak 9
1.19. Verstrekken afschrift uitspraak 9
1.20. Publicatie uitspraak 9
2. Deponeren startverklaring en algemene vereisten voor een eerste verzoek 10
2.1. Strekking 10
2.2. Startverklaring 10
2.2.1. Deponeren 10
2.2.2. Aantal in te dienen exemplaren 10
2.3. Eerste verzoek in het kader van een onderhands akkoord, algemene bepalingen 10
2.3.1. Inhoud verzoek 10
2.3.2. Bijvoegen stukken 10
3. Aanwijzing van een herstructureringsdeskundige 12

3.1. Strekking 12
3.2. Verzoek tot aanwijzing herstructureringsdeskundige 12
4. Verzoek om tussentijdse voorzieningen 12
4.1. Strekking 12
4.2. Verzoeken met betrekking tot een afkoelingsperiode (artikel 376 Fw) 12
4.2.1. Inhoud verzoek 12
4.2.2. Verzoek om verlenging van de afkoelingsperiode 13
4.2.3. Verzoek opheffing afkoelingsperiode 13
4.2.4. Afschrift verzoek aan belanghebbende 13
4.2.5. Verzoek tot het treffen van voorzieningen ten tijde van de afkoelingsperiode (artikel 376 lid 9 Fw) 13
4.3. Verzoek op de voet van artikel 379 Fw 13
4.3.1. Inhoud verzoek 13
4.3.2. Bijvoeging stukken 14
5. Verzoeken op de voet van artikel 378 Fw en artikel 42a Fw 14
5.1. Strekking 14
5.2. Verzoek uitspraak over belangrijke aspecten op de voet van artikel 378 Fw 14
5.2.1. Inhoud verzoek 14
5.2.2. Bijvoeging stukken 14
5.3. Verzoek op de voet van artikel 42a Fw 16
5.3.1. Inhoud verzoek 16
6. Verzoek tot homologatie 16
6.1. Strekking 16
6.2. Verzoek tot homologatie 16
6.2.1. Inhoud verzoek tot homologatie 16
6.2.2. Bijvoeging stukken 17
6.2.3. Deponeren stemverslag 18
6.2.4. Verzoek wijziging/beëindiging overeenkomst op de voet van artikel 373 Fw 18
6.2.5. Extra informatie over groep schuldenaren 18
6.2.6. Stemmen door economisch gerechtigde (artikel 381 lid 4 Fw) 18
6.2.7. Stemmen door certificaathouder of vruchtgebruiker (artikel 381 lid 5 Fw) .18
6.3. Verzoek tot afwijzing (artikel 383 lid 8 Fw) 18
6.3.1. Inhoud verzoek 18

6.4. Behandeling van het verzoek 19
6.4.1. Oproeping stemgerechtigde partijen 19
7. Verzet tegen beslissing van de rechtbank in een openbare procedure op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid 19
7.1. Strekking 19
7.2. Verzetrekest 19
7.2.1. Inhoud verzetrekest 19
7.2.2. Griffierecht 20
7.2.3. Intrekking verzet 20
7.3. Verweer 20
7.3.1. Aantal in te dienen exemplaren 20
7.3.2. Mondeling verweer 20
7.4. Behandeling van het verzet 20
7.4.1. Dagbepaling zitting 20
7.4.2. Indiening nadere stukken 20
7.4.3. Behandeling ter openbare terechtzitting 20
8. Slotbepaling 21
8.1. Vaststelling en inwerkingtreding 21
8.2. Toepasselijkheid 21
9. Bijlagen 21
9.1. Bijlage I – Formulier startverklaring *(artikel 370 lid 3)* 21
9.2. Bijlage II – Overzicht telefoonnummers 22
9.3. Bijlage III – Regels voor het gebruik van Veilig Mailen (artikelen 1.3., 1.4., 1.12., 1.13., 1, 7.3.1., 7.4.2.), ...23

Considerans

Voor u ligt het Procesreglement Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) zaken rechtbanken.

Dit procesreglement is tot stand gekomen in verband met de wijziging van de Faillissementswet (Fw) als gevolg van de inwerkingtreding van de WHOA op 1 januari 2021. Dit procesreglement vindt zijn oorsprong in een initiatief vanuit het Landelijk Overleg van de Voorzitters Civiel, Kanton en Toezicht (LOVCK&T) en Recofa. Het procesreglement is ontwikkeld door een voor dit project geïnitieerde implementatiewerkgroep. De Nederlandse Orde van Advocaten, INSOLAD, JIRA en KPMG zijn geconsulteerd.
Op 1 september 2020 is door respectievelijk Recofa en het LOVCK&T de eerste versie van het procesreglement goedgekeurd, waarna – na akkoord van de presidentenvergadering – alle rechtbanken het procesreglement als eigen reglement hebben vastgesteld.

Naar aanleiding van de ervaringen die zijn opgedaan in het eerste jaar is het reglement op bepaalde punten aangescherpt. Ook is het reglement gewijzigd door het uitfaseren van de fax per 1 februari 2022. Het veilig mailen is in plaats gekomen van de fax en de daarvoor met ingang van die datum in de plaats gekomen voorziening voor Veilig Mailen van de Rechtspraak. Dit betekent dat er in alle zaken met ingang van 1 februari 2022 geen gebruik meer kan worden gemaakt van de fax maar van de voorziening van Veilig Mailen die voor de fax in de plaats komt. Deze tweede versie is door respectievelijk het LOVT en Recofa op 2 december 2021 respectievelijk 6 december 2021 goedgekeurd, waarna – na akkoord van de presidentenvergadering – alle rechtbanken het procesreglement als eigen reglement hebben vastgesteld. Het reglement gaat in op 1 februari 2022 en is gepubliceerd in de Staatscourant.

Met het ontwikkelen van het procesreglement is beoogd een verdere bijdrage te leveren aan het harmoniseren van de werkwijze en werkprocessen van de verschillende rechtbanken in verzoekschriftprocedures in WHOA-zaken. Hierbij is het belang van de justitiabele vooropgesteld. Daarnaast is gestreefd naar een efficiënte interne werkwijze.

Vanwege de wijzigingen die met enige regelmaat in de tekst worden aangebracht, is het brondocument, behalve in de Staatscourant, te vinden op de website https://www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen. Op de website staat altijd de meest recente versie van dit reglement, inclusief de actuele inhoud van de hyperlinks die in de gedrukte versie niet is weergegeven.

Tweede versie, 1 februari 2022

1. Algemene bepalingen

1.1. Strekking reglement

Dit procesreglement is van toepassing op de procesvoering in alle verzoeken in de zin van de tweede afdeling van titel 4 van de Faillissementswet waarop de regels betreffende het aanbieden en de homologatie van een onderhands akkoord van toepassing zijn.
De bepalingen in dit hoofdstuk zijn van toepassing op alle hoofdstukken van dit procesreglement.

1.2. Afwijken reglement

De rechter kan, indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven, afwijken van dit reglement.

1.3. Indiening van stukken

Een verzoek wordt schriftelijk gedaan, tenzij de wet anders bepaalt.
Een verzoekschrift wordt ingediend en ondertekend door een advocaat indien dit zo is bepaald in artikel 5 Fw.
Indiening van het verzoekschrift, zienswijze, verzetrekest en overige stukken geschiedt als volgt:

- door toezending per post aan de bevoegde rechtbank ter attentie van de insolventiegriffie {hyperlink naar de rechtbanken}; of
- door afgifte aan de Centrale Balie van de bevoegde rechtbank ter attentie van de insolventiegriffie {hyperlink naar de rechtbanken};
- door toezending via Veilig Mailen (Veilig Mailen: de voorziening van de Rechtspraak voor het verzenden en ontvangen van beveiligde e-mail naar en door de rechtbank), mits het processtuk of het bericht, met eventuele bijlage(n), direct per post aan de rechtbank ter attentie van de insolventiegriffie wordt nagezonden of wordt afgegeven aan de Centrale Balie van die rechtbank, ter attentie van de insolventiegriffie, onder de uitdrukkelijke vermelding dat het reeds eerder via Veilig Mailen ingediende stukken betreft {hyperlink Veilig Mailen}. Voor toezending via Veilig Mailen gelden de daarnaast in Bijlage III vermelde regels voor het gebruik van Veilig Mailen. Verzendingen via Veilig Mailen die uiterlijk op 23.59 uur van de laatste dag van een lopende termijn zijn ontvangen, gelden als binnen de termijn ingediend. Indien een termijn op een ander tijdstip op die dag eindigt, gelden verzendingen die voor dat tijdstip zijn ontvangen als binnen de termijn ingediend.

Indiening van processtukken of berichten op een andere wijze dan in dit artikel beschreven is niet toegestaan, behoudens indien en voor zover in dit reglement anders staat vermeld.

Van de verzending van een via Veilig Mailen verzonden processtuk of bericht is een bevestiging van de ontvangst beschikbaar, die de verzender zelf kan inzien of ophalen bij de dienst Veilig Mailen die de verzender gebruikt.

Als tijdstip waarop de rechtbank een processtuk of een bericht via Veilig Mailen heeft ontvangen, geldt het tijdstip waarop het processtuk of het bericht een systeem voor gegevensverwerking heeft bereikt waarvoor de rechtbank verantwoordelijkheid draagt (ZIVVER). Dat tijdstip staat vermeld in de ontvangstbevestiging.

De griffie is op werkdagen telefonisch bereikbaar van 8:30 tot 17:00 uur.

1.4. Aantal in te dienen exemplaren

Het verzoekschrift of verzetrekest en de daarbij behorende stukken worden in meervoud ingediend: twee exemplaren per post aan de insolventiegriffie van de rechtbank en één exemplaar door toezending via Veilig Mailen.

1.5. Bijlagen

Indien het verzoekschrift of verzetrekest een bijlage of bijlagen bevat, wordt daarnaar uitdrukkelijk verwezen. De bijlagen worden genummerd. In een eventueel volgend processtuk van een partij wordt bij de nummering van de bijlagen uit het vorige processtuk van die partij aangesloten. Indien het gaat om 10 of meer bijlagen wordt bovendien een overzicht bijgevoegd.

1.6. Vermelding zaak- en rekestnummer

Het verzoekschrift of verzetrekest wordt ter griffie ingeschreven. Hieraan wordt een zaak- en rekestnummer toegekend. Op alle correspondentie met en van de rechtbank wordt het zaak- en rekestnummer vermeld.

1.7. Griffierecht

Verzoekers zijn griffierecht verschuldigd, tenzij anders is bepaald in de Wet griffierechten burgerlijke zaken {hyperlink griffierechten}.

1.8. Behandeling van het verzoek

Verzoeken aan de rechtbank worden in raadkamer behandeld, tenzij het akkoord wordt voorbereid en aangeboden in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

1.9. Oproeping

Indien het verzoek mondeling wordt behandeld, wordt de oproeping voor de behandeling van het verzoek gedaan door de verzoeker, nadát de rechtbank hem heeft medegedeeld tegen welke datum en welk tijdstip de schuldenaar (in geval deze niet de verzoeker is) en eventuele belanghebbenden moeten worden opgeroepen. De keuze voor de wijze van

oproeping is aan verzoeker, waarbij verzoeker bij niet-verschijnen van een partij inzichtelijk zal moeten maken dat kenbaar is opgeroepen (bijvoorbeeld door overlegging van een exploot).

1.10. Afschrift verzoekschrift aan belanghebbende

De verzoekende partij verstrekt bij de oproeping van een belanghebbende een afschrift van het gehele verzoekschrift inclusief de bijlagen.

1.11. Zienswijze

Een schriftelijke zienswijze houdende de standpunten moet, voor zover niet anders bepaald in de wet, uiterlijk twee dagen voor de behandeling in meervoud worden ingediend: twee exemplaren voor de rechtbank en één exemplaar door toezending via Veilig Mailen. De rechtbank stuurt de zienswijze naar verzoeker die zorgt voor verstrekking van de zienswijze aan de andere belanghebbenden. Verzoeker wijst de daarvoor in aanmerking komende belanghebbenden, dan wel de daarvoor in aanmerking komende schuldeisers en aandeelhouders, op de mogelijkheid hun zienswijze kenbaar te maken.
Indien de zienswijze een bijlage of bijlagen bevat, wordt daarnaar in de zienswijze uitdrukkelijk verwezen.

1.12. Mondelinge toelichting standpunten

De volgende partijen kunnen tijdens de mondelinge behandeling verschijnen:
- verzoeker of belanghebbende die een natuurlijk persoon is, kan in persoon of bij gevolmachtigde bij de mondelinge behandeling verschijnen;
- de herstructureringsdeskundige;
- de observator;
- een rechtspersoon wordt vertegenwoordigd door een daartoe bevoegde bestuurder, een andere daartoe in de statuten aangewezen persoon of een daartoe gevolmachtigde.
Indien alleen de gevolmachtigde (niet zijnde een advocaat) van een natuurlijk persoon of rechtspersoon verschijnt, worden de originele volmacht en het legitimatiebewijs van de gevolmachtigde getoond en een kopie van het legitimatiebewijs van de volmachtgever.

1.13. Indiening nadere stukken

Bewijs- en andere stukken waarop partijen zich tijdens de mondelinge behandeling willen beroepen worden zo spoedig mogelijk doch uiterlijk tot aan de dag van de mondelinge behandeling in meervoud ingediend: twee exemplaren voor de rechtbank en één exemplaar door toezending via Veilig Mailen.

1.14. Pleitnotities

Tenzij uitdrukkelijk door de rechtbank bepaald, kunnen verzoekers en belanghebbenden tijdens de mondelinge behandeling slechts korte spreekaantekeningen (maximaal 2 pagina’s, maximaal 10 minuten) voordragen en overleggen.

1.15. Afdoening zonder zitting

De rechtbank kan zonder dat hiertoe een mondelinge behandeling wordt bepaald op het verzoek beslissen, indien de verzoeker, de schuldenaar en de iedere andere belanghebbende de rechtbank schriftelijk hebben laten weten hiermee in te stemmen.

1.16. Verzoek om aanhouding van de behandeling

Een verzoek tot aanhouding van de behandeling kan op de volgende wijze worden gedaan:

- door de verzoeker: schriftelijk en gemotiveerd onder vermelding van de klemmende redenen, uiterlijk twee dagen voorafgaande aan de (mondelinge) behandeling tot 17:00 uur; of
- door andere belanghebbende(n): schriftelijk en gemotiveerd, onder vermelding van de klemmende redenen, uiterlijk twee dagen voorafgaande aan de (mondelinge) behandeling tot 17:00 uur; of
- door partijen gezamenlijk: schriftelijk voorafgaande aan de (mondelinge) behandeling of mondeling tijdens de mondelinge behandeling.

1.17. Toevoeging

Indien een voor de zaak geldende toevoeging is verleend, wordt de toevoeging bij het verzoekschrift of verzetrekest gevoegd. Indien een toevoeging is aangevraagd maar nog niet of nog niet definitief is verleend, wordt een kopie van de aanvraag bij het verzetrekest of zienswijze gevoegd en wordt in de kop daarvan vermeld dat een toevoeging is aangevraagd.

1.18. Termijn uitspraak

Tijdens de mondelinge behandeling wordt gemeld op welke datum en op welk tijdstip uitspraak wordt gedaan. Als uitgangspunt geldt dat binnen vijf werkdagen na de mondelinge behandeling uitspraak wordt gedaan.
Bij een schriftelijke behandeling van het verzoek wordt in beginsel binnen vijf werkdagen uitspraak gedaan.

1.19. Verstrekken afschrift uitspraak

Een afschrift van de uitspraak wordt zo spoedig mogelijk aan de verzoeker en de schuldenaar verstrekt en, in voorkomende gevallen, aan de ter zitting (verder) verschenen partijen, partijen die een zienswijze hebben ingediend en aan de herstructureringsdeskundige of observator verstrekt.

1.20. Publicatie uitspraak

De griffier van de rechtbank draagt zorg voor alle door de Faillissementswet vereiste publicaties.

2. Deponeren startverklaring en algemene vereisten voor een eerste verzoek

2.1. Strekking

Dit hoofdstuk bevat regels voor het deponeren van de startverklaring en de algemene vereisten voor een eerste verzoek.

2.2. Startverklaring

2.2.1. Deponeren

De schuldenaar deponeert kosteloos een verklaring ter griffie (van de relatief bevoegde rechtbank) waaruit blijkt dat hij start met de voorbereiding van een akkoord.

2.2.2. Aantal in te dienen exemplaren

Een startverklaring wordt schriftelijk en in meervoud ingediend: twee exemplaren voor de rechtbank. Het indienen geschiedt middels het invullen van het formulier zoals opgenomen in bijlage I.

2.3. Eerste verzoek in het kader van een onderhands akkoord, algemene bepalingen

2.3.1. Inhoud verzoek

Een eerste verzoekschrift vermeldt ten minste:

- voornamen, naam en woonplaats of, bij gebreke van een woonplaats in Nederland, het werkelijk verblijf van de verzoeker, alsmede
- een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust, waaronder de gronden voor de relatieve bevoegdheid van de rechter, alsmede
- de keuze voor de openbare of besloten procedure, alsmede
- vermelding of het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar is verplaatst in de drie maanden voorafgaand aan het verzoek, alsmede
- de grondslag voor de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, alsmede
- indien van toepassing: het verplaatsen van de zetel van de schuldenaar voor zover dat heeft plaatsgevonden in de drie maanden voorafgaand aan het verzoek, alsmede
- het telefoonnummer van de behandelend advocaat.

In de kop van het verzoekschrift wordt de aard van het verzoek vermeld en de wetsbepaling waarop het berust.

2.3.2. Bijvoegen stukken

Bij het verzoekschrift worden, voor zover deze niet zijn overgelegd bij of voor zover deze zijn gewijzigd na het deponeren van de startverklaring, de volgende stukken en uittreksels gevoegd die niet ouder mogen zijn dan één maand:

a. indien de schuldenaar een naamloze vennootschap (NV), een besloten vennootschap (BV), een coöperatieve vereniging of een buitenlandse rechtspersoon is:
   - een origineel of digitaal gewaarmerkt uittreksel van de Kamer van Koophandel. indien de vennootschap ook een of meer filialen heeft, zo mogelijk ook een origineel of digitaal gewaarmerkt uittreksel van de Kamer van Koophandel van die (buitenlandse) vestiging(en);
   - indien de bestuurder van de vennootschap een rechtspersoon is, een origineel of digitaal gewaarmerkt uittreksel van de Kamer van Koophandel van deze rechtspersoon, en van de eventuele rechtspersonen die deze rechtspersoon besturen, totdat een natuurlijk persoon als bestuurder wordt genoemd.

b. indien de schuldenaar een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap is:
   - een origineel of digitaal gewaarmerkt uittreksel van de Kamer van Koophandel;
   - een origineel uittreksel uit de Basisregistratie Personen per vennoot;
   - indien één of meer vennoten van de vennootschap een rechtspersoon is, een origineel of digitaal gewaarmerkt uittreksel van de Kamer van Koophandel van deze rechtspersoon, en van de eventuele rechtspersonen die deze rechtspersoon besturen, totdat een natuurlijk persoon als bestuurder wordt genoemd.

c. indien de schuldenaar een natuurlijk persoon met een zelfstandig bedrijf of beroep is.
   - een origineel of digitaal gewaarmerkt uittreksel van de Kamer van Koophandel;
   - een origineel uittreksel van de basisregistratie personen.

d. indien de schuldenaar een vereniging of stichting is:
   - een origineel of digitaal gewaarmerkt uittreksel van de Kamer van Koophandel;
   - een (door de notaris) gewaarmerkte kopie van de statuten;
   - bij een vereniging: de originele notulen van de algemene ledenvergadering waaruit blijkt van de opdracht van deze vergadering aan het bestuur tot het aanbieden van een akkoord. Indien de bevoegdheid tot het aanbieden van een akkoord in de statuten is toegekend aan een ander orgaan van de vereniging dient het originele besluit van dat orgaan tot het aanbieden van een akkoord te worden overgelegd;
   - indien degene die het verzoekschrift indient een gevolmachtigde is en niet de bevoegde bestuurder, de door het bestuur verstrekte volmacht aan deze persoon en een kopie van het legitimatiebewijs van de volmachtgever;
   - indien de bestuurder van de vereniging een rechtspersoon is, een origineel of digitaal gewaarmerkt uittreksel van de Kamer van Koophandel van deze rechtspersoon, en van de eventuele rechtspersonen die deze rechtspersoon besturen, totdat een natuurlijk persoon als bestuurder wordt genoemd.

e. een lijst met belanghebbenden bij het verzoek.

De rechtbank kan om toezending van aanvullende stukken verzoeken.

3. Aanwijzing van een herstructureringsdeskundige

3.1. Strekking

Dit hoofdstuk bevat regels voor de behandeling van verzoekschriften die strekken tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige zoals bedoeld in artikel 371 Fw.

3.2. Verzoek tot aanwijzing herstructureringsdeskundige

Het verzoekschrift vermeldt:

- indien het verzoek het eerste verzoek is de gegevens als vermeld in artikel 2.3; de gronden waarop gesteld wordt dat de schuldenaar verkeert in een toestand ex artikel 370 lid 1 Fw, en in voorkomend geval dat het verzoek gesteund wordt door de meerderheid van de schuldeisers ten minste twee en maximaal drie namen van mogelijke te benoemen herstructureringsdeskundigen, waarbij het verzoekschrift offertes voor de kosten verbonden aan de benoeming van de herstructureringsdeskundige bevat. Slechts indien alle bij het akkoord betrokken partijen het eens zijn, kan met het noemen van één herstructureringsdeskundige en het overleggen van één offerte worden volstaan.

4. Verzoek om tussentijdse voorzieningen

4.1. Strekking

Dit hoofdstuk bevat regels voor de behandeling van verzoeken die strekken tot het gelasten van tussentijdse voorzieningen door de rechtbank op de voet van artikel 376 en 379 Fw.

4.2. Verzoeken met betrekking tot een afkoelingsperiode (artikel 376 Fw)

4.2.1. Inhoud verzoek

Het verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode bevat:

- indien het verzoek het eerste verzoek is op basis van deze afdeling de gegevens als vermeld in artikel 2.3;
- indien het verzoek wordt ingediend door de schuldenaar: vermelding van de datum en registratiegegevens van de startverklaring als bedoeld in artikel 2.2;
- vermelding dat (i) een akkoord is aangeboden, of (ii) binnen twee maanden aangeboden zal worden, of (iii) een herstructureringsdeskundige is aangewezen;
- toelichting over de noodzaak voor het gelasten van een afkoelingsperiode en onderbouwing dat de gezamenlijke schuldeisers niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad;
- vermelding of om opheffing van beslagen wordt verzocht en de aard, de omvang en de impact van de beslagen;
- lijst van belanghebbenden.

4.2.2. Verzoek om verlenging van de afkoelingsperiode

Een verzoek om verlenging van de afkoelingsperiode bevat:

- een afschrift van de eerste beslissing over de afkoelingsperiode; onderbouwing dat belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord dan wel vermelding dat een verzoek tot homologatie is ingediend;
- vermelding of het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar is verplaatst in de drie maanden voorafgaand aan het verzoek;
- lijst belanghebbenden als bedoeld in artikel 376 lid 11 Fw, alsmede een overzicht van degenen die in de gelegenheid zijn gesteld hun zienswijze in te dienen.

4.2.3. Verzoek opheffing afkoelingsperiode

Het verzoek tot opheffing van de afkoelingsperiode bevat:

- vermelding van de hoedanigheid van de verzoeker;
- onderbouwing dat niet meer aan de vereisten wordt voldaan van artikel 376 lid 1 en 4.

4.2.4. Afschrift verzoek aan belanghebbende

Aanvragers van een faillissement ontvangen een afschrift van het verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode dan wel het verzoek tot verlenging van de afkondiging van een afkoelingsperiode dan wel het verzoek tot opheffing van de afkoelingsperiode.

4.2.5. Verzoek tot het treffen van voorzieningen ten tijde van de afkoelingsperiode (artikel 376 lid 9 Fw)

Het verzoek kan worden ingediend door derden, beslagleggers en schuldeisers in de zin van artikel 376 lid 9 Fw.
Dit verzoek bevat:

- vermelding van de hoedanigheid van verzoeker;
- kopie van het ingediende faillissementsverzoek of het beslag exploot; of
- onderbouwing van het zekerheidsrecht waarop een beroep wordt gedaan, dan wel een bewijs van hun belang.

4.3. Verzoek op de voet van artikel 379 Fw

4.3.1. Inhoud verzoek

Het verzoek op de voet van artikel 379 Fw bevat:

- indien het verzoek het eerste verzoek is op basis van deze afdeling de gegevens als vermeld in artikel 2.3;
- toelichting over de hoedanigheid en bevoegdheid van de verzoeker:
    - indien het verzoek wordt ingediend door de schuldenaar: vermelding van de datum en registratiegegevens van de startverklaring als bedoeld in artikel 2.2;
- een duidelijke omschrijving van de gevraagde voorzieningen;
- een toelichting waarom de gevraagde voorzieningen nodig zijn ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en aandeelhouders.

4.3.2. Bijvoeging stukken

Bij het verzoekschrift worden de stukken, voor zover van toepassing, gevoegd zoals genoemd in artikel 4.2.2. De rechtbank kan om toezending van aanvullende stukken verzoeken.

5. Verzoeken op de voet van artikel 378 Fw en artikel 42a Fw

5.1. Strekking

Dit hoofdstuk bevat regels voor de behandeling van verzoeken aan de rechtbank om uitspraak te doen over belangrijke aspecten en verzoeken die strekken tot het verkrijgen van een machtiging voor het verrichten van een rechtshandeling.

5.2. Verzoek uitspraak over belangrijke aspecten op de voet van artikel 378 Fw

5.2.1. Inhoud verzoek

Een verzoek op de voet van artikel 378 Fw bevat:

- indien het verzoek het eerste verzoek is op basis van deze afdeling de gegevens als vermeld in artikel 2.3;
- toelichting over de hoedanigheid en bevoegdheid van de verzoeker:
    - indien het verzoek wordt ingediend door de schuldenaar: vermelding van de datum en registratiegegevens van de startverklaring als bedoeld in artikel 2.2;
- een duidelijke omschrijving van het aspect waar een uitspraak over wordt verzocht en het belang daarvan in het kader van de totstandkoming van het akkoord.

Indien er meerdere verzoeken op grond van artikel 378 Fw worden ingediend, dienen deze gezamenlijk in één verzoekschrift te worden aangebracht.

5.2.2. Bijvoeging stukken

Voor een verzoek als bedoeld in artikel 378 lid 1 sub a Fw wordt voor zover van toepassing en aanwezig bijgevoegd:

- informatie over de financiële positie van de schuldenaar, waaronder in ieder geval:
    - de jaarrekeningen van de afgelopen drie boekjaren;
    - een actuele staat van baten en lasten, door weergave van de actuele balans en winst- en verliesrekening, inclusief eventueel niet uit de balans blijkende verplichtingen;

- een waardering van de onderneming en (indien noodzakelijk) van specifieke activa, (i) bij uitvoering van het (beoogde) akkoord en (ii) bij vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement;
- de onderliggende financiële gegevens betrokken bij de totstandkoming van de hierboven genoemde waarderingen en welke financiële gegevens eventueel niet betrokken zijn;
- de uitgangspunten en aannames op basis waarvan de prognoses en de waardering is vastgesteld;
- gevoeligheden en onzekerheden aangaande de prognoses en de waardering en de totstandkoming daarvan;
- een prognose van de balans en de winst- en verliesrekening voor een periode van twee jaar na de homologatie van het akkoord;
- een kasstroomprognose voor een periode van één tot twee jaar (op maandbasis) na de homologatie van het akkoord;
- de actuele liquiditeitspositie, door weergave van de kaspositie, ruimte onder de kredietfaciliteiten en mogelijke andere bronnen van liquiditeit;
- de waarderingsmethode en de berekeningswijze;
- andere documenten die bij de beoordeling van dit verzoek van belang kunnen zijn.

Voor een verzoek als bedoeld in artikel 378 lid 1 sub b Fw wordt in ieder geval bijgevoegd:

- een lijst met de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders die bij naam worden genoemd (of als dit niet mogelijk is de schuldeisers en aandeelhouders onder verwijzing naar één of meer categorieën) met het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel en in welke klasse of in welke klassen zij zijn ingedeeld en de gronden hiervoor;
- een lijst van schuldeisers of aandeelhouders die bij naam worden genoemd (of als dit niet mogelijk is de schuldeisers en aandeelhouders onder verwijzing naar één of meer categorieën) die niet onder het akkoord vallen met toelichting waarom zij niet worden meegenomen in het akkoord.

Voor een verzoek als bedoeld in artikel 378 lid 1 sub c Fw wordt in ieder geval bijgevoegd:

- een afschrift uit de administratie van de schuldenaar waaruit de aard en de hoogte van de vordering van de schuldeiser of aandeelhouder blijkt;
- een afschrift van het deel van het ontwerpakkoord waaruit blijkt of de rechten van een schuldeiser of aandeelhouder worden gewijzigd.

Voor een verzoek als bedoeld in artikel 378 lid 1 sub d Fw wordt in ieder geval bijgevoegd:

- een afschrift van de voorgenomen procedure voor de stemming en de termijn waarbinnen het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders is voorgelegd of hen is medegedeeld hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, alsmede een toelichting wanneer de stemming redelijkerwijs zou moeten plaatsvinden inclusief de gronden daarvoor.

Elk verzoek bevat in elk geval een lijst met alle schuldeisers en aandeelhouders als bedoeld in artikel 378 lid 8 Fw, alsmede een overzicht van degenen die in de gelegenheid zijn gesteld hun zienswijze in te dienen.

De rechtbank kan om toezending van aanvullende stukken verzoeken.

5.3. Verzoek op de voet van artikel 42a Fw

5.3.1. Inhoud verzoek

Een verzoek op de voet van artikel 42a Fw bevat:

- indien het verzoek het eerste verzoek is op basis van deze afdeling de gegevens als vermeld in artikel 2.3 (met uitzondering van sub d);
- vermelding van de datum en registratiegegevens van de startverklaring, voor zover aanwezig, als bedoeld in artikel 2.2;
- een financiële onderbouwing van het verzoek;
- een onderbouwing dat de rechtshandeling noodzakelijk is om de onderneming te blijven voortzetten;
- onderbouwing dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierdoor gediend zijn;
- onderbouwing dat geen individuele schuldeisers door de desbetreffende rechtshandeling in hun belangen worden geschaad.

De rechtbank kan om toezending van aanvullende stukken verzoeken.

6. Verzoek tot homologatie

6.1. Strekking

Dit hoofdstuk bevat regels voor de behandeling en indiening van verzoekschriften die strekken tot de homologatie van een onderhands akkoord op verzoek van de schuldenaar zelf of op verzoek van een herstructureringsdeskundige indien deze is aangesteld.

6.2. Verzoek tot homologatie

6.2.1. Inhoud verzoek tot homologatie

Elk verzoek tot homologatie bevat in ieder geval:

- indien het verzoek tot homologatie het eerste verzoek is op basis van deze afdeling dienen de gegevens als vermeld in artikel 2.3 in het verzoek opgenomen te worden;
- toelichting over de hoedanigheid en bevoegdheid van de verzoeker:
    - indien het verzoek wordt ingediend door de schuldenaar: vermelding van de datum en registratiegegevens van de startverklaring als bedoeld in artikel 2.2;
- de informatie zoals bedoeld in artikel 375 lid 1 en lid 2 Fw met toelichting;

- het stemverslag.

6.2.2. Bijvoeging stukken

Bij het verzoekschrift worden de stukken als bedoeld in artikel 375 lid 2 Fw gevoegd, waaronder voor zover toepasselijk een lijst met de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders die bij naam worden genoemd (of als dit niet mogelijk is de schuldeisers en aandeelhouders onder verwijzing naar één of meer categorieën) met het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel en in welke klasse of in welke klassen zij zijn ingedeeld;

- een lijst van schuldeisers of aandeelhouders die bij naam worden genoemd (of als dit niet mogelijk is de schuldeisers en aandeelhouders onder verwijzing naar één of meer categorieën) die niet onder het akkoord vallen met toelichting waarom zij niet worden meegenomen in het akkoord;
- informatie over de financiële positie van de schuldenaar, waaronder in ieder geval:
    - de jaarrekeningen van de afgelopen drie boekjaren;
    - een actuele staat van baten en lasten, door weergave van de actuele balans en winst- en verliesrekening, inclusief eventueel niet uit de balans blijkende verplichtingen;
    - een waardering van de onderneming en (indien noodzakelijk) van specifieke activa, (i) bij uitvoering van het (beoogde) akkoord en (ii) bij vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement;
    - de onderliggende financiële gegevens betrokken bij de totstandkoming van de hierboven genoemde waarderingen en de uitgangspunten en aannames op basis waarvan de prognoses en de waardering zijn vastgesteld;
    - gevoeligheden en onzekerheden aangaande de prognoses en de waardering en de totstandkoming daarvan;
    - een prognose van de balans en de winst- en verliesrekening voor een periode van twee jaar na de homologatie van het akkoord;
    - een kasstroomprognose voor een periode van één tot twee jaar (op maandbasis) na de homologatie van het akkoord;
    - de actuele liquiditeitspositie, door weergave van de kaspositie, ruimte onder de kredietfaciliteiten en mogelijke andere bronnen van liquiditeit;
    - de waarderingsmethode en de berekeningswijze; andere documenten die bij de beoordeling van dit verzoek van belang kunnen zijn;
- blijk van instemming van de schuldenaar met de voorlegging van een akkoord ter homologatie in geval van toepasselijkheid van artikel 381 lid 2 Fw, dan wel de beslissing ex artikel 378 lid 5 Fw;
- afschrift van eventuele beslissingen genomen door de rechtbank op de voet van artikel 378 en/of 379 Fw;
- Correspondentie met weigerende schuldeisers, waaruit door hen aangevoerde weigeringsgronden blijken;
- andere informatie die voor de beoordeling van het verzoek van belang is.

De rechtbank kan om toezending van aanvullende stukken verzoeken.

6.2.3. Deponeren stemverslag

Indien door de schuldenaar of herstructureringsdeskundige een verzoek tot homologatie van het akkoord wordt gedaan, dan wordt tevens het stemverslag ter griffie van de rechtbank gedeponeerd.

Het verslag vermeldt in ieder geval:

- de uitslag van de stemming per klasse;
- de schuldeisers en aandeelhouders die hebben gestemd;
- en of zij zich daarbij vóór of tegen het akkoord hebben uitgesproken.

6.2.4. Verzoek wijziging/beëindiging overeenkomst op de voet van artikel 373 Fw

Het verzoekschrift kan tevens bevatten een verzoek tot wijziging of beëindiging van een overeenkomst op de voet van artikel 383 lid 7 Fw jo. artikel 373 Fw. In dat geval bevat het verzoekschrift ook:

- het voorstel tot wijziging of beëindiging van de betreffende overeenkomst en de opzegtermijn;
- het voorstel tot schadevergoeding en de wijze van voldoening.

6.2.5. Extra informatie over groep schuldenaren

Indien het verzoek betreft homologatie van een akkoord waarin wijzigingen van rechten van schuldeisers zijn opgenomen jegens rechtspersonen die met de schuldenaar een groep in de zin van artikel 2:24b BW vormen, wordt in het verzoekschrift ook opgenomen:

- onderbouwing per groepsvennootschap dat is voldaan aan de vereisten van artikel 372 lid 2 aanhef en a tot en met d Fw, inclusief onderbouwing dat sprake is van een groep in de zin van artikel 2:24b BW;
- de onder artikel 2.3.2 genoemde informatie en stukken ten aanzien van die rechtspersonen;
- inzicht in het verloop van de stemprocedure met betrekking tot de schuldeisers van de groepsvennootschappen.

6.2.6. Stemmen door economisch gerechtigde (artikel 381 lid 4 Fw)

Indien gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om de economisch gerechtigde te laten stemmen in plaats van de juridisch gerechtigde bevat het verzoekschrift een toelichting over de wijze waarop het stemproces is ingericht.

6.2.7. Stemmen door certificaathouder of vruchtgebruiker (artikel 381 lid 5 Fw)

Indien gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om de certificaathouder of vruchtgebruiker te laten stemmen in plaats van een aandeelhouder bevat het verzoekschrift een toelichting over de wijze waarop het stemproces is ingericht.

6.3. Verzoek tot afwijzing (artikel 383 lid 8 Fw)

6.3.1. Inhoud verzoek

Het verzoek tot afwijzing bevat:

- vermelding van de hoedanigheid van de verzoeker:
  - stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder in de zin van artikel 384 lid 3;
  - stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder in de zin van artikel 384 lid 4;
  - overige stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder; of
  - wederpartij bij de overeenkomst die de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige eenzijdig wil opzeggen;
- de gronden voor het verzoek tot afwijzing met toelichting;
- vermelding van het moment waarop verzoeker met de afwijzingsgrond bekend raakte en wanneer hij hiertegen bij de herstructureringsdeskundige of de schuldenaar heeft geprotesteerd.

6.4. Behandeling van het verzoek

6.4.1. Oproeping stemgerechtigde partijen

Nadat de dag, het tijdstip, en de plaats van de zitting is vastgesteld zorgt de verzoeker dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders worden opgeroepen. De verzoekende partij verstrekt bij de oproeping een afschrift van het verzoekschrift.

De namen en woonplaatsen van de opgeroepen partijen worden ten minste twee werkdagen voor de zitting aan de griffier doorgegeven.

7. Verzet tegen beslissing van de rechtbank in een openbare procedure op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid

7.1. Strekking

Dit hoofdstuk bevat regels voor de behandeling van het verzet op voet van artikel 371 lid 14 Fw door een niet opgeroepen schuldeiser tegen een openingsbeslissing in een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

7.2. Verzetrekest

7.2.1. Inhoud verzetrekest

Het verzetrekest vermeldt:

- voornamen, naam en woonplaats of, bij gebreke van een woonplaats in Nederland, het werkelijk verblijf van de opposant;
- naam, adres en woonplaats of, bij gebreke van een woonplaats in Nederland, het werkelijk verblijf van de geopposeerde en van iedere andere belanghebbende, voor zover bij de opposant bekend, en het telefoonnummer van de herstructureringsdeskundige indien benoemd;
- een duidelijke omschrijving van de gronden waarop het verzet berust;
- eventueel de naam en het telefoonnummer van de behandelend advocaat;

- de datum van de openingsbeslissing en het insolventienummer.

7.2.2. Griffierecht

De opposant is geen griffierecht verschuldigd.

7.2.3. Intrekking verzet

Zolang nog niet op het verzetschrift is beslist, kan het verzetrekest worden ingetrokken. Het verzet wordt als ingetrokken beschouwd als de opposant niet ter zitting verschijnt en geen verzoek tot aanhouding van de behandeling is gedaan.

7.3. Verweer

7.3.1. Aantal in te dienen exemplaren

Het verweerschrift wordt in meervoud ingediend: twee exemplaren voor de rechtbank en één exemplaar door toezending via Veilig Mailen.

7.3.2. Mondeling verweer

Een geopposeerde die natuurlijk persoon is, kan in persoon of bij gevolmachtigde ter zitting verschijnen. Een rechtspersoon wordt vertegenwoordigd door een daartoe bevoegde bestuurder, een andere in de statuten daartoe aangewezen persoon of een daartoe gevolmachtigde. Indien alleen de gevolmachtigde verschijnt, worden de originele volmachten het legitimatiebewijs van de gevolmachtigde getoond en een kopie van het legitimatiebewijs van de volmachtgever.

7.4. Behandeling van het verzet

7.4.1. Dagbepaling zitting

Indien het verzet op de zitting wordt behandeld, wordt zo spoedig mogelijk na de indiening van het verzetrekest een zitting bepaald waarop het verzetrekest wordt behandeld.

7.4.2. Indiening nadere stukken

Bewijs en andere stukken waarop partijen zich tijdens de zitting willen beroepen worden zo spoedig mogelijk maar uiterlijk twee dagen voor de zitting in meervoud ingediend: twee exemplaren voor de rechtbank en één exemplaar door toezending via Veilig Mailen.

7.4.3. Behandeling ter openbare terechtzitting

De behandeling van het verzet vindt plaats ter openbare terechtzitting.

8. Slotbepaling

8.1. Vaststelling en inwerkingtreding

Deze versie van dit reglement is door Recofa en het LOVT op 6 december 2021 respectievelijk 2 december 2021 goedgekeurd en treedt in werking op 1 februari 2022.

8.2. Toepasselijkheid

Dit reglement geldt voor verzoeken die zijn ingediend na de datum van inwerkingtreding.

9. Bijlagen

9.1. Bijlage I – Formulier startverklaring *(artikel 370 lid 3)*

de Rechtspraak

Startverklaring betreffende het aanbieden en de homologatie van een onderhands akkoord

Gericht aan

Rechtbank _____

Adres _____

Verzoeker/ondergetekende

Naam _____

Adres _____

Postcode en plaatsnaam _____

Telefoonnummer _____

E-mailadres _____

Geboortedatum ____-____-_____

Geboorteplaats en -land _____

Onderneming (schuldenaar)

Naam _____

Statutaire vestigingsplaats _____

Gevestigd sinds ____-____-_____

Vestigingsadres _____

Gevestigd sinds ____-____-_____

Telefoonnummer _____

E-mailadres _____

Kamer van Koophandel inschrijving

Plaats _____

KvK-nummer _____

Procedure

Wat voor soort procedure?

☐ Openbare procedure

☐ Besloten procedure

Voorbereiding akkoord

Datum aanvang ____-____-_____

Verwachte tijdlijn _____

Toelichting voorbereidende handelingen _____

_____

_____

Betrokken advocaat

Is er een advocaat betrokken ?

☐ Ja ☐ Nee

Naam advocaat _____

Naam kantoor _____

Telefoonnummer _____

Betrokken adviseur(s)

Is er een adviseur betrokken?

☐ Ja ☐ Nee

Naam adviseur _____

Naam kantoor _____

Telefoonnummer _____

Centrum voornaamste belangen schuldenaar

Waar is het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen?

_____

_____

Heeft schuldenaar een vestiging in Nederland?

☐ Ja ☐ Nee

Indien Ja wat is het vestigingsadres?

Adres _____

Postcode en plaats _____

Startverklaring

Ondergetekende verklaart dat hij/zij ten aanzien van schuldena(a)r(es) start met de voorbereiding van een akkoord ex artikel 370 lid 1 Fw.

Naam indiener _____

Datum _____

Plaats _____

Handtekening _____

Bij het indienen van de startverklaring worden de volgende stukken ingediend:

- *een kopie van een geldig legitimatiebewijs van degene die de startverklaring indient;*
- *indien aanwezig een lijst van diegenen die de startverklaring ondersteuning met een kopie van hun legitimatiebewijs, en*
- *een recent (niet ouder dan één maand) en gewaarmerkt uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel van de rechtspersoon. Wanneer de bestuurder ook een rechtspersoon is, dan eveneens de gegevens verstrekken van de onderliggende rechtspersonen, totdat een natuurlijk persoon als bestuurder wordt benoemd.*

9.2. Bijlage II – Overzicht telefoonnummers

Rechtbank	Zittingsplaats	Telefoonnummer	E-mailadres
Amsterdam	Amsterdam	088 – 3611409	insolventies.amsterdam@rechtspraak.nl
Den Haag	Den Haag	088 – 3610667	WHOA.rb-dh@rechtspraak.nl
Gelderland	Zutphen	088 – 3612000	Insolventies.rb.gelderland@rechtspraak.nl
Limburg	Maastricht	088 – 3611645	faillissementen.rb-lim@rechtspraak.nl
Midden Nederland	Utrecht	088 – 3611772	Insolventie.rb-mnl.utrecht@rechtspraak.nl
Noord Holland	Haarlem	088 – 3611169	insolventies.rb-nho@rechtspraak.nl
Noord Nederland	Assen/ Groningen	088 – 3611342	insolventies.nnl@rechtspraak.nl
	Leeuwarden	088 – 3611353	insolventies.rb.leeuwarden@rechtspraak.nl
Oost Brabant	`s – Hertogenbosch	088 – 3611810	insolventies@rechtspraak.nl
Overijssel	Almelo / Zwolle	088 – 3611055	faillissementen.rb-ove@rechtspraak.nl
Rotterdam	Rotterdam	088 – 3626000	insolventies1@rechtspraak.nl
Zeeland West Brabant	Breda	088 – 3611548	Insolventierecht.breda.zwb@rechtspraak.nl

9.3. Bijlage III – Regels voor het gebruik van Veilig Mailen (artikelen 1.3., 1.4., 1.12., 1.13., 1, 7.3.1., 7.4.2.),

Voor communicatie via Veilig Mailen gelden, in aanvulling op de overige regels in dit procesreglement, de volgende regels.

1 Gebruik Veilig Mailen

Voor communicatie via Veilig Mailen maakt de verzender gebruik van het e-mailadres dat per griffie van de rechtbank en per zaaksoort staat vermeld in bijlage II van dit procesreglement. Op www.rechtspraak.nl staat ook vermeld op welke wijze een partij kan verzoeken om toegang tot Veilig Mailen.

2 Een e-mail betreft één zaak/karakter e-mail

Een via Veilig Mailen verzonden e-mailbericht heeft uitsluitend betrekking op één zaak.

Een e-mailbericht heeft het karakter van een envelop. De inhoud wordt opgenomen in de bijlage(n) bij het e-mailbericht.

Als een bijlage informatie bevat die ingevolge een wettelijke regeling geheim moet blijven of waarvan ingevolge een wettelijke regeling slechts beperkt mag worden kennis genomen, vermeldt de indiener van het stuk dit uitdrukkelijk in de e-mail.

3 Communicatie door de rechtbank via Veilig Mailen

De rechtbank kan een (proces-)stuk of bericht verzenden via Veilig Mailen, indien de geadresseerde:

a. hierom heeft verzocht, of

b. akkoord is gegaan met een verzoek van de rechtbank in te stemmen met Veilig Mailen, of

c. zelf via Veilig Mailen met de rechtbank heeft gecommuniceerd.

4 Onderwerpregel e-mailbericht

Bij gebruik van Veilig Mailen vermeldt de onderwerpregel van het e-mailbericht uitsluitend:

- ingeval van een nieuwe zaak: de woorden “nieuwe zaak”;
- ingeval van een lopende zaak: het zaaknummer.

In geen geval vermeldt de onderwerpregel persoonsgegevens of andere vertrouwelijke informatie.

5 Wijze van verzenden van bestanden

(Proces-)stukken en berichten zijn als afzonderlijke bestanden bij het e-mailbericht gevoegd. De naam van deze bestanden bevatten een omschrijving en een dagtekening in de vorm van jj-mm-dd. De bestanden voldoen aan het Pdf-

formaat, tenzij het stuk niet in een Pdf-formaat kan worden verstuurd, of de aard van het stuk zich daartegen verzet. In dat geval kan de indiener de rechtbank telefonisch verzoeken indiening van een ander bestandsformaat toe te staan.

De bijlagen zijn doorlopend genummerd en voorzien van bladwijzers.

6 Maximumomvang via Veilig Mailen te verzenden bijlagen

Een bijlage bij een mailbericht heeft een maximumomvang van 25 MB. Als een bijlage groter is dan 25 MB, wordt deze per post aan de rechtbank, ter attentie van de insolventiegriffie, verzonden of wordt deze afgegeven aan de Centrale Balie van de rechtbank ter attentie van de insolventiegriffie.

7 Veilig Mailen van stukken die moeten worden voorzien van een originele ("natte") handtekening

Als de wet ondertekening van stukken vereist, worden deze voorzien van een originele ("natte") handtekening en gescand als Pdf-bestand via Veilig Mailen ingediend.

8 Verstoring toegang Veilig Mailen en verschoonbare termijnoverschrijding

Als op de laatste dag van een geldende termijn voor indiening van een processtuk of bericht een niet aan de indiener toerekenbare verstoring plaatsvindt van de toegang tot Veilig Mailen, is een daardoor veroorzaakte overschrijding van de termijn verschoonbaar als het processtuk of bericht uiterlijk wordt ingediend op de eerstvolgende dag na de dag waarop de indiener ermee bekend had kunnen zijn dat de verstoring is verholpen.

9 Mailen door de rechtbank met bestuursorganen en andere instanties

Indien de rechtbank met bestuursorganen of andere organisaties via een versleutelde verbinding kan mailen, geldt deze vorm van mailen als Veilig Mailen in de zin van dit procesreglement.

Eerste Kamer der Staten-Generaal

1

Vergaderjaar 2020–2021

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

D

EINDVERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE EN VEILIGHEID[1]

Vastgesteld 29 september 2020

Na kennisneming van de memorie van antwoord acht de commissie de openbare behandeling van dit wetsvoorstel voldoende voorbereid.

De voorzitter van de commissie,
De Boer

De griffier van de commissie,
Van Dooren

[1] Samenstelling: Backer (D66), De Boer (GL), (voorzitter), Van Dijk (SGP), Van Hattem (PVV), Nooren (PvdA), Rombouts (CDA), Bikker (CU), Baay-Timmerman (50PLUS), Adriaansens (VVD), Arbouw (VVD), Bezaan (PVV), De Blécourt-Wouterse (VVD), Cliteur (FVD), Dittrich (D66), Doornhof (D66), Gerbrandy (OSF), Janssen (SP), Karimi (GL), Meijer (VVD), Nicolaï (PvdD), Otten (Fractie-Otten), (ondervoorzitter), Van Pareren (FVD), Recourt (PvdA), Rietkerk (CDA), Veldhoen (GL) en Van Wely (FVD).

kst-35249-D
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

Eerste Kamer der Staten-Generaal

1

Vergaderjaar 2020–2021

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 22 september 2020

1. Inleiding

Met veel belangstelling heb ik kennisgenomen van de opmerkingen en vragen van de leden van de fracties van de VVD, de PvdA en de ChristenUnie. Graag ga ik op de gestelde vragen in.

2. «Cash out»-optie

De leden van VVD-fractie wijzen op het voorgestelde artikel 384, vierde lid, en met name sub d, van de Faillissementswet (hierna: Fw). Zij vragen hoe de daarin geregelde uitzondering op de «cash out»-optie voor crediteuren met een pand- of hypotheekrecht zich verhoudt met het uitgangspunt van de memorie van toelichting[1], dat schuldeisers niet gedwongen kunnen worden om in een onderneming te blijven investeren, als zij bij faillissement een uitkering in geld tegemoet hadden kunnen zien. Deze leden merken op dat voor crediteuren met een pand- of hypotheekrecht voor de «*cash out*»-optie een «uitkering in andere vorm» in de plaats is gekomen. Zij vernemen graag aan welke vormen van uitkering hier wordt gedacht en of uitstel van betaling hieronder begrepen wordt.
Zoals de leden van de VVD-fractie terecht opmerken is één van de uitgangspunten van de Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: WHOA) dat schuldeisers uit een tegenstemmende klasse die bij een faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien, niet gedwongen kunnen worden om in een onderneming te blijven investeren. Het nieuwe artikel 384, vierde lid, onder d, sluit hierbij aan. Deze bepaling zorgt er namelijk voor dat een tegenstemmende pand- of hypotheekhouder uit een tegenstemmende klasse die de schuldenaar bedrijfsmatig een financiering heeft verstrekt (hierna: bedrijfsmatige financier), niet tegen zijn wil gedwongen kan worden om mee te werken aan een «*debt for equity swap*». Bij een «*debt for equity swap*» wordt een vordering bijvoorbeeld geheel of gedeeltelijk omgezet in een investering in de onderneming in de vorm van aandelen

[1] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17 en p. 69.

kst-35249-C
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

of certificaten van aandelen. Aanvankelijk kon een bedrijfsmatige financier nog een beroep doen op de bepaling die nu is opgenomen in artikel 384, vierde lid, onder c. Op basis van die bepaling kunnen tegenstemmende schuldeisers uit een tegenstemmende klasse die bij een faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien, zich tegen homologatie van een akkoord verzetten als zij onder het akkoord niet de mogelijkheid krijgen om te kiezen voor een uitkering in contanten («*cash out*»-optie). Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is deze regeling door middel van een amendement aangepast.[2] Doel daarbij was te voorkomen dat er een te groot beroep wordt gedaan op een «*cash out-optie*». Als er onvoldoende liquide middelen zijn of aangetrokken kunnen worden om de uitkering in contanten te financieren, kan een akkoord niet tot stand komen. Daarom vallen bedrijfsmatige financiers die bij faillissement doorgaans aanspraak kunnen maken op vrij grote contante bedragen, niet langer onder de bepaling die is opgenomen in artikel 384, vierde lid, onderdeel c. Voor deze categorie schuldeisers geldt nu artikel 384, vierde lid, onderdeel d. Hierin is bepaald dat het akkoord tegenstemmende bedrijfsmatige financiers uit een tegenstemmende klasse de mogelijkheid moet bieden om in plaats van aandelen te kiezen voor «*een uitkering in een andere vorm*». Een verbod op een «cash out» van bedrijfsmatige financiers wordt niet gegeven. Als daarvoor de liquide middelen beschikbaar zijn, kunnen bedrijfsmatige financiers nog steeds contanten aangeboden krijgen. Is dat niet het geval, dan kan aan de tegenstemmende bedrijfsmatige financiers uit een tegenstemmende klasse een andere uitkeringsvorm worden aangeboden. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een aanpassing van de financieringsvoorwaarden zoals uitgestelde of verspreide betaling van de schuld, maar niet aandelen of certificaten van aandelen. De onderneming krijgt dan langer de tijd om een verstrekte lening terug te betalen.

Dit betekent echter niet dat een bedrijfsmatige financier tot in het oneindige of voor een onredelijk lange termijn gedwongen kan worden om een onderneming te blijven financieren. De WHOA omvat namelijk verschillende waarborgen om ervoor te zorgen dat de belangen van de betrokken vermogensverschaffers (d.w.z. de schuldeisers en de aandeelhouders) worden gerespecteerd. Deze waarborgen behoeden bedrijfsmatige financiers voor een scenario waarbij sprake is van een oneindige of onredelijk lange financieringsverplichting. Dit zou immers een ongerechtvaardigde inbreuk op hun belangen meebrengen. Bij de behandeling van het verzoek tot homologatie van het akkoord toetst de rechter (op sommige punten ambtshalve en op andere punten als schuldeisers of aandeelhouders daarom vragen) of het akkoord voldoet aan de waarborgen die in de WHOA zijn opgenomen. Alleen als dat het geval is, wordt het akkoord gehomologeerd en is het verbindend voor tegenstemmende schuldeisers, waaronder tegenstemmende bedrijfsmatige financiers. De belangrijkste waarborgen in dit kader bespreek ik hieronder.

De rechter controleert op basis van artikel 384, tweede lid, onder e, ambtshalve of de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd. Behelst het akkoord een uitgestelde of verspreide terugbetaling van een bestaande lening, dan zal de rechter op basis van deze bepaling beoordelen of voldoende aannemelijk is gemaakt dat de onderneming de lening binnen de voorgestelde nieuwe afbetalingstermijn zal kunnen terugbetalen. Daarbij zal de rechter zich vooral laten leiden door:

– de informatie die overeenkomstig artikel 375, tweede lid, onderdelen d en e, door de schuldenaar moet worden overgelegd betreffende – kort gezegd – de financiële positie de onderneming en hoe deze naar

[2] Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 24.

verwachting zal verbeteren na de implementatie van de herstructureringsmaatregelen, zodat de lening dan alsnog afbetaald kan worden, en
– de mate waarin de betrokken schuldeisers en aandeelhouders binnen de verschillende klassen hun vertrouwen in de onderneming hebben uitgesproken door voor het akkoord te stemmen.

Verder kunnen tegenstemmende schuldeisers een beroep doen op het «*no creditor worse off*»-beginsel opgenomen in artikel 384, derde lid. Behoren deze schuldeisers tot een tegenstemmende klasse, dan kunnen zij ook nog een beroep doen op «*absolute priority rule*» zoals neergelegd in artikel 384, vierde lid, onderdeel b. Als dit gebeurt, zal de rechter zich – kort gezegd – buigen over de vraag of het akkoord een herstructureringsplan omvat dat redelijk is. Het «*no creditor worse off*»-beginsel houdt in dat een akkoord onredelijk is en niet door de rechter kan worden gehomologeerd als een schuldeiser aantoont dat hij op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie komt dan hij zou hebben in faillissement. De «*absolute priority rule*» schrijft voor dat de meerwaarde die met de herstructurering van de schulden binnen de onderneming wordt gerealiseerd, eerlijk onder de betrokken vermogensverschaffers moet worden verdeeld. Kort gezegd moet bij die verdeling rekening worden gehouden met de wettelijke rangorde waarin de vermogensverschaffers verhaal kunnen nemen op het vermogen van de schuldenaar. Afwijkingen van deze rangorde zijn mogelijk, maar alleen als de schuldenaar daarvoor een goede reden heeft aangedragen en hij kan aantonen dat de vermogensverschaffers die zich beroepen op de «*absolute priority rule*» niet in hun belang worden geraakt. Wordt aan deze voorwaarden niet voldaan, dan is het akkoord eveneens onredelijk en kan het niet door de rechter worden gehomologeerd.

Het volgende is van belang als het akkoord een uitgestelde of verspreide terugbetaling van een bestaande lening omvat en een bedrijfsmatige financier zich met een beroep op het «*no creditor worse off*»-beginsel van artikel 384, derde lid of de «*absolute priority rule*» van artikel 384, vierde lid, onder b, verzet tegen de homologatie van het akkoord. Wanneer de schuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt, heeft elke schuldeiser het recht zich te verhalen op het vermogen van zijn schuldenaar om zijn vordering alsnog voldaan te krijgen (artikel 3:276 van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Alle schuldeisers hebben daarbij in beginsel een gelijke positie, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 3:277 BW). Zo kent de wet aan schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht een voorrangsrecht toe en worden zij op basis daarvan voldaan voor bijvoorbeeld de concurrente schuldeisers (artikel 3:278 BW). In faillissement behouden de schuldeisers hun rechten, maar kunnen zij die in beginsel niet langer zelf uitoefenen. Bij de faillietverklaring stelt de rechter een curator aan die ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers het vermogen van de schuldenaar te gelde maakt en de opbrengst vervolgens verdeelt overeenkomstig de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar (artikelen 14 en 68 Fw). Voor pand- en hypotheekhouders geldt echter dat hun voorrangspositie meebrengt dat zij in faillissement hun verhaalsrechten zelf mogen blijven uitoefenen als ware er geen faillissement (artikel 57 Fw). Dit leidt ertoe dat pand- en hypotheekhouders erop kunnen rekenen dat zij bij een faillissement van de schuldenaar altijd een bepaald bedrag in contanten zullen ontvangen zolang hun onderpand nog enige waarde heeft. Dit bedrag kunnen zij dan vervolgens weer tegen een bepaalde rentevergoeding uitlenen aan een andere ondernemer. Een uitgestelde of verspreide betaling van een bestaande lening heeft voor de bedrijfsmatige financier enkele nadelen in vergelijking met een directe uitkering in contanten. Het betekent dat het langer zal duren voordat hij contanten tot zijn beschikking krijgt. Doordat hij moet wachten, loopt de bedrijfsmatige financier bepaalde risico's. Het is mogelijk dat de onder-

neming alsnog failleert, de verstrekte zekerheden in de tussentijd minder waard zijn geworden en de lening uiteindelijk toch niet volledig kan worden terugbetaald. Ook kan er in de tussentijd inflatie optreden, waardoor geld aan waarde verliest. Bij de aan de bedrijfsmatige financier geboden keuze voor een uitgestelde of verspreide terugbetaling van een bestaande lening moet hiermee rekening worden gehouden. Mede gelet hierop is in de toelichting bij het amendement waarbij artikel 384, vierde lid, onderdeel d, in de regeling werd geïntroduceerd, vermeld dat wat betreft de voorwaarden van de herfinanciering of de verlenging van de looptijd van de lening uiteraard sprake moet zijn van «*marktconforme voorwaarden*» en dat «*dit in de regel* [zal] *inhouden dat een rentevergoeding wordt toegekend en de vordering gedekt blijft door zekerheden*». Gebeurt dit niet, of is dit niet mogelijk bijvoorbeeld omdat er geen relevante markt is om tot een marktconforme voorwaarden te komen, dan betekent dit dat de bedrijfsmatige financier onder het akkoord in een slechtere positie komt dan in faillissement. Dit zal ook het geval kunnen zijn als het zekerhedenpakket weliswaar in stand blijft of zelfs wordt uitgebreid, maar bijvoorbeeld uit waarderingsrapporten blijkt dat de realisatie van de in zekerheid gegeven activa op dit moment aanmerkelijk meer op zal leveren dan realisatie daarvan na implementatie van het herstructureringsplan. Hij kan de homologatie van het akkoord dan tegenhouden met een beroep op artikel 384, derde lid, Fw («*no creditor worse off*»-beginsel). Doordat de bedrijfsmatige financier vanwege zijn pand- of hypotheekrecht een bevoorrechte verhaals- en separatistenpositie heeft, komt hij buiten faillissement in beginsel eerder in aanmerking voor betaling van zijn vordering dan een concurrente crediteur (artikel 3:278 BW). Het is mogelijk dat de bedrijfsmatige financier onder het akkoord een uitgestelde of verspreide betaling van de lening opgelegd krijgt, terwijl de concurrente schuldeisers een gedeeltelijke uitbetaling krijgen op hun vordering. Ook kunnen (bepaalde categorieën) concurrente schuldeisers helemaal buiten het akkoord worden gehouden. Zij krijgen dan in feite een volledige uitbetaling van hun vordering. Daarmee wordt afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar. Vereist is dat de schuldenaar daarvoor dan een goede reden aanvoert en dat hij de bedrijfsmatige financier compensatie verleent voor de hiervoor genoemde nadelen die samenhangen met het feit dat de bedrijfsmatige financier moet wachten voordat hij een betaling op zijn vordering ontvangt. Doet de schuldenaar dit niet, of is dit niet mogelijk, dan kan een tegenstemmende bedrijfsmatige financier behorend tot een tegenstemmende klasse de homologatie van het akkoord tegenhouden met een beroep op artikel 384, vierde lid, onderdeel b («*absolute priority rule*»). Een goede reden kan bijvoorbeeld zijn dat een goede verstandhouding met de leveranciers essentieel is om de onderneming voort te kunnen blijven zetten en de herstructurering te kunnen laten slagen en dat deze schuldeisers, maar de bedrijfsmatige financier niet, daarom een uitbetaling in contanten krijgen. Wat betreft de compensatie aan de bedrijfsmatige financiers gaat ook nu de eerder geciteerde passage uit de toelichting bij het amendement op.

Ook vragen de leden van de VVD-fractie hoe uitvoering wordt gegeven aan de «*cash out*»-optie van het voorgestelde artikel 384, vierde lid, sub c, en meer specifiek, hoe de hoogte van het betreffende geldbedrag wordt bepaald. Zij merken op dat niet altijd op voorhand duidelijk is welk bedrag een schuldeiser tegemoet kan zien bij afwikkeling van een faillissement en op welke termijn.
In het kader van beantwoording van deze vraag is het van belang het volgende voorop te stellen. Artikel 384, vierde lid, sub c, geeft slechts een «*cash out*»-optie aan een schuldeiser voor zover die schuldeiser (i) geen bedrijfsmatige financier is als bedoeld in onderdeel d, (ii) ingedeeld is in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd of ten onrechte niet

in zo'n klasse is ingedeeld en (iii) naar verwachting een betaling in geld in faillissement zou ontvangen. In voorkomend geval zal deze bepaling dan ook toepassing missen, bijvoorbeeld omdat concurrente schuldeisers, zoals leveranciers, niet in het akkoord worden betrokken en dus hoe dan ook volledig betaald worden of omdat zij als klasse vóór het akkoord stemmen. Toepassing kan ook achterwege blijven als direct duidelijk wordt dat deze schuldeisers geen enkel bedrag in faillissement tegemoet zouden zien, gelet op onder meer de toepasselijke rangorde waarin schuldeisers verhaal kunnen halen op het vermogen van de schuldenaar, de uitstaande schuld en de beschikbare activa.

Als evenwel het akkoord tot stand komt en er een schuldeiser is die aanspraak maakt op een «*cash out*»-optie, moet aan deze schuldeiser het geldbedrag worden uitgekeerd dat hij naar verwachting bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement tegemoet zou kunnen zien. Nu het faillissement zich niet daadwerkelijk voordoet maar juist is afgewend met de totstandkoming het akkoord, kan de hoogte van de uitkering alleen worden bepaald door een inschatting te maken van het scenario dat zich zou hebben voorgedaan als er wel een faillissement had moeten worden uitgesproken. Daarbij moet eerst worden ingeschat welke faillissementsopbrengst naar verwachting gerealiseerd had kunnen worden als alle activa behorend tot het vermogen van de schuldenaar te gelde zouden worden gemaakt. Vervolgens zal bekeken moeten worden welke schuldeisers een aanspraak zouden hebben gehad op die opbrengst en in welke mate.

Artikel 375, eerste lid, onderdeel f, schrijft voor dat in het akkoord melding moet worden gemaakt van «*de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement*». Ook moet in het akkoord vermeld worden welke uitgangspunten en aannames zijn gehanteerd bij de berekening van die opbrengst (artikel 375, eerste lid, onderdeel g). Dit stelt de schuldeisers en aandeelhouders in staat om te beoordelen of zij de inschatting van de opbrengst bij faillissement voldoende betrouwbaar achten. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige kan ter onderbouwing van de geschatte opbrengst waarderingsrapporten overleggen die zijn opgesteld door onafhankelijke deskundigen. Ontbreken deze gegevens in het akkoord dan wijst de rechter een verzoek tot homologatie van het akkoord in beginsel af (artikel 384, tweede lid, onderdeel c).

Of en in welke mate een schuldeiser in faillissement een uitkering mag verwachten, hangt naast de geschatte omvang van de faillissementsopbrengst ook af van de toepasselijke rangorde waarin vermogensverschaffers verhaal kunnen nemen op het vermogen van de schuldenaar. Kort gezegd kan onderscheid gemaakt worden tussen de volgende categorieën vermogensverschaffers:

a. schuldeisers met een zekerheidsrecht, zijnde pand- en hypotheekhouders of schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud of een retentierecht (hierna: zekerheidsgerechtigde schuldeisers);
b. preferente schuldeisers, waaronder de Belastingdienst en het UWV;
c. concurrente schuldeisers,
d. achtergestelde schuldeisers, en
e. aandeelhouders.

Zoals ik in het antwoord op de voorgaande vraag toelichtte, mogen zekerheidsgerechtigde schuldeisers in faillissement hun verhaalsrechten zelf blijven uitoefenen. Deze schuldeisers kunnen (tenzij er een afkoelingsperiode is gelast) de activa waarop hun zekerheidsrecht rust, zelf te gelde maken en de opbrengst gebruiken om hun vordering zoveel mogelijk te voldoen. De opbrengst die een zekerheidsgerechtigde schuldeiser in dat geval mag verwachten staat gelijk aan de «*liquidatiewaarde*» van de

activa. Het is ook mogelijk dat een schuldenaar failliet gaat, maar dat binnen de onderneming die hij drijft nog rendabele bedrijfsonderdelen aanwezig zijn. In het faillissement zal de curator deze bedrijfsonderdelen dan proberen te verkopen aan een derde die daarmee vervolgens een doorstart maakt. Een dergelijke verkoop vergt een transactie waarbij alle activa waaruit de bedrijfsonderdelen bestaan, tezamen worden verkocht. De opbrengst die bij zo'n activatransactie wordt gerealiseerd is doorgaans hoger dan bij een verkoop van de afzonderlijke activa aan verschillende kopers. Als er zekerheidsrechten rusten op de activa, heeft de curator medewerking nodig van de schuldeisers aan wie deze rechten zijn verstrekt. Verlenen deze zekerheidsgerechtigde schuldeisers hun medewerking, dan komt een deel van de meerwaarde die bij de activatransactie wordt gerealiseerd aan hun toe. De opbrengst die een zekerheidsgerechtigde schuldeiser bij dit scenario mag verwachten staat gelijk aan de «*going concern waarde*» van de activa. Bij het inschatten van het geldbedrag dat aan een zekerheidsgerechtigde schuldeiser moet worden uitgekeerd als hij de «cash out»-optie inroept, moet dus afhankelijk van de omstandigheden worden uitgegaan van de «*liquidatiewaarde*» dan wel de «*going concern waarde*» van de activa waarop de zekerheden rusten (vergelijk in dit verband ook artikel 374, derde lid, derde volzin). Welke waarde moet worden genomen, wordt bepaald door de mate waarin bij een faillissement rekening moet worden gehouden met een mogelijke doorstart van bedrijfsonderdelen en wat kopers bereid zijn daarvoor te betalen. Voor de omvang van die waardes is verder relevant hoeveel vraag er is naar respectievelijk het desbetreffende goed of bedrijfsonderdeel. Tegelijkertijd is er bij een faillissement ook mogelijk sprake van een waardedrukkend effect doordat de activa of de bedrijfsonderdelen onder hogere tijdsdruk zullen worden verkocht. Voor het bepalen van de hoogte van het geldbedrag dat bij gebruikmaking van de «*cash out*»-optie moet worden uitgekeerd, is verder van belang dat als de opbrengst bij het te gelde maken van de activa hoger uitvalt dan de vordering van de zekerheidsgerechtigde schuldeiser, het bedrag dat boven de vordering uitgaat moet worden afgedragen aan de faillissementsboedel. Voor de andere drie categorieën vermogensverschaffers geldt dat zij in faillissement wel hun rechten behouden, maar die niet langer zelf kunnen uitoefenen. Of zij een betaling tegemoet kunnen zien op hun vordering hangt af van de boedelopbrengst die de curator tijdens het faillissement weet te realiseren door activa te verkopen waarop geen zekerheden rusten of bijvoorbeeld een doorstart van bedrijfsonderdelen te bewerkstelligen, waardoor er een meerwaarde ontstaat. Ook is relevant in hoeverre er bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen voor goodwill wordt betaald en wat de hoogte is van eventuele boedelbijdrages die worden toegekend aan de curator omdat hij de activa namens de zekerheidsgerechtigde schuldeisers verkoopt.[3] Als er na de voldoening van de faillissementskosten enige boedelopbrengst overblijft, krijgen in beginsel eerst de preferente schuldeisers een uitkering op hun vordering, daarna de concurrente schuldeisers en tenslotte de aandeelhouders. Doorgaans is de boedelopbrengst niet hoog genoeg om iedere schuldeiser van een uitkering te voorzien. Concurrente schuldeisers krijgen uiteindelijk vaak geen of hoogstens een zeer beperkte betaling op hun vorderingen. Dit geldt ook voor de aandeelhouders. Daardoor zullen zij als gezegd in de regel ook geen beroep kunnen doen op de «*cash out*»-optie.

In artikel 375, tweede lid, onderdeel b, is bepaald dat aan het akkoord een lijst moet worden gehecht waarop – kort gezegd – moet worden vermeld welke schuldeisers betrokken worden bij het akkoord, wat hun vordering is en in welke klasse zij zijn ingedeeld. Verder moet in het akkoord zelf per

[3] Voor de afdracht van boedelbijdrages geldt de zogenoemde separatistenregeling: https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/separatistenregeling.pdf.

klasse worden aangegeven wat de financiële gevolgen zijn van het akkoord (artikel 375, eerste lid, onderdeel d). Als er onder het akkoord aan schuldeisers rechten worden toebedeeld, moet in het akkoord ook vermeld worden wanneer de schuldeisers daar aanspraak op kunnen maken (artikel 375, eerste lid, onderdeel h). De toedeling van een «*cash out*»-optie moet hier ook onder worden geschaard. De genoemde informatie geeft de schuldeisers en aandeelhouders inzicht in de inschatting die is gemaakt ten aanzien van de vraag of zij bij faillissement een uitkering tegemoet hadden kunnen zien en hoe groot die uitkering dat zou zijn geweest. Als de schuldenaar of de herstructuringsdeskundige ervoor kiest om een waarderingsrapport te overleggen, zal hij dit daar ook in mee moeten laten nemen.

Het is mogelijk dat schuldeisers de gepresenteerde inschatting van de faillissementsopbrengst of de faillissementsuitkering aan individuele schuldeisers ter discussie stellen en eventueel ook alternatieve waarderingsrapporten overleggen die zijn opgesteld door andere deskundigen. Als een dergelijk twistpunt zich voordoet en het de betrokken partijen niet lukt om nader tot elkaar te komen, zal de rechter zich moeten uitspreken over de vraag welke inschatting van de te verwachte faillissementsopbrengst en faillissementsuitkering reëel is. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige kunnen dergelijke waarderingsvraagstukken al voor de stemming over het akkoord aan de rechter voorleggen (artikel 378, eerste lid, onderdeel a). Doen zij dat niet, dan kan een schuldeiser of een aandeelhouder de rechter vragen zich hierover uit te spreken in het kader van de behandeling van het verzoek tot homologatie van het akkoord (artikel 384, tweede lid). Heeft de schuldeiser of de aandeelhouder zijn bezwaren bij de gepresenteerde inschatting niet al eerder kenbaar gemaakt terwijl hij daar wel de mogelijkheid toe heeft gehad, dan kunnen deze bezwaren niet meer worden ingeroepen om de homologatie van het akkoord tegen te houden (artikel 383, negende lid). De rechter kan in het kader van de te nemen beslissing, een onafhankelijk waarderingsdeskundige vragen een onderzoek te verrichten en hierover verslag uit te brengen (artikelen 378, zesde lid, en 384, zesde lid).

3. Financiële raamovereenkomsten

De leden van de VVD-fractie vragen in hoeverre het wetsvoorstel de afdwingbaarheid van financiële raamovereenkomsten (zoals een ISDA[4] Master Agreement of een Global Master Repurchase Agreement (GMRA)[5]) raakt en hoe ook onder het wetsvoorstel de in deze overeenkomsten vervatte salderingsmogelijkheden en de in verband met deze overeenkomsten verstrekte financiële zekerheden gewaarborgd blijven, zodat Nederlandse ondernemingen niet worden beperkt in hun mogelijkheden om dit soort contracten aan te gaan.
De WHOA doet geen afbreuk aan de afdwingbaarheid van de financiële raamovereenkomsten die door de leden van de VVD-fractie worden genoemd. Hetzelfde geldt voor andere financiële raamovereenkomsten die qua inhoud en structuur met bovengenoemde financiële raamovereenkomsten vergelijkbaar zijn. Deze overeenkomsten omvatten onder meer salderingsmogelijkheden waarbij een reeks derivatentransacties of effectenfinancieringstransacties (hierna: derivaten- en effectenfinancieringstransacties) in één keer volgens een vooraf afgesproken systeem afgewikkeld kunnen worden. Ook worden bij deze overeenkomsten vaak financiële zekerheden verstrekt. De rechten die voortvloeien uit deze salderingsmogelijkheden en financiële zekerheden blijven onder de WHOA geborgd. De in artikel 373 opgenomen mogelijkheid om lopende

[4] International Swaps and Derivatives Association.
[5] Global Master Repurchase Agreement.

overeenkomsten met toestemming van de rechter eenzijdig, tussentijds op te zeggen doet hieraan niet af. Dit geldt ook voor de in artikel 376 voorziene afkoelingsperiode die maakt dat schuldeisers niet tot verhaal op goederen van de schuldenaar kunnen overgaan, tenzij zij daarvoor machtiging hebben gekregen van de rechter (artikel 376). Dit heeft de volgende achtergrond.

De «*ISDA Master Agreement*» en «*GMRA*» zijn financiële raamovereenkomsten die zien op de markt waarbinnen derivaten- en effectenfinancieringstransacties worden verricht. Derivaten zijn beleggingsinstrumenten die verband houden met bijvoorbeeld aandelen, rentevoeten, valutakoersen of grondstoffen. Er zijn verschillende typen derivaten, zoals:
– *opties* waarbij twee partijen afspreken dat de ene partij het recht krijgt om een goed al dan niet voor een vooraf vastgestelde prijs binnen een afgesproken periode van de andere partij te kunnen kopen;
– *futures* waarbij twee partijen besluiten om een bepaalde hoeveelheid goederen op een bepaald tijdstip tegen een vooraf vastgestelde prijs te verhandelen;
– *swaps* waarbij twee partijen overeenkomen dat de ene partij een financieel risico dat samenhangt met een bepaalde transactie tegen een vergoeding overneemt van de andere partij, en
– *forward*s waarbij twee partijen de afspraak maken om gedurende een afgesproken periode een bepaalde rentevoet te hanteren.

Zoals blijkt uit deze voorbeelden, biedt een derivaat één partij de mogelijkheid om een specifiek risico – vaak een prijsstijging of -daling – over te dragen aan een andere partij. Die andere partij kan het derivaat vervolgens verhandelen met als doel om daarmee in de toekomst een financieel voordeel te behalen. De waarde van een derivaat wordt afgeleid van de waarde van het aandeel of de grondstof waarmee het verbonden is en is verder sterk afhankelijk van de looptijd, rentestanden en wisselkoersen. De waarde van een derivaat kan daardoor sterk fluctueren. Dit maakt een derivaat een aantrekkelijk object om te verhandelen.
Bij effectenfinancieringstransacties worden door een partij effecten verkocht tegen betaling van een bepaalde koopprijs, met de afspraak dat de effecten weer door de koper aan de verkoper worden terug verkocht op een later moment en tegen dezelfde prijs verhoogd met een rentevergoeding.

Bij derivaten- en effectenfinancieringstransacties worden doorgaans financiële raamovereenkomsten gebruikt, zoals voor derivatentransacties de «*ISDA Master Agreement*» en voor effectenfinancieringstransacties de «GMRA».[6] Bij deze financiële raamovereenkomsten horen enkele aanvullende documenten waarin partijen aanvullingen op en afwijkingen van deze raamovereenkomsten overeen kunnen komen om ervoor te zorgen dat de overeenkomsten goed aansluiten bij hun specifieke situatie. De financiële raamovereenkomsten zijn bedoeld om de internationale markt in derivaten- en effectenfinancieringstransacties te faciliteren. Zij vereenvoudigen de totstandkoming en de afwikkeling van dergelijke transacties en dragen bij aan het beheersen van de risico's die aan dit soort transacties verbonden zijn en samenhangen met de fluctuerende waarde van derivaten en effecten. Bij derivaten- en effectenfinancieringstransacties zijn vaak (grote) ondernemingen en banken betrokken. In de regel gaan zij niet één maar een hele reeks aan transacties met elkaar aan. Deze partijen hoeven daarvoor maar één financiële raamovereenkomst af te sluiten. Alle transacties die vervolgens plaatsvinden zijn dan afgedekt door die ene raamovereenkomst.

---

[6] Zie voor meer informatie over de «*ISDA Master Agreement*» prof. Mr. W.A.K. Rank, «*Een paarlen jubileum voor de ISDA Master Agreement: 30 jaar contractszekerheid voor OTC-derivaten*», Tijdschrift voor Financieel Recht, 4 april 2017.

Financiële raamovereenkomsten en de daartoe behorende documenten omvatten onder meer bepalingen betreffende vervroegde beëindiging en afwikkeling van transacties op het moment dat één van de betrokken partijen zijn verplichtingen niet nakomt of insolvent raakt en zijn verplichtingen om die reden niet meer zal kunnen nakomen. Bij de totstandkoming van financiële raamovereenkomsten worden doorgaans ook financiële zekerheden verstrekt om de schade die in dat geval optreedt, te beperken. Deze financiële zekerheden hebben bijvoorbeeld betrekking op een saldo op een bankrekening of op een portefeuille verhandelbare effecten. De waarde van de verstrekte financiële zekerheden kan fluctueren. Verder is met name relevant dat financiële raamovereenkomsten voorzien in een systeem om bij een vervroegde beëindiging vanwege een verzuim onder de overeenkomst – al dan niet door insolventie – alle transacties die onder de raamovereenkomst tussen partijen tot stand zijn gekomen, in één keer volgens een vooraf afgesproken systeem af te wikkelen («*close-out netting*»). Voor de betrokken contractspartijen is dit systeem van belang omdat zij hiermee de risico's kunnen beheersen die optreden als een hele reeks aan transacties niet wordt of kan worden nakomen. Voor banken die betrokken zijn bij transacties is de mogelijkheid van «*close-out netting*» ook om een andere reden belangrijk. In 2010 hebben de centrale banken en toezichthouders van de landen vertegenwoordigd in de G20 onder het Basel III Kapitaalakkoord afspraken gemaakt betreffende de borging van de financiële gezondheid van banken. Dit akkoord, dat in Europa is geïmplementeerd in de Verordening betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen[7], heeft er onder meer toe geleid dat banken verplicht zijn een bepaalde omvang aan eigen vermogen aan te houden om te verzekeren dat zij solide zijn (hierna: solvabiliteitsbeslag). Als zeker is dat de vorderingen en schulden die een bank en een wederpartij over en weer op elkaar hebben bij faillissement of verzuim van de wederpartij tegen elkaar kunnen worden weggestreept, dus als zeker is dat het «*close-out netting*» systeem werkt, is het banken toegestaan de door hen in verband met het kredietrisico aan te houden solvabiliteit op een nettobasis te bepalen. Financiële toezichthouders toetsen of het «*close-out netting*» systeem werkt aan de hand van «*legal opinions*» over de afdwingbaarheid van de financiële raamovereenkomsten in verschillende jurisdicties, zoals die onder meer door brancheorganisaties als ISDA, ICMA[8] en ISLA[9] worden opgevraagd in de desbetreffende jurisdicties. Zij kunnen hierdoor gemakkelijker toetsen of banken zich houden aan de voorschriften die voortvloeien uit de Basel III Kapitaalakkoord. De stabiliteit van de financiële markten is daarom in belangrijke mate afhankelijk van de afdwingbaarheid van de financiële raamovereenkomsten.

Als een onderneming besluit de WHOA te gebruiken om zijn schulden via een akkoord te herstructureren, heeft zij ook de mogelijkheid om lopende overeenkomsten eenzijdig, tussentijds op te zeggen als de wederpartij niet instemt met een voorgestelde vrijwillige wijziging of beëindiging (artikel 373). De onderneming moet in dat geval naast haar verzoek tot homologatie van het akkoord, ook een verzoek tot toestemming voor de opzegging indienen (artikel 383, zevende lid). De rechter verleent die toestemming alleen als het akkoord wordt gehomologeerd (artikel 373, eerste lid, en 384, vijfde lid). De opzegging leidt ertoe dat de overeenkomst moet worden afgewikkeld. Dit brengt in de regel een schadevordering voor de wederpartij mee. Onder de WHOA zijn er twee scenario's

---

[7] Verordening 575/2013 van het Europees parlement en de Raad 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (Pb EU 2013, L 176/1).

[8] International Capital Market Association.

[9] International Securities Lending Association.

om met deze vordering om te gaan. In het eerste scenario kiest de onderneming ervoor de schadevordering te betrekken in het akkoord (artikel 373, tweede lid). De onderneming kan dan bijvoorbeeld een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de schadevordering voorstellen. Dit maakt de wederpartij stemgerechtigd schuldeiser met alle rechten die hem op basis van de WHOA toekomen, waaronder het recht om over het akkoord te stemmen en het recht om de rechter te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikelen 381, derde lid, en 383, achtste lid). In het tweede scenario betrekt de onderneming de schadevordering niet bij het akkoord. Feitelijk betekent dit dat de schadevordering volledig zal moeten worden voldaan.

De opzeggingsmogelijkheid van artikel 373 kan ook worden ingeroepen om een financiële raamovereenkomst eenzijdig, tussentijds op te zeggen. In theorie zou de onderneming er in dat geval ook voor kunnen kiezen om de schadevordering van zijn wederpartij mee te nemen in het akkoord. Dit lijkt echter niet heel zinvol. De wederpartij bij de financiële raamovereenkomst kan namelijk niet gedwongen worden om mee te werken aan een akkoord waarbij hij slechter af is dan bij een faillissement van de onderneming. Dit vloeit voort uit artikel 384, derde lid, waarin het eerder genoemde «*no creditor worse off*»-beginsel is opgenomen. Bij een faillissement van de onderneming kan de wederpartij terugvallen op de mogelijkheid van «*close-out netting*» en, indien aan de orde, op een door de schuldenaar aan hem verstrekt zekerheidsrecht. Uitgangspunt bij de toepassing van het «*close-out netting*» systeem is dat de beëindigingsvergoeding die verschuldigd is, wordt vastgesteld vanaf de dag van de beëindiging. Dit houdt verband met het feit dat de waarden van zowel de transacties als de verstrekte financiële zekerheid van dag tot dag kunnen fluctueren. Het valt daardoor vooraf niet goed in te schatten wat de precieze omvang van de beëindigingsvergoeding en daarmee de schadevordering zal zijn. Tegelijkertijd verstrijkt er altijd enige tijd tussen het moment waarop het definitieve akkoord ter stemming dient te worden voorgelegd aan de schuldeisers en het moment waarop de rechter het akkoord homologeert en toestemming verleent voor de eenzijdige opzegging van de overeenkomst (artikelen 381, eerste lid, 382, eerste lid, 383, eerste en zesde lid, en 384). Als de vordering van de wederpartij bij een financiële raamovereenkomst in het akkoord wordt meegenomen, kan dit dus feitelijk niets anders inhouden dan dat in het akkoord wordt meegedeeld dat bij de afwikkeling van de schadevordering het «*close-out netting*» systeem zal worden gevolgd onder vermelding van een zekere bandbreedte waarbinnen het uiteindelijke uitkeringsbedrag naar verwachting zal uitkomen. Feitelijk betekent dit dat voor de afwikkeling van de schadevordering alsnog scenario 2 wordt gevolgd en dat de financiële raamovereenkomst leidend blijft.

Voorwaarde om gebruik te kunnen maken van de WHOA is dat de onderneming nog in staat is om zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar tegelijkertijd voorziet dat insolventie dreigt. Dit sluit niet uit dat er al wel sprake kan zijn van een verzuim in de nakoming van verplichtingen onder de financiële raamovereenkomst. De wederpartij kan in dat geval onder de financiële raamovereenkomst tot saldering overgaan. Als er door de onderneming een financiële zekerheid is verstrekt, heeft de wederpartij in dat geval het recht om zich daarop te verhalen. Het is mogelijk dat er inmiddels een afkoelingsperiode is afgekondigd. Een eerder verzuim zal dan geen grond meer zijn om tot saldering over te kunnen gaan, maar dit geldt slechts voor zover voldoende zekerheid is gesteld om de financiële risico's onder de raamovereenkomst (die fluctueren) te dekken (artikel 373, vierde lid). Als een afkoelingsperiode is afgekondigd, wordt de wederpartij (ook) belemmerd in zijn poging verhaal te halen op goederen van de onderneming, inclusief op aan de weder-

partij verpande financiële zekerheid (artikel 376, tweede lid, onderdeel a). Als dit zou betekenen dat de dekking van de financiële risico's die de raamovereenkomst door middel van het «*close-out netting*» systeem en de verstrekte financiële zekerheden biedt daardoor geheel of gedeeltelijk zou komen te vervallen, kan de rechter echter niet anders dan de wederpartij een machtiging te verlenen om alsnog zijn salderings- en zekerheidsrechten uit te kunnen oefenen. Dit is ook een uitgangspunt bij de Europese richtlijn betreffende de preventieve herstructureringsstelsels (EU) 2019/1023) waarbij de WHOA aansluit. In overweging 94 van die richtlijn is onder meer het volgende is bepaald: «*De lidstaten moet de mogelijkheid worden geboden salderingsovereenkomsten, met inbegrip van saldering bij vroegtijdige beëindiging, vrij te stellen van de gevolgen van de schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen, zelfs indien deze niet vallen onder de Richtlijnen 98/26/EG en 2002/47/EG of Verordening (EU) nr. 648/2012, mits die overeenkomsten krachtens het recht van de betrokken lidstaat zelfs afdwingbaar zijn indien insolventieprocedures worden geopend.*»

4. Positie van de rechter

De leden van de fractie van de ChristenUnie merken op dat de rol van de rechtbank bij dit wetsvoorstel wordt beperkt en vragen zich af wat hiervoor de achterliggende redenen zijn, hoe deze rol passend is in het huidige stelsel en wat dit betekent voor de aanpak van misstanden in het faillissementsrecht. Deze leden vragen ook of nog eens kan worden ingegaan op de opmerkingen in het advies van de Raad voor de rechtspraak d.d. 14 december 2017 bij het voorontwerp voor de WHOA.[10] Meer in het bijzonder vragen de leden van de fractie van de ChristenUnie hoe voldoende gewaarborgd is dat hoor en wederhoor kan plaatsvinden tijdens de homologatiezitting, hoe dit zich verhoudt tot andere zittingen in het faillissementsrecht en, indien dit afwijkt, met welke argumentatie voor deze afwijking wordt gekozen. Ook citeren zij de volgende passage uit het advies van de Raad voor de rechtspraak: «*Op basis van de WHOA mag de rechtbank de homologatie niet weigeren indien zij ambtshalve constateert dat sprake is van een sluipakkoord of dat de nakoming niet voldoende is gewaarborgd en geen van de tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders op grond van hun eigen, gelijke constatering weigering van de homologatie verzoeken*».[11] De genoemde leden vragen om een reactie op deze constatering en of dit materieel niet kan leiden tot ondermijning van het beoogde in het voorliggende wetsvoorstel. Zeker nu in aanmerking moet worden genomen dat ook na constatering van deze zaken de tegenstemmende schuldeiser niet alsnog een verzoek tot weigering kan indienen. Voornoemde leden vragen wat dit betekent voor een schuldeiser die voor een akkoord heeft gestemd, maar hier ter zitting mee geconfronteerd wordt en welke rechtsbescherming deze schuldeiser dan nog heeft. De opmerkingen van de Raad voor de rechtspraak (hierna: Raad) in het advies bij het voorontwerp van de WHOA waren vooral gericht op a) de beperkte rol van de rechter bij de homologatie van het akkoord, b) het borgen van hoor en wederhoor in de akkoordprocedure, c) de uitsluiting van rechtsmiddelen en d) de eis van verplichte procesvertegenwoordiging. Hoe met deze opmerkingen is omgegaan zal ik hierna achtereenvolgens bespreken.

De opmerking van de Raad betreffende de beperkte rol van de rechter bij de homologatie van het akkoord, hield vooral verband met het feit dat in

[10] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, bijlage Advies Raad voor de rechtspraak.
[11] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, bijlage Advies Raad voor de rechtspraak, p. 3.

het voorontwerp niet was voorzien in de mogelijkheid voor de rechter om een homologatieverzoek af te wijzen als hij ambtshalve zou constateren dat:

– sprake was van een sluipakkoord of van een akkoord waarvan de nakoming onvoldoende was gewaarborgd;
– het akkoord niet gedurende een redelijke termijn ter inzage had gelegen, of
– de schuldenaar de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders niet tijdig of niet op de juiste wijze op de hoogte waren gesteld van de dag van de behandeling van het homologatieverzoek.

Naar aanleiding van dit commentaar is de rol van de rechter uitgebreid. Op basis van artikel 384, tweede lid, heeft de rechter nu wel de bevoegdheid om de homologatie van een akkoord ambtshalve te weigeren als hij constateert dat sprake is van één of meer van de bovengenoemde omstandigheden. De WHOA is hiermee gelijkgetrokken met de regeling die nu al geldt bij het surseance- en het faillissementsakkoord. De leden van de fractie van de ChristenUnie noemen de situatie waarbij een schuldeiser die voor een akkoord heeft gestemd, ter zitting ontdekt dat sprake is van een sluipakkoord. De schuldeiser is in een dergelijke situatie beschermd omdat hij de rechter erop kan attenderen dat sprake is van een sluipakkoord de rechter het homologatieverzoek dan ambtshalve zal afwijzen.

De opmerking van de Raad dat in het voorontwerp hoor en wederhoor tijdens de akkoordprocedure onvoldoende werd geborgd, was aanleiding om de WHOA alsnog van die waarborgen te voorzien. In de WHOA is nu steeds expliciet bepaald dat als de rechter een beslissing heeft te nemen, hij de partijen van wie de belangen direct door de beslissing worden geraakt, altijd eerst in de gelegenheid stelt om een zienswijze te geven (artikelen 371, tweede, vijfde en viertiende lid, 376, elfde lid, 377, derde lid, 378, achtste en negende lid, 380, tweede lid, en 384, zevende lid). Als de rechter een herstructureringsdeskundige heeft aangewezen of een observator heeft aangesteld, wordt ook deze in de gelegenheid gesteld om te worden gehoord. Op deze manier wordt verzekerd dat de rechter voordat hij een beslissing neemt, ook kan worden geïnformeerd over aspecten die relevant zijn in het kader van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Ook wat betreft dit punt is de WHOA in lijn gebracht met hoe zittingen nu al verlopen in het faillissementsrecht. De Raad vroeg in verband hiermee ook aandacht voor de volgende regels:

a. de schuldeisers of aandeelhouders kunnen geen beroep doen op de algemene en de aanvullende afwijzingsgronden als zij al eerder meenden dat sprake was van die afwijzingsgronden, maar zij niet tijdig aan de bel hebben getrokken door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige hierop aan te spreken (artikel 383, negende lid), en
b. de aanvullende afwijzingsgronden kunnen alleen worden ingeroepen door schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd (artikel 384, derde en vierde lid).

Deze regels zijn gehandhaafd, omdat schuldeisers en aandeelhouders hierdoor worden gestimuleerd om eventuele bezwaren tegen de inrichting van het besluitvormingsproces of de inhoud van het akkoord tijdig – dat wil zeggen nog voor de stemming plaatsvindt – te melden. Dit is van belang omdat de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige dan nog de mogelijkheid heeft om hiervoor nog voor de stemming – al dan niet met tussenkomst van de rechter (artikel 378, eerste lid) – een oplossing te vinden. Indien nodig kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige dan nog aanpassingen doorvoeren en eventuele obstakels voor de homologatie wegnemen. Hiermee wordt voorkomen dat een traject dat op voorhand kansloos is, wordt voortgezet met alle onnodige kosten van dien.

Ook de regel dat tegen beslissingen van de rechter in het kader van de WHOA geen hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep of cassatie – open staat is gehandhaafd (artikel 369, tiende lid). De uitsluiting van hoger beroep en cassatie is gerechtvaardigd en noodzakelijk omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie (artikel 370, eerste lid). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, moet het akkoord na de homologatie snel uitgevoerd kunnen worden. Dit vergt een snelle finale beslissing van de rechter.

De eis van verplichte procesvertegenwoordiging tijdens de akkoordprocedure is naar aanleiding van het advies van de Raad aanvankelijk geschrapt. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is dit voorschrift echter opnieuw via een nota van wijziging in de WHOA geïntroduceerd.[12] Reden hiervoor was dat ik via informele weg vanuit de rechtspraak het signaal kreeg dat hier toch belang bij was, om te voorkomen dat de rechter geconfronteerd zou worden met verzoeken die niet goed ingericht, beargumenteerd of onderbouwd zijn en alleen al om die reden afgewezen zouden moeten worden.

5. Vestigingsklimaat internationale bedrijfsleven

De leden van de fractie van de ChristenUnie zien dat dit wetsvoorstel ook een uitwerking heeft op het vestigingsklimaat voor het internationale bedrijfsleven en in het bijzonder private equitybedrijven. Zij vragen welke ontwikkelingen de regering beoogt en wenselijk vindt.

Doel van de WHOA is om de herstructureringsmogelijkheden voor Nederlandse ondernemingen te verbeteren door een effectieve akkoordprocedure buiten faillissement te introduceren. Een dergelijke procedure ontbreekt nu nog in het Nederlandse insolventierecht en in de afgelopen jaren zijn verschillende ondernemingen – waaronder de bedrijven genoemd in voetnoot 10 van de memorie van toelichting – uitgeweken naar het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten om gebruik te maken van de daar wel beschikbare akkoordprocedures, te weten de «Scheme of Arrangement» en de «Chapter 11»-procedure. Doel van de WHOA is om ervoor te zorgen dat dit straks niet meer nodig is. Als er voldoende aanknoping is met de Nederlandse rechtssfeer en de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, kunnen ingevolge artikel 3 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering buitenlandse ondernemingen ook gebruik maken van de WHOA. Dit is bijvoorbeeld het geval als sprake is van een in Nederland gevestigde dochteronderneming van een buitenlands concern. Het is evenwel geen doel van de WHOA om buitenlandse ondernemingen in welke zin dan ook naar Nederland te trekken.

6. Aangenomen moties door Tweede Kamer

De leden van de PvdA-fractie vragen de regering wanneer zij voorstellen om de mate van verpanding bij bedrijven in te perken, in kaart heeft gebracht en dit aan de Tweede Kamer rapporteert, naar aanleiding van de motie-Nijboer.[13] De genoemde leden gaan ervan uit dat de regering in de rapportage aan de Tweede Kamer ook zelf voorstellen zal doen tot beperking van verpanding als hier bedoeld. Zij vragen of de regering bereid is ook de Eerste Kamer een afschrift van deze rapportage te doen toekomen. Dit verzoek geldt ook voor de rapportage aan de Tweede Kamer over de uitvoering van de motie-Nijboer inzake het beperken van het gebruik van aandeelhoudersleningen.[14] De leden van de PvdA-fractie

[12] *Kamerstukken II 2019–2020*, 35 249, nr. 7.
[13] Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 18.
[14] Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 19.

vragen wanneer het parlement de concrete voorstellen om het gebruik van aandeelhoudersleningen te beperken tegemoet kan zien en of het mogelijk is om bij de beantwoording van deze vragen ook alvast inhoudelijk een voorschot te nemen op de uitvoering van deze moties, zodat de Eerste Kamer dit bij haar besluitvorming kan betrekken.

In reactie op de vragen over de uitvoering van de moties-Nijboer, kan ik u meedelen dat in opdracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat op dit moment onderzoek wordt verricht naar de wijze waarop de Nederlandse financieringspraktijk werkt. In dit onderzoek komt mede de zekerheidsstelling bij MKB-financiering, waaronder de zekerheidsstelling door middel van verpanding, aan de orde. De uitkomsten van dit onderzoek worden dit najaar in de voortgangsrapportage met betrekking tot het MKB-Actieplan met de Tweede Kamer gedeeld. Zoals is geantwoord door de Minister van Financiën op de vragen van de leden Sneller, Groothuizen en Sjoerdsma (allen D66)[15], is een dergelijk onderzoek noodzakelijk om te beoordelen of het wenselijk is beleidsvoornemens op dit terrein te ontwikkelen, in welke richting dan ook. De resultaten van dit onderzoek wil ik dan ook betrekken bij de vraag in hoeverre het wenselijk zou zijn om de mate van verpanding bij bedrijven te beperken. Na afronding van het onderzoek zal ik een expertbijeenkomst organiseren om concrete voorstellen om verpanding te beperken, in kaart te brengen en de wenselijkheid hiervan te bespreken. Ik wil hierbij ook het vraagstuk betreffende aandeelhoudersleningen betrekken. Ik zal de Tweede Kamer over de uitkomsten hiervan rapporteren. Uiteraard ben ik bereid de Eerste Kamer een afschrift van deze rapportage te doen toekomen.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

[15] Kamerstukken II, 2018/19, Aanhangsel van de Handelingen 3731

Eerste Kamer der Staten-Generaal

1

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

B

VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE EN VEILIGHEID[1]

Vastgesteld 26 juni 2020

Het voorbereidend onderzoek heeft de commissie aanleiding gegeven tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen.

1. Inleiding

De **VVD**-fractieleden hebben met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord). Zij menen dat het wetsvoorstel een versterking is voor het reorganiserend vermogen van ondernemingen en daarmee ook voor het behoud van werkgelegenheid. Met betrekking tot de (uitzondering op de) «cash out»-optie hebben deze leden nog wel een aantal vragen. Daarnaast hebben zij nog een vraag over de impact van het wetsvoorstel op de afdwingbaarheid van financiële raamovereenkomsten.

De leden van de fractie van de **PvdA** hebben met interesse kennisgenomen van het wetsvoorstel en de uitgebreide behandeling in de Tweede Kamer, alsook van het levendige debat dat is gevoerd over dit wetsvoorstel in de praktijk en de wetenschap. Deze leden hebben nog een enkele vraag over de uitvoering van twee door de Tweede Kamer aangenomen moties, die door de regering zijn ontraden.

De leden van de fractie van de **ChristenUnie** hebben met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel Wet homologatie onderhands akkoord.

[1] Samenstelling: Backer (D66), De Boer (GL), (voorzitter), Van Dijk (SGP), Van Hattem (PVV), Nooren (PvdA), Rombouts (CDA), Bikker (CU), Baay-Timmerman (50PLUS), Adriaansens (VVD), Arbouw (VVD), Bezaan (PVV), De Blécourt-Wouterse (VVD), Cliteur (FVD), Dittrich (D66), Doornhof (D66), Gerbrandy (OSF), Janssen (SP), Karimi (GL), Meijer (VVD), Nicolaï (PvdD), Otten (Fractie-Otten), (ondervoorzitter), Van Pareren (FVD), Recourt (PvdA), Rietkerk (CDA), Veldhoen (GL), Van Wely (FVD)

kst-35249-B
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

Zij zien dit wetsvoorstel een duidelijke functie hebben bij bedrijven die door een zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, terwijl er wel levensvatbare bedrijfsactiviteiten bij die bedrijven zijn. Deze leden onderschrijven het principe dat de meerwaarde die een reorganisatie oplevert ten opzichte van faillissement, eerlijk moet worden verdeeld over alle schuldeisers en zien juist daarom ook de meerwaarde van de aanpassingen die het wetsvoorstel gedurende het wetstraject heeft ondergaan. De leden van de fractie van de ChristenUnie stellen vragen bij de positie van de rechter in het wetsvoorstel.

2. «Cash out»-optie

De fractieleden van **VVD** vragen hoe het voorgestelde artikel 384, vierde lid, en met name sub d waar voor de «cash out»-optie een uitzondering is gemaakt voor crediteuren met een pand- of hypotheekrecht zich verhoudt met het uitgangspunt van de memorie van toelichting[2], dat schuldeisers niet gedwongen kunnen worden om in een onderneming te blijven investeren, als zij bij faillissement een uitkering in geld tegemoet hadden kunnen zien.

Voor crediteuren met een pand- of hypotheekrecht is voor de «cash out»-optie een «uitkering in andere vorm» in de plaats gekomen. Graag vernemen de VVD-fractieleden aan welke vormen van uitkering hier wordt gedacht en of uitstel van betaling hieronder begrepen wordt.

Hoe wordt uitvoering gegeven aan de «cash out»-optie van het voorgestelde artikel 384, vierde lid, sub c, en meer specifiek, hoe wordt de hoogte van het betreffende geldbedrag bepaald, zo vragen de VVD-fractieleden. Op voorhand is niet altijd duidelijk welk bedrag een schuldeiser tegemoet kan zien bij afwikkeling van een faillissement en op welke termijn.

3. Financiële raamovereenkomsten

Kan de regering de **VVD**-fractieleden toelichten in hoeverre het wetsvoorstel de afdwingbaarheid van financiële raamovereenkomsten (zoals een ISDA[3] Master Agreement of GMRA[4]) raakt en hoe ook onder het wetsvoorstel de in deze overeenkomsten vervatte salderingsmogelijkheden en de in verband met deze overeenkomsten verstrekte financiële zekerheden gewaarborgd blijven, zodat Nederlandse ondernemingen niet worden beperkt in hun mogelijkheden om dit soort contracten aan te gaan?

4. Positie van de rechter

De leden van de fractie van de **ChristenUnie** zien dat de regering misstanden in het faillissementsrecht aan wil pakken en daartoe verschillende voorstellen ontwikkelt. De rol van de rechtbank wordt bij dit wetsvoorstel echter beperkt. Zij vragen welke achterliggende redenen de regering heeft voor deze keuze, hoe deze rol passend is in het huidige stelsel, en wat dit betekent voor de aanpak van die genoemde misstanden.

---

[2] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17 en p. 69.
[3] International Swaps and Derivatives Association.
[4] Global Master Repurchase Agreement.

De leden van de fractie van de ChristenUnie hebben kennisgenomen van de zorgen van de Raad voor de rechtspraak in zijn advies bij het wetsvoorstel, d.d. 14 december 2017,[5] en vinden in de navolgende stukken op een aantal punten nog geen antwoorden op de opgesomde zorgen. Zij vragen de regering alsnog nauwkeurig in te gaan op de opmerkingen. Een paar van de genoemde zorgen brengen zij hieronder met nadruk onder haar aandacht.

De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen hoe voldoende gewaarborgd is dat hoor en wederhoor kan plaatsvinden tijdens de homologatiezitting. Zij vragen hoe dit zich verhoudt tot andere zittingen in het faillissementsrecht en indien dit afwijkt – hetgeen de indruk is van voornoemde leden – met welke argumentatie voor deze afwijking wordt gekozen.

«Op basis van de WHOA mag de rechtbank de homologatie niet weigeren indien zij ambtshalve constateert dat sprake is van een sluipakkoord of dat de nakoming niet voldoende is gewaarborgd en geen van de tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders op grond van hun eigen, gelijke constatering weigering van de homologatie verzoeken»[6], zo schrijft de Raad voor de rechtspraak. De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen de regering wat zij ten principale van deze constatering vindt en of dit materieel niet kan leiden tot ondermijning van het beoogde in het voorliggende wetsvoorstel. Zeker nu in aanmerking moet worden genomen dat ook na constatering van deze zaken de tegenstemmende schuldeiser niet alsnog een verzoek tot weigering kan indienen.
Voornoemde leden vragen wat dit betekent voor een schuldeiser die voor een akkoord heeft gestemd, maar hier ter zitting mee geconfronteerd wordt. Kan de regering toelichten welke rechtsbescherming deze schuldeiser heeft?

5. Vestigingsklimaat internationale bedrijfsleven

De leden van de fractie van de **ChristenUnie** zien dat dit wetsvoorstel ook een uitwerking heeft op het vestigingsklimaat voor het internationale bedrijfsleven en in het bijzonder private equitybedrijven. Zij vragen welke ontwikkelingen de regering beoogt en wenselijk vindt.

6. Aangenomen moties door Tweede Kamer

De **PvdA**-fractieleden vragen de regering wanneer zij voorstellen om de mate van verpanding bij bedrijven in te perken, in kaart heeft gebracht en dit aan de Tweede Kamer rapporteert, naar aanleiding van de motie-Nijboer.[7] Zij gaan ervan uit dat de regering in de rapportage aan de Tweede Kamer ook zelf voorstellen zal doen tot beperking van verpanding als hier bedoeld. De leden vragen of de regering bereid is ook de Eerste Kamer een afschrift van deze rapportage te doen toekomen.
Dit verzoek geldt ook voor de rapportage aan de Tweede Kamer over de uitvoering van de motie-Nijboer inzake het beperken van het gebruik van aandeelhoudersleningen.[8] Wanneer kan het parlement de concrete voorstellen om het gebruik van aandeelhoudersleningen te beperken, tegemoet zien? Is het mogelijk om bij de beantwoording van deze vragen ook alvast inhoudelijk een voorschot te nemen op de uitvoering van deze moties, zodat de Eerste Kamer dit bij haar besluitvorming kan betrekken?

---

[5] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, bijlage Advies Raad voor de rechtspraak.
[6] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, bijlage Advies Raad voor de rechtspraak, p. 3.
[7] Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 18.
[8] Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 19.

De leden van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid zien de reactie van de regering – bij voorkeur binnen vier weken – met belangstelling tegemoet.

De voorzitter van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid,
De Boer

De griffier van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid,
Van Dooren

Eerste Kamer der Staten-Generaal

1

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

A

GEWIJZIGD VOORSTEL VAN WET
26 mei 2020

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om in de Faillissementswet een regeling te treffen op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord betreffende de herstructurering van schulden;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

De Faillissementswet wordt als volgt gewijzigd:

A

Na artikel 3c wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 3d

1. Als een eigen aangifte of een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het laatste in behandeling.

2. De behandeling van de eigen aangifte of het verzoek tot faillietverklaring wordt in ieder geval geschorst totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. Wijst de rechtbank het verzoek toe, dan kondigt zij daarbij tevens overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode af en blijft de schorsing tijdens die periode van kracht.

kst-35249-A
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

Aa

Het eerste lid van artikel 5 komt als volgt te luiden:

1. De verzoeken, bedoeld in het vorige artikel en in de artikelen 5a, 8, 9, 10, 11, 15c, tweede lid, 42a, 67, 155, 166, 198, 206, 371, eerste lid, 376, eerste lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, eerste lid, worden ingediend door een advocaat.

B

Na artikel 42 wordt ingevoegd een artikel 42a, luidende:

Artikel 42a

Een rechtshandeling die is verricht nadat de schuldenaar ter griffie van rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan niet met een beroep op het vorige artikel worden vernietigd, als de rechter op verzoek van de schuldenaar voor die rechtshandeling een machtiging heeft afgegeven. De rechter honoreert dit verzoek als:

a. het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord als bedoeld in de genoemde artikelen te kunnen blijven voortzetten, en

b. op het moment dat de machtiging wordt verstrekt redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

C

In artikel 47 wordt na «aangevraagd was,» ingevoegd «en er geen sprake was van een schorsing van de behandeling van die aanvraag overeenkomstig de artikelen 3d, tweede lid, en 376, tweede lid, onder c».

D

Aan artikel 54 wordt een lid toegevoegd, luidende:

3. Degene die een verrekening verricht, is te goeder trouw als bedoeld in het eerste lid als deze verrekening:

a. geschiedt nadat de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, en

b. wordt verricht in het kader van de financiering van de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming en niet strekt tot inperking van die financiering.

E

Aan artikel 215 worden twee leden toegevoegd, luidende:

3. Als een verzoek tot verlening van surseance en een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het laatste in behandeling en vindt in afwijking van het tweede lid geen voorlopige verlening van surseance plaats.

4. De behandeling van het verzoek en de voorlopige verlening van surseance van betaling worden in ieder geval geschorst totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. Wijst de rechtbank het verzoek toe, dan kondigt zij daarbij tevens overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode af en blijft de schorsing tijdens die periode van kracht.

F

Na artikel 368 wordt opgenomen een nieuwe afdeling, luidend als volgt:

TWEEDE AFDELING HOMOLOGATIE VAN EEN ONDERHANDS AKKOORD

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 369

1. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op een natuurlijke persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, noch op een bank als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a, of een verzekeraar als bedoeld in artikel 213, onderdeel a, als schuldenaar.
2. Het in deze afdeling ten aanzien van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders bepaalde, is van toepassing op de schuldeisers en aandeelhouders die overeenkomstig artikel 381, derde lid, stemgerechtigd zijn.
3. Als de schuldenaar een vereniging of coöperatie is, is het in deze afdeling ten aanzien van aandeelhouders bepaalde van overeenkomstige toepassing op de leden.
4. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.
5. Behoudens de gevallen waarin sprake is van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, is het in deze afdeling bepaalde niet van toepassing als de schuldenaar in de afgelopen drie jaar een akkoord heeft aangeboden dat bij een stemming als bedoeld in artikel 381 door alle klassen is verworpen of ten aanzien waarvan de rechtbank op de voet van artikel 384 de homologatie heeft geweigerd.
6. Een akkoord kan op basis van deze afdeling naar keuze worden voorbereid en aangeboden in een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.
7. Of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen wordt bepaald:
a. op grond van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening voor zover het verzoeken betreft die worden ingediend in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement en de genoemde verordening van toepassing is, dan wel
b. artikel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
8. Het in deze afdeling ten aanzien van de rechtbank bepaalde is van toepassing op de rechtbank die ingevolge de artikelen 262 of 269 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering relatief bevoegd is om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen. Heeft een rechtbank zich in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement eenmaal relatief bevoegd verklaard om kennis te nemen van een verzoek ten aanzien van een schuldenaar, dan is deze rechtbank met uitsluiting van andere relatief bevoegde rechtbanken, eveneens relatief bevoegd om kennis te nemen van alle verdere verzoeken die in die procedure op grond van deze afdeling ten aanzien van de schuldenaar worden ingediend. Bieden meerdere rechtspersonen die samen een groep vormen als

bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek tegelijkertijd een akkoord aan op grond van deze afdeling, dan kunnen zij één van de gerechten die relatief bevoegd is, in een gezamenlijk verzoek vragen kennis te nemen van alle verzoeken die worden ingediend in het kader van de totstandkoming van een akkoord ten aanzien van deze rechtspersonen op grond van deze afdeling.

9. Verzoeken aan de rechter in het kader van deze afdeling worden in raadkamer behandeld, tenzij het akkoord wordt voorbereid en aangeboden in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

10. Tegen de beslissingen van de rechtbank in het kader van deze afdeling staat geen rechtsmiddel open, tenzij anders is bepaald.

§ 2. De aanbieding van en stemming over een akkoord

Artikel 370

1. Als een schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, kan hij zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten en dat door de rechtbank overeenkomstig artikel 384 kan worden gehomologeerd.

2. Als een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar aan een schuldeiser als bedoeld in het eerste lid of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, is artikel 160 Fw van overeenkomstige toepassing, behoudens voor zover het een akkoord betreft als bedoeld in artikel 372, eerste lid. De derde kan voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord voldoet aan de schuldeiser geen verhaal nemen op de schuldenaar. Voldoet de derde een schuld van de schuldenaar of een deel daarvan, terwijl de schuldeiser voor die schuld of dat deel van de schuld op basis van het akkoord ook rechten aangeboden krijgt, dan gaan die rechten van rechtswege over op de derde indien en voor zover de schuldeiser als gevolg van de betaling van de derde en de op basis van het akkoord toegekende rechten, waarde zou ontvangen die het bedrag van zijn vordering, zoals deze bestond voor de homologatie van het akkoord, te boven gaat.

3. Zodra de schuldenaar start met de voorbereiding van een akkoord, deponeert hij een verklaring waaruit dit blijkt ter griffie van de rechtbank, alwaar deze gedurende uiterlijk één jaar zal blijven liggen. De deponering geschiedt kosteloos. Nadat de schuldenaar het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorlegt, kunnen zij de verklaring kosteloos inzien totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek, bedoeld in artikel 383, eerste lid, dan wel totdat het verslag, bedoeld in artikel 382, is gedeponeerd en de schuldenaar daarin meedeelt dat hij een dergelijk verzoek niet zal indienen.

4. Biedt de schuldenaar het akkoord aan in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement, dan verzoekt hij zodra de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van deze afdeling, de griffier van de rechtbank Den Haag onverwijld in de registers, bedoeld in de artikelen 19 en 19a, en in de Staatscourant melding te maken van de gegevens, bedoeld in artikel 24 van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening.

5. Als de schuldenaar een rechtspersoon is, heeft het bestuur voor het aanbieden van een akkoord als bedoeld in het eerste lid en de uitvoering van een akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd geen instemming nodig van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding en, voor zover en voor zolang de volgende afwijkingen nodig

zijn en zonder afbreuk te doen aan het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders, zijn de artikelen 38, 96, 96a, 99, 100 lid 1, 107a en 108a en titel 5.3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede artikel 5:25ka van de Wet op het financieel toezicht en eventuele statutaire bepalingen of tussen de rechtspersoon en haar aandeelhouders dan wel tussen twee of meer aandeelhouders onderling overeengekomen regelingen ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, niet van toepassing. Voor zover de uitvoering van een akkoord een besluit van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding vereist, treedt het akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd daarvoor in de plaats.

Artikel 371

1. Iedere schuldeiser, aandeelhouder of de krachtens wettelijke bepalingen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kunnen bij de rechtbank een verzoek indienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die aan de schuldeisers en aandeelhouders van een schuldenaar, of een aantal van hen, overeenkomstig deze afdeling een akkoord kan aanbieden. Ook de schuldenaar kan een dergelijk verzoek doen. In dit laatste geval is artikel 370, vijfde lid, van overeenkomstige toepassing. Wordt het verzoek toegewezen, dan kan de schuldenaar zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt geen akkoord aanbieden op basis van artikel 370, eerste lid. Wel kan hij een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen.

2. Heeft de rechter nog niet eerder een beslissing genomen in het kader van deze afdeling, dan vermeldt de verzoeker, bedoeld in het eerste lid, in het verzoek voor welke procedure als bedoeld in artikel 369, zesde lid, hij kiest en welke redenen daaraan ten grondslag liggen. Het verzoek bevat dan ook zodanige gegevens dat de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht toekomt. Is het verzoek niet ingediend door de schuldenaar, dan stelt de rechtbank de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid zich uit te laten over de keuze voor één van de in artikel 369, zesde lid, genoemde procedures. In geval van een geschil hierover, beslist de rechtbank welke van de in artikel 369, zesde lid, genoemde procedures toepassing vindt. Artikel 370, vierde lid, is van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het in dat lid bedoelde verzoek in dit geval kan worden gedaan door de herstructureringsdeskundige of de schuldenaar.

3. Een verzoek als bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn. Een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt in ieder geval toegewezen als het is ingediend door de schuldenaar zelf of gesteund wordt door de meerderheid van de schuldeisers.

4. De rechtbank kan één of meer deskundigen benoemen om een onderzoek in te stellen naar de vraag of sprake is van een toestand als bedoeld in het vorige lid. Artikel 378, zesde lid, eerste en vierde zin, en het zevende en achtste lid van dit artikel zijn dan van overeenkomstige toepassing.

5. Over een verzoek als bedoeld in het eerste lid, beslist de rechtbank niet dan nadat zij de verzoeker, bedoeld in het eerste lid, de schuldenaar en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in

de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Dit geldt ook voor de beslissingen, bedoeld in het tiende, twaalfde en dertiende lid. In de laatste drie gevallen roept de rechtbank ook de herstructureringsdeskundige op om te worden gehoord.

6. De herstructureringsdeskundige voert zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit.

7. De herstructureringsdeskundige is gerechtigd tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de schuldenaar waarvan hij kennisneming nodig acht voor een juiste vervulling van zijn taak.

8. De schuldenaar of zijn bestuurders en de aandeelhouders en commissarissen zo die er zijn, alsmede degenen die in dienst zijn van de schuldenaar, zijn verplicht de herstructureringsdeskundige alle inlichtingen te verschaffen als dit van hen wordt verlangd, op de wijze als daarbij is bepaald. Zij lichten de herstructureringsdeskundige eigener beweging in over feiten en omstandigheden waarvan zij weten of behoren te weten dat deze voor de herstructureringsdeskundige voor een juiste vervulling van zijn taak van belang zijn en verlenen alle medewerking die daarvoor nodig is.

9. Behoudens in het kader van de toepassing van het in deze afdeling bepaalde, deelt de herstructureringsdeskundige de verkregen informatie niet met derden.

10. De rechtbank bepaalt het salaris van de herstructureringsdeskundige. Ook stelt de rechtbank een bedrag vast dat de werkzaamheden van herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan gedurende het proces door de rechtbank op verzoek van de herstructureringsdeskundige worden verhoogd. Voor zover niet anders overeengekomen is, betaalt de schuldenaar deze kosten, met dien verstande dat als het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, de schuldeisers de kosten dragen. De rechtbank kan ten behoeve hiervan aan de aanwijzing de voorwaarde verbinden van zekerheidstelling of bijschrijving van een voorschot op de rekening van de rechtbank.

11. De herstructureringsdeskundige is niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van de poging om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen, tenzij hem een persoonlijk ernstig verwijt treft dat hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende herstructureringsdeskundige die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.

12. Zodra duidelijk wordt dat het niet mogelijk is om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen, stelt de herstructureringsdeskundige de rechtbank hiervan op de hoogte en verzoekt hij om de intrekking van zijn aanwijzing.

13. De aanwijzing eindigt van rechtswege zodra de rechtbank het akkoord overeenkomstig artikel 384 homologeert, tenzij de rechtbank bij haar homologatiebeslissing bepaalt dat deze nog met een door haar te bepalen termijn voortduurt. Daarnaast kan de rechtbank te allen tijde een herstructureringsdeskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen, een en ander op verzoek van hemzelf of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve.

14. Heeft de rechtbank nog niet eerder een beslissing genomen in het kader van deze afdeling, en ontleent zij haar rechtsmacht aan de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening, dan wordt in de aanwijzingsbeschikking vermeld of het een hoofdinsolventieprocedure dan wel een territoriale insolventieprocedure in de zin van de verordening betreft. Elke schuldeiser die niet al op basis van het vijfde lid in de gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze kenbaar te maken, kan gedurende acht dagen na de melding, bedoeld in artikel 370, vierde lid, daartegen in verzet

komen op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid als bedoeld in artikel 5, eerste lid, van de genoemde verordening.

Artikel 372

1. Een akkoord als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan ook voorzien in de wijziging van rechten van schuldeisers jegens rechtspersonen die samen met de schuldenaar een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek mits:

a. de rechten van die schuldeisers jegens de betrokken rechtspersonen strekken tot voldoening of tot zekerheid voor de nakoming van verbintenissen van de schuldenaar of van verbintenissen waarvoor die rechtspersonen met of naast de schuldenaar aansprakelijk zijn;

b. de betrokken rechtspersonen verkeren in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid;

c. de betrokken rechtspersonen met de voorgestelde wijziging hebben ingestemd of het akkoord wordt aangeboden door een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, en

d. de rechtbank rechtsmacht heeft als deze rechtspersonen zelf een akkoord op grond van deze afdeling zouden aanbieden en een verzoek zouden indienen als bedoeld in artikel 383, eerste lid.

2. Bij een akkoord als bedoeld in het eerste lid:

a. verstrekt de schuldenaar, of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, ook de in artikel 375 genoemde informatie ten aanzien van de in het eerste lid bedoelde rechtspersonen, en

b. toetst de rechtbank bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve dan wel op verzoek of het akkoord ten aanzien van deze rechtspersonen voldoet aan artikel 384.

3. De schuldenaar dan wel de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, is bij uitsluiting bevoegd om ten behoeve van de in het eerste lid bedoelde rechtspersonen verzoeken bij de rechtbank in te dienen als bedoeld de artikelen 376, eerste lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, eerste lid.

Artikel 373

1. Als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, aan een wederpartij met wie de schuldenaar een overeenkomst heeft gesloten, een voorstel doen tot wijziging of beëindiging van die overeenkomst. Stemt de wederpartij niet in met het voorstel, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de overeenkomst tussentijds doen opzeggen, mits een akkoord is aangeboden dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank wordt gehomologeerd en de rechtbank daarbij toestemming geeft voor deze eenzijdige opzegging. De opzegging vindt in dat geval van rechtswege plaats op de dag waarop het akkoord door de rechtbank is gehomologeerd tegen een door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige gestelde termijn. Komt deze termijn de rechtbank niet redelijk voor, dan kan zij bij de verlening van de toestemming een langere termijn vaststellen, met dien verstande, dat een termijn van drie maanden vanaf de homologatie van het akkoord in elk geval voldoende is.

2. Na de eenzijdige opzegging, bedoeld in het eerste lid, heeft de wederpartij recht op vergoeding van de schade die hij lijdt vanwege de beëindiging van de overeenkomst. Afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing. Het akkoord, bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan voorzien in een wijziging van het toekomstige recht op schadevergoeding.

3. Het voorbereiden en aanbieden van een akkoord als bedoeld artikel 370, eerste lid, en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, alsmede gebeurtenissen en handelingen die daarmee of met de uitvoering van het akkoord rechtstreeks verband houden en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn, zijn geen grond voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.

4. Is overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode afgekondigd, dan geldt tijdens die periode dat een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór de afkoelingsperiode, geen grond is voor de wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst voor zover zekerheid is gesteld voor de nakoming van de nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode.

Artikel 374

1. Schuldeisers en aandeelhouders worden in verschillende klassen ingedeeld, als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. In ieder geval worden schuldeisers of aandeelhouders die overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling dan wel een overeenkomst bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar een verschillende rang hebben, in verschillende klassen ingedeeld.

2. Concurrente schuldeisers worden tezamen in één of meer aparte klassen ingedeeld, als:

a. deze schuldeisers op het moment dat het akkoord overeenkomstig artikel 381 ter stemming wordt voorgelegd, een rechtspersoon zijn als bedoeld in de artikelen 395a en 396 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of een schuldeiser bij wie op dat moment vijftig of minder personen werkzaam zijn dan wel ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn met een vordering voor geleverde goederen of diensten of een vordering uit een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, en

b. aan deze schuldeisers op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden wordt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht wordt aangeboden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen.

3. Schuldeisers met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek worden enkel voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang geldt in één of meer klassen van schuldeisers met een dergelijk voorrang ingedeeld, tenzij hierdoor geen verandering ontstaat in de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd. Voor het overige deel van hun vordering worden deze schuldeisers ingedeeld in een klasse van schuldeisers zonder voorrang. Bij de bepaling van het deel van de vordering waarvoor de voorrang tot zekerheid strekt, wordt uitgegaan van de waarde die naar verwachting in een faillissement volgens de wettelijke rangorde door deze schuldeiser op basis van zijn pand- of hypotheekrechten verkregen zou zijn.

Artikel 375

1. Het akkoord bevat alle informatie die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich voor het plaatsvinden van de stemming, bedoeld in artikel 381, een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over het akkoord, waaronder:

a. de naam van de schuldenaar;

b. voor zover van toepassing de naam van de herstructureringsdeskundige;

c. voor zover van toepassing, de klassenindeling en de criteria op basis waarvan de schuldeisers en aandeelhouders in één of meerdere klassen zijn ingedeeld;

d. de financiële gevolgen van het akkoord per klasse van schuldeisers en aandeelhouders;

e. de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt;

f. de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement;

g. de bij de berekening van de waardes, bedoeld onder e en f, gehanteerde uitgangspunten en aannames;

h. als het akkoord een toedeling van rechten aan de schuldeisers en aandeelhouders behelst: het moment of de momenten waarop de rechten zullen worden toebedeeld;

i. voor zover van toepassing, de nieuwe financiering die de schuldenaar het in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan en de redenen waarom dit nodig is;

j. de wijze waarop de schuldeisers en aandeelhouders nadere informatie over het akkoord kunnen verkrijgen;

k. de procedure voor de stemming over het akkoord alsmede het moment waarop deze plaatsvindt dan wel waarop de stem uiterlijk moet zijn uitgebracht, en

l. voor zover van toepassing, de wijze waarop de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging overeenkomstig artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden gevraagd is of nog gevraagd zal worden advies uit te brengen.

2. Aan het akkoord worden gehecht:

a. een door behoorlijke bescheiden gestaafde staat van alle baten en lasten, en

b. een lijst waarop:

1°. de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij naam worden genoemd of, als dit niet mogelijk is, de schuldeisers of aandeelhouders onder verwijzing naar één of meer categorieën worden vermeld;

2°. het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld, en, indien van toepassing, wordt meegedeeld in hoeverre dat bedrag wordt betwist alsmede voor welk bedrag de schuldeiser of de aandeelhouder tot de stemming wordt toegelaten, en

3°. wordt meegedeeld in welke klasse of klassen zij zijn ingedeeld.

c. voor zover van toepassing, een opgave van schuldeisers of aandeelhouders die niet onder het akkoord vallen, bij naam of, als dit niet mogelijk is, onder verwijzing naar één of meer categorieën, alsmede een toelichting waarom zij niet worden meegenomen in het akkoord;

d. informatie over de financiële positie van de schuldenaar, en

e. een beschrijving van:

1°. de aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen;

2°. welke pogingen zijn ondernomen om deze problemen op te lossen;

3°. de herstructureringsmaatregelen die onderdeel zijn van het akkoord;

4°. de wijze waarop deze maatregelen bijdragen aan een oplossing, en

5°. hoeveel tijd het naar verwachting vergt om deze maatregelen uit te voeren;

f. voor zover van toepassing, een schriftelijke verklaring inhoudende welke zwaarwegende grond aanwezig is waardoor de concurrente schuldeisers, bedoeld in artikel 374, tweede lid, op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden krijgen die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht aangeboden krijgen dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen.

3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald welke informatie verder in het akkoord of in de daaraan te hechten bescheiden wordt opgenomen en op welke wijze deze informatie wordt verstrekt, alsmede kan worden voorzien in een standaardformulier.

Artikel 376

1. Als de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, en een akkoord als bedoeld in het eerste lid van dat artikel heeft aangeboden of toezegt dat hij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een dergelijk akkoord zal aanbieden, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen.

2. Tijdens de afkoelingsperiode, die geldt voor een termijn van ten hoogste vier maanden:

a. kan elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat er een akkoord wordt voorbereid;

b. kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, beslagen opheffen, en

c. wordt de behandeling van een verzoek tot verlening van surseance, een eigen aangifte of een door een schuldeiser jegens de schuldenaar ingediend verzoek tot faillietverklaring geschorst.

3. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

4. Het verzoek, bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat:

a. dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten, en

b. op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar hierbij gediend zijn en de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

5. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, hierom verzoeken voordat de uiterste termijn voor de afkoelingsperiode, bedoeld in het tweede lid, is verstreken, kan de rechtbank deze periode verlengen met een door haar te bepalen termijn, met dien verstande dat de totale termijn met inbegrip van verlengingen niet langer kan zijn dan acht maanden. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige dient in zijn verzoek aannemelijk te maken dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Dit laatste wordt geacht in ieder geval aan de orde te zijn als een verzoek tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 383, eerste lid, is ingediend.

6. In afwijking van het vijfde lid, wordt de afkoelingsperiode niet verlengd als:

a. de afkoelingsperiode is verzocht in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement, en

b. het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar, bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de verordening, genoemd in artikel 5, derde lid, in de drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van deze afdeling vanuit een andere lidstaat is verplaatst.

7. Ingeval de schuldenaar overeenkomstig artikel 239, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek een pandrecht heeft gevestigd op een vordering op naam of op het vruchtgebruik van een zodanige vordering, is de pandhouder tijdens de afkoelingsperiode niet bevoegd de mededeling, bedoeld in het derde lid van dat artikel, te doen of betalingen in ontvangst te nemen dan wel te verrekenen met een vordering op de schuldenaar, mits de schuldenaar op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt voor het verhaal van de pandhouder krachtens dat pandrecht.

8. De artikelen 241a, tweede en derde lid, 241c, 241d zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het bij de overeenkomstige toepassing van artikel 241a, derde lid, gaat om een termijn die aan de schuldenaar is gesteld.

9. Op verzoek van de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, kan de rechtbank bij haar beslissing tot het afkondigen van een afkoelingsperiode of gedurende de termijn waarbinnen deze geldt, voorzieningen treffen als bedoeld in artikel 379. Bij de afkondiging van een algemene afkoelingsperiode kan de rechtbank een observator als bedoeld artikel 380 aanstellen, als zij dit nodig oordeelt ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders.

10. Als niet langer wordt voldaan aan het eerste en het vierde lid, heft de rechtbank de afkoelingsperiode op. Zij kan dit ambtshalve doen of op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, of de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend.

11. De rechtbank beslist niet over het verlenen van een machtiging als bedoeld in het tweede lid, onder a, of verzoeken als bedoeld in het vijfde, negende en tiende lid dan nadat zij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, alsmede de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

12. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

13. Het verzoek tot verlening van surseance, de eigen aangifte of het verzoek tot faillietverklaring, bedoeld in het tweede lid, onder c, vervalt van rechtswege zodra de rechtbank het akkoord overeenkomstig artikel 384 heeft gehomologeerd. Was de schuldeiser op het moment dat hij het verzoek tot faillietverklaring indiende, niet op de hoogte van het feit dat er een akkoord werd voorbereid, dan beslist de rechter of de schuldenaar de kosten van het geding die de schuldeiser heeft gemaakt, moet vergoeden.

Artikel 377

1. Als de schuldenaar voor de afkondiging van de afkoelingsperiode, bedoeld in artikel 376, de bevoegdheid had tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen, dan wel de inning van vorderingen, blijft deze bevoegdheid hem tijdens de afkoelingsperiode toekomen, voor zover dit past binnen de normale voortzetting van de onderneming die hij drijft.

2. De schuldenaar maakt alleen gebruik van de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid, als de belangen van de betrokken derden, voldoende zijn gewaarborgd.

3. De rechtbank heft de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid op of beperkt het gebruik van deze bevoegdheid op verzoek van één of meer betrokken derden, als niet langer wordt voldaan aan het vorige lid. De rechtbank beslist hierover niet dan nadat zij de genoemde derden, de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

Artikel 378

1. Voordat het akkoord overeenkomstig artikel 381, eerste lid, ter stemming is voorgelegd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, de rechtbank verzoeken een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord overeenkomstig deze afdeling, waaronder:

a. de inhoud van de informatie die in het akkoord of in de daaraan gehechte bescheiden is opgenomen, als ook de door de schuldenaar gehanteerde waardes en uitgangspunten en aannames, bedoeld in artikel 375, eerste lid, onderdelen e tot en met g;

b. de klassenindeling;

c. de toelating tot de stemming van een schuldeiser of aandeelhouder;

d. de procedure voor de stemming en binnen welke termijn nadat het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders is voorgelegd of hen is meegedeeld hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, de stemming redelijkerwijs zou mogen plaatsvinden;

e. of, als alle klassen instemmen met het akkoord, een afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 384, tweede en derde lid, alsnog aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan;

f. of, als niet alle klassen instemmen met het akkoord, een afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 384, tweede, derde en vierde lid, aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan, en

g. of, als de schuldenaar een rechtspersoon is als bedoeld in de artikelen 381, tweede lid, en 383, tweede lid, het bestuur zonder goede reden weigert instemming te verlenen voor het in stemming brengen van het akkoord of de indiening van het homologatieverzoek.

2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

3. De rechtbank behandelt de verzoeken die overeenkomstig het eerste lid aan haar worden gedaan zoveel mogelijk gezamenlijk en doet deze zoveel mogelijk op één zitting af.

4. Wordt de rechter op grond van het eerste lid verzocht zich uit te laten over de toelating van een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming of over de hoogte van het bedrag van de vordering van een stemgerechtigde schuldeiser dan wel het nominale bedrag van het aandeel van een stemgerechtigde aandeelhouder, dan bepaalt de rechtbank of en tot welk bedrag, deze schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. Artikel 147 is van overeenkomstige toepassing.

5. Wordt de rechter op grond van het eerste lid, onderdeel g, verzocht zich uit te laten over de weigering van het bestuur om de daar bedoelde instemming te verlenen en constateert hij dat het bestuur daarvoor geen goede reden heeft, dan kan de rechter op verzoek van de herstructureringsdeskundige bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur.

6. Als zij dit nodig acht in het kader van een door haar te nemen beslissing, kan de rechtbank één of meer deskundigen benoemen om binnen een door haar te bepalen termijn, die zo nodig kan worden verlengd, een onderzoek in te stellen en een beredeneerd verslag van

bevindingen uit te brengen. De deskundigen leggen hun verslag neder ter griffie van de rechtbank, ter inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Artikel 371, zevende en achtste lid, zijn van overeenkomstige toepassing. De rechtbank kan te allen tijde een deskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen, een en ander op verzoek van hemzelf of ambtshalve.

7. Als informatie ontbreekt om de gevraagde beslissing te kunnen geven, kan de rechtbank de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een redelijke termijn gunnen om de ontbrekende gegevens te verstrekken, alvorens zij een beslissing neemt als bedoeld in het eerste en vierde lid.

8. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste en vierde lid dan nadat zij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, en de schuldeisers en aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks geraakt worden door de beslissing op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Wordt de rechter gevraagd om een beslissing te nemen als bedoeld in het vierde lid, dan is de vorige zin in ieder geval van toepassing op de schuldeiser of aandeelhouder, bedoeld in dat lid.

9. Beslissingen van de rechtbank op grond van dit artikel zijn slechts bindend voor die schuldeisers en aandeelhouders die op grond van het vorige lid door de rechtbank in de gelegenheid zijn gesteld om een zienswijze te geven.

10. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 379

1. Als de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige dan wel ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt.

2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 380

1. Als het akkoord overeenkomstig artikel 370 door de schuldenaar wordt voorbereid, kan een voorziening als bedoeld in artikel 379 zijn de aanstelling van een observator. Deze heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

2. Zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet zal lukken om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, stelt de observator de rechtbank hiervan op de hoogte. De rechtbank stelt in dat geval de observator en de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid een zienswijze te geven en verbindt hieraan de gevolgen die zij geraden acht. Een dergelijke gevolgtrekking kan zijn dat de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst als bedoeld in artikel 371.

3. Wordt na de aanstelling van een observator een verzoek ingediend tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 en wijst de rechtbank dit verzoek toe, dan trekt zij daarbij de aanstelling van de observator in.

4. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en het vijfde tot en met veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 381

1. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, legt het akkoord gedurende een redelijke termijn die in ieder geval niet korter is dan acht dagen, voor het plaatsvinden van de stemming voor aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders of bericht hen hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, zodat zij hierover een geïnformeerd oordeel kunnen vormen.

2. De herstructureringsdeskundige kan het akkoord alleen met instemming van de schuldenaar aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorleggen als:

a. de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, en

b. de schuldenaar of, als de schuldenaar een rechtspersoon is, de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een onderneming drijft waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.

Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen.

3. Stemgerechtigd zijn schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd.

4. Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op vorderingsrechten waarvoor geldt dat het economisch belang geheel of in overwegende mate ligt bij een ander dan de schuldeiser en waardoor die ander zich in een positie bevindt die, gegeven de omstandigheden van het geval, redelijkerwijs gelijkgesteld moet worden met die van een schuldeiser als bedoeld in het derde lid, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige deze ander in plaats van de schuldeiser uitnodigen naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de schuldeiser bepaalde van toepassing op de ander.

5. Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op aandelen ten aanzien waarvan certificaten zijn uitgegeven, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, de certificaathouder, in plaats van de aandeelhouder, uitnodigen om naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de aandeelhouder bepaalde van toepassing op de certificaathouders. Hetzelfde geldt voor vruchtgebruikers.

6. De stemming over het akkoord geschiedt per klasse van schuldeisers of aandeelhouders, overeenkomstig de in artikel 375, eerste lid, onderdeel k, gegeven informatie, in een fysieke of door middel van een elektronisch communicatiemiddel te houden vergadering of schriftelijk.

7. Een klasse van schuldeisers heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.

8. Een klasse van aandeelhouders heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van aandeelhouders die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen die klasse een stem hebben uitgebracht.

Artikel 382

1. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, eerste lid, zo die is aangewezen, stelt zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen zeven dagen na de stemming een verslag op dat vermeldt:

a. de namen van de schuldeisers en aandeelhouders of, als dit niet mogelijk is, een verwijzing naar één of meer categorieën van schuldeisers en aandeelhouders, die een stem hebben uitgebracht en of zij zich daarbij voor of tegen het akkoord hebben uitgesproken, alsmede de hoogte van het bedrag van hun vorderingen dan wel het nominale bedrag van hun aandelen;

b. de uitslag van de stemming, en

c. of de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige voornemens zijn een verzoek als bedoeld in artikel 383, eerste lid, in te dienen, en indien dat het geval is, wat verder rondom de stemming of, indien aan de orde, bij de vergadering waarin deze heeft plaatsgevonden, is voorgevallen en relevant is in het kader van dat verzoek.

2. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige stelt de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders onverwijld in staat van het verslag kennis te nemen. Wordt door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een verzoek gedaan als bedoeld in artikel 383, eerste lid, dan deponeert hij het verslag ter griffie van de rechtbank. Het verslag ligt aldaar ter kosteloze inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek, bedoeld in artikel 383, eerste lid.

§ 3. De homologatie van het akkoord

Artikel 383

1. Als ten minste één klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, de rechtbank schriftelijk verzoeken om homologatie van het akkoord. Als het akkoord een wijziging omvat van rechten van schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan, dient die ene klasse, bedoeld in de vorige zin, te bestaan uit schuldeisers die vallen binnen deze categorie schuldeisers.

2. De herstructureringsdeskundige kan alleen met instemming van de schuldenaar een homologatieverzoek indienen als:

a. de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging;

b. niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd, en

c. de schuldenaar of, als de schuldenaar een rechtspersoon is, de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een onderneming drijft waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.

Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen.

3. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

4. De rechtbank bepaalt zo spoedig mogelijk bij beschikking de zitting waarop zij de homologatie behandelt. Heeft de schuldenaar een verzoek ingediend tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd en heeft de rechtbank nog geen herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 aangewezen of een observator als

bedoeld in artikel 380 aangesteld, dan stelt de rechtbank bij dezelfde beschikking alsnog een observator aan.

5. Van de beschikking, bedoeld in het vierde lid, geeft de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige onverwijld schriftelijk kennis aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.

6. De zitting wordt ten minste acht en ten hoogste veertien dagen nadat het homologatieverzoek is ingediend en het verslag, bedoeld in artikel 382, ter griffie ter inzage is gelegd, gehouden.

7. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid wil gebruiken om een overeenkomst overeenkomstig artikel 373, eerste lid, eenzijdig op te zeggen, dan omvat het homologatieverzoek tevens een verzoek om toestemming voor die opzegging.

8. Tot aan de dag van de zitting, bedoeld in het vierde lid, kunnen stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij de rechtbank een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Tot dat moment kan ook de wederpartij bij de overeenkomst, bedoeld in het vorige lid, een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het verzoek tot verlening van toestemming voor de opzegging, bedoeld in dat lid.

9. Een schuldeiser, aandeelhouder of wederpartij als bedoeld in het vorige lid kan geen beroep doen op een afwijzingsgrond, als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die afwijzingsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, terzake heeft geprotesteerd.

Artikel 384

1. Heeft de rechtbank rechtsmacht om het verzoek tot homologatie van het akkoord in behandeling te nemen, dan geeft zij zo spoedig mogelijk haar met redenen omkleed vonnis waarbij zij dit verzoek en, indien aan de orde, een verzoek om toestemming voor de opzegging van een overeenkomst als bedoeld in artikel 383, zevende lid, toewijst, tenzij zich één of meer van de afwijzingsgronden, bedoeld in het tweede tot en met het vijfde lid, voordoet.

2. De rechtbank wijst een verzoek tot homologatie van het akkoord af als:

a. van een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, geen sprake is;

b. de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige niet jegens alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders heeft voldaan aan de verplichtingen, bedoeld in de artikelen 381, eerste lid, en 383, vijfde lid, tenzij de desbetreffende schuldeisers en aandeelhouders verklaren het akkoord te aanvaarden;

c. het akkoord of de daaraan gehechte bescheiden niet alle in artikel 375 voorgeschreven informatie omvatten, de klasseindeling niet voldoet aan de eisen van artikel 374 of de procedure voor de stemming niet voldeed aan artikel 381, tenzij zodanig gebrek redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;

d. een schuldeiser of de aandeelhouder voor een ander bedrag tot de stemming over het akkoord had moeten worden toegelaten, tenzij die beslissing niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;

e. de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd;

f. de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord nieuwe financiering aan wil gaan en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk worden geschaad;

g. het akkoord door bedrog, door begunstiging van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders of met behulp van andere oneerlijke middelen tot stand is gekomen, onverschillig of de schuldenaar dan wel een ander daartoe heeft meegewerkt;

h. het loon en de verschotten van de door de rechtbank ingevolge respectievelijk de artikelen 371, 378, zesde lid, en 380 aangewezen of aangestelde herstructureringsdeskundige, deskundige of observator niet zijn gestort of daarvoor geen zekerheid is gesteld, of

i. er andere redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.

3. Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, kan de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord, afwijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.

4. Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd en zijn ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten en in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd hadden moeten worden ingedeeld, wijst de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, af als:

a. bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd, aan een klasse van schuldeisers als bedoeld in artikel 374, tweede lid, een uitkering in geld wordt aangeboden die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht aangeboden zal worden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen, terwijl daarvoor geen zwaarwegende grond is aangetoond;

b. bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd ten nadele van de klasse die niet heeft ingestemd wordt afgeweken van de rangorde bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling, dan wel een contractuele regeling, tenzij voor die afwijking een redelijke grond bestaat en de genoemde schuldeisers of aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad;

c. de genoemde schuldeisers, niet zijnde schuldeisers als bedoeld in onderdeel d, op basis van het akkoord niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting aan betaling in geld zouden ontvangen, of

d. het schuldeisers betreft met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek die de schuldenaar bedrijfsmatig een financiering heeft verstrekt en op basis van het akkoord in het kader van een wijziging van hun rechten, aandelen of certificaten hiervan aangeboden krijgen en daarnaast niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in een andere vorm.

5. Op verzoek van de wederpartij bij de overeenkomst wijst de rechtbank het verzoek om toestemming voor de opzegging van een overeenkomst, bedoeld in artikel 383, zevende lid, af op de grond bedoeld in het tweede lid, onder a.

6. Artikel 378, zesde lid, is van overeenkomstige toepassing.

7. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste lid dan nadat zij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, en de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders, dan wel de wederpartij, zo die een verzoek tot afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord of tot verlening van toestemming voor de opzegging van de overeenkomst als bedoeld in artikel 383, achtste lid, hebben ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

8. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

§ 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord

Artikel 385

Het gehomologeerde akkoord is verbindend voor de schuldenaar en voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Heeft niet de schuldeiser of aandeelhouder, maar ingevolge artikel 381, vierde of vijfde lid, een ander over het akkoord gestemd, dan is het akkoord desalniettemin verbindend voor de schuldeiser of aandeelhouder.

Artikel 386

Het vonnis van homologatie levert ten behoeve van de stemgerechtigde schuldeisers met niet door de schuldenaar betwiste vorderingen een voor tenuitvoerlegging vatbare titel op tegen de schuldenaar en tegen de tot het akkoord als borgen toegetreden personen, voor zover de schuldeisers op basis van het akkoord een vordering krijgen tot betaling van een geldsom.

Artikel 387

1. De schuldenaar is in verzuim bij iedere tekortkoming in de nakoming van het akkoord en is verplicht de schade die de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders daardoor lijden te vergoeden, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Artikel 75 en afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing.
2. In het akkoord kan de ontbinding van het akkoord worden uitgesloten. Als het akkoord hiertoe geen bepaling omvat, is artikel 165 van overeenkomstige toepassing.

G

Aan het slot van artikel 362, tweede lid, wordt toegevoegd «, met uitzondering van de artikelen 262 en 269 van dat wetboek voor zover het verzoeken betreft die op basis van de tweede afdeling van titel IV worden ingediend in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement».

ARTIKEL II

In de Wet griffierechten burgerlijke zaken wordt een nieuw artikel 19a ingevoegd, luidende:

Artikel 19a

1. Voor de indiening van verzoeken als bedoeld in de artikelen 42a, 371, eerste lid, 376, eerste lid, 377, derde lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, zevende lid, van de Faillissementswet wordt van de verzoeker het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken met betrekking tot een vordering van onbepaalde waarde op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd.
2. Voor de indiening van een verzoek tot homologatie van een akkoord als bedoeld in artikel 383, eerste lid, van de Faillissementswet wordt van de verzoeker het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken met betrekking tot een vordering, dan wel een verzoek

met een beloop van meer dan € 100.000 op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd.

3. Voor de indiening van een verzoek tot afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 383, achtste lid, van de Faillissementswet wordt van een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd. De hoogte van het griffierecht wordt bepaald aan de hand van het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel.

4. Bij de toepassing van het eerste en het tweede lid geldt, dat als het verzoek wordt gedaan door een herstructureringsdeskundige, het griffierecht wordt geheven van de schuldenaar.

ARTIKEL IIA

Onze Minister voor Rechtsbescherming zendt binnen drie jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk.

ARTIKEL III

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

ARTIKEL IV

Deze wet wordt aangehaald als: Wet homologatie onderhands akkoord.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister voor Rechtsbescherming,

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 225 Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet in verband met de herziening van het beslag- en executierecht

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 20

VERSLAG VAN EEN WETGEVINGSOVERLEG

Vastgesteld 29 mei 2020

De vaste commissie voor Justitie en Veiligheid heeft op 11 mei 2020 overleg gevoerd met de heer Dekker, Minister voor Rechtsbescherming, over:

- **het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet in verband met de herziening van het beslag- en executierecht (Kamerstuk 35 225);**
- **het wetsvoorstel Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord) (Kamerstuk 35 249).**

Van dit overleg brengt de commissie bijgaand geredigeerd woordelijk verslag uit.

De voorzitter van de commissie,
Van Meenen

De griffier van de commissie,
Hessing-Puts

kst-35225-20
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

Voorzitter: Van Meenen
Griffier: Burger

Aanwezig zijn negen leden der Kamer, te weten: Van den Berge, Van Dam, Van Gent, Van der Graaf, Groothuizen, Markuszower, Van Meenen, Nijboer en Van Nispen,
en de heer Dekker, Minister voor Rechtsbescherming.

Aanvang 12.33 uur.

De **voorzitter**:
Ik heet de Minister en zijn ambtenaren, die zich ook elders bevinden en meeluisteren, van harte welkom. Dat brengt mij meteen op het volgende punt: er zijn mensen die meeluisteren, dus spreekt u allen goed in de microfoon zo meteen; dat is handig om het goed te kunnen volgen.
Aan de orde is een wetgevingsoverleg over een wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet in verband met de herziening van het beslag- en executierecht en een wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord. Het zal als volgt gaan. U krijgt van mij het woord en wordt geacht in uw bijdrage over beide wetten te spreken. Dat is eigenlijk de enige belangrijke richtlijn voor de eerste termijn. U heeft van tevoren een indicatie van uw maximale spreektijd gegeven. Die zal ik elke keer even noemen, maar u hoeft zich daar bepaald niet aan te houden; het mag ook sneller.
Even kijken. Zijn er nog meer mededelingen van huishoudelijke aard? Ik had er natuurlijk mee moeten beginnen: goed om u allen weer te zien. Een aantal van u heb ik vanochtend al bij de procedurevergadering gezien. Fijn dat u er allemaal bent, in naar ik mag hopen goede gezondheid. Laten we dat zo houden vandaag. Als we dat met elkaar kunnen vaststellen, ga ik als eerste het woord geven aan mevrouw Van der Graaf van de ChristenUnie.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Dank u wel, meneer de voorzitter, voor het woord. Bij de voorbereiding van dit debat over de Wet homologatie onderhands akkoord, twee maanden terug alweer, stuitte ik op het boek The code of capital – How the law creates wealth and inequality, van Katharina Pistor. Dat is best een aanrader. Dat eigendomsrechten en zekerheidsrechten cruciaal zijn in een kapitalistische economie als de onze, weten we. Maar het is goed om te beseffen hoe verstrekkend het feit is dat activa, of het nou gaat om een fysiek object als een stuk grond of een gebouw, of om een vaardigheid, idee of merk, pas door juridische codering veranderen in kapitaal, kapitaal waardoor rijkdom kan worden vergaard, waardoor water verandert in wijn, zou ik eigenlijk met een knipoog willen zeggen.
Rijkdom heeft dus alles te maken met hoe wij in ons soort samenlevingen en economieën zaken juridisch vastleggen; daarmee leggen we ook ongelijkheid, groeiende ongelijkheid, vast. Ergo, toenemende ongelijkheid komt niet alleen door een ongelijke verdeling van kapitaal, oftewel door economische factoren, maar zeker ook door hoe we dat juridisch hebben vastgelegd. Met steeds ingewikkelder juridische constructies weten kapitaalkrachtigen dat kapitaal te beschermen en te vergroten ten koste van anderen. Sterke zekerheidsrechten spelen volgens Pistor dan ook een sleutelrol in die constructies, en de advocaten zijn de masters of the code. Dat is interessant in het licht van deze wet. Dit inzicht is belangrijk. Met het benoemen daarvan begrijpt u ook gelijk de achtergrond van mijn amendementen, die ik voorafgaand aan het debat heb ingediend. Met deze amendementen wil ik deze wet, die een goed doel dient, meer in balans brengen, rechtvaardiger maken, niet in het minst ten behoeve van het midden- en kleinbedrijf. Mijn eerder ingediende amendementen heb

ik, gelet op de vele reacties die ik daarop mocht ontvangen, aangepast en verbeterd. Ik heb vaak wijzigingsvoorstellen ingediend, maar zelden hebben zo veel deskundigen uit het land daarbij meegedacht. Daarvoor dank ik hen dan ook hartelijk. Ik weet dat een heel aantal van hen dit debat ook zal volgen. De aanloop naar het debat was woelig, maar het gaat dan ook ergens over. Kortom, het zijn echt drie topamendementen geworden. Vanmorgen zijn ze ingediend.

Maar eerst iets over de wet. «Met dit wetsvoorstel wordt een regeling ingevoerd», zo begint de memorie van toelichting, «op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de herstructurering van schulden kan goedkeuren (homologeren)». Als de rechter dat doet, is het akkoord verbindend voor alle betrokken schuldeisers en aandeelhouders, ook als zij er niet mee hebben ingestemd. Dan is er sprake van een dwangakkoord. De wet heeft primair een functie bij bedrijven die door een zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, terwijl er wel levensvatbare bedrijfsactiviteiten bij die bedrijven zijn. Met behulp van de WHOA kan straks het reorganiserend vermogen van bedrijven worden versterkt. De meerwaarde die de reorganisatie oplevert ten opzichte van faillissement moet eerlijk worden verdeeld over alle schuldeisers. Dat is een mooi principe en een heel mooi doel, dat het mkb, dat vaak ook vooral de rol van schuldeiser zal hebben, hopelijk zal helpen om meer te krijgen dan in faillissement. So far, so good, zogezegd.

Maar bij nadere bestudering van de wettekst werd mij duidelijk dat het wetsvoorstel nauwelijks aandacht heeft voor het risico dat de gesecureerde schuldeisers onder omstandigheden vrijwel de hele reorganisatiewaarde naar zich toe kunnen trekken. En dat in een land waar in het faillissementsrecht de zekerheidsgerechtigde al een ijzersterke positie heeft. Dat er risico's moeten worden weggenomen bij de kapitaalverschaffende partij, snapt iedereen, alleen dreigt de voorliggende WHOA de positie van de gesecureerde schuldeisers verder te versterken. Vaak zijn het de banken. Dat is geen goed nieuws voor ondernemers; een punt waar ondernemersorganisatie ONL de Kamer ook terecht op heeft gewezen. Goed moet worden beseft dat Nederland wat betreft de bescherming van zekerheidsgerechtigden al in de top drie van de wereld zit. Dat is geen topdriepositie om trots op te zijn, integendeel. Volgens de Wereldbank en het CBS is de zogenaamde recovery rate van gesecureerde schuldeisers in ons land 90% tegenover slechts 3% voor de concurrente schuldeisers. Dat betekent dat de bank meestal alles terugkrijgt bij een faillissement en het mkb bijna altijd met lege handen staat.

Professor Kortmann heeft ons hier in zijn afscheidsrede van de universiteit Nijmegen nog eens op gewezen. Deze rede droeg niet voor niets de titel Het faillissement, een paradijs voor banken. Ook verschillende advocaten-generaal bij de Hoge Raad hebben ons gesuggereerd om voor een betere verdeling te zorgen. Bovendien wijzen de hoogste rechter en de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak nadrukkelijk op de taak van de wetgever om uitwassen tegen te gaan. Of, in de woorden van de Hoge Raad zelf in het Van Leuveren q.q./ING-arrest: «Voor zover de middelen in de onderhavige zaak opnieuw aandacht vragen voor de positie van die schuldeisers, verdient opmerking dat het aan de wetgever is om te beoordelen of hun belangen tegenover de belangen van een vlot functionerend kredietverkeer een sterkere positie zouden moeten innemen dan thans het geval is.»

Voorzitter. Die handschoen pak ik graag op in dit debat. Dat is ook de reden dat ik een debat wilde over deze wet en hem heb onthamerd. De ChristenUnie-fractie wil sociale rechtvaardigheid toevoegen aan deze wet, juist voor concurrente schuldeisers. Dat zijn meestal kleine of middelgrote bedrijven, vaak leveranciers, die achter het net vissen als een faillissement zich aandient of zich bijna aandient, zoals onder de WHOA, en naar hun geld voor geleverde goederen of diensten kunnen fluiten. Dat probleem

wordt overigens de komende tijd alleen nog maar groter doordat door de coronacrisis de waardes van bedrijven dalen en er dus nog minder overblijft om te verdelen over de andere schuldeisers.
Voorzitter. Er komt nog een reden bij. Twee maanden terug nam ik deel aan een rondetafelgesprek over de verhouding tussen rechtspraak en wetgever. De collega van de VVD, de heer Van Gent, had die rondetafel aangevraagd. Terecht werd er daar op gewezen – we hoorden het gisteren ook nog van de vicevoorzitter van de Raad van State – dat op het moment dat de wetgever een norm openlaat, er ruimte is voor de rechter om te interpreteren. De wetgever, wij dus, laat het al dan niet bewust aan de rechter om een keuze te maken. Op het moment dat rechters vervolgens worden bekritiseerd op de interpretatie die zij hebben gekozen, wijzen zij terecht naar de wetgever, die een duidelijker norm had moeten stellen.
Voorzitter. Ik vind dat we als wetgever een duidelijke keuze moeten maken. Daar ziet mijn eerste amendement op. Dat is een gewijzigd amendement dat ik samen met collega's Van Nispen en Nijboer heb ingediend. Een heel belangrijke vraag bij deze wet is volgens mij hoe de goederen waarop de zekerheidsgerechtigde zekerheid heeft, mogen worden gewaardeerd bij het vaststellen in hoeverre de zekerheidsgerechtigde voorrang heeft. De wet is op dit punt niet duidelijk. Ik stel daarom voor een duidelijke keuze te maken om voor schuldeisers met zekerheidsrechten de waarde te hanteren die ze in faillissement zouden krijgen, waarmee duidelijk wordt wat het uitgangspunt is op basis waarvan het reorganisatiesurplus wordt berekend. Daardoor wordt de taart van het reorganisatiesurplus groter en wordt de kans vergroot dat alle schuldeisers kunnen meedelen in de door de reorganisatieprocedure onder de WHOA gecreëerde waarde. De WHOA laat dit op dit moment in het midden en is onduidelijk. Dat wordt in essentie in mijn eerste amendement geregeld.
In de eerste consultatieversie van deze wet leek de Minister te kiezen voor het geven van de reorganisatiewaarde van de activa aan de gesecureerde schuldeisers. Wat je dan doet, is dit. De activa kunnen veel meer waard worden door reorganisatie. Een deel van die waarde is reorganisatiesurplus dat wordt gecreëerd door die reorganisatie. Dat zou niet bij voorrang aan de gesecureerde crediteur moeten toekomen. Wat hem toekomt, is waar hij zelf bij executie recht op zou hebben in faillissement. Als je dat, zoals de huidige wet doet, open laat en het niet regelt, dan geef je via de achterdeur de waardering van de activa toch voorrang op het reorganisatiesurplus en dat kan niet zo bedoeld zijn. Dat staat ook niet met zoveel woorden in de WHOA. Laten we dan duidelijk opnemen wat het uitgangspunt zou moeten zijn, namelijk dat wat je in faillissement zou krijgen.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Ik wil eerst een compliment maken aan collega Van der Graaf, want dit is hele technische kost. Het heeft wel grote gevolgen voor ondernemers, daarom is het heel goed dat zij er zo ingedoken is. Daar gaat ook precies mijn vraag over. Op het vorige concept van het eerste amendement kwam kritiek vanuit ondernemers, die zeiden «dit zou ertoe kunnen leiden dat schuldeisers met zekerheidsrechten zoals banken, nadeel zouden kunnen hebben bij een onderhands akkoord en daar om die reden van af zouden zien». Ik begrijp nu van mevrouw Van der Graaf dat zij in de meest actuele versie van dit amendement dat heeft ondervangen door er als het ware een ondergrens in te leggen dat bij een onderhands akkoord een schuldeiser met zekerheidsrechten te allen tijde hetzelfde zal krijgen als bij een faillissement. Heb ik dat goed begrepen? Ik wil voorkomen dat er een perverse prikkel komt om géén akkoorden te sluiten.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):

Dat is denk ik ook de meerwaarde geweest van het uitstellen van dit debat, waardoor we de tijd hebben gekregen om de amendementen die we al hadden ingediend, te verbeteren. Het was inderdaad de kern van de kritiek dat daardoor faillissement aantrekkelijker zou kunnen zijn dan reorganisatie onder de WHOA. Ik denk dat dat een serieus punt van kritiek was en ik heb daarnaar geluisterd en het inderdaad aangepast. In het amendement is die kritiek eigenlijk nu weggenomen. De bank krijgt altijd waar die recht op zou hebben gehad bij faillissement. Dat is ook tot waar zijn zekerheidsrecht strekt. Hij wordt er dus niet minder van en daarmee is het amendement ook in lijn met de WHOA, die zelf ook zegt: partijen zijn er in ieder geval niet slechter af dan in een faillissement. Dat maakt de WHOA per definitie aantrekkelijker om als procedure in te zetten.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Dit beantwoordt grotendeels mijn vraag, waarvoor dank. Om het toch nog scherp te krijgen, omdat het zulke technische kost is, in ieder geval voor mij: het amendement zegt dus eigenlijk dat de taart groter kan worden door het reorganisatiesurplus en dat de financier met zekerheidsrechten, zoals een bank, dan hetzelfde krijgt als bij een faillissement, waardoor er eigenlijk netto meer overblijft voor andere schuldeisers, zoals bijvoorbeeld midden- en kleinbedrijf. Heb ik dat zo goed begrepen?

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Ja, dat heeft u zo goed begrepen. Als je per definitie in de wet zou regelen – zoals in de eerste consultatieversie was gedaan – dat je altijd de waarde van de activa krijgt die je bij een reorganisatie zou krijgen, dat dat altijd per definitie is wat er naar de bank gaat, dan geef je de bank feitelijk voorrang op een deel dat eigenlijk in het reorganisatiesurplus terecht had moeten komen en waar alle schuldeisers in mee zouden moeten delen, en eerlijk in mee zouden moeten delen. Overigens kunnen ook de banken voor het niet-gedekte deel van hun vordering meedelen in dat reorganisatiesurplus.

De **voorzitter**:
Dank u wel. Gaat u verder.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Voorzitter. Het amendement is een verduidelijking en rechtvaardig. De bank krijgt dus, zoals ik net ook al zei, in ieder geval waar die recht op heeft en wat hij zelf ook zou kunnen verkrijgen bij een faillissement als hij tot verkoop over zou gaan van de zaken waar hij een zekerheidsrecht op had gevestigd. Dat is ook de hoofdregel in het faillissementsrecht. Hij is dus niet slechter af dan in faillissement. Dat maakt reorganiseren per definitie aantrekkelijker dan faillissement, precies wat de WHOA ook beoogt. Dit amendement is, kortom, goed nieuws voor ondernemers, voor alle schuldeisers die meedelen in het reorganisatiesurplus, want de taart wordt groter en kan zo ook eerlijk worden verdeeld. Dat is de toelichting bij het eerste amendement.
Voorzitter. Dan het tweede amendement. Ik heb er een stevige wetgevingsbijdrage van gemaakt; we hebben geen plenair debat. Maar goed, het gaat ook ergens over, zoals ik al eerder zei. Gelet op de gegroeide ongelijkheid... Zoals ik net aangaf, is er een grote ongelijkheid tussen schuldeisers: de 90% recovery rate, dus hetgeen de bank terughaalt uit een faillissement, staat bijna altijd tegenover de 3% van de concurrente schuldeisers, de gewone schuldeisers. Het mkb staat vaak met lege handen. Als je daarnaar kijkt, valt er heel veel voor te zeggen dat we ook in Nederland, in de WHOA, in de meerwaarde een minimumbescherming gaan invoeren, in de vorm van een minimumpercentage dat beschikbaar is voor alle schuldeisers. Dat kunt u vinden in mijn tweede amendement.

Het minimumpercentage van 20% is in Oostenrijk zo vanzelfsprekend geworden dat het eigenlijk geen issue meer is in de praktijk. Door elke schuldeiser, niet alleen de gesecureerde maar ook de ongesecureerde, een minimumbescherming te geven, wordt de effectiviteit van het wetsvoorstel vergroot, wordt de misbruikgevoeligheid verlaagd en worden procedures voorkomen. Alle schuldeisers profiteren daardoor altijd een beetje mee. Dit Oostenrijkse minimumpercentage biedt daarmee bescherming zonder dat het belemmerend werkt voor de toepassing van de WHOA. Zoals de Raad van State ook opmerkt, blijkt immers uit Amerikaans onderzoek naar de toepassing van de Chapter 11-procedure, die de inspiratiebron voor deze wet was, dat concurrente schuldeisers bij een dwangakkoord gemiddeld wel 52% van hun vorderingen ontvangen. In sommige gevallen, maar zeker niet in veel, wordt het misschien moeilijker om een akkoord te bereiken. In de enkele gevallen die het betreft is dat dan ook precies de bedoelding. Ook in Oostenrijk is de regel bedoeld om alleen serieuze reorganisaties door te laten gaan. En mind you: 20% is echt heel weinig. Stel je eens een onderneming voor die het zo slecht heeft gedaan dat ze haar schuldeisers niet eens 20% kan betalen. Waar hebben we het dan over?
Het amendement is geen wet van Meden en Perzen. Als u het goed leest, ziet u dat het ook een aantal uitzonderingsgronden bevat. Bovendien ziet het amendement alleen op de situatie waarin een meerderheid van de klassen tegen heeft gestemd. Als 20% te veel is, als er gewoon niet meer is te verdelen maar 10% wel kan, dan zal het ook in het belang van de klassen zijn om bij meerderheid in te stemmen, omdat ze weten dat er anders geen akkoord komt, de onderneming failliet gaat en ze niks zullen krijgen. Dat betekent dat het aantrekkelijker is dan een faillissement. Ook dan is een reorganisatie mogelijk en zelfs waarschijnlijk. Ook als er contractuele afspraken zijn gemaakt over de rangorde van achtergestelde vorderingen gaat die 20% niet op. Bovendien kan de rechter ook nog besluiten hiervan af te wijken. Als je minder dan 20% hebt betaald voor een vordering, kun je daar geen beroep op doen, om te voorkomen dat er een perverse prikkel zou ontstaan en cowboys, zoals hedge funds, hier misschien mee aan de slag zouden gaan. Dat zouden we niet moeten willen.
Voorzitter. Dan het derde amendement. Dat is vandaag een nieuw amendement, dat nog niet eerder was gepresenteerd. De extra tijd die we hebben gehad in de afgelopen maanden gaf aanleiding om nog eens wat dieper in de wet te duiken. Het is een eenvoudig amendement waarin alleen iets wordt geschrapt, namelijk de mogelijkheid om als tegenstemmende klasse schuldeisers het recht op het in faillissement naar verwachting te ontvangen bedrag in contanten op te eisen. Toen ik doorkreeg dat de Minister de facto schuldeisers met een zekerheidsrecht dit toestond, stond ik wel even met mijn ogen te knipperen. Terwijl de WHOA is gericht op een goede toekomst van in de kern gezonde bedrijven of bedrijfsonderdelen, biedt de Minister met het onderdeel b van het vierde lid van artikel 384 gesecureerde schuldeisers in de praktijk de mogelijkheid om contant geld op te eisen, en dat terwijl de beschikbaarheid van contant geld op zo'n moment nou juist het probleem kan zijn. Ik ga ervan uit dat dit onderdeel eigenlijk per abuis in de wet is opgenomen, aangezien het op gespannen voet staat met het hoofddoel van de WHOA, namelijk het reorganiserend vermogen van ondernemingen versterken. Bovendien is het nergens in de wereld zo geregeld, ook niet in de Verenigde Staten in de Chapter 11-procedure, die de inspiratie was voor deze wet. In dit derde amendement dat ik heb ingediend, stel ik dan ook voor om dit oneerlijke en onredelijke oordeel te schrappen.
Voorzitter. Deze wet kent heel veel vrijheden. De procedure is niet transparant over wie precies op welk moment in het proces werd betrokken. Pas helemaal aan het einde komt de rechter eraan te pas. Met

deze drie amendementen voeg ik een aantal waarborgen toe aan deze wet die mijns inziens broodnodig zijn en de wet rechtvaardiger maken. Alle drie de amendementen verkleinen daarmee ook het risico dat de voorgestelde WHOA strategisch wordt ingezet om schuldeisers af te schrijven, bijvoorbeeld door contanten op te eisen of informatie achter te houden en zo de waardering van de onderneming kunstmatig laat te houden. Want als we één ding weten, is het dat het heel erg lastig is om ook in tijd van crisis de toekomstige kasstroom of de waarde van de onderneming in de toekomst te kunnen waarderen. Waardeer je die te laag, dan doe je alle schuldeisers absoluut tekort en benadeel je ze ernstig. Waardeer je die veel te hoog, dan komt er alsnog een faillissement. Dat is dus heel lastig. Dat waarderingen in de praktijk nogal uiteen kunnen lopen, zien we ook aan grote faillissementen die we in de geschiedenis hebben gekend. Waarderingen kunnen soms uiteenlopen van 10 miljoen tot 100 miljoen. Daar zit nogal verschil in.
Voorzitter. De rechter toetst het uiteraard allemaal, maar hij zal soms onmogelijk kunnen weten of informatie wordt achtergehouden. De snelheid van handelen die de rechter moet tonen, heeft geleid tot het beperken van het toetsingskader en van het hoger beroep in de WHOA. De Raad voor de rechtspraak heeft zelf in een brief aan de Minister in niet mis te verstane woorden geschreven dat de rechtbank met deze regeling verwordt tot een tandeloos stempelloket. En dat in een land waarin de verhouding tussen banken en de onbeschermde schuldeisers al heel scheef is en het eind van die ontwikkeling blijkbaar nog niet in zicht is! Daar heeft mijn fractie moeite mee. Met alle drie de amendementen breng ik daarom de notie uit de memorie van toelichting dat het surplus eerlijk verdeeld moet worden over de schuldeisers, dichter bij de praktijk. Voor een nadere onderbouwing en uitwerking verwijs ik naar de amendementen en de toelichtingen daarop.
Voorzitter, ik kom op nog een paar volgende punten. Het is goed te beseffen dat het altijd nog extremer kan. Ik woon in Groningen en als iets daar nog helder op het netvlies staat, is dat wel het faillissement van aluminiumsmelter Aldel. Op dat moment was ik lid van de provinciale staten in Groningen. Ik heb het vanuit die positie meegemaakt. Dat bedrijf was op een gegeven moment van een Amerikaanse investeerder, Gary Klesch, door sommigen ook wel een cowboy genoemd. Hij had grote gesecureerde aandeelhoudersleningen verstrekt aan Aldel, volgens Het Financieele Dagblad zelfs tegen 7% rente, met zekerheden op allerlei activa, zoals de fabriek en de grond. Terwijl een aandeelhouder normaal gesproken achteraan in de rij hoort te staan, had deze aandeelhouder zich naar voren gewurmd, zodanig dat hij bij een faillissement vooraan stond. In Duitsland kan dat niet. In de Verenigde Staten is zo'n lening vaak achtergesteld. Maar in Nederland kan dat blijkbaar gewoon. Wat vindt de Minister daarvan? Wat het nog extra zuur maakt, is dat de aandeelhouder na het faillissement de activa heeft gekocht van de zekerheidsgerechtigde. Oftewel, Gary Klesch «kocht» Aldel van Gary Klesch, met «kocht» tussen aanhalingstekens, want de koper betaalde in feite aan zichzelf. En wie waren de dupe? Dat waren de medewerkers en de niet-gesecureerde schuldeisers. Die konden fluiten naar hun geld. Dat is toch niet te verteren? Dat zou toch niet moeten mogen? En als dit nou de enige casus was... Maar dat is niet zo. Aan het faillissement en de doorstart van McGregor zat net zo'n luchtje. En wat te denken van V&D, waar aandeelhouder Sun Capital via gesecureerde aandeelhoudersleningen 70 miljoen kreeg toegestopt van de curator, terwijl de gewone schuldeisers en ook de fiscus het nakijken hadden. Wil de Minister hier niet eens naar kijken? Waarom regelen we dat niet net zoals in Duitsland of voor mijn part zoals in de Verenigde Staten?
Wat de WHOA betreft, vraag ik aan de Minister of je dan een reorganisatie kunt doen als aandeelhouder met gesecureerde aandeelhoudersleningen. Neem een hypothetisch voorbeeld, de HEMA. Ik weet niet of daar

gesecureerde aandeelhoudersleningen zijn, maar stel dat dat wel het geval is. Kan de aandeelhouder daar bijvoorbeeld gewoon blijven zitten, via de gesecureerde positie bovenaan in de rij staan en zo misschien zelfs de aandelen opeisen, schuldeisers grotendeels afschrijven en vervolgens het akkoord gehomologeerd krijgen? In dit licht vormen mijn amendementen natuurlijk geen panacee, maar een minimumpercentage biedt in dit geval enige bescherming.
Afrondend heb ik nog een tweetal punten. De WHOA kan ook ingezet worden voor liquidatieakkoorden. Dat zijn akkoorden waarin niet van een draaiende onderneming wordt uitgegaan, maar waarin wordt afgesproken hoe de boel afgewikkeld wordt. Dat kon in de consultatieversie nog niet. De memorie van toelichting zegt nu: «De WHOA staat verder ook open voor de homologatie van een akkoord waarbij een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld. De WHOA kan in die situatie worden toegepast als met een gecontroleerde afwikkeling van een bedrijfsvoering door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement.» De Raad voor de rechtspraak geeft aan dat dit voor meer werk zou zorgen. Het leidt tot de vraag of er voldoende waarborgen in de wet zitten, want er is niet zoals in een faillissement een onafhankelijke curator die onder toezicht van de rechter-commissaris opkomt voor de gezamenlijke schuldeisers. Hoe weet je dan bijvoorbeeld of er niet paulianeus gehandeld is? Wie doet daar onafhankelijk onderzoek naar en wie doet onafhankelijk onderzoek naar de bestuurdersaansprakelijkheid? In een faillissement kan de curator artikel 2:248 BW inroepen en bestuurders aansprakelijk houden voor het boedeltekort. Hoe zit dat bij een liquidatieakkoord onder de WHOA?
Mijn laatste vraag heeft betrekking op het verdelingsvraagstuk. We weten allemaal dat de positie van zekerheidsgerechtigden bij een faillissement en straks onder de WHOA tegelijk belangrijk én gevoelig is. De Minister heeft niet voor niets een werkgroep ingesteld naar dit verdelingsvraagstuk bij faillissement. Ik vraag hoe het daarmee staat. Wanneer krijgen we duidelijkheid over de uitkomst? Ik heb namelijk begrepen dat het in een impasse zit.
Voorzitter. De WHOA is geen panacee in tijden van coronacrisis, integendeel. Meerdere specialisten hebben tegen mij maar ook in de media en in de literatuur al naar voren gebracht dat de coronacrisis om crisismaatregelen vraagt en de WHOA hier niet geschikt voor is. Dit is geen crisiswetgeving, maar dit voorstel heeft wel een mooi doel: levensvatbare bedrijven of onderdelen een goede toekomst bieden waarbij het reorganisatiesurplus aan alle schuldeisers toekomt, uitgezonderd de zekerheidsgerechtigden voor hun gedekte vorderingen. Als we na deze crisis ongewild in een lange recessie komen, zal de WHOA zeker waardevol kunnen zijn, denk ik. De bescherming van de zekerheidsgerechtigden, vaak banken, is echter zo sterk in ons land dat gewone ondernemers, werknemers en natuurlijke personen vaak achter het net vissen bij een faillissement of een bijna-faillissement. De WHOA is niet duidelijk op dit punt. Wat wel duidelijk is, is dat we in Nederland inmiddels ervaringsdeskundige zijn met wat er dan gebeurt: de sterken worden nog sterker en de zwakkeren worden nog zwakker. Het doet er dus toe wat je juridisch vastlegt, zoals ik in het begin van mijn betoog ook aanhaalde, of wat je openlaat. Dat heeft consequenties. Met drie amendementen heb ik geprobeerd het wetsvoorstel duidelijker en rechtvaardiger te maken, zodat ook hardwerkende mkb'ers in dit land met meer vertrouwen de WHOA tegemoet kunnen zien zonder de kredietverlening onnodig in de weg te zitten. Ik zie met vertrouwen uit naar de reacties van mijn collega's en van de Minister, want ik weet dat ook hun hart klopt voor ondernemers.
Voorzitter. Dat was de eerste wet. Ik beloof u...

De **voorzitter**:

Uw tijd is al om, maar ik ga eerst naar de heer Van den Berge voor een interruptie.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Ik heb nog een vraag over het amendement dat collega Van der Graaf vanochtend heeft ingediend over artikel 384. Ik deel de intentie van collega Van der Graaf volledig dat gesecureerde schuldeisers een veel te sterke positie hebben ten opzichte van met name kleine ondernemers, het mkb. Ik vraag mezelf alleen bij dit amendement wel af of er niet een onbedoeld neveneffect kan zijn. Ik zal de vraag specificeren. Artikel 384 is ook het artikel dat het «no creditor worse off»-principe regelt. Door een heel lid b daaruit te schrappen... Ik kan de consequenties niet helemaal overzien. Kan dat niet betekenen dat ook kleinere ondernemers met bijvoorbeeld gesecureerde uitstaande kredieten of andere schulden uiteindelijk bij de verdeling naast de pot kunnen grijpen? Ik ben nog even benieuwd om te horen of ik met een gerust hart voor het amendement kan zijn of dat daar toch nog wel kanttekeningen bij te plaatsen zijn.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Het recht op contanten lijkt juist een directe aanspraak te geven op betaling. Daardoor bestaat het gevaar dat de positie van de zekerheidsgerechtigde wordt versterkt, zoals ook in de consultatieversie nog in de toelichting was opgenomen, en die dat bevestigde. De positie van de zekerheidsgerechtigden met een grote vordering die in de verre toekomst zou moeten worden terugbetaald, wordt versterkt. Zij kunnen een beroep doen op het recht op contante betaling en als het ware vervroegd aanspraak maken op die betaling. Daardoor kunnen ze zich verzetten tegen een redelijk akkoord, waarvan bijvoorbeeld de strekking is dat de bank in de toekomst iedere maand 80% krijgt van hetgeen hij aanvankelijk zou krijgen. Het is een versterking van die positie. Het «no creditor worse off» blijft overeind in dezen. Het is ook een drukmiddel dat je zou kunnen inzetten in deze procedure en ik denk dat we dat niet zouden moeten willen.
U vraagt wat de consequenties zijn voor kleine schuldeisers. Een ander bezwaar hiertegen vind ik dat het heel lastig is om het bedrag uit te rekenen. Het vraagt een discussie over de vraag wat de betreffende schuldeiser in een faillissement zou krijgen, want dat is wat je in contanten terug zou krijgen. Dat is moeilijk uit te rekenen. Voor een kleine schuldeiser, bijvoorbeeld die mkb'er die toeleverancier is, is dat eigenlijk gewoon niet te doen. Tenzij je een onafhankelijke derde kunt inschakelen, maar die kost geld. Je moet inzicht hebben in de administratie. Het is gewoon niet te doen. Dus ik denk dat dit amendement en deze bepaling in de wet aantonen dat er een aantal elementen in deze wet zitten die de positie van de sterke schuldeiser nog sterker maken en de positie van de zwakkere schuldeiser nog zwakker. Daarom stel ik voor om dit te schrappen.
Ik wil nog een aanvulling doen. U zegt dat u de consequenties van het aannemen van dit amendement en het schrappen van deze bepaling niet kan overzien. Ik zou het eigenlijk willen omkeren. Ik heb van alle deskundigen in het land die hebben meegedacht begrepen dat er geen land is waar zo'n bepaling is opgenomen. We kunnen helemaal niet weten hoe het opnemen van zo'n bepaling precies uit zou werken, maar ik zet er wel vraagtekens bij dat dit een drukmiddel zou kunnen zijn dat oneigenlijk zou kunnen worden ingezet in de procedure. Dat zouden we niet moeten willen.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Dat is een helder antwoord, waarvoor dank.

De **voorzitter**:

Oké, dank u. Meneer Van Dam, zag ik u naar de microfoon neigen?

De heer **Van Dam** (CDA):
Ja. Ik heb nog een vraag aan collega Van der Graaf, want kennelijk heeft er zich vanochtend in uw denken een en ander ontwikkeld, ook in relatie tot de amendementen die u hebt ingediend. Op welke punten zijn de nu voorliggende amendementen gewijzigd zijn ten opzichte van de eerdere versies en wat zijn de overwegingen daarbij? Zou u daar misschien nog iets specifieker kunnen ingaan?

De **voorzitter**:
En dan ook nog een beetje kort.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Ik zal dat kort doen. Het amendement over de waardebepaling is een verduidelijking van de wet. Ik heb dat net betoogd. Dat was onduidelijk in de wet. Het grootste kritiekpunt op het amendement dat we eerst hadden ingediend was dat dat een inperking zou zijn van de zekerheidsrechten. Ik zou met dat amendement dus eigenlijk regelen dat de banken er bij de WHOA op achteruit zouden gaan ten opzichte van de situatie in een faillissement. Dat is geenszins de bedoeling. Ik denk dat we dat duidelijk moeten stellen, dus daarom sluit ik aan bij de geest van deze wet en de letter van de memorie van toelichting, namelijk dat het de bedoeling is van deze wet dat je niet minder af bent dan bij een faillissement. Dat heb ik verduidelijkt in dit amendement. Het is belangrijk om dat duidelijk te maken, want als je dat niet doet, dan zorg je ervoor dat de zekerheidsgerechtigde partij eigenlijk alvast een deel van wat voor het reorganisatiesurplus zou zijn claimt op basis van zijn zekerheidsrecht. Dat moet je niet doen. Je moet duidelijk maken hoe je het onderpand waardeert. Dat is gewijzigd. Je bent dus niet meer slechter af dan bij een faillissement. Ik sluit daarbij aan en ik verduidelijk het. Het is een verduidelijking.
Dan heb ik nog het amendement over de 20%, over de minimumbescherming. Daarvan zijn geen essentiële onderdelen gewijzigd. Het betreft een hele kleine technische wijziging. Het amendement over de contanten is een nieuw amendement.

De **voorzitter**:
Dank u wel. Is dat helder genoeg, meneer Van Dam? Ja, dat is het geval. Dan dank ik u en geef ik vervolgens het woord aan... Pardon, ik zei net dat u door uw tijd heen was, maar dat is niet zo. Mijn verontschuldigingen. Gaat u verder. Ik ga ervan uit het iets korter zal zijn dan het eerste deel.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Zeker, voorzitter, want over de tweede wet die vandaag voorligt, het wetsvoorstel tot herziening van het beslag- en executierecht, heb ik gewoon veel minder zorgen. Daar kan ik dus met minder woorden vanaf. Het is goed nieuws dat als onderdeel van de schuldenaanpak van dit kabinet, een beslagvrij bedrag zal worden gehanteerd als er beslag wordt gelegd op een bankrekening. Het geeft mensen rust en stabiliteit, van waaruit zij ook aan de slag kunnen met het oplossen van hun schulden. Vanmorgen hebben wij de berichten gezien over de hausse aan schulden die in het kader van de coronacrisis wordt verwacht en over mensen die in de schuldenproblematiek terecht zullen komen. Op dit moment wordt namelijk nog weleens beslag gelegd op de bankrekening net nadat het loon op de bankrekening is gestort. Zie dan nog maar eens je boodschappen te betalen. Ik heb daarbij drie vragen aan de Minister. Voor mensen met schulden zijn bureaucratische regels niet alleen vervelend; ze werken ook verlammend en escalerend. Welke mogelijkheden ziet het kabinet nog meer om de procedures voor mensen met schulden te

vereenvoudigen, ook in lijn met het advies Weten is nog geen doen van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid?
Dan mijn tweede vraag. Dit wetsvoorstel raakt uiteraard ook aan de wet die in de maak is ter vereenvoudiging van de beslagvrije voet. Die wet zal in nog meer gevallen uitkomst bieden zodat mensen in hun eerste levensbehoeften kunnen blijven voorzien. We vragen vanuit de Kamer allang om die wet. Het lijkt erop dat er steeds vertraging optreedt. Kan de Minister aangeven wat de status is van dat wetvoorstel?
Tot slot. Kan de Minister reageren op het bericht van BNR Nieuwsradio van vanmorgen dat de overheid, waaronder de instanties die onder de verantwoordelijkheid van dit ministerie uitvoeren, geld incasseert en deurwaarders stuurt op het geld dat binnenkomt in het kader van de coronamaatregelen? Is dit nou de periode waarin de overheid de mensen het mes op de keel zou moeten zetten en een deurwaarder zou moeten sturen? Kan dat niet anders, zo vraag ik de Minister.

De **voorzitter**:
Ik dank u zeer. Dan geef ik het woord aan de heer Nijboer van de Partij van de Arbeid.

De heer **Nijboer** (PvdA):
Dank u wel, voorzitter. Als je de titel van het wetsvoorstel Wet homologatie onderhands akkoord hoort en de eerste passages leest, spreekt dat niet direct tot de verbeelding, althans voor de meest mensen niet. Maar het kan wel hele reële effecten hebben op de werkgelegenheid van mensen, op hun arbeidsomstandigheden, en op degene die heeft geleverd aan bedrijven. Mevrouw Van der Graaf sprak zojuist al over V&D en McGregor. Zelf heb ik ook het geval Klesch/Aldel meegemaakt, zowel vanuit dezelfde provinciale staten als mevrouw Van der Graaf als vanuit deze Kamer. Het is echt een grof schandaal wat allemaal nog mogelijk is in het Nederlandse faillissementsrecht. Dat is een hele grote discussie die al lang terugvoert en die we vandaag niet oplossen. Maar de PvdA beoordeelt wel de wetgeving die nu de Faillissementswet aanpast naar de richting waarin het gaat. Ik zal twee zorgpunten van de PvdA-fractie over de Faillissementswet willen delen. Allereerst de mogelijkheid tot het aangaan van aandeelhoudersleningen. Dat gebeurt op steeds grotere schaal. Een aandeelhouder is risicodrager voor het vermogen. Anderen verstrekken een lening aan een bedrijf en die verwachten dat die lening wordt terugbetaald. Leveranciers verkopen hun producten en verwachten dat hun rekening, hun factuur, wordt betaald en dat de aandeelhouder als het misgaat als eerste aangesproken wordt. Wat op steeds grotere schaal in Nederland gebeurt, en vooral door private-equitypartijen, is dat zij een steeds kleiner eigen vermogen storten en een steeds groter deel zelf aan het bedrijf lenen. Dat gebeurt vaak tegen torenhoge rentes, waardoor er heel veel vermogen uit een bedrijf wordt getrokken en de buffer om klappen op te vangen met dat eigen vermogen kleiner wordt en een bedrijf sneller omvalt. Dat is één richting. Die gaan we vandaag niet oplossen met deze wetgeving. Maar dat is wel een trend die de afgelopen 50, 60 jaar – misschien 30 jaar – steeds meer is ontstaan en waarvoor de faillissementswetgeving, die al meer dan een eeuw oud is, wel wordt ingezet. Ik wil die trend niet vergroten. Dat is één richting.
De tweede is de verpanding van onderdelen van bezittingen van bedrijven. Steeds grotere delen van bezittingen van bedrijven worden verpand. Op een eigen huis zit een hypotheek; dat is verpand. Maar bedrijven kunnen ook hun ingekochte goederen, bedrijfsonderdelen en machines verpanden. Eigenlijk wordt alles wat los en vast zit, verpand. Dat zou je heel makkelijk moeten kunnen nagaan, maar het is ondenkbaar dat een kleine leverancier, of gewoon een leverancier van producten of iemand die een keer een vrachtauto verkoopt aan een bedrijf, helemaal nagaat wat allemaal verpand is in het bedrijf. In de praktijk blijkt dat er

eigenlijk niks overblijft voor de kleine schuldeisers, omdat ze het niet zijn nagegaan, maar ook omdat er zo veel financiële constructies achter zitten die eigenlijk ongewenst zijn.
Dat zijn twee trends die gaande zijn. Tegen die achtergrond beoordeelt de PvdA hoe deze wetgeving die trends kan keren of daaraan kan bijdragen. Dat is een van de achterliggende redenen waarom wij onder de amendementen van mevrouw Van der Graaf staan, die hier heel veel tijd in heeft gestoken, waarvoor ik mijn complimenten wil uitspreken.
Voorzitter. Wat is het effect of het doel van deze wet? Laat ik met het doel beginnen. De PvdA-fractie steunt het doel. Het doel is dat je niet in faillissement hoeft te gaan en het bedrijf kunt laten doorstarten en netjes afrekent met degenen die claims hebben op het bedrijf. Dat is eigenlijk gewoon goed. Dat voorkomt onnodige procedures en kan zorgen voor een nette verdeling. De vraag is alleen wat het effect zal zijn van deze wet in de praktijk. Wat gebeurt er als iemand kwaadwillend is? Welke partijen kunnen er dan het sterkst uitkomen? Daar heb ik zorgen over. Ik maak me er zorgen over dat zeker private-equitybedrijven, die heel veel gebruikmaken van de schuldhefbomen en dus heel weinig eigen vermogen erin stoppen en heel veel vreemd vermogen, met deze wet in de hand nog machtiger worden ten opzichte van andere partijen en dat Nederland, ook internationaal, meer zal worden gebruikt voor de afwikkeling van faillissementen. We hebben immers een goed functionerende Ondernemingskamer. Dat is goed en daar zijn we ook trots op. We hebben dus goede rechtspraak. We hebben ook een Faillissementswet die eigenlijk verouderd is en die al die effecten heeft die ik zojuist heb geschetst. Die kun je helemaal mooi gebruiken. En dan heb je hier ook nog een instrument in handen waarmee je je zin kan doordrukken als er een paar kleine schuldeisers zijn die niet mee willen werken. Daar ben ik bezorgd over. Dus ik vraag de Minister hoe hij daartegen aankijkt.
Wat er achterliggend speelt, is dat de Zuidas op zoek is naar een nieuw verdienmodel. Dat mag. Daar is niks mis mee. We bouwen de trustsector af en we bouwen de brievenbusmaatschappijen af, dus moet er weer op een andere manier – daar is Nederland als internationaal handelsland goed in – geld worden verdiend. Dat zou natuurlijk kunnen als Nederland veel internationale faillissementen afwikkelt. Daar hoeft ook niks mis mee te zijn, als dat netjes gebeurt. Maar het zijn toch vaak de spelers die het meeste kapitaal verschaffen – dat zijn de grote beleggers en niet de mkb-ondernemers – die Nederland als afwikkelland kiezen. Dat kan de agenda niet zijn. Dat kan wel een uitkomst zijn, maar dat moet niet de agenda zijn. Hoe kijkt de Minister daartegen aan?
Voorzitter. Ik heb ook een vraag ten aanzien van de kleine leveranciers. Welk deel van hun claims krijgen zij op dit moment terug? Vindt de Minister dat überhaupt wel redelijk? Wat wordt dat straks? Ik heb het amendement van mevrouw Van der Graaf en de heer Van Nispen meeondertekend. Dat amendement heeft als doel om daar een bodem van 20% in te leggen, zoals in andere Europese landen ook het geval is. Zou dat toch niet redelijk zijn? Het is al zo weinig, zoals mevrouw Van der Graaf al terecht zei, zeker bij dit soort bedrijven, die nog doorgaan. We hebben het hier niet over afgewikkelde faillissementen. Deze bedrijven maken een doorstart. Daar ziet deze wet op.
Voorzitter. Ik heb zelf een tweetal amendementen ingediend. Ik wil die graag toelichten. De toelichting van mevrouw Van der Graaf op haar amendementen was uitermate adequaat, dus ik loop die niet nog een keer allemaal langs. Mijn amendementen zien op de kern van wat ik vind dat een aandeelhouder moet doen, namelijk het risico dragen. Ik begon mijn betoog er al mee: aan de ene kant heb je eigen vermogen verschaft en met aandeelhoudersleningen druk je daar een vaak preferente lening tussen. Ik vind dat die positie niet maximaal mag worden uitgebuit met deze wet. Daar ziet het amendement op stuk nr. 11 op. Het is eigenlijk een soort antimisbruikbepaling, als je het een beetje in den brede zou willen

zien. Een aandeelhouder moet het risico lopen en moet niet al die leveranciers in één keer eruit drukken, want die vertrouwen erop dat die aandeelhouder netjes onderneemt.
Het amendement op stuk nr. 12 gaat over een andere vorm van misbruik. Het komt nog weleens voor dat het merkenrecht ergens anders is ondergebracht. Dat heeft veel waarde. V&D verkoopt allemaal spullen. De naam «V&D» heeft heel veel waarde. Stel dat je die in een ander bedrijf omzet en zegt: «Die naam heb ik nodig, want die heeft die aandeelhouder ook in handen. Dit is de enige manier waarop je de continuïteit van dit bedrijf kunt garanderen, want anders valt het bedrijf sowieso om. Zonder naam op de gevel komt er namelijk helemaal niemand meer.» Ja, dat is eigenlijk niet de bedoeling. Het amendement ziet op die vormen van misbruik. Merkenrecht is het bekendste voorbeeld, maar er zijn ongetwijfeld nog fiscaal specialisten, merkenspecialisten en insolventie-specialisten die nog een paar voorbeelden weten van hoe je cruciale goodwill uit een bedrijf kunt trekken waarzonder het niet kan bestaan. Die moet je dan eigenlijk weer terugkopen. Dat ligt dan in handen van dezelfde aandeelhouder. Daar ziet mijn tweede amendement op. Voor de precisie: dit zijn de amendementen op stuk nrs. 11 en 12.
Voorzitter. Deze wet heeft een aardige geschiedenis en is al sinds 2012 in de maak. Deze is breed geconsulteerd, zoals we allemaal hebben gezien. Er is een heel aantal brieven gekomen. Op zichzelf is het goed dat wetten breed worden geconsulteerd, maar het is natuurlijk geen argument om een volwaardige parlementaire behandeling terzijde te schuiven. Ik heb me wel verbaasd over de agressie van sommige lobby's, in het bijzonder vanuit de zogenaamde wetenschap. Ik vind dat hoogleraren recht óók moeten staan voor het parlementaire proces. We hebben allemaal de verzoeken gekregen om wetten maar als hamerstuk af te doen en om amendementen in te trekken. Dat mag natuurlijk altijd; je mag voor of tegen amendementen zijn. Maar als ik hoor dat wordt gezegd «het is nu coronacrisis en wij hebben er al zeven jaar over gepraat, dus medewetgever, houd je maar stil en functioneer maar als stempelmachine», doet dat bij mij zorgen rijzen over wat studenten wordt onderwezen. Want de Kamer is niet voor niets medewetgever. Ze doet dat serieus. U heeft mevrouw Van der Graaf gehoord. We horen ook andere collega's daarover. Er was ook geen twijfel over dat dit verder zou worden besproken in het parlement. Maar zulke wetgeving verdient gewoon een volwassen democratisch debat, ook al is ze technisch en is er veel geconsulteerd. Dat hoogleraren in de rechten menen dat dat onverstandig of onverantwoord is en dat het maar een hamerstuk moet zijn, en de coronacrisis erbij slepen als drogreden, vond ik schokkend. Ik hoop dat dat niet weer gebeurt. Ik hoop ook dat de studenten zich vooral niks van zulk soort adviezen aantrekken.
Voorzitter. Wat ook kenmerkend was...

De **voorzitter**:
Een ogenblik. U heeft een interruptie van de heer Van den Berge.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Ik heb nog een vraag over het amendement op stuk nr. 12. Dat is een amendement dat ik in principe heel sympathiek vind. De misbruikconstructies waar collega Nijboer het over heeft, moeten we natuurlijk voorkomen. Maar ik maak me nog wel zorgen over de potentiële gevolgen van dit amendement, met name voor start-ups. Bij start-ups is het natuurlijk vrij gebruikelijk dat er voor hybride financieringsconstructies wordt gekozen, waarbij een investeerder, juist omdat de investering zo risicovol is, een deel via aandelen financiert en een deel via kredieten. Maakt dit amendement dat soort risicovolle financieringsconstructies die we juist wel willen, namelijk in innovatieve ondernemingsgebieden, niet moeilijker?

De heer **Nijboer** (PvdA):
Dat is zeker niet het doel, en ik hoop dat het ook niet de uitwerking is. Er staat namelijk ook in dat de andere schuldenaren zich moeten verzetten. Het is dus niet zo dat het onmogelijk wordt gemaakt met dit amendement. Daarom noem ik het ook een antimisbruikamendement. De andere schuldenaren moeten dan zeggen: we vinden dit onredelijk en we krijgen te weinig. Daarmee kan de rechter ze gelijk geven. Dat is natuurlijk wat beoogd is.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Dat is voor nu even voldoende antwoord.

De **voorzitter**:
Kijk. Gaat u verder, meneer Nijboer.

De heer **Nijboer** (PvdA):
Voorzitter. Een laatste punt ten aanzien van het proces van deze wetgeving. De collega van de ChristenUnie, de collega van de SP en ikzelf hebben amendementen gemaakt. Bij de technische ondersteuning is gebleken dat die ook bij lobbyorganisaties terechtkwamen. Dat mag natuurlijk nooit gebeuren. De Minister heeft, weliswaar ietwat verbloemd, in de antwoorden op Kamervragen van ons ook gezegd dat het niet goed is gegaan. Ik wil van de Minister de bevestiging dat dat niet weer gebeurt. Wij zijn medewetgever en wij mogen ook technische assistentie van een departement krijgen. We mogen dan ook verwachten dat wat we met dat departement delen, niet op straat belandt. Dan kunnen wij onze afwegingen namelijk niet meer maken. Ik ben zelf eerlijk gezegd al veel terughoudender geworden in het delen van voorbereide amendementen. Maar de kwaliteit van amendementen gaat er natuurlijk niet op vooruit als je niet de kennis van departementen kunt gebruiken. Ik ben het belastingplan gewend, waarbij dat heel strak apart is ingericht. Daarbij nemen de Minister en de Staatssecretaris nooit kennis van amendementen. Dat ben ik gewend. Nu ik een wat bredere portefeuille heb, heb ik gemerkt dat dat niet overal is gewaarborgd. Maar ik verwacht juist van de Minister voor Rechtsbescherming dat hij ervoor zorgt dat dat niet gebeurt.
Voorzitter. Ik kom op de volgende wet, maar daar ben ik heel kort over. Die gaat over het beslag. Het zijn allemaal voorstellen die het eigenlijk beter maken. Ik wou nog wel wijzen op een motie van de ChristenUnie en de PvdA – ik weet niet wie de eerste ondertekenaar was, want het waren collega's van ons beiden – om te komen tot één schuldeiser, een nationale schuldeiser. Dit gaat over de overheid als schuldeiser. Dat is al een stap vooruit, maar die motie vroeg om dat zo veel mogelijk bij elkaar te voegen, zodat het voor mensen behapbaar wordt en afspraken voor mensen makkelijker te maken zijn. Hoe staat het daarmee?
Dank u wel, voorzitter.

De **voorzitter**:
Ik dank u zeer. Dan is het woord aan de heer Van Dam van het CDA.

De heer **Van Dam** (CDA):
Voorzitter, dank u wel. Ik heb toch de behoefte om eerst iets te zeggen over een opmerking van collega Nijboer over de manier waarop deze wet is behandeld, ook in relatie tot de manier waarop partijen van buiten zich daarmee bemoeid hebben. Ik denk dat we dan ook in de parlementaire spiegel moeten kijken. Ik heb het net nog even na zitten zoeken in de nota naar aanleiding van het verslag. Er zijn bijzonder weinig partijen die een bijdrage hebben geleverd in de schriftelijke ronde. Als we dat allemaal opsparen tot aan het eind, wanneer we het debat voeren in openbare zin, dan moeten we bij een wet met zo'n lange voorgeschiedenis ook niet verbaasd zijn dat allerlei mensen zich in die fase tot ons wenden. Laat ik

het zo formuleren: ik zou iedereen willen oproepen om ook de schriftelijke rondes die wij als parlement hebben, te benutten, zeker bij dit soort technische wetten. Dat biedt andere collega's namelijk ook de gelegenheid om daar bij wijze van spreken nog een keer een nadere schriftelijke ronde over te vragen en op die manier het debat te voeren. Ik begrijp dat we allemaal druk zijn. Zeker als fracties kleiner zijn, heb ik er altijd zeer veel respect voor dat iemand met zo veel inbreng hier komt. Maar ik zou dat hier toch als pleidooi naar voren willen brengen.
Voorzitter. In eerste instantie wil ik iets zeggen ten aanzien van de WHOA. Onlangs was ik op bezoek bij Chinese horecaondernemers. Net zoals heel veel andere horecaondernemers staat hun het water aan de lippen. Er waren mensen bij die heel goed lopende bedrijven hadden totdat de coronacrisis toesloeg. Dit is zeker geen crisiswet in het kader van de coronawetgeving, want dit loopt al heel lang. Toch heb ik tijdens de hele behandeling van deze wet de overtuiging gekregen dat ook dit soort ondernemers enorm geholpen zou kunnen zijn met het wetsvoorstel dat hier ligt. Voor het CDA is de mkb'er bij dit soort wetgeving toch een beetje de maat der dingen, want een mkb'er is niet alleen degene die schuldeiser is, maar zeker in het huidige tijdsgewricht is hij ook schuldenaar. Hij of zij wordt geconfronteerd met allerlei vorderingen. Het gaat dan bijvoorbeeld om salaris. Dat is misschien minder interessant in het kader van de WHOA. Maar wat te denken van de huur? Ook de hypotheek is al veelvuldig aan de orde gekomen. Verzekeringsportefeuilles moeten betaald worden. Er zijn allerlei vaste lasten aan de orde.
We zouden natuurlijk – ik zou dat als eerste vraag aan de Minister willen stellen – in lijn met de gewaardeerde inbrengen van de collega's voor mij enorm kunnen kijken hoe het uiteindelijk uitpakt, als het niet lukt. Ik heb de wet zo gelezen dat die juist een alternatief voor surseance van betaling of faillissement probeert te zijn. Het is een instrument om een onderneming waar nog leven in zit, voort te dragen, voort te zetten. Ik denk dat dat perspectief mij in ieder geval tot andere afwegingen leidt, hoezeer ik dit debat ook aangrijp om de inhoud te zoeken en mijn afweging te maken. Dat leidt tot een ander perspectief op bezwaren die naar voren zijn gebracht.
Ik heb een vraag aan de Minister. In de memorie van toelichting staat te lezen dat in eerste instantie verwacht wordt dat juist de grote bedrijven gebruik zullen gaan maken van deze wet. Daar heeft de Raad voor de rechtspraak zich min of meer op ingericht. Welke mogelijkheden zijn er om juist ook het mkb van deze wet gebruik te laten maken? Zou het niet zo zijn dat mkb'ers in deze tijd en misschien ook wel in de naast komende tijd heel goed van dit onderhandse akkoord gebruik kunnen maken? Is er dan voldoende kennis aanwezig? Zijn ook de middelen voldoende nabij? Er is een herstructureringsdeskundige. Ik heb er in ieder geval bij Scrabble een nieuw woord bij voor optimale opbrengsten, maar ik kan me voorstellen dat het woord nog niet in het woordenboek van de gemiddelde mkb'er staat. Welke mogelijkheden ziet de Minister om hier snel iets aan te doen?
Dan kom ik bij die herstructureringsdeskundige. Met deze wet lijkt een nieuw beroep geïntroduceerd te worden. De Raad van State geeft aan dat kleine en middelgrote ondernemingen vaak niet de herstructureringskosten kunnen betalen en geen beroep zullen doen op professioneel advies. Wat is die herstructureringsdeskundige eigenlijk voor figuur? Wat voor eisen worden daaraan gesteld? Is dat een curator? Is dat een bewindvoerder? Worden daaraan opleidings- of ervaringseisen gesteld, zoals ik al zei? Dat zijn vragen die aan de orde zijn. Is het misschien ook tijd voor een vorm van – ik durf het bijna niet tegen de Minister te zeggen – gesubsidieerde rechtsbijstand om deze herstructureringsdeskundige in ieder geval meer binnen het bereik te brengen van de mkb'er, de ondernemer in kleinere zaken?

Dan, voorzitter, een vraag over faillissement en surseance van betaling. Ik merk dat daar in de praktijk veel vragen over zijn bij ondernemers. Ik zou de Minister willen vragen of hij in zijn reactie nog eens expliciet wil uitleggen waarin deze maatregel zich nou onderscheidt van surseance van betaling en faillissement. Laten we wel wezen, het doel is natuurlijk knap helder; daar begon ik al mee. Deze wetgeving ziet op continuïteit en de andere zien op afronding, maar wat betekent dit nu in de praktijk? En hoe gaat dat uitpakken?
Dan een vraag over herstructurering en verschillende schuldeisers in verschillende klassen of groepen. Elke schuldeiser heeft op basis van de vordering die hij of zij heeft, een bepaalde klasse of rangorde. Schuldeisers met dezelfde klasse vordering zitten in één groep. Per groep wordt dan gestemd over het onderhands akkoord. Elke groep kan een ander aanbod worden gedaan, en een groep hoeft niet unaniem voor het akkoord te zijn om doorslaggevend te zijn. Er zijn dus heel veel variabelen. Een kwetsbaar punt vind ik dat het aan de schuldeiser is om aan te tonen dat hij op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie komt dan bij faillissement of als kan worden aangetoond dat de reorganisatiewaarde die door herstructurering behouden kan blijven, niet op de juiste manier verdeeld wordt. Wordt daar niet te veel gevraagd van een schuldeiser? Dat is soms gewoon een ondernemer die nog wacht op betaling van verschillende leveringen. Wat is een aanmerkelijk slechtere positie? Kan de rechter ook proactief kijken en zelfs toetsen hoe het resultaat in het akkoord zich verhoudt tot bijvoorbeeld het resultaat na een faillissement? En maakt dat dan ook uit voor de vraag of iets als een aanmerkelijk slechtere positie wordt gezien? Moet de schuldeiser zelf dit soort dingen aantonen en dus bewijzen dat het geen goed akkoord is? Of is er sprake van een actief toetsende rechter?
Voorzitter. Dan het punt van fraude. Mijn fractie is al enige tijd bezig met de problematiek van faillissementsfraude en de versterkte aanpak daarvan. Ik heb daarin samenwerking kunnen vinden met collega Van Nispen van de Socialistische Partij. Dat heeft geleid tot een notitie. Ik zal de eerste zijn om te zeggen: hé, had je in het gewone, niet-coronatijdperk ook bij een wetgevingsoverleg zo'n notitie ingebracht? Nee, maar soms moeten we maar even roeien met de riemen die we hebben. Ik zou de bode dus willen vragen om deze notitie niet alleen aan de Minister en de voorzitter maar ook aan de leden te geven. Wij doen in deze notitie meerdere voorstellen, maar het allerbelangrijkste is dat wij in een tijd van economische recessie allemaal te maken krijgen met mensen die daar een slaatje uit proberen te slaan. Onderdeel daarvan is in ieder geval het gilde van professionele faillissementsfraudeurs. Een rondgang langs allerlei instanties heeft mij tot het inzicht gebracht dat er in Nederland een bepaalde kaste is van zo'n 50, 60 mensen die dag in, dag uit uit bed komen om door middel van faillissementen de kluit te belazeren. De huidige aanpak komt erop neer dat er aangifte wordt gedaan als het feit zich al voltrokken heeft. Daarin zouden wij een verandering willen zien, door een meer proactieve handelwijze. Ik ben geïnspireerd door de persoonsgerichte aanpak van jongeren uit de top 600 in Amsterdam. Ik zou de Minister willen vragen om een schriftelijke reactie uit te brengen op deze notitie, met name waar het gaat om de persoonsgerichte aanpak van faillissementsfraudeurs.
Dan, voorzitter, wil ik ten aanzien van de WHOA nog eindigen met de opmerking dat fraude in het geheel niet genoemd wordt in het wetsvoorstel. Is dit een omissie, zo vraag ik mij af, en is de Minister niet bang dat deze herstructurering gebruikt zal kunnen worden door fraudeurs? Dat sluit ook een beetje aan bij opmerkingen die door voorgaande collega's werden gemaakt. Ook bij een herstructurering gaat het om schulden die kwijtgescholden worden, en die herstructurering kan natuurlijk misbruikt worden. Hoe ziet de Minister dat en hoe kunnen daarin dingen voorkomen worden?

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Ik heb een vraag aan de heer Van Dam. Ik herken zijn inzet namens zijn partij voor de kleine ondernemers helemaal. Ik denk ook dat hij terecht vraagt of deze wet ook wel ingezet kan worden voor het mkb als schuldenaar. Ik denk dat het een terechte vraag is om daarover duidelijkheid te krijgen. In dat licht vraag ik de heer Van Dam of hij ook nog eens met extra aandacht het amendement zou willen bekijken dat nieuw is ingediend – dat is inderdaad pas vandaag gebeurd – om het recht op contanten uit deze wet te halen. Ik denk namelijk dat dat die mkb'ers echt gaat helpen. Op die manier heeft de bank in feite een vetorecht om een herstructurering niet door te laten gaan. Ik zou willen vragen of de heer Van Dam bereid is om, vanuit zijn inzet voor het mkb, ook met dat oog eens goed te kijken naar het amendement over de contanten.

De heer **Van Dam** (CDA):
Ik moet u eerlijk zeggen dat de materie ingewikkeld is en zich ook een beetje buiten mijn eigen normale habitat bevindt, om het zo te zeggen. Zoals ik mevrouw Van der Graaf voor de vergadering al gezegd had, wil ik echt dit debat en de reactie van de Minister afwachten om het goed te begrijpen en uiteindelijk mijn mind op te maken. Dat geldt ook voor alle reacties die wij al uit het veld hebben gekregen. Ik moet heel eerlijk zeggen dat als ik kijk naar de bedoeling van de wet, namelijk het laten voortbestaan van de onderneming, ik bij uw amendement over het uitbetalen van contante waarden ook zeer benieuwd ben naar de reactie van de Minister. Als er iets is wat je een bedrijf in de problemen niet toewenst, dan is dat dat ze geld moeten trekken. Ik ben dus zeer geïnteresseerd in het amendement, maar ik ben zo vrij om even de reactie van de Minister hierop af te wachten.

De **voorzitter**:
Dank u wel. Gaat u verder. U bent bijna klaar, geloof ik, hè?

De heer **Van Dam** (CDA):
Nou, ik was bijna klaar met het eerste gedeelte, maar ik wilde nu naar de volgende wet overstappen om daar mijn volgende uur aan te besteden. Dank u wel, voorzitter; wie zwijgt, stemt toe. Nee, ik heb nog een beperkte inbreng bij dit wetsvoorstel.
Naast de Wet homologatie onderhands akkoord bespreken we vandaag een ander wetsvoorstel dat extra actueel is geworden nu we te maken hebben met een aankomende economische crisis; althans, die kans is toch wel heel groot. Het beslag- en executierecht is aan herziening toe en dit is een voorstel dat voortvloeit uit de brede schuldenaanpak van dit kabinet. Deze schuldenaanpak betekent onder meer dat we anders gaan kijken naar de incassopraktijk en problematische schulden. Natuurlijk moet overeind blijven dat in beginsel schulden die iemand eenmaal aangaat, betaald moeten worden, maar onder meer uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat mensen met schulden snelle, kortetermijnkeuzes maken en hun handelen minder goed kunnen overzien, ongeacht het opleidingsniveau. Dergelijk onderzoek laat zien dat iemand uit de schulden helpen meer is dan enkel dreigen met hogere kosten.
Voorzitter. In een economische crisis zullen ook meer schulden te verwachten zijn. Daarom is het positief dat als dit wetsvoorstel aangenomen wordt, er weer een stap is gezet om een bestaansminimum te borgen. Mijn fractie juicht dan ook toe dat dat met deze wet uitdrukkelijker gewaarborgd wordt. We hebben wel een vraag bij de categorieën die er zijn, want die categorieën brengen nuance en tegelijkertijd zijn bepaalde categorieën zo ingedeeld dat je wenkbrauwen een beetje fronsen. Het gaat bijvoorbeeld om de categorie gehuwden of alleenstaanden met meerdere kinderen. Deze groep krijgt een even groot bedrag als gehuwden of alleenstaanden met één kind, terwijl als je zeven kinderen

hebt – en ja, voorzitter, dat gebeurt nog in deze tegenwoordige tijd – het toch echt zo is dat je wel wat meer op je bankrekening hoopt aan te treffen dan wanneer je één kind hebt. Wat is de overweging van de Minister om niet een categorie te maken voor bijvoorbeeld mensen met vier of meer kinderen?
Voorzitter. Met dit wetsvoorstel krijgt de deurwaarder nieuwe bevoegdheden. Zo kan de deurwaarder aan banken vragen of een schuldenaar bij hen een bankrekening houdt. Een schuldenaar kan bij verschillende banken een rekening hebben en voor elke rekening geldt dan het beslagvrije bedrag. Dat achten wij onwenselijk, want als iemand meerdere bankrekeningen aanhoudt, kan hij ook meerdere malen van dat beslagvrije bedrag gebruikmaken. Kan de Minister aangeven waarom het niet mogelijk is dat een schuldenaar met meerdere rekeningen zelf aan kan geven op welke rekening het beslagvrije bedrag zal gelden?
De Minister geeft ook aan dat het wellicht in de toekomst mogelijk zal zijn om saldo-informatie inzichtelijk te maken in het Verwijzingsportaal Bankgegevens. Er wordt nog gekeken naar mogelijke uitbreidingen van het verwijzingsportaal. Ik wil graag een toezegging van de Minister dat hij zich hiervoor gaat inzetten, dat saldo-informatie inzichtelijk zal worden via dat verwijzingsportaal en dat bij verdere uitbreiding van diegenen die toegang hebben tot dat portaal ook serieus naar de gerechtsdeurwaarders gekeken wordt.
Tot slot, voorzitter. Ik heb een tweetal amendementen ingediend. Het eerste amendement ziet op huisuitzettingen, ontruimingen. Bij een ontruiming is het niet altijd duidelijk welke spullen er nog ontruimd zullen worden. Deze worden dan zomaar op straat gezet. In de praktijk – daar ben ik inmiddels achter; ik heb contact gehad met de VNG – is het heel vaak zo dat een gemeente zich daarover ontfermt. Alleen, deurwaarders melden ons dat daar toch zeer geregeld discussie over is. Wij achten het van belang dat de gemeente zich daarover ontfermt, want op het moment dat die spullen niet goed worden opgeslagen gedurende een korte periode en iemand na een paar weken weer in de gelegenheid komt om wél ergens onder dak te gaan, moet de gemeente weer voor een nieuwe inboedel zorgen. Dat is een beetje de kar, pardon, het paard achter de wagen spannen. De kar staat dan al op de plek van de wagen, maar goed. Daarom hebben wij dit amendement ingediend. De gemeente zou volgens ons de aangewezen instantie zijn om zich over de spullen te ontfermen. Dat sluit ook aan bij de rol van de gemeente op het vlak van schuldhulpverlening. Wij vinden het logisch dat de gemeente de spullen opslaat en op deze manier een extra reden tot het onderhouden van contact met de schuldenaar heeft. Dat is de strekking van het amendement. Graag een reactie van de Minister daarop.
Tot slot hebben wij ook een amendement dat raakt aan de bevoegdheid van de deurwaarder. Dat amendement zal het voor stromannen en handlangers lastiger maken om kostbare zaken te verhullen of bij hen te laten stallen. Zeker bij criminelen zie je dit vaak gebeuren. Bijvoorbeeld dure gestolen sieraden of auto's waarop de Staat beslag wil leggen, worden bij een derde verstopt. De gerechtsdeurwaarder kan op dit moment alleen met medewerking van een derde beslag op deze zaken leggen. Wij willen een mogelijkheid voor de gerechtsdeurwaarder om bij een redelijk vermoeden en met verlof van de rechter te kunnen binnentreden bij een derde om beslag te leggen ten gunste van de schuldenaar. Ook hierop graag een reactie van de Minister.
Voorzitter, dank u wel.

De **voorzitter**:
Ik dank u ook. Voordat ik aan de heer Van Gent toekom, schors ik de vergadering kort op verzoek van de Minister; ongeveer vijf minuten.

De vergadering wordt van 13.39 uur tot 13.45 uur geschorst.

De **voorzitter**:
Het woord is aan de heer Van Gent van de VVD.

De heer **Van Gent** (VVD):
Dank u wel, voorzitter. Laat ik om te beginnen zeggen dat het fijn is dat ik hier weer mag zijn, want het is geen straf om in Zeeland te zitten, maar volksvertegenwoordiger zijn vanachter een bureau en een computer is toch niet wat ik me ervan had voorgesteld. Ik ben blij me weer met onze corebusiness bezig te kunnen houden.
Ik las laatst iets wat me heel erg aansprak. Ik zeg onmiddellijk tegen mijn buurman dat het een CDA-bestuurder was die dat zei. Hij zei: als politicus is het beter om grote oren te hebben dan een grote mond. Ik zal daarom ook proberen mijn bijdrage kort te houden. Ik heb overigens met heel veel belangstelling zitten luisteren naar mijn collega's, juist ook omdat ik ook woordvoerder staatsinrichting en staatsrecht ben binnen de commissie voor Binnenlandse Zaken. Ik kan me aansluiten bij heel veel wat er is gezegd. Ik vind ook dat wij als parlement een heel belangrijke taak en verantwoordelijkheid hebben wat betreft zorgvuldige wetgeving. Dat betekent overigens ook, zoals de heer Van Dam opmerkte, dat we gebruik moeten maken van de mogelijkheden die we in dat proces hebben. Maar ik wil nogmaals uitspreken dat ik heel veel respect en waardering heb voor zeker de kleinere partijen die met grote woordvoerderschappen in deze enerverende wetgeving springen en heel diep gaan of voor collega's die ook zelf nog notities opstellen, zoals de collega's Van Dam en Van Nispen. Dat wil ik toch even gezegd hebben.
Voorzitter. Wij zijn blij dat de WHOA er ligt, want er is jaren aan gewerkt en, zoals ik begrepen heb, lag de oorsprong van deze wet eigenlijk in de kredietcrisis van meer dan tien jaar geleden. De WHOA heeft natuurlijk ook een belangrijk doel, namelijk met behulp van een onderhands schuldensaneringsakkoord voorkomen dat bedrijven die an sich nog levensvatbaar zijn, failliet gaan. Ik geloof dat er in ieder geval brede steun bestaat voor dit uitgangspunt. Maar de noodzaak voor deze wet is helaas door de ontwikkelingen van de afgelopen maanden nog urgenter geworden.
Ook de VVD heeft kennisgenomen van de discussie rond de WHOA. Er wordt heel veel over gesproken. Ook hebben we vooral kennisgenomen van de vrees van de kleine schuldeisers dat zij bij een akkoord weleens het kind van de rekening zouden kunnen worden. Wat ons betreft biedt de wet echter wel enkele waarborgen. Een akkoord moet namelijk altijd in meerderheid worden aangenomen en er vindt een rechterlijke toetsing plaats, waarbij partijen moeten krijgen waar zij recht op hebben en hun belangen niet geschaad mogen worden. Verder blijft het met wetgeving altijd koffiedik kijken – dat weten we ook wel – hoe het in de praktijk uitpakt. Maar we willen wel dat de Minister echt de vinger aan de pols houdt in dezen. Daarom heb ik een amendement opgesteld, samen met collega Van Dam, om al na drie jaar deze wet te evalueren en om daarbij bijzondere aandacht te besteden aan de effecten voor de positie van de concurrente schuldeiser.
Uitgangspunt voor de VVD is dat faillissement zo veel mogelijk moet worden voorkomen. Dat is wat ons betreft ook in het belang van het mkb. Maar het is ook belangrijk dat de WHOA heel laagdrempelig wordt en dat zo veel mogelijk partijen gebruik zullen maken van deze mogelijkheden. Hoe gaat de Minister dat stimuleren?
Tot slot nog een andere vraag over de WHOA. Het wetsvoorstel is niet de formele implementatie van een Europese richtlijn, maar het is er wel op geïnspireerd. Wij vroegen ons af wat dat betekent voor de positie van de nationale rechter. Is hij nog steeds het hoogste ressort voor de uitleg van de WHOA of kan de Europese rechter hier ook een rol spelen? Dat willen we graag weten van de Minister.

Dan het wetsvoorstel inzake de herziening van het beslag- en executierecht. Vooropgesteld: wij hebben het hier over een groep hele kwetsbare Nederlanders, die om tal van redenen in grote financiële problemen zijn gebracht. Als VVD hanteren wij echt het uitgangspunt dat armoede- en schuldenbeleid vooral moet inzetten op de preventie van schulden, maar als er sprake is van problematische schulden – en helaas zullen we dit ook in het coronatijdperk meer zien – dan is het heel goed dat het bestaansminimum van de schuldenaar beter wordt gewaarborgd, precies wat deze wet beoogt. Wat ons betreft moeten redelijkheid en maatwerk daarbij de uitgangspunten zijn.
Ik heb toch nog een aantal vragen over deze wet aan de Minister. Een van de doelstellingen van deze wet is om te voorkomen dat beslaglegging uitsluitend wordt ingezet als pressiemiddel. We hebben daar in het verleden ook weleens over gelezen. Ik meen dat D66 daar vragen over heeft gesteld. Biedt dit wetsvoorstel nou voldoende waarborgen om misbruik van conservatoir beslag te voorkomen? Dat vinden we toch wel heel belangrijk.
Dan mijn tweede vraag. Er is ook aandacht gevraagd voor de positie van deurwaarders. Wat betekent deze wet voor de rechten en plichten van deurwaarders? Worden die anders? De deurwaarders kunnen hun taak alleen goed uitoefenen, dat hebben zij ook aan ons geschreven, als zij ook inzicht krijgen in de bezittingen van een schuldenaar. In het verleden is al eens gesproken over een bankrekeningenregister. Ik zag dat dit ook ter sprake is gekomen bij de consultatie over de wet. Ik heb begrepen dat de Minister van Financiën daarmee bezig is. Het is weliswaar zijn collega, maar ik wil toch even aan de Minister vragen wat de stand van zaken is in dezen. Is het dan ook mogelijk dat de deurwaarder toegang kan krijgen tot dit register?
Tot zover mijn bijdrage, voorzitter.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Ik vraag de heer Van Gent naar zijn opmerkingen over het opkomen voor de kleine mkb'ers en schuldeisers in het kader van de WHOA. U zegt dat u daar ook voor op wilt komen. Ik ben heel benieuwd hoe u dan aankijkt tegen minimumbescherming voor alle schuldeisers, inclusief het mkb. Ik denk dat u ook de ondernemers in deze tijd heeft gehoord die bepaald niet vooraan staan of eigenlijk achteraan staan en vaak met lege handen komen te staan op het moment dat er een faillissement wordt uitgesproken. Als de WHOA in het kader van de coronacrisis veel zal worden ingezet, bestaat nog steeds de kans dat zij zullen worden afgeschreven. Vindt u het niet rechtvaardig om dan te kijken naar minimumbescherming?

De heer **Van Gent** (VVD):
Mevrouw Van der Graaf refereert natuurlijk aan het amendement dat zij heeft ingediend. We zullen daar heel serieus naar kijken. Zij stelt een vraag over «wat als». In antwoord daarop: ik vind sowieso dat als collega's heel veel tijd en moeite steken in amendementen, het minste wat je kunt doen is er heel serieus naar kijken. Ik ben ook wel nieuwsgierig hoe de Minister erop gaat reageren. Er is heel veel discussie over minimumbescherming. Kan dat niet tot een tegengesteld effect leiden, bijvoorbeeld omdat partijen dan niet meewerken aan een akkoord? Of dat banken veel meer eisen gaan stellen, die geluiden heb ik ook weleens gehoord, op het moment dat hun positie wordt verzwakt?
Ik wil dus goed luisteren om te horen wat er wordt gezegd, maar wij hebben ook gezegd: het blijft zoveel «wat als?» We gaan die wet invoeren en dan gaan ze misschien dit en dat proberen. Vandaar dat wij heel nadrukkelijk in ons amendement vragen om zo snel mogelijk te gaan kijken wat de effecten zijn, en dan speciaal gericht op deze groep, want ik

ben het helemaal eens met mevrouw Van der Graaf dat dit een kwetsbare groep is.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Daar doe ik het even mee op dit moment.

De **voorzitter**:
Meneer Van Nispen, op dit punt.

De heer **Van Nispen** (SP):
Ik heb ook een vraag aan de heer Van Gent, eigenlijk op hetzelfde thema. Ik vind het altijd verstandig om wetten te evalueren, zeker als het ingrijpende wetten zijn die gevolgen zullen hebben voor de positie van aandeelhouders en voor de positie van de schuldeisers met zekerheden. Maar nu klinkt het toch een beetje alsof de heer Van Gent zegt: ja goed, als de Minister dadelijk zegt dat het geen goede amendementen zijn, dan houd ik het bij de evaluatiebepaling. Althans, daar vrees ik een beetje voor. Daarom heb ik daar toch een vraag over. Het gaat hier om eerlijker delen. Feit is dat banken op dit moment ongeveer 90% naar zich toetrekken en de concurrerende schuldeisers – vaak zijn dat midden- en kleinbedrijven – vele malen minder. Het doel van dit wetsvoorstel is om de reorganisatiewaarde juist te vergroten. Dat is ook een feit. Is het dan rechtvaardig dat met name de banken van dat grotere deel ook weer 90% naar zich toehalen? Of zouden wij daar dan op een gegeven moment toch een streep moeten zetten en moeten zeggen: het doel is ook juist om die hogere waarde ten goede te laten komen aan die ondernemers? Mevrouw Van der Graaf vroeg daar ook naar.

De heer **Van Gent** (VVD):
In antwoord op de heer Van Nispen: ik luister altijd graag naar de Minister, maar ook naar alle andere partijen. We zijn natuurlijk al maanden bezig met deze wet en allerlei partijen hebben hierop gereageerd. Ik heb overigens ook al heel veel gesprekken gevoerd. Het is dus echt niet zo dat alleen het woord van de Minister bepalend is. Kijk, bij de doelstelling van de amendementen heb ik een heel goed gevoel. Ik kan het me inderdaad precies voorstellen: je moet de positie van de zwakken versterken. Maar dan wil ik wel echt specifiek weten of het amendement – de wetswijziging – ook gaat brengen wat het beoogt. Vandaar dat ik mij daarover toch heel goed wil laten informeren en mij daarin wil verdiepen.

De **voorzitter**:
Dat lijkt me afdoende. Ik dank u zeer.
Dan is het woord aan de heer Van den Berge van GroenLinks.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Bedankt, voorzitter. Net als collega Van Gent vind ik het ook goed om hier weer te zijn, hoewel ik toch wel een lichte jaloezie heb als ik naar collega Van Gent luister. Zoals hij weet ben ik van oorsprong een Zeeuw, maar helaas kan ik nu niet zo vaak naar Zeeland. Ik woon tegenwoordig op Scheveningen. Ook heel mooi, maar dat valt natuurlijk in het niet bij Zeeland, de provincie met de meeste zonuren. Daar mag op geïnterrumpeerd worden! Dit is geen uitlokking, maar even ter inleiding.
Dan even naar serieuzere zaken, naar de wetgeving waar we het vandaag over hebben, de twee faillissementswetten die vandaag voorliggen. Laat ik vooropstellen dat een faillissement waarschijnlijk een van de ergste dingen is die je in het leven kunnen overkomen – als individu wanneer het om een persoonlijk faillissement gaat of als hardwerkende ondernemer wanneer het om het failliet van je onderneming gaat. Het faillissementsrecht en de rechtsbescherming daarin zijn wat de fractie van GroenLinks betreft cruciaal om de landing zo zacht mogelijk te maken. Maar een echt

zachte landing zal het natuurlijk nooit worden, want het is hoe dan ook schrijnend en pijnlijk als je als individu of als ondernemer failliet gaat. Midden in deze coronacrisis denken wij dan natuurlijk ook aan alle ondernemers en burgers voor wie een faillissement of andere financiële problemen dreigen.
We hebben het al vaker in debatten gedaan, maar we zullen het ook nu doen: we roepen op tot coulance. We zien dat banken zich al coulant hebben getoond, maar ik zou van de Minister voor Rechtsbescherming graag willen horen of hij vindt dat ook de overheden op alle niveaus indien nodig uiterste coulance moeten betrachten bij het innen van schulden, belastingen, boetes, huur van culturele instellingen. Collega Van der Graaf vroeg daar ook al naar. Is de Minister bereid om vanuit het oogpunt van rechtsbescherming toe te zeggen dat daar waar nodig coulance betracht zal worden?
Dan naar de wetten zelf. Het staat voor GroenLinks voorop dat de Nederlandse faillissementswetgeving aan modernisering toe is. Dat is duidelijk. Sommige bepalingen stammen nog uit de negentiende eeuw, zo heb ik me laten vertellen. Ik zal straks dieper ingaan op de herziening van het beslag- en executierecht, maar een voorbeeld daarvan is dat bij het leggen van beslag op het inkomen van mensen een beslagvrije voet geldt om te voorkomen dat ze onder een bepaald minimum zakken. Alleen, die beslagvrije voet geldt niet als via een bank beslag wordt gelegd op het inkomen van mensen. Het is duidelijk dat dit stamt uit de tijd waarin je je salaris nog uitbetaald kreeg in een bruin loonzakje ergens in een bruine kroeg. Naast allerlei nadelen zaten daar ongetwijfeld ook voordelen aan, maar het is wel iets wat niet meer is toegespitst op deze tijd, waarin toch de meeste mensen hun salaris via de bank ontvangen. Wij kijken dus op zichzelf met een positieve grondhouding naar de modernisering van het faillissementsrecht.
We hebben drie uitgangspunten waaraan we de wetsvoorstellen van het kabinet en de verschillende amendementen zullen toetsen. Allereerst: is het proportioneel? Zoals ik al eerder zei, zal een beslaglegging of faillissement altijd schrijnend zijn. Maar wij kijken daar wel naar met de vraag in gedachten: hoe kunnen we het leed zo veel mogelijk verzachten? Dat is uitgangspunt een.
Uitgangspunt twee is: is het evenwichtig? Zijn de rechten van individuen, het midden- en kleinbedrijf en kleinere ondernemers voldoende gewaarborgd ten opzichte van de rechten van grotere schuldeisers zoals banken en andere financiële instellingen? En ten derde: wat zijn de prikkels in de wet en in de amendementen? Wat zijn de prikkels die we geven aan verschillende mensen die al dan niet belang hebben bij ofwel een onderhands akkoord of soms een faillissement? Hoewel, over het algemeen hebben weinig mensen daar belang bij. Maar soms is dat wel het geval. Dus dat is de manier waarop we ernaar kijken: is het proportioneel, is het evenwichtig en bouwen we de juiste prikkels in?
Laat ik voor de verandering kort beginnen met de herziening van het beslag- en executierecht voordat ik naar het wetsvoorstel Homologatie onderhands akkoord ga. Vooropgesteld, ook GroenLinks vindt dat in principe iedereen zijn of haar rekeningen en schulden moet voldoen. Maar we zien op dit moment natuurlijk wel dat er als gevolg van deze crisis altijd onvoorziene omstandigheden kunnen zijn waardoor dat niet mogelijk is. En die onvoorziene omstandigheden buiten iemands macht zijn er niet alleen in crisistijd, die zijn er altijd. Daarom moet het faillissementsrecht proportioneel zijn en al te schrijnende situaties zo veel mogelijk voorkomen.
Laat ik een voorbeeld noemen van een situatie waarvan ik denk: dat is echt te schrijnend, dat kan niet. Gelukkig doet deze wetsherziening daar ook wat aan. Dat is het verhaal van veteraan Jamal. Er stond een tijdje geleden een uitgebreid interview met deze man in het Algemeen Dagblad. Hij heeft daar zelf zijn verhaal gedaan. Anders zou ik uiteraard niet aan

hem refereren vanwege zijn privacy. Jamal is een veteraan die voor onze veiligheid heeft gestreden, onder andere in Irak. Hij heeft nu PTSS. Hij is mede daardoor in financiële problemen gekomen. Bij de beslaglegging zijn het galakostuum en de eremedailles in beslaggenomen. Dat is nou typisch zo'n voorbeeld, zo'n exces, waarvan ik denk: dat kan toch niet de bedoeling zijn! Dat zijn bezittingen van ongetwijfeld onschatbare immateriële waarde voor deze persoon, maar met een zeer beperkte materiële waarde. Dat kan toch niet de bedoeling zijn. Daarom is het goed dat deze wetsherziening nu voorligt, omdat daarin expliciet wordt aangegeven dat persoonlijke bezittingen en bezittingen van grote persoonlijke maar immateriële waarde niet in beslaggenomen kunnen worden. Net als overigens gezelschapsdieren, levensmiddelen en andere zaken waarvan je kunt zeggen: is het nou in materiële zin echt nodig om die in beslag te nemen?
Ik heb daar nog wel een vraag over. Daarmee sluit ik een beetje aan op de vragen die collega Van Dam eerder had. Hoe wordt er nou mee omgegaan als persoonlijke bezittingen per ongeluk toch in beslag worden genomen? Want het kan inderdaad gebeuren dat je op het eerste gezicht niet ziet dat iets van grote persoonlijke waarde is, maar misschien niet van grote materiële waarde. Wat gebeurt er dan? Is er dan inderdaad een zorgplicht voor de gerechtsdeurwaarders of voor de gemeente om die bezittingen in opslag te houden, zodat een persoon bezwaar kan maken en z'n recht kan gaan halen? Dat is een concrete vraag aan de Minister over dit wetsvoorstel.
Dan ga ik door naar de Wet homologatie onderhands akkoord. Hiervoor gelden dezelfde uitgangspunten als voor het vorige wetsvoorstel. Laat ik vooraf, voordat ik op een aantal wat technischere punten inga, een aantal dingen zeggen over het proces van de totstandkoming van dit wetsvoorstel. Ik zal het zelf misschien net iets minder scherp stellen dan collega Nijboer, maar ik deel wel een aantal van zijn zorgen en ik deel ook de verbazing die ik de afgelopen weken en maanden over dit wetsvoorstel heb gezien. De lobby is heel stevig gevoerd.
In de schriftelijke antwoorden van de Minister lees ik dat hij in feite toegeeft dat advocaten een grote rol hebben gespeeld in de totstandkoming van dit wetsvoorstel. Daar maak ik me enigszins zorgen over. De Minister geeft aan: dat was nodig omdat dit wetsvoorstel in hoge mate technisch van aard is. Dat begrijp ik. Maar tegelijkertijd maak ik me er wel zorgen over dat een beroepsgroep die belang heeft bij delen van de inhoud van dit wetsvoorstel, er zelf bij wijze van spreken aan meeschrijft. We hebben dat eerder bij een complexe bancaire wet gezien, waar een grote Nederlandse bank tot in detail over heeft meegedacht; we hebben allemaal gezien waar dat toe kan leiden. Ik zou de Minister dus toch willen vragen hoe hij hiernaar kijkt voor de toekomst. Hoe kunnen we ervoor zorgen dat er bijvoorbeeld gewoon op het ministerie voldoende expertise in huis is, zodat er, behalve natuurlijk een consultatie, waar ik in beginsel voorstander van ben, niet al te veel schakeling nodig is met experts, die ook een materieel belang kunnen hebben bij het wetsvoorstel?
Ik vraag dat niet zozeer omdat ik iets heb tegen die advocaten die hebben meegedacht – integendeel, dat is ook een belangrijke beroepsgroep – maar ik vraag dat voor de kleine ondernemer. Als het voor ons – een aantal collega's hebben daaraan gerefereerd en ik doe dat ook – al zulke ingewikkelde, technische kost is, terwijl het ons werk is om ons als medewetgevers in wetgeving te verdiepen, dan vraag ik me wel af hoe de kleine ondernemer, het mkb-bedrijf, straks zelf een weg moet vinden om zijn of haar recht te halen. Hoe moet hij of zij dat doen, als het voor ons al zo ingewikkeld is en als zelfs de Minister op cruciale punten in het wetsvoorstel advies van de beroepsgroep zelf nodig heeft? Daarop hoor ik straks dus graag een toelichting.
Collega Van Dam zei het een beetje gekscherend, maar ik vond het eigenlijk wel een goede suggestie: zouden we niet na moeten denken over

een vorm van gesubsidieerde rechtsbijstand voor het midden- en kleinbedrijf? Over welke vorm dat dan precies zou moeten zijn, kun je discussiëren, maar dat is wel een vraag van mij aan de Minister. Want naarmate wetgeving complexer en complexer wordt, met name dit soort wetgeving over faillissementen en fiscale constructies, is de vraag natuurlijk wel hoe we ervoor zorgen dat kleine ondernemers niet te veel in het nadeel komen. Dat baart mij ook wel zorgen, want als je de websites afgaat van een aantal grote advocatenkantoren aan de Zuidas die zich specialiseren in dit type wetgeving, zie je dat daar nu al gezegd wordt dat Nederland met deze wet inderdaad een insolventiehub zou kunnen worden, zoals collega Nijboer aangaf. Dat is op zich mooi voor die kantoren, maar wie kunnen die kantoren betalen? Dat zijn natuurlijk wel de grote ondernemers, die ook in het huidige faillissementsrecht al zo veel voordelen hebben ten opzichte van de kleinere ondernemers. Dat is dus echt een grote zorg van mij. Daarom vraag ik de Minister: hoe zorgen we ervoor dat met deze wet onderhandse akkoorden niet nadeliger gaan uitwerken voor het midden- en kleinbedrijf dan het huidige faillissementsrecht, dat voor hen al nadelig uitpakt?
U hoort het al: ik kijk in die zin ook met interesse naar de amendementen die de collega's Van der Graaf, Nijboer en Van Nispen in verschillende samenstellingen per amendement hebben ingediend. Ik heb daar wel, deels per interruptie, vragen over gesteld. Ik vraag ook graag de Minister om zijn oordeel over of appreciatie van die amendementen. Ik vind het eerlijk gezegd wel ingewikkeld – daarom ben ik er nog niet helemaal uit of ik al die amendementen zal steunen of niet – om rigoureuze wetswijzigingen, waarvan ik de gevolgen in de praktijk niet helemaal precies kan overzien, per amendement door te voeren. Juist omdat de impact voor ondernemers zo groot kan zijn, wil ik daarin wel zorgvuldig mijn afwegingen kunnen maken. Maar het staat voor ons als een paal boven water dat de intentie die in de amendementen zit, namelijk het voorkomen van misbruik door bijvoorbeeld aandeelhouders die ook kredietversterker zijn en het beschermen van de positie van het midden- en kleinbedrijf ten opzichte van die grotere financiers, goede uitgangspunten zijn.
Dan heb ik ter afronding nog een aantal specifieke vragen, allereerst over de eenheid van een klasse. Wat betekent «eenheid van een klasse» precies? Moeten we dat zo lezen dat op het moment dat een meerderheid van een klasse voor of juist tegen een akkoord stemt, een minderheid binnen diezelfde klasse die dat akkoord wel nadelig vindt voor zijn of haar onderneming, geen juridische mogelijkheden meer heeft? Graag een reactie op dit punt.
Dan over de «debt-for-equity swap»-mogelijkheid. Wat zijn de voorwaarden als het om toestemming gaat waaronder een schuldenaar een debt-for-equity swap kan uitvoeren? Kan een schuldeiser een dergelijke debt-for-equity swap ook uitvoeren of is dit alleen aan schuldenaars voorbehouden? In dat laatste geval: waarom is dat zo?
Ten slotte over artikel 369, lid 10, waarin staat dat er tegenover de beslissing van de rechter tot homologatieverzoek geen beroep mogelijk is. Hoe verhoudt zich dit tot de absolute priority rule? Is het niet in het voordeel van grote eisers dat die beroepsmogelijkheid er niet is?
Daarmee ben ik aan einde van mijn inbreng, voorzitter.

De **voorzitter**:
Dank u wel. Dan is het woord aan de heer Van Nispen van de Socialistische Partij.

De heer **Van Nispen** (SP):
Dank u wel. Ik begin met de Wet homologatie onderhands akkoord, een wet die inderdaad financiële organisatie via een dwangakkoord buiten faillissement mogelijk maakt. Laat ik vooropstellen dat de SP het idee achter de WHOA, de Wet homologatie onderhands akkoord, helemaal niet

slecht vindt, namelijk het redden van bedrijven en daarmee de werkgelegenheid bij die bedrijven door financiële organisatie via een dwangakkoord buiten een faillissement mogelijk te maken. Dat is iets waar al langer om wordt gevraagd. Het is nodig en dus ook belangrijk. De mogelijkheid om bij een op hande zijnd faillissement met de waarde te rekenen die een bedrijf vertegenwoordigt als het zou worden voortgezet, in plaats van met de waarde van een bedrijf wanneer alle boedel los verkocht zou worden, is een goede ontwikkeling. Dat zijn zaken die het stelsel van reorganisatie ten goede komen. Dit wetsvoorstel regelt die zaken, maar ook wij zien wel dat misbruik op de loer ligt als we deze wet niet met genoeg zekerheden omkleden.
Allereerst heb ik een vraag over een opmerking in de memorie van toelichting, namelijk dat een van de redenen voor dit wetsvoorstel is dat talloze bedrijven over de hele wereld in het verleden naar de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk zijn gegaan om hun financiële problemen op te lossen. Maar begrijp ik het dan zo dat het expliciete doel van deze wet is om als Nederland zijnde een trekpleister te worden voor die bedrijven, dat we op zoek zijn naar een verdienmodel voor de Zuidas? Is een aantrekkelijk vestigingsklimaat expliciet doel van deze wet? Graag een heldere reactie hierop.
Ten tweede heb ook ik een vraag over het voortraject van dit wetsvoorstel. We verwijzen naar de Kamervragen van de heer Nijboer, medeondertekend door mevrouw Van der Graaf en mijzelf, in het antwoord waarop erkend wordt dat de conceptamendementen van het ministerie eigenlijk zijn gelekt naar tegenstanders van wijziging van deze wet. Dat zijn zeg maar de mensen die een sterke lobby voerden om deze wet ongewijzigd en als hamerstuk door de Kamer te jassen. Ik heb sterk de indruk dat er door bepaalde mensen met belangen is meegeschreven aan deze wet. Dat maakt volgens mij dat we extra kritisch moeten zijn. Graag hoor ook ik daar vandaag de Minister over, dus over dat voortraject.
Vervolgens over de verdeling. Daar zijn wij kritisch over. Het huidige wetsvoorstel heeft geen aandacht voor het gevaar dat de gesecureerde schuldeisers, dus de schuldeisers die zekerheden hebben bedongen, zoals vaak de banken, vrijwel alle reorganisatiewaarde naar zich toe trekken. In de literatuur over dit onderwerp wordt dit wetsvoorstel dan ook wel de bankenbonusregeling genoemd. Voorzitter, u kunt zich misschien voorstellen dat de SP daar natuurlijk niet zo'n voorstander van is. Al twee jaar geleden stelden mijn collega Renske Leijten en ik Kamervragen over de te sterke rechtspositie van banken in geval van insolventie en het nadeel dat andere schuldeisers als gevolg hiervan ondervinden. Wat vinden we er nou van dat banken met zekerheden in Nederland bijna 90% van hun vordering terugkrijgen bij een faillissement en de rest kan fluiten naar hun centen? Volgens mij is dan de balans echt zoek. De verhouding tussen de rechtspositie van banken en die van andere schuldeisers is onredelijk scheef. Dat is nu dus al zo, maar dit wetsvoorstel maakt dat volgens ons wel erger. Het zal die scheve verhouding verder versterken, want het gevaar van deze wet is dat de meerwaarde die wordt gecreëerd door het rekenen met de waarde van een bedrijf bij voortzetting, vrijwel volledig naar die gesecureerde schuldeisers gaat, lees: de banken. Dat zijn nou juist de partijen die in Nederland al een hele sterke rechtspositie hebben bij faillissement.
Dan de zogeheten recovery rate van banken: het percentage van het geïnvesteerde geld dat de bank bij faillissement van de onderneming terug kan krijgen. Dat is 90%. Bijna nergens ter wereld is dat zo hoog. Slechts in twee andere landen schijnen de banken nog beter te scoren. Ik vind dat voor Nederland niet echt een gegeven om trots op te zijn. Zoals de regering deze wet nu vorm heeft gegeven, moet er bij een mogelijk dwangakkoord steeds een meerderheid van de schuldeisers in elk van de clusters vóór het akkoord zijn. Is die meerderheid er ergens niet, dan komt er geen akkoord. Gaan clusters 1, 2 en 3 bijvoorbeeld akkoord, maar

cluster 4 niet, dan komt er geen akkoord, behalve – en nu komt het – als bijvoorbeeld de schuldeisers van cluster 1 naar de rechter stappen en eisen dat het akkoord alsnog doorgang vindt. Maar die schuldeiser moet dan wel aantonen dat het akkoord een verbetering oplevert voor de andere schuldeisers ten opzichte van de situatie waarin er geen akkoord zou zijn. En daar zit het hem nu juist, want dat zal bijna altijd het geval zijn, hoe klein dat voordeel ook is. Waarom zitten er onvoldoende waarborgen in de wet om dit te voorkomen?

De heer **Van Dam** (CDA):
Ik wil toch aan de heer Van Nispen iets vragen. Hij benadrukt dat de gewone schuldeiser ten opzichte van een gesecureerde schuldeiser of een preferente schuldeiser in een negatief perspectief komt te staan. Maar dan wijs ik hem op het rapport van de Raad van State, het wetgevingsadvies. Daaruit lees ik een korte zin voor. «De afdeling verwacht dat dan ook de grootste winst van het wetsvoorstel voor het mkb aanvankelijk zal bestaan in een verbetering van zijn positie als crediteur.» Dan wordt er verwezen naar de ervaringen bijvoorbeeld in Amerika. «Daaruit blijkt dat concurrente schuldeisers bij een dwangakkoord gemiddeld 52% van hun vordering ontvangen», als bewijs dat het meer is dan in het verleden. Hoe duidt u dat dan? Ik zie dat dan toch ook als een realiteit, en daar wordt ook op gewezen door een deel van de mensen die ons zo rijkelijk van informatie hebben voorzien, laat ik het zo kwalificeren. Je kunt zeggen: die wet is wel heel risicovol. Er zitten zeker bepaalde risico's aan, maar uiteindelijk gaat het om het resultaat dat op de mat komt te liggen, en dat ziet er vele malen bemoedigender uit dan de realiteit van het faillissement op dit moment.

De heer **Van Nispen** (SP):
Ik heb ook gezegd dat wij met een positieve grondhouding naar deze wet kijken, die een faillissement probeert te voorkomen en juist de mogelijkheid creëert dat er een dwangakkoord komt. Ook als niet alle schuldeisers akkoord gaan met het akkoord, is er toch een mogelijkheid om dat onder dwang op te leggen en kan de rechter zeggen: zo gaan we het verdelen en dan kunt u door met de onderneming. Ik denk inderdaad – daar geef ik de heer Van Dam gelijk in – dat het ook voor de concurrente schuldeisers beter is dan dat een bedrijf failliet gaat. Maar dan nog verandert dit wetsvoorstel niets aan de scheve verhouding die er nu al is, waarbij banken er met ongeveer 90% vandoor gaan en er voor concurrente schuldeisers maar bijzonder weinig overblijft. Als het doel van dit wetsvoorstel is om de boedel te vergroten en om te rekenen met de reorganisatiewaarde in plaats van met de waarde van wanneer het bedrijf failliet zou gaan, en je verandert niets aan die verdeling, dan blijft het in mijn ogen een onrechtvaardige verdeling. Dan kan het zijn dat het beter is om de kern van deze wet aan te nemen om te voorkomen dat bedrijven failliet gaan, maar ik vind toch echt dat dit juist het moment is om iets te doen aan die scheve verdeling, omdat dat veel rechtvaardiger zou zijn dan de verdeling laten zoals die nu is.

De heer **Van Dam** (CDA):
Maar is die scheve verdeling niet meer een onderdeel van het hele faillissementsstelsel, de Faillissementswet en alles wat daarmee te maken heeft? De ervaring in het buitenland laat zien dat er ook niet met alle schuldeisers – preferent, concurrerend of met een bepaalde voorkeurspositie – een akkoord wordt gesloten. Volgens mij is de ervaring in het buitenland juist dat er veelvuldig met de financiers van de onderneming een deal wordt gesloten. Als je dat namelijk met de schuldeisers gaat doen, dan stoppen ook direct je leveranties, omdat de leveranciers ook wel snappen hoe het in elkaar steekt. Dan vraag ik mij toch af of we nu niet te veel bezig zijn om de wellicht noodzakelijke aanpassingen die op

faillissementsterrein zouden moeten plaatsvinden en waar ik best ontvankelijk voor ben... In mijn portefeuille Koninkrijksrelaties zie ik ook dat de firma Klesch weer actief is in andere delen van het Koninkrijk. Ik maak mij ook grote zorgen over wat daar gebeurt. Daar ben ik ook ontvankelijk voor, maar ik ben een beetje bang dat we nu dat soort beelden plakken op de verkeerde wet en daardoor een in deze tijd noodzakelijke wet meteen de nek omdraaien.

De **voorzitter**:
Meneer Van Nispen, kort graag.

De heer **Van Nispen** (SP):
Ik begrijp die vraag wel, want de heer Van Dam heeft gelijk: het probleem zit «m niet alleen in deze wet. Nee, het probleem was er al. Ik begon ook met te zeggen dat collega Leijten en ik al in 2018 Kamervragen hebben gesteld over die te sterke rechtspositie van banken in faillissementen. Maar nu deze wet voorligt en nu wij zien dat het doel is om de reorganisatiewaarde te vergroten, waarbij ik het risico zie dat banken er met een te groot deel vandoor gaan, vind ik het onze taak om hier nu wat aan te doen. Daarom een groot compliment aan mevrouw Van der Graaf en de heer Nijboer voor de in totaal vijf amendementen die wij vrijwel allemaal hebben medeondertekend. Ik vind ook – en ik hoop dat de heer Van Dam zijn vraag zo bedoelt – dat wij verder moeten kijken dan de situatie buiten het onderhands akkoord. We moeten ook kijken naar de situatie in faillissement, want daarin gaan banken er ook met een te groot deel vandoor. Ik zie dus de positieve kanten van deze wet, absoluut, maar het risico is toch wel dat je een grotere waarde creëert die vrijwel alleen naar de banken zal gaan, en dat het voordeel voor de concurrente schuldeisers erg klein is.

De **voorzitter**:
Meneer Van Dam, afrondend.

De heer **Van Dam** (CDA):
Ja, afrondend. Kijk, mijn punt is het volgende. Het gevaar van deze discussie – dat is ook een beetje het gevaar van de manier waarop de amendementen worden aangevlogen – is dat het een totaalplaatje is en dat het kiezen is tussen dit of dat. Dat snap ik voor een faillissement, maar volgens mij is dit juist veel meer een precisie-instrument dat het mogelijk moet maken om voor bepaalde klassen dingen te doen. Als je er dan allemaal drempels in legt, van 20% en de waarde van spullen moet, meen ik, de faillissementswaarde zijn of wat dan ook, dan ga je dus drempels organiseren die er naar mijn smaak eerder toe zullen leiden dat mensen voor het faillissement kiezen om hun zekerheid te stellen, terwijl we dat nou juist willen voorkomen.

De heer **Van Nispen** (SP):
Dat gevaar zie ik niet zo. Ik bedoel het niet zo richting de heer Van Dam, maar dat zou ik ook een wat cynische kijk op de zaak vinden. Alsof banken er dan doelbewust de stekker uit zouden willen trekken omdat ze niet helemaal hun zin krijgen, omdat de wetgever bijvoorbeeld een minimumbescherming, die zeer terecht is, van 20% kiest, wat niet eens zo'n heel erg hoog percentage is. Ik hoop dat de heer Van Dam met een wat positievere blik naar de amendementen kijkt dan de zwart-witsituatie die hij de indieners van de amendementen nu juist verwijt. Ik denk dat het goed is dat we deze wet vandaag bespreken. Ik zie ook echt wel de positieve kanten van de wet, maar ik vind het wel heel belangrijk dat we hem zodanig aanpassen dat er een wat rechtvaardiger verdeling komt tussen alle schuldeisers en dat de meeropbrengsten van deze wet niet volledig naar de banken gaan. Zo kijk ik ernaar.

De **voorzitter**:
Dank u wel. Meneer Van Gent op ditzelfde punt.

De heer **Van Gent** (VVD):
Ik sluit mij bij collega Van Dam aan. Als het inderdaad zo is – dat neem ik onmiddellijk aan, want ik heb de cijfers ook gezien – dat banken bij faillissementen er altijd met de poet vandoor weten te gaan, is dat reden te meer om te voorkomen dat er faillissementen worden uitgesproken. Maar hoe beoordeelt de heer Van Nispen dan de waarborgen, want er zijn wel degelijk waarborgen in deze wet, onder andere de rechterlijke toetsing en dat er per klasse in meerderheid wordt gestemd, juist om ervoor te zorgen dat ook de belangen van de kleine schuldeiser in acht worden genomen?

De heer **Van Nispen** (SP):
Over een van de waarborgen heb ik net, voordat de heer Van Dam zijn vraag stelde, wat gezegd. Een rechter kan moeilijk zeggen dat hij het geen eerlijke oplossing vindt, omdat er vrijwel altijd een heel klein voordeel zal zijn. Maar het gaat om een totaalplaatje. Het gaat erom of je het acceptabel vindt dat een bank er met 90% vandoor gaat – dat is in de huidige situatie zo – en dat de bank, zeker als er een meerwaarde wordt gecreëerd, daar dan ook mee vandoor gaat. Dan blijft er heel weinig geld over voor onder andere het mkb en andere concurrente schuldeisers. Ik zie wel dat er een poging gedaan is tot die waarborgen, maar ik denk dat ze te klein zijn. Daarom vind ik de ingediende amendementen ook zo goed. Volgens mij is dat heel erg belangrijk en maakt dat deze wet acceptabel of misschien wel nog beter; ik ben er nog niet helemaal uit hoe je het noemt. Daarom vind ik deze amendementen erg belangrijk. Ik hoop echt dat het CDA en ook de VVD er zo naar willen kijken: de amendementen zorgen voor een rechtvaardige verdeling. Volgens mij hebben we daar met z'n allen wat aan.

De heer **Van Gent** (VVD):
Even een reactie. De banken gaan ermee vandoor bij een faillissement. Nogmaals, daarom moeten we voorkomen dat er faillissementen optreden en daarom ook zo'n onderhands akkoord. Ten aanzien van de rechter: ik heb veel vertrouwen dat de rechterlijke macht daar goed naar kan kijken en dus ook een onafhankelijk oordeel kan vellen.

De **voorzitter**:
Ik heb geen vraag gehoord. Misschien wilt u nog wel reageren?

De heer **Van Nispen** (SP):
Als je met zo'n opmerking afsluit, suggereert het dat ik geen vertrouwen in zou hebben in een onafhankelijke rechterlijke macht. U kent mij, voorzitter. Ik heb dat wel degelijk. Ik vind het echter juist de taak van de wetgever om de wet zo duidelijk te maken dat voor iedereen duidelijk is wat de democratisch gekozen volksvertegenwoordiging heeft bedoeld. Als wij bedoelen dat wij bij deze wet, dus bij het dwangakkoord, een eerlijke verdeling willen, dan moeten we dat nu ook in de wet zetten, want anders heeft de rechter niks om aan te toetsen en om te kijken of zo'n dwangakkoord juist wel of niet door de beugel kan. Maar verder ben ik het eens met wat de heer Van Gent daarover zei.
Volgens mij zijn de amendementen inderdaad uitstekend toegelicht door de eerste indieners, mevrouw Van der Graaf en de heer Nijboer. Ik heb ze, geloof ik, niet allemaal medeondertekend, maar dat had ik bij nader inzien wel kunnen doen. Wij steunen ze inderdaad alle vijf. Ik heb er vier medeondertekend, maar...

De **voorzitter**:

Dat kan alsnog hoor.

De heer **Van Nispen** (SP):
Dat weet ik. Het CDA/VVD-amendement over de evaluatiebepaling steun ik overigens ook. We steunen gewoon alles vandaag. Laten we afspreken dat we al die amendementen zullen aannemen, dan zijn we eruit.
Over het voorkomen van fraude denkt de SP ook al langer na. Hoe kan het probleem van faillissementsfraude worden aangepakt? Wij hebben daarover in het verleden al diverse notities geschreven en voorstellen gedaan. Bij deze wet ligt misbruik op de loer. Als je dat ziet aankomen, moet je dat op voorhand tegengaan bij de wetsbehandeling. Ook wij vonden de aandacht daarvoor in de memorie van toelichting tot nu toe vrij beperkt. Kan de Minister daar vandaag al wel iets over zeggen? Verder zou ik het ook zeer op prijs stellen als hij uitgebreid schriftelijk zou terugkomen op de notitie die met name door de heer Van Dam is opgesteld, zeg ik eerlijk, en waarbij wij ons hebben aangesloten, die belangwekkende notitie van het CDA.
Tot slot over deze wet. Volgens mij moeten we vandaag dus niet instemmen met een bankenbonusregeling, maar met een eerlijke en goede Wet homologatie onderhands akkoord. We moeten die wet dus aanpassen zodat het overschot dat ontstaat bij de reorganisatiewaarde, niet volledig naar de banken gaat maar eerlijker wordt verdeeld over alle schuldeisers. Banken zien nu al meer dan genoeg terug van hun investering. Deze wet is een kans om bijvoorbeeld het midden- en kleinbedrijf een betere positie te geven bij een dreigend faillissement. Het gaat om eerlijker delen in situaties van een faillissement, maar ook daarbuiten, als we een faillissement weten te voorkomen. Die kans moeten we niet voorbij laten gaan.
Voorzitter. Dat brengt mij op het tweede wetsvoorstel, de herziening van het beslag- en executierecht. De SP steunt de uitgangspunten van deze wet, namelijk dat we willen voorkomen dat een schuldenaar door het beslag niet meer in zijn bestaansminimum kan voorzien, dat het beslag- en executierecht efficiënter en eenvoudiger wordt, en dat we voorkomen dat een beslag puur als pressiemiddel wordt gebruikt; daar is het immers niet voor bedoeld. Ik heb wel twee amendementen ingediend. Die zijn redelijk technisch van aard, niet zozeer politiek, ideologisch of wat dan ook. Maar laat ik daarmee beginnen.
Het amendement op stuk nr. 10 verduidelijkt wanneer een beslag civiel- en strafrechtelijk een feit is. Het wetsvoorstel zegt dat beslag pas een feit is op het moment dat de deurwaarder de in beslag te nemen zaken heeft waargenomen en heeft beschreven in een akte. Die beschrijving in de akte vindt in de praktijk vaak op een later moment plaats dan de daadwerkelijke waarneming van die in beslag te nemen zaken, met als gevolg dat tussen het moment waarop de deurwaarder de zaken duidt en het moment waarop dit schriftelijk is vastgelegd, de geëxecuteerde nog vrij over die zaken zou kunnen beschikken en niet strafbaar zou zijn omdat die geëxecuteerde zich niet schuldig zou maken aan het onttrekken aan beslag. Dit amendement op stuk nr. 10 regelt dat het beslag een feit is op het moment dat de deurwaarder de in beslag te nemen zaken waarneemt. Het opmaken van het proces-verbaal vindt dan nog steeds op een later moment plaats, maar bepaalt dus niet meer het moment van het beslag.
Met het amendement op stuk nr. 11 vervangen we de term «strekt zich niet uit» door «niet geldig», want die term «strekt zich niet uit» zegt iets over de omvang van het beslag terwijl de term «niet geldig» iets zegt over de geldigheid van het beslag. Dat dit twee wezenlijk verschillende zaken zijn, komt vooral tot uiting als er een fout is gemaakt is, als het beslagvrije bedrag abusievelijk te hoog of te laag vastgesteld blijkt te zijn. Want als het genoemde bedrag per ongeluk te hoog is vastgesteld en het zou de omvang van het beslag bepalen, dan moet je een volledig nieuw beslag leggen ter hoogte van het juiste bedrag omdat je de formele omvang van

het beslag niet op een later moment mag vergroten. Dat zou vervolgens betekenen dat de deurwaarder opnieuw beslag zou moeten gaan leggen, wat tot onnodige extra kosten leidt. Dat kan allemaal voorkomen worden door te spreken over de geldigheid van het beslag in plaats van de omvang. Dat is althans de gedachte achter dit amendement.
Ook de overheid moet zich natuurlijk aan de regels houden, vanzelfsprekend. In de memorie van toelichting wordt dat ook benadrukt, maar toch is het, als je erover nadenkt, merkwaardig om de volgende zin te lezen: «Bepaald is dat de overheid, net als elke andere schuldeiser, de beslagvrije voet dient te respecteren. Zo wordt het bestaansminimum van de schuldenaar geborgd, net zoals de invoering van het beslagvrije bedrag bij bankbeslag beoogt. Maar hoe is het nou ooit zo gekomen dat dit niet vanzelfsprekend was? Dat zou ik vandaag aan de Minister willen vragen. Wat zegt dat over de manier waarop de overheid met mensen omgaat? Waarom vonden we het kennelijk eerst wel gerechtvaardigd dat de overheid zich niet, zoals elke andere schuldeiser, moest houden aan de regels zoals het respecteren van het beslagvrije bedrag?
Ik heb ook nog een vraag over het beslagverbod. Het is goed en belangrijk dat dit gemoderniseerd wordt. Mensen hebben nou eenmaal bepaalde spullen nodig om fatsoenlijk te kunnen blijven leven. Maar de opvattingen daarover kunnen verschuiven. Daarom is nou juist die modernisering aan de gang. Hoe zit het in dat verband bijvoorbeeld met laptops en tablets? Voorheen zouden we misschien zeggen dat die niet strikt noodzakelijk zijn en zouden we twee laptops en twee tablets in één huishouden wellicht buitensporig vinden, maar nu in de coronacrisis, waarin alle mensen hun kinderen thuisonderwijs moeten geven, zien we bijvoorbeeld dat je voor meerdere kinderen toch echt meerdere schermen nodig hebt. Zo niet, dan raken kinderen achterop. Je hebt die schermen dus redelijkerwijs nodig voor scholing en studie. Daarnaar wordt verwezen in artikel 447, sub e: scholing en studie. Het is aan de wetgever om die grenzen aan te geven, lezen we in de memorie van toelichting. Daarom hier de vraag aan de Minister: wanneer kan iets nou buitensporig of bovenmatig worden gevonden in het licht van wat je nodig hebt voor kinderen, bijvoorbeeld voor thuisonderwijs?
Zoals gezegd steunt de SP ook het uitgangspunt dat we moeten voorkomen dat een beslag puur als pressiemiddel wordt gebruikt, maar ik heb hier toch een vraag over. Er is een verschil natuurlijk tussen goedwillende debiteuren, mensen die wel willen maar niet kunnen betalen, en kwaadwillende: mensen die derden, zoals geweldsslachtoffers en consumenten, ernstig hebben benadeeld. Met artikel 441, lid 3 krijgen de kwaadwillenden dezelfde bescherming als de goedwillende schuldenaren. Ik werp hier vandaag de vraag op of dat wel terecht is. Ik ben er zelf nog niet helemaal over uit. De slotzin van artikel 441, lid 3 Rv is in de praktijk een lege huls, want hoe moet je als schuldeiser nou bewijzen dat iemand niet onevenredig in zijn belangen wordt getroffen? De gemiddelde benadeelde consument of slachtoffer zal dit nooit aandurven, gezien het kostenrisico. Daar wordt tot nu toe wat makkelijk mee omgesprongen, vind ik. Althans, in de memorie van toelichting lees ik daar nog niet genoeg over terug. Graag een reactie.
Wij vroegen in de schriftelijke ronde nog aandacht voor mensen met een licht verstandelijke beperking en laaggeletterden met dreigende financiële problemen. De Minister schreef dat hij hier in het licht van de brede schuldenaanpak van de overheid oog voor heeft, maar toch horen wij hierover nog wel zorgen uit de praktijk. Kan de Minister toezeggen dat hij dit in de gaten blijft houden en de Kamer daarvan op de hoogte houdt? Als we het dan toch over maatschappelijk verantwoord incasseren hebben, hoe zit het dan met persoonlijk contact? Is dat niet juist heel belangrijk? Klopt het dat bij de artikelen 440 en 442 Rv geldt, net als bij het voorstel tot digitaal bankbeslag, dat het hernieuwd bevel door de deurwaarder komt te vervallen? Het hernieuwd bevel is toch juist het

moment om op een laagdrempelige wijze alsnog met die burger in contact te komen? Vaak blijkt juist dat het klantcontact dat door de inzet van de deurwaarder tot stand komt, de digitaal verstoorde communicatie weer op gang brengt. Hoe denkt de Minister dit in stand te houden als je dat hernieuwd bevel afschaft omdat dat misschien tot minder kosten leidt, efficiënter is, bijvoorbeeld bij de Belastingdienst?
Soms zijn er wel brieven gestuurd, maar zijn die niet correct of tijdig verwerkt. Soms gaat men er onterecht van uit dat er een regeling is, soms is er sprake van ziekte of er gaat iets anders mis. Dan is dat toch juist het moment waarop persoonlijk contact zeer wenselijk is? Hoe ziet de Minister dit? Is hij niet bang dat de digitale beslagen die straks gelegd zouden mogen worden tot meer onbegrip en frustratie bij de mensen zullen leiden?
De Belastingdienst hoeft straks geen deurwaarder meer in te schakelen om een vordering te leggen bij een belastingschuldige. Dat scheelt de Belastingdienst geld en tijd, maar waar die belastingschuldige eerst in ieder geval nog persoonlijk contact had met de deurwaarder, verdwijnt dit als straks de Belastingdienst gewoon een vordering kan leggen op de tegoeden van de belastingschuldige bij de bank. Is de Minister het met de SP eens dat dit direct klantcontact belangrijk is? Hoe kan het nou dat de mens steeds verder van de Belastingdienst af komt te staan, zoals we uit de praktijk horen? Dat is toch niet wenselijk? Hoe kan de Belastingdienst in zo'n situatie nog de menselijke maat houden? Kent de Belastingdienst de persoon achter de fiscale schuld nog wel? Wij overwegen op dit punt een motie in te dienen.
Daarmee sluit ik af, voorzitter. Dank u wel.

De **voorzitter**:
Ik dank u zeer. Dan is het woord aan de heer Groothuizen van D66.

De heer **Groothuizen** (D66):
Dank u wel, voorzitter. Voorkomen is beter dan failliet gaan. Dat lijkt eigenlijk het credo te zijn van de Wet homologatie onderhands akkoord. Het wetsvoorstel regelt dat bedrijven straks bij de rechter eventueel een reorganisatie kunnen forceren om een faillissement te voorkomen. Mijn fractie is overwegend positief over het wetsvoorstel, omdat het bedrijven in zwaar weer een tweede kans biedt. De wet kan volgens mij rekenen op een breed draagvlak in de samenleving en eigenlijk ook in de Kamer, zoals ik het vandaag beluister. De ondernemers hebben zich achter de wet geschaard en ook de rechtspraak geeft aan dat ze ermee uit de voeten kunnen. Ik heb nog wel een aantal vragen over het wetsvoorstel. Die gaan over de werking van de wet, het belang ervan en de economische gevolgen.
Laat ik beginnen met de werking van de wet. Hoe gaat de WHOA precies werken? Schuldenaren bieden hun schuldeisers straks een akkoord aan en er wordt een bepaalde schuldsanering voorgesteld. Daarover onderhandelen partijen en uiteindelijk moet er worden ingestemd. Het kan dan zijn dat niet iedereen daarmee instemt. Dan kan een verzoek worden gedaan aan de rechter om de schuldeisers die niet instemmen te overrulen. Op die manier wordt een faillissement voorkomen en een reorganisatie gerealiseerd. Dat is een nieuwe figuur in het Nederlandse recht. Er zitten wel een aantal voorwaarden aan zo'n homologatie, wat overigens geen woord is dat de Nederlandse taal hiervoor kende als ik de Dikke Van Dale mag geloven. Een tegenstemmende klasse schuldeisers mag namelijk niet slechter af zijn met een akkoord dan met een faillissement, het zogenaamde «no creditor worse off»-beginsel. Daarnaast mag bij de verdeling van de reorganisatiewaarde in principe niet ten nadele van een bepaalde klasse worden afgeweken van de wettelijke rangorde. Verder moeten schuldeisers de mogelijkheid hebben gehad om te kiezen voor een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij faillissement

hadden kunnen krijgen. Daarover heeft mevrouw Van der Graaf een amendement ingediend.
Op zich zie ik een proces met een helder doel en duidelijke kaders. Partijen krijgen de ruimte om tot een overeenkomst te komen en lukt dat niet, dan is het aan de rechter om een finaal oordeel te geven. Ik heb nog wel een vraag over de inhoud van het akkoord en de mogelijkheid om een gesecureerde vordering te splitsen in een gedekt deel en een ongedekt deel, want daarover is onduidelijkheid. Ik lees in de memorie van toelichting een soort van handleiding hoe je zo'n splitsing zou kunnen regelen. Als ik het goed heb begrepen uit haar amendement, leest collega Van der Graaf daar een soort verplichting in om dat altijd te doen. De voordelen van het splitsen van die vorderingen is mij niet helemaal duidelijk; vandaar mijn vraag aan de Minister. Is het inderdaad de bedoeling dat die gesecureerde vorderingen worden gesplitst in een gedekt en een ongedekt deel? Zo ja of zo nee, kan hij uitleggen wat daar de voor- en de nadelen van zijn? Dat helpt ook bij het waarderen van een bepaald amendement.
Voorzitter. D66 ziet het belang van een regeling die bedrijven een tweede kans kan geven en faillissementen kan voorkomen. Het mkb wil daarom zo snel mogelijk met deze regeling aan de slag. De WHOA heeft ook weer de discussie aangewakkerd over de positie van het midden- en kleinbedrijf bij insolventie. Die discussie hebben we vandaag volgens mij uitgebreid gevoerd. Hoe beoordeelt de Minister de positie van het midden- en kleinbedrijf in het insolventierecht in het algemeen? Is die positie toe aan een herijking? Graag een reactie van de Minister.
Voorzitter. Wat ik ook mis – dat ligt een beetje in het verlengde van het voorgaande – is een onderzoek naar wat precies de economische gevolgen zijn van deze wet. Wie gaat er dadelijk het meest van gebruikmaken? Welke sector profiteert het meest van de nieuwe regeling? Hoeveel banen gaan we hiermee behouden? Wat levert het de Nederlandse economie en de schatkist uiteindelijk op? Het zijn vragen waarop de memorie van toelichting eigenlijk niet zoveel antwoord biedt, terwijl de WHOA naast een juridisch instrument, wat ze natuurlijk is, uiteindelijk toch ook een economisch instrument is. Je beoogt immers de economische gevolgen van een faillissement te mitigeren. Is de Minister het met mij eens dat een onderzoek naar de bedrijfseconomische gevolgen van de WHOA op zijn plaats is? Zou het amendement van de heer Van Gent over de evaluatiebepaling een mooi moment zijn om ook die gevolgen mee te nemen?
Voorzitter. Dan ga ik over naar het beslag- en executierecht. Ik wil eerst een compliment uitdelen. Ik doe dat niet zo heel erg vaak, maar ik vond dit eigenlijk een hele heldere memorie van toelichting waarin de keuzes en de alternatieven mooi zijn besproken en inzichtelijk zijn gemaakt en waarin ook steeds heel duidelijk is aangegeven wat er met de verschillende adviezen is gedaan. Ik vond dat heel behulpzaam, vooral als je niet zo ontzettend goed in de materie zit, wat in dit geval voor mij persoonlijk wel geldt.
D66 onderschrijft de drie doelstellingen van de wet en kan zich ook vinden in de uitwerking die is gekozen. Het is een stap vooruit dat er een beslagvrij bedrag komt bij bankbeslag, dat er stappen worden gezet met betrekking tot de modernisering en het efficiënter maken van beslag en executie en dat er een voorziening wordt gecreëerd om beslag puur tot pressiemiddel te beperken. Bij het thema beslag en executie, bij het thema «hoe leg je de balans nu tussen schuldeisers en schuldenaren» komt het er volgens mij echt op aan dat je een goed balansmoment vindt. Je moet die twee belangen, die allebei gerechtvaardigd zijn, goed met elkaar in overeenstemming brengen. Mijn fractie meent dat dat op hoofdlijnen goed is gelukt.
Wij zijn ook ingenomen met de wijziging waardoor het duidelijker wordt dat de kantonrechter bevoegd is inzake executiegeschillen. Dat geeft

duidelijkheid en een laagdrempelige toegang tot de rechter. Ik heb nog wel een drietal vragen aan de Minister voor Rechtsbescherming over dit wetsvoorstel.
Ik lees in de regeling van het bankbeslag dat die zou kunnen worden aangepast als er een centraal bankenregister is. Dat zou dan helpen als een schuldenaar meerdere bankrekeningen aanhoudt, zodat je meer inzicht hebt in waarop eventueel valt te verhalen. Er ligt nu bij de Eerste Kamer een wetsvoorstel verwijzingsportaal bankgegevens. Het is alweer enige tijd geleden dat we dat hebben behandeld, maar het stond mij nog bij. Is dat een dergelijk register? Dat is mijn vraag aan de Minister. Als dat zo is, wat gaat de Minister dan doen om deze twee dingen met elkaar in overeenstemming te brengen? Als dat niet zo is, dan vervalt uiteraard deel twee van die vraag.
Mijn tweede vraag ziet op het Besluit Verklaring derdenbeslag. Dat wordt in de memorie van toelichting gepresenteerd als de oplossing voor het elektronisch uitrekenen van die zogenaamde derdenverklaring. Is dat besluit er inmiddels, of treedt dat pas in werking op het moment dat wij dit wetsvoorstel tot wet hebben verheven?
Voorzitter. Tot slot de derde vraag. De Raad voor de rechtspraak heeft gepleit voor de uitbreiding van de exclusieve bevoegdheid van de rechtbanken in Den Haag en Rotterdam. In Den Haag gaat het dan volgens mij vooral over dingen als kwekersrecht en in Rotterdam vooral over wat wij vaak aanduiden als de «natte sector». Ik trof in de memorie van toelichting een duidelijke passage aan waarin wordt ingegaan op de rechtbank in Rotterdam, maar ik heb gemist wat de reactie op het verzoek van de Raad voor de rechtspraak is over de rechtbank in Den Haag. Kan de Minister daar alsnog op ingaan, of mij aanwijzen waar ik die misschien wel had kunnen lezen, maar waar ik dan overheen heb gekeken?
Dank u wel.

De **voorzitter**:
Er is een interruptie voor u van mevrouw Van der Graaf.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Ik heb even een reactie op de heer Groothuizen ter verduidelijking. Het amendement dat ik voorstel over die splitsing is helemaal in lijn met de memorie van toelichting en de bedoeling van deze wet. Het is dus slechts een vastlegging in het wetsvoorstel zelf, en geen verplichting om dat altijd te doen. Als u het amendement goed leest, dan ziet u dat daar ook een uitzonderingsmogelijkheid in zit, helemaal in lijn met het wetsvoorstel zelf.
Ik zou de heer Groothuizen eigenlijk een vraag willen stellen, want hij gaat in op de positie van de rechter in het akkoord. Hij zegt dat de rechtspraak hiermee wel goed uit de voeten kan. Ik zou dan willen kijken naar wat de rechter daar zelf over zegt. Die zegt: met deze regeling worden wij een tandeloos stempelloket. Ambtshalve onderzoek is op heel veel punten niet mogelijk. Bij de wijzigingen is op een paar punten daaraan tegemoetgekomen, maar ook hoger beroep is niet mogelijk in deze kwestie. Een akkoord moet zo snel mogelijk worden goedgekeurd. Dat staat ook in de memorie van toelichting, dus dat gaat onder stoom en kokend water. De rechter zegt dus zelf ook dat de wetgever de rechter eigenlijk niet in de positie brengt om gerechtvaardigde maatschappelijke verwachtingen hier ook waar te maken. Ik vraag de heer Groothuizen hoe hij tegen de positie van de rechter aankijkt. Die is toch eigenlijk best wel uitgehold in dit wetsvoorstel? De Raad voor de rechtspraak zegt zelf ook dat die erg beperkt is.

De heer **Groothuizen** (D66):
Ik heb die stukken gelezen, maar misschien kan mevrouw Van der Graaf dit citaat mij tijdens de schorsing aanwijzen. Ik heb de adviezen gelezen

en ik heb toch de indruk dat de rechtspraak uiteindelijk zegt: wij staan hier wel positief tegenover en wij kunnen hier ook wel mee uit de voeten, ook met bepaalde open normen die moeten worden ingevuld. Ik lees de inbreng van de Raad voor de rechtspraak wat positiever dan mevrouw Van der Graaf, maar als iemand met een specifiek citaat komt, dan ben ik altijd bereid om te kijken of ik dat dan verkeerd heb gelezen of dat daar een bepaalde teleurstelling in zit, waaraan later tegemoet is gekomen in de memorie van toelichting. Maar mijn lezing van dat hele pak papier was toch dat de Raad voor de rechtspraak uiteindelijk zegt: wij kunnen hier wel mee uit de voeten. Vandaar mijn opmerkingen in de eerste termijn.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Ik zal u daar zeker aan helpen. Dan het tweede punt, de open normen. U ging daar net ook op in. Er zit inderdaad een heel aantal vrijheden in deze wet. Veel kantoren noemen dat «flexibiliteit». Ik heb gisteren de vicevoorzitter van de Raad van State gehoord. We hebben hier een hoorzitting gehouden over dikastocratie. Daarin hebben we het verwijt gekregen dat de Kamer als medewetgever eigenlijk te veel open normen in wetten laat opnemen, waardoor de rechter weinig handvatten heeft en veel moet interpreteren. De vicevoorzitter van de Raad van State heeft gisteren ook duidelijk gezegd dat we duidelijkere normen moeten gaan vaststellen. Daarbij werd ook de verantwoordelijkheid bij de Tweede Kamer gelegd omdat die de mogelijkheid heeft om wetten te amenderen. Ik vraag me af hoe de heer Groothuizen dit wetsvoorstel in dat licht beoordeelt.

De heer **Groothuizen** (D66):
Ik zie dat hier een aantal open normen in zitten. Anderzijds zei de vicevoorzitter van de Raad van State ook vooral dat als je als wetgever de invulling van bepaalde dingen overlaat aan de rechtspraak – dat doen we volgens mij heel vaak en het is altijd goed om daar kritisch op te zijn – je vervolgens niet verbaasd moet zijn als de rechter dat ook doet. Je moet die rechter dan niet vervolgens gaan bekritiseren. Maar ja, er zijn ook heel veel dingen waarvan ik als wetgever eerlijk gezegd niet zo goed zou weten hoe ik ze tot drie cijfers achter de komma zou kunnen invullen. Ik heb zelf bijvoorbeeld niet de behoefte om hier als wetgever een begrip als «redelijkheid en billijkheid» nader te gaan zitten invullen. Zo zijn er natuurlijk heel veel voorbeelden te geven. Dus het blijft volgens mij ook gewoon een spanningsveld. Volgens mij is het een terechte waarschuwing dat je als wetgever soms niet moet kiezen voor te open normen en dat je ze moet kunnen invullen waar dat kan. Maar volgens mij was de waarschuwing vooral – zo heb ik die in ieder geval opgevat – dat als je dat als wetgever doet, je niet verbaasd moet zijn dat als je de rechter de ruimte geeft, hij die vervolgens ook zal gebruiken. Je kunt de rechter daar dan moeilijk op gaan bekritiseren. Dat laatste zult u mij ook nooit horen doen.

De heer **Nijboer** (PvdA):
Dat begrijp ik. Ik heb eigenlijk een vraag over de achterliggende principes en de werking. Ik heb twee grote problemen met het huidige faillissementsrecht geschetst: de verpanding die grootscheeps optreedt en aandeelhoudersleningen, waardoor de aandeelhouder eigenlijk niet meer de risicodrager wordt voor bedrijven. Er zijn ongetwijfeld nog andere problemen, maar dat zijn toch wel grote problemen in de huidige werking van het faillissementsrecht. Deelt de D66-fractie die analyse van het huidige faillissementsrecht?

De heer **Groothuizen** (D66):
Ik ben geen faillissementsrechtexpert, maar ik heb het u horen zeggen. Ik kan me daar best wel iets bij voorstellen. Kijk naar de amendementen die zijn ingediend. Ik heb het idee dat het daarin voor een niet onbelangrijk

deel eigenlijk gaat over hoe je eventueel de waarde verdeelt die overblijft. Blijkbaar is de aanname van de mensen achter de amendementen dat bepaalde schuldeisers, vooral grote banken, door hun zekerheidspositie daar heel erg positief in uitspringen. Ik kan me daar wel iets bij voorstellen. Toch bekroop mij af en toe bij het lezen ook wel het gevoel dat we dan misschien wat nuance vergeten. Bovenaan die positie van zekerheidsgerechtigden heb je soms de banken, maar natuurlijk niet alleen maar de banken. Als tweede volgt volgens mij de fiscus. Dat is toch weer een heel ander type bevoorrechte schuldeiser, waar ik persoonlijk wel wat sympathie voor voel, omdat het de overheid is en ons allemaal betreft. De derde zijn de overige schuldeisers. Daarbij wordt soms het beeld opgeroepen – ik zeg niet dat u dat heeft gezegd; ik chargeer nu een beetje – alsof dat allemaal sneue schuldeisers zijn, terwijl ook daar weer best wel veel verschil in zit. In die groep crediteuren kunnen namelijk ook hele grote bedrijven zitten, zoals multinationals. Ik zou er dus ook een beetje voor willen waken dat rangorde gelijk is aan een soort van sympathiefactor. Dat lijkt soms wel een beetje over de amendementen heen te zweven, en dat volg ik dan weer niet helemaal. Maar als u vraagt of ik u volg in de opvatting dat het goed is om te kijken hoe ook gewoon kleine ondernemers niet slechter af zijn in het faillissementsrecht, dan vind ik dat een redelijk standpunt.
Voorzitter. De vraag is natuurlijk nog wel – daar hebben de heren Van Gent en Van Dam ook op gewezen – of die amendementen altijd het beoogde resultaat dichterbij brengen. Want het kan bepaalde economische gevolgen met zich meebrengen. Stel dat iemand zegt: ik stem niet in met een akkoord; laat het dan maar failliet gaan. Dan hebben we volgens mij een tegenstrijdig gevolg. En stel – volgens mij wees de heer Van Gent daarop, en anders zal hij mij corrigeren – dat een bank zegt: als ik minder zekerheid heb dat ik uiteindelijk mijn geld terugzie, ga ik in de voorwaarden die ik stel aan mijn leningen verslechteringen aanbieden. Dan zijn we volgens mij andere economische gevolgen aan het creëren die ook negatief uitpakken. Dus ik worstel nog wel een beetje met de uitwerking daarvan.

De heer **Nijboer** (PvdA):
Dat was precies de reden waarom ik naar de onderliggende principes vroeg en daar heb ik net een welwillend antwoord op gehoord.

De **voorzitter**:
Oké, dank u wel. Was u aan het einde van uw betoog gekomen, meneer Groothuizen?

De heer **Groothuizen** (D66):
Zeker.

De **voorzitter**:
Dan geef ik ten slotte het woord aan de heer Markuszower van de PVV.

De heer **Markuszower** (PVV):
Dank u wel, voorzitter. Vandaag bespreken we – ik ben de laatste spreker, dus het is zeker al een paar keer gezegd – twee wetsvoorstellen: het wetsvoorstel over de herziening van het beslag- en executierecht en het Wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord, de zogenaamde WHOA. Dit wetsvoorstel regelt in de Faillissementswet dat de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende herstructurering van schulden kan goedkeuren of, als je wilt in een duurder woord, homologeren. We gaan nu eens niet met deze Minister in debat over bijvoorbeeld zijn slappe gevangenisbeleid. Een beleid dat er vooral op toeziet gevangen, gevaarlijke moordenaars en verkrachters zo min mogelijk straf te geven en zo

min mogelijk straf te laten uitzitten. Met het excuus van het coronavirus laat Minister Dekker minimaal 175 gevangenen vrij, omdat hij die criminelen niet wil blootstellen aan het coronavirus. Hij neemt dus op de koop toe dat de maatschappij wel wordt blootgesteld aan deze gevaarlijke criminelen. Een van de moordenaars – ik noem het –...

De **voorzitter**:
Meneer Markuszower, mag ik u even onderbreken?

De heer **Markuszower** (PVV):
Ik dacht al dat u me zou onderbreken. Ik noem het...

De **voorzitter**:
Ja, ik heb nog lang gewacht!

De heer **Markuszower** (PVV):
... omdat het anders onbenoemd blijft en omdat de ruimte was gegeven voor de mooie provincie Zeeland...

De **voorzitter**:
Meneer Markuszower, mag ik u erop wijzen dat er vanmorgen een procedurevergadering van deze commissie heeft plaatsgevonden? Daar waren alle partijen bij aanwezig die hier nu verder aanwezig zijn. Maar u was niet aanwezig, ondanks de aankondiging dat u er zou zijn. Daar wordt bepaald wat er op de agenda staat. Als u behoefte heeft aan zo'n debat, kunt u dat daar inbrengen. Maar ik sta niet toe dat u dat hier doet of dat u een soort achterweggetje kiest om het debat hier toch te gaan voeren. Dat doet u ten koste van de tijd van uw collega's en bovendien heeft de Minister zich daar niet op voorbereid. Ik verzoek u nu vriendelijk om u te gaan richten op de onderwerpen van dit debat.

De heer **Markuszower** (PVV):
Ik zal dit stukje afronden. Er zat ook geen vraag in. Ik wil het niet onbenoemd laten.

De **voorzitter**:
Nee, nee, nee, u rondt helemaal niks af op dit punt. U gaat gewoon nu wat mij betreft naar het onderwerp waar het hier over gaat. En anders ontneem ik u het woord.

De heer **Markuszower** (PVV):
Dan een punt van orde gericht aan u, meneer de voorzitter. Ik constateer dat u wel over de provincie Zeeland wil spreken als meneer Van Gent daarover het woord voert, maar niet over moordenaar Arjan de G., die nu vrijgelaten is, terwijl hij in 2013 Kim Stoker op een verschrikkelijke manier vermoord heeft.

De **voorzitter**:
Nou, ik heb niet...

De heer **Markuszower** (PVV):
Maar vandaag spreken wij over iets anders, voorzitter; daar heeft u gelijk in. Vandaag spreken we over betere wetgeving bij faillissementen. Dat is niet onbelangrijk. Meer dan de helft van de ondernemers, zo zegt het CBS, vreest voor het voortbestaan van hun ondernemingen. Als de coronacrisis lang aanhoudt, zo beredeneren de ondernemers, zullen zij niet meer in staat zijn om de deuren van hun onderneming open te houden. De wetten die we vandaag bespreken zijn weliswaar geen snel opgetuigde noodwetten in het kader van de coronacrisis, maar zijn door de toenemende druk op ondernemingen misschien wel relevanter geworden.

Daarom is het goed dat Kamerleden zich goed buigen over deze twee wetsvoorstellen.
Met verbazing – ook daarom – las ik een achtergrondartikel in De Groene Amsterdammer. Uit dat artikel bleek dat Kamerleden die serieus naar deze wetten willen kijken, bijvoorbeeld collega's Nijboer en Van der Graaf, worden bedolven onder een keiharde en oneigenlijke lobby. De heer Nijboer heeft daar ook al wat over gezegd. Met veel kabaal en geweld proberen Zuidasadvocaten – dat zijn vaak cocaïne snuivende advocaten – en de grote banken deze wetten, met name de WHOA, erdoorheen te drukken.

De heer **Van Dam** (CDA):
Voorzitter, mag ik een punt van orde maken?

De **voorzitter**:
Ja. Meneer Van Dam.

De heer **Van Dam** (CDA):
Ik wil er niet mee geassocieerd worden – daarom maak ik er een opmerking over – dat Zuidasadvocaten in zijn algemeenheid cocaïne snuivend zouden zijn. Ik ken er heel veel. Ik vind gewoon dat ik een punt van orde moet maken dat dit een veralgemenisering is die wat mij betreft totaal kant noch wal raakt.

De **voorzitter**:
Waarvan akte. Ik verzoek meneer Markuszower...

De heer **Markuszower** (PVV):
Ik heb niet gezegd...

De **voorzitter**:
Voordat u verdergaat, meneer Markuszower. Ik heb u weleens vaker verzocht om hier niet uw gram te richten op mensen die zich hier niet ter plekke kunnen verdedigen. U bent in gesprek met de Minister en met uw collega's. Houd u het daar nu even bij.

De heer **Markuszower** (PVV):
Ik heb niet gezegd dat ze allemaal snuiven.

De **voorzitter**:
Nee...

De heer **Markuszower** (PVV):
Ik ken er ook heel veel. Maar ik woon er om de hoek, en heel veel snuiven er wel. Maar wetten in dit land worden niet gemaakt door de dure Zuidasadvocaten of door de Nederlandse Vereniging van Banken. Wetten worden in Nederland gemaakt door het volk, via de volksvertegenwoordiging. Voor onze fractie geldt vandaag dat wij goed gaan kijken naar de voorliggende wetten. Onze fractie wil dat niet alleen bijvoorbeeld de grote banken er in het geval van een dreigend faillissement met al of bijna al het geld vandoor gaan, maar dat ook de kleinere leveranciers zo veel mogelijk van hun rekeningen betaald kunnen krijgen.
Over het wetsvoorstel voor herziening van het beslag- en executierecht kan ik vrij kort zijn. Met dit wetsvoorstel wordt het beslag- en executierecht op een aantal punten gewijzigd. Het doel van dit wetsvoorstel is onder meer om ervoor te zorgen dat een beslag op de bankrekening er niet meer toe leidt dat een schuldenaar niet meer in zijn of haar levensonderhoud kan voorzien. Er wordt bij beslag op een bankrekening een beslagvrij bedrag ingevoerd. Het beslagvrije bedrag zorgt ervoor dat de schuldenaar de beschikking houdt over een bedrag op zijn bankrekening

waarmee hij zijn hypotheek of huur kan betalen. Het wetswijzigingsvoorstel moet ook voorkomen dat er beslag wordt gelegd op roerende zaken als auto's in het geval dat de kosten de baten overstijgen. Juist in deze periode van crisis of aankomende crisis, waarin de komende tijd vermoedelijk helaas een hoop bedrijven over de kop zullen gaan en mensen werkloos zullen worden, is het van belang dat mensen dan niet helemaal in de goot terechtkomen en bijvoorbeeld niet eens meer eten voor hun kinderen kunnen kopen of het dak boven hun hoofd verliezen. Wel heeft mijn fractie over deze wet nog een vraag. Het beslagvrije bedrag brengt mee dat de schuldenaar de beschikking houdt over een bedrag op zijn bankrekening waarmee hij zijn hypotheek of huur kan betalen. Dit bedrag is niet vatbaar voor verrekening. De Minister zegt dat hij verwacht dat het beslagvrije bedrag juist de kans vergroot dat de schuldenaar wel gewoon betaalt, waardoor de bank geen executiemaatregelen hoeft te nemen. Dit staat in de nota naar aanleiding van het verslag, op pagina 7. Maar wellicht zijn er nu mensen die dusdanig in de problemen komen dat de banken wel degelijk tot executiemaatregelen overgaan. Ziet de Minister dit gevaar ook? Zo ja, wat is dan zijn oplossing voor dit probleem? Ik begrijp dat de Minister deze wet natuurlijk heeft geschreven voor de coronacrisis uitbrak, maar kan hij dit punt nader onderbouwen, juist in het licht van de huidige crisis of de aankomende crisis?
Dan meer in detail het wetsvoorstel Wet homologatie onderhands akkoord. Deze wet moet helpen om faillissementen te voorkomen. Met dit wetsvoorstel wordt een nieuwe akkoordprocedure voorgesteld voor bedrijven die in financieel zwaar weer verkeren. Het doel is om het reorganiserend vermogen van bijna failliete ondernemingen te versterken. In Nederland ontbreekt nu nog een wettelijke regeling voor een dwangakkoord buiten faillissement. De rechtbank kan met dit wetsvoorstel een herstructurering van schulden onder de schuldeisers homologeren oftewel goedkeuren. Het akkoord is verbindend voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers.
Nu is het zo dat één schuldeiser een akkoord kan blokkeren. Dat geeft die ene schuldeiser een machtspositie. Andere schuldeisers voelen zich onder druk gezet om de blokkerende schuldeiser of schuldeisers een hogere betaling te gunnen. Maar onder de voorliggende nieuwe wet kunnen schuldeisers die samen twee derde van de stemmen vormen de schuldeisers die niet met het akkoord hebben ingestemd, dus de andere een derde van de stemmen, het zwijgen opleggen in de procedure. Dit betekent in feite geen akkoord, maar dwang door middel van stemmingen. Hierbij gaat het om grote bedragen. Het belang van bijvoorbeeld banken is groot, maar voor ondernemers is het terugkrijgen van geïnvesteerde middelen of te ontvangen rekeningen minstens zo belangrijk, gezien hun aanzienlijk beperktere liquiditeit. Door middel van «no creditor worse off» kan de afgedwongen goedkeuring door de rechtbank worden afgewezen. Dit gebeurt nadat een eiser die tegenstemde in de procedure met de andere eisers in het gelijk wordt gesteld. Voor ondernemers is dit positief, aangezien zij hiermee nog een vuist kunnen maken tegen de overmacht van banken en andere grote schuldeisers wanneer ze buitenspel zijn gezet in de procedure.
De WHOA voorziet in een omleiding voor de grote eisers ten opzichte van dit «no creditor worse off», namelijk met de zogeheten «absolute priority rule». Deze regeling stelt grote eisers in staat in beroep te gaan tegen de «no creditor worse off»-uitspraak van de rechtbank en hiermee alsnog het aandeel te krijgen dat ze hebben afgedwongen in de oorspronkelijke procedure. Dit is naar mijn mening een beetje tegenstrijdig. Met deze wet kunnen schuldeisers met gebruik van hun zekerheden nagenoeg ongelimiteerd alle overgebleven middelen opeisen. Met verschillende constructies kunnen zij de kleinere schuldeiser, de kleine ondernemer, buitenspel zetten. En juist voor deze kleine ondernemer is liquiditeit van belang, ook omdat hij zijn hoofd boven water moet zien te houden in de

economische crisis die zijn intrede heeft gedaan of gaat doen. Mijn vraag aan de Minister is dan ook waarom hij niet méér doet om de kleinere schuldeisers, vaak kleine ondernemers, te beschermen tegen de grote jongens, dus de banken of andere grotere partijen. Waarom wordt er geen minimumpercentage ingebouwd voor alle eisers, dat garandeert dat ten minste een percentage van de investeringen of rekeningen terugkomt bij alle eisers? Ik heb de goede amendementen van de collega Van der Graaf gelezen, en volgens mij stelt zij zoiets voor. Eigenlijk vraag ik dus aan de Minister of hij in detail kan ingaan op de reden waarom hij dat geen verstandig amendement zou vinden.
Dan dank ik u, en met name de voorzitter voor de ruimte die hij mij heeft gegund.

De **voorzitter**:
Graag gedaan. Daarmee komt er een einde aan de eerste termijn van de zijde van de Kamer. Ik kan me voorstellen dat de Minister even tijd nodig heeft. Ik schors de vergadering tot 15.40 uur.

De vergadering wordt van 14.53 uur tot 15.44 uur geschorst.

De **voorzitter**:
Het woord is aan de Minister voor Rechtsbescherming voor zijn eerste termijn.

Minister **Dekker**:
Voorzitter, dank u wel. Ik vind het ook fijn om hier weer te zijn. Na enkele weken druk bezig geweest te zijn in de toren en ook veel thuisgewerkt te hebben, is het wel weer goed om hier, in het hart van onze democratie, te zijn om twee belangrijke wetsvoorstellen te bespreken. Deze wetsvoorstellen zijn niet geschreven voor de periode waarin we zitten, maar hebben wel aan relevantie gewonnen, omdat ze voor een deel gaan over mensen die in ernstige schuldenproblemen zitten, en voor een ander deel over bedrijven die in ernstige schuldenproblemen zitten. De verwachting is helaas dat we daar de komende maanden en jaren vaker mee te maken gaan krijgen. Ook heel veel dank dus aan uw Kamer en uw commissie voor de bereidheid om deze twee wetten spoedig te behandelen. Ik wilde beginnen met de WHOA, en vervolgens ingaan op beslag en executie.
Voorzitter. Voordat ik inga op de inhoud van de WHOA wil ik eerst kort iets zeggen over het proces, daartoe ook uitgedaagd door de heer Nijboer. Hij zei: hoe kan dat nou; we zouden een paar weken terug een plenaire behandeling hebben en er waren een aantal amendementen in concept, die dus nog niet waren ingediend, maar die lagen wel op de tafel van de Minister. Ik moet ook eerlijk bekennen dat ik met die conceptamendementen ook een ronde ben gaan maken in de sondering die vaak plaatsvindt vlak voor zo'n plenair debat. Dat is niet goed, dus ik steek de hand in eigen boezem. Het was verkeerd; ik heb die les geleerd en ik zal ervoor zorgen dat dat niet meer gebeurt.
Voorzitter. Als ik verder naar het proces kijk, heb ik wel de indruk dat er vanuit mijn ministerie enorm veel tijd en energie in is gestoken om een heel integer en heel zorgvuldig proces in gang te zetten, waarbij men zich realiseerde dat sleutelen aan faillissementswet- en regelgeving alleen maar kans van slagen heeft als je een goede balans weet te vinden tussen de belangen van verschillende partijen. Dat is ook de reden waarom er bij dit soort trajecten, en ook in dit specifieke geval, uitgebreid wordt geconsulteerd. Het eindresultaat is op wezenlijke punten aangepast als je het vergelijkt met waar we mee begonnen zijn, gewoon na inbreng van verschillende partijen.
Dat heeft er uiteindelijk toe geleid – daar ben ik wel blij mee – dat ikzelf de indruk heb dat er een breed draagvlak is voor het voorstel dat er nu ligt. Het gebeurt niet zo heel erg vaak dat de Stichting van de Arbeid – u kent

deze stichting waarin de sociale partners, de werkgevers, groot en klein, en de vakbonden al decennialang samenwerken – brieven stuurt waarin staat dat wat hier ligt, kan helpen om te voorkomen dat bedrijven onnodig failliet gaan. Daarmee is wat mij betreft de discussie niet af. Het is ook prima om hier uitvoerig over door te praten. Wat dat betreft vind ik dit een interessant debat. Het gaat echt ergens over. Het is technisch, maar dit gaat over heel wezenlijke zaken.
Voorzitter. Voordat we de inhoud induiken, is het ook wel goed om kort te zeggen waar dit wetsvoorstel over gaat en hoe dit wetsvoorstel zich nou verhoudt tot een aantal andere wetsvoorstellen waaraan wordt gewerkt. Dit wetsvoorstel maakt het mogelijk om eigenlijk buiten surseance en faillissement om in redelijke stilte – in redelijke stilte dus; de heer Van Dam vroeg waarin dit anders is dan de faillissementsprocedure – te kijken of je met financiers en schuldeisers kunt komen tot een akkoord dat de onderneming laat bestaan. Dat is iets wat we nu niet hebben in Nederland. Daarmee maak je uiteindelijk de taart groter en dat is voor iedereen beter: voor de financiers, voor de mensen die in het bedrijf werken, voor de leveranciers en voor de schuldeisers. We kennen een aantal landen om ons heen die wel zo'n regeling hebben en zien dat het daar werkt. Ik denk dat dat een van de redenen is waarom er zowel vanuit het bedrijfsleven als vanuit de vakbonden wordt gezegd: kom tot een goede regeling!
Maar dit is niet de laatste stap die we nemen in de hele herziening en hervorming van het faillissementsrecht. Er werden een aantal best wel fundamentele dingen aangekaart over bijvoorbeeld de rangorde tussen verschillende schuldeisers, gesecureerd of niet-gesecureerd. Een aantal had het ook over de Belastingdienst en het UWV, die wat hoger in de pikorde staan. De banken lopen in ieder geval voor het gesecureerde deel voorop in de faillissementsprocedure. Daarbij zie ik dat er ook een tendens is dat er partijen zijn die zowel eigen vermogen als vreemd vermogen hebben. De heer Nijboer vroeg daarnaar. Het is ook zo dat geldschieters kunnen vragen om onderpand, om een zekerheidstelling. Eigenlijk werd de normatieve vraag op tafel gelegd of we dat nou goed vinden zoals het er nu staat. Het antwoord is eigenlijk ontkennend, want als we het wél goed hadden gevonden, dan waren we nu niet bezig geweest met een wetsvoorstel dat juist toegespitst is op de vraag of die balans nu goed is.
Tegelijkertijd is het ook geen makkelijke discussie. Ik leg «m hier maar op tafel. Laat ik twee voorbeelden eruit pikken. Als je zegt «wij willen iets minder zekerheid voor de banken, ten gunste van bijvoorbeeld concurrente schuldeisers», dan betekent dat wat voor de financieringsarmslag die ontstaat, namelijk hogere rente en kritischer bankiers die gaan kijken of het echt wel werkt, omdat een bank uiteindelijk toch ook zijn geld terug wil hebben. Ik zeg niet dat we het daarom niet moeten doen, maar je moet er echt goed naar kijken, voordat je die stap zet.
Het tweede geldt bijvoorbeeld bij die discussie rond onderpand. Dat heeft inderdaad het nadeel dat, als verschillende partijen geld hebben geleend en daar onderpand voor hebben teruggekregen, bijvoorbeeld leveranciers als ze aan de deur kloppen bij een ophanden zijnd faillissement erachter komen dat er verschillende geldschieters zijn die in de rangorde voor hen in de rij staan. Dat is één. Aan de andere kant wordt er overigens ook vanuit het mkb gezegd: er zijn nu partijen die ons bijvoorbeeld verbieden om onze machines en roerende zaken te verpanden; verbied dat nou juist weer, want daarmee krijg je een enorme leverage voor het aantrekken van meer vreemd vermogen, voor de financiering vanuit banken en derden richting dat bedrijfsleven. Dat wordt geraamd op zo'n 1,5 miljard. Daar zien we dat het mkb er juist groot voorstander van is om die mogelijkheden te verbreden. Ook dat zit allemaal nog in de voorstel- en in de ontwerpfase.

Ik wil hiermee aangeven dat ik hier graag een discussie over aanga, maar dat het ook belangrijk is om daarbij steeds de voor- en nadelen goed tegen elkaar af te wegen. Daarmee kom ik bij het voorstel dat hier nu ligt. Ik ga straks in op de specifieke amendementen. Er schuilt een risico in als je die discussie naar voren haalt en zegt: wij willen bij een onderhands akkoord wat gaan doen in die verhoudingen. Het risico is namelijk dat je een onevenwichtigheid krijgt tussen de situatie bij een onderhands akkoord versus de situatie bij faillissement en dat er een situatie gaat ontstaan waarin het voor bepaalde partijen aantrekkelijker is om te zeggen: laat het dan maar failleren, want dan haal ik er meer uit. Dan doen we precies het tegenovergestelde van wat we met dit wetsvoorstel beogen; dan komen er namelijk niet minder faillissementen, maar meer faillissementen.
Dat dus even voordat we de discussie aangaan, om u ook een doorkijkje te geven. Ik kan me voorstellen dat een aantal van u nog vraagt of ik terug wil komen op dat verpanden en op aandeelhouders die tevens leningen verstrekken aan hun eigen bedrijf. Dat is gewoon op dit moment in Nederland staande praktijk. Dat kan, maar daar kunnen we best een normatieve discussie over hebben. Daar vinden op dit moment allerlei gesprekken over plaats. Ik vermoed dat tegen het einde van het kalenderjaar daar ook een eerste voorstel over in consultatie kan gaan. Het is niet een kwestie van een zevenjarenproject, waarbij u dan pas wat van mij terug hoort, maar ik wil daar echt in deze kabinetsperiode nog een eerste, belangrijke stap in zetten.
Dan de inhoud van de WHOA. Waarom is dit wetsvoorstel nu zo belangrijk om faillissementen te voorkomen? Volgens mij is iedereen het er wel over eens dat niemand beter wordt van een faillissement: financiers niet, leveranciers niet, mkb'ers niet, werknemers niet. Als er nog iets van toekomst zit in een bedrijf met afgewaardeerde schulden en als partijen daar echt nog fiducie in hebben, dan is voorkomen vaak beter.
Nu zijn er twee oorzaken voor de slechte positie van mkb-schuldeisers in een faillissement. In de eerste plaats is bij een faillissement de taart die verdeeld moet worden onder de schuldeisers eenvoudigweg te klein. Die taart bestaat uit de opbrengst die de curator bij het faillissement weet te realiseren bij de ontmanteling van de onderneming en met de verkoop van allerlei goederen. Kopers weten dat daar tijdsdruk achter zit. Dat is vaak niet de beste manier om een goede opbrengst te krijgen. Bovendien maakt een curator ook kosten en die moeten ook uit de boedel worden betaald. Met andere woorden, helemaal aan het einde van de lijn, waar de leveranciers en concurrente schuldeisers komen kijken, is er vaak niks meer te verdelen.
Een tweede reden dat mkb-schuldeisers in een faillissement vaak slecht af zijn, is dat er geen flexibiliteit is bij de verdeling van de taart. In faillissement geldt een heel strikte wettelijke rangorde. Zo hebben schuldeisers met een zekerheidsrecht, veelal financiers, als eerste aanspraak op de opbrengst bij de verkoop van bijvoorbeeld in onderpand gegeven fabrieksmachines en gaan de Belastingdienst en het UWV weer voor op de gewone zogeheten concurrente schuldeisers. Omdat de taart om te beginnen al niet groot genoeg is voor iedereen, trekken de concurrente schuldeisers bij een faillissement aan het kortste eind. Mkb-bedrijven zijn vaak als leverancier betrokken bij de onderneming en vallen in die categorie.
Voorzitter. Als je dus een faillissement kunt voorkomen en daarmee waarde kunt creëren, dan is dat in het belang van heel veel partijen.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Ik hoor de Minister hier net uitleggen waarom het mkb nu achteraan staat in de rij bij een faillissement. Ik heb in mijn eerste termijn aan de Minister gevraagd wat hij vindt van die grote ongelijkheid die is gegroeid binnen onze faillissementswetgeving. Ik verwees naar de recovery rate. Wat je uit

het faillissement haalt voor de banken is 90%. Dat is een paradijs voor banken. Voor de concurrente schuldeisers is er nog 3%. Wat vindt de Minister daarvan? Is hij van plan om daar wat aan te doen?

Minister **Dekker**:
Ik zie dat punt. Er wordt ook heel nadrukkelijk naar gekeken in het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel waarmee ik tegen het eind van het jaar in consultatie denk te kunnen. Daarbij wordt ook gekeken naar de hogere categorieën in rangorde, dus de banken, maar ook wijzelf, de belastingbetaler, de Belastingdienst en het UWV. Dat doen we vanwege precies dit punt. Als u vraagt of ik dat ga verzwakken ten faveure van anderen, dan valt daar aan de ene kant wat voor te zeggen, een beetje volgens uw betoog. Maar aan de andere kant zijn er ook een hoop experts die zeggen: kijk uit, want dat betekent wel dat het voor het midden- en kleinbedrijf veel moeilijker wordt om leningen aan te trekken. En je hebt om te kunnen investeren vaak toch ook kapitaal nodig. Of je verzwakt de positie van banken enorm, en we willen ook niet terug naar het scenario van 2008 waarin de banken omvielen omdat er allerlei slechte leningen in zaten. Dus vanwege die goede positie van een aantal preferente schuldeisers is er aanleiding om daarnaar te kijken. Ga ik u hier dan onmiddellijk beloven dat ik dat ook ga veranderen of verzwakken ten faveure van anderen? Zover ben ik nog niet, maar ik kijk er wel serieus naar.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Ik heb een vraag over het proces dat de Minister schetst. Als ik het goed begrijp, zegt de Minister dat hij best wil kijken naar de verhouding tussen de verschillende schuldeisers, maar pas bij de herziening van de faillissementswetgeving. Tegelijkertijd vind ik dat ook wel een ingewikkelde, want als we bij de herziening van de faillissementswetgeving zouden besluiten om de rol van het midden- en kleinbedrijf inderdaad te versterken ten opzichte van bijvoorbeeld de banken, zoals mijn fractie graag zou willen, dan zou er natuurlijk ook een omgekeerd effect kunnen plaatsvinden, namelijk dat het in het voordeel van het mkb gaat zijn om op faillissementen aan te sturen. Wat als we het wel in de faillissementswetgeving doen en niet in deze wet? Ik vraag me toch af hoe ik dat moet plaatsen. Als we dit willen, zouden we het dan niet nu in deze wet moeten regelen en straks ook in de faillissementswetgeving?

Minister **Dekker**:
Dat is een hele goede vraag, maar het antwoord daarop is ronduit nee. Dat heeft ermee te maken dat dit wetsvoorstel de rangorde volgt die geldt onder faillissement. Als je straks de rangorde onder faillissement verandert, verandert de WHOA mee. Als je in de WHOA een specifieke regeling treft waarbij je bepaalde schuldeisers voortrekt ten opzichte van andere, krijg je wel degelijk een disbalans tussen de situatie buiten faillissement, het schuldenakkoord in de WHOA, en het faillissement. Dat zal in het voordeel zijn van sommige partijen, maar in het nadeel van andere en die zullen dan eerder aankoersen op faillissement. Dat is de onbalans waarvoor ik vrees, omdat dat precies het tegengestelde doet van wat we hier beogen.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Samenvattend, als ik het goed begrijp is het antwoord van de Minister dat alles wat we straks in de Faillissementswet zouden veranderen qua rangorde en positie, automatisch doorwerkt in deze wet.

Minister **Dekker**:
Exact.

De **voorzitter**:

Helder. Gaat u verder

Minister **Dekker**:
Er zitten twee belangrijke voordelen aan het akkoord. Aan de ene kant ontstaat de mogelijkheid om de taart te vergroten. Aan de andere kant ontstaat er ook meer flexibiliteit. Misschien is het toch goed om even stil te staan bij die flexibiliteit, ook in relatie tot het mkb. Wat zien we in landen om ons heen waar dit soort regelingen wel bestaan? Dat er bij schuldenproblematiek vaak schuldenakkoorden gemaakt worden waarbij het mkb geen partij is. Dat betekent dat een aantal grote financiers onderling een afspraak maakt met de aandeelhouders. Dan wordt er gezegd dat men het graag in kleine kring wil houden, want als het op straat ligt, dan rent iedereen weg en dan zijn ze hun leveranciers kwijt. Het mooie aan dit schuldenakkoord, ten opzichte van bijvoorbeeld surseance van betaling, is dat je het in relatieve stilte kan doen. Dat betekent dat het mkb niet geraakt wordt in zijn rechten. Met andere woorden: dan krijgen ze 100%. Ik kom straks nog terug op een aantal van de zorgen die er leven.
Het andere punt is dat ook gezegd kan worden dat men wel wat vraagt van de leveranciers, bijvoorbeeld van een mkb-organisatie, maar dat men ook wel weet dat ze heel hard nodig zijn voor de continuïteit van het bedrijf. Als je een grote fabriek hebt met verschillende toeleveranciers, dan ben je voor een heel groot deel afhankelijk van je toeleveranciers. Misschien vraag je wel een offer van ze, maar als je ze vreselijk uitknijpt en ze wegrennen, dan betekent dat ook automatisch het einde van het bedrijf. De recovery rate voor het midden- en kleinbedrijf bij Chapter 11-zaken in de VS ligt op 52%, omdat ze ofwel buiten het akkoord worden gehouden of omdat er een grotere punt uit de taart wordt gegund, om daarmee ook een goede verstandhouding met de toeleveranciers te behouden. Dat even over het mkb aan de kant van de schuldeisers.
Het midden- en kleinbedrijf kan zelf ook in gevaar komen in de richting van een faillissement te gaan. In de adviezen van de Raad van State is gezegd dat men verwacht dat de WHOA in het begin zal worden toegepast door de wat grotere bedrijven. Dat heeft te maken met specialismen die moeten worden opgebouwd. Het is best een omvangrijke operatie om dit goed te doen en daar komen ook vaak kosten bij kijken. Maar het is niet exclusief voor hen. Ik kan me heel goed voorstellen dat zeker het middenbedrijf hier ook wel degelijk gebruik van kan maken.
De heer Van den Berge en de heer Van Dam, geloof ik, vroegen of je wat kan doen in termen van voorlichting, hulp en ondersteuning. Ik zeg dat toe. Ik zal hierover in overleg treden met de koepels, omdat er verschillende portalen zijn waar ondernemers in nood aankloppen en terechtkunnen. Het lijkt me zinvol om ze op de hoogte te stellen van de nieuwe mogelijkheden die er zijn.
Dan werd er gevraagd of ik precies weet wat dit oplevert in economische termen. Ik denk dat dit een punt is dat we straks mee kunnen nemen in de evaluatie. Ik zeg heel eerlijk dat het heel moeilijk is om aan de voorkant precies te zeggen hoe vaak de WHOA zal worden toegepast. Ik hoop dat de WHOA helemaal niet zo vaak hoeft te worden toegepast, en niet alleen maar omdat bedrijven niet richting faillissement trippelen of wandelen, maar ook omdat de WHOA een stok achter de deur kan zijn. Dat zie je vaker in het recht. Ik heb het liefst dat schuldeisers en bedrijven er onderling uitkomen. En als dat niet het geval is, dan heb je dit traject om op terug te vallen. Zodra iedereen dat weet – dat is een beetje de schaduw van veel wet- en regelgeving die we hebben – zorgt dat ervoor dat je de kansen op het minnelijke traject vergroot. De evaluatie zal moeten laten zien in hoeverre daar dan sprake van is.
Voorzitter. Dan ga ik langzaamaan richting de amendementen.

De **voorzitter**:
Voordat u dat doet, is er nog een interruptie van mevrouw Van der Graaf.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Ik heb nog een verduidelijkende vraag aan de Minister. De Minister zei dat dit wetsvoorstel de wettelijke rangorde volgt; op het moment dat we in de wettelijke rangorde iets zouden wijzigen, zou dat doorwerken in dit wetsvoorstel. Ik vraag mij af of dat wel juist is, want de wettelijke rangorde is bij het faillissement van toepassing, maar in de WHOA hebben we het juist over de meerwaarde, over het reorganisatiesurplus dat wordt gecreëerd, waarbij je een klasse-indeling kunt doen. Ik vraag mij af hoe dat precies zit. Het is gewoon een verduidelijkende vraag. Wat bedoelde de Minister daar nou eigenlijk mee te zeggen?

Minister **Dekker**:
De WHOA gaat uit van de wettelijke rangorde. Tegelijkertijd geeft de WHOA de ruimte voor flexibiliteit om, daar waar het gaat om meerwaarde, niet van die rangorde af te wijken, maar om daar wel specifiek maatwerk op toe te passen. Misschien is het goed dat ik kort iets zeg over een aantal van de waarborgen die daarin zitten. Ik merk wel dat mevrouw Van der Graaf, de heer Nijboer en de heer Van Nispen zeggen: wordt die taart straks nou wel eerlijk verdeeld? Naast de voorwaarden voor de goedkeuring van het akkoord biedt de WHOA ook individuele schuldeisers een aantal mogelijkheden om ervoor te zorgen dat die eerlijke verdeling wordt bereikt. Ik som ze even op.
Iedere schuldeiser – overigens ook de ondernemingsraad – kan de rechter vragen om een herstructureringsdeskundige te benoemen, een beetje naar analogie van de curator. De heer Van Dam vroeg: is dat dan een deskundig iemand? Ik kijk bijvoorbeeld naar hoe rechtbanken dat nu doen met curatoren. Zij hebben een lijstje met goede mensen. Ik verwacht dat dit hier ook zo zal gaan ontstaan. De deskundige krijgt dan de exclusieve bevoegdheid om een akkoord voor te bereiden. Daarbij is nadrukkelijk het belang van de gezamenlijke schuldeisers de leidraad. De drempel om zo'n herstructureringsdeskundige te benoemen is laag, dus het verzoek zal snel door de rechter worden toegekend. Je zou kunnen zeggen dat het daarmee ook een stok achter de deur is voor de schuldenaar om gewoon zelf een goed akkoord aan te bieden. Want doet de schuldenaar dat niet, dan loopt hij het risico de regie te verliezen. Iedere betrokken schuldeiser kan vragen om zo'n herstructureringsdeskundige.
Ook krijgt elke schuldeiser altijd de gelegenheid om zijn stem uit te brengen over het akkoord. Als bij de stemming blijkt dat één of meer klassen van de schuldeiser tegen het akkoord hebben gestemd, dan wordt het een stuk moeilijker om de goedkeuring van de rechter te verkrijgen. Verder kan elke schuldeiser binnen een tegenstemmende klasse – ik denk dat dit raakt aan het punt van mevrouw Van der Graaf – het akkoord blokkeren door bij de rechter bezwaar te maken tegen goedkeuring. Als hij dan aantoont dat het akkoord niet redelijk is, dan keurt de rechter het akkoord niet goed, bijvoorbeeld als het aan het zekerheidsrecht van banken een waarde toekent die hoger is en de banken daardoor onder het akkoord een veel hogere betaling krijgen toegekend. Dus als het akkoord niet redelijk is, keurt de rechter het akkoord niet goed. Waar wordt dan onder andere naar gekeken? Het is bijvoorbeeld niet redelijk als iemand minder zou krijgen dan bij een faillissement of als de reorganisatiewaarde niet eerlijk wordt verdeeld, conform de rangorde van schuldeisers.
Dan ga ik naar de amendementen. Mijn nummering is iets anders en is niet op volgorde; dat heeft ermee te maken dat een aantal amendementen zijn aangepast. Ik zou willen beginnen met het amendement op stuk nr. 14, dat het amendement op stuk nr. 9 vervangt. Ik ben zelf blij met dat aangepaste amendement, want in het eerdere amendement zat een perverse prikkel. Dit amendement stelt voor om schuldeisers alleen in te delen in de klasse van zekerheidsgerechtigde schuldeisers voor zover hun vordering gedekt wordt door een zekerheidsrecht; voor het ongedekte deel worden deze schuldeisers ingedeeld in de klasse van concurrente

schuldeisers. Daarmee wordt eigenlijk geëxpliciteerd wat we met dit wetsvoorstel willen doen. Daarom kan ik het oordeel over dit amendement aan de Kamer laten.
Dan het amendement op stuk nr. 15. Dat strekt tot vervanging van het amendement op stuk nr. 10.

De **voorzitter**:
Ik concludeer nog even dat het amendement op stuk nr. 13, excuus, het amendement op stuk nr. 14, dus oordeel Kamer heeft gekregen.

Minister **Dekker**:
Ja.
Ik ben nu bij het amendement op stuk nr. 15. Dat was stuk nr. 10, maar dat is nu stuk nr. 15. Dat gaat over die 20%. Dat klinkt natuurlijk heel erg sympathiek, maar ik maak me wel enorme zorgen over de gevolgen van dit amendement, omdat ik vrees dat mkb'ers hier uiteindelijk geen voordeel van proeven, maar er juist de dupe van zijn. Mevrouw Van der Graaf spreekt steeds over concurrente schuldeisers en mkb-bedrijven, maar dit amendement ziet op alle schuldeisers. Dat zijn bijvoorbeeld ook de financiers met een achtergestelde lening of obligatiehouders; ook zij zouden op basis van dit amendement 20% moeten krijgen, terwijl zij normaal gesproken in de rangorde onder de concurrente schuldeisers zitten. Alle schuldeisers 20% geven en tegelijkertijd de voorwaarde respecteren dat geen enkele schuldeiser slechter af is dan bij een faillissement is niet altijd mogelijk; sterker nog, dat is vaak niet mogelijk. Er is vaak gewoon te weinig geld, te weinig vermogen, over. Bij een faillissement komen financiers met een achtergestelde lening bij de verdeling van de faillissementsopbrengst na de concurrente schuldeisers. Deze schuldeisers verstrekken dus leningen met een hoger risico, waarbij ze vooraf weten dat de kans dat ze bij faillissement hun geld terugzien, kleiner is. Dat is op zich niet erg, dat is vaak ingecalculeerd, maar daar vragen ze vaak wat voor terug, namelijk een hogere rentevergoeding. Zoals ik al opmerkte, is een goede verstandhouding met de leveranciers essentieel om de onderneming voort te kunnen blijven zetten en de taart te vergroten. Andere schuldeisers gunnen mkb-bedrijven daarom vaak een aanzienlijk hogere uitbetaling dan in een faillissement. Dus ook met dit amendement kan nog steeds een akkoord – zo zou je het kunnen zeggen, want je kunt ook afwijken – worden voorgesteld waarbij de klasse van mkb-schuldeisers bijvoorbeeld 30% zou krijgen en de klasse van financiers met een achtergestelde lening 10%, wat op basis van redelijkheid en de rangorde helemaal niet zo heel erg gek is, zou je kunnen zeggen. Maar – daar komt de «maar» – als deze laatste klasse vervolgens tegen het akkoord stemt, leidt dit amendement ertoe dat één enkele schuldeiser binnen die klasse de macht krijgt om het akkoord tegen te houden, waarna vervolgens wordt aangekoerst op faillissement.
Dan zijn er in theorie twee opties om dat tegen te houden. De ene is om dan toch maar beide klassen 20% te geven, maar de vraag is of dat nou eerlijk is. De financiers van die achtergestelde lening hebben het risico op betalingsonmacht bij de schuldenaar al kunnen incalculeren; de mkb-schuldeisers hebben dat niet. Daarom zou het passend zijn om de concurrente schuldeisers, die mkb'ers, een hoger percentage te geven. Maar met dit amendement wordt dat zeer onwaarschijnlijk. Die route wordt ofwel geblokkeerd dan wel de kans dat het leidt tot een faillissement is groter.
Dan is er nog een tweede optie. Dat zit «m eigenlijk in de aanpassing die in het amendement zit.

De **voorzitter**:

Voordat u daarmee begint, merk ik op dat mevrouw Van der Graaf al een tijdje wil interrumperen. Ik zocht even naar het logische moment. Ik weet niet of dat nu is.

Minister **Dekker**:
Dan maak ik «m even helemaal af. Mevrouw Van der Graaf zegt: het is een gewijzigd amendement, maar eigenlijk op een minor point. Maar ik lees dat toch anders. Ik vind dat het amendement wel degelijk heel fundamenteel is veranderd. Als het je niet lukt om iedereen 20% te geven zonder af te wijken van de rangorde, mag je wel afwijken van de rangorde, zelfs als anderen daarmee in hun belangen worden geschaad. Dat is in feite wat dit amendement na aanpassing mogelijk maakt. Daarmee wordt afbreuk gedaan aan het beginsel dat geen enkele schuldeiser slechter af mag zijn dan in een faillissement. Dat is een belangrijk uitgangspunt van de WHOA. Het is overigens ook een belangrijk uitgangspunt in de Europese richtlijn over faillissementswet- en regelgeving. Daarmee zou dat indruisen tegen heel veel basisprincipes in de faillissementswet- en regelgeving. Maar ook dat leidt er dus weer toe dat er een perverse prikkel ontstaat voor deze partijen om dan maar richting faillissement te koersen in plaats van een onderhands akkoord te bereiken. Dit is een lange uitleg. Ik begrijp het idee erachter. Ik vind het ook een sympathiek idee, maar in z'n uitwerking werkt het echt averechts uit en leidt het niet tot minder maar tot meer faillissementen.

De **voorzitter**:
Dus uw oordeel is?

Minister **Dekker**:
Ontraden.

De **voorzitter**:
Het amendement op stuk nr. 15 wordt ontraden.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
De Minister bekijkt dit amendement heel erg vanuit de positie van de schuldeiser die een achtergestelde vordering heeft. Maar dat is toch precies wat ik in de toelichting van dit amendement heb uitgezonderd? Voor die mensen heb je die 20%-regeling helemaal niet nodig. Daar wordt die gewoon helemaal niet voor uitgesteld. Het hele grote bezwaar dat de Minister nu ten aanzien van dit amendement opwerpt, had ik dus voorzien. Dat hebben we in de toelichting opgenomen. Dit is nou zo'n voorbeeld waarvoor je die 20% helemaal niet zou hoeven inzetten. Dan kun je dus afwijken van die 20%.

Minister **Dekker**:
Ik zie dat toch echt anders, want hiermee wordt de hoofdregel gemaakt: alle schuldeisers 20%. U zegt dat u een ontsnappingsclausule hebt ingebouwd in uw amendement voor schuldeisers met een achtergestelde lening, maar dat wordt dan een muizengaatje, zeg maar. Daarmee vind ik het ook te weinig gedefinieerd in de wetstekst zelf. Mijn punt is a. de vraag of er straks voor alle schuldeisers überhaupt 20% te verdelen valt en b. de vraag of het dan rechtvaardig is om ervan uit te gaan dat het eerlijk is om al die schuldeisers 20% te geven. Ik gaf net een voorbeeld waarin dat in mijn ogen niet het geval is. Dat leidt er dan toe dat dat wel wordt afgedwongen, ten koste van bijvoorbeeld een concurrente schuldeiser, dan wel dat je eigenlijk een machtspositie geeft aan bepaalde partijen in beding om uiteindelijk bij de rechter hun vinger op te steken voor een faillissement. Dat vind ik gewoon echt een groot risico.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):

Ook hier heb ik in het voorstel dat in het amendement is opgenomen, gewoon een afwijkingsmogelijkheid opgenomen. Ja, je creëert een minimumbescherming van 20%. De Minister heeft net ook betoogd dat er vaker wel meer wordt uitgekeerd. Dan heeft dit amendement al helemaal geen enkele werking. Je zet dit amendement alleen in op het moment dat het echt nodig is, dat er echt een minimumbescherming nodig is. Die situatie is niet ondenkbaar. Als er gewoon niet meer te verdelen is, dan is er niet meer te verdelen. Als het alternatief dan een faillissement is, waarbij de kleine schuldeisers toch al niets krijgen, dan ga ik ervan uit dat er – als de WHOA wordt ingezet – altijd een meerderheid is die ermee instemt om genoegen te nemen met 10% en niet met die 20% die ze misschien hadden kunnen claimen. Als het er niet is, dan is het er niet. Ook dat regel ik met dit amendement.

Minister **Dekker**:
De uitzonderingspositie waar mevrouw Van der Graaf het over heeft, is geen uitzonderingspositie. Er zijn heel veel bedrijven waar ook obligatiehouders en achtergestelde leningen zijn. Dat is aan de orde van de dag. Voor al die categorieën wordt nu gezegd dat ze allemaal 20% krijgen. Dat is eigenlijk de basisregel in uw amendement. Ik wijs de Kamer alleen maar op de consequentie daarvan. Dat werkt een aantal kanten op. De vraag is of dat altijd eerlijk is. De vraag is of we onszelf er niet mee in de voet schieten. Ik ben gewoon somber. Dat ben ik niet zozeer over de intenties, want ik hoop natuurlijk dat iedereen al zijn geld terugziet, maar daar waar dat niet kan, weet ik niet of dit amendement gaat werken. Sterker nog, ik ben overtuigd van niet. Het kan dan juist het tegenovergestelde effect hebben.

De **voorzitter**:
De heer Van den Berge... Nee, mevrouw Van der Graaf.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Ja, toch, want de Minister begint nu weer over de achtergestelde vorderingen. Die vallen hier gewoon niet onder. Als hij met dat voorbeeld aankomt, is dat gewoon niet het juiste voorbeeld om dit amendement mee van tafel te vegen, om het maar zo te zeggen, want die vallen hier gewoon niet onder. Dat zijn achtergestelde vorderingen. Daarnaast geldt gewoon dat er afwijkingsmogelijkheden in zitten en dat het een minimumbescherming is die je alleen inzet op het moment dat je het nodig hebt, op het moment dat schuldeisers volledig worden afgeschreven. Het kan best zijn dat er akkoorden worden gesloten waarbij de handelscrediteuren gewoon betaald krijgen. Ik denk dat dat heel reëel is, maar het is misschien niet altijd het geval. Dan regel je via een minimumbescherming dat ze toch wat kunnen krijgen. Het is belangrijk, zoals de Minister ook in de memorie van toelichting bij deze wet heeft opgeschreven, dat je de reorganisatiewaarde alleen maar krijgt doordat je wat gaat afschrijven op de schuldeisers. Het gaat dus ergens pijn doen. Dan vind ik een percentage van 20 als minimumbescherming heel acceptabel, waarbij je ook nog de flexibiliteit om ervan af te wijken behoudt die de Minister zo prijst in de wet. Die bied ik ook in het amendement. Die minimumbescherming zet je in op het moment dat je het keihard nodig hebt. We horen dat grote partijen, die voor deze wet zijn, zeggen dat we deze wet in crisistijd moeten gaan inzetten. We zien die hausse van faillissementen op ons afkomen, we zien de ingewikkelde positie van ook de kleine ondernemers. Ik wil hen die minimumbescherming kunnen bieden. We hebben de kans om dat in deze wet te doen.

Minister **Dekker**:
Ik zie de grote partijen die zeggen dat we dit nodig hebben, maar die grote partijen – inclusief MKB-Nederland, de vakbonden, VNO-NCW en de

Stichting van de Arbeid – zeggen tegelijkertijd ook: doe dan de wet zoals die is, ongeamendeerd. Het is dus niet zo dat ík degene ben die dit roept. Volgens mij is er breed draagvlak voor om deze regeling voort te zetten. «Geef iedereen 20%» klinkt natuurlijk sympathiek, maar ik schets u alleen de averechtse effecten die de op uw manier aangepaste wet zal hebben. Ik schetste het via deze variant. Je kunt het ook nog via een andere variant schetsen. Stel dat er 40 te verdelen is, 20–20. Sommige partijen hebben een voorkeursrecht. Die zeggen «ik heb recht op wat meer». Bij faillissement zouden ze allemaal minder krijgen. Ze komen tot een verdeling van niet 20–20, maar 25–15. Dan zitten bijvoorbeeld concurrente schuldeisers onder die 20% van u. De vraag is of dat dan onredelijk is. Is het onredelijk dat iemand die een lening heeft gegeven met een onderpand, misschien iets meer terugkrijgt voor zijn lening dan een leverancier die nog een openstaande rekening heeft? Ik heb het liefst dat ze allemaal betaald krijgen, maar iemand met een onderpand heeft niet voor niets een lening met onderpand geleverd. Is het dan rechtvaardig dat die allebei hetzelfde terugkrijgen?
De huidige regeling maakt het mogelijk dat iedereen zegt «oké, als dat een regeling is waar wij ons allemaal oké bij voelen, is dat goed». Maar met uw aanpassing geef je aan deze ene categorie, die 15% krijgt, de mogelijkheid om zijn vinger op te steken, naar de rechter te gaan en uiteindelijk ofwel af te dwingen dat men toch ten koste van de anderen meer krijgt, dan wel om richting het faillissement te gaan. Dat lijkt heel erg op de situatie die we nu ook hebben, waarin één enkele schuldeiser, doordat hij een blokkaderecht heeft, er meer uit kan halen, haast als een soort misbruik van zijn blokkaderecht, om uiteindelijk de onderneming te laten overleven. Dat is precies wat we met dit wetsvoorstel proberen te voorkomen en dat wordt met de aanpassingen in dit amendement er juist weer ingebracht.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Ik vind het eerlijk gezegd heel lastig te beoordelen, omdat het natuurlijk een heel hypothetische discussie is. Het is een situatie die we nu nog niet hebben. Als ik het antwoord van de Minister beluister, vooral de ongewenste effecten die hij ziet, zoals mogelijk meer faillissementen, dan heb ik daar toch zware twijfels bij. Ik zie namelijk wel degelijk uitzonderingsgronden in dit amendement staan. «Een zwaarwegende grond om van die 20% af te wijken», dat is er een in juridische zin. En bovendien kan het nog steeds zo zijn dat een klasse die minder dan 20% krijgt, wel kan instemmen als ze denken dat ze bij een faillissement nog slechter af zijn. Ik ben toch even benieuwd hoe reëel die negatieve bijeffecten zijn die de Minister ziet. Ik vind dat heel lastig te beoordelen.

De **voorzitter**:
Zonder alles wat al gezegd is, te herhalen. Dat is de uitdaging.

Minister **Dekker**:
Ik zie dat risico als bijzonder reëel, omdat die bijzondere voorwaarde echt een uitzonderingssituatie is. Ik gaf net wat voorbeelden waarvan ik zei dat dat helemaal geen uitzonderingen zijn; het is eerder regel dan uitzondering. Dat gaat gewoon gebeuren. Dit is een voorstel dat zegt: ga in principe over alle schuldeisers, over alle klassen uit van die 20%. Het tweede is dit. Natuurlijk kan vrijwillig ergens mee worden ingestemd, maar het punt is nu juist dat nu ook vrijwillig kan worden ingestemd met iets, alleen hoeft er maar één te zijn die zijn vinger opsteekt. Die kan dan met de dreiging van een faillissement zijn vetorecht misbruiken om er meer uit te halen dan waar hij misschien recht op had gehad. Daar willen we volgens mij vanaf. Dat leidt er namelijk toe dat er toch onnodig meer bedrijven failliet gaan dan echt strikt noodzakelijk is.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Ik blijf het amendement toch anders lezen, want ik lees hier geen vetorecht in, ik lees een mogelijkheid voor een klasse die minder dan 20% krijgt, om naar de rechter te stappen en te zeggen «ik vind dit akkoord niet redelijk en er is niet aan die 20% voldaan». Volgens mij is dat geen vetorecht, maar gaat een rechter beoordelen of het akkoord in kwestie inderdaad onredelijk is. Ik lees het amendement toch echt anders, dus nogmaals de vraag aan de Minister: waarin zit dan precies het vetorecht in deze wettekst?

Minister **Dekker**:
Omdat degene die daarnaartoe gaat niet alleen maar een beroep doet op de rechter vanwege het feit dat hij niet aan de 20% voldoet, maar omdat het amendement ook zegt: als je niet aan de 20% voldoet, is dat een harde voorwaarde voor de rechter om het akkoord af te wijzen.

De heer **Van Nispen** (SP):
De Minister heeft het steeds over een taart die verdeeld moet worden en die met dit wetsvoorstel groter gemaakt wordt, zodat er meer te verdelen is. Maar wat is er redelijk aan als in de praktijk zoals hij nu is, en eigenlijk ook in het voorstel van de Minister, van een grotere taart bepaalde schuldeisers 0% krijgen? Want 0% van een grotere taart is natuurlijk nog steeds niks. Dit amendement probeert daaraan iets te doen. Dan kan de Minister zeggen dat het niet de juiste manier is en dat het risico's met zich meebrengt, maar het voorstel van de Minister doet daar niks aan. Ja, in bepaalde omstandigheden wel, maar de waarborgen om ervoor te zorgen dat schuldeisers niet tot 0% worden afgeschreven, zitten er niet in. Het inbrengen van een minimumbescherming van 20% is volgens de Minister niet de goede weg, maar de waarborgen van de Minister om dit te voorkomen zie ik ook niet. Als het amendement van collega Van der Graaf niet adequaat is geformuleerd en als er risico's zijn, zou ik graag willen dat de Minister niet alleen maar zegt «nee, want het moet op mijn manier; de grotere taart gaat nog steeds voor 90% naar de banken en in sommige gevallen voor 0% naar anderen», maar dat hij zegt hoe het dan wel kan op een eerlijke manier, zodat het grotere stuk van de taart in ieder geval ten goede komt aan alle schuldeisers.

Minister **Dekker**:
Juist daarvoor zit een harde waarborg in dit wetsvoorstel. Het zegt namelijk twee dingen: je mag nooit slechter af zijn dan bij een faillissement. Dat betekent dat als je op nul gezet wordt, en dat slechter is dan faillissement, er gewoon een harde reden is om het te laten afwijzen door de rechter. Twee is: er moet sprake zijn van een eerlijke verdeling van de meerwaarde op basis van de wettelijke rangorde. Dat zijn twee harde eisen waaraan ook door een rechter zal worden getoetst. Dan is de vraag nog een stap verder: hoeveel zekerheid biedt dat nou? Dan kijk ik naar de praktijk van een aantal landen om ons heen die werken met dit soort regelingen, overigens zonder dit soort garanties en percentages erin. Daar zie ik dat ik in heel veel van de gevallen concurrente schuldeisers, mkb'ers, erbuiten worden gehouden, omdat er deals worden gemaakt tussen de grote financiers over een afwaardering van de schulden en de voortzetting van het bedrijf, zonder dat anderen daar wetenschap van hebben. Dan raakt het mkb'ers totaal niet. Die krijgen dan niet 20%, maar die krijgen 100%, dus dat is goed. Het tweede is dat de ervaring leert dat ook voor de doorstart, of eigenlijk de voortzetting, van het bedrijf een goede verstandhouding met leveranciers, dus met de mkb'ers, van ongelofelijk belang is om er überhaupt nog een succes van te maken. Die zitten er helemaal niet op te wachten om mensen op de kast te jagen of met een kluitje het riet in te sturen, want dan zeggen mensen de volgende

keer: dan lever ik niet meer aan je. We zien in de praktijk dat mkb'ers waar dat kan worden ontzien, zonder dat er een verplichting op ligt.
Het zijn die twee dingen, de waarborgen in de wet in combinatie met de ervaringen in gevallen waarin met dit soort systemen en regels wordt gewerkt, waardoor ik er het volste vertrouwen in heb. Ik ben zelf erg groot voorstander van een vinger aan de pols houden. Laten we kijken of het echt zo uitwerkt. Dat was volgens mij ook de suggestie die de Stichting van de Arbeid deed. Het is geen onzinargument. Natuurlijk wil je weten hoe dit uiteindelijk uitpakt en of mkb'ers daarbij gebaat zijn. Heel veel partijen denken van wel; MKB-Nederland zelf ook. Maar laten we nou ook kijken of het in de praktijk zo uitpakt. Als dat niet het geval is, kan je altijd weer terug naar de tekentafel om te kijken wat je extra nodig hebt. Ik ben alleen bang dat de suggesties die daar nu voor op tafel worden gelegd, het hele principe van de wet onderuithalen.

De heer **Van Nispen** (SP):
Ik zeg eerlijk dat ik niet kan overzien hoe het in andere landen uitpakt. Dat is zo. Dat weet ik niet. Maar ik weet wel dat de wettelijke voorwaarden die de Minister schetst, eigenlijk geen goed argument zijn om dit op deze manier te doen. De eerste voorwaarde is dat een schuldeiser niet slechter af mag zijn dan bij een faillissement. Nou, bij een faillissement heb je ook 0%, dus je bent niet slechter af als je van een grotere taart 0% krijgt. Aan die voorwaarde is dus voldaan. De tweede voorwaarde is dat de rechter toetst of een eerlijke verdeling heeft plaatsgevonden op basis van de wettelijke rangorde. Daaraan zal ook voldaan zijn, want die wettelijke rangorde is niet doorbroken. Ik geef toe dat ik niet weet hoe het in de praktijk gaat werken, maar volgens mij moet de Minister toegeven dat de wettelijke voorwaarden niet kunnen voorkomen dat iemand nog steeds 0% krijgt. En let wel, iemand geeft dus zijn vordering prijs om een grotere taart mogelijk te maken. Dan vind ik het wél per se onredelijk als dat op 0% kan uitkomen. Daarom vind ik dat voorstel van mevrouw Van der Graaf zo goed. Als de Minister nu bezwaren opwerpt, zou ik het heel fijn vinden als hij zei hoe het anders of beter zou kunnen om te voorkomen dat je naar 0% gaat. Dat hoor ik nog niet.

Minister **Dekker**:
Ik zit een beetje te zoeken, want als we in rondjes draaien komen we daar ook niet veel verder mee. De Raad van State, die overigens positief is op dit punt, haalt in zijn advies aan – en dat argument hebben we overgenomen – dat de recovery rate voor concurrente schuldeisers, die mkb'ers, in de VS bijvoorbeeld 52% is. Dat vind ik ongelofelijk veel. Dat is vele malen meer dan in faillissement, waarbij je ongeveer aan 2% à 3% moet denken, gemiddeld. Ik heb er zelf dus veel vertrouwen in dat dit kan helpen. We hebben dit natuurlijk gewikt en gewogen met al die deskundigen en belangenorganisaties. Die zeggen ook dat dit eigenlijk goed in elkaar zit. Geeft dat de volledige zekerheid? Het geeft je twee zekerheden. Ten eerste ben je nooit slechter af dan bij een faillissement. Ten tweede moet de verdeling van het reorganisatiesurplus op een eerlijke manier gebeuren, conform de rangorde van schuldeisers. Daardoor, in combinatie met het feit dat er een wezenlijk belang is om bijvoorbeeld je leveranciers te vriend te houden, ben ik niet zo bang voor het wat hypothetische sombere scenario dat u schetst. Ik ben wel bang dat, als je gaat werken met harde garanties, het negatieve effect daarvan groter is dan het positieve effect.

De heer **Van Dam** (CDA):
Voorzitter, zeker nu we dit amendement zo uitdrukkelijk behandelen, heb ik een vraag. Maar die is meer gericht op mevrouw Van der Graaf als indiener van het amendement dan op de Minister. Daarmee treed ik een

beetje buiten de orde, maar ik zou u toch willen vragen of dat is toegestaan.

De **voorzitter**:
Ja, gaat uw gang.

De heer **Van Dam** (CDA):
Mijn vraag gaat over dat begrip «zwaarwegende grond». Ik zie, ook met de toelichting van de Minister, dat de discussie over dit onderwerp zich naar dat begrip kan verplaatsen. Als een schuldenaar of een andere categorie schuldeisers wil wegkomen bij dat 20%-criterium, ga je je beroepen op die zwaarwegende grond. Nou heb ik zitten zoeken, maar ik zie verder geen invulling van dat begrip «zwaarwegende grond». Ik wil niet flauw doen door te zeggen dat de Raad van State zal zeggen dat de rechter het dan moet invullen, maar ik denk wel dat het heel erg van belang is dat we een beetje beeld hebben van wat daarmee bedoeld wordt. Zou u dat misschien nog wat nader kunnen toelichten?

De **voorzitter**:
Ja, dat kan mevrouw Van der Graaf ongetwijfeld. Maar laten we dat dan even in tweede termijn doen. Dat lijkt me prima.
Ik geloof niet dat de conclusie van de Minister inmiddels gewijzigd is. Het amendement op stuk nr. 15 is nog steeds ontraden? Gaat u verder.

Minister **Dekker**:
Voorzitter. Dan ga ik naar het amendement op stuk nr. 11 van de heer Nijboer, dat een aanpassing voorstelt die ertoe leidt dat een aandeelhouder bij een akkoord alleen aandelen kan behouden als die een marktconforme tegenprestatie levert, zoals de verstrekking van nieuw kapitaal. Ik heb begrip voor de vrees dat aandeelhouders te makkelijk wegkomen met een redelijke grond om in de onderneming te kunnen blijven zitten en vooral te kunnen profiteren van de herstructurering.
Ik wil graag vooropstellen dat de WHOA dit nu al niet zomaar toelaat. Als het zich toch zou voordoen, dan kunnen schuldeisers het akkoord tegenhouden. Op basis van de WHOA geldt nu als hoofdregel dat aandeelhouders alleen hun aandelen kunnen behouden als er aan een aantal voorwaarden wordt voldaan, namelijk a. dat er een redelijke grond voor is en b. dat een tegenstemmende klasse hierdoor niet wordt benadeeld. Daarmee wordt eigenlijk al geïmpliceerd dat er sprake moet zijn van een tegenprestatie. De andere schuldeisers zullen die tegenprestatie beoordelen. Als zij die niets vinden, zullen zij tegen het akkoord stemmen. Dit kan ertoe leiden dat een of meerdere klassen tegen het akkoord stemmen. Als de rechter vervolgens om goedkeuring wordt gevraagd, kan een individuele schuldeiser uit zo'n klasse ook bezwaar maken. Dat bezwaar slaagt als er geen redelijke grond is voor de afwijking of de schuldeiser evenals de andere schuldeisers binnen zijn tegenstellende klasse door de afwijking in zijn belangen worden geraakt. Kortom, je zou kunnen zeggen dat daarmee al waarborgen zijn geleverd en het amendement in die zin niet nodig is.
Er speelt bovendien nog een bezwaar bij het amendement. Het introduceert opnieuw een machtspositie voor de dwarsliggende schuldeiser en het doet afbreuk aan de vrijheid van partijen om passende afspraken te maken en samen te komen tot een vergroting van de taart.
Misschien is het het handigst om maar gewoon een voorbeeld te gebruiken, een beetje langs de lijnen zoals de heer Nijboer dat ook deed, van een onderneming die bij wijze van spreken kleding verkoopt en in zwaar weer belandt door, weet ik veel, het weer dat niet meespeelde of door corona. Het bestuur van die onderneming legt aan de schuldeisers een akkoord voor om de schulden te saneren. Onderdeel van dat akkoord is dat de financiers een gedeeltelijke kwijtschelding geven van de lening in

ruil voor aandelen in de onderneming. De aandeelhouders behouden zelf ook aandelen. In ruil daarvoor dragen zij het merkrecht dat zij in eigendom hebben over aan de onderneming. Gelet op de omvang van de kwijtschelding van de financiers hadden eigenlijk veel meer aandelen over moeten gaan op de financiers (bijvoorbeeld: banken), maar zij zijn bereid om dit voor een deel bij de aandeelhouders te laten. Je zou kunnen zeggen dat dat een gunst is van de financiers richting de aandeelhouder. Omdat de verdiencapaciteit van de onderneming in hoge mate afhankelijk is van het kunnen gebruiken van dat merkrecht, is de overdracht van dat recht van groot belang. Alleen dan kan de taart worden vergroot. Daarom stemt het overgrote deel van de schuldeisers hiermee in.
Maar dan doet zich het geval voor dat er een aantal dwarsliggers zijn. Dat kan ertoe leiden dat een klasse tegenstemt, terwijl je zou kunnen zeggen dat de belangen van deze klasse helemaal niet worden geschaad door de gunst van de banken richting de aandeelhouders. Eigenlijk wil deze klasse bereiken dat zij daar ook een beetje van krijgen, want anders stemmen de schuldeisers dan tegen. Om het akkoord dan toch tot stand te brengen, moet de tegenprestatie van de aandeelhouders worden gewaardeerd. De dwarsliggers krijgen dus de kans om hun machtspositie uit te spelen. Ofwel zij krijgen ook een beetje van de anderen of ze worden een tegenstemmende klasse, jagen de onderneming op extra kosten en riskeren dat het akkoord alsnog niet tot stand wordt gebracht. Het amendement leidt er in feite toe dat als een schuldeiser binnen bijvoorbeeld de eerdergenoemde tegenstemmende klasse van achtergestelde financiers bij de rechter bezwaar maakt tegen de goedkeuring, er altijd een waarderingsrapport moet worden opgesteld waaruit blijkt dat de tegenprestatie marktconform is. Dat is een vrij omslachtige procedure met veel kosten.
Kort gezegd, ik denk dat het wetsvoorstel al een aantal waarborgen biedt dat als aandeelhouders aanblijven, daar een tegenprestatie tegenover moet staan. Het risico van dit amendement is dat het ofwel leidt tot heel veel administratieve lasten van het maken van dat soort waarderingsrapporten, terwijl het overgrote deel van de schuldeisers wellicht akkoord is met de constructie.
Dan ga ik naar het amendement op stuk nr. 12.

De **voorzitter**:
Ik neem aan dat het amendement op stuk nr. 11 wordt ontraden.

Minister **Dekker**:
Ja, ontraden.

De **voorzitter**:
Het amendement op stuk nr. 11 is ontraden.

De heer **Nijboer** (PvdA):
Het voorbeeld is wel goed uitgewerkt. Het gaat inderdaad over machtsposities. Ik vind het ook wel goed dat de Minister dit zo uitlegt. Stel, je hebt een detailhandel, wat niet denkbeeldig is, bijvoorbeeld V&D, een merknaam. Je levert dekbedden, kinderboeken, cd's – hoewel, die werden niet meer verkocht – iPads of weet ik veel wat. Dat zijn allemaal leveranciers, deels groot en deels klein. Dat zijn die niet zo professionele partijen. De professionele partij is V&D. Die heeft zijn merknaam V&D ergens anders ondergebracht. Dat weet natuurlijk geen hond van al die leveranciers, maar dat blijkt dan zo te zijn. Die rekenen dan af en zij staan op achterstand. Ik probeer met dit amendement om het machtsevenwicht een beetje terug te krijgen ten opzichte van die professionele partijen die zo handig zijn geweest om de naam V&D af te scheiden van de detailhandel waar ze altijd aan hebben geleverd.

De **voorzitter**:
U heeft daar geen vraag over. Dit is de uitleg.

De heer **Nijboer** (PvdA):
De vraag is dus... De Minister zegt: eigenlijk hebben we al wat misbruikwaarborgen in de wet. Dat ben ik met de Minister eens. Het probleem is dat dit de praktijk van alledag is van grote professionele partijen die de huidige Nederlandse wet gebruiken om bijvoorbeeld zo'n merknaam waar het voortbestaan van het bedrijf van afhangt – dat geldt voor veel grote bedrijven – ergens anders onder te brengen, waarvan al die toeleveranciers de pineut zijn. Als je evenveel kennis hebt, kun je helemaal strak redeneren: die kwastenman... Mijn moeder heeft bij een groothandel in kwasten gewerkt; vandaar dat ik met die kwasten kom. Die leverde onder andere aan de HEMA. Maar goed, van die kwastenman of die leverancier van kinderboeken kun je dat niet verwachten. Dat is het probleem.

De **voorzitter**:
Helder. De Minister.

Minister **Dekker**:
Ik zie dat natuurlijk wel. Tegelijkertijd is de mogelijkheid er. We hebben het als wetgever niet verboden om bepaalde onderdelen in verschillende constructies onder te brengen. Als een deel failliet gaat, kan een deel van de constructie zijn dat je waarde die in een andere vennoot zit onderbrengt in de noodlijdende vennoot. Ik vind het punt van de heer Nijboer wel terecht. Het wordt nu alleen uitgespeeld over de band van de WHOA. Ik denk dat die niet het vehikel daarvoor is. Ik wijs alleen maar op de negatieve effecten die dat kan hebben, namelijk ofwel een machtspositie van enkele schuldeisers die een akkoord kunnen tegenhouden waardoor je richting een faillissement wandelt dan wel een extra last door het inbrengen van dit soort verplichte waarderingselementen in de procedure. Hier gaat het dan om merkenrecht, maar het kan bijvoorbeeld ook bij een groot sterrenrestaurant zijn waarbij de chef-kok zegt: ik ben bereid bij een doorstart nog tien jaar te blijven werken in deze zaak. Alle betrokkenen zeggen dan: de waarde van dit restaurant wordt toch wel bepaald door degene die achter het fornuis staat. Het is best een ingewikkelde operatie om dat te moeten laten waarderen door een waarderingsdeskundige en dat kost een hoop geld, waarmee je het gewoon een zwaardere procedure maakt. Ik denk dat dat het effect is van uw aanpassing. Voor een deel begrijp ik uw frustratie ook nog wel, maar de vraag is alleen of dat wordt opgelost met dit amendement. Dat is in mijn ogen niet zo.

De **voorzitter**:
Gaat u verder.

Minister **Dekker**:
Dan kom ik bij het amendement op stuk nr. 12. In dat amendement wordt voorgesteld om te regelen dat aandeelhouders of bestuursleden zich bij een akkoord niet kunnen beroepen op een verkregen zekerheidsrecht. Het amendement beperkt daarmee de financieringsmogelijkheden van bedrijven. Als een bedrijf of een onderneming een minder goede tijd doormaakt, dan kan dat ertoe leiden dat bijvoorbeeld de huisbankier niet langer bereid is om te financieren. Die wil dan uitstappen. Dan is er nog de mogelijkheid dat de aandeelhouder het krediet overneemt van de huisbankier. Daarmee wordt de last voor de firma niet vergroot. Het is ook niet zo dat een aandeelhouder hiermee waarde naar zich toe trekt ten koste van de positie van andere schuldeisers. De aandeelhouder neemt in dat geval de financiering, de bijbehorende zekerheden en de daarmee gemoeide financieringsrisico's over van de bank die uitstapt. Je zou kunnen zeggen: de positie van de andere schuldeisers verandert daarmee

niet. Met dit amendement zullen de aandeelhouders niet langer tot zo'n stap bereid zijn. Dat betekent dat een kredietintrekking van de bank sneller leidt tot een faillissement van de onderneming. Dat is de reden dat ik het amendement ontraad.

De **voorzitter**:
Het amendement op stuk nr. 12 wordt ontraden.

Minister **Dekker**:
Voorzitter. Dan kom ik op het amendement op stuk nr. 13. In het wetsvoorstel is het nu op basis van de WHOA zo dat als schuldeisers in een faillissement een uitkering in geld zouden kunnen krijgen en een klasse tegen het akkoord stemt, het akkoord alleen goedgekeurd kan worden als de schuldeisers onder het akkoord toch de keuze krijgen voor een uitkering in geld. Met dit amendement wordt de schuldeisers niet langer die zekerheid geboden. Zo kan een klasse van banken bijvoorbeeld niet gedwongen worden om in ruil voor een gedeeltelijke kwijtschelding van de lening aandelen te accepteren, als de meerderheid binnen die klasse dat niet wil. Banken die in een faillissement door hun zekerheidsrecht een uitkering in geld zullen krijgen, kunnen daar bezwaar tegen hebben, want een bank verdient aan kredieten en is geen grootaandeelhouder. Datzelfde geldt voor de Belastingdienst. Als tegen de Belastingdienst wordt gezegd «weet u wat, we zetten uw vordering om in aandelen», dan zit de Belastingdienst straks met aandelen in zijn maag. Om die reden is dit principe in de wet opgenomen. Ik ontraad het amendement daarom.

De **voorzitter**:
Het amendement op stuk nr. 13 is ontraden.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
De toelichting die de Minister hier geeft, staat niet in de memorie van toelichting. We weten natuurlijk dat de behandeling en de bespreking van een wetsvoorstel ook tot de wetsgeschiedenis behoren, maar ik wil toch een vraag aan de Minister voorleggen. De Minister is volgens mij op zoek gegaan naar een wet waarin zo min mogelijk perverse prikkels zitten. Ik denk dat dit wel een perverse prikkel is. Ik denk namelijk dat dit een versterking is van de positie van zekerheidsgerechtigde partijen, zoals de Minister ook in de consultatieversie bij deze wet had opgenomen. Dat heeft hij er nu uit gehaald. In de toelichting staat nu dat het eerlijk is, maar ik heb in mijn eerste termijn betoogd dat het eigenlijk helemaal niet eerlijk is. Het brengt juist een machtspositie teweeg doordat partijen alleen al kunnen dreigen om het geld dat ze uit een faillissement krijgen of verwachten te krijgen, uit die onderneming te halen. Per definitie zullen dat alleen de zekerheidsgerechtigde partijen zijn, omdat dat de partijen zijn die normaal gesproken veel uit een faillissement krijgen. Dat geldt niet voor de kleine schuldeiser, want die krijgt niets daaruit. Voor de kleine schuldeiser betekent dit recht ook niks. Dit is dus per definitie een perverse prikkel om dwars te gaan liggen, om druk te zetten en om niet tot een redelijk akkoord te komen. Wil de Minister daar eens op reageren?

Minister **Dekker**:
Ik denk dat mevrouw Van der Graaf op zich een punt heeft dat als je erop mag staan dat je het in contant geld krijgt, het een juridische titel is om niet met iedere aanbod akkoord te gaan. Stel dat tegen financiers gezegd wordt: wij zetten uw vordering om in aandelen; u wordt deels eigenaar van het bedrijf, tegen kwijting van de schuld. Als de financiers daarmee akkoord zijn, zou mij dat een lief ding waard zijn, want het is vaak een manier om het bedrijf te redden. Waar ik alleen ook tegen aanloop, is dat een aantal van de preferente schuldeisers – met name de banken, maar

ook het UWV en de Belastingdienst – niet zo vreselijk veel kunnen met aandelen. Die zullen dus misschien wel bereid zijn om deels over te gaan tot een kwijting van de schuld, tot een betalingsregeling of tot uitstel van betaling, maar ik kan me voorstellen dat ze niet akkoord gaan met het aanbod van aandelen. Dat is de reden dat die «in contanten»-clausule in de wet staat. Daarvan zegt u – als ik het goed begrijp: die wil ik er nu uithalen. Als je die er dan uithaalt, is het niet zo dat die financiers volledig in de kou staan, maar dan moeten banken dus wel genoegen gaan nemen met aandelen en moet ook de Belastingdienst genoegen gaan nemen met aandelen. Daar zie ik ook wel weer een bezwaar in, want een bank heeft een systeemfunctie. Die heeft natuurlijk ongelofelijk veel leningen lopen. Voordat je het weet, wordt een groot deel daarvan omgezet in aandelen. Wat moet je als bank met al die aandelen? Dat is een beetje het punt waar ik mee worstel.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Dat punt van die aandelen snap ik. Maar een bank kan ook een claim in het vooruitzicht worden gesteld dat hij het pas over een looptijd van drie jaar terugbetaald kan krijgen, in plaats van dat die bank nu alvast dreigt met «ik kan nu het faillissement aanvragen; ik wil dat geld nu in contanten krijgen». Dus in plaats van dat hij normaal gesproken bijvoorbeeld pas over acht jaar op die vordering was teruggekomen, komt hij daar meteen al op terug. Dat is wat ik hier voorhoud. Dat zou voor de banken, denk ik, een hele aardige zijn en hierin een oplossing kunnen zijn. Daar heb je dat recht op contanten helemaal niet bij nodig. Nogmaals, dat recht op contanten is alleen maar een recht dat kan worden ingeroepen door dat soort grote schuldeisers, die daardoor dus het geld uit de onderneming halen. Kleine schuldeisers, de gewone schuldeisers, kunnen dat helemaal niet inroepen, want die zouden bij een faillissement al helemaal niets hebben.

Minister **Dekker**:
Volgens mij staan wij hierin minder ver van elkaar. U heeft gezien dat er een aantal amendementen waren waar ik wat principiëler in was. Ik doe het even in mijn eigen woorden. Dan gaan we straks – misschien dat ik daar even de tweede termijn voor gebruik – kijken of je dat juridisch zo erin kan gieten. Ik begrijp het bezwaar van banken en de Belastingdienst. Die zeggen: bij een faillissement begrijpen we dat we ook voor een deel moeten bloeden, maar wij hebben niet zo vreselijk veel aan een verplicht aanbod om aandelen te accepteren. Die aandelen zullen best een bepaalde waarde vertegenwoordigen, maar een bank is geen grootaandeelhouder en de Belastingdienst net zomin. Waar ik in mee ben gegaan – dat is precies de reden dat het als dusdanig staat in de wet – is dat ik me kan voorstellen dat banken en de Belastingdienst zeggen: «Wij willen in the end, als part of the deal, wel iets hebben dat in geld uitdrukbaar is. Dat kan desnoods een uitgestelde betaling zijn, een afwaardering van onze schuld of een betalingsregeling. Of het wordt een aantal jaren on hold gezet en dan wordt er rente vergoed.» Dat versta ik allemaal onder de noemer «in contanten». Als u zegt «maar dat bedoel ik ook en volgens mij wordt het juist uitgesloten met «in contanten»«, dan hebben we daar volgens mij een landingsgrond om te kijken of we ons daarin kunnen vinden. Maar als u zegt «ik vind ook dat banken en de Belastingdienst aandelen zouden moeten accepteren», dan zou dat voor mij net even een brug te ver zijn.

De **voorzitter**:
Goed. Hier komt u in de tweede termijn op terug.

Minister **Dekker**:

Ja, dan ga ik ook nog even goed kijken naar het amendement en naar de wetstekst.

De **voorzitter**:
Om te voorkomen dat dat ergens diep in de avond wordt, vraag ik u om verder te gaan. Ik zie nog een hele stapel liggen.

Minister **Dekker**:
Ja, maar volgens mij kunnen we daar heel snel doorheen, omdat ik al veel heb beantwoord. Maar dat geldt nog niet voor het punt van fraude. De heren Van Dam en Van Nispen hebben allebei een initiatiefnota gemaakt. Als hier gefraudeerd wordt, is er sprake van een dwaling. Een rechter kan er dan ook weer op terugkomen. Maar het gebeurt ook vaker in faillissementen dat er gefraudeerd wordt. Ik zeg u toe dat ik schriftelijk op uw initiatiefnota terugkom, zodat we daar op een later moment wat uitvoeriger over kunnen spreken.

De **voorzitter**:
Even voor de helderheid: hebt u enig idee wanneer dat zal zijn?

Minister **Dekker**:
Ik denk dat dat nog voor de zomer mogelijk moet zijn. Ja. Wij gaan ons best doen voor de zomer en anders wordt het rond de zomer.

De **voorzitter**:
Hartelijk dank. Deze zomer.

Minister **Dekker**:
De heer Van den Berge vroeg hoe het zit met de eenheid in klassen: als een meerderheid vóór is, heeft een minderheid dan geen juridische mogelijkheden? De minderheid kan nog steeds bezwaar maken als men in faillissement slechter af is. Die titel en waarborg zitten nog steeds in de wet en bieden een basis om uiteindelijk richting de rechter te gaan.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Ik denk dat de Minister bedoelt: als die ondernemer bij een akkoord slechter af is dan bij een faillissement. Toch?

Minister **Dekker**:
Ja.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Dan heb ik het goed begrepen.

De **voorzitter**:
Gaat u verder.

Minister **Dekker**:
De heer Van den Berge vroeg ook hoe het zit met de debt for equity swap. De voorwaarden daarbij zijn net als bij de andere afspraken dat de schuldeiser uiteindelijk niet slechter af mag zijn dan bij een faillissement en dat de reorganisatiewaarde eerlijk moet worden verdeeld.
Dan vroeg de heer Markuszower waarom er weinig waarborgen in de wet zitten ten aanzien van de verhouding van de grote en de kleine schuldeisers. Ik heb er al het een en ander over gezegd. Het is niet alleen maar groot of klein, maar het zit er veel meer in of schuldeisers zekerheidsrecht hebben of niet. Je kunt een kleine schuldeiser zijn met een zekerheidsrecht en dan val je in de rangorde iets hoger uit. Maar je kunt ook een grote schuldeiser zijn – soms zijn dat ook gewoon banken – zonder zekerheidsrecht. Een bank is dan gewoon een concurrente schuldeiser.

Voorzitter. Dan kom ik ter afsluiting van dit deel bij het amendement op stuk nr. 8. Daarover kan ik het oordeel aan de Kamer laten. Het lijkt mij goed om te evalueren. Ik heb zojuist ook een aantal punten genoemd die werden opgebracht door de heer Groothuizen en die kunnen worden meegenomen.

De **voorzitter**:
Het amendement op stuk nr. 8 krijgt oordeel Kamer. Meneer Van Dam, u gaat toch geen bezwaar maken tegen dat oordeel, mag ik hopen?

De heer **Van Dam** (CDA):
Nee, ik heb nog een paar vragen openstaan die ik aan de Minister had gesteld. Het zijn er niet veel, maar misschien is dit het moment om hem daar even aan te herinneren. Het gaat onder andere over de kwaliteit van de herstructureringsdeskundige. Ik dacht dat ook het punt nog openstond hoe we nou kunnen zorgen dat het mkb ook snel van deze wetgeving gebruikmaakt. Hetzelfde geldt voor het begrip «aanmerkelijk slechtere positie». Als ik me daar nu even toe beperk, dan ben ik ook weer blij.

Minister **Dekker**:
Nou, hoe de aanmerkelijk slechtere positie kan worden aangetoond... De schuldeiser krijgt bij een akkoord standaard heel veel informatie. Dat schrijft de wet voor. Op basis van die informatie kan hij een conclusie trekken over de financiële staat van het bedrijf in nood. Op basis daarvan kan hij concluderen of hij inderdaad een gerechtvaardigd deel krijgt dan wel minder dan bij faillissement, wat een grond zou zijn om uiteindelijk je vinger op te steken bij de rechter. Als hij dat dan naar voren brengt bij de rechter, zal de schuldenaar het tegendeel moeten aantonen. Lukt dat niet, dan kan het akkoord niet worden goedgekeurd.
Dan de herstructureringsdeskundige. Dat is eigenlijk een nieuwe insolventie professional. We hebben daarover ook contact gehad met de Raad voor de rechtspraak. Zij zeggen: net zo goed als bij het toekennen van een curator bij een faillissement kunnen wij ons voorstellen dat wij een lijstje maken met goede herstructureringsdeskundigen op wie we kunnen terugvallen wanneer daar een verzoek om wordt gedaan.

De heer **Van Dam** (CDA):
Is een herstructureringsdeskundige dan een econoom, een bedrijfseconoom? Of is het een jurist? Komt die uit de pool van bewindvoerders? Wat voor beeld hebt u daarbij?

Minister **Dekker**:
Ik kan me voorstellen dat dat naar analogie van de curator een jurist is die weet wat de rechten zijn van de verschillende schuldeisers, die enig besef heeft van hoe een bedrijf gerund wordt en wat ervoor nodig is om partijen bij elkaar te houden. Ik kan me voorstellen dat zo iemand wordt aangewezen.

De **voorzitter**:
Meneer Van Gent, u had ook nog een vraag, geloof ik.

De heer **Van Gent** (VVD):
Ja, maar ik meen dat er nog één vraag openstond van de heer Van Dam.

De **voorzitter**:
Dan wachten we daar nog even op.

Minister **Dekker**:
Dan moet de heer Van Dam mij nog even helpen. Welke vraag was dat?

De heer **Van Gent** (VVD):
Die ging over de voorlichting aan het mkb.

Minister **Dekker**:
Ik dacht dat ik daar helemaal in de intro al wat over had gezegd. Volgens mij geven wij ergens in de memorie van toelichting aan dat onze verwachting is dat dit in den beginne vooral gebruikt wordt door de wat grotere bedrijven. Maar dit is niet exclusief; het kan door ieder bedrijf worden gebruikt. Het vraagt alleen wel wat kennis van zaken en eventueel ondersteuning. Wij zullen contact opnemen met de koepels en met MKB-Nederland, omdat er een aantal portalen zijn waar bedrijven in nood sowieso al naartoe gaan en waar ze veel informatie kunnen opvragen. Het zou goed zijn als daar straks goede voorlichting plaatsvindt, ook voor het midden- en kleinbedrijf, over de manier waarop zij van deze regeling gebruik kunnen maken. Een stap verder is: moet je daar dan niet een soort gesubsidieerde bijstand voor bieden? Dat werd gesuggereerd, maar dat vind ik dan wel weer een stap verder, want dan zou je heel veel ondernemingen ook voor heel veel andere juridische aangelegenheden van juridische bijstand moeten gaan voorzien. Ik vermoed wel dat je nog steeds een deskundige in de arm moet nemen om de wet te gebruiken, maar goede voorlichting kan wel een goede eerste stap zijn.

De **voorzitter**:
Meneer Van Gent. O, de heer Van Dam nog?

De heer **Van Dam** (CDA):
Nou, nee. Ik neem hier genoegen met dit antwoord. Het hele wetsvoorstel is erop gebaseerd is dat de schuldenaar dit gewoon zelf betaalt. Het komt ten laste van de onderneming. Ik heb dus ook helemaal geen behoefte om de discussie over gesubsidieerde rechtsbijstand te belasten met dit nieuwe beleidsterrein. Het gaat mij erom dat een ondernemer die in de prut zit – en we mogen echt verwachten dat er daar binnenkort heel veel van zijn – snel en makkelijk de weg weet te vinden, ook naar beperkte inzet van dit instrument, want daar leent het zich in hoge mate voor. Ik vat de opmerking van de Minister zo op dat hij dat volkomen deelt en dat hij daar zijn energie in zal stoppen als deze wet door de Kamers is.

Minister **Dekker**:
Absoluut. Ik ga daarover aan tafel zitten met de koepels en MKB-Nederland om te kijken wat de beste manier is om dat te doen.

De heer **Van Gent** (VVD):
Nu we toch bezig zijn met het kopje nog openstaande vragen: ik had geïnformeerd of er nog een rol voor de Europese rechter zou zijn in deze wet.

Minister **Dekker**:
Eens even kijken. Volgens mij is het gewoon een nationale regeling, maar anders kom ik hierop terug in tweede termijn. Die richtlijnen zijn meer voorschriften richting de lidstaten over wat voor soort wetgeving zij in de individuele lidstaten moeten ontwikkelen, waarbij uiteindelijk de nationale rechter bevoegd is.

De **voorzitter**:
Prima, gaat u verder.

Minister **Dekker**:
Dan ga ik naar het tweede deel. Dat kan misschien wat korter, hoewel het ook een hele stapel papier is. Ik ga proberen om daar wat sneller

doorheen te gaan, omdat ik de indruk krijg dat de uitgangspunten rond het wetsvoorstel over beslag- en executierecht...

De **voorzitter**:
Meneer Van den Berge, gaat uw gang.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Ik had nog één openstaande vraag over artikel 369, tiende lid. Dat gaat over het feit dat gesecureerde schuldeisers wel in beroep kunnen gaan tegen een uitspraak ten aanzien van het «no creditor worse off»-beginsel. Ik vroeg me af hoe zich dat verhoudt tot de absolute priority rule. Kortom, is dit niet ook weer in het voordeel van de grotere gesecureerde schuldeisers, omdat zij wel in beroep kunnen gaan? Dit mag ook in tweede termijn.

Minister **Dekker**:
Vindt u het goed als ik daar in tweede termijn even op terugkom? Dit is een heel specifieke vraag, dus daar krijgt u van mij ook een specifiek antwoord op in tweede termijn.

De **voorzitter**:
Gaat u verder met de tweede wet.

Minister **Dekker**:
Voorzitter. Ik krijg de indruk dat een aantal van de belangrijke uitgangspunten in dat wetsvoorstel gedeeld worden, bijvoorbeeld als het gaat om betere garanties rond het bestaansminimum, een procedure die effectief en efficiënt verloopt en sneller en goedkoper is op onderdelen, bijvoorbeeld rond het administratief beslag, de verkorting van de afhandeling van het derdenbeslag en ook het feit dat beslag niet uitsluitend als pressiemiddel mag worden ingezet. Uiteindelijk moet er een balans zijn tussen schuldeisers en schuldenaren en die moet beter in evenwicht gebracht worden.
Voorzitter. Er zijn een aantal vragen gesteld. Om te beginnen is er verwezen naar het Verwijzingsportaal Bankgegevens. Ik geloof dat de heer Van Dam en de heer Van Gent daarnaar vroegen. Dat is eigenlijk een van de wensen die ook vanuit de deurwaarders komt, namelijk om daar toegang toe krijgen om een betere afweging te kunnen maken. De reden dat dat nog niet in dit wetsvoorstel zit, is dat dit verwijzingsportaal er nog niet is. Er ligt wetgeving in de Eerste Kamer die wel zoiets mogelijk maakt, weliswaar nog als voorziening, met name in het kader van de criminaliteitsbestrijding. Maar ik kan we voorstellen dat het op den duur ook voor deurwaarders het werk beter en efficiënter maakt omdat je op één centrale plek een goed overzicht krijgt. Ik kan u dus toezeggen dat als die regeling rond is en het verwijsportaal is opgezet, ik daar serieus naar zal kijken.
Dan zijn er ook vragen gesteld over de borging van het bestaansminimum. De heer Van Dam vroeg waarom de schuldenaar niet zelf mag aangeven op welke bankrekening het beslagvrije bedrag apart wordt gelaten. Het beslagvrije bedrag wordt direct vrijgehouden als het beslag wordt gelegd. Hierdoor blijft er voor de schuldenaar altijd een bedrag over om in zijn bestaansminimum te voorzien. De schuldenaar weet pas na de beslaglegging van het beslag af. Dat moet binnen acht dagen worden gemeld. De schuldenaar kan in deze tijd al in de problemen komen. Daarnaast hebben mensen met problematische schulden ook beperkt doenvermogen. Zoals gezegd doen zij hun post vaak niet open en reageren zij niet. Als zij niet reageren, moet het beslagvrije bedrag nog steeds gelden. Daarom is uiteindelijk gekozen voor een regeling waarbij de medewerking van de schuldenaar niet nodig is. Anders kom je, als je

beslag wil leggen en wil weten van welke rekening, in een soort catch 22; dat je dan geen antwoord krijgt en in een soort patstelling geraakt. Waarom is niet gekozen voor een categorie gezinnen met meerdere personen? Het beslagvrije bedrag wordt ingevoerd om ook bij een beslag op een bankrekening een bedrag over te houden om te voorzien in het bestaansminimum. De bedoeling is om aan te sluiten bij de regeling die geldt voor beslag op periodieke uitkeringen. Daar wordt ook een bedrag vrijgelaten. In dit bedrag wordt al rekening gehouden met het aantal kinderen door middel van het kindgebonden budget. Het beslagvrije bedrag sluit voor alle categorieën aan bij de maximumbedragen van de beslagvrije voet. Om die reden is het niet nodig om hier een verdere categorisering in aan te brengen.
De heer Van Nispen vroeg in het kader van het bestaansminimum hoe het zit met devices. Vallen die ook onder het beslagverbod? Het beslagverbod roerende zaken laat die zaken buiten het beslag waarover de schuldenaar moet kunnen blijven beschikken om in zijn bestaansminimum te voorzien. Het gaat dan bijvoorbeeld om spullen voor de algemene dagelijkse behoeften, voor scholing of voor studie. Een computer of tablet valt daaronder. Dit betekent niet dat hele dure computerapparatuur niet in beslag kan worden genomen. Bovenmatige zaken kunnen namelijk wel in beslag worden genomen. Er moet dus echt een afweging gemaakt worden of die dingen nodig zijn voor bijvoorbeeld werk of school. In dat geval vallen ze onder het beslagverbod.

De heer **Van Nispen** (SP):
Heel kort. Dit begrijp ik en ik heb dit ook zo gelezen. Ik merkte alleen dat mijn opvattingen over wat noodzakelijk is, in de afgelopen weken ietwat zijn verschoven. Bij een uitzending van Nieuwsuur zag ik iemand die zei: «ik moet mijn kinderen thuisonderwijs geven en op mijn verouderde laptop gaat dat niet.» Ik begrijp dat de Minister zegt dat je niet bovenmatig dure spullen moet hebben. Dan kan er beslag op worden gelegd. Maar we weten uit de afgelopen tijd dat gezinnen met meerdere kinderen soms juist een paar verschillende tablets of laptops nodig hebben. Een paar maanden geleden zou je hebben gezegd dat het buitensporig is, nergens voor nodig, maar met de inzichten van nu zeggen we misschien dat dit wel nodig is, als je meerdere kinderen thuisonderwijs moet geven. Ik zou hier iets meer duidelijkheid over willen krijgen. Of laten we straks helemaal aan de rechter over wat wel of niet buitensporig is? Hoe zien we dat?

Minister **Dekker**:
Ik vrees het laatste, want ik denk dat het heel moeilijk wordt om dit zo concreet te maken dat je het in de wet meeneemt. Ik vind het ook een mooi principe om te zeggen: als het nodig is voor werk of school mag je er geen beslag op leggen. Bij school gaat het sowieso om kinderen. Bij werk is het een manier om in het inkomen te voorzien, dus als je daar beslag op legt, breng je iemand alleen maar verder in de problemen en dan zie je waarschijnlijk ook minder van je geld terug. Dat zal van geval tot geval verschillen en misschien ook wel evolueren over tijd. Als het onderwijs straks in toenemende mate digitaal zou worden, heb je meer digitale middelen nodig dan wanneer kinderen iedere dag naar school toe gaan. Mijn indruk is dat het principe zoals het nu beschreven is in de wet, voldoende ruimte biedt voor voortschrijdend inzicht om in die ontwikkelingen mee te gaan.
De heer Van den Berge vroeg hoe wordt omgegaan met de persoonlijke bezittingen. Het voorstel regelt dat beslag op hoogstpersoonlijke zaken niet mag en dat een deurwaarder daar dus ook op moet letten. Wordt daar toch beslag op gelegd, dan kan de schuldenaar zich tot de deurwaarder wenden. En mocht de deurwaarder niet willen meewerken, dan kan het beslag door de rechter worden opgeheven. De deurwaarder kan ook bij de

tuchtrechter ter verantwoording worden geroepen. Dat is dus ook een stok achter de deur om ervoor te zorgen dat hij hier niet lichtzinnig mee omgaat in de zin van: ik probeer het en ik zie wel of ik word teruggefloten. Een deurwaarder heeft echt een probleem als zich hierin een terugkerend patroon voordoet.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Ik heb nog een verhelderende vraag op dit punt. Hoelang moet een deurwaarder, of een gemeente als de spullen daaraan zijn overgedragen, die spullen dan bewaren? In de casus die ik aanhaalde – die ging over de huidige wet hoor, niet over deze wetswijziging – waren de spullen namelijk al vernietigd, of verkocht, dat weet ik niet, toen deze persoon zich tot de instanties wendde. De vraag is dus even hoelang die spullen bewaard moeten blijven zodat er nog een beroepsmogelijkheid blijft bestaan.

Minister **Dekker**:
De termijn weet ik niet precies. Daar kan ik straks in tweede termijn op terugkomen. In dit voorstel is het zo dat er bij ontruiming geen beslag meer wordt gelegd, maar de deurwaarder het pand leeg moet opleveren. Dat stelt de schuldenaar in staat om zijn eigen spullen weg te halen. Deze verandering biedt dus iets meer ruimte voor de schuldenaar om zijn spullen in veiligheid te brengen.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Het zou fijn zijn als de Minister daar in tweede termijn nog even op terug kan komen, en dan vooral op de gevallen waarin het misschien niet meteen duidelijk is dat iets een persoonlijk bezit is. Hoelang is het dus mogelijk om toch nog beroep aan te tekenen als iemand zich er bijvoorbeeld niet meteen bewust van is dat die spullen zijn meegenomen?

Minister **Dekker**:
Ja, daar kom ik straks op terug.

De **voorzitter**:
Gaat u verder.

Minister **Dekker**:
Er was een vraag van de heer Groothuizen over de bevoegdheden van de rechtbanken. De bevoegdheid van de rechtbank Rotterdam in executiegeschillen in scheepvaartzaken is sinds 2017 geregeld. De Raad voor de rechtspraak pleit ervoor om dit ook te regelen voor de rechtbank Den Haag met betrekking tot bepaalde intellectueeleigendomsrechten, zoals het octrooirecht. Deze bevoegdheid van de rechtbank Den Haag is geregeld in de specifieke IE-wetgeving. Voor octrooien is het bijvoorbeeld geregeld in de Rijksoctrooiwet. De Rijksoctrooiwet kan alleen worden gewijzigd door middel van een rijkswet. Dat is dit wetsvoorstel niet. Het voorstel van de Raad voor de rechtspraak kon daarom niet in dit wetsvoorstel worden meegenomen. Ik zal de opmerking wel onder de aandacht brengen van het Ministerie van EZ, dat verantwoordelijk is voor het octrooirecht en dat eventueel kan kijken of dit kan meelopen in een ander wetsvoorstel dat op rijksniveau geregeld wordt en dus via de Rijksministerraad zal moeten lopen.
Dan is er het een en ander gezegd over het innen in tijden van corona. Daarvan hebben wij als kabinet natuurlijk gezegd: doe dat nou een beetje met de menselijk maat. Dat betekent niet dat je het allemaal op nul zet, omdat dat uiteindelijk ook niet in het belang is van schuldenaren. Het is namelijk niet zo dat de schulden niet oplopen in deze coronatijd; dat gebeurt wel degelijk. Wij hebben dus als kabinet veel maatregelen genomen juist aan de inkomenskant, opdat mensen ook in staat zijn om

hun rekeningen te blijven betalen. Nu zijn dat generieke regelingen, die heel veel mensen helpen, waardoor dat betalingsverkeer ook gewoon voortgang kan vinden. Nou zal je altijd zien dat dat niet overal het geval is, en daarvan hebben we gezegd: doe dat nou met een redelijk oog. Dat geldt ook voor onze eigen diensten, zoals het CJIB. Kijk goed naar wie wel kan betalen maar niet wil; daar mag je wat mij betreft gewoon doorgaan, zeker als het gaat om boetes. En als mensen echt niet kunnen betalen, help ze dan aan een betalingsregeling of geef ze uitstel. Dat is eigenlijk de manier van werken zoals we die nu hanteren en waarvan we ook aan anderen vragen om die te hanteren, van zorgverzekeraars tot woningbouwcorporaties tot private partijen richting mkb-bedrijven.
Neem bijvoorbeeld de verhuurders van vastgoed. Heeft het nou in deze tijd heel erg veel zin om een cafébaas met het mes op de keel te laten betalen, of kun je misschien een regeling treffen zodat hij gewoon door kan gaan met zijn bedrijf zodat je wellicht op een later moment nog iets terugziet van je geld? Dat is eigenlijk het normale gesprek waar we iedereen toe oproepen.
Dan waren er een aantal vragen, onder anderen van de heer Van Nispen, op het punt dat het beslag niet als pressiemiddel kan worden gebruikt. De heer Van Nispen had een vraag over invordering door de Belastingdienst. Dit wetsvoorstel gaat over het beslag- en het executierecht in civiele zaken. Invordering valt onder de brede schuldenaanpak, waarover u ook al eerder bent geïnformeerd. Ik zal de Minister van Financiën vragen om u bij de volgende update van die brede schuldenaanpak ook te informeren over de maatregelen die in het kader van de brede schuldenaanpak zijn genomen bij de Belastingdienst, ook in deze tijd van corona.
De heer Van Gent vroeg of het beslagrecht voldoende waarborgen biedt om te voorkomen dat een onderneming in grote schulden komt doordat een schuldeiser conservatoir beslag legt op grond van een vermeende claim. Er zijn verschillende waarborgen. Conservatoir beslag kan alleen worden gelegd met verlof van de voorzieningenrechter, dus er komt een toets aan te pas. De schuldeiser moet in het verzoek om het verlof motiveren waarom het beslag nodig is, waarom gekozen is voor beslag op dat specifieke goed en waarom er niet op een minder bezwarende manier beslag kan worden gelegd. De voorzieningenrechter die het verlof heeft verleend, kan het beslag op verzoek van de schuldenaar ook weer opheffen als dat beslag te ingrijpend is voor de beslagene. Verder moet de schuldeiser binnen acht dagen na de verlofverlening de bodemzaak over de claim starten. Doet hij dat niet, dan vervalt het beslag automatisch.
Voorzitter. Dan nog een aantal vragen in de categorie varia rond dit wetsvoorstel. Mevrouw Van der Graaf vroeg nog of wij mogelijkheden zien om de procedures voor schuldenaren te vereenvoudigen. Het antwoord daarop is ronduit ja, maar dat vraagt schakelen op heel veel vlakken. Dat betreft dan niet alleen de wijzigingen hier rond beslag- en executierecht, maar bijvoorbeeld ook de mogelijkheid om bij aanslagen van het CJIB – laat ik iets nemen uit mijn eigen portefeuille – aan een soort noodrem te trekken als je echt in de knel komt en de boetes iedere keer maar worden verhoogd, dus dat je een soort time-out krijgt. We zijn dus op verschillende fronten bezig om de procedure redelijker, maar ook makkelijker te maken.
Hoe staat het met de implementatie van de Wet vereenvoudiging beslagvrije voet? Daar is de Staatssecretaris van SZW mee bezig. Die gaat ervan uit dat de wet op 1 januari 2021 in werking kan treden. Er zijn nog een aantal onzekerheden. De meeste partijen liggen op koers. Voor andere partijen moet daar binnenkort meer duidelijkheid over zijn. Uw Kamer wordt daar, begrijp ik, binnenkort door de Staatssecretaris nader over geïnformeerd. Maar we koersen nog steeds op 1 januari.
Dan vroeg de heer Nijboer naar de overheidsschuldeis om te komen tot clustering. Volgens mij doelt hij daarmee op de aanpak rond rijksincasso. Dat is ook onderdeel van de brede schuldenaanpak. Ik zal vragen aan mijn

collega van SZW of zij u daar in de brief die zij stuurt voor de zomer nader over kan informeren.
De heer Groothuizen vroeg naar de stand van zaken bij het Besluit Verklaring derdenbeslag. Dat is in consultatie geweest. Het kan nu naar de Raad van State als dit wetsvoorstel is aanvaard door de Tweede Kamer. Ook de consultatiereacties zijn verwerkt. Wij denken dat dan voor de zomer te kunnen doen.
De heer Van Nispen vroeg: moet de overheid zich niet nu al aan de beslagvrije voet houden? Waarom moest dat voorheen eigenlijk niet? Het regeerakkoord bepaalt inderdaad dat de overheid de beslagvrije voet dient te respecteren. Dit moest voorheen ook al. Om de beslagvrije voet niet van toepassing te laten zijn, zie je daarom dat er in de praktijk niet alleen door de overheid, maar ook door schuldeisers voor wordt gekozen om beslag te leggen op de bankrekening. Dat gebeurt eigenlijk om dat te omzeilen en dat schroeien we hiermee dicht.
Helemaal tot slot wilde ik graag nog de aankondiging doen dat ik graag een tweede nota van wijziging indien op dit wetsvoorstel. Die ziet op een aantal technische onvolkomenheden die zijn ontdekt. Het gaat onder andere om een verkeerde wijziging die is ontstaan door een vernummering. Ik zal ervoor zorgen dat die uw kant op komt, maar u moet mij nu maar even op mijn blauwe ogen geloven dat het ook echt technisch is. Voorzitter, het was een heel lange trits, maar ik hoop daarmee uitvoerig de bestaande vragen te hebben beantwoord.

De **voorzitter**:
Veel dank. Er was ook nog een amendement op dit wetsvoorstel. Klopt dat? Dat is het amendement op stuk nr. 4. O, er zijn vier amendementen. Sorry. Laten we dus eerst maar even de amendementen doen.

Minister **Dekker**:
Ja. U heeft helemaal gelijk. Ik loop ze even langs. Over het amendement op stuk nr. 10 van de heer Van Nispen kan ik het oordeel aan de Kamer laten.

De **voorzitter**:
Amendement op stuk nr. 10: oordeel Kamer.

Minister **Dekker**:
Datzelfde geldt voor het amendement op stuk nr. 11 van zijn hand.

De **voorzitter**:
Het amendement op stuk nr. 11 krijgt oordeel Kamer.

Minister **Dekker**:
Dan het amendement op stuk nr. 12 van de heren Van Dam en Groothuizen. Dat vind ikzelf een lastiger amendement. Dat heeft ermee te maken dat het de gemeente verantwoordelijk maakt voor de afvoer en het opslaan van de spullen van de schuldenaar die na de ontruiming door de deurwaarder op straat worden gezet. In het amendement wordt geen onderscheid gemaakt tussen bedrijfsontruimingen en woningontruimingen, en het is niet duidelijk wat er dan met de kosten gebeurt. De gemeente draagt waarschijnlijk de kosten voor het afvoeren, want de schuldenaar zal daarvoor geen verhaal bieden. Het amendement heeft financiële gevolgen voor de gemeente; dat geld kan de gemeente dan niet aan andere zaken uitgeven. Daar zit natuurlijk ook wel een principieel deel in, want als je een woning ontruimt, dan is dat iets tussen degene die de woning verhuurt en degene die deze huurt. Als er dan een betalingsdispuut is dat leidt tot een ontruiming, tot eventueel een executieverkoop van de woning of een verhuur aan een ander als het gaat om een corporatie, dan is het natuurlijk wel de vraag of je de belastingbetaler

moet aanslaan voor de kosten die voor het afvoeren van de inboedel worden gemaakt. Dat is even de vraag. Ik vind de route die nu in de wet staat – dit komt ten koste van de schuldeiser – eigenlijk net iets zuiverder. Daarom zou ik dit amendement willen ontraden.

De **voorzitter**:
Het amendement op stuk nr. 12 wordt ontraden.

Minister **Dekker**:
Wat ik wel wil doen, is in overleg treden met de VNG – ik zie natuurlijk wel de spagaat waar je soms in belandt: hoe ga je nou om met mensen met problematische schulden en een eventuele opslag van de inboedel? – om te kijken of de KBvG en de VNG tot een goede regeling kunnen komen. Dan doe je het buiten de wet om, maar dan kan daarbij ook verder worden gesproken over wie dan die rekening moet betalen.
Het amendement op stuk nr. 13 ziet op het beslag op zaken van de schuldenaar die een derde onder zich heeft. Dit moet het lastiger maken om zaken bij een stroman te verstoppen. Het amendement verruimt daarom voor een deurwaarder de mogelijkheid om ook bij een derde binnen te treden, bijvoorbeeld in een woning. Dat gaat natuurlijk toch wel behoorlijk ver. Dat betekent dat iedere derde die niets van doen heeft met het geschil, de deurwaarder toegang moet geven tot elke plaats, alleen omdat de deurwaarder een redelijk vermoeden denkt te hebben dat de derde iets van de schuldenaar onder zich houdt. En hoe wordt nou vastgesteld van wie die dure tv is: van de derde of van de schuldenaar? De voorzieningenrechter kan dit enkel summier toetsen. Met andere woorden, ik vind het een amendement dat heel ver ingrijpt op de privacy van een derde, terwijl de wet op dit moment ook al waarborgen biedt voor een deurwaarder. Als hij het vermoeden heeft dat een derde spullen onder zich heeft en die derde zou daarover liegen, dan moet hij uiteindelijk een deel van die vordering gaan betalen. Daarmee is er voor de deurwaarder ook nu al een forse stok achter de deur. Dit amendement ontraad ik ook.

De **voorzitter**:
Het amendement op stuk nr. 13 is ontraden.

Minister **Dekker**:
Was er ook een motie ingediend? Zei u dat?

De **voorzitter**:
Nee, nee, dat komt nog. Tenminste, dat weet ik niet, maar...

Minister **Dekker**:
Hebben we dan nu alle amendementen gehad?

De **voorzitter**:
Ik denk het wel. Als het er vier waren. Ja. De administratie is weer compleet. Er is nog een vraag van de heer Van Nispen.

De heer **Van Nispen** (SP):
Die gaat weliswaar over een motie die ik nog zal indienen, dus we kunnen het ook dan doen. Een vrij uitgebreid onderdeel van mijn betoog ging inderdaad over het administratief of digitaal beslag. Volgens mij wordt daarbij het persoonlijke contact tussen de deurwaarder en degene die schulden heeft verminderd. Dat geldt althans als het daarbij gaat om een derdenbeslag, want daarbij is, bijvoorbeeld bij de Belastingdienst, het hernieuwd bevel afschaft. In de praktijk betekent dit dat de mogelijkheden om er dan nog uit te komen, om te zeggen «ik heb die brief gemist» of «het is fout gegaan»... Ik hoor onder andere van mensen uit de praktijk dat het heel schadelijk kan zijn als je dat persoonlijke contact afschaft. De

Minister zei dat hij daarover in overleg zal gaan met de Minister van Financiën. Ja, oké, maar we behandelen hier de wet, die ook die basis geeft. Daarom – ik zal de clou alvast verklappen – overweeg ik een motie in te dienen om dat persoonlijke contact te redden, om ervoor te zorgen dat er altijd een contactmoment plaatsvindt als een deurwaarder over moet gaan tot dat digitaal of administratief derdenbeslag, om ervoor te zorgen dat je niet disproportioneel handelt. Daar komt het eigenlijk op neer. Misschien is het handig als de Minister daar nu, in eerste termijn, toch nog iets over zegt.

Minister **Dekker**:
Dat ga ik wel heel voorzichtig doen, omdat dit wetsvoorstel vooral betrekking heeft op civiele zaken. Invorderingen vanuit de Belastingdienst vallen onder een ander wettelijk regime, de Invorderingswet. Die valt onder mijn collega. Die wet ken ik ook gewoon minder goed, moet ik heel eerlijk zeggen. Als u deze kwestie wilt aankaarten, ben ik gaarne bereid om die door te geleiden, maar om daar nu inhoudelijke uitspraken over te doen, vind ik zelf ingewikkeld. U gaat straks waarschijnlijk een motie indienen. Dan ga ik u vragen om die aan te houden en dan ga ik de Minister van Financiën vragen om daar schriftelijk op te reageren.

De **voorzitter**:
Ja? Zullen we het zo doen?
Daarmee komt er een einde aan de eerste termijn. Er is verzocht om een schorsing van een paar minuten, om nog even wat printwerk en dergelijke te kunnen doen.

De vergadering wordt van 17.29 uur tot 17.35 uur geschorst.

De **voorzitter**:
We gaan weer van start. Aan de orde is de tweede termijn van de zijde van de Kamer. We hebben erg veel ruimte gehad in de eerste termijn, dus ik zou zeggen: houdt u het echt kort. Als eerste geef ik het woord aan mevrouw Van der Graaf van de ChristenUnie.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Voorzitter, dank u wel. Allereerst heel veel dank aan de Minister voor de manier waarop we dit debat hebben gevoerd en naar dit ongelofelijk technische wetsvoorstel hebben gekeken. Als Kamer hebben we, denk ik, ook laten zien dat we de kwaliteit van de wet heel erg belangrijk vinden en dat we proberen ons werk daarin te doen. Dan komt het aan op het wegen van belangen.
Ik ben blij dat de Minister zegt dat hij het amendement over de waardebepaling overneemt omdat hij het helemaal in lijn met de wet vindt. Dat was precies de bedoeling. Ik denk dat het rechtvaardig uit zal pakken en dat de taart daardoor zal worden vergroot.
De Minister zegt dat hij nog even wil kijken naar het recht op contanten. Wat de ChristenUnie betreft schrappen we de optie van het recht op contanten – maar ik ben benieuwd wat de Minister daar in de tweede termijn over zal zeggen – omdat we denken dat het een onredelijke bepaling is in deze wet, die echt een perverse prikkel en oneigenlijke dreiging om tot een akkoord te komen met zich mee kan brengen en die kan worden ingezet om dat te blokkeren.
Ik spits mijn bijdrage even toe op het amendement over de minimumbescherming. De heer Van Dam heeft mij nog gevraagd: u heeft in het artikel iets opgenomen over een zwaarwegende grond; wat betekent dat nou precies? Ik heb in de toelichting een aantal gronden toegelicht, namelijk dat het niet ziet op achtergestelde leningen, namelijk contractuele afspraken, waarin partijen met elkaar hebben afgesproken: jouw vordering gaat voor die van mij. Daar ziet het amendement niet op. Die

groep is dus uitgezonderd. Ook als er niet meer dan 20% te verdelen valt, kunnen schuldeisers er met elkaar uitkomen: goed, dan stemmen we ermee in dat we minder dan 20% krijgen, want dat is nog altijd beter dan niets in de situatie van een faillissement. Dus ook dan hoef je daar niets aan te doen. Dat geldt ook als je de vordering voor minder dan 20% hebt gekocht. Zo willen we voorkomen dat er een perverse prikkel in zou komen. Er zijn bijvoorbeeld bedrijven die vorderingen heel goedkoop zouden gaan opkopen en dan in zo'n reorganisatie zouden zeggen: maar nu wil ik er 20% voor krijgen. Dan wordt het een soort speculatieverhaal en dat moeten we niet hebben. Ook dat zonder ik dus daarmee uit met «zwaarwegende gronden», maar ik kan me best voorstellen dat er nog een zwaarwegende grond zou zijn die ik niet kan bedenken. Dan is het gewoon goed als de rechter dat nog zou kunnen toetsen.

De **voorzitter**:
Wilt u langzaam maar zeker afronden? Ik weet niet of u nog moties hebt?

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Jazeker. De Minister heeft twee voorbeelden gegeven waarvan hij zegt dat hij het voor die categorieën niet redelijk zou vinden om een minimumbescherming op te nemen. Dat waren precies de voorbeelden die ik dus al had uitgezonderd van dit amendement. Ik wil de Minister dus het volgende vragen. Ik kan het amendement ook zo wijzigen dat je die twee punten in de wet opneemt. Dan hebben we de onduidelijkheid niet meer waar de Minister de vinger bij legde. Dat leg ik hier nog neer.
Ik denk dat er veel te zeggen valt voor minimumbescherming in deze tijd, waarvan je weet dat met name het mkb, maar ik denk al het bedrijfsleven, het lastig heeft. Er valt veel voor te zeggen dat zij niet helemaal worden afgeschreven, maar toch een beetje mee kunnen profiteren. Want dat is het doel van deze wet: om de wet eerlijk te maken.
Ik sluit af met twee korte moties.

Motie

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

constaterende dat de coronacrisis ertoe leidt dat schulden voor natuurlijke personen en rechtspersonen toenemen;

overwegende dat uit internationaal onderzoek blijkt dat in het insolventierecht regels worden ingevoerd die overwegend debiteurvriendelijk zijn en die slechts tijdelijk van toepassing zijn;

verzoekt de regering te bezien hoe in de Wet schuldsanering natuurlijke personen en de Faillissementswet debiteurvriendelijke maatregelen kunnen worden genomen,

en gaat over tot de orde van de dag.

De **voorzitter**:
Deze motie is voorgesteld door de leden Van der Graaf en Van den Berge.
Naar mij blijkt, wordt de indiening ervan voldoende ondersteund.
Zij krijgt nr. 16 (35 249).
Als u de motie voor u legt, doe dat dan graag ondersteboven. Dat geldt zo meteen ook voor de anderen. Ik weet niet precies waarom dat is. Zodra alle moties zijn ingediend, komt de bode ze halen. Gaat u verder.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
De tweede motie.

Motie

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

constaterende dat in het wetsvoorstel Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) staat opgenomen dat goedkeuring aan homologatie kan worden geweigerd als er redenen zijn die zich tegen homologatie verzetten;

overwegende dat deze wettelijke restrictie mogelijk onvoldoende concreet is om oneigenlijk gebruik te voorkomen;

van mening dat de WHOA en andere akkoorden geen witwasinstrument mogen zijn en worden;

verzoekt de regering te bevorderen dat akkoorden niet tot stand worden gebracht en gehomologeerd in geval van paulianeus handelen, fraude, bij recidive en bij feitelijk en juridisch machtsmisbruik door (in)directe aandeelhouders, andere gerelateerde partijen en/of interne of externe financiers, en over de inspanningen te rapporteren aan de Kamer,

en gaat over tot de orde van de dag.

De **voorzitter**:
Deze motie is voorgesteld door de leden Van der Graaf en Van Nispen.
Naar mij blijkt, wordt de indiening ervan voldoende ondersteund.
Zij krijgt nr. 17 (35 249).

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Dank u wel.

De **voorzitter**:
Dank u wel. Het woord is aan de heer Nijboer.

De heer **Nijboer** (PvdA):
Dank u wel, voorzitter. We zitten met een Faillissementswet die echt aan modernisering toe is. Dat erkent ook iedereen; de Minister heeft dat zojuist ook gezegd. Tegelijkertijd is er een wet gewenst om te voorkomen dat bedrijven in faillissement gaan en toch kunnen doorstarten, en om daar fatsoenlijke afspraken over te kunnen maken. In theorie is alles wel redelijk netjes geregeld, maar ik vrees in de praktijk toch dat professionele partijen hun voordeel doen met de huidige faillissementswetgeving. Ik heb twee grote problemen geschetst in eerste termijn. De Minister heeft erkend dat hij daar ook wel zorgen over heeft.
Voorzitter. Ik heb de Kamer natuurlijk gehoord in deze termijn, dus ik verwacht dat de wet wordt aangenomen door de Kamer. We zullen dus zien wat de praktijk uitwijst, maar ik zou toch graag hebben dat de Minister iets doet aan die twee grote problemen. Daar zien twee moties op. De medewerkers doen hun werk natuurlijk thuis. Het is mij wel gelukt om enkelzijdig te printen, maar dan twee keer dezelfde motie. Ik heb er dus eentje handmatig geschreven, maar dat mag ook gewoon. Ik heb het volgens mij duidelijk genoeg opgeschreven.

De **voorzitter**:
Jaja, komt u ter zake.

De heer **Nijboer** (PvdA):
De eerste motie.

Motie

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

overwegende dat de faillissementswetgeving dringend moet worden gemoderniseerd;

overwegende dat verpanding een wijdverbreid fenomeen is;

verzoekt het kabinet voorstellen in kaart te brengen om de mate van verpanding bij bedrijven te beperken, en de Kamer daarover te informeren,

en gaat over tot de orde van de dag.

De **voorzitter**:
Deze motie is voorgesteld door het lid Nijboer. Naar mij blijkt, wordt de indiening ervan voldoende ondersteund.
Zij krijgt nr. 18 (35 249).
Gaat u verder.

De heer **Nijboer** (PvdA):
Mijn tweede motie luidt als volgt.

Motie

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

overwegende dat de faillissementswetgeving dringend moet worden gemoderniseerd;

overwegende dat aandeelhouders de uiteindelijke risicodragers behoren te zijn;

verzoekt het kabinet voorstellen te doen om het gebruik van aandeelhoudersleningen te beperken,

en gaat over tot de orde van de dag.

De **voorzitter**:
Deze motie is voorgesteld door het lid Nijboer. Naar mij blijkt, wordt de indiening ervan voldoende ondersteund.
Zij krijgt nr. 19 (35 249).

De heer **Nijboer** (PvdA):

Rest mij nog de Minister te bedanken voor zijn uitgebreide antwoorden op de ingediende amendementen.

De **voorzitter**:
Dank u zeer.
Het woord is aan de heer Van Dam van het CDA.

De heer **Van Dam** (CDA):
Voorzitter, dank u wel. Bij die dank sluit ik mij aan, ook richting de collega's. Ten aanzien van de Wet homologatie onderhands akkoord heb ik samen collega Van Gent van de VVD één motie. Die luidt als volgt.

Motie

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

overwegende dat juist in crisistijd de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) mkb'ers goede kansen biedt om hun onderneming overeind te houden;

overwegende dat mkb'ers anders dan grote bedrijven minder makkelijk de weg weten te vinden naar insolventiedeskundigen, herstructureringsdeskundigen en in algemene zin kennis op het vlak van insolventie;

verzoekt de regering zo spoedig mogelijk na inwerkingtreding van deze wet een plan op te stellen voor kennisuitwisseling over de WHOA, zodat de wet snel hanteerbaar wordt voor mkb'ers, en de Kamer hierover te informeren,

en gaat over tot de orde van de dag.

De **voorzitter**:
Deze motie is voorgesteld door de leden Van Dam en Van Gent. Naar mij blijkt, wordt de indiening ervan voldoende ondersteund.
Zij krijgt nr. 20 (35 249).

De heer **Van Dam** (CDA):
Eigenlijk heeft de Minister dit al toegezegd. Het enige element dat er nog aan ontbrak, was dat hij de Kamer daarover ook informeert. Ik wil heel praktisch zijn. Als de Minister dat ook toezegt, is wat mij betreft deze motie van de baan.
Dan heb ik twee amendementen op het wetsvoorstel inzake beslag- en executierecht ingediend. Daar wil ik toch ook nog op reageren. Ik ben voornemens, ook na overleg met collega Groothuizen, om het amendement over de ontruiming van woningen enzovoort in die zin aan te passen dat het zich ook echt richt op woningen, want daar ging het mij primair om. Ik moet even kijken hoe ik dat doe. Ik kan me voorstellen dat als we daar bedrijfspanden aan toevoegen, er een hele andere discussie ontstaat. Het voorbeeld dat collega Van den Berge gaf over die veteraan, is echt klassiek: dat bij een woningontruiming vervolgens alles meteen de kraakwagen in gaat. Dan ontstaan dit soort situaties. Dat is wat ik wil voorkomen. De realiteit van dit moment is dat de gemeenten dat in heel veel gevallen ook al doen. De realiteit is ook dat ik echt geen kostenbeslag zie, omdat het er juist op gericht is om mensen hun inboedel in ieder geval in de eerste periode te houden en een gemeente iemand daarna, als hij wel weer over een woning beschikt, in de spulletjes moet zetten. Wat

dat betreft ben ik zo vrij om dit amendement door te zetten, maar dan iets uitdrukkelijker te richten op woningen. Die toelichting wilde ik hier nog op geven.
Dan het tweede amendement. Dat is het amendement over de bevoegdheid van de deurwaarder. Ik ben zo vrij om ook even te reageren op de reactie van de Minister. Er is natuurlijk een bevoegdheid voor deurwaarders. Hij wees op de bevoegdheid dat een deel van de vordering richting derden rolt als duidelijk wordt dat zij over spullen beschikken. Maar dat vind ik toch de volgende stap. Dat is de situatie dat je dat al min of meer kunt bewijzen. Dit amendement richt zich op de situatie dat er een – ik noem het maar even «redelijk» – vermoeden is dat derden beschikken over vermogensbestanddelen van de schuldenaar. Wat is dan de situatie? Op dit moment heeft de deurwaarder nul bevoegdheden als die situatie zich voordoet. Met dit amendement ontstaat een bevoegdheid voor de deurwaarder om aan de deurbel te bellen van iemand ten aanzien van wie dat redelijk vermoeden bestaat en om hem aan te spreken. Als die zegt «wegwezen jij», ontstaat de bevoegdheid dat de deurwaarder met dat redelijk vermoeden naar de rechter gaat. Daar wordt dan getoetst of dat redelijk vermoeden voldoende dragend is om eventueel beslag te leggen. Vervolgens kan dat gebeuren. Ik vind dat uit een oogpunt van inbreuk op privacy, met alle waarborgen die er zijn, niet onredelijk. Daarom ben ik zo vrij om dit amendement gewoon door te zetten, omdat wij namelijk ook moeten bevorderen dat mensen die de zaak belazeren en boeven niet met de wet in de hand kunnen voorkomen dat een door de rechter toegewezen vordering geëxecuteerd wordt.
Daarbij zal ik het houden, voorzitter.

De **voorzitter**:
Ik dank u zeer. Meneer Van Gent, het woord is aan u.

De heer **Van Gent** (VVD):
Dank u wel, voorzitter. Laten we wel zijn, het zijn vervelende wetten: een wet om faillissementen te voorkomen en een wet die gaat over mensen met problematische schulden. Het is goed om daar even bij stil te staan, juist ook in coronatijd, nu we daarvoor vrezen. De Minister heeft een aantal malen gezegd dat het het beste is dat de wet niet gebruikt wordt, maar in die situatie verkeren we helaas niet.
Ik heb nog twee vragen. Ik heb de Minister een toezegging horen doen – ik kijk even naar de voorzitter of hij dat ook zo gehoord heeft – dat er inderdaad nog wat stappen worden gezet in de modernisering van de Faillissementswet aan het einde van het jaar. Het woord dat ik onder andere hoorde, klonk voor mij wel goed. Dat was het woord «disbalans». Ik sta erop om dat als toezegging te zien, want de volgende verkiezingen naderen alweer met rasse schreden, dus als het eind van het jaar niet wordt gehaald, is de vraag wanneer het dan komt.
Ten tweede had ik nog een vraag gesteld ten aanzien van beslag- en executiewetgeving. Ik geef toe dat die heel algemeen was. Die ging over de rechten en plichten van de deurwaarder, want ik zie dat deze wet wat meer maatwerk gaat leveren. Dat betekent dat het voor deurwaarders ook lastiger kan worden. Gelukkig heeft de Minister al wel wat gezegd over de toegang tot bankrekeningen, namelijk dat hij, als ik hem goed citeer, «daar serieus naar gaat kijken». Zou hij nog iets meer duiding kunnen geven? Het is een beroepsgroep die volgens mij positief ten opzichte van de wet staat, maar het moet natuurlijk ook niet te ingewikkeld voor ze worden. Dat zeg ik misschien ook een beetje in navolging van het amendement dat net door de heer Van Dam is ingediend.
Ik dank u wel.

De **voorzitter**:
Dank u wel. Dan is het woord aan de heer Van den Berge.

De heer **Van den Berge** (GroenLinks):
Bedankt, voorzitter. Ik kijk ook terug op een goed en inhoudelijk debat. Ik dank de Minister voor zijn antwoorden, maar zeker ook alle collega's die de moeite hebben genomen om amendementen te maken, aan te passen en zich daarin vast te bijten. Dat is heel goed, want daardoor hebben we wat te kiezen en dat is positief. Hoewel het natuurlijk nog steeds ingewikkeld blijft om de implicaties van alle amendementen te overzien, denk ik dat we er met elkaar een goed debat over hebben gehad. Ik ben ook blij met de toezegging van de Minister. Collega Van Dam zet die nog wat kracht bij met een motie. Hij is bereid die ook weer in te trekken als de toezegging nog sterker wordt om juist ook het midden- en kleinbedrijf te helpen om hun weg te vinden in de Wet homologatie onderhands akkoord. Ik denk dat dat heel belangrijk is, want als ik het enthousiasme zie bij veel grote advocatenkantoren, dan ben ik toch wel een beetje bezorgd over wie er straks toegang hebben tot die wet en wie er voordeel bij kunnen hebben. Ik denk dat de gemiddelde kleine ondernemer die tarieven niet kan betalen. Ik snap dat de Minister het niet wil subsidiëren, maar we moeten volgens mij wel andere praktische manieren vinden om de wet voor alle ondernemers toegankelijk te maken.
Daar wilde ik het voor nu bij laten, voorzitter.

De **voorzitter**:
Ik dank u zeer. Meneer Van Nispen, het woord is aan u.

De heer **Van Nispen** (SP):
Voorzitter. Ik vind het goed dat de Minister heeft toegezegd om schriftelijk terug te komen op de voorstellen die de heer Van Dam en ik hebben gedaan om faillissementsfraude beter te gaan bestrijden. Dat wachten we met veel belangstelling af. We hebben er natuurlijk al vaker aandacht voor gevraagd en het er ook over gehad. Het centrale punt van dit debat was natuurlijk taart: een grotere taart en het eerlijker verdelen van die taart. We willen natuurlijk geen bankenbonusregeling. Het doel is een grotere taart en ik moet toch zeggen dat van de vijf wijzigingsvoorstellen die zijn ingediend er niet heel veel oordeel Kamer hebben gekregen. Wel het belangrijke amendement op stuk nr. 14. Dat is goed, maar verder had ik op een iets welwillender houding van de Minister gehoopt.
Ik heb nog één motie bij deze Wet homologatie onderhands akkoord om die taart eerlijker te gaan verdelen, ook in de situatie van faillissement.

Motie

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

constaterende dat banken die zekerheden hebben bedongen bij faillissement vaak wel 90% van hun investering terugzien, terwijl andere schuldeisers gemiddeld slechts 2% van hun vordering terugzien en er overigens te vaak niet genoeg geld overblijft om het loon van de curator te betalen, wat fraudeonderzoek bemoeilijkt;

overwegende dat de zogenoemde Nederlandse «recovery rate» voor banken ook in internationaal verband zeer hoog is;

van mening dat een eerlijkere verdeling van de boedel bij faillissement meer recht zou doen aan de belangen van de vele verschillende schuldeisers;

verzoekt de regering te onderzoeken hoe een rechtvaardiger verdeling van de boedel tussen banken en overige schuldeisers gemaakt kan worden bij faillissement en daartoe met voorstellen te komen,

en gaat over tot de orde van de dag.

De **voorzitter**:
Deze motie is voorgesteld door de leden Van Nispen, Van der Graaf, Nijboer en Van den Berge. Naar mij blijkt, wordt de indiening ervan voldoende ondersteund.
Zij krijgt nr. 21 (35 249).

De heer **Van Nispen** (SP):
Dan over het wetsvoorstel over beslag en executie. Ik kom dan toch nog een keer terug op het afschaffen van het hernieuwd bevel. Ik heb dat toegelicht. Als er derdenbeslag gelegd dreigt te worden, is het nu nog voorgeschreven, verplicht, dat er opnieuw contact plaatsvindt tussen de deurwaarder en de mens in de financiële problemen. Nou is in deze wet geregeld dat het hernieuwd bevel afgeschaft wordt en dat er administratief beslag op kentekens mogelijk wordt. Ik begrijp de gedachte erachter wel, maar bijvoorbeeld bij de Belastingdienst wordt er nu al een voorschot genomen op de ontwikkelingen in deze wet. Wij bespreken nu de basis op grond waarvan nadere stappen worden gezet, onder andere in artikel XXII van de Overige fiscale maatregelen. Er is dus wel zeker een link. Daarom ga ik nu een motie indienen die met deze wet te maken heeft. Ik vind het prima als de Minister dit gaat bespreken met de Minister van Financiën, maar het gaat mij om maatschappelijk verantwoord incasseren. Het gaat erom dat persoonlijk contact tussen de deurwaarder en de mens in de financiële problemen belangrijk is. Het klantcontact met de gerechtsdeurwaarder moet gewaarborgd blijven. Dat is de gedachte achter deze motie, die als volgt luidt.

Motie

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

constaterende dat het Ontwerpbesluit tot inwerkingtreding van artikel XXII van de Overige fiscale maatregelen 2018 de Belastingdienst de mogelijkheid geeft administratief dan wel digitaal beslag te leggen op het kenteken van een voertuig en/of de vorderingen die de belastingschuldige heeft of zal verkrijgen bij een derde, en daarbij kan volstaan met een administratieve beschikking, zonder dat daar voorafgaand persoonlijk contact is geweest met de belastingschuldige;

overwegende dat in de huidige situatie de belastingschuldige bezoek krijgt van de deurwaarder voordat beslag wordt gelegd waaronder op tegoeden van de belastingplichtige die hij onder een derde heeft, en er dus altijd eerst sprake is van persoonlijk contact bij ingrijpende invorderingsmaatregelen;

van mening dat direct klantcontact zeer belangrijk is voor het in stand houden van de menselijke maat en het niet wenselijk is dat de Belastingdienst, al dan niet vanwege efficiencyoverwegingen, verder van mensen af komt te staan;

verzoekt de regering ervoor te zorgen dat de Belastingdienst in alle gevallen waar een ingrijpende invorderingsmaatregel dreigt te worden getroffen allereerst het persoonlijk contact formaliseert, door de deurwaarder middels een exploot van hernieuwd bevel het contact met een belastingplichtige te laten leggen, voordat er wordt overgegaan tot het leggen van een beslag op een kenteken en/of onder een derde op wie de belastingschuldige een vordering heeft,

en gaat over tot de orde van de dag.

De **voorzitter**:
Deze motie is voorgesteld door het lid Van Nispen. Naar mij blijkt, wordt de indiening ervan voldoende ondersteund.
Zij krijgt nr. 14 (35 225).

De heer **Van Nispen** (SP):
Dank u wel.

De **voorzitter**:
Dank u wel. De heer Groothuizen ziet af van een inbreng in tweede termijn en de heer Markuszower ook. Dan eindigt daarmee de tweede termijn van de zijde van de Kamer. De Minister vraagt om een kwartiertje schorsing. Toe maar. Ik begrijp het. Het is niet anders. Het wordt iets later. Het spijt me. Nou ja, het is zomertijd zullen we maar denken.

De vergadering wordt van 17.55 uur tot 18.08 uur geschorst.

De **voorzitter**:
Het woord is aan de Minister voor Rechtsbescherming voor zijn tweede termijn.

Minister **Dekker**:
Voorzitter, dank. En ook dank voor een heel eerlijk gezegd best goed, inhoudelijk debat. Er is veel gesproken over met name de WHOA. Krijgt die wet hiermee nou de behandeling die het verdient? We zullen zien hoe het straks gaat bij de stemmingen, maar ik vind in ieder geval dat we best diep zijn gegaan en een aantal dingen ook echt wel even fundamenteel hebben aangestipt. Dat verdient dit stuk volgens mij.
Ik loop de bijdragen van de sprekers langs. Ik zie het maar als een aangereikte hand van mevrouw Van der Graaf als zij zegt: ik houd het amendement in stand, maar ik sta wel open voor suggesties als ik het een en ander anders zou kunnen regelen. Ik gaf mijn bezwaar aan bij het volledig schappen van het artikel, wat mevrouw Van der Graaf doet in haar amendement. Daarmee zou je bijvoorbeeld banken en de Belastingdienst kunnen verplichten om aandelen te accepteren. Dat vind ik zelf wel een ingewikkelde situatie. Neem bijvoorbeeld onze eigen Belastingdienst. Die zit daar natuurlijk helemaal niet op te wachten. Mevrouw Van der Graaf zou het volgende kúnnen doen. Artikel 384, lid 4b zou dusdanig gewijzigd kunnen worden dat er bijvoorbeeld gezegd wordt dat de genoemde schuldeisers op basis van een akkoord aandelen krijgen, en niet het recht hebben om te kiezen et cetera. Met een aanpassing van dat artikel zou je ertoe kunnen komen dat je zegt: oké, we begrijpen best dat de Belastingdienst of de bank geen aandelen hoeft te accepteren, maar als het gaat om uitstel van betaling of een betalingsregeling, dat wel. Als het amendement zo wordt aangepast, zou het bij mij ook tot een positieve advisering kunnen leiden. Dan zou het, denk ik, ook meer recht doen aan het gevoel dat wij samen hebben. Althans, ik had het idee dat we daar redelijk op één lijn zitten. Ik geef de handreiking mee. Als dat leidt tot een aangepast amendement, dan ben ik best bereid om voor de stemmingen te kijken of ik mijn oordeel of mijn advies kan aanpassen.

Dat is en blijft, denk ik, lastiger bij het amendement dat ingaat op die 20%. Eigenlijk is mijn allergrootste punt hierbij dat aanpassing op deze manier een averechts effect zal hebben en gewoon zal leiden tot meer faillissementen in plaats van minder. Daarbij wordt een aantal keren gegrepen naar die zwaarwegende redenen die daar dan benoemd worden, maar ik vond het eigenlijk wel een mooi pleidooi van mevrouw Van der Graaf. Zij zei: let nou op met open normen. Nou, dit is wel een heel open norm. Als je deze norm niet precies invult, gaat hij wel héél veel omvatten en wordt hij haast een beetje een vergaarbak. Dat leidt in mijn ogen echt alleen maar tot onduidelijkheid en juridisering. Dus ik handhaaf bij dat amendement wel mijn advies.
Ik kom straks wel bij een motie die volgens mij raakt aan een veel breder, onderliggend gevoel, namelijk over de rechtvaardige verdeling. Daar wil ik wél positief op meebewegen; dat zeg ik er maar direct bij.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Dit amendement is in lijn met de wet, in die zin dat, als je gebruikmaakt van deze regel en dit amendement zou worden aangenomen, je nooit slechter af bent dan in faillissement. Ik zie dus niet direct dat punt dat de Minister maakt in zijn bezwaar op dit amendement.

De **voorzitter**:
Ik stel voor dat we de discussie niet overdoen. Dit lijkt me afdoende gewisseld.

Minister **Dekker**:
Ja, dan komen we weer op de blokkademacht et cetera. Dat is zeg maar het mechanisme waardoor één dwarsligger toch veel kan tegenhouden. Afijn.
Ik haal even de dingen door elkaar. Over de motie op stuk nr. 16 van mevrouw Van der Graaf laat ik het oordeel aan de Kamer.
De motie op stuk nr. 17 is van mevrouw Van der Graaf en de heer Van Nispen. Eigenlijk wordt daarin gevraagd of ik iets wil doen aan wat de rechter zou moeten doen, en dat is volgens mij iets wat mevrouw Van der Graaf en de heer Van Nispen ook niet willen. Maar misschien willen zij zeggen: ga nou met de rechtspraak in gesprek. Hoe pakt men dit daar aan? En kan men daar eigenlijk uit de voeten met de wet zoals die nu uitpakt? Als zij dat vragen, en dat ik daar de Kamer tussentijds een keer over terugrapporteer, dan zou ik daarmee wel uit de voeten kunnen. Als ik de motie zo mag interpreteren, kan ik het oordeel erover aan de Kamer laten.

Mevrouw **Van der Graaf** (ChristenUnie):
Ik denk dat die interpretatie wel oké is. Ik heb hierover ook even met collega Van Dam van gedachten gewisseld, want hij bracht iets vergelijkbaars in. Ik denk ook dat het goed is om te kijken naar de herstructureringsdeskundige en die erbij te betrekken. Ik denk dat de heer Van Dam daar een aantal heel terechte vragen over heeft gesteld.

Minister **Dekker**:
Zeker. Die kan er juist een positieve rol in spelen, zou je haast zeggen, om ervoor te zorgen dat dit op een goede en bonafide manier verloopt.

De **voorzitter**:
Met deze uitleg heeft de motie op stuk nr. 17 oordeel Kamer.

Minister **Dekker**:
De heer Nijboer had twee moties. Zijn motie op stuk nr. 18 gaat over de beperking van verpanding. Die vind ik wel heel ver gaan. Ik ontraad de motie, ook omdat er juist in het midden- en kleinbedrijf op dit moment

enorm veel stemmen opgaan om juist meer mogelijkheden te bieden voor verpanding. De verpandingsverboden die nu soms door bepaalde financiers worden afgedwongen, beperken juist enorm de financieringsarmslag van het mkb.

De **voorzitter**:
De motie op stuk nr. 18 is ontraden.

Minister **Dekker**:
Voorzitter. De motie op stuk nr. 19 ontraad ik ook, maar ik kan hier wel wat verder de heer Nijboer tegemoetkomen. Hij verzoekt mij in het dictum letterlijk om te komen met voorstellen om het gebruik van aandeelhoudersleningen te beperken. We hadden een mooi debatje in de eerste termijn dat ging over de vraag of het wenselijk is dat aandeelhouders ook leningen aan het bedrijf hebben, waarbij het gaat om zowel eigen vermogen als vreemd vermogen, et cetera. Daarbij wees de heer Nijboer op een aantal uitwassen die ik ook zie. Hier is de vraag of het middel niet erger is dan de kwaal: wat zijn de consequenties ervan als je dat zou doorbreken of beperken? Ik ben bereid om dat voor hem in kaart te brengen, zodat we een goed geïnformeerd debat kunnen hebben en op basis daarvan kunnen zeggen of het wenselijk is dat we het gebruik van aandeelhoudersleningen verder beperken. Dat zeg ik de heer Nijboer sowieso toe.

De **voorzitter**:
U verzoekt wellicht om de motie aan te houden?

Minister **Dekker**:
Ja, wellicht kan de heer Nijboer de motie aanhouden tot die tijd. Hoeveel tijd hebben we voor een verkennende studie nodig? Ik kijk daarbij even naar mijn ambtenaren. Dit wordt in het najaar, denk ik. Dat zal in de aanloop zijn naar het wetsvoorstel dat ik tegen het einde van het jaar in consultatie denk te kunnen brengen.

De heer **Nijboer** (PvdA):
De motie op stuk nr. 18 zag op een onderzoek – toen zei de Minister: ontraden – en de motie op stuk nr. 19 doet een uitspraak. Ik ben hier wel uit. Met de verpanding kun je twee kanten op. Overigens ben ik daar ook wel uit, want anders had ik dit voorstel niet gedaan. Daarom vraag ik om een onderzoek, maar dat heeft de Minister ontraden. Als het gaat om het onderwerp van de motie op stuk nr. 19 hecht ik wel aan een beetje richting vanuit de Kamer. Er is altijd heel veel richting uit lobby's en het duurt nog wel even voordat die wetgeving klaar is. Ik zou het dus wel aardig vinden als de Kamer zegt: we steunen de richting met betrekking tot de aandeelhoudersleningen wel. Ik breng de motie dus in stemming.

De **voorzitter**:
U houdt de motie staande. Die is daarmee ontraden. Dan de motie op stuk nr. 20.

Minister **Dekker**:
Voorzitter. Dan ga ik door naar de motie van de heer Van Dam op stuk nr. 20. Hij vroeg om ervoor te zorgen dat de voorlichting over de WHOA goed wordt geregeld en om nog eens extra toe te zeggen dat de Kamer daarover wordt geïnformeerd. Dat doe ik hierbij. Hij had wat in het vooruitzicht gesteld, dus ik laat even een korte stilte vallen.

De heer **Van Dam** (CDA):
Ik krijg wel de neiging om er weer extra voorwaarden aan te verbinden, maar ik zal de motie intrekken.

De **voorzitter**:
Aangezien de motie-Van Dam/Van Gent (35 249, nr. 20) is ingetrokken, maakt zij geen onderwerp van beraadslaging meer uit.

Minister **Dekker**:
Voorzitter. Dan werden er nog wat opmerkingen gemaakt over de amendementen die de heer Van Dam heeft ingediend over het beslag- en executierecht. Zijn eerste amendement, dat ziet op het beperken van de ontruimingen en de inboedel tot woningen, gaat hij aanpassen. Ik zie het dilemma maar al te goed. Ik zou er zelf de voorkeur aan geven om te kijken of we met de deurwaarders en de gemeenten in gesprek kunnen komen om buiten de wet om te komen tot een goede regeling. Als je het nu opneemt in de wet en het daarmee afdwingt, verleg je een last die normaal gesproken bij de deurwaarder ligt, naar de gemeente. Ik vermoed dat de gemeenten dan ook zullen zeggen dat dit een extra taak is en ze daarvoor gecompenseerd moeten worden. Maar ik zie het punt. Ik zeg hem in ieder geval toe dat ik het gesprek aanga met de KBvG en de VNG. Ik laat het aan hem of hij het amendement indient.

De **voorzitter**:
Even voor de helderheid, als dat amendement nog gewijzigd wordt, dan komt er nog een appreciatie?

Minister **Dekker**:
Ja, misschien moeten we het zo doen: dat ik er nog even goed naar kijk als het gewijzigd wordt.

De **voorzitter**:
Voor de stemmingen?

Minister **Dekker**:
Zeker.

De **voorzitter**:
Prima.

De heer **Van Dam** (CDA):
Ik wilde alleen nog toevoegen dat ik bestrijd dat het nu op kosten van een deurwaarder gaat, want ze parkeren het gewoon voor de deur op straat. Dat is wat er feitelijk gebeurt, dus er worden helemaal geen kosten gemaakt. Dat wilde ik nog even aantekenen.

De **voorzitter**:
Dank u wel. Gaat u verder.

Minister **Dekker**:
Dan het tweede amendement, over het redelijk vermoeden en de rechterlijke toets. Ik houd daar even vast aan mijn advisering, maar voor de volledigheid van het debat is het misschien goed om te zeggen dat er al een regeling is om beslag te leggen bij een derde, het derdenbeslag. Dat beslag kan worden gelegd zonder toegang tot de woning. Dat is iets minder ingrijpend dan het voorstel dat hier voorligt. Dan valt alles wat een derde onder zich heeft voor de schuldenaar onder dat beslag. De derde moet dan een verklaring geven wat hij onder zich behoudt voor de schuldenaar. Het is voor mij een beetje de vraag of een verdergaande stap nodig is om uiteindelijk af te dwingen wat je beoogt.
De heer Van Gent vroeg hoe het zit met de tweede tranche of de volgende stap in de modernisering van de faillissementsregelgeving. Is dat voor het einde van het jaar? Ja, dat is voor mij een harde koers waar ik op vaar. Ik zou het zonde vinden als het over de verkiezingen heen loopt. Het is mijn

bedoeling ook om er niet een politiek ding van te maken, net zo min als ik van de Walla een politiek ding heb willen maken. Het is echt zoeken naar de balans tussen verschillende belangen, van grote en kleine bedrijven, financiers en mkb'ers, aandeelhouders en werknemers. Ik hoop daarbij net zo goed als hier bij de WHOA te komen tot een breed draagvlak.
Het verwijzingsportaal waar u naar vroeg, is in oprichting. Ik zie ook dat dat straks meerdere functies kan hebben. Dat vraagt dan wel weer een nadere aanpassing van de wet. We gaan eerst kijken hoe dat werkt bij de fraude- en criminaliteitsbestrijding, maar ik begrijp heel goed de vraag die er bij deurwaarders is. Sterker nog, ik denk dat het als zij er toegang toe hebben hun werk beter en rechtvaardiger maakt, ook naar schuldenaren toe, dus ik sta er in beginsel positief in.

De heer **Van Gent** (VVD):
Ik had het over een nadere duiding, als het ging om de positie van deurwaarders, maar ik hoorde de Minister net zeggen dat hij in overleg zal gaan. Misschien is dat ook een goed moment om de consequenties van de wet ook eens met de deurwaarders te bespreken.

Minister **Dekker**:
Zeker, maar we hebben voor dit wetsvoorstel heel veel gesproken met de deurwaarders. Ik weet dat dit een wens is die zij hebben. Die gaat verder dan wat er is gehonoreerd. We blijven hier uiteraard over in gesprek.

De **voorzitter**:
Gaat u verder.

Minister **Dekker**:
De heer Van den Berge had nog een paar dingen van mij tegoed. Hij vroeg waarom er geen mogelijkheid is om tegen homologatie in hoger beroep te gaan en hoe het zit als die rangorde of die absolute priority rule niet goed wordt toegepast. Er is voor gekozen om te komen tot één beoordelingsmoment van de rechter. Dat heeft er ook mee te maken dat je niet zo vreselijk veel tijd hebt, als een bedrijf in nood is en richting faillissement dreigt te gaan. Met de mogelijkheden van hoger beroep zou je in die zin kostbare tijd verliezen en daarmee riskeren dat een haalbaar en vitaal akkoord vanwege een eventueel beroep bij de rechter alsnog verkeerd zou gaan en een bedrijf zou failleren. Ik heb er zelf vertrouwen in dat rechters redelijk goed uit de voeten kunnen met die rangorde, omdat die in de huidige faillissementswet- en regelgeving in principe al vaak wordt toegepast. Ik ben wel bereid om bij de evaluatie van die wet over een paar jaar te kijken of er voortschrijdend inzicht is in die uitsluiting van dat hoger beroep.
Het tweede ging over het andere wetsvoorstel, over de spullen en hoelang die moeten worden bewaard. Hij haalde een schrijnend geval aan, over de medailles en de penningen. Als gemeenten de spullen opslaan, moeten die spullen in beginsel voor dertien weken worden bewaard. Dat is de tijd waarin de schuldenaar ook aan de bel kan trekken.
Voorzitter, dan de heer Van Nispen. Dit is best een belangrijke motie die is ingediend. Er staan ook vier namen onder. Veel van de ingediende amendementen vloeien denk ik voort uit een gevoel dat er iets uit balans is in de verdeling en de rangorde die we hanteren bij een faillissement en dat daar kritisch en goed naar moet worden gekeken. Dat wordt verwoord in deze motie. Ik wil het oordeel over deze motie aan de Kamer laten, ook een beetje als tegenhanger van de wat negatievere adviezen op een aantal van de amendementen, omdat ik ook vind dat deze motie eigenlijk heel erg tegemoetkomt aan datgene wat de Stichting van de Arbeid vraagt. Die zegt dat de punten die worden aangekaart in een aantal van de amendementen op zich helemaal niet onterecht zijn. Ze zegt: die punten komen ergens vandaan en die vrees hebben wij ook. Maar in hun uitwerking

hebben ze vergaande gevolgen voor de werking van de WHOA. Daarom zegt de Stichting van de Arbeid: doe dat niet, maar neem ze mee in een goede evaluatie of een goed onderzoek. Ik zeg dat onderzoek hier onversneden toe.

De **voorzitter**:
De motie op stuk nr. 21 (35 249) krijgt oordeel Kamer.

Minister **Dekker**:
Tot slot was er de motie over de Belastingdienst, op stuk nr. 14 (35 225). Misschien mag ik de heer Van Nispen vragen of hij die motie wil aanhouden. Dan ga ik in overleg met mijn collega. Ik denk dat dit ofwel de Minister ofwel de Staatssecretaris van de Belastingdienst is. Dan zorg ik dat hij van mij een schriftelijk advies krijgt op deze motie.

De **voorzitter**:
Ik kijk even naar meneer Van Nispen.

De heer **Van Nispen** (SP):
Ik ben wel bereid om dat te doen. Ik heb het alleen wel uitvoerig toegelicht. De motie is ook vrij lang; dat erken ik. Maar er staat ook veel in. Het is niet alleen wollig. Het gaat mij echt om dat persoonlijke contact, om dat maatwerk en om het voorkomen dat je beslag legt op zaken bij een derde, terwijl dat misschien niet nodig was geweest. Ik wil de motie best aanhouden, maar dan kijk ik de Minister echt heel serieus aan. Als hij belooft om hier echt heel serieus op terug te komen, want ik weet dat hij dit punt van mensen met schulden die in de knel zitten ook serieus neemt, en niet zegt «ik heb het besproken, maar we zien het probleem niet», of iets dergelijks, maar echt goed bekijkt of het klopt wat ik hier stel, houd ik de motie aan.

Minister **Dekker**:
Heel veel dank. Ik neem ook de inkleuring die de heer Van Nispen heeft gegeven in de toelichting op zijn motie, mee in mijn gesprek.

De **voorzitter**:
Op verzoek van de heer Van Nispen stel ik voor zijn motie (35 225, nr. 14) aan te houden.

Daartoe wordt besloten.

De **voorzitter**:
Dat was het. Daarmee eindigt dit debat. Over de ingediende amendementen, de wet zelf en de moties zal aanstaande donderdag gestemd worden. Ik dank de Minister, zijn ambtenaren, de leden en onze onvolprezen ondersteuning, in verschillende gedaanten. Ik wens u allemaal nog een hele fijne dag toe. Uiteraard dank ik ook de mensen op de publieke tribune, voor zover u niet hoort bij een van deze genoemde groepen. Ik wens u allen nog een goede en gezonde dag toe.

Sluiting 18.27 uur.

9
Stemmingen moties Homologatie onderhands akkoord

Aan de orde zijn **de stemmingen over moties**, ingediend bij de behandeling van het wetsvoorstel **Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)**,

te weten:

- de motie-Van der Graaf/Van den Berge over debiteurvriendelijke maatregelen opnemen (35249, nr. 16);
- de motie-Van der Graaf/Van Nispen over gronden waarop homologatie kan worden geweigerd (35249, nr. 17);
- de motie-Nijboer over beperken van verpanding bij bedrijven (35249, nr. 18);
- de motie-Nijboer over beperken van het gebruik van aandeelhoudersleningen (35249, nr. 19);
- de motie-Van Nispen c.s. over een rechtvaardiger verdeling van de boedel tussen banken en overige schuldeisers (35249, nr. 21).

(Zie wetgevingsoverleg van 11 mei 2020.)

In stemming komt de motie-Van der Graaf/Van den Berge (35249, nr. 16).

De **voorzitter**:
Ik constateer dat deze motie met algemene stemmen is aangenomen.

In stemming komt de motie-Van der Graaf/Van Nispen (35249, nr. 17).

De **voorzitter**:
Ik constateer dat deze motie met algemene stemmen is aangenomen.

In stemming komt de motie-Nijboer (35249, nr. 18).

De **voorzitter**:
Ik constateer dat de leden van de fracties van de SP, de PvdA, GroenLinks, de PvdD, DENK, 50PLUS, de SGP, de ChristenUnie, de PVV en Krol/Van Kooten-Arissen voor deze motie hebben gestemd en de leden van de overige fracties ertegen, zodat zij is aangenomen.

In stemming komt de motie-Nijboer (35249, nr. 19).

De **voorzitter**:
Ik constateer dat de leden van de fracties van de SP, de PvdA, GroenLinks, de PvdD, DENK, 50PLUS, de SGP, het CDA, de ChristenUnie, de PVV en Krol/Van Kooten-Arissen voor deze motie hebben gestemd en de leden van de overige fracties ertegen, zodat zij is aangenomen.

In stemming komt de motie-Van Nispen c.s. (35249, nr. 21).

De **voorzitter**:
Ik constateer dat deze motie met algemene stemmen is aangenomen.

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 21

MOTIE VAN HET LID VAN NISPEN C.S.

Voorgesteld tijdens het Wetgevingsoverleg 11 mei 2020

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

constaterende dat banken die zekerheden hebben bedongen bij faillissement vaak wel 90% van hun investering terugzien, terwijl andere schuldeisers gemiddeld slechts 2% van hun vordering terugzien en er overigens te vaak niet genoeg geld overblijft om het loon van de curator te betalen, wat fraudeonderzoek bemoeilijkt;

overwegende dat de zogenoemde Nederlandse «recovery rate» voor banken ook in internationaal verband zeer hoog is;

van mening dat een eerlijkere verdeling van de boedel bij faillissement meer recht zou doen aan de belangen van de vele verschillende schuldeisers;

verzoekt de regering, te onderzoeken hoe een rechtvaardiger verdeling van de boedel tussen banken en overige schuldeisers gemaakt kan worden bij faillissement en daartoe met voorstellen te komen,

en gaat over tot de orde van de dag.

Van Nispen
Van der Graaf
Nijboer
Van den Berge

kst-35249-21
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 20

MOTIE VAN DE LEDEN VAN DAM EN VAN GENT

Voorgesteld tijdens het Wetgevingsoverleg 11 mei 2020

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

overwegende dat juist in crisistijd de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) mkb'ers goede kansen biedt om hun onderneming overeind te houden;

overwegende dat mkb'ers anders dan grote bedrijven minder makkelijk de weg weten te vinden naar insolventiedeskundigen, herstructureringsdeskundigen en in algemene zin kennis op het vlak van insolventie;

verzoekt de regering, zo spoedig mogelijk na inwerkingtreding van deze wet een plan op te stellen voor kennisuitwisseling over de WHOA, zodat de wet snel hanteerbaar wordt voor mkb'ers, en de Kamer hierover te informeren,

en gaat over tot de orde van de dag.

Van Dam
Van Gent

kst-35249-20
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 19

MOTIE VAN LID NIJBOER

Voorgesteld tijdens het Wetgevingsoverleg 11 mei 2020

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

overwegende dat de faillissementswetgeving dringend moet worden gemoderniseerd;

overwegende dat aandeelhouders de uiteindelijke risicodragers behoren te zijn;

verzoekt het kabinet, voorstellen te doen om het gebruik van aandeelhoudersleningen te beperken,

en gaat over tot de orde van de dag.

Nijboer

kst-35249-19
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 18

MOTIE VAN HET LID NIJBOER

Voorgesteld tijdens het Wetgevingsoverleg 11 mei 2020

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

overwegende dat de faillissementswetgeving dringend moet worden gemoderniseerd;

overwegende dat verpanding een wijdverbreid fenomeen is;

verzoekt het kabinet, voorstellen in kaart te brengen om de mate van verpanding bij bedrijven te beperken, en de Kamer daarover te informeren,

en gaat over tot de orde van de dag.

Nijboer

kst-35249-18
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 17

MOTIE VAN DE LEDEN VAN DER GRAAF EN VAN NISPEN

Voorgesteld tijdens het Wetgevingsoverleg 11 mei 2020

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

constaterende dat in het wetsvoorstel Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) staat opgenomen dat goedkeuring aan homologatie kan worden geweigerd als er redenen zijn die zich tegen homologatie verzetten;

overwegende dat deze wettelijke restrictie mogelijk onvoldoende concreet is om oneigenlijk gebruik te voorkomen;

van mening dat de WHOA en andere akkoorden geen witwasinstrument mogen zijn en worden;

verzoekt de regering, te bevorderen dat akkoorden niet tot stand worden gebracht en gehomologeerd in geval van paulianeus handelen, fraude, bij recidive en bij feitelijk en juridisch machtsmisbruik door (in)directe aandeelhouders, andere gerelateerde partijen en/of interne of externe financiers, en over de inspanningen te rapporteren aan de Kamer,

en gaat over tot de orde van de dag.

Van der Graaf
Van Nispen

kst-35249-17
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 16 **MOTIE VAN DE LEDEN VAN DER GRAAF EN VAN DEN BERGE**

Voorgesteld tijdens het Wetgevingsoverleg 11 mei 2020

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

constaterende dat de coronacrisis ertoe leidt dat schulden voor natuurlijke personen en rechtspersonen toenemen;

overwegende dat uit internationaal onderzoek blijkt dat in het insolventierecht regels worden ingevoerd die overwegend debiteurvriendelijk zijn en die slechts tijdelijk van toepassing zijn;

verzoekt de regering, te bezien hoe in de Wet schuldsanering natuurlijke personen en de Faillissementswet debiteurvriendelijke maatregelen kunnen worden genomen,

en gaat over tot de orde van de dag.

Van der Graaf
Van den Berge

kst-35249-16
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

17
Stemming Wet homologatie onderhands akkoord

Aan de orde is **de stemming** in verband met het wetsvoorstel **Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord) (35249)**.

(Zie vergadering van 19 mei 2020.)

In stemming komt het wetsvoorstel, zoals op onderdelen gewijzigd door de aanneming van het tweede nader gewijzigde amendement-Van der Graaf c.s. (stuk nr. 25, het gewijzigde amendement-Van der Graaf c.s. (stuk nr. 14), het nader gewijzigde amendement-Van der Graaf c.s. (stuk nr. 24) en het amendement-Van Gent/Van Dam (stuk nr. 8).

De **voorzitter**:
Ik constateer dat dit wetsvoorstel met algemene stemmen is aangenomen.

8
Stemmingen Homologatie onderhands akkoord

Aan de orde zijn **de stemmingen** in verband met het wetsvoorstel **Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord) (35249)**.

(Zie wetgevingsoverleg van 11 mei 2020.)

In stemming komt het tweede nader gewijzigde amendement-Van der Graaf c.s. (stuk nr. 25).

De **voorzitter**:
Ik constateer dat de leden van de fracties van de SP, de PvdA, GroenLinks, de PvdD, DENK, 50PLUS, D66, de VVD, de SGP, het CDA, de ChristenUnie, de PVV, Van Haga en Krol/Van Kooten-Arissen voor dit tweede nader gewijzigde amendement hebben gestemd en de leden van de fractie van FvD ertegen, zodat het is aangenomen.

In stemming komt het gewijzigde amendement-Van der Graaf c.s. (stuk nr. 14).

De **voorzitter**:
Ik constateer dat de leden van de fracties van de SP, de PvdA, GroenLinks, de PvdD, DENK, 50PLUS, D66, de VVD, de SGP, het CDA, de ChristenUnie, de PVV en Krol/Van Kooten-Arissen voor dit gewijzigde amendement hebben gestemd en de leden van de overige fracties ertegen, zodat het is aangenomen.

In stemming komt het amendement-Nijboer/Van der Graaf (stuk nr. 12).

De **voorzitter**:
Ik constateer dat de leden van de fracties van de SP, de PvdA, GroenLinks, de PvdD, DENK, 50PLUS, de ChristenUnie, de PVV en Krol/Van Kooten-Arissen voor dit amendement hebben gestemd en de leden van de overige fracties ertegen, zodat het is verworpen.

NB: Aangezien zowel het amendement op stuk nr. 25 als het amendement op stuk nr. 14 is aangenomen, wordt in het tweede amendement geen uitvoering gegeven aan onderdeel 1.

In stemming komt het nader gewijzigde amendement-Van der Graaf c.s. (stuk nr. 24).

De **voorzitter**:
Ik constateer dat de leden van de fracties van de SP, de PvdA, GroenLinks, de PvdD, DENK, 50PLUS, D66, de VVD, de SGP, het CDA, de ChristenUnie, de PVV en Krol/Van Kooten-Arissen voor dit nader gewijzigde amendement hebben gestemd en de leden van de overige fracties ertegen, zodat het is aangenomen.

In stemming komt het amendement-Nijboer c.s. (stuk nr. 11).

De **voorzitter**:
Ik constateer dat de leden van de fracties van de SP, de PvdA, GroenLinks, de PvdD, DENK, 50PLUS, de ChristenUnie, de PVV en Krol/Van Kooten-Arissen voor dit amendement hebben gestemd en de leden van de overige fracties ertegen, zodat het is verworpen.

In stemming komt het amendement-Van Gent/Van Dam (stuk nr. 8) tot het invoegen van een artikel IIA.

De **voorzitter**:
Ik constateer dat dit amendement met algemene stemmen is aangenomen.

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 26 **BRIEF VAN DE MINISTER VOOR RECHTSBESCHERMING**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 19 mei 2020

Graag informeer ik uw Kamer over mijn advies ten aanzien van twee amendementen die na het wetgevingsoverleg van 11 mei jl. zijn ingediend op het wetsvoorstel Homologatie onderhands akkoord (WHOA). Dit betreft het nader gewijzigd amendement van het lid Van der Graaf c.s. gedrukt onder Kamerstuk 35 249, nr. 24 ter vervanging van het amendement gedrukt onder Kamerstuk 35 249, nr. 22 en het tweede nader gewijzigd amendement van het lid Van der Graaf c.s. gedrukt onder Kamerstuk 35 249, nr. 25 ter vervanging van het amendement gedrukt onder Kamerstuk 35 249, nr. 23.

De twee amendementen vervangen ook twee eerdere amendementen die voorafgaand aan het wetgevingsoverleg zijn ingediend en gedrukt waren onder Kamerstuk 35 249, nrs. 13 en 15. Tijdens het wetgevingsoverleg heb ik het amendement gedrukt onder Kamerstuk 35 249, nr. 15 ontraden. Ook heb ik gezegd dat ik grote aarzelingen had bij het amendement gedrukt onder nr. 13. De twee gewijzigde amendement gedrukt onder Kamerstuk 35 249, nrs. 24 en 25 en de toelichting daarbij nemen de bezwaren weg die ik tijdens het wetgevingsoverleg heb geuit bij de amendementen gedrukt onder Kamerstuk 35 249, nrs. 13 en 15. Gelet daarop laat ik de gewijzigde amendementen gedrukt onder Kamerstuk 35 249, nrs. 24 en 25 over aan het oordeel van uw Kamer.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

kst-35249-26
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 25

TWEEDE NADER GEWIJZIGD AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER GRAAF C.S. TER VERVANGING VAN DAT GEDRUKT ONDER NR. 23

Ontvangen 18 mei 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

Artikel I, onderdeel F, wordt als volgt gewijzigd:

1. Het voorgestelde artikel 374 wordt als volgt gewijzigd:

a. Voor de tekst wordt de aanduiding «1» geplaatst.

b. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

2. Concurrente schuldeisers worden tezamen in een of meer aparte klassen ingedeeld, als:

a. deze schuldeisers op het moment dat het akkoord overeenkomstig artikel 381 ter stemming wordt voorgelegd, een rechtspersoon zijn als bedoeld in de artikelen 395a en 396 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of een schuldeiser bij wie op dat moment vijftig of minder personen werkzaam zijn dan wel ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn met een vordering voor geleverde goederen of diensten of een vordering uit een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, en

b. aan deze schuldeisers op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden wordt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht wordt aangeboden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen.

2. Het voorgestelde artikel 375, tweede lid, wordt als volgt gewijzigd:

a. De punt aan het slot van onderdeel e wordt vervangen door een puntkomma.

b. Er wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:

kst-35249-25
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

f. voor zover van toepassing, een schriftelijke verklaring inhoudende welke zwaarwegende grond aanwezig is waardoor de concurrente schuldeisers, bedoeld in artikel 374, tweede lid, op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden krijgen die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vordering of onder het akkoord een recht aangeboden krijgen dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vordering.

3. In het voorgestelde artikel 384, vierde lid, wordt voor onderdeel a een onderdeel ingevoegd, luidende:

0a. bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd, aan een klasse van schuldeisers als bedoeld in artikel 374, tweede lid, een uitkering in geld wordt aangeboden die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht aangeboden zal worden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen, terwijl daarvoor geen zwaarwegende grond is aangetoond;

Toelichting

Dit amendement vergroot de effectiviteit van het wetsvoorstel. In de eerste plaats verhoogt het amendement de transparantie betreffende de keuzes die worden gemaakt ten aanzien van de uitkeringen die op basis van het akkoord worden toegekend aan de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Daarmee verlaagt het amendement de misbruikgevoeligheid van de regeling. Het risico van de voorgestelde WHOA is namelijk dat de procedure strategisch ingezet wordt om schuldeisers af te schrijven terwijl daar onvoldoende noodzaak voor is. Dit zou bijvoorbeeld bewerkstelligd kunnen worden door informatie achter te houden en zo de waardering van de onderneming kunstmatig laag te houden. De rechter toetst dit uiteraard, maar zal soms onmogelijk kunnen weten of informatie achtergehouden wordt, zeker bij een snelle procedure als de WHOA.

Daarnaast maakt dit amendement expliciet dat het een doelstelling is van de WHOA dat vooral kleinere MKB-schuldeisers die leverancier zijn van de schuldenaar profiteren van een akkoord. Het amendement voert een minimumbescherming in voor deze schuldeisers. Het reorganisatiesurplus dat met een akkoord kan worden bereikt, wordt mede mogelijk gemaakt door de kleinere leveranciers. Het is redelijk om veilig te stellen dat zij in ieder geval profiteren van de reorganisatie. Hun betrokkenheid bij de onderneming is immers essentieel voor het voortbestaan van de onderneming en daarmee ook voor de totstandkoming van het akkoord. Als zo'n schuldeiser tot 0% wordt afgeschreven, is dat daarom in principe onredelijk richting deze schuldeiser. Naast dat hij betrokken blijft bij de onderneming als leverancier, geeft deze schuldeiser ook nog een deel van hun vordering prijs om de reorganisatie mede mogelijk te maken. Bovendien geldt voor deze categorie schuldeisers dat zij veel minder armslag hebben om de schade die optreedt als een vordering niet volledig betaald wordt op te vangen.

Dit amendement regelt met een *hard and fast rule* minimumbescherming. De kleinere MKB-schuldeisers die leverancier zijn van de schuldenaar of een vordering op de schuldenaar hebben die voortvloeit uit een onrechtmatige daad zouden in beginsel ten minste 20% van hun vordering betaald moeten krijgen. De 20%-regel is om voornoemde redenen bewust beperkt tot deze categorie concurrente schuldeisers. Hieronder vallen ook zelfstandigen zonder personeel (zzp-ers) en eenmanszaken. Dit blijkt uit de passage «schuldeisers bij wie [...] vijftig of minder personen werkzaam zijn». De regel geldt voor natuurlijke personen die geen onderneming drijven (en geen werknemers hebben) vanwege een vordering uit onrechtmatige daad (waaronder een vordering

vanwege letsel- of overlijdensschade). De 20%-regel ziet niet op:

– partijen die vorderingen hebben opgekocht voor minder dan 20% van de waarde;

– financiers met een achtergestelde lening zonder zekerheden,

– rechtspersonen binnen de groep die onderling financieringen verstrekken;

– aandeelhouders die ook een concurrente vordering hebben op de schuldenaar, en

– obligatiehouders.

Volgens de Raad van State ontvangen concurrente crediteuren bij de Amerikaanse *Chapter 11*-procedure gemiddeld 52%, waardoor meer dan aannemelijk is dat het genoemde minimumpercentage van 20% niet onnodig gaat knellen.

Overigens wordt hierbij opgemerkt dat consumenten niet zijn meegenomen. Er wordt namelijk vanuit gegaan dat zij in de praktijk nooit als schuldeiser betrokken zullen zijn bij een akkoord. Anders dan in faillissement, wordt de onderneming bij een WHOA-akkoord gewoon voortgezet en kan de onderneming dus de bestellingen die zijn gedaan door consumenten gewoon afleveren. Als de onderneming niet zou leveren, zorgen de regels van consumentenbescherming ervoor dat de vordering van een consument op deze ondernemer uit wanprestatie blijft bestaan. Dat is dwingend recht waarvan niet in een akkoord kan worden afgeweken.

Om ervoor te zorgen dat alle betrokken partijen bij het akkoord hun best doen om ervoor te zorgen dat deze 20%-regel wordt gehanteerd, worden er drie aanpassingen doorgevoerd in de voorgestelde regeling.

– Aan artikel 374 wordt een nieuw tweede lid toegevoegd. Daarin wordt bepaald dat de schuldeisers die in beginsel aanspraak kunnen maken op de 20%-uitkering, tezamen worden ingedeeld in één of meerdere klassen.

– Als 20% in een specifiek geval toch teveel blijkt, is reorganisatie via de WHOA nog altijd mogelijk. Maar dan dient de schuldenaar in dat geval in de bescheiden die hij moet overleggen bij zijn akkoord, een verklaring op te nemen waarin hij expliciet uitlegt welke zwaarwegende grond aanwezig is die het nodig maakt om af te wijken van het principe dat de kleinere MKB-schuldeisers in beginsel 20% van hun vordering betaald krijgen. Dit is bepaald in het nieuwe onderdeel f dat wordt toegevoegd aan artikel 375, tweede lid. In die verklaring zal de schuldenaar daarbij ook de link moeten leggen met de informatie die hij op grond van artikel 375, eerste lid onderdelen e en g in zijn akkoord moet opnemen. Dit betreft informatie over waarde die naar zijn verwachting gerealiseerd gaat worden als het akkoord tot stand komt en de uitgangspunten die hij gehanteerd heeft bij de berekening van die waarde. Doordat de schuldenaar zich hier expliciet over moet uitlaten in de bescheiden die hij moet overleggen bij zijn akkoord, krijgen de schuldeisers deze informatie nog voor de stemming over het akkoord. Zij kunnen de uitleg die de schuldenaar geeft dus mee laten wegen in hun beslissing om al dan niet in te stemmen met het akkoord. Dit vormt een waarborg dat de schuldenaar zijn best zal doen om zich waar dat mogelijk is te houden aan de 20%-regel. Hij riskeert immers veel tegenstemmen als hij niet goed kan verklaren waarom het niet mogelijk is om de kleinere MKB-leveranciers minimaal 20% van hun vordering uit te betalen.

– Een volgende waarborg vormt de toets van de rechter. De rechter zal op grond van artikel 384, tweede lid, onder c, altijd toetsen of de bovengenoemde verklaring er is. Als de klasse waarin de MKB-leveranciers ingedeeld zijn, niet overtuigd is van de uitleg en tegen het akkoord stemt, kan een bredere toets van de rechter volgen. In dat geval kunnen de kleinere MKB-leveranciers namelijk bezwaar maken tegen de goedkeuring van het akkoord op de grond dat niet is aangetoond dat er sprake is van een zwaarwegende grond om af te wijken van het beginsel dat deze leveranciers 20% van hun vordering krijgen. Dit wordt geregeld in een

nieuw onderdeel dat wordt toegevoegd aan artikel 384, vierde lid. De kleine MKB-leveranciers krijgen dan de gelegenheid om de informatie die de schuldenaar op grond van art. 375, tweede lid, onder f heeft moeten overleggen omtrent de zwaarwegende grond te betwisten. De schuldenaar zal zich dan hierover bij de rechter nader moeten uitlaten. De rechter zal dit bij zijn oordeel of een zwaarwegende grond aanwezig is, betrekken. De rechter toetst bij de vraag of een zwaarwegende grond aanwezig is in ieder geval of voldoende vaststaat dat een verdeling van de reorganisatieopbrengst waarbij 20% toekomt aan de betreffende schuldeisers, niet mogelijk is.

Van der Graaf
Van Nispen
Nijboer

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 24

NADER GEWIJZIGD AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER GRAAF C.S. TER VERVANGING VAN DAT GEDRUKT ONDER NR. 22

Ontvangen 18 mei 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

In artikel I, onderdeel F, wordt het voorgestelde artikel 384, vierde lid, als volgt gewijzigd:

1. In onderdeel a wordt «, of» vervangen door «;».

2. In onderdeel b wordt na «de genoemde schuldeisers» ingevoegd «, niet zijnde schuldeisers als bedoeld in onderdeel c,» en wordt de punt aan het slot vervangen door «, of».

3. Er wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:

c. het schuldeisers betreft met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek die de schuldenaar bedrijfsmatig een financiering heeft verstrekt en op basis van het akkoord in het kader van een wijziging van hun rechten, aandelen of certificaten hiervan aangeboden krijgen en daarnaast niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in een andere vorm.

Toelichting

De WHOA biedt een tegenstemmende klasse schuldeisers een recht om het bedrag dat in faillissement naar verwachting ontvangen zou zijn, in contant geld op te eisen.

Deze bepaling kan schadelijk zijn, doordat reorganisatie meestal niet door kan gaan als een te grote groep schuldeisers contant geld eist. Dit geldt vooral als financiers van de onderneming dit doen. Zij verstrekken leningen waarbij doorgaans sprake is van zekerheidsrechten. In faillissement krijgen zij de waarde van het daarbij verstrekte onderpand uitgekeerd in contanten. Het kan dan gaan om vrij grote bedragen. Dit betreft in het bijzonder financiers van wie de bedrijfsactiviteit bestaat uit

kst-35249-24
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

het verstrekken van kredieten en het deelnemen in aandelenkapitaal van ondernemingen. Herfinanciering is dan vaak de enige uitweg, maar zeker wanneer reorganisatie in een laagconjunctuur of recessie plaatsvindt zal dat heel moeilijk zo niet onmogelijk zijn. Doel van dit amendement is om te voorkomen dat de totstandkoming van het akkoord om die reden onmogelijk wordt.

De bepaling is zo aangepast dat voor financiers geldt dat als zij onder het akkoord aandelen aangeboden krijgen voor het gesecureerde deel van hun vordering en de klasse tegenstemt, de individuele financiers binnen die klasse altijd de keuze moeten krijgen om in plaats van aandelen te kiezen voor een andere vorm van een uitkering. Deze financiers kunnen zich niet beroepen op artikel 384, vierde lid, onderdeel b, waardoor zij zich niet kunnen beroepen op een directe uitkering in geld. Qua vorm van de uitkering moet vooral gedacht worden aan een uitstel van betaling of het doorlopen van de lening. Uiteraard moet bij deze afspraak sprake zijn van marktconforme voorwaarden. Voor een gesecureerde vordering zal dit in de regel inhouden dat een rentevergoeding wordt toegekend en de vordering gedekt blijft door zekerheden.

Van der Graaf
Van Nispen
Nijboer

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 23

NADER GEWIJZIGD AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER GRAAF C.S. TER VERVANGING VAN DAT GEDRUKT ONDER NR. 15

Ontvangen 13 mei 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

Artikel I, onderdeel F, wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan het slot van het voorgestelde artikel 374 wordt een zin toegevoegd, luidende:

Schuldeisers die voldoen aan de omschrijving in artikel 384, vierde lid, onderdeel 0a worden tezamen in een of meer aparte klassen ingedeeld indien aan deze schuldeisers op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden zal worden die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht aangeboden zal worden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen.

2. Het voorgestelde artikel 384, vierde lid, wordt als volgt gewijzigd:

a. Voor onderdeel a wordt een onderdeel ingevoegd, luidende:

0a. de genoemde schuldeisers natuurlijk persoon zijn, rechtspersoon zijn waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed of rechtspersoon zijn die behoort tot een groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, die aan de voorgaande omschrijving voldoet en op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden krijgen die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vordering of onder het akkoord een recht aangeboden krijgen dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vordering, tenzij dit schuldeisers betreft die:

i. bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar contractueel achtergesteld zijn ten opzichte van één of meer andere in het akkoord betrokken schuldeisers;

kst-35249-23
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

ii. de vordering voor minder dan 20% van de waarde die zij vertegenwoordigt hebben verkregen, of
iii. direct of indirect meer dan 10% van de aandelen in de schuldenaar houden.

b. In onderdeel a wordt na «in hun belang worden geschaad» ingevoegd «of tenzij die afwijking noodzakelijk is ingevolge onderdeel 0a».

Toelichting

Dit amendement regelt minimumbescherming met een *hard and fast rule* voor MKB-schuldeisers en natuurlijke personen, zoals consumenten en ondernemers zonder rechtspersoonlijkheid. Het reorganisatiesurplus zal onder de WHOA vaak worden bewerkstelligd door schuldeisers af te schrijven. Het risico van de voorgestelde WHOA is daarbij dat schuldeisers op basis van een waardering van de onderneming, die per definitie een momentopname van een vaak hoogst onzekere toekomst inhoudt, worden afgeschreven terwijl daar achteraf onvoldoende noodzaak voor blijkt. Dit zou zelfs strategisch bewerkstelligd kunnen worden door informatie achter te houden en zo de waardering van de onderneming kunstmatig laag te houden. De rechter toetst dit uiteraard, maar zal soms onmogelijk kunnen weten of informatie achtergehouden wordt, zeker bij een snelle procedure als de WHOA. Ook bij volledige informatie is de toekomstige kasstroom onzeker en kan de rechter dus onmogelijk met zekerheid oordelen of het afschrijven van schuldeisers inderdaad terecht is. Met name voor natuurlijke personen zoals consumenten en ondernemers en voor MKB-ondernemingen is het moeilijk zich te verweren tegen een ongunstige waardering.

Geïnspireerd op de Oostenrijkse regeling wordt voorgesteld dat een MKB-schuldeiser of natuurlijke persoon uit een klasse die tegen het akkoord heeft gestemd kan verzoeken de homologatie te weigeren als hij niet ten minste 20% betaald krijgt. Deze minimumbescherming zorgt, zoals ook in Oostenrijk de ervaring is, dat alleen enigszins serieuze kandidaten tot reorganisatie over kunnen gaan. Volgens de Raad van State ontvangen concurrente crediteuren bij de Amerikaanse Chapter 11 procedure gemiddeld 52%, waardoor meer dan aannemelijk is dat het genoemde minimumpercentage van 20% niet onnodig gaat knellen.

Als 20% in een specifiek geval toch teveel blijkt, is reorganisatie via de WHOA nog altijd mogelijk, maar alleen met instemming van de meerderheid binnen deze klasse die minder krijgt dan 20%. Deze regeling is daarom ondergebracht in art. 384 lid 4, dat in de aanhef vermeldt dat alleen een beroep op deze weigeringsgrond mogelijk is voor een schuldeiser die zelf niet met het akkoord heeft ingestemd en die is ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd. Indien de betreffende klasse bijvoorbeeld met 10% betaling instemt, kan een schuldeiser uit die klasse dus niet dwarsliggen door een beroep op de weigeringsgrond uit dit amendement te doen. Met het oog daarop wordt met dit amendement in art. 374 opgenomen dat de betreffende MKB-rechtspersonen en natuurlijke personen, voor zover ze niet onder de hieronder beschreven uitzonderingen vallen, in een of meer aparte klassen worden opgenomen voor zover ze minder dan 20% aangeboden krijgen. Zo wordt bewerkstelligd dat alleen de schuldeisers die een beroep op de 20% regel kunnen doen stemmen over het al dan niet genoegen nemen met minder.

Onder omstandigheden kunnen er zwaarwegende gronden zijn om de 20% regel niet toe te passen. Daarom zijn drie uitzonderingen op de regel opgenomen. Als contractuele rangafspraken gemaakt zijn, bestaat voor de contractueel achtergestelde schuldeisers geen beroep op de 20% regel. Een beroep op de 20% regel zou ook misstaan indien de betreffende vordering gekocht is voor minder dan 20%. Als laatste dienen direct of indirect aandeelhouders geen beroep te kunnen doen op de 20% regel.

Door toepassing van de 20% regel zou aan schuldeisers uit hoger gerangschikte tegenstemmende klassen onder omstandigheden een beroep op het voorgestelde art 384 lid 4 onderdeel a uit het originele wetsvoorstel toekomen. Om te voorkomen dat een akkoord aldus gedwarsboomd kan worden is opgenomen dat afgeweken kan worden van die regel indien dit noodzakelijk is om aan de regel uit dit amendement te voldoen. Zo wordt het reorganiserend vermogen van de onderneming versterkt terwijl minimumbescherming aan MKB en natuurlijke personen zoals consumenten wordt gegeven.

Een eerdere versie van dit amendement kende een breder toepasbare regel, maar bij het Wetgevingsoverleg d.d. 11 mei 2020 is door de Minister voor Rechtsbescherming de zorg geuit dat andere partijen dan het MKB van een dergelijke regel zouden kunnen profiteren, mogelijk ook ten koste van het MKB. Daarom is het huidige voorstel met precisie ingericht als bescherming van enkel zwakkere partijen als het MKB en consumenten. Met dit gewijzigde amendement is daarmee door de indieners aan de aanvankelijke overwegingen en bezwaren tegemoet gekomen.

Van der Graaf
Van Nispen
Nijboer

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 22

GEWIJZIGD AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER GRAAF C.S. TER VERVANGING VAN DAT GEDRUKT ONDER NR. 13

Ontvangen 13 mei 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

In artikel I, onderdeel F, komt in het voorgestelde artikel 384, vierde lid, onderdeel b te luiden:

b. de genoemde schuldeisers niet ten minste de waarde die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting zouden ontvangen, op basis van het akkoord verkrijgen in een vorm anders dan in aandelen of certificaten van aandelen.

Toelichting

De WHOA biedt een tegenstemmende klasse schuldeisers een recht om het bedrag dat in faillissement naar verwachting ontvangen zou zijn, in contant geld op te eisen. Dit is in deze sterke vorm in internationaal perspectief een unieke regel. De Chapter 11-procedure in de VS, inspiratie voor de WHOA (zie pag. 4, MvT) biedt een dergelijk recht niet. In de memorie van toelichting bij de WHOA wordt deze keuze echter niet toegelicht, behoudens de enkele opmerking dat dit eerlijk zou zijn. Het tegendeel is echter het geval. De bepaling kan schadelijk zijn voor de reorganisatiekans van de onderneming, wringt met de uitgangspunten van de WHOA en is ook onredelijk. Daarom regelt dit amendement dat dit onderdeel wordt aangepast en ingeperkt.

Bij een reorganisatie worden meestal niet direct contanten uitgekeerd, maar behouden schuldeisers waarde door bijvoorbeeld een uitgestelde (lagere) claim te houden of aandelen te ontvangen. De bestreden bepaling betreft in feite extra bescherming voor schuldeisers met zekerheidsrechten, zoals in de memorie van toelichting bij de consultatieversie nog wel was opgenomen (pag. 40–41). In faillissement zijn de uitkeringspercentages voor de gewone schuldeisers immers laag, doorgaans hoogstens enkele procenten, tegenover een door de Wereldbank geschatte *recovery rate* voor gesecureerde schuldeisers van wel 90%. De gewone schuldeisers hebben dus vrijwel niets aan een uitkering in

kst-35249-22
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

contanten van datgene wat ze in faillissement zouden krijgen, maar gesecureerde schuldeisers wel.

De in het wetsvoorstel opgenomen bepaling is schadelijk, doordat reorganisatie meestal niet door kan gaan als een grote schuldeiser contant geld eist. Herfinanciering is dan vaak de enige uitweg, maar zeker wanneer reorganisatie in een laagconjunctuur of recessie plaatsvindt zal dat heel moeilijk zo niet onmogelijk zijn. Dit is ook reeds bij de consultatie naar voren gebracht. Het is daarmee ook in strijd met het centrale uitgangspunt van de WHOA, die als doel heeft *«het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken»* (pag. 1, MvT). Met de WHOA zou het probleem dat de schuldeisers een prikkel hebben *«om instemming te weigeren om daarmee een betere positie voor zichzelf te creëren»* (pag. 1, MvT) voorkomen moeten worden.

De bestreden regel creëert echter de facto een dergelijke *hold out*-positie voor de toch al sterkste schuldeiser(s), nu uitkering in contanten meestal niet mogelijk is en het opeisen van contanten de reorganisatie zou doen falen. Ook dit is bij de consultatie naar voren gebracht. Toch heeft dit niet tot verandering geleid, en ook niet tot een onderbouwing in de memorie van toelichting. De enkele dreiging met de eis van uitkering in contanten kan al genoeg zijn om in de procedure meer te eisen dan waar deze schuldeiser recht op heeft, ten koste van de andere, toch al zwakkere schuldeisers. Hoewel de regel op het eerste gezicht enkel recht lijkt te geven op waar in faillissement recht op bestaat, is de uitwerking dat een *hold out* positie wordt geïntroduceerd, waarmee meer verkregen kan worden. De regel is daarmee, anders dan in de memorie van toelichting wordt gesteld, niet eerlijk en daarom het voorstel dit onderdeel te schrappen.

Dit amendement schrapt het recht op contanten. Doel van de gewijzigde tekst is te voorkomen dat een schuldeiser die in faillissement betaling kan verwachten in plaats daarvan geforceerd wordt om aandeelhouder te worden. Een schuldeiser moet kortom kunnen eisen anders dan in aandelen voldaan te worden voor wat betreft het bedrag dat hij anders in faillissement kan verwachten, bijvoorbeeld in de vorm van een uitgestelde vordering. De schuldeiser kan daarmee onder omstandigheden dus wel geforceerd worden genoegen te nemen met bijvoorbeeld uitstel van betaling van de claim, mits voldaan is aan de toets van het voorgestelde art. 384 lid 3 Fw. Met dit gewijzigde amendement is door de indieners aan de aanvankelijke overwegingen en bezwaren, zoals door de Minister voor Rechtsbescherming geuit tijdens het Wetgevingsoverleg d.d. 11 mei 2020, tegemoet gekomen.

Van der Graaf
Van Nispen
Nijboer

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 15

GEWIJZIGD AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER GRAAF C.S. TER VERVANGING VAN DAT GEDRUKT ONDER NR. 10

Ontvangen 11 mei 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

In artikel I, onderdeel F, wordt het voorgestelde artikel 384, vierde lid, als volgt gewijzigd:

1. Voor onderdeel a wordt een onderdeel ingevoegd, luidende:
0a. de genoemde schuldeisers op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden krijgen die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vordering of onder het akkoord een recht aangeboden krijgen dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vordering, tenzij er een zwaarwegende grond bestaat om hiervan af te wijken;

2. In onderdeel a wordt na «in hun belang worden geschaad» ingevoegd «of tenzij die afwijking noodzakelijk is ingevolge onderdeel 0a».

Toelichting

Dit amendement voert minimumbescherming voor alle schuldeisers in. Het amendement vergroot daarmee de effectiviteit van het wetsvoorstel, verlaagt de misbruikgevoeligheid en voorkomt procedures. Het risico van de voorgestelde WHOA is namelijk dat de procedure strategisch ingezet wordt om schuldeisers af te schrijven terwijl daar onvoldoende noodzaak voor is. Dit zou bijvoorbeeld bewerkstelligd kunnen worden door informatie achter te houden en zo de waardering van de onderneming kunstmatig laag te houden. De rechter toetst dit uiteraard, maar zal soms onmogelijk kunnen weten of informatie achtergehouden wordt, zeker bij een snelle procedure als de WHOA.

Het reorganisatiesurplus zal onder de WHOA vaak worden bewerkstelligd door schuldeisers af te schrijven. Het is redelijk om veilig te stellen dat alle betrokkenen in ieder geval een klein beetje profiteren van de

kst-35249-15
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

reorganisatie. Als een schuldeiser tot 0% wordt afgeschreven, is dat per definitie onredelijk richting deze schuldeiser, die immers door de vordering prijs te geven de reorganisatie mede mogelijk maakt.

Dit amendement regelt met een *hard and fast rule*-minimumbescherming. Geïnspireerd op de Oostenrijkse regeling wordt voorgesteld dat een schuldeiser uit een klasse die tegen het akkoord heeft gestemd kan verzoeken de homologatie te weigeren als hij niet ten minste 20% betaald krijgt. Ook zorgt dit, zoals ook in Oostenrijk de ervaring is, dat alleen enigszins serieuze kandidaten tot reorganisatie over kunnen gaan. Volgens de Raad van State ontvangen concurrente crediteuren bij de Amerikaanse Chapter 11 procedure gemiddeld 52%, waardoor meer dan aannemelijk is dat het genoemde minimumpercentage van 20% niet onnodig gaat knellen. Als 20% in een specifiek geval toch teveel blijkt, is reorganisatie via de WHOA nog altijd mogelijk, maar alleen met instemming van de meerderheid binnen een klasse die minder krijgt dan 20%.

In voorkomende gevallen noopt de toepassing van deze regel dat van de rangorde tussen schuldeisers wordt afgeweken. Onder omstandigheden kunnen er zwaarwegende gronden zijn om de 20% regel niet toe te passen, bijvoorbeeld indien schuldeisers zelf contractuele rangafspraken hebben gemaakt, of indien de vorderingen voor minder dan 20% gekocht zijn door de betreffende schuldeiser. Daarom is de clausule opgenomen dat bij zwaarwegende grond afgeweken kan worden van de voorgestelde regel.

Van der Graaf
Van Nispen
Nijboer

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 14

GEWIJZIGD AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER GRAAF C.S. TER VERVANGING VAN DAT GEDRUKT ONDER NR. 9

Ontvangen 11 mei 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

In artikel I, onderdeel F, wordt het voorgestelde artikel 374 als volgt gewijzigd:

1. Voor de tekst wordt de aanduiding «1.» geplaatst.

2. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

2. Schuldeisers met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek worden enkel voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang geldt in één of meer klassen van schuldeisers met een dergelijk voorrang ingedeeld, tenzij hierdoor geen verandering ontstaat in de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd. Voor het overige deel van hun vordering worden deze schuldeisers ingedeeld in een klasse van schuldeisers zonder voorrang. Bij de bepaling van het deel van de vordering waarvoor de voorrang tot zekerheid strekt, wordt uitgegaan van de waarde die naar verwachting in een faillissement volgens de wettelijke rangorde door deze schuldeiser op basis van zijn pand- of hypotheekrechten verkregen zou zijn.

Toelichting

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel vermeldt dat schuldeisers met een zekerheidsrecht alleen voor het gedekte deel in een aparte klasse worden ingedeeld (pag. 49, MvT). Met dit amendement wordt deze notie in de wettekst opgenomen. Daarbij is opgenomen dat hiervan afgeweken kan worden als hierdoor geen verandering ontstaat in de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd. Zo zal het bij een consensueel akkoord met maar één gesecureerde crediteur niet altijd nodig zijn de vordering te splitsen.

kst-35249-14
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

Tevens regelt dit amendement dat schuldeisers met pand- of hypotheekrechten alleen gesecureerd zijn tot de waarde die naar verwachting in faillissement volgens de wettelijke rangorde verkregen zou zijn. Dit komt in beginsel overeen met de waarde die de schuldeiser bij de uitoefening van zijn pand- of hypotheekrecht zelf op korte termijn zou kunnen behalen door executie. Het wetsvoorstel laat nu namelijk nog in het midden wat het uitgangspunt is voor waardering van het onderpand en de memorie van toelichting biedt geen aanknopingspunten. Terwijl hier een principiële keuze dient te worden gemaakt tussen (a) de waarde van het onderpand met/na reorganisatie of (b) de waarde van het onderpand in het alternatieve scenario van faillissement. Indien voor (a) gekozen wordt, zoals in de eerste consultatieversie van deze wet (toen nog onder de naam Wet Continuiteit Ondernemeningen II) mogelijk het geval leek, zouden gesecureerde crediteuren onder omstandigheden een deel of zelfs groot deel van het reorganisatiesurplus met voorrang kunnen claimen. De activa kunnen door reorganisatie, vaak inhoudend het afschrijven van een deel van de schulden, immers meer waard worden. Dit *going concern* surplus wordt echter door alle betrokkenen tezamen via de reorganisatieprocedure bewerkstelligd. Bij de waardering van het onderpand wordt dus aangesloten bij het hierboven genoemde uitgangspunt (b): de waarde van het onderpand in het alternatieve scenario van faillissement. Zo worden alle partijen tezamen ook aangemoedigd een bij voorkeur consensueel akkoord te bereiken. Dit sluit in beginsel ook aan op de waarde die de schuldeiser bij de uitoefening van zijn pand- of hypotheekrecht zelf op korte termijn zou kunnen behalen door executie en is daarmee ook rechtvaardig. Via het ongesecureerde deel van haar vordering kan de gesecureerde crediteur vervolgens meeprofiteren van het reorganisatiesurplus.

Van der Graaf
Van Nispen
Nijboer

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 13 **AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER GRAAF C.S.**

Ontvangen 11 mei 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

In artikel I, onderdeel F, wordt artikel 384, vierde lid, als volgt gewijzigd:

1. In de aanhef vervalt «:».

2. In onderdeel a wordt «, of» vervangen door «.».

3. de aanduiding «a.» vervalt.

4. onderdeel b vervalt.

Toelichting

De WHOA biedt een tegenstemmende klasse schuldeisers een recht om het bedrag dat in faillissement naar verwachting ontvangen zou zijn, in contant geld op te eisen. Dit is in deze sterke vorm in internationaal perspectief een unieke regel. De Chapter 11-procedure in de VS, inspiratie voor de WHOA (zie pag. 4, MvT) biedt een dergelijk recht niet. In de memorie van toelichting bij de WHOA wordt deze keuze echter niet toegelicht, behoudens de enkele opmerking dat dit eerlijk zou zijn. Het tegendeel is echter het geval. De bepaling kan schadelijk zijn voor de reorganisatiekans van de onderneming, wringt met de uitgangspunten van de WHOA en is ook onredelijk. Daarom regelt dit amendement dat dit onderdeel wordt geschrapt uit het wetsvoorstel.

Bij een reorganisatie worden meestal niet direct contanten uitgekeerd, maar behouden schuldeisers waarde door bijvoorbeeld een uitgestelde (lagere) claim te houden of aandelen te ontvangen. De bestreden bepaling betreft in feite extra bescherming voor schuldeisers met zekerheidsrechten, zoals in de memorie van toelichting bij de consultatieversie nog wel was opgenomen (pag. 40–41). In faillissement zijn de uitkeringspercentages voor de gewone schuldeisers immers laag, doorgaans hoogstens enkele procenten, tegenover een door de Wereldbank

kst-35249-13
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

geschatte *recovery rate* voor gesecureerde schuldeisers van wel 90%. De gewone schuldeisers hebben dus vrijwel niets aan een uitkering in contanten van datgene wat ze in faillissement zouden krijgen, maar gesecureerde schuldeisers wel.

De in het wetsvoorstel opgenomen bepaling is schadelijk, doordat reorganisatie meestal niet door kan gaan als een grote schuldeiser contant geld eist. Herfinanciering is dan vaak de enige uitweg, maar zeker wanneer reorganisatie in een laagconjunctuur of recessie plaatsvindt zal dat heel moeilijk zo niet onmogelijk zijn. Dit is ook reeds bij de consultatie naar voren gebracht. Het is daarmee ook in strijd met het centrale uitgangspunt van de WHOA, die als doel heeft *«het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken»* (pag. 1, MvT). Met de WHOA zou het probleem dat de schuldeisers een prikkel hebben *«om instemming te weigeren om daarmee een betere positie voor zichzelf te creëren*» (pag. 1, MvT) voorkomen moeten worden.

De bestreden regel creëert echter de facto een dergelijke *hold out*-positie voor de toch al sterkste schuldeiser(s), nu uitkering in contanten meestal niet mogelijk is en het opeisen van contanten de reorganisatie zou doen falen. Ook dit is bij de consultatie naar voren gebracht. Toch heeft dit niet tot verandering geleid, en ook niet tot een onderbouwing in de memorie van toelichting. De enkele dreiging met de eis van uitkering in contanten kan al genoeg zijn om in de procedure meer te eisen dan waar deze schuldeiser recht op heeft, ten koste van de andere, toch al zwakkere schuldeisers. Hoewel de regel op het eerste gezicht enkel recht lijkt te geven op waar in faillissement recht op bestaat, is de uitwerking dat een *hold out* positie wordt geïntroduceerd, waarmee meer verkregen kan worden. De regel is daarmee, anders dan in de memorie van toelichting wordt gesteld, niet eerlijk en daarom het voorstel dit onderdeel te schrappen.

Van der Graaf
Van Nispen
Nijboer

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 12 **AMENDEMENT VAN DE LEDEN NIJBOER EN VAN DER GRAAF**

Ontvangen 19 maart 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

Artikel 374 wordt als volgt gewijzigd:

1. Voor de tekst wordt de aanduiding «1.» geplaatst.

2. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

2. Bij de toepassing van deze afdeling kunnen aandeelhouders die meer dan 10% van de aandelen houden of betrokken zijn bij het bestuur van de vennootschap geen aanspraak maken op direct of indirect aan hen verschafte zekerheidsrechten.

Toelichting

De impliciete veronderstelling die ten grondslag ligt aan de WHOA is dat de aandeelhouder niet sowieso alle waarde naar zich toe kan trekken. Dat gebeurt wel indien de aandeelhouder tevens de belangrijkste schuldeiser is met zekerheden. De bewoordingen van het wetsvoorstel laten volgens de indiener te veel ruimte voor misbruik. Steeds vaker gebeurt het, vooral in Private Equity situaties, dat de aandeelhouder tevens de belangrijkste schuldeiser is, die tevens de meeste zekerheden heeft. Zo kan het gebeuren dat de aandeelhouder degene is die iets overhoudt uit het faillissement of de herstructurering, terwijl leveranciers, personeel en de Belastingdienst worden benadeeld. Dit is het geval geweest bij bijvoorbeeld V&D, McGregor en Intertoys. Dit amendement voorkomt onredelijke bevoordeling van zittende aandeelhouders onder de WHOA en ook dat de WHOA eenvoudig gebruikt kan worden om schuldeisers af te schrijven. Het amendement voorziet erin dat de aandeelhouder niet tevens als gesecureerd schuldeiser kan optreden in een reorganisatieprocedure. Voor zover de aandeelhouder zekerheidsrechten heeft, kan de aandeelhouder deze niet uitoefenen en er ook geen waarde onder opeisen. Het amendement dwingt daarmee de aandeelhouder zich te gedragen als aandeelhouder. Tevens is dit amendement meer in lijn met hetgeen internationaal gebruikelijk is, waar aandeel-

kst-35249-12
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

houders veelal wettelijk geregeld een achtergestelde positie hebben en zodoende ook geen zekerheidsrechten kunnen uitoefenen, laat staan deze in te zetten in een reorganisatieprocedure. Met dit amendement wordt ook voorkomen dat Nederland internationaal wordt gebruikt voor reorganisatieprocedures om gebruik te maken van een regime dat bovenal goed is voor aandeelhouders.

Nijboer
Van der Graaf

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 11

AMENDEMENT VAN HET LID NIJBOER C.S.

Ontvangen 19 maart 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

Na artikel 384, vierde lid, wordt een lid ingevoegd, luidende:

4a. Als ten gunste van een klasse van aandeelhouders wordt afgeweken van de rangorde bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar, bedoeld in het vorige lid, onder a, dan is van een redelijke grond als bedoeld in diezelfde bepaling alleen sprake als:

a. aandeelhouders daarvoor een marktconforme tegenprestatie leveren bijvoorbeeld in de vorm van de verschaffing van nieuw kapitaal, of

b. het een aandeelhouder betreft van een kleine onderneming waarbij de aandeelhouder noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming en de totstandkoming van het akkoord. Een kleine onderneming in de zin van deze bepaling betreft een onderneming met maximaal 24 werknemers, een omzet van € 5 miljoen of een balanstotaal van € 4 miljoen.

Toelichting

Dit amendement regelt dat de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord zal weigeren indien een schuldeiser bezwaren ertegen heeft dat een aandeelhouder waarde behoudt in de vorm van alle of een gedeelte van de aandelen. In het wetsvoorstel bestaat daartoe nog algemeen de mogelijkheid indien er sprake van «een redelijke grond» en «de genoemde schuldeisers of aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad». Een redelijke grond is snel gevonden, zo kan de aandeelhouders essentiële onderdelen van de bedrijfsvoering, zoals het intellectueel eigendom, elders onderbrengen, waardoor zonder medewerking van de aandeelhouder de onderneming niet levensvatbaar is. Het tweede criterium is ook al geen goede waarborg: de vergelijking wordt gemaakt met een faillissement, niet de situatie waarbij de beste uitkomst voor schuldeisers ten opzicht van aandeelhouders wordt bereikt. Slechts indien de aandeelhouder nieuwe waarde verschaft of werkelijk instrumenteel is bij kleine ondernemingen waarbij de ondernemer niet te scheiden is van de ondernemer, is er met dit amendement ruimte om

kst-35249-11
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

aandeelhouders waarde te laten behouden zelfs als de schuldeisers daar niet mee instemmen en de rechter binnen een kader van andere waarborgen het akkoord oplegt.

Nijboer
Van der Graaf
Nispen

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 10

AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER GRAAF C.S.

Ontvangen 18 maart 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

In artikel I, onderdeel F, wordt in het voorgestelde artikel 384, vierde lid, voor onderdeel a een onderdeel ingevoegd, luidende:

0a. de genoemde schuldeisers op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden krijgen die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vordering of onder het akkoord een recht aangeboden krijgen dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vordering, tenzij er een zwaarwegende grond bestaat om hiervan af te wijken;

Toelichting

Dit amendement voert minimumbescherming voor alle schuldeisers in. Het amendement vergroot daarmee de effectiviteit van het wetsvoorstel, verlaagt de misbruikgevoeligheid en voorkomt procedures. Het risico van de voorgestelde WHOA is namelijk dat de procedure strategisch ingezet wordt om schuldeisers af te schrijven terwijl daar onvoldoende noodzaak voor is. Dit zou bijvoorbeeld bewerkstelligd kunnen worden door informatie achter te houden en zo de waardering van de onderneming kunstmatig laag te houden. De rechter toetst dit uiteraard, maar zal soms onmogelijk kunnen weten of informatie achtergehouden wordt.

Het reorganisatiesurplus zal onder de WHOA vaak worden bewerkstelligd door schuldeisers af te schrijven. Het is redelijk om veilig te stellen dat alle betrokkenen in ieder geval een klein beetje profiteren van de reorganisatie. Als een schuldeiser tot 0% wordt afgeschreven, is dat per definitie onredelijk richting deze schuldeiser, die immers door de vordering prijs te geven de reorganisatie mede mogelijk maakt.

Dit amendement regelt met een *hard and fast rule* minimumbescherming. Geïnspireerd op de Oostenrijkse regeling wordt voorgesteld dat een schuldeiser uit een klasse die tegen het akkoord heeft gestemd kan verzoeken de homologatie te weigeren als hij niet ten minste 20%

kst-35249-10
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

betaald krijgt. Ook zorgt dit, zoals ook in Oostenrijk de ervaring is, dat alleen enigszins serieuze kandidaten tot reorganisatie over kunnen gaan. Volgens de Raad van State ontvangen concurrente crediteuren bij de Amerikaanse Chapter 11 procedure gemiddeld 52%, waardoor meer dan aannemelijk is dat het genoemde minimumpercentage van 20% niet onnodig gaat knellen. Als 20% in een specifiek geval toch teveel blijkt, is reorganisatie via de WHOA nog altijd mogelijk, maar alleen met instemming van de meerderheid binnen een klasse die minder krijgt dan 20%.

In voorkomende gevallen noopt de toepassing van deze regel dat van de rangorde tussen schuldeisers wordt afgeweken. Onder omstandigheden kunnen er zwaarwegende gronden zijn om dit niet te doen, bijvoorbeeld indien schuldeisers zelf contractuele rangafspraken hebben gemaakt. Daarom is de clausule opgenomen dat bij zwaarwegende grond afgeweken kan worden van de voorgestelde regel.

Van der Graaf
Van Nispen
Nijboer

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 9

AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER GRAAF C.S.

Ontvangen 18 maart 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

In artikel I, onderdeel F, wordt het voorgestelde artikel 374 als volgt gewijzigd:

1. Voor de tekst wordt de aanduiding «1.» geplaatst.

2. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

2. Schuldeisers met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek worden enkel voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang geldt in één of meer klassen van schuldeisers met een dergelijk voorrang ingedeeld. Voor het overige deel van hun vordering worden deze schuldeisers ingedeeld in een klasse van schuldeisers zonder voorrang. Bij de bepaling van het deel van de vordering waarvoor de voorrang tot zekerheid strekt, wordt uitgegaan van de waarde die de schuldeiser bij de uitoefening van zijn voorrangsrecht zelf op korte termijn zou kunnen behalen bij de separate executie van het goed waarop het voorrangsrecht rust.

Toelichting

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel vermeldt dat schuldeisers met een zekerheidsrecht alleen voor het gedekte deel in een aparte klasse worden ingedeeld. Met dit amendement wordt deze notie in de wettekst opgenomen. Tevens regelt dit amendement dat gesecureerde schuldeisers alleen gesecureerd zijn tot de liquidatiewaarde bij afzonderlijke liquidatie van de activa waarop ze zekerheid hebben. Het wetsvoorstel laat dit nu nog in het midden. Volgens de Wereldbank behoort de *recovery rate* voor gesecureerde schuldeisers in Nederland tot de top drie van de wereld en de ongeamendeerde WHOA heeft als risico dat deze sterke positie van gesecureerde schuldeisers ten laste van andere schuldeisers verder wordt versterkt. Weliswaar bevat de WHOA een mogelijkheid af te kondigen dat schuldeisers met zekerheden hun recht

kst-35249-9
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

van parate executie tijdens de reorganisatie niet uit mogen oefenen en een verbruiksrecht op de activa waarop zekerheidsrechten rusten, maar de WHOA is onduidelijk over de cruciale vraag hoe de gesecureerde positie gewaardeerd moet worden. Bij eigen uitoefening van hun rechten en in faillissement ontvangen ze in beginsel de executiewaarde bij afzonderlijke verkoop. Als de curator in faillissement de onderneming toch *going concern* weet te verkopen, weten ze vaak iets extra uit te onderhandelen door te dreigen anders zelf te executeren, waarmee *going concern* verkoop door de curator onmogelijk wordt gemaakt. Dat betekent echter niet dat ze op basis van hun zekerheidsrecht ook gerechtigd zijn tot dit extra's.

Indien het gedekte deel van de vordering van de gesecureerde schuldeiser berekend wordt op basis van de *going concern* waarde van de activa waarop de zekerheid rust, dan zouden gesecureerde crediteuren onder omstandigheden een groot deel van het reorganisatiesurplus kunnen claimen en zelfs meer dan het extra's dat ze nu in faillissement weten te krijgen, nu ze dat op basis van onderhandeling met de curator moeten delen met de boedel. Het *going concern* surplus wordt echter door alle betrokkenen tezamen middels de reorganisatieprocedure bewerkstelligd en dient dan ook aan de gezamenlijke schuldeisers, uiteraard met inachtname van hun rang, toe te komen. Juridisch gezien strekt het zekerheidsrecht zich ook niet uit over de going concern meerwaarde van de activa, laat staan van de onderneming. De WHOA maakt vooralsnog geen duidelijke keuze in waar de gesecureerd crediteur toe gerechtigd is. Dit amendement stelt dit veilig onder de WHOA dit door duidelijk te stellen dat gesecureerde schuldeisers alleen gesecureerd zijn tot de liquidatiewaarde bij afzonderlijke liquidatie van de activa waarop ze zekerheid hebben. Dit is in beginsel ook de waarde waarop deze schuldeisers in faillissement recht hebben. Met een beroep op art. 384 lid 3 kan door de gesecureerde crediteur ook niet meer verkregen worden door te stellen dat in faillissement iets extra's bovenop de executiewaarde bij afzonderlijke verkoop verkregen zou zijn, want er bestaat geen recht op dit extra's, dit wordt enkel afgedwongen door de machtspositie die het recht van separatisme in faillissement geeft. Die machtspositie hebben gesecureerde schuldeisers onder de WHOA niet, hierbij sluit dan ook aan dat het extra's hier niet afgedwongen kan worden. Via het ongesecureerde deel van haar vordering kan de gesecureerde crediteur wel meeprofiteren van het reorganisatiesurplus van de procedure en valt er dus ook voldoende te winnen met reorganisatie via de WHOA.

Van der Graaf
Van Nispen
Nijboer

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 8

AMENDEMENT VAN DE LEDEN VAN GENT EN VAN DAM

Ontvangen 10 maart 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

Na artikel II wordt een artikel ingevoegd, luidende:

ARTIKEL IIA

Onze Minister voor Rechtsbescherming zendt binnen drie jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk.

Toelichting

Dit amendement regelt dat er binnen drie jaar na inwerkingtreding van de Wet homologatie onderhands akkoord een evaluatie komt, waarin de doeltreffendheid en de effecten van de wet in de praktijk inzichtelijk zullen worden gemaakt.

In de evaluatie wordt bijzondere aandacht besteed aan de effecten van de wet op de positie van de concurrente schuldeiser.

Van Gent
Van Dam

kst-35249-8
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2020

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 7

NOTA VAN WIJZIGING

Ontvangen 4 december 2019

Het voorstel van wet wordt als volgt gewijzigd:

Artikel I wordt als volgt gewijzigd:

a. Na onderdeel A, wordt een nieuw onderdeel Aa ingevoegd, luidende:

Aa

Het eerste lid van artikel 5 komt als volgt te luiden:
1. De verzoeken, bedoeld in het vorige artikel en in de artikelen 5a, 8, 9, 10, 11, 15c, tweede lid, 42a, 67, 155, 166, 198, 206, 371, eerste lid, 376, eerste lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, eerste lid, worden ingediend door een advocaat.

b. Onderdeel F wordt als volgt gewijzigd.

1. Aan het slot van artikel 371, eerste lid, wordt een zin toegevoegd, luidende: Wel kan hij een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen.

2. In artikel 371, vierde lid, wordt «Artikel 378, vijfde lid» vervangen door «Artikel 378, zesde lid».

3. Artikel 375, tweede lid, onderdeel b, onder 2, komt als volgt te luiden:
2°. het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld, en, indien van toepassing, wordt meegedeeld in hoeverre dat bedrag wordt betwist alsmede voor welk bedrag de schuldeiser of de aandeelhouder tot de stemming wordt toegelaten, en

4. In artikel 376, zesde lid, onderdeel a, wordt «openbare» vervangen door «besloten».

kst-35249-7
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2019

5. In artikel 378, eerste lid, wordt aan het begin van onderdeel d, «e» vervangen door «de» en komt onderdeel g, als volgt te luiden:

g. of, als de schuldenaar een rechtspersoon is als bedoeld in de artikelen 381, tweede lid, en 383, tweede lid, het bestuur zonder goede reden weigert instemming te verlenen voor het in stemming brengen van het akkoord of de indiening van het homologatieverzoek.

6. In artikel 378 worden het vijfde tot en met het negende lid vernummerd tot het zesde tot en met het tiende lid en wordt na het vierde lid een nieuw lid toegevoegd, luidende:

5. Wordt de rechter op grond van het eerste lid, onderdeel g, verzocht zich uit te laten over de weigering van het bestuur om de daar bedoelde instemming te verlenen en constateert hij dat het bestuur daarvoor geen goede reden heeft, dan kan de rechter op verzoek van de herstructureringsdeskundige bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur.

7. In artikel 384, tweede lid, onderdeel h, en zesde lid, wordt «378, vijfde lid» vervangen door «378, zesde lid».

Toelichting

Onderdeel a

Met de voorgestelde wijziging van artikel 5, eerste lid, wordt bewerkstelligd dat voor het indienen van de volgende verzoeken in het kader van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) bij de rechtbank procesvertegenwoordiging verplicht is:

– een verzoek tot het verlenen van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen die nodig zijn om een financiering te kunnen krijgen (artikel 42a);

– een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371, eerste lid);

– een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376, eerste lid);

– een verzoek tot het geven van een tussentijds rechterlijk oordeel (artikel 378, eerste lid);

– een verzoek tot het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (artikel 379, eerste lid), en

– een verzoek tot homologatie van een akkoord.

De schuldenaar en de herstructureringsdeskundige zullen zich voor de indiening van deze verzoeken dus moeten laten bijstaan door een advocaat. Dat geldt ook voor een schuldeiser, aandeelhouder of de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, als zij een verzoek willen indienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Doel van deze bepaling is ervoor te zorgen dat het verzoek goed beargumenteerd en onderbouwd wordt. Daarmee draagt deze bepaling eraan bij dat de rechtbank niet wordt geconfronteerd met verzoeken die onvoldoende onderbouwd zijn.

Onderdeel b

Subonderdeel 1

De toevoeging van een nieuwe zin aan het slot van artikel 371, eerste lid, houdt verband met het volgende. In artikel 371 is een regeling opgenomen op basis waarvan schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging de totstandkoming van een akkoord

kunnen initiëren door de rechter te vragen om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Deze herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. Ingevolge artikel 371, eerste lid, brengt de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige mee dat de schuldenaar niet meer zelf een akkoord kan aanbieden of ter homologatie aan de rechter kan voorleggen. In artikel 9 lid 1 van de richtlijn betreffende herstructurering en insolventie (hierna: de richtlijn) is echter bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen «*dat schuldenaren, ongeacht wie overeenkomstig artikel 4 een preventieve herstructureringsprocedure aanvraagt, het recht hebben om herstructureringsplannen ter goedkeuring aan de betrokken partijen voor te leggen*».[1] Zoals toegelicht in de nota naar aanleiding van het verslag is voor de WHOA aansluiting gezocht bij de richtlijn. Artikel 9 lid 1 van de richtlijn is daarbij over het hoofd gezien. Door middel van deze wijzigingsbepaling wordt alsnog aangesloten bij artikel 9 lid 1 van de richtlijn.

Bepaald is dat de schuldenaar na de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wel de mogelijkheid behoudt om een eigen akkoord via de herstructureringsdeskundige aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen. Uiteraard heeft het de voorkeur als de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar in onderling overleg alsnog tot één akkoordvoorstel komen. Als dit niet lukt, is denkbaar dat beide akkoorden achter elkaar in stemming worden gebracht. Het is mogelijk dat na de stemming blijkt dat beide akkoorden gesteund worden door ten minste één klasse bestaande uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Voor beide akkoorden geldt dan dat er een verzoek tot homologatie van het akkoord kan worden ingediend bij de rechter (artikel 383, eerste lid). Het is dan aan de herstructureringsdeskundige om te bepalen welk akkoord aan de rechter wordt voorgelegd. In deze systematiek concentreert de poging om een akkoord tot stand te brengen zich nog steeds altijd binnen één traject dat wordt gecoördineerd door de herstructureringsdeskundige en kunnen er niet tegelijkertijd meerdere parallelle akkoordtrajecten aanhangig zijn.

Subonderdelen 2, 5, 6 en 7

De wijziging van artikel 378, eerste lid, onderdeel d, betreft een correctie van een typefout. Voor de toelichting bij de voorgestelde aanpassing van artikel 378, eerste lid, onderdeel g, en de invoering van een nieuw vijfde lid, wordt verwezen naar hetgeen hierover is opgemerkt in de nota naar aanleiding van het verslag.

Subonderdeel 3

De aanpassing van artikel 375, tweede lid, onderdeel b, onder 2, houdt verband met het volgende.

Een belangrijk verschil tussen het WHOA-akkoord en het faillissements- of surseanceakkoord is dat de schuldenaar bij een WHOA-akkoord in principe zelf bepaalt aan wie hij een akkoord wil aanbieden. Het akkoord kan zien op alle schuldeisers en aandeelhouders van de onderneming, maar het kan zich ook beperken tot een aantal (categorieën van) schuldeisers en aandeelhouders (hierna: beperkt akkoord). Een faillissements- of

[1] Richtlijn 2019/1023 van het Europees parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18.

surseanceakkoord ziet in beginsel altijd alleen maar op de concurrente schuldeisers die betrokken zijn bij de faillissements- of de surseanceprocedure. Het betreft dan wel alle concurrente schuldeisers van de schuldenaar. Daarom is in deze procedures bepaald dat de schuldeisers hun vorderingen moeten indienen, dat de curator of de bewindvoerder de ingediende vorderingen controleert op basis van de administratie en dat er vervolgens een lijst wordt opgesteld met erkende en betwiste vorderingen (artikelen 110 – 112 en 257 – 259 Fw).

Wordt in faillissement een vordering betwist door de curator of één van de andere schuldeisers, dan doet de rechter-commissaris eerst nog een poging om de betwister (d.w.z. de curator of één van de andere schuldeisers) en de schuldeiser nader tot elkaar te brengen. Als dat niet lukt, worden partijen verwezen naar een zogenoemde renvooiprocedure waarin een andere rechter zal moeten beoordelen of de betwisting terecht is of niet (artikel 122 e.v. Fw). In surseance ontbreekt de renvooiprocedure. De vordering wordt dan als betwiste vordering meegenomen op de lijst van vorderingen en de rechter-commissaris of de rechtbank bepaalt of en tot welk bedrag de schuldeiser met een betwiste vordering tot de stemming over het surseanceakkoord wordt toegelaten (artikelen 266 en 267 Fw). De desbetreffende schuldeiser moet in een gewone procedure alsnog zijn recht laten vaststellen.

Het vonnis waarbij de rechter het faillissementsakkoord of het surseanceakkoord homologeert, levert voor de schuldeisers alleen een executoriale titel op tegen de schuldenaar voor zover hun vordering niet wordt betwist (artikelen 159 en 274 Fw). Wordt een vordering geheel betwist, dan kan de schuldeiser pas na de vaststelling van zijn recht een beroep doen op het akkoord. Wordt de vordering gedeeltelijk betwist, dan kan de schuldeiser na de homologatie van het akkoord direct verhaal halen voor het onbetwiste deel van zijn vordering, maar voor het betwiste gedeelte van zijn vordering pas nadat is vastgesteld dat de betwisting van dat deel onterecht was.

Bij een WHOA-akkoord bepaalt de schuldenaar zelf welke schuldeisers en aandeelhouders bij het akkoord worden betrokken. Het is dan niet nodig om schuldeisers op te roepen zich te melden of om vorderingen te laten controleren. Deze regels uit de faillissements- en de surseanceprocedure zijn daarom niet van toepassing. Wel is bepaald dat de schuldenaar bij zijn akkoord een lijst moet voegen waarop onder meer:

– de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij naam worden genoemd of, als dit niet mogelijk is, de schuldeisers of aandeelhouders onder verwijzing naar één of meer categorieën worden vermeld, en

– het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld of, als dit niet mogelijk is, het totaalbedrag van de genoemde categorieën (artikel 375, tweede lid, onderdeel b, onder 1 en 2).

Als de schuldenaar een beperkt akkoord aanbiedt, moet hij ook opgeven welke schuldeisers en aandeelhouders niet onder het akkoord vallen (artikel 375, tweede lid, onderdeel c). Denkbaar is een akkoord dat zich uitsluitend richt op een herstructurering van de schulden jegens financiers en de vorderingen van concurrente (handels)crediteuren ongemoeid laat. De schuldenaar kan in dat geval opgeven dat alle concurrente crediteuren buiten het akkoord worden gehouden. Op deze manier kan de schuldenaar de reikwijdte van zijn akkoord afbakenen.

Als de schuldenaar een vordering van een schuldeiser volledig of gedeeltelijk betwist, kan hij die vordering wel meenemen in het WHOA-akkoord. De aanpassing van artikel 375, tweede lid, onderdeel b, onder 2, leidt ertoe dat hij dit dan expliciet moet vermelden op de lijst van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders die aangehecht moet worden aan het akkoord. Ook moet hij daarbij aangeven voor welk bedrag de desbetreffende schuldeiser wordt toegelaten tot de stemming. Als de schuldeiser vindt dat het bedrag waarvoor hij door de schuldenaar is

toegelaten tot de stemming te laag is, moet hij dit melden aan de schuldenaar (artikel 383, negende lid). De schuldenaar kan het bedrag dan aanpassen of de rechter vragen om hierover een oordeel te geven (artikel 378, eerste lid, onderdeel c, en vierde lid). Past de schuldenaar het bedrag niet aan en vraagt hij ook niet om een tussentijdse beslissing van de rechter, dan kan dit punt terugkomen bij de behandeling van het homologatieverzoek (artikel 384, tweede lid, onder d).

Zowel de schuldenaar als de schuldeiser heeft er baat bij als een betwiste vordering wordt meegenomen in het akkoord. Voor de schuldenaar geldt dat hij de vordering kan herstructureren en voor de schuldeiser levert een gehomologeerd akkoord bij een gedeeltelijk betwiste vordering in ieder geval direct een aanspraak op jegens de schuldenaar tot betaling van tenminste een deel van zijn vordering. Hier volgt de WHOA de regeling in faillissement en surseance (artikelen 159 en 274 Fw). Voor het betwiste deel kan de schuldeiser – net als hiervoor is toegelicht in het kader van het surseanceakkoord – in een gewone procedure alsnog zijn recht proberen te halen.

Subonderdeel 4

Artikel 376 biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen jegens alle schuldeisers of een aantal van hen. De bepaling is erop gericht de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige de kans te geven een akkoord tot stand te brengen. Het artikel beoogt te voorkomen dat schuldeisers overgaan tot verhaalsacties.

In het tweede lid is bepaald hoe lang een afkoelingsperiode maximaal kan duren. Een afkoelingsperiode geldt in beginsel voor de duur van vier maanden. Op basis van het vijfde lid kan de afkoelingsperiode daarna op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige nog met maximaal vier maanden worden verlengd. Op deze regel bestaat één uitzondering. In het zesde lid is – na doorvoering van de bij deze nota van wijziging voorgestelde aanpassing – bepaald dat de afkoelingsperiode maximaal vier maanden duurt als hierom is verzocht in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en in de drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van de WHOA de «*COMI*» van de schuldenaar verplaatst is van een lidstaat naar een andere lidstaat. Deze bepaling sluit aan bij artikel 6 lid 8 en overweging 14 van de richtlijn. In het wetsvoorstel werd per abuis verwezen naar de openbare akkoordprocedure in plaats van de besloten akkoordprocedure. Deze verschrijving berustte op een fout in de Nederlandse vertaling van de richtlijn.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 4 december 2019

Met veel belangstelling heb ik kennisgenomen van de opmerkingen en vragen van de leden van de fracties van de VVD, het CDA en D66. Ik ben deze partijen erkentelijk voor de steun die zij in het verslag hebben uitgesproken voor het wetsvoorstel. Er is veel belangstelling uit de praktijk voor de voorgestelde regeling (hierna: WHOA). De indiening van het wetsvoorstel heeft geleid tot het verschijnen van themanummers van twee vakbladen op het terrein van het Insolventierecht; het Tijdschrift voor Insolventierecht (TvI) en het Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventie rechtspraktijk.[1] Er worden congressen en workshops gehouden over de WHOA en van de Raad voor de rechtspraak heb ik begrepen dat het landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen en surseances van betaling (Recofa) al is gestart met het opstellen van een procesreglement. Ik leid hieruit af dat de voorgestelde regeling – net als tijdens de eerdere consultaties – nog steeds kan rekenen op brede steun vanuit de praktijk en dat de praktijk ook graag met de WHOA aan de slag wil.

Graag ga ik in deze nota in op de gestelde vragen en de gemaakte opmerkingen. Ik heb van de gelegenheid gebruik gemaakt om in een nota van wijziging nog enkele aanpassingen in de WHOA door te voeren.

1. Achtergrond en aanleiding voor het wetsvoorstel

De leden van de VVD-fractie merken op dat ik in mijn brief van 27 augustus 2019 heb aangekondigd de Europese richtlijn betreffende de preventieve herstructureringsstelsels (EU) 2019/1023) (hierna: de richtlijn) te zullen implementeren in de surseanceregeling.[2] Zij vragen de regering te heroverwegen of het nodig en wenselijk is de richtlijn óók te verwerken in het onderhavige wetsvoorstel, terwijl de richtlijn beter en met minder schuring in de surseanceregeling lijkt te passen. Een voorbeeld is het vereiste in de richtlijn dat bij MKB-ondernemingen instemming van de

[1] «*Special – Het wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord*», TvI, oktober 2019, nr. 5 en «*WHOA special*», FIP, 6 oktober 2019, nr. 6.

[2] *Kamerstukken II* 2018–2019, 33 695, nr. 18.

kst-35249-6
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2019

schuldenaar is vereist om een akkoord te kunnen laten aanbieden of homologeren (hierna: instemmingsvereiste) (artikelen 4, achtste lid en 11, eerste lid, van de richtlijn en artikelen 381, tweede lid en 383, tweede lid van het wetsvoorstel). Het wetsvoorstel kent het recht om een akkoord te initiëren terecht ook toe aan crediteuren en werknemersvertegenwoordigers (artikel 371, eerste lid). Het vereiste van instemming van de schuldenaar kan volgens deze leden zorgen voor een aantasting van het recht van crediteuren en werknemers om een akkoord te initiëren en geeft controlerend aandeelhouders die geen economisch belang meer hebben de mogelijkheid een akkoord dat in het belang is van crediteuren en werknemers te ondergraven. Dit probleem doet zich bij implementatie in de surseanceregeling niet voelen, omdat het in surseance uitsluitend de schuldenaar is die een akkoord kan aanbieden. Crediteuren en werknemers hebben dit recht in surseance niet. De richtlijn is ook op andere onderdelen in het wetsvoorstel verwerkt (bijvoorbeeld in de artikelen 371, tiende lid, 376, vijfde lid, 376, zesde lid, onder b, 383, vierde lid, en 384, tweede lid, onder f).
De keuze om het in de richtlijn voorziene herstructureringsstelsel te implementeren in de surseanceregeling en de WHOA tegelijkertijd bij de richtlijn te laten aansluiten, is bewust en weloverwogen gemaakt. De richtlijn is maatgevend voor de richting waarin wij in ieder geval in Europees verband gaan op het terrein van het insolventierecht. Ondernemers moeten meer mogelijkheden krijgen om financiële problemen tijdig op te lossen en een faillissement te voorkomen. Ook moeten zij gestimuleerd worden om gebruik te maken van die mogelijkheden. In dit verband is het van belang dat ondernemers zoveel mogelijk volledig beheers- en beschikkingsbevoegd blijven en zelf de controle kunnen houden over het proces. Tegelijkertijd moeten de belangen van de betrokken vermogensverschaffers (d.w.z. de schuldeisers en de aandeelhouders) ook worden gerespecteerd. Het instemmingsvereiste, maar ook de andere bepalingen die genoemd worden in de vraag van de VVD-fractie sluiten hierbij aan. Ook de WHOA vindt zijn basis in deze uitgangspunten. Vanaf het moment dat de voorbereiding van de WHOA parallel begon te lopen met de onderhandelingen over de richtlijn, is er daarom voor gekozen om beide trajecten zoveel mogelijk op elkaar aan te laten sluiten. Tijdens de onderhandelingen over de richtlijn is bij het bepalen van de onderhandelingspositie steeds rekening gehouden met de in ontwikkeling zijnde WHOA. Omgekeerd is de WHOA ook telkens afgestemd op de aanpassingen die tijdens de onderhandelingen in de ontwerprichtlijn werden doorgevoerd. In de nota van wijziging is in dit verband nog een aanpassing in de WHOA doorgevoerd. Deze benadering heeft er onder meer toe geleid dat het door de leden van de VVD-fractie aangehaalde instemmingsvereiste van de schuldenaar in de WHOA is geïntroduceerd. Sommige praktijkexperts denken dat de WHOA hierdoor minder effectief wordt. Ik deel die gedachten niet. Om dit nader toe te lichten, leg ik kort uit waar het bij het instemmingsvereiste om gaat.

De WHOA biedt naast de schuldenaar ook aan de schuldeisers, de aandeelhouders of de binnen de onderneming ingestelde ondernemingsraad (OR) of personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid om het initiatief te nemen bij de totstandkoming van een akkoord (hierna: het initiatiefrecht). In artikel 371 is bepaald dat zij de rechter kunnen vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die vervolgens een akkoord kan voorbereiden en aan de betrokken schuldeisers en aandeelhouders kan voorleggen. Als de schuldenaar echter een MKB-bedrijf is, heeft de herstructureringsdeskundige op basis van artikel 381, tweede lid, instemming nodig van de schuldenaar voordat hij het akkoord in stemming kan brengen. Als vervolgens uit de stemming blijkt dat niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd, heeft de herstructureringsdeskundige op basis van artikel 383, tweede lid, opnieuw

instemming nodig van de schuldenaar om een verzoek tot homologatie van het akkoord in te kunnen dienen bij de rechter. Daarbij is bepaald dat de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren deze instemming te verlenen.

Door verschillende praktijkexperts wordt het initiatiefrecht van de schuldeisers, de aandeelhouders of de binnen de onderneming ingestelde OR en personeelsvertegenwoordiging omarmd. In dit kader is betoogd dat dit recht vooral van belang is om bij het tot stand brengen van een akkoord effectief met de aandeelhouders om te kunnen gaan. Enerzijds hebben aandeelhouders bij het verhaal van hun vordering op het vermogen van de schuldenaar de meest achtergestelde positie; als meerdere vermogensverschaffers – waaronder financiers met een zekerheidsrecht, concurrente crediteuren en aandeelhouders – op hetzelfde moment hun vordering opeisen, komen de aandeelhouders pas aan bod als de vorderingen van alle anderen zijn voldaan. Anderzijds kunnen de aandeelhouders vooral via de vergadering van aandeelhouders (AVA) controle uitoefenen op het bestuur van de onderneming; het bestuur moet de AVA goedkeuring vragen voor besluiten die – kort gezegd – zien op de toekomst van de onderneming, als de AVA in de statuten daartoe bevoegd is gemaakt kan zij het bestuur aanwijzingen geven (artikel 2:394, vierde lid), en de AVA beslist bijvoorbeeld ook over de benoeming, het ontslag en de beloning van bestuurders. Wanneer insolventie dreigt, kan het bestuur straks gebruik maken van de WHOA om de financiële problemen op te lossen. Voor de aandeelhouders betekent dit dan veelal dat zij nieuwe investeringen moeten doen of dat zij positie verliezen. Dit laatste gebeurt bij een omzetting van schulden in aandelen («*debt for equity swap*»). Hierdoor verwatert het belang van de «*oude*» aandeelhouder. Dit vooruitzicht kan leiden tot een prikkel voor de aandeelhouders om hun controle op het bestuur te gebruiken om de start van een akkoordprocedure uit te stellen of om een eenmaal door het bestuur gestarte procedure te dwarsbomen. Daarom is al in de WHOA bepaald dat het bestuur geen formele toestemming nodig heeft van de AVA om zelf een akkoordtraject te starten (artikel 370, vijfde lid). De WHOA biedt het bestuur eveneens de mogelijkheid om de rechter om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige te vragen. Hiermee kan het bestuur voorkomen dat het klem komt te zitten in een belangenconflict tussen aandeelhouders en schuldeisers. Het bestuur heeft om die reden ook voor het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige niet de goedkeuring nodig van de AVA (artikel 371, eerste lid). Door ook de schuldeisers, de ondernemingsraad (OR) of de personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid te bieden om een akkoordtraject te initiëren met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, wordt deze potentiele machtspositie van de aandeelhouders definitief doorbroken.

Ik meen dat de introductie van het instemmingsrecht van de schuldenaar niet zal leiden tot te veel macht voor de aandeelhouders. In de eerste plaats kunnen de aandeelhouders niet verhinderen dat er een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen. Als de rechter vaststelt dat de schuldenaar in de toestand van onvermijdelijke insolventie verkeert, wijst hij een verzoek van de schuldeisers tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige in beginsel toe.[3] Daarnaast mag van een eenmaal aangestelde herstructureringsdeskundige verwacht worden dat hij in staat is om op een goede manier om te gaan met de invloed van alle betrokken vermogensverschaffers – waaronder dus ook die van de aandeelhouders. Verder is het aan de herstructureringsdeskundige om het bestuur te overtuigen van de noodzaak van het ingezette akkoordtraject. Dit is van

[3] *Kamerstukken II 2018/2019*, 35 249, nr. 3, p. 40–41.

belang omdat een akkoordprocedure vrijwel altijd alleen kans van slagen heeft als de herstructureringsdeskundige goed samenwerkt met het bestuur. Om een akkoord tot stand te kunnen brengen moet een herstructureringsdeskundige zich verdiepen in alle bedrijfsaspecten. Het bestuur beschikt over de relevante (bedrijfs)informatie. Bovendien blijft het bestuur volledig beheers- en beschikkingsbevoegd en verantwoordelijk voor de voorzetting van de onderneming terwijl de akkoordprocedure loopt. Het is van belang dat de herstructureringsdeskundige goed door het bestuur op de hoogte wordt gehouden over hoe de onderneming er in financiële zin voor staat. De herstructureringsdeskundige moet weten hoe lang er nog voldoende liquide middelen zijn om de onderneming en daarmee ook het akkoordtraject voort te kunnen zetten. Ook dit maakt een nauwe betrokkenheid van het bestuur bij de totstandkoming van dat akkoord van groot belang. Een goede samenwerking tussen het bestuur en de herstructureringsdeskundige is dus cruciaal om een akkoord tot stand te laten komen. Ik verwacht daarom niet dat het instemmingsvereiste van de schuldenaar in de praktijk een wezenlijk probleem zal opleveren.

Mocht dit in een uitzonderingsgeval toch zo zijn, dan voorziet artikel 378, eerste lid, onderdeel g, in de mogelijkheid om de rechter bij dit geschil te betrekken. Door middel van een nota van wijziging wordt deze regeling nog iets aangescherpt. Bepaald is dat de herstructureringsdeskundige de rechter kan vragen om zich uit te laten over de weigering van het bestuur om instemming te verlenen om een akkoord te laten aanbieden of homologeren. De rechter zal de herstructureringsdeskundige en het bestuur vervolgens oproepen om te worden gehoord (artikel 378, zevende lid). Het bestuur moet dan kenbaar maken wat de reden is dat zij weigert instemming te verlenen. Als het door de herstructureringsdeskundige voorgestelde akkoord de financiële problemen adequaat adresseert en aannemelijk is dat het akkoord voldoet aan alle homologatiecriteria dan heeft bestuur in beginsel geen goede reden om niet in te stemmen met het in stemming brengen van het akkoord. Indien het bestuur terecht bezwaren heeft bij het akkoord, heeft het de voorkeur dat dit zo snel mogelijk aan het licht komt en bijvoorbeeld niet pas na de stemming, bij de behandeling van het homologatieverzoek of zelfs pas bij de uitvoering van het akkoord als er niets meer recht te zetten valt. Zoals eerder opgemerkt kan directe of indirecte druk van de aandeelhouders geen reden zijn om instemming te weigeren. De aandeelhouders hebben in de WHOA andere wegen gekregen om hun bezwaren bij het voorgelegde akkoord kenbaar te maken. Zij krijgen de gelegenheid om over het akkoord te stemmen en zij kunnen bezwaar maken tegen het verzoek tot homologatie (artikelen 381, derde lid, en 383, achtste lid). Als de rechter tot de conclusie komt dat het bestuur geen goede reden heeft om de instemming te weigeren, kan hij in plaats van het bestuur instemming verlenen voor aanbieding van een akkoord en kan de herstructureringsdeskundige het akkoordtraject alsnog voortzetten (artikel 378, eerste lid, onderdeel g, en vijfde lid).

De leden van de CDA-fractie merken op dat zij in de memorie van toelichting gelezen hebben dat de aanleiding van het wetsvoorstel onder meer is dat bedrijven die willen herstructureren uitwijken naar het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten, omdat deze landen meer (wettelijke) mogelijkheden hiertoe kennen. Zij vragen de regering of deze bedrijven – of enkele daarvan – ook kenbaar hebben gemaakt dat zij zich hiertoe gedwongen zagen vanwege het gebrek aan wetgeving in Nederland. Ook vragen deze leden op welke punten de wetgeving in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten voordeel biedt ten opzichte van de huidige situatie en of deze voordelen met dit wetsvoorstel voldoende tegemoet worden gekomen.

Voor de bedrijven die genoemd zijn in de voetnoot 10 van de memorie van toelichting geldt dat zij in de afgelopen jaren zijn uitgeweken naar het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten om daar gebruik te maken van respectievelijk (vooral) de «*Scheme of Arrangement*» en de «*Chapter 11*»-procedure. De precieze achtergronden van die keuze zijn mij niet bekend. Wel is feit dat op het moment dat de bedrijven gebruik maakten van de «*Scheme of Arrangement*» en de «*Chapter 11*»-procedure een soortgelijke akkoordregeling in Nederland nog niet beschikbaar was. Met de WHOA wordt die regeling alsnog ingevoerd. De WHOA is geïnspireerd op de «*Scheme of Arrangement*» en de «*Chapter 11*»-procedure. Verschillende kernelementen van die regelingen zijn overgenomen in de WHOA. Dit is onder meer terug te zien in het openstellen van de regeling voor schuldeisers (artikel 371), het uitgangspunt dat de ondernemer volledig beheers- en beschikkingsbevoegd blijft («*debtor in possession*»), de stemming over het akkoord per klasse van schuldeisers (artikelen 374 en 381, zesde lid), enkele van de homologatievoorwaarden (de «*best interest of creditors test*» en de «*absolute priority rule*») (artikel 384, derde lid, en vierde lid, onder a) en de mogelijkheid dat een tegenstemmende klasse door de rechter aan het akkoord wordt gebonden («*cross-class cram down*») (artikelen 383, eerste lid, en 384, vierde lid). Met de WHOA wordt een procedure geïntroduceerd die in de praktijk snel, efficiënt en flexibel toegepast kan worden en waarbij de ondernemer zelf controle kan houden over het proces. De betrokkenheid van de rechter is tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt. Wel kan de rechter op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige gevraagd worden om in een eerder stadium duidelijkheid te verschaffen over punten van onzekerheid (artikel 378, eerste lid). De WHOA heeft hiermee verschillende voordelen ten opzichte van de «*Scheme of Arrangement*» en de «*Chapter 11*»-procedure. Om die reden zal de WHOA voor herstructureringen met uitsluitend een Nederlandse context hoe dan ook de beste optie zijn. Vanwege deze voordelen kan de WHOA ook voor herstructureringen met grensoverschrijdende aspecten een aantrekkelijk alternatief worden. Daar komt bij dat de Nederlandse rechtspraak in het buitenland een hoog aanzien heeft door de hoge mate van deskundigheid en betrouwbaarheid.[4] Tegen die achtergrond biedt de WHOA een akkoordprocedure die minder bureaucratisch is dan de «*Chapter 11*»-procedure. In de «*Chapter 11*»-procedure is de betrokkenheid van de rechter zeer groot; er zijn in de loop van het proces veel momenten waarop de rechter om toestemming moet worden gevraagd. Het doorlopen van een akkoordprocedure onder de WHOA is ook veel minder kostbaar dan een «*Chapter 11*»-procedure in de Verenigde Staten of een «*Scheme of Arrangement*» in Londen. Voor de «*Scheme of Arrangement*» geldt bovendien dat het na de Brexit onzeker is of een beslissing van de Engelse rechter waarbij het akkoord verbindend wordt verklaard nog wel erkend zal worden in Europa. De WHOA biedt met de openbare akkoordprocedure die onder Insolventieverordening zal worden gebracht hier juist wel zekerheid over. Het feit dat een akkoordprocedure onder de WHOA in het Nederlands gevoerd moet worden, kan eventueel wel een belemmering zijn. Wellicht kan in de toekomst geëxperimenteerd worden met behandeling van WHOA-zaken en het doen van gerechtelijke uitspraken in het Engels, zoals nu al gebeurt met commerciële geschillen bij de Netherlands Commercial Court. Ook geldt natuurlijk dat de «*Scheme of Arrangement*» en «*Chapter 11*»-procedure wel al decennialang goede «*naam en faam*» hebben gemaakt, terwijl de WHOA zich nog moet gaan bewijzen. Verder zal de «*Chaper 11*»-procedure aantrekkelijk blijven bij wereldwijde herstructureringen van

[4] In de Rule of Law Index 2019 van het World Justice Project staat de civiele rechtspraak op de tweede plaats in de wereldranglijst van 126 onderzochte staten: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2019-Single%20Page%20View-Reduced_0.pdf.

internationale ondernemingen met een hoofdkantoor in de Verenigde Staten. De «*Chapter 11*»-procedure kan dan gecombineerd worden met lokale insolventieprocedures in de verschillende betrokken landen die vervolgens onder «*Chapter 15*» van de US Bankruptcy Code door de Amerikaanse rechter kunnen worden erkend. In mijn brief van 27 augustus jl. heb ik bij uw Kamer aangekondigd dat op dit moment onderzocht wordt hoe de Faillissementswet kan worden aangepast, zodat buitenlandse insolventieprocedures in de toekomst ook door de Nederlandse rechter gemakkelijker kunnen worden erkend.[5] Hiermee kan de WHOA op termijn nog effectiever worden ingezet in internationale herstructureringen. Een onderneming die een financiële herstructurering nastreeft, zal zich laten leiden door allerlei overwegingen, zoals snelheid, kosten, controle, reikwijdte en kwaliteit en deskundigheid. De verwachting is dat de WHOA in veel gevallen een aantrekkelijke optie zal zijn, ook voor internationale herstructureringen.

2. Korte beschrijving van de inhoud van de regeling

2.1 Inleiding

De leden van de CDA-fractie constateren dat de mogelijkheid bestaat een herstructureringsdeskundige aan te stellen die vervolgens een akkoord kan voorbereiden. Zij vragen zich af of de herstructureringsdeskundige aan bepaalde kwaliteitseisen dient te voldoen, of het doorgaans zal gaan om een jurist zoals een curator of een bedrijfskundige en of hier objectieve kwaliteitseisen voor zijn opgesteld.
De WHOA omvat geen kwaliteitseisen voor de herstructureringsdeskundige. De Faillissementswet omvat nu ook geen kwaliteitseisen voor de curator. Er bestaan binnen de insolventiepraktijk wel verschillende (zelfregulerings)instrumenten die zorgen voor een kwalitatief hoogwaardige en efficiënte afwikkeling van faillissementen. Zo hanteren de rechtbanken bij de benoeming van curatoren een lijst met benoembare personen, de zogenaamde curatoren-lijsten. De kwaliteit en specifieke kennis en ervaring van de verschillende curatoren op de curatorenlijst is goed bekend bij de rechtbank en de daar werkzame rechters-commissaris. Vaak is sprake van een jarenlange samenwerking bij verschillende faillissementen. Recofa heeft uitgangspunten geformuleerd voor het toelaten tot of verwijderen van personen van de curatorenlijst, over de benoeming van curatoren in individuele faillissementen en over de kwaliteits- en controle-instrumenten die rechtbanken hanteren. De uitgangspunten omvatten onder meer eisen omtrent opleiding, relevante ervaring, integriteit, het bijhouden van vakkennis en de beschikbaarheid van de op de curatorenlijst voorkomende personen. Ik heb begrepen dat Recofa volgens dezelfde systematiek een landelijke of meerdere lokale lijsten gaat opstellen met personen die benoemd kunnen worden als herstructureringsdeskundige. Overigens denk ik dat het bij een herstructureringsdeskundige vooral ook van belang is dat hij naast financiële en juridische kennis beschikt over bepaalde vaardigheden die hem in staat stellen om het akkoordtraject met alle betrokken vermogensverschaffers op een juiste manier te coördineren. Ik denk daarbij vooral aan kwaliteiten als het vermogen om draagvlak te creëren en in dat kader het vertrouwen te winnen en te behouden van het bestuur en van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.

[5] *Kamerstukken II 2018/2019*, 33 695, nr. 18, p. 5.

2.2 Aanbieding, inhoud en inrichting van het akkoord

Aanbieding van het akkoord

De leden van de CDA-fractie verwijzen naar de mogelijkheid dat de WHOA ertoe kan strekken dat lopende overeenkomsten eenzijdig worden gewijzigd of beëindigd indien een verzoek hiertoe van toestemming door de rechter wordt voorzien. Dit geldt echter niet voor arbeidsovereenkomsten; de WHOA kan de rechtspositie van werknemers niet wijzigen. Deze leden vragen welke andere mogelijkheden een onderneming heeft als bij een herstructurering ook een reorganisatie van het bedrijf – met daarbij mogelijke ontslagrondes – nodig is, of dan per definitie sprake zal zijn van ontslag en het (zo mogelijk) moeten aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst en of andere wetgeving hier mogelijkheden voor biedt.
De leden van de CDA-fractie merken terecht op dat een akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in de rechten van werknemers (artikel 369, vierde lid). Als bij een herstructurering ook een reorganisatie van het personeelsbestand nodig is, dient dit te gebeuren op basis van het reguliere arbeidsrecht dat is neergelegd in Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Wanneer als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen komen te vervallen, kan de werkgever het UWV om toestemming vragen om arbeidsovereenkomsten op te zeggen. Op grote reorganisaties is vaak een sociaal plan van toepassing. Een sociaal plan is doorgaans een overeenkomst tussen de werkgever en één of meerdere vakorganisaties, de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging, waarin de personele gevolgen van een reorganisatie worden geregeld. Het plan kan inhouden dat medewerkers worden ontslagen, maar ook regels bevatten over de herplaatsing van werknemers of de aanpassing van de arbeidsvoorwaarden. In het plan wordt ook vastgelegd welke rechten de betrokken werknemers hebben. Dit betreft bijvoorbeeld het recht op vergoedingen, begeleidingsfaciliteiten of scholing. Wanneer als gevolg van een reorganisatie meer dan 20 werknemers worden ontslagen, moet de werkgever dit op basis van artikel 3 van de Wet melding collectief ontslag melden bij het UWV en bij de belanghebbende verenigingen van werknemers.

Inhoud en inrichting van het akkoord

De leden van de CDA-fractie refereren aan de complexe systematiek rondom de stemming over het onderhands akkoord waarin sprake is van meerdere categorieën schuldeisers die allen een ander aanbod gedaan kan worden. Zij vragen de regering – ook verwijzend naar de opmerking dat de regering verwacht dat vooral grote bedrijven gebruik zullen maken van de WHOA – hoe geborgd wordt dat bij een complexe herstructurering het overzicht wordt bewaard en of er een risico bestaat dat het te complex wordt voor een schuldenaar waardoor de herstructurering in gevaar komt. Ook vragen deze leden welke waarborgen er zijn om te voorkomen dat de schuldenaar de verschillende klassen van schuldeisers tegen elkaar kan uitspelen en of de verschillende klassen van schuldeisers op de hoogte worden gesteld van de verschillende aanbiedingen die de schuldenaar doet.
Doel van de WHOA is om ondernemers in de klemmende situatie van dreigende insolventie een instrument te bieden waarmee zij hun financiële problemen alsnog tijdig kunnen oplossen. Om dit doel te bereiken is de WHOA zo veel mogelijk vormgegeven als een kaderregeling bestaande uit bepalingen die voor zichzelf spreken. Daardoor kan de WHOA in de praktijk snel, efficiënt en flexibel toegepast worden en is de regeling ook toegankelijk voor het MKB. Tegelijkertijd biedt de WHOA de nodige rechterlijke waarborgen waar de regeling ingrijpende gevolgen

mee kan brengen voor schuldeisers en aandeelhouders. De regel dat de stemming over het akkoord plaatsvindt in klassen en de daarmee samenhangende klassenindeling zijn uitwerkingen van deze uitgangspunten. Deze bepalingen hebben de volgende achtergrond.

Een belangrijke voorwaarde waaraan voldaan moet zijn om een akkoord in aanmerking te laten komen voor homologatie door de rechter is dat hiermee een dreigend faillissement kan worden voorkomen van een onderneming die na een herstructurering van de schulden weer financieel gezond is. Hierbij gaat het in feite om de vraag of de vermogensverschaffers van de onderneming er nog vertrouwen in hebben dat de onderneming het na een herstructurering van de schulden gaat redden en dus *levensvatbaar* is. Om gehomologeerd te kunnen worden, moet het akkoord ook *redelijk* zijn in de zin dat de schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord worden betrokken erbij gebaat zijn of er in ieder geval niet op achteruit gaan als het akkoord tot stand komt. Verder moeten schuldeisers in een gelijke positie gelijk worden behandeld, tenzij de schuldeisers die minder bedeeld worden hiermee instemmen of de schuldenaar een redelijke grond kan aandragen voor zijn keuze om onderscheid te maken.

De klassenindeling en de stemming over het akkoord in klassen helpen de betrokken schuldeisers en aandeelhouders om te toetsen of het akkoord voldoet aan deze voorwaarden. Deze onderdelen van de WHOA zorgen dus juist voor overzicht. De WHOA gaat ervan uit dat als bij de stemming blijkt dat onder de betrokken schuldeisers en aandeelhouders voldoende steun bestaat voor het akkoord er in beginsel van mag worden uitgegaan dat het akkoord aan beide voorwaarden voldoet. Dit werkt echter alleen maar als de stemming zuiver is. Schuldeisers en aandeelhouders die geen vergelijkbare positie hebben, bezien een akkoord doorgaans anders. Een financier beoordeelt de levensvatbaarheid van de onderneming op een andere manier dan een leverancier of een aandeelhouder. Het is daarom van belang om te weten in welke mate het akkoord wordt gesteund door de verschillende categorieën van vermogensverschaffers. Hiermee moet rekening worden gehouden bij de klassenindeling. Gebeurt dit niet dan is de stemming niet zuiver en heeft de uitslag van de stemming geen betekenis. De enige manier om de stemming wel zuiver en daarmee van waarde te laten zijn, is als de schuldeisers en aandeelhouders met een gelijke positie worden gegroepeerd en per groep worden gevraagd om over het akkoord te stemmen. Dit is wat gebeurt bij de klassenindeling en de stemming per klasse.

De regel waarin is bepaald hoe de klassenindeling gemaakt moet worden is eenvoudig. Bij de klassenindeling hoeft maar met twee factoren rekening te worden gehouden: 1) de rechten die schuldeisers of aandeelhouders hebben in faillissement, en 2) de rechten die zij onder het akkoord aangeboden krijgen. Dit zijn ook precies de twee factoren die van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of het akkoord redelijk is. De eerste factor correspondeert met artikel 384, derde lid. Als een tegenstemmende schuldeiser of aandeelhouder aantoont dat hij op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie komt dan in faillissement, dan is dat in beginsel reden voor de rechter om aan te nemen dat het akkoord niet redelijk is en daarom niet gehomologeerd kan worden (artikel 384, derde lid). De tweede factor hangt samen met artikel 384, vierde lid. De rechter zal eveneens aannemen dat een akkoord niet redelijk is en dus niet gehomologeerd kan worden als een tegenstemmende schuldeiser of aandeelhouder afkomstig uit een tegenstemmende klasse aantoont dat de reorganisatiewaarde die door de herstructurering behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, niet op de juiste manier wordt verdeeld. Dit is aan de orde als bij de verdeling van de reorganisa-

tiewaarde ten nadele van de tegenstemmende klasse wordt afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar (artikel 384, vierde lid). Verder geldt dat schuldeisers of aandeelhouders die het niet eens zijn met de manier waarop de klassenindeling heeft plaatsgevonden, dit bij de rechtbank onder de aandacht kunnen brengen. Dit kan voor de rechter grond zijn om een verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikel 384, tweede lid, onderdeel c).

Buiten het feit dat de klassenindeling en de stemming per klasse op zichzelf dus al waarborgen zijn tegen manipulatie van het proces, biedt de WHOA ook nog andere waarborgen. In het akkoord moet onder meer worden opgenomen welke schuldeisers en aandeelhouders bij het akkoord worden betrokken, in welke klassen zij zijn onderverdeeld en aan de hand van welke criteria dit is gebeurd. Ook moet worden vermeld wat de reorganisatiewaarde is die door de herstructurering naar verwachting behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, welke opbrengst naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een faillissement en hoe dit is berekend. Verder moet in het akkoord inzichtelijk gemaakt worden wat per klasse van schuldeisers en aandeelhouders de financiële gevolgen zijn van het akkoord (artikel 375, eerste lid, onderdelen c, d, e, f, en tweede lid, onderdeel b). De betrokken schuldeisers en aandeelhouders kunnen aan de hand van deze informatie dus zien welke schuldeisers en aandeelhouders allemaal betrokken zijn bij het akkoord, hoe zij zijn onderverdeeld in klassen, wat de reorganisatiewaarde is die verdeeld wordt en welk aanbod elke klasse heeft gekregen. Deze informatie stelt de betrokken schuldeisers en aandeelhouders in staat om te beoordelen of het akkoord redelijk is. Het is daarmee van groot belang dat de betrokken schuldeisers en de aandeelhouders deze informatie krijgen voordat zij hun stem uitbrengen. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zich niet aan deze informatieverplichtingen heeft gehouden, dan wordt een homologatieverzoek in beginsel afgewezen. Dit is alleen anders als het ontbreken van de desbetreffende informatie geen invloed heeft gehad op de uitslag van de stemming (artikel 384, tweede lid, onderdeel e). Als wel alle informatie is verstrekt, maar blijkt dat er gemanipuleerd is met de klassenindeling en de stemming over het akkoord daardoor onzuiver is geweest, biedt de algemene weigeringsgrond van artikel 384, tweede lid, onderdeel i, («andere redenen die zich tegen homologatie verzetten») een basis voor de rechter om het homologatieverzoek af te wijzen.

2.3 Stemprocedure en stemrecht

Stemrecht en medezeggenschap

De leden van de CDA-fractie begrijpen dat werknemers geen stemrecht hebben bij het onderhandse akkoord omdat het akkoord geen wijzigingen in de rechten van werknemers kan aanbrengen. Het wetsvoorstel bevestigt enkel het bestaande recht van advisering door de OR, maar maakt het niet mogelijk dat de OR ook als stemgerechtigde partij wordt aangemerkt. De leden van de CDA-fractie vragen waarom de OR niet als stemgerechtigd kan worden aangemerkt en wat daarvan de nadelen zouden zijn. Ook vragen zij welke gevolgen het heeft voor het akkoord indien de OR niet tijdig om advies is gevraagd in de situaties waar de OR wel een adviesrecht heeft en welk gevolg een negatief OR-advies heeft voor mogelijke homologatie van het akkoord.
Zoals opgemerkt in het antwoord op de vorige vraag kan een akkoord alleen in aanmerking komen voor homologatie als het – kort gezegd – *redelijk* is en ervoor kan zorgen dat een dreigend faillissement van een nog *levensvatbare* onderneming kan worden voorkomen. De OR kan niet beoordelen of voldaan is aan deze voorwaarden. De vermogensver-

schaffers van de onderneming kunnen dit wel. Dit geldt zeker als van hen een bijdrage wordt gevraagd in het kader van de herstructurering, zoals een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van een uitstaande vordering. Daarom hebben alleen de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd stemrecht. Het is echter goed mogelijk dat de herstructureringsoperatie meer het karakter heeft van een reorganisatietraject waarbij naast een herstructurering van schulden ook sprake is van een aanpassing van de bedrijfsvoering om kosten te besparen. Een voorgenomen aanpassing van de bedrijfsvoering is juist bij uitstek een onderwerp waarover de OR kan oordelen en adviseren. Daarom moet de OR in dat geval overeenkomstig artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden in de gelegenheid worden gesteld om zich daarover middels een advies uit te spreken. In het akkoord moet vermeld worden of dit aan de orde is en of de OR ook al om advies is gevraagd of dat dit nog gaat gebeuren (artikel 375, eerste lid, onder l). Als de OR niet tijdig om advies is gevraagd of een negatief advies heeft afgegeven, kan dit een onzekere factor zijn in het kader van de herstructureringsoperatie. Dit kan het vertrouwen in het slagen van de herstructureringsoperatie bij de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders en daarmee ook hun stemgedrag in negatieve zin beïnvloeden.

Stemprocedure

De leden van de CDA-fractie vragen waarom gekozen is voor een minimum van acht dagen tussen het voorleggen van het definitieve akkoord en de stemming. Is het niet gebruikelijker uit te gaan van tien dagen zoals ook is opgenomen in de richtlijn aandeelhoudersrechten? Artikel 381, eerste lid, schrijft voor dat het akkoord «*gedurende een redelijke termijn* [...] *voor het plaatsvinden van de stemming*» aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders moet worden voorgelegd. Mede naar aanleiding van de consultatiereacties op het voorontwerp is bepaald dat in ieder geval steeds een termijn van acht dagen in acht moet worden genomen. Zoals artikel 381, eerste lid, expliciet voorschrijft, is het de bedoeling dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, voor de stemming voldoende gelegenheid krijgen om «*een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen*» over het akkoord. Waar het om gaat is dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voldoende gelegenheid hebben het definitieve ontwerp akkoord te bestuderen. Het hangt af van de omstandigheden van het geval hoeveel tijd daarvoor precies nodig is. Het is mogelijk dat daar meer tijd voor nodig is dan de genoemde termijn van acht dagen. Het niet in acht nemen van een redelijke termijn levert een grond op voor de rechter om het akkoord niet te homologeren. Dit is alleen anders wanneer de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die hiervan de dupe waren, alsnog verklaren het akkoord te aanvaarden (artikel 384, tweede lid, onderdeel b).

De leden van de CDA-fractie hebben gelezen dat in iedere klasse afzonderlijk gestemd zal worden en dat het daarbij aan de schuldenaar is te bepalen op welke wijze over het akkoord wordt gestemd. Zij vragen of er regels zijn voor wat betreft de kenbaarheid van de uitslag van de stemming, of de schuldenaar ervoor kan kiezen verschillende klassen niet op de hoogte te stellen van het stemgedrag in een andere klasse en of stemgerechtigden nog invloed kunnen uitoefenen op de wijze waarop de stemming zal geschieden, en zo nee, waarom niet.
In artikel 382 is bepaald dat de schuldenaar na de stemming een verslag moeten uitbrengen waarin hij – kort gezegd – vermeldt hoe de stemming is verlopen en wat hiervan de uitslag was. Dit moet hij doen zo spoedig mogelijk en in ieder geval binnen zeven dagen na de stemming. Alle

stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders moeten vervolgens in staat worden gesteld om kennis te nemen van het verslag. Wordt een verzoek ingediend tot homologatie van het akkoord, dan moet het verslag worden gedeponeerd bij de griffie van de rechtbank en kunnen de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders het verslag kosteloos inzien. Als het akkoord wordt voorbereid door een herstructureringsdeskundige, rusten deze verplichtingen op hem.

De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, als hij het akkoord voorbereidt, bepalen hoe er over het akkoord gestemd gaat worden (artikel 375, eerste lid, onderdeel k). Uiteraard is het de bedoeling dat zij kiezen voor een procedure waarbij de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders ook daadwerkelijk in staat gesteld worden om een stem uit te brengen. Mochten de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders van mening zijn dat dit laatste niet het geval is, dan moeten zij dit tijdig aan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige aangeven. Deze kan er dan nog voor zorgen dat de stemprocedure worden aangepast. Doet de schuldenaar of de herstructureringsdeskundig niets met het afgegeven signaal en is de stemuitslag daardoor vertekend omdat bepaalde schuldeisers of aandeelhouders niet hebben kunnen stemmen, dan zal de rechter een ingediend homologatieverzoek moeten afwijzen (artikel 384, tweede lid, onderdeel c).

3.4. Homologatie van het akkoord door de rechter

De leden van de CDA-fractie hebben gelezen dat tegen de beslissing van de rechter geen hoger beroep of cassatie mogelijk is omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie, maar dat het wel mogelijk is prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. De leden vragen hoe geborgd wordt dat de beantwoording van deze prejudiciële vragen niet onnodig veel tijd in beslag neemt, gezien het feit dat ze worden gesteld in de klemmende situatie van dreigende insolventie en of er een spoedprocedure bij de Hoge Raad moet worden ingericht. Zoals ik eerder heb toegelicht, is de WHOA zo veel mogelijk vormgegeven als een kaderregeling bestaande uit bepalingen die voor zichzelf spreken. Ik hoop en ga er ook vanuit dat de rechtspraktijk hiermee goed uit de voeten kan en dat het stellen van «*prejudiciële vragen*» aan de Hoge Raad slechts bij hoge uitzondering nodig zal zijn. Ook is in dit kader van belang dat alleen de rechter de Hoge Raad prejudiciële vragen kan voorleggen en dat het dan bovendien moet gaan om rechtsvragen die in een aanzienlijk aantal zaken aan de orde zijn. Deze voorwaarden vormen ook al een danige beperking van de kans dat het tot een prejudiciële vraag komt. Gelet hierop zie ik op dit moment geen noodzaak voor het inrichten van een spoedprocedure.

3.5 Betrokkenheid van de rechter

De leden van de CDA-fractie begrijpen dat, na overleg met de Raad voor de rechtspraak, geconcludeerd is dat er elf rechters en elf juridisch ondersteuners komen die deel uitmaken van de WHOA-pool. Daarmee wordt een tussenoplossing gevonden voor het probleem dat het nog niet duidelijk is hoeveel gebruik gemaakt gaat worden van de WHOA, zo constateren voornoemde leden. Echter lezen zij in de aanleiding van dit wetsvoorstel dat veel bedrijven uitwijken naar het buitenland om daar te herstructureren. Kan de regering aangeven waarom op basis van deze bedrijven geen inschatting gemaakt kan worden van hoeveel gebruik gemaakt gaat worden van de WHOA?
Zoals ik eerder heb beschreven, heeft de WHOA verschillende voordelen ten opzichte van de «*Scheme of Arrangement*» en de «*Chapter 11*»-procedure. Ondernemingen die vergelijkbaar zijn met de bedrijven die

in het verleden gebruik hebben gemaakt van deze twee buitenlandse procedures, zullen daarom in de toekomst naar verwachting gebruik maken van de WHOA. Daarnaast zijn er ook ondernemingen die niet te vergelijken zijn met die bedrijven en voor wie de uitwijking naar Londen of de Verenigde Staten om gebruik te kunnen maken van de «*Scheme of Arrangement*» of de «*Chapter 11*»-procedure nooit een optie zou zijn geweest vanwege de daarmee gemoeide kosten. Voor deze ondernemingen biedt de WHOA nu wel de mogelijkheid om financiële problemen op te lossen en een faillissement te voorkomen. Dit is een nieuwe groep ondernemingen. De vraag hoeveel zaken er zullen komen, valt dus niet te schatten door te kijken naar hoeveel bedrijven in het verleden naar het buitenland zijn gegaan. Een dergelijke route was alleen weggelegd voor de grotere bedrijven, terwijl de WHOA een veel breder bereik beoogt. Verder is ook van belang dat de invoering van de WHOA niet noodzakelijkerwijs hoeft te leiden tot veel meer zaken. De WHOA is bedoeld om het minnelijke traject te ondersteunen en succesvoller te maken. Goed mogelijk is dat de wet vooral de stok achter de deur gaat zijn voor weigeraars om toch in te stemmen met een akkoord en niet langer een machtsmiddel uit te spelen. Als alle partijen instemmen met het akkoord, hoeft de rechter niet betrokken te worden. De praktijk heeft hier hoge verwachtingen van. Als die verwachtingen uitkomen, kan het aantal zaken beperkt blijven. Tenslotte wordt de behoefte aan een herstructureringsprocedure als de WHOA mede bepaald door de economische situatie in Nederland en de rest van de wereld.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 5

VERSLAG

Vastgesteld 1 oktober 2019

De vaste commissie voor Justitie en Veiligheid, belast met het voorbereidend onderzoek van dit voorstel van wet, heeft de eer als volgt verslag uit te brengen. Onder het voorbehoud dat de hierin gestelde vragen en gemaakte opmerkingen voldoende zullen zijn beantwoord, acht de commissie de openbare behandeling van het voorstel van wet genoegzaam voorbereid.

1. Inleiding

De leden van de VVD-fractie hebben met belangstelling en een positieve grondhouding kennisgenomen van het wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA)) (hierna: het wetsvoorstel). Wel hebben zij nog enkele vragen over Richtlijn 2019/1023 van het Europees parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18, die in juli van dit jaar in werking is getreden en die de lidstaten verplicht om binnen twee jaar na inwerkingtreding een preventief herstructureringsstelstelsel in hun nationale wetgeving in te voeren die aan de minimumnormen in de richtlijn voldoet.

De leden van de CDA-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel. Met de WHOA wordt voldaan aan een brede oproep vanuit de praktijk om te voorzien in betere herstructureringsmogelijkheden bij een naderend faillissement. Voornoemde leden zien een gedegen en uitgebreid wetsvoorstel dat recht doet aan de complexiteit van hetgeen wordt geïntroduceerd. Het wetsvoorstel roept bij de aan het woord zijnde leden ook nog vragen op.

kst-35249-5
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2019

De leden van de D66-fractie hebben kennisgenomen van dit wetsvoorstel. Zij onderschrijven de doelstellingen daarvan. Ten eerste is dat het voorkomen van onwenselijke gevolgen van gedrag van schuldeisers of aandeelhouders dat zou leiden tot faillissement van een (deels) levensvatbaar bedrijf. Ten tweede is dat het voorkomen van onevenredig zware herstructureringslasten voor andere vermogensverschaffers. Voornoemde leden onderschrijven deze doelstellingen, niet in de laatste plaats omdat dit wetsvoorstel aansluit bij een richtlijnvoorstel van de Europese Commissie voor het beter functioneren van de interne markt en het wegnemen van belemmeringen van vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging.[1]

2. Achtergrond en aanleiding voor het wetsvoorstel

De leden van de VVD-fractie hebben gelezen dat de Minister voor Rechtsbescherming na indiening van het wetsvoorstel bij brief van 27 augustus 2019 (Kamerstuk 33 695, nr. 18) heeft aangekondigd de Europese richtlijn betreffende de preventieve herstructureringsstelsels (EU) 2019/1023) te zullen implementeren in de surseanceregeling. Deze leden vragen of het nodig en wenselijk is de richtlijn, naast in de surseanceregeling, óók te verwerken in het onderhavige wetsvoorstel, terwijl de richtlijn beter in de surseanceregeling lijkt te passen. Een voorbeeld is het vereiste in de richtlijn dat bij MKB-ondernemingen instemming van de schuldenaar is vereist om een akkoord te kunnen laten aanbieden of homologeren (artikelen 4, achtste lid en 11, eerste lid, van de richtlijn en artikelen 381, tweede lid en 383, tweede lid van het wetsvoorstel). Het wetsvoorstel kent het recht om een akkoord te initiëren terecht ook toe aan crediteuren en werknemersvertegenwoordigers (artikel 371, eerste lid). Het vereiste van instemming van de schuldenaar kan zorgen voor een aantasting van het recht van crediteuren en werknemers om een akkoord te initiëren en geeft controlerend aandeelhouders die geen economisch belang meer hebben de mogelijkheid een akkoord dat in het belang is van crediteuren en werknemers te ondergraven. Dit probleem doet zich bij implementatie in de surseanceregeling niet voelen, omdat het in surseance uitsluitend de schuldenaar is die een akkoord kan aanbieden. Crediteuren en werknemers hebben dit recht in surseance niet. De richtlijn is ook op andere onderdelen in het wetsvoorstel verwerkt (bijvoorbeeld in de artikelen 371, tiende lid, 376, vijfde lid, 376, zesde lid, onder b, 383, vierde lid, en 384, tweede lid, onder f). De aan het woord zijnde leden zouden de regering willen vragen te heroverwegen of het nodig en wenselijk is de richtlijn op al deze onderdelen te verwerken in de WHOA, nu de Minister voor Rechtsbescherming heeft aangekondigd de richtlijn in de surseanceregeling te zullen implementeren waar deze met minder schuring lijkt in te passen.

De leden van de CDA-fractie lezen dat de regering in de memorie van toelichting stelt dat aanleiding van het wetsvoorstel onder meer is dat bedrijven die willen herstructureren uitwijken naar het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten, omdat deze landen meer (wettelijke) mogelijkheden hiertoe kennen. Kan de regering aangeven of enkele of alle bedrijven kenbaar hebben gemaakt dat zij zich hiertoe gedwongen zagen vanwege het gebrek aan wetgeving in Nederland? Tevens vragen voornoemde leden op welke punten de wetgeving in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten voordeel biedt ten opzichte van de

[1] Voorstel voor een richtlijn van het Europees parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU 2016/0359 (COM/2016/723/FINAL) *(Kamerstukken II 2016/17*, 22 112, nr. 2292 (BNC fiche).

huidige situatie en of deze voordelen met dit wetsvoorstel voldoende tegemoet worden gekomen.

3. Korte beschrijving van de inhoud van de regeling

3.1 Inleiding

De leden van de CDA-fractie constateren dat de mogelijkheid bestaat een herstructureringsdeskundige aan te stellen die vervolgens een akkoord kan voorbereiden. Gezien de complexiteit van het maken van een dergelijk akkoord zal er, zo menen deze leden, een dergelijke deskundige worden aangesteld. Voornoemde leden vragen of de herstructureringsdeskundige aan bepaalde kwaliteitseisen dient te voldoen. Zal het doorgaans gaan om een jurist zoals een curator of een bedrijfskundige? Zijn hier objectieve kwaliteitseisen voor opgesteld?

3.2 Aanbieding, inhoud en inrichting van het akkoord

Aanbieding van het akkoord

De leden van de CDA-fractie lezen dat de WHOA ertoe kan strekken dat lopende overeenkomsten eenzijdig worden gewijzigd of beëindigd indien een verzoek hiertoe van toestemming door de rechter wordt voorzien. Dit geldt echter niet voor arbeidsovereenkomsten. Voornoemde leden lezen dat de WHOA de rechtspositie van werknemers niet kan wijzigen. Deze leden vragen welke andere mogelijkheden een onderneming heeft in de procedure ten aanzien van werknemers. Het kan immers zo zijn dat bij een herstructurering ook een reorganisatie van het bedrijf nodig zal blijken, met daarbij mogelijke ontslagrondes. Betekent dat per definitie ontslag en het (zo mogelijk) moeten aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst? Geeft andere wetgeving hier mogelijkheden voor?

Inhoud en inrichting van het akkoord

De leden van de CDA-fractie lezen dat er een complexe systematiek wordt opgetuigd rondom de stemming over het onderhands akkoord waarin sprake is van meerdere categorieën schuldeisers die allen een ander aanbod gedaan kan worden. Voornoemde leden vragen de regering, ook verwijzend naar de opmerking dat de regering verwacht dat vooral grote bedrijven gebruik zullen maken van de WHOA, hoe geborgd wordt dat bij een complexe herstructurering het overzicht wordt bewaard. Is er volgens de regering een risico dat het te complex wordt voor een schuldenaar waardoor de herstructurering in gevaar komt? Ook vragen de aan het woord zijnde leden welke waarborgen er zijn dat de schuldenaar niet de verschillende klassen schuldeisers tegen elkaar uit zal spelen. Worden de verschillende klassen schuldeisers op de hoogte gesteld van de verschillende aanbiedingen die de schuldenaar doet?

3.3 Stemprocedure en stemrecht

Stemrecht en medezeggenschap

De leden van de CDA-fractie begrijpen dat werknemers geen stemrecht hebben bij het onderhandse akkoord omdat het akkoord geen wijzigingen in de rechten van werknemers kan aanbrengen. Het wetsvoorstel bevestigt enkel het bestaande recht van advisering door de OR, maar maakt het niet mogelijk dat de OR ook als stemgerechtigde partij wordt aangemerkt. De aan het woord zijnde leden vragen de regering waarom de OR niet als stemgerechtigd kan worden aangemerkt. Wat zijn de nadelen daarvan? Ook vragen voornoemde leden welke gevolgen het

heeft voor het akkoord indien de OR niet tijdig om advies is gevraagd in de situaties waar de OR wel een adviesrecht heeft. Tot slot vragen deze leden welk gevolg een negatief OR-advies heeft voor mogelijke homologatie van het akkoord.

Stemprocedure

De leden van de CDA-fractie vragen, ook in navolging van enkele consultatiereacties, waarom gekozen is voor een minimum van acht dagen tussen het voorleggen van het definitieve akkoord en de stemming. Is het niet gebruikelijker uit te gaan van tien dagen zoals ook is opgenomen in de richtlijn aandeelhoudersrechten?
De aan het woord zijnde leden lezen dat in iedere klasse afzonderlijk gestemd zal worden en dat het daarbij aan de schuldenaar is te bepalen op welke wijze over het akkoord wordt gestemd. Voornoemde leden vragen of er regels zijn voor wat betreft de kenbaarheid van de uitslag van de stemming. Kan de schuldenaar ervoor kiezen dat de verschillende klassen niet op de hoogte zijn van het stemgedrag in een andere klasse? Kunnen stemgerechtigden nog invloed uitoefenen op de wijze waarop de stemming zal geschieden? Zo, nee, waarom niet?

3.4. Homologatie van het akkoord door de rechter

De leden van de CDA-fractie lezen dat tegen de beslissing van de rechter geen hoger beroep of cassatie mogelijk is omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie. Echter is het wel mogelijk prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, zo lezen deze leden. Zij vragen de regering hoe geborgd wordt dat de beantwoording van deze prejudiciële vragen niet onnodig veel tijd in beslag neemt, gezien ze worden gesteld in de klemmende situatie van dreigende insolventie. Verder vragen voornoemde leden of er een spoedprocedure bij de Hoge Raad moet worden ingericht.

3.5 Betrokkenheid van de rechter

De leden van de CDA-fractie begrijpen dat, na overleg met de Raad voor de rechtspraak, geconcludeerd is dat er elf rechters en elf juridisch ondersteuner komen die deel uitmaken van de WHOA-pool. Daarmee wordt een tussenoplossing gevonden voor het probleem dat het nog niet duidelijk is hoeveel gebruik gemaakt gaat worden van de WHOA, zo constateren voornoemde leden. Echter lezen zij in de aanleiding van dit wetsvoorstel dat veel bedrijven uitwijken naar het buitenland om daar te herstructureren. Kan de regering aangeven waarom op basis van deze bedrijven geen inschatting gemaakt kan worden van hoeveel gebruik gemaakt gaat worden van de WHOA?

De voorzitter van de commissie,
Van Meenen

Adjunct-griffier van de commissie,
Burger

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2018–2019

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT[1]

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 1 april 2019 en het nader rapport d.d. 3 juli 2019, aangeboden aan de Koning door de Minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 18 oktober 2018, nr. 2018001852, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 1 april 2019, nr. W16.18.0319/II, bied ik U hierbij aan.

Het advies is integraal opgenomen in dit nader rapport en cursief gedrukt. Hieronder ga ik in op het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling).

Bij Kabinetsmissive van 18 oktober 2018, nr. 2018001852, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt ertoe een regeling in te voeren op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de herstructurering van schulden kan goedkeuren (homologeren). De homologatie betekent dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Zij die niet met het akkoord hebben ingestemd,

[1] De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

kst-35249-4
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2019

kunnen toch aan het akkoord worden gebonden als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde eisen voldoet.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar acht op de volgende onderdelen een dragende motivering of aanpassing van het voorstel aangewezen. In de eerste plaats adviseert zij in de toelichting nader in te gaan op de betekenis van het wetsvoorstel voor de praktijk, en daarbij ook de positie van het midden- en kleinbedrijf (MKB) als crediteur te betrekken. Daarnaast adviseert de Afdeling te voorzien in een gespecialiseerde rechtbank of kamer voor de behandeling van homologatieverzoeken. Tot slot adviseert de Afdeling aandacht te besteden aan de bijzondere positie van de kleine MKB-onderneming als schuldenaar en aan de vergoeding van de kosten van de deskundige.

1. Achtergrond en doelstelling voorstel

Het voorstel Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) is bedoeld voor ondernemingen die op zichzelf rendabel zijn, maar door een te zware schuldenlast of te hoge structurele kosten een sanering van schulden en verplichtingen nodig hebben om te voorkomen dat zij in surseance van betaling of faillissement komen. Voor die situatie maakt het voorstel het mogelijk dat de rechtbank een akkoord over het herstructureren en saneren van schulden goedkeurt. Door de goedkeuring worden alle schuldeisers en aandeelhouders van de onderneming gebonden aan de inhoud van het akkoord, ook degenen die tegen hebben gestemd. Vorderingen en andere rechten van werknemers op grond van arbeidsovereenkomst blijven van rechtswege buiten het akkoord.

In Nederland ontbreekt een wettelijke regeling voor een dwangakkoord buiten faillissement. Op dit moment kan een onderhands schuldsaneringsakkoord alleen tot stand komen als alle betrokken vermogensverschaffers daarmee instemmen. Elke individuele vermogensverschaffer heeft daardoor een prikkel om instemming te weigeren om daarmee een betere positie voor zichzelf te creëren. Hierdoor is het moeilijk en vaak onmogelijk om tot overeenstemming te komen. Op deze wijze kan het gedrag van één of enkele dwarsliggende crediteuren of aandeelhouders er toe leiden dat de onderneming alsnog failleert, of dat de andere vermogensverschaffers – om een faillissement te voorkomen – een onevenredig deel van de herstructureringslasten voor hun rekening moeten nemen.

Uit de literatuur en uit de reacties op het voorontwerp blijkt dat aan een akkoordregeling buiten surseance of faillissement grote behoefte bestaat. In dat verband wordt onder meer verwezen naar het feit dat talloze bedrijven over de gehele wereld de afgelopen jaren naar het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten zijn gegaan om hun financiële problemen op te lossen. Daar hebben zij gebruik gemaakt van respectievelijk de «Scheme of Arrangement» en de «Chapter 11»-procedure. Hieronder waren ook verschillende Nederlandse bedrijven. Voorts heeft de Europese Commissie eind 2016 een richtlijnvoorstel uitgebracht. Daarin worden de lidstaten verplicht een regeling in te voeren voor een pre-insolventie-akkoordprocedure, onverminderd de mogelijkheid eigen procedures in te voeren. Hierbij speelt onder andere een rol dat als gevolg van de kredietregels van Basel-II de externe financiering door banken van bedrijven daalt. Daardoor zullen deze vaker aangewezen zijn op durfinvesteerders die minder genegen zijn om mee te werken aan herstructurering van levensvatbare bedrijven die zich in financiële moeilijkheden bevinden. Het wetsvoorstel sluit hierbij aan vanuit de gedachte dat de nieuwe mogelijkheid van een dwangakkoord ertoe zal leiden dat schuldeisers minder gauw kunnen overvragen.

Uit de toelichting blijkt dat de «Scheme of Arrangement» en de «Chapter 11»-procedure een belangrijke inspiratiebron zijn geweest voor de WHOA. Vanwege de kosten van een herstructurering in het buitenland, staat deze weg echter alleen voor de grotere bedrijven open. Het wetsvoorstel beoogt een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het midden- en klein bedrijf. In dat verband kent de WHOA een grote mate van flexibiliteit, met de bedoeling partijen de nodige ruimte te bieden om te komen tot een akkoord dat aansluit op de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de WHOA veel aspecten die bij een sanering van een onderneming aan de orde kunnen zijn, niet regelt, maar aan partijen overlaat.

De Afdeling merkt op dat kleine en middelgrote ondernemingen dikwijls niet over de middelen zullen beschikken om de herstructureringskosten te dragen en beroep te doen op professioneel advies. De conclusie lijkt daarom gewettigd dat in eerste instantie vooral grotere bedrijven voor de procedure in aanmerking komen. Weliswaar laat het voorstel de mogelijkheid open dat een akkoord zonder bijstand van een deskundige tot stand komt, maar niet valt uit te sluiten dat een zodanig akkoord minder kans maakt om te worden gehomologeerd. Daar komt bij dat de huidige adviespraktijk van schuldenherstructurering zich vooral op de grotere bedrijven richt. Het zal daarom naar verwachting tijd kosten voordat ook de kleinere bedrijven over voldoende en betaalbare expertise kunnen beschikken. De Afdeling verwacht dan ook dat de grootste winst van het wetsvoorstel voor het MKB aanvankelijk zal bestaan in een verbetering van zijn positie als crediteur (vaak als toeleverancier). In de regel neemt het MKB in een faillissement de positie van concurrente (gewone) crediteur in. Een schuldeiser met een concurrente vordering krijgt als laagst gerangschikte crediteur bij faillissement van zijn schuldenaar in de meeste gevallen geen of slechts een klein gedeelte van zijn vordering uitgekeerd. Uit Amerikaans onderzoek naar de toepassing van «Chapter 11» blijkt echter dat concurrente schuldeisers bij een dwangakkoord gemiddeld 52% van hun vordering ontvangen. Het is daarom waarschijnlijk dat toepassing van de WHOA in ieder geval in indirecte zin de positie van het MKB als crediteur versterkt. Gelet op het feit dat het MKB 99% van alle bedrijven omvat, is dit een belangrijk gegeven.

Tegen deze achtergrond adviseert de Afdeling in de toelichting nader in te gaan op de betekenis van het wetsvoorstel voor de praktijk, en daarbij ook de positie van het MKB als crediteur te betrekken.

De memorie van toelichting is overeenkomstig het bovenstaande aangevuld.

2. Positie rechter

Ingevolge het voorstel zijn alle rechtbanken bevoegd om over de homologatie van een onderhands akkoord te oordelen. De positie van de rechter is zeer bepalend in de voorgestelde procedure. In de kern betekent de WHOA dat van de rechter gevraagd wordt om de levensvatbaarheid van een onderneming te beoordelen, in het licht van de vraag of deze een tweede kans verdient. De rechter zal moeten beoordelen of de totstandkoming van een akkoord noodzakelijk is om dreigende insolventie te voorkomen en of het akkoord redelijk is. Bij die laatste vraag gaat het om de waarde die naar verwachting kan worden gerealiseerd als het akkoord tot stand komt. Die waarde is onder meer afhankelijk van de vraag of de onderneming wordt voortgezet, dan wel wordt stopgezet en afgewikkeld buiten faillissement. Bij de totstandkoming van het herstructureringsakkoord kunnen waarderingsvraagstukken (en in het bijzonder grondslagen,

uitgangspunten en aannames) dan ook een groot twistpunt zijn tussen de betrokken crediteuren en aandeelhouders. Voorts is van belang dat de schuldenaar niet verplicht is een door een onafhankelijk deskundige opgemaakt waarderingsrapport te overleggen, omdat dit volgens de toelichting voor het MKB een te grote kostenpost zou opleveren en daarmee afbreuk zou doen aan het doel van de regeling. In de consultatie is van verschillende kanten voorgesteld de behandeling van de homologatieverzoeken te beleggen bij één gespecialiseerde rechtbank. Ook overweging 39 van het richtlijnvoorstel besteedt daaraan aandacht, en vermeldt dat «de lidstaten (erop) moeten toezien dat procedures inzake herstructurering, insolventie en schuldbevrijding op efficiënte wijze en voortvarend kunnen worden afgehandeld. Het oprichten van gespecialiseerde rechtbanken of kamers, of het aanstellen van gespecialiseerde rechters overeenkomstig het nationaal recht betreffende de organisatie van het gerechtelijk apparaat, kan bijvoorbeeld een doeltreffende manier zijn om bovengenoemde doelstellingen te bereiken, net als het concentreren van rechtsmacht in een beperkt aantal rechtelijke of administratieve instanties.»

Het uitgangspunt van de rechtspleging is dat alle rechtbanken alle zaken op kwalitatief goede wijze en zonder vertraging moeten kunnen behandelen. Daarop wordt slechts in bijzondere gevallen een uitzondering gemaakt. De Raad voor de Rechtspraak heeft gelet op dit uitgangspunt in samenwerking met de gerechten een toetsingskader voor wettelijke concentratie ontwikkeld, waarin daarvoor criteria zijn geformuleerd. Wettelijke concentratie wordt wenselijk geacht indien voor de behandeling van een categorie zaken bijzondere rechterlijke expertise nodig is. De toelichting maakt niet duidelijk of het toetsingskader is toegepast.
De Afdeling wijst er op dat het voor de effectiviteit van het instrument van belang is dat de procedure op efficiënte en voortvarende wijze wordt afgehandeld. Om die reden is gekozen voor rechtspraak in één instantie. Omdat hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten, zal de procedure met meer waarborgen moeten worden omgeven, mede in het belang van de rechtseenheid. Het oprichten van een gespecialiseerde rechtbank of kamer kan daarbij helpen. Voorts is van belang dat voor de beoordeling van het akkoord zekere bedrijfseconomische kennis nodig is, waarmee op dit moment in de rechterlijke macht nog onvoldoende ervaring bestaat. Het is gemakkelijker daarin te voorzien indien de behandeling van deze zaken geconcentreerd zou plaatsvinden. Ten slotte zijn er vooralsnog geen aanwijzingen dat het middel een brede toepassing zal vinden.

Gelet hierop adviseert de Afdeling te voorzien in een gespecialiseerde rechtbank of kamer voor de behandeling van verzoeken op grond van de WHOA.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling heeft over dit punt overleg plaatsgevonden met de Raad voor de rechtspraak (hierna; de Rvdr). De Rvdr heeft daarbij – kort gezegd – meegegeven dat het op dit moment nog niet duidelijk is tot hoeveel extra zaken de WHOA jaarlijks zal leiden. Dit maakt het niet goed mogelijk om het door de Afdeling genoemde toetsingskader toe te passen en nu al te bepalen wat de meest effectieve manier is om verzoeken in het kader van de WHOA (hierna: WHOA-zaken) door de rechtspraak te laten behandelen. Als het aantal WHOA-zaken bescheiden is, heeft volgens de Rvdr een klein(er) gespecialiseerd team de voorkeur. Zijn er juist veel WHOA-zaken, dan heeft het de voorkeur dat iedere rechtbank in voldoende mate is geëquipeerd om deze zaken te behandelen.

Het lijkt de Rvdr goed om te beginnen een gespecialiseerd landelijk team van rechters en juridisch ondersteuners uit alle rechtbanken. Dit heeft als voordeel dat bij een bescheiden aantal zaken toch door rechters van alle rechtbanken ervaring kan worden opgebouwd met de WHOA. Dit maakt het mogelijk om de behandeling van de WHOA-zaken op te schalen bij alle rechtbanken als het aantal zaken toeneemt.

Gelet hierop heeft de Rvdr voorgesteld dat de rechterlijke macht voor de eerste drie jaar na de inwerkingtreding van de WHOA de volgende werkwijze invoert.

– Iedere rechtbank levert een rechter en een juridisch ondersteuner aan die deel uit gaan maken van een landelijke WHOA-pool.
– De elf rechters en juridisch ondersteuners worden hier specifiek voor opgeleid.
– Er komt geen fysieke locatie voor de WHOA-pool. Als zich in een bepaald arrondissement een WHOA-zaak voordoet, behandelt de rechter uit dat arrondissement de zaak samen met twee andere rechters uit de landelijke WHOA-pool. De drie rechters worden hierbij ondersteund door de juridisch ondersteuner uit het betreffende arrondissement.

De invoering van deze werkwijze kan binnen het huidige wettelijk kader door de rechterlijke macht zelf worden georganiseerd en vergt geen aanpassing van het wetsvoorstel. In de memorie van toelichting is hieraan aandacht besteed.

3. Bijzondere positie kleine MKB-onderneming als schuldenaar

De schuldenaar kan het traject voor het tot stand brengen van een akkoord zelf in gang zetten. Het is ook mogelijk dat schuldeisers of aandeelhouders daartoe het initiatief nemen. De schuldeiser en de aandeelhouders kunnen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige vragen. Ook de schuldenaar kan dit doen. Indien een herstructureringsakkoord niet door alle klassen van schuldeisers wordt goedgekeurd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken om homologatie van het akkoord.

De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige sluit de gelijktijdige aanbieding van een akkoord door de schuldenaar uit. Indien de aanwijzing gebeurt op initiatief van de betrokken vermogensverschaffers, staat de schuldenaar in zoverre buiten spel. Het richtlijnvoorstel geeft de lidstaten daarom de optie om de homologatie van een akkoord dat niet door alle klassen van schuldeisers wordt goedgekeurd, afhankelijk te stellen van de instemming van de schuldenaar. De lidstaten mogen het instemmingsvereiste echter beperken tot gevallen waarin de schuldenaar een MKB-onderneming is.

De Afdeling geeft in overweging om na te gaan of deze laatste regel zich ook leent voor opname in het voorstel, gelet op de specifieke positie van het MKB en adviseert het voorstel zo nodig aan te passen.

Eind december 2018 hebben de Raad, het Europees Parlement en de Europese Commissie overeenstemming bereikt over de richtlijn waaraan de Afdeling refereert. Ingevolge overweging 1 moet de richtlijn ervoor zorgen dat 1) «*levensvatbare ondernemingen en ondernemers in financiële moeilijkheden* [in iedere lidstaat] *toegang hebben tot doeltreffende nationale preventieve herstructureringsstelsels die hen in staat stellen hun activiteiten voort te zetten;* 2) *eerlijke ondernemers die insolvent zijn of een overmatige schuldenlast hebben na een redelijke termijn een volledige kwijtschelding van schuld kunnen krijgen waardoor hen een tweede kans wordt gegeven; en* 3) *dat de procedures inzake*

herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld efficiënter worden […]». Het eerste onderdeel van de richtlijn verplicht de lidstaten een regeling in te voeren voor een pre-insolventie-akkoordprocedure. Het wetsvoorstel sluit hierbij aan. Na de ontvangst van het advies van de Afdeling – te weten op 6 juni 2019 – is de definitieve tekst van de richtlijn vastgesteld.[2] Deze omstandigheid gaf samen met het advies van de Afdeling aanleiding om de definitieve tekst van de richtlijn en de tekst van het wetsvoorstel nog een keer met elkaar te vergelijken. Dit heeft ertoe geleid dat – naast de door de Afdeling voorgestelde aanpassing – nog een beperkt aantal aanvullende aanpassingen in het wetsvoorstel zijn doorgevoerd om de WHOA te laten aansluiten op de definitieve tekst van de richtlijn. Ook is in de memorie van toelichting in meer detail toegelicht hoe dit in de WHOA tot uitdrukking komt. Voor de implementatie van de richtlijn zal een afzonderlijk wetsvoorstel worden opgesteld. De memorie van toelichting bij dat wetsvoorstel zal een transponeringstabel omvatten waarin ook zal worden aangegeven op welke wijze de WHOA overeenkomt met het eerste onderdeel van de richtlijn.

De door de Afdeling voorgestelde aanpassing is doorgevoerd in artikel 383, tweede lid. De andere aanpassingen zien op het volgende.

– In artikel 4 van de richtlijn is bepaald dat «de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren […]». Op basis van artikel 4 lid 8 van de richtlijn kunnen de lidstaten er vervolgens voor kiezen het preventief herstructureringsstelsel ook beschikbaar te stellen voor schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers. Daarbij wordt wel als voorwaarde gesteld dat als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, hij daarmee moet instemmen.
  De WHOA biedt schuldeisers en aandeelhouders de mogelijkheid om het initiatief te nemen bij de totstandbrenging van een akkoord. Daartoe kunnen zij vragen om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (artikel 371, eerste lid). Deze herstructureringsdeskundige kan vervolgens een akkoord voorbereiden en in stemming brengen (artikel 381, eerste lid). In artikel 371, eerste lid, is nu bepaald dat ook de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging kan vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Voorts is in artikel 381, tweede lid, bepaald dat als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, de herstructureringsdeskundige alleen met instemming van de schuldenaar een akkoord in stemming kan brengen. Op deze manier hebben de schuldeisers en de OR of de personeelsvertegenwoordiging de beschikking over het herstructureringsstelsel waarin de WHOA voorziet. Tegelijkertijd is geregeld dat als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, zij daarvan alleen met instemming van de schuldenaar gebruik kunnen maken. Hierbij is aansluiting gezocht bij de Europese definitie van MKB-bedrijf. Is de schuldenaar een rechtspersoon, dan moet het bestuur om instemming gevraagd worden. De aandeelhouders mogen het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat het «*kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren*». Als

[2] Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18.

hierover een geschil ontstaat, kan de rechter gevraagd worden om in dit kader een uitspraak te doen (artikel 378, lid 1, onderdeel g).

– In artikel 5 lid 1 van de richtlijn is geregeld dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat «schuldenaren die toegang hebben tot preventieve herstructureringsprocedures, volledig of ten minste gedeeltelijk, de controle behouden over hun activa en over de dagelijkse bedrijfsvoering van de onderneming». Wel kan ingevolge artikel 5 lid 2 van de richtlijn door de rechter een deskundige op het gebied van herstructurering worden aangesteld. De rechter moet per geval beoordelen of dit nodig is. De artikelen 371 en 380 – betreffende de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige of de aanstelling van een observator – sluiten hierbij aan. Op basis van artikel 5 lid 3 van de richtlijn moet in de volgende drie gevallen altijd een deskundige worden aangesteld:
  a. als de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers daarom heeft verzocht;
  b. als de rechter een algehele schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen afkondigt en besluit dat de aanstelling van een herstructureringsdeskundige nodig is om de belangen van de betrokken partijen te waarborgen, en
  c. als bij de rechter wordt gevraagd om een akkoord te homologeren waarmee niet alle klassen hebben ingestemd.

  Op basis van de definitie in artikel 2 lid 1, onderdeel 12, van de richtlijn, kunnen zowel de herstructureringsdeskundige als de observator (artikelen 371 en 380) aangemerkt worden als een deskundige in de zin van de richtlijn.
  De punten a tot en met c die voortvloeien uit artikel 5 lid 3 van de richtlijn, zijn overgenomen in de artikelen 371, derde en tiende lid, 376, negende lid, en 383, vierde lid.
– In de eerste alinea van artikel 6 lid 1 van de richtlijn is geregeld dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat «schuldenaren gebruik kunnen maken van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen om de onderhandelingen over een herstructureringsplan in het kader van een preventief herstructureringsstelsel te ondersteunen». In artikel 7 lid 2 van de richtlijn is bepaald dat dan ook de opening van een faillissementsprocedure dient te worden geschorst. In de overige onderdelen van de artikelen 6 en 7 van de richtlijn is geregeld wanneer de schorsing kan worden verleend, wat hiervan het toepassingsbereik en de maximale duur is en wanneer deze kan worden verlengd of juist moet worden ingetrokken.
  De in artikel 376 geregelde afkoelingsperiode is vergelijkbaar met de schorsing. In het vierde, vijfde en zesde lid zijn de voorwaarden waaronder de afkoelingsperiode kan worden verleend en eventueel nog verlengd, in lijn gebracht met de artikelen 6 en 7 van de richtlijn. Daarnaast is de regeling betreffende de schorsing van een faillissementsaanvraag – die aanvankelijk in een nieuw artikel 3e was opgenomen – ondergebracht in artikel 376, tweede lid. Artikel 3d en de voorgestelde aanpassingen van de artikelen 47 en 215 Fw zijn hierop afgestemd.
– Artikel 8 van de richtlijn schrijft voor dat een herstructureringsplan in ieder geval bepaalde informatie moet bevatten. Artikel 375 is hierop aangevuld. Dit artikel omvat nu in ieder geval ook alle informatieschriften die opgenomen zijn in artikel 8 van de richtlijn.
– In artikel 10 lid 1, onder b, van de richtlijn is voorgeschreven dat de bevestiging van een akkoord door de rechter in ieder geval nodig is als het akkoord nieuwe financiering omvat. Artikel 384, tweede lid, is hierop aangepast.
– In artikel 10 lid 2, onder d, van de richtlijn is voorgeschreven dat de voorwaarden waaronder de rechter een akkoord kan bevestigen duidelijk gespecificeerd moeten zijn. Eén van de voorwaarden die in ieder geval moet gelden, is: «*indien er niet-instemmende schuldeisers*

zijn, voldoet het herstructureringsplan aan de toets van het belang van de schuldeisers». In artikel 2, onderdeel 6, van de richtlijn is vervolgens bepaald wat onder de «*toets van het belang van de schuldeisers*» (of «*best-interest-of-creditors test*») dient te worden verstaan. In artikel 384, derde lid, is bepaald dat het akkoord moet voldoen aan de «*best-interest-of-creditors test*». De tekst van deze bepaling is nog iets aangepast om hem goed te laten aansluiten op de definitiebepaling in artikel 2, onderdeel 6, van de richtlijn.

4. Kosten deskundige

Ingevolge het wetsvoorstel stelt de rechtbank bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige ook diens salaris vast en bepaalt zij hoeveel de werkzaamheden ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan nadien nog door de rechtbank worden verhoogd. Tenzij anders is overeengekomen, dient de schuldenaar deze kosten te vergoeden.

Omdat het niet zeker is of een herstructureringsakkoord tot stand komt, loopt de deskundige het risico dat hij geen vergoeding voor zijn werkzaamheden ontvangt indien de onderneming alsnog insolvent raakt.

Gelet hierop adviseert de Afdeling erin te voorzien dat een door de rechter te bepalen (nader) voorschot ter zake van die kosten wordt bijgeschreven op de rekening van het gerecht.

Dit advies van de Afdeling is overgenomen in artikel 371, tiende lid.

5. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De waarnemend vice-president van de Raad van State,
S.F.M. Wortmann

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W16.18.0319/II

- *in artikel 3e, tweede lid, verduidelijken dat het een schorsing als bedoeld in het eerste lid betreft.*
- *in artikel 3e, derde lid, verduidelijken dat het verzoek om verlenging binnen de termijn van vier maanden moet worden ingediend (en behandeld).*
- *In artikel 42a, aanhef (artikel I, onderdeel B) «daarvoor» vervangen door «voor die rechtshandeling».*
- *Artikel 383, tweede lid, als volgt formuleren: Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing*.

Aan de redactionele opmerkingen van de Afdeling is, waar aangewezen, gevolg gegeven. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om nog enkele andere redactionele wijzigingen en verduidelijkingen door te voeren in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting.

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2018–2019

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I Algemeen deel

1. Doel en inhoud van het wetsvoorstel

Met dit wetsvoorstel wordt een regeling ingevoerd op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de herstructurering van schulden kan goedkeuren (homologeren). De homologatie leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd, kunnen toch aan het akkoord worden gebonden als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde eisen voldoet. Daarom wordt in deze context ook wel de term *«dwangakkoord»* gebruikt. De regeling wordt onderdeel van de Faillissementswet (Fw).

De voorgestelde Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: WHOA) ziet primair op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. Doel is het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken. In Nederland ontbreekt een wettelijke regeling voor een dwangakkoord buiten faillissement. Op dit moment kan een onderhands schuldsaneringsakkoord alleen tot stand komen als alle betrokken vermogensverschaffers – d.w.z. schuldeisers en aandeelhouders – daarmee instemmen. Elke individuele vermogensverschaffer heeft daardoor een prikkel om instemming te weigeren om daarmee een betere positie voor zichzelf te creëren. Hierdoor is het moeilijk en vaak onmogelijk om tot overeenstemming te komen. Op deze wijze kan het gedrag van één of enkele dwarsliggende schuldeisers of aandeelhouders er toe leiden dat de onderneming alsnog failleert of dat de andere vermogensverschaffers – om een faillissement te voorkomen – een onevenredig deel van de herstructureringslasten voor hun rekening moeten nemen. De WHOA biedt een oplossing voor dit probleem. Bedoeling is dat de WHOA het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject versterkt en dat de mogelijkheid van een dwangakkoord dient

kst-35249-3
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2019

als *«uiterste redmiddel»*. De WHOA beoogt op geen enkele wijze afbreuk te doen aan de bestaande praktijk van buitengerechtelijke herstructureringen. Integendeel, de WHOA heeft mede tot doel deze praktijk te versterken. In het minnelijke herstructureringstraject onderhandelen partijen tegen de achtergrond van het alternatief van de wettelijke regeling. Omdat de WHOA een effectief middel biedt om een oplossing gerechtelijk op te laten leggen, zullen dwarsliggers minder gauw kunnen overvragen. Dit zal het bereiken van overeenstemming faciliteren. Het enkele feit dat er een effectieve en efficiënte regeling bestaat die leidt tot een snelle finale beslissing van de rechter, kan de noodzaak van een daadwerkelijke gang naar de rechter voorkomen.
De WHOA staat verder ook open voor de homologatie van een akkoord waarbij een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld. De WHOA kan in die situatie worden toegepast als met een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement.

Het wetsvoorstel maakt deel uit van het Programma «Herijking Faillissementsrecht». Zoals de Tweede Kamer bij brief van 26 november 2012 is meegedeeld, rust dat programma op drie pijlers: (i) fraudebestrijding, (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure.[1] Dit wetsvoorstel is onderdeel van de tweede pijler. Thans is voorzien dat de tweede pijler in totaal zal bestaan uit vier wetsvoorstellen, waaronder het onderhavige voorstel. De overige drie wetsvoorstellen betreffen vooralsnog de invoering van:

(i) een regeling waarin een uitdrukkelijke wettelijke grondslag wordt geboden voor een in de praktijk ontwikkelde methode (ook wel aangeduid als de «pre-pack») waarbij de rechtbank kort voor een verwachte faillietverklaring van een onderneming op verzoek van het bestuur in stilte al aanwijst wie in geval van faillissement zal worden benoemd tot curator; de Wet Continuïteit Ondernemingen I[2],
(ii) een Wet overgang van onderneming in faillissement[3], en
(iii) verschillende maatregelen die erop gericht zijn de effectiviteit van de surseance en de faillissementsregeling te vergroten.

2. Achtergrond en aanleiding voor het wetsvoorstel

Bij ondernemingen van enige omvang is het gebruikelijk dat, wanneer zich ernstige financiële problemen aandienen, door het bestuur of de feitelijk leidinggevenden (hierna, kort gezegd: het bestuur) adviseurs worden benaderd waarmee wordt gezocht naar een oplossing. Veelal worden de schuldeisers in een dergelijk herstructureringstraject verzocht akkoord te gaan met een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de uitstaande vorderingen, dan wel omzetting daarvan in aandelenkapitaal. Echter, zolang er geen sprake is van faillissement of surseance van betaling, wordt de totstandkoming van dergelijke afspraken beheerst door de algemene regels van het vermogensrecht. Daarbij geldt de wettelijke hoofdregel dat schuldeisers aanspraak kunnen maken op volledige betaling van hun vordering. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan – op grond van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW) – plaats zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee

[1] Kamerstukken II 2012–2013, 29 911, nr. 74.
[2] Kamerstukken I 2015–2016, 34 218.
[3] https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

te werken.[4] Volgens de Hoge Raad ligt het in beginsel op de weg van de schuldenaar die zodanige medewerking in rechte wenst af te dwingen, om specifieke feiten en omstandigheden te stellen en te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met het akkoord heeft kunnen komen.[5]
De oplossing voor de financiële problemen kan eveneens gezocht worden in het aantrekken van nieuw kapitaal. Aan aandeelhouders wordt dan gevraagd een aanvullende investering te doen in de onderneming of om akkoord te gaan met de uitgifte van nieuwe aandelen om op die manier nieuwe investeerders te kunnen aantrekken (vgl. artikel 2:96a en 206a BW). Ook voor de aandeelhouders geldt dat zij in principe vrij zijn om al dan niet hun medewerking te verlenen en dat zij niet kunnen worden gedwongen nieuwe aandelen te nemen (artikel 2:81 en 192 BW). Het voorkeursrecht van aandeelhouders bij de uitgifte van nieuwe aandelen kan vanwege financiële nood van de onderneming opzij worden gezet door de rechter.[6]

Als het Nederlandse insolventierecht wordt vergeleken met regimes van andere landen, dan komt hieruit naar voren dat Nederland het goed doet waar het gaat om de afwikkeling van faillissementen.[7] Wat betreft de herstructureringsmogelijkheden voor ondernemingen blijft Nederland echter ruim achter. De huidige akkoordregeling in surseance is ineffectief gebleken en blijft om deze reden in de praktijk zo goed als ongebruikt, terwijl de praktijk juist dringend behoefte heeft aan een werkbare akkoordregeling buiten faillissement. Dit blijkt uit de literatuur[8] en uit de reacties op de twee voorontwerpen waarover in 2014 en 2017 is geconsulteerd[9]. In dit verband wordt ook verwezen naar het feit dat talloze bedrijven over de gehele wereld de afgelopen jaren naar het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten zijn gegaan om hun financiële problemen op te lossen. Daar hebben zij gebruik gemaakt van respectievelijk de *«Scheme of Arrangement»* en de *«Chapter 11»*-procedure. Hieronder waren ook verschillende Nederlandse bedrijven.[10]
Voorts heeft de Europese Commissie eind 2016 een richtlijnvoorstel uitgebracht dat ervoor moet zorgen dat 1) *«levensvatbare ondernemingen en ondernemers in financiële moeilijkheden* [in iedere lidstaat] *toegang hebben tot doeltreffende nationale preventieve herstructureringsstelsels die hen in staat stellen hun activiteiten voort te zetten;* 2) *eerlijke ondernemers die insolvent zijn of een overmatige schuldenlast hebben na een redelijke termijn een volledige kwijtschelding van schuld kunnen krijgen*

---

[4] Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485 en Gerechtshof Arnhem Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9827.

[5] Hoge Raad 12 augustus 2005, NJ 2006/230 *(Groenmeijer/Payroll)* en Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485.

[6] Ondernemingskamer 31 december 2009, Inter Access, ECLI:NL:HAMS:2009:BL3680.

[7] Dit blijkt onder meer uit de «Doing Business indicator» van de Wereldbank (http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/resolving-insolvency) en uit de «Insolvency Indicator» van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) (http://www.oecd.org/eco/growth/policies-for-productivity-the-design-of-insolvency-regimes-across-countries-2018-going-for-growth.pdf).

[8] Sinds 1835 wordt al gepleit voor een akkoordregeling buiten insolventie. Zie voor een beknopte samenvatting van deze geschiedenis N.W.A. Tollenaar, *«Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk»* (diss. 2016), paragraaf 1.2.).

[9] https://www.internetconsultatie.nl/wco2/details en https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie.

[10] De meeste zaken blijven vertrouwelijk en komen niet in de openbaarheid. Enkele openbare voorbeelden zijn Van Gansewinkel Groep B.V. (Engelse scheme); New World Resources (scheme); Indah Kiat International Finance Company B.V. (scheme); DAP Holdings N.V. (scheme); European Directories (scheme); Estro Groep B.V. (scheme); NEF Telecom B.V. (scheme); Magyar Telecom B.V. (scheme); Nortel Networks B.V. (Engelse administration), Eurodis B.V. (Engelse pre-pack); Almatis B.V. (Ch. 11, VS); Marco Polo Seatrade B.V. (Ch. 11, VS); Global Telesystems Europe B.V. (Ch. 11, VS); Versatel Telecom International N.V. (Ch. 11); United Pan-Europe Communications N.V. (Ch. 11).

waardoor hen een tweede kans wordt gegeven; en 3) *dat de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld efficiënter worden* [...]» (hierna: de richtlijn).[11] De richtlijn heeft tot doel bij te dragen aan het goed functioneren van de interne markt en een eind te maken aan de belemmeringen voor het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging, die voortvloeien uit verschillen tussen nationale regelingen. Eind december 2018 hebben de Raad, het Europees Parlement en de Europese Commissie overeenstemming bereikt over deze richtlijn.[12] Het eerste onderdeel van de richtlijn verplicht de lidstaten een regeling in te voeren voor een pre-insolventie-akkoordprocedure. Het wetsvoorstel sluit hierbij aan. In het artikelsgewijze deel van deze memorie van toelichting wordt dit nader toegelicht. Voor de implementatie van de richtlijn zal een afzonderlijk wetsvoorstel worden opgesteld. De memorie van toelichting bij dat wetsvoorstel zal een transponeringstabel omvatten waarin ook zal worden aangegeven op welke wijze de WHOA overeenkomt met het eerste onderdeel van de richtlijn.

Het wetsvoorstel dat – geïnspireerd is op de *«Scheme of Arrangement»* en de *«Chapter 11»*-procedure – beoogt met de WHOA een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het midden en kleinbedrijf (hierna: MKB). Wel is de verwachting dat in eerste instantie vooral grotere bedrijven voor de WHOA in aanmerking komen. De grootste winst van de WHOA voor kleinere ondernemingen zal aanvankelijk bestaan in een verbetering van hun positie als crediteur (vaak als toeleverancier). In de regel nemen kleinere ondernemingen in een faillissement de positie van concurrente crediteur in. Een schuldeiser met een concurrente vordering krijgt als laagst gerangschikte crediteur bij faillissement van zijn schuldenaar in de meeste gevallen geen of slechts een klein gedeelte van zijn vordering uitgekeerd. Uit Amerikaans onderzoek naar de toepassing van *«Chapter 11»*-procedure blijkt echter dat concurrente schuldeisers bij een dwangakkoord gemiddeld 52% van hun vordering ontvangen.[13] Het is daarom waarschijnlijk dat toepassing van de WHOA in ieder geval in indirecte zin de positie van kleinere ondernemingen als crediteur versterkt.

3. Korte beschrijving van de inhoud van de regeling

3.1 Inleiding

Het wetsvoorstel voorziet met de WHOA in een regeling op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord betreffende de herstructurering van de schulden van een schuldenaar, zodat de schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd toch aan het akkoord kunnen worden gebonden (artikel 385). De voorgestelde regeling wordt in de Faillisementswet opgenomen in een nieuwe afdeling 4.2 (Homologatie van een onderhands akkoord), die weer opgedeeld is in vier paragrafen:

---

[11] Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU 2016/0359 (COM/2016/723/FINAL) *(Kamerstukken II 2016/17*, 22 112, nr. 2292 (BNC fiche).

[12] Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18.

[13] The economic impact of Chapter 11 reorganization versus Chapter 7 liquidation, Wade D Druin en Mike Allgrunn, in Journal of Criminal Justice and Legal issues, Volume 2, September, 2014.

– § 1. Algemene bepalingen;
– § 2. De aanbieding van en de stemming over een akkoord;
– § 3. De homologatie van een akkoord, en
– § 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord.

De schuldenaar kan het traject voor het tot stand brengen van een akkoord zelf in gang zetten. Het is echter ook mogelijk dat schuldeisers, aandeelhouders of de binnen de onderneming ingestelde ondernemingsraad (OR) of personeelsvertegenwoordiging het initiatief nemen. Zij kunnen de rechter vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die vervolgens een akkoord kan voorbereiden en aan de betrokken schuldeisers en aandeelhouders kan voorleggen.

Een akkoord komt alleen in aanmerking voor homologatie door de rechter als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan een aantal voorschriften voldoet. Eén van de belangrijkste voorschriften is dat de schuldeisers en aandeelhouders in de gelegenheid moeten zijn geweest om zich via een stemming over het akkoord uit te spreken. Bovendien geldt dat een dwangakkoord alleen aan de orde kan zijn als dit in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is. Daarom moet voldaan zijn aan de volgende voorwaarden:

1. De onderneming ten behoeve waarvan het akkoord wordt aangeboden, verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken (artikelen 370, eerste lid, en 371, derde lid).
2. Doel van het akkoord kan zijn:
   a. het afwenden van een dreigend faillissement van een onderneming die na een herstructurering van de schulden weer financieel gezond is, of
   b. de afwikkeling van een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft en ook niet meer zal krijgen, waarbij een beter resultaat wordt behaald dan wanneer die afwikkeling zou plaatsvinden in faillissement.
3. Uit de stemming blijkt dat er in ieder geval één categorie (hierna: klasse) van betrokken schuldeisers of aandeelhouders is die het akkoord met de vereiste meerderheid steunt.
4. Het akkoord is redelijk in de zin dat de schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord worden betrokken erbij gebaat zijn of er in ieder geval niet op achteruit gaan, als het akkoord tot stand komt. Dit betekent tenminste dat:
   a. de schuldeisers en aandeelhouders op basis van het akkoord niet in een aanmerkelijk slechtere positie komen dan in faillissement (artikel 384, derde lid);
   b. de waarde (hierna: reorganisatiewaarde) die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden *eerlijk* onder de schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld (d.w.z. dat de reorganisatiewaarde verdeeld wordt conform de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar, tenzij één of meer klassen instemmen met een ander voorstel) (artikel 384, vierde lid, onder a), en
   c. schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld zouden ontvangen en met de meerderheid van hun klasse tegen het akkoord hebben gestemd, het recht moeten hebben om «uit te stappen» (d.w.z. dat zij de mogelijkheid moeten hebben om te kiezen voor een uitkering in geld) (artikel 384, vierde lid, onder b).

   Als alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en de besluitvorming zuiver is geweest (dat wil zeggen dat geen sprake is van één van de afwijzingsgronden opgenomen in artikel 384, tweede lid), mag ervan worden uitgegaan dat het akkoord *redelijk* is. Het is echter mogelijk dat er schuldeisers of aandeelhouders zijn die niet met het

akkoord hebben gestemd en zich verzetten tegen de homologatie. Als deze schuldeisers of aandeelhouders kunnen aantonen dat het akkoord toch *onredelijk* is omdat zij op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie komen dan in faillissement, wijst de rechter het homologatieverzoek alsnog af (artikel 384, derde lid). Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan is bepalend hoe in het aangeboden akkoord de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, verdeeld wordt onder de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Bij die verdeling mag niet ten nadele van een tegenstemmende klasse worden afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar. Als er schuldeisers of aandeelhouders zijn die met de meerderheid van hun klasse tegen het akkoord hebben gestemd en aantonen dat het akkoord niet aan deze voorwaarde voldoet, is dit eveneens een reden voor de rechter om het homologatieverzoek af te wijzen (artikel 384, vierde lid). Dit komt omdat het akkoord in dat geval een herstructureringsplan omvat waarin de reorganisatiewaarde *oneerlijk* is verdeeld en het akkoord om die reden dus onredelijk is.

Om partijen zo veel mogelijk ruimte te bieden om in goed overleg tot een akkoord te komen dat is toegesneden op de specifieke omstandigheden van het geval, is de WHOA zo veel mogelijk vormgegeven als een kaderregeling. Daarnaast is de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt. Om te voorkomen dat de rechter over punten van onzekerheid pas duidelijkheid geeft aan het eind van het traject wanneer het al te laat kan zijn, kan de schuldenaar de rechter vragen om in een eerder stadium duidelijkheid te verschaffen (artikel 378, eerste lid). Hiermee kan snel en definitief *«deal certainty»* worden verkregen; dat wil zeggen dat er snel duidelijkheid komt over de vraag of het aangeboden akkoord kans van slagen heeft of dat het nodig is het voorbereidingstraject bij te sturen en/of het aangeboden akkoord aan te passen. Deze systematiek sluit aan bij artikel 4 lid 6 van de richtlijn. Hierin is bepaald dat *«de lidstaten bepalingen kunnen vaststellen die de betrokkenheid van een rechterlijke* [...] *instantie in een preventief herstructureringsstelsel beperken tot situaties waarin die betrokkenheid noodzakelijk en evenredig is* [...]». Verder biedt de WHOA duidelijkheid over wat de gevolgen zijn voor de schuldenaar en de betrokken schuldeisers en aandeelhouders van de homologatie van het akkoord en van de eventuele niet nakoming daarvan.

Tenslotte is van belang dat de WHOA voorziet in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand gebracht kan worden; 1) een *besloten akkoordprocedure buiten faillissement* en 2) een *openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement* (artikel 369, zesde lid). De openbare akkoordprocedure buiten faillissement zal worden aangemeld bij de Europese Commissie met het verzoek om deze procedure te laten opnemen in bijlage A van de Insolventieverordening.[14] Bij de besloten akkoordprocedure buiten faillissement wordt niet publiek gemaakt dat de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige voornemens is om een akkoord aan te bieden en worden alle verzoeken aan de rechter in raadkamer behandeld (artikel 369, negende lid). Bij de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt aan het traject juist wel publiciteit gegeven door een kennisgeving in het insolventieregister (artikel 370, vierde lid). Verder zal in het Handelsregisterbesluit 2008 worden bepaald dat de toepassing van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement dient te worden ingeschreven in het Handelsregister. Dit is nu ook al gebruikelijk bij de andere openbare insolventieprocedures; dat wil zeggen

[14] Verordening 2015/848 van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, Pb. EU L 141/19.

bij de faillietverklaring, de verlening van surseance van betaling en de toepassing van de schuldsaneringsregeling (artikel 39 van het Handelsregisterbesluit 2008). Daarnaast worden de verzoeken aan de rechter in het openbaar behandeld (artikel 369, negende lid).
Het is aan de schuldenaar of de schuldeisers en aandeelhouders dan wel de binnen de onderneming ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging – als die op basis van artikel 371, eerste lid, om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige vragen – om te bezien welke procedure het beste aansluit bij de situatie waarin de schuldenaar zich bevindt en het meeste kans biedt op succes. Zij moeten een keuze maken tussen één van beide procedures. Voor welke procedure wordt gekozen, moet in ieder geval duidelijk zijn als de rechter voor het eerst bij de poging om een akkoord tot stand te brengen, wordt betrokken. Nemen één of meer schuldeisers of aandeelhouders het initiatief om een akkoord tot stand te laten komen, dan moet hoe dan ook een keuze gemaakt worden voordat de rechter een herstructureringsdeskundige aanwijst (artikel 371, tweede lid). Is het de schuldenaar zelf die het akkoord voorbereidt en aanbiedt, dan moet die keuze in ieder geval gemaakt zijn voordat de rechter een homologatieverzoek in behandeling neemt (artikel 383, derde lid). Voor beide situaties geldt echter dat als de rechter voor die tijd al wordt benaderd met bijvoorbeeld een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode, de keuze voor één van de twee procedures in een (veel) eerder stadium gemaakt moet worden (artikel 376, derde lid). Is eenmaal gekozen voor één van de twee procedures, dan zal het traject dat afgelegd moet worden om een akkoord tot stand te kunnen brengen volledig binnen die procedure moeten plaatsvinden. Een tussentijdse overstap van de besloten naar de openbare procedure is dus niet mogelijk. Voordat de rechter een beslissing neemt over verzoeken die in het kader van de totstandkoming van het akkoord aan hem worden voorgelegd, moet hij eerst vaststellen of hij rechtsmacht heeft om deze verzoeken in behandeling te nemen. Bij de besloten akkoordprocedure buiten faillissement wordt dit bepaald aan de hand van artikel 3 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv). Bij de openbare akkoordprocedure is bepalend of het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar (de «COMI») gelegen is in één van de lidstaten van de EU (met uitzondering van Denemarken). [15] Is dit het geval dan zal – door de vermelding van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement op bijlage A – op grond van de Insolventieverordening worden bepaald of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Ligt de «COMI» van de schuldenaar buiten de EU of in Denemarken, dan dient de vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft wederom beantwoord te worden aan de hand van artikel 3 Rv. Als de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, vloeit vervolgens uit de artikelen 262 en 269 Rv voort welke Nederlandse rechtbank relatief bevoegd is en dus waar de verzoeken die in het kader van de WHOA aan de rechter kunnen worden gedaan, zullen moeten worden ingediend (artikel 369, zevende en achtste lid).
De genoemde kernelementen van de regeling worden in de navolgende paragrafen kort toegelicht.

[15] «COMI» is een begrip dat wordt gebruikt in artikel 3 lid 1 van de Insolventieverordening. Het gaat om *«de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die als zodanig voor derden herkenbaar is»*.

3.2 Aanbieding, inhoud en inrichting van het akkoord

Aanbieding van het akkoord

Allereerst kan de schuldenaar ter herstructurering van zijn schulden zelf een akkoord voorbereiden en aanbieden aan zijn schuldeisers en aandeelhouders. Voorwaarde om daarbij van de WHOA gebruik te kunnen maken is dat de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken (artikel 370, eerste lid).

Ook één of meer schuldeisers en aandeelhouders of de binnen de onderneming ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging kunnen het initiatief nemen om een akkoord tot stand te laten komen. Zij krijgen op basis van de WHOA de mogelijkheid om bij de rechter een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Deze herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. Ook de schuldenaar kan vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Hij kan dit bijvoorbeeld doen om iedere schijn van belangenvermenging te voorkomen of om het vertrouwen in het proces en daarmee de slagingskans van het akkoord te vergroten (artikel 371, eerste lid). De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige sluit de gelijktijdige aanbieding van een akkoord door de schuldenaar uit (artikel 371, eerste lid). Op die manier concentreert de poging om een akkoord tot stand te brengen zich altijd binnen één traject.
Voorwaarde voor de toewijzing van het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige is dat de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken. Indien nodig kan de rechter een deskundige vragen om dit te onderzoeken (artikel 371, vierde lid). Als de schuldenaar inderdaad in de beschreven toestand verkeert, honoreert de rechter het verzoek tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daarbij niet gediend zijn (artikel 371, derde lid). Dit laatste kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als het aanwijzingsverzoek is ingediend door een schuldeiser die dit klaarblijkelijk doet met geen ander doel dan om een vergevorderd en kansrijk herstructureringstraject te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren, terwijl de gezamenlijke schuldeisers door dergelijk strategisch gedrag en de daarmee veroorzaakte vertraging nadeel ondervinden. Een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt in ieder geval toegewezen als het is ingediend door de schuldenaar zelf of gesteund wordt door de meerderheid van de schuldeisers.
De rechtbank stelt bij de aanwijzing ook het salaris van de herstructureringsdeskundige vast en bepaalt hoeveel de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de door hem ingeschakelde derden, ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan nadien nog door de rechtbank worden verhoogd. Tenzij anders is overeengekomen, dient de schuldenaar deze kosten te vergoeden (artikel 371, tiende lid). Op deze regel bestaat één uitzondering: als de meerderheid van de schuldeisers heeft verzocht om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, worden de kosten gedragen door de schuldeisers. Dit sluit aan bij artikel 5 lid 3 van de richtlijn.
Als de rechtbank besluit tot een aanwijzing, zijn de schuldenaar en allen die direct betrokkenen zijn bij de door hem gedreven onderneming – dat wil zeggen de bestuurders, de aandeelhouders en de commissarissen, alsmede de werknemers – verplicht om gevraagd en ongevraagd de herstructureringsdeskundige alle inlichtingen te verschaffen en medewerking te verlenen die deze nodig heeft om zijn taak goed te

kunnen vervullen (artikel 371, achtste lid). De herstructureringsdeskundige moet bovendien de gelegenheid krijgen om de administratie en alle overige relevante bedrijfsinformatie in te zien (artikel 371, zevende lid). De verkregen informatie deelt de herstructureringsdeskundige slechts met derden voor zover dit noodzakelijk is in het kader van de totstandkoming van het akkoord (artikel 371, negende lid). Aangezien de bevoegdheden van de herstructureringsdeskundige in het kader van de WHOA volledig gelijk zijn aan de bevoegdheden van de schuldenaar op grond van de nieuwe afdeling 4.2 als deze zelf het akkoord aanbiedt, richt deze algemene toelichting zich gemakshalve vooral op het scenario waarin het de schuldenaar is die het akkoord aanbiedt.

Zodra de schuldenaar start met de voorbereiding van een akkoord, deponeert hij een verklaring waarin hij dit vermeldt bij de griffie van de rechtbank. Dit is voor hem van belang omdat hij vanaf dat moment een beroep kan doen op enkele in de regeling opgenomen voorzieningen om hem te helpen het akkoord tot stand te brengen (zie paragraaf 3.7). Nadat de schuldenaar zijn akkoord aan de schuldeisers en aandeelhouders heeft aangeboden, kunnen zij de verklaring inzien (artikel 370, derde lid).

Bepaald is dat het akkoord wijzigingen kan aanbrengen in de rechten van schuldeisers (artikel 370, eerste lid). Hierbij gaat het om een wijziging van het recht van een schuldeiser om nakoming door de schuldenaar van de op hem rustende verplichtingen af te dwingen. Gedacht kan worden aan:
– een gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van een openstaande vordering, waarbij de schuldenaar geheel of gedeeltelijk wordt verlost van zijn betalingsverplichting en het recht van de schuldeiser om jegens de schuldenaar (volledige) betaling van de oorspronkelijke schuld te vorderen, komt te vervallen, of
– een uitstel van betaling, waarbij de schuldenaar meer tijd krijgt om aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen en het recht van de schuldeiser om betaling op het oorspronkelijk afgesproken moment af te dwingen, komt te vervallen.

Het akkoord kan wijzigingen omvatten van de rechten van alle categorieën schuldeisers en aandeelhouders. Anders dan het surseance akkoord kan een dwangakkoord dat tot stand komt op basis van de WHOA dus ook zien op een aanpassing van de rechten van de preferente en zekerheidsgerechtigde schuldeisers. Het akkoord kan geen wijzigingen aanbrengen in de rechten van werknemers op basis van de arbeidsovereenkomst en Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (artikel 369, vierde lid). De rechtspositie van werknemers kan niet worden gewijzigd door een akkoord en blijft dus geborgd.

Mocht een schuldeiser betrokken worden bij een akkoord en wordt zijn vorderingsrecht in dat kader gewijzigd, dan behoudt hij het recht om een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, die aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, aan te spreken tot voldoening van zijn oorspronkelijke vordering in de vorm en op het tijdstip zoals afgesproken vóór de homologatie van het akkoord (artikel 370, tweede lid, eerste zin). De derde kan voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord aan de schuldeiser voldoet, geen verhaal halen op de schuldenaar (artikel 370, tweede lid, tweede zin). Hiermee wordt voorkomen dat de schuldenaar alsnog voor de oorspronkelijke schuld wordt aangesproken en het akkoord uiteindelijk nog steeds geen oplossing biedt voor de financiële problemen. Indien en voor zover de betaling van de derde en de toekenning van rechten op basis van het akkoord ertoe leidt dat de schuldeiser meer aan waarde ontvangt dan het bedrag van zijn oorspronkelijke vordering op de schuldenaar, gaan de rechten die in het akkoord aan de schuldeiser zijn toegekend van

rechtswege over op de derde (artikel 370, tweede lid, derde zin). Op deze wijze kan het verlies dat de derde lijdt doordat hij geen regresrecht heeft op de schuldenaar enigszins worden gecompenseerd en wordt voorkomen dat de schuldeiser uiteindelijk meer ontvangt dan waarop hij op basis van zijn oorspronkelijke vordering jegens de schuldenaar recht heeft. De volgende situaties zijn denkbaar.

1. Het akkoord houdt in dat een schuldeiser drie jaar na de totstandkoming van het akkoord 50% van zijn vordering uitbetaald krijgt (met marktconforme rente). De schuldeiser wil niet zo lang wachten en spreekt de borg aan voor 100% van zijn vordering. De borg betaalt vervolgens de volledige vordering. Zodra dit is gebeurd gaat het recht van de schuldeiser op basis van het akkoord (uitbetaling van 50% van de vordering over drie jaar met rente) van rechtswege over op de borg. Als het akkoord wordt uitgevoerd zoals is afgesproken, ontvangt de borg na drie jaar 50% van het bedrag dat hij heeft voldaan aan de schuldeiser van de schuldenaar. Zouden de rechten op basis van het akkoord niet op de borg overgaan, dan zou de schuldeiser uiteindelijk 150% van zijn oorspronkelijke vordering op de schuldenaar ontvangen, terwijl de borg van regresrecht verstoken blijft.
2. Het akkoord houdt opnieuw in dat een schuldeiser drie jaar na de totstandkoming van het akkoord 50% van zijn vordering uitbetaald krijgt (met marktconforme rente). De schuldeiser spreekt nu de borg aan tot betaling van de «andere» 50% van de vordering. De borg betaalt deze 50% van vordering. De schuldeiser heeft hiermee aan waarde precies het bedrag van zijn oorspronkelijke vordering op de schuldenaar ontvangen; 50% op basis van het akkoord en 50% van de borg. De rechten op basis van het akkoord gaan nu niet over op de borg. Als dit wel zo zou zijn, zou de schuldeiser alsnog 50% van zijn oorspronkelijke vordering ontvangen en zou de borgtocht feitelijk waardeloos zijn.

Een uitzondering op de regel dat het akkoord rechten op derden onaangetast laat, wordt gemaakt voor het geval waarin sprake is van een akkoord als bedoeld in artikel 372. Bij een dergelijk akkoord is het de bedoeling om ook te voorzien in een herstructurering van garanties, voor zover die zijn afgegeven door vennootschappen die onderdeel vormen van de groep waar de schuldenaar ook onderdeel van uitmaakt. Dit kan alleen als voldaan is aan de voorwaarden die in dat artikel zijn opgenomen.

De WHOA biedt de schuldenaar ook de mogelijkheid om lopende overeenkomsten eenzijdig te beëindigen als de wederpartij niet instemt met een voorgestelde vrijwillige wijziging of beëindiging (artikel 373). Denk bijvoorbeeld aan een huurovereenkomst die als een molensteen rond de nek van de onderneming hangt. Arbeidsovereenkomsten kunnen niet worden aangepast (artikel 369, vierde lid).
Bepaald is dat de schuldenaar zijn wederpartij een voorstel kan doen tot wijziging of beëindiging van de overeenkomst. Stemt deze daarmee niet in, dan heeft de schuldenaar het recht de overeenkomst met toestemming van de rechter eenzijdig op te zeggen. De schuldenaar dient in dat geval zijn homologatieverzoek te vergezellen van een verzoek tot het verlenen van toestemming voor de eenzijdige opzegging van de overeenkomst (artikel 383, zevende lid). Voorwaarden voor deze eenzijdige, tussentijdse opzegging met toestemming van de rechter zijn dat:

a. de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken, en
b. de rechter het akkoord homologeert (artikel 373, eerste lid, en 384, vijfde lid).

De (concurrente) schadevordering die de wederpartij mogelijk toekomt na de eenzijdige, tussentijdse opzegging van de overeenkomst, kan de schuldenaar betrekken in het akkoord (artikel 373, tweede lid). Dit maakt

de wederpartij bij de overeenkomst dan stemgerechtigd schuldeiser met alle rechten die hem op basis van de WHOA toekomen, waaronder het recht om over het akkoord te stemmen en het recht om de rechter te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikelen 381, derde lid, en 383, achtste lid). Betrekt de schuldenaar de schadevordering die de wederpartij mogelijk heeft, niet in het akkoord, dan heeft de wederpartij niet het recht om over het akkoord te stemmen. Hij kan zich dan ook niet tegen de homologatie van het akkoord verzetten. De wederpartij kan de rechter wel verzoeken om geen toestemming te geven voor de opzegging van de overeenkomst op de grond dat de toestand van onvermijdelijke insolventie niet bestaat (artikel 384, vijfde lid).

Naast een wijziging van de rechten van schuldeisers, kan het akkoord eveneens tot gevolg hebben dat de rechten van aandeelhouders worden gewijzigd (artikel 370, eerste lid). In dit verband moet vooral gedacht worden aan een akkoord waarbij sprake is van een *«debt for equity swap»*. De *«debt for equity swap»* kent vele varianten, maar komt er – kort gezegd – op neer dat de vordering van een schuldeiser geheel of gedeeltelijk wordt omgezet in eigen vermogen. De schuldeiser krijgt daarmee een aandelenbelang en dus ook zeggenschap in de vennootschap, terwijl het aandelenbelang en de daaraan verbonden zeggenschap van de bestaande aandeelhouders verwateren.

Voor het uitgeven van aandelen is in de regel een besluit nodig dat wordt genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders (artikel 2:96/206 BW). Bij elke uitgifte van gewone aandelen hebben bestaande aandeelhouders bovendien een voorkeursrecht (artikel 2:96a/206a BW). In het kader van de totstandkoming van een dwangakkoord blijven deze regels buiten toepassing (artikelen 370, vijfde lid, en 371, eerste lid). Hierbij wordt aangesloten bij artikel 32 van de richtlijn.

De schuldenaar kan een akkoord aanbieden aan al zijn schuldeisers en aandeelhouders. Hij kan er ook voor kiezen zich te beperken tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders; bijvoorbeeld door een akkoord aan te bieden dat zich uitsluitend richt op een herstructurering van de schulden jegens financiers en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid laat (artikel 370, eerste lid). In het laatste geval hoeft de schuldenaar het akkoord ook alleen maar aan die beperkte groep schuldeisers of aandeelhouders voor te leggen (artikel 381, eerste lid). Dit biedt hem de mogelijkheid om met gebruikmaking van de besloten akkoordprocedure buiten faillissement in relatieve rust een akkoord tot stand te brengen en negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en daarmee samenhangende nadelige consequenties te voorkomen. Als een bepaalde groep schuldeisers niet wordt betrokken bij het akkoord betekent dit feitelijk dat de rechten van die schuldeisers op geen enkele wijze worden gewijzigd en dat zij volledig moeten worden voldaan. In een dergelijk geval bestaat het risico dat één of meer bij het akkoord betrokken klassen van schuldeisers niet instemt met het akkoord en dat schuldeisers uit die klasse bezwaar maken tegen de homologatie. Het akkoord kan dan alleen in aanmerking komen voor homologatie, als:

– de klassen van schuldeisers met een gelijke of hogere rang met de vereiste meerderheid instemmen met het akkoord (dat betekent dat zij instemmen met de afwijking van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar), of
– de schuldenaar een redelijke grond aandraagt voor zijn keuze om bepaalde schuldeisers buiten het akkoord te houden (dat betekent dat die schuldeisers niet een deel van het tekort dragen) en aantoont dat

de schuldeisers met een gelijke of hogere rang daardoor niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

Inhoud en inrichting van het akkoord

Het staat de schuldenaar in beginsel vrij om zelf te bepalen wat hij zijn schuldeisers en aandeelhouders aanbiedt en hoe hij zijn akkoord inricht. Maar om het akkoord in aanmerking te laten komen voor homologatie, dient de inhoud en de inrichting van het akkoord te voldoen aan een aantal voorschriften (artikelen 374 en 375). Zo dient de schuldenaar in het akkoord en in de bescheiden die hij daarbij moet overleggen, de in de wet voorgeschreven informatie op te nemen. Op deze manier wordt gewaarborgd dat de schuldeisers en aandeelhouders in staat zijn om een goed geïnformeerde beslissing te nemen als zij worden gevraagd hun stem uit te brengen over het akkoord (artikel 381, eerste lid).

Heeft een akkoord betrekking op verschillende categorieën van schuldeisers en aandeelhouders – dat wil zeggen dat zij zodanig verschillende rechten hebben in faillissement of krijgen op basis van het akkoord, dat zij niet in een vergelijkbare positie verkeren – dan dient het akkoord te voorzien in een klassenindeling. Dit betekent dat:
– de te onderscheiden categorieën schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen worden ingedeeld (artikel 374);
– iedere klasse een op de rechten van de desbetreffende schuldeisers of aandeelhouders aansluitend voorstel krijgt (artikel 375), en
– er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord plaatsvindt (artikel 381, zesde lid).

Schuldeisers of aandeelhouders die niet tot dezelfde rang horen, moeten in verschillende klassen worden ingedeeld. Gedacht moet worden aan verschillende klassen voor preferente schuldeisers, schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud, schuldeisers met een retentierecht en concurrente schuldeisers. Het staat de schuldenaar vrij om één categorie schuldeisers onder te verdelen in verschillende klassen. Daarbij kan hij die klassen ook een verschillend aanbod doen, eventueel met als gevolg dat de ene klasse daarbij beter wordt bedeeld dan de andere klasse. Wil het akkoord in dit laatste geval in aanmerking komen voor homologatie, dan moet de schuldenaar er wel voor zorgen:
– dat de minder bedeelde klasse met de vereiste meerderheid instemt met het akkoord en daarmee met de keuze om de andere klasse een beter bod te doen, of
– dat hij een redelijke grond kan aandragen voor zijn keuze om een onderscheid te maken en kan aantonen dat de schuldeisers in de minder bedeelde klasse daardoor niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

3.3 Stemprocedure en stemrecht

Stemrecht en medezeggenschap

De schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd, hebben het recht om zich door middel van een stemming over het akkoord uit te spreken. Schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten niet worden geraakt door het akkoord, hoeven niet over het akkoord te worden geïnformeerd of bij de stemming te worden betrokken (artikel 381, eerste en derde lid).

Nu het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers, worden werknemers niet aangemerkt als stemgerechtigde schuldeisers. Vaak zal een akkoord onderdeel uitmaken van een breder reorganisatietraject waarbij naast een herstruc-

turering van schulden ook sprake is van een aanpassing van de bedrijfsvoering om kosten te besparen. Uit andere wetgeving kan dan voortvloeien dat partijen waarop het akkoord niet direct ziet, toch bij het proces moeten worden betrokken. Zo kent artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) aan medezeggenschapsorganen ten aanzien van een aantal voorgenomen besluiten van de onderneming een adviesrecht toe, waaronder besluiten betreffende:

– een *«belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming»* (onderdeel d);
– een *«belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming»* (onderdeel e), of
– *«het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming»* (onderdeel i).

Mocht het bredere reorganisatietraject waar het akkoord onderdeel van uitmaakt een dergelijk besluit omvat, dan moet de OR op basis van artikel 25 WOR in de gelegenheid worden gesteld om zich daarover middels een advies uit te spreken. Is dit aan de orde, dan moet dit worden gemeld in het akkoord (artikel 375, eerste lid, onderdeel l). De onderneming dient het advies tijdig aan te vragen (artikel 25 lid 2 WOR).

Er zijn situaties denkbaar waarin het economisch belang bij een vordering geheel of in overwegende mate bij een ander berust dan bij de juridisch rechthebbende. Het gaat dan bijvoorbeeld om begunstigden van uitgegeven obligaties. Volgens de Hoge Raad kan dit er – afhankelijk van de omstandigheden – in een concreet geval toe leiden dat dergelijke *«beneficiaries»* in een positie zijn die gegeven de omstandigheden van het geval vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid redelijkerwijs gelijkgesteld moet worden met de positie van schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet.[16] In geval van surseance van betaling of faillissement hebben zij dan al de bevoegdheid te stemmen over een akkoord. Komt er op basis van de WHOA een akkoord tot stand waarin is voorzien in een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de vordering, dan draagt de economisch gerechtigde de daaruit voortvloeiende financiële gevolgen. Dit is een reden om de economisch gerechtigde de gelegenheid te geven om over het akkoord te stemmen. Ook de schuldenaar heeft hier doorgaans belang bij. De economisch gerechtigden zijn immers het beste in staat om het akkoord op zijn waarde te schatten. Er zijn verschillende manieren waarop het stemrecht bij de economische belanghebbende kan worden gelegd. Dit kan getrapt, via de juridische gerechtigde. De juridische gerechtigde stemt dan conform de instructies van economisch gerechtigde. Ook kan dit rechtstreeks door de economische belanghebbende direct stemrecht te geven en de juridische gerechtigde van het stemrecht uit te sluiten. Welke manier passend is, hangt af van de omstandigheden. Daarom is ten aanzien van dit punt voorzien in een flexibele regeling. De schuldenaar kan – hij hoeft dat niet te doen – de economisch gerechtigde (in plaats van de juridisch gerechtigde) uitnodigen voor de stemming (artikel 381, vierde lid). Besluit hij daartoe dan heeft de economisch gerechtigde naast het stemrecht ook de andere rechten die op basis van de WHOA toekomen aan stemgerechtigde schuldeisers, waaronder in het bijzonder het recht om de rechter te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikelen 381, derde lid, en 383, achtste lid). De juridisch gerechtigde heeft die rechten dan niet meer. Eenzelfde regeling geldt voor de situatie waarin het economisch belang bij een aandeel – dat wil zeggen alle vruchten die voortvloeien uit het aandeel – door de aandeelhouder is overgedragen aan een ander (de certificaathouder), terwijl de juridische

[16] Hoge Raad 26 augustus 2003, JOR 2003/211 (UPC).

rechten verbonden aan het aandeel – inclusief de zeggenschapsrechten of het stemrecht – bij de aandeelhouder blijven berusten (artikel 381, vijfde lid).
Uit deze regeling vloeit logischerwijs voort dat wanneer niet de schuldeiser of aandeelhouder, maar ingevolge artikel 381, vierde of vijfde lid, een ander over het akkoord gestemd, het akkoord desalniettemin verbindend is voor de schuldeiser of aandeelhouder (artikel 385).

Stemprocedure

De schuldenaar moet het definitieve akkoord gedurende een redelijke termijn aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorleggen. Die termijn mag in ieder geval niet korter zijn dan acht dagen voor het plaatsvinden van de stemming (artikel 381, eerste lid). Doel hierbij is dat de schuldeisers en aandeelhouders voor de stemming voldoende gelegenheid hebben om het akkoord te beoordelen en de gevolgen die daar voor hen uit voortvloeien te overzien.
Zoals eerder is opgemerkt biedt de WHOA ook de mogelijkheid aan schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging om het initiatief te nemen bij de totstandbrenging van een akkoord. Daartoe kunnen zij vragen om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (artikel 371, eerste lid). Deze herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. Eerste stap in dit traject is dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd aan de schuldeisers en aandeelhouders. Als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, kan de herstructureringsdeskundige die stap alleen zetten met instemming van de schuldenaar (artikel 381, eerste en tweede lid).

Voorziet het akkoord in een klassenindeling, dan vindt er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord plaats. De schuldenaar bepaalt zelf op welke wijze gestemd kan worden. De stemming kan schriftelijk plaatsvinden. De schuldenaar kan ook besluiten om hiervoor een vergadering te organiseren. Voor beide situaties geldt dat daarbij gebruik gemaakt kan worden van elektronische communicatiemiddelen (artikel 381, zesde lid).

Stemuitslag

Bij het bepalen van de stemuitslag wordt alleen gekeken naar de schuldeisers of aandeelhouders die daadwerkelijk de moeite hebben genomen om hun stem uit te brengen. Hiermee wordt voorkomen dat het wegblijven van ongeïnteresseerde schuldeisers of aandeelhouders de kansen dat een akkoord tot stand komt, al dan niet onbedoeld verkleint.

Voor het instemmen met een akkoord door een schuldeisersklasse is vereist dat het akkoord wordt gesteund door een groep schuldeisers die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht. Voor een aandeelhoudersklasse geldt dezelfde regel, met dien verstand dat dan bepalend is of het akkoord wordt gesteund door een groep aandeelhouders die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht (artikel 381, zesde en zevende lid).

Na de stemming moet de schuldenaar een verslag opstellen waarin hij – kort gezegd – de uitslag van de stemming vermeldt. Bovendien moet hij ervoor zorgen dat de betrokken schuldeisers en aandeelhouders onmid-

dellijk in staat zijn kennis te nemen van het verslag (artikel 382, eerste lid). Dit laatste is in het bijzonder van belang wanneer de schuldenaar besluit om een verzoek tot homologatie van het akkoord in te dienen. Het verslag omvat immers informatie die relevant is voor schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd en overwegen om de rechtbank te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikel 383, achtste lid). Mede op basis van de informatie die opgenomen is in het verslag kunnen zij een eerste beoordeling maken van de kans van slagen van een dergelijk verzoek. Mochten zij besluiten om daadwerkelijk een verzoek in te dienen, dan kan deze informatie gebruikt worden ter onderbouwing van hun bezwaren tegen de homologatie. Dient de schuldenaar een homologatieverzoek in, dan moet hij het verslag deponeren bij de griffie van de rechtbank die het verzoek in behandeling zal nemen. Daarna kunnen de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders het verslag inzien tot het moment waarop de rechtbank beslist op het homologatieverzoek (artikel 382, tweede lid). Het is in het belang van de schuldenaar om het verslag en het homologatieverzoek zo snel mogelijk te deponeren. Bepaald is namelijk dat de zitting waarop het homologatieverzoek wordt behandeld, dient te worden gehouden binnen acht tot veertien dagen nadat het verzoek is ingediend en het verslag ter inzage is gelegd (artikel 383, zesde lid).

3.4 Homologatie van het akkoord door de rechter

Homologatie is mogelijk als uit de stemming blijkt dat er ten minste één klasse is die met het akkoord instemt. Dit dient een klasse te zijn die bestaat uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Ziet het akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze laatste eis niet (artikel 383, eerste lid). De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige kunnen bij de rechtbank een homologatieverzoek indienen. Als niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en de schuldenaar een MKB-bedrijf is, kan de herstructureringsdeskundige het homologatieverzoek alleen met instemming van de schuldenaar indienen (artikel 383, eerste en tweede lid).

De rechtbank bepaalt zo spoedig mogelijk bij beschikking de datum van de zitting waarop het homologatieverzoek wordt behandeld. Als niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en er nog geen herstructureringsdeskundige of observator bij het traject betrokken zijn, wijst de rechtbank in diezelfde beschikking alsnog een observator aan (artikel 383, vierde lid). De observator heeft ingevolge artikel 380, eerste lid, tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Met die bril zal de observator het akkoord dat voorligt, beoordelen en de rechtbank informeren.

Tot aan de dag van de zitting kunnen alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij de rechtbank een schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Dit verzoek kunnen zij baseren op de *algemene* of de *aanvullende afwijzingsgronden* die zijn opgenomen in respectievelijk het tweede lid en het derde en vierde lid van artikel 384. De algemene afwijzingsgronden zijn vooral bedoeld om een zuivere besluitvorming te borgen. Met de aanvullende afwijzingsgronden wordt beoogd ervoor te zorgen dat het akkoord een herstructureringsplan omvat dat *redelijk* is. De aanvullende afwijzingsgronden kunnen alleen worden ingeroepen door schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd. Bovendien geldt dat de schuldeisers of aandeelhouders geen beroep meer kunnen doen op de aanvullende

afwijzingsgronden als zij al eerder op de hoogte waren van het mogelijk van toepassing zijn van die gronden, maar zij de schuldenaar daar niet tijdig op hebben aangesproken (artikel 383, zevende lid). De schuldeisers en aandeelhouders worden op deze manier gestimuleerd om eventuele bezwaren tegen de inrichting van het besluitvormingsproces of de inhoud van het akkoord tijdig – dat wil zeggen nog voor dat de stemming plaatsvindt – te melden. Dit biedt de schuldenaar de mogelijkheid om hiervoor voor de stemming – al dan niet met tussenkomst van de rechter (artikel 378, eerste lid) – een oplossing te vinden. Indien nodig kan de schuldenaar dan nog aanpassingen doorvoeren en eventuele obstakels voor de homologatie wegnemen. Hiermee wordt voorkomen dat een traject dat op voorhand kansloos is, wordt voortgezet met alle onnodige kosten van dien.

Heeft de schuldenaar verzocht om toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst, dan kan de wederpartij bij die overeenkomst de rechter verzoeken de toestemming te weigeren. Dit verzoek dient de wederpartij dan te baseren op de stelling dat de schuldenaar niet bevoegd is om de overeenkomst op te zeggen omdat van een toestand van onvermijdelijke insolventie geen sprake is (artikelen 383, vijfde en zesde lid, en 384, vijfde lid).

De rechtbank neemt zo spoedig mogelijk een beslissing over het homologatieverzoek. Is de rechtbank nog niet eerder in het traject gevraagd om een oordeel, dan moet de rechtbank eerst vaststellen of zij rechtsmacht heeft en bevoegd is om het verzoek in behandeling te nemen. Of de rechtbank rechtsmacht heeft volgt uit de Insolventieverordening of uit artikel 3 Rv. Zoals eerder opgemerkt, is hierbij bepalend of het akkoord is aangeboden in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement. Heeft de schuldenaar hierin nog geen keuze gemaakt, dan stelt de rechtbank hem daartoe alsnog in de gelegenheid.

De rechtbank wijst het homologatieverzoek af als één van de algemene afwijzingsgronden opgenomen in artikel 384, tweede lid, zich voordoet. Zij kan dit doen op verzoek van een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder. Wordt het de rechtbank echter direct al duidelijk dat sprake is van één van de genoemde afwijzingsgronden, dan kan zij het homologatieverzoek ook ambtshalve afwijzen en hoeft zij verzoeken daartoe van schuldeisers en aandeelhouders niet af te wachten. De algemene afwijzingsgronden komen grotendeels overeen met de afwijzingsgronden die nu reeds gelden bij de homologatie van het surseance- en het faillissementsakkoord. Omdat de vraag of een akkoord gehomologeerd kan worden, in hoge mate afhangt van de steun die er voor het akkoord bestaat, is cruciaal dat het besluitvormingsproces zuiver is geweest. In dat kader is in ieder geval van belang of:

– alle schuldeisers of aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord, de gelegenheid hebben gehad hierover hun stem uit te brengen en op de hoogte zijn gebracht van de datum waarop de behandeling van het homologatieverzoek zou plaatsvinden (artikel 384, tweede lid, onderdeel b);
– de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen toereikend is (artikel 384, tweede lid, onderdeel c), en
– de schuldeisers en aandeelhouders op een correcte wijze zijn onderverdeeld in klassen en of zij voor het juiste bedrag in hun desbetreffende klasse zijn ingedeeld (artikel 384, tweede lid, onderdelen c en d).

Heeft de rechtbank geen aanleiding om aan te nemen dat sprake is van één van de algemene afwijzingsgronden en heeft geen van de schuldeisers of aandeelhouders met een beroep op de aanvullende aanwijzingsgronden bezwaar gemaakt tegen de homologatie, dan honoreert zij het homologatieverzoek. Pas als er wel bezwaar is gemaakt tegen de homologatie, vindt een verdere toets van het akkoord door de rechter plaats (artikel 384, derde en vierde lid).

Hebben alle klassen van schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord ingestemd, dan kan de rechtbank op verzoek van één of meer tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders het homologatieverzoek toch afwijzen als blijkt dat de desbetreffende schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie zouden komen dan in faillissement (artikel 384, derde lid). Dit maakt dan dat het akkoord *onredelijk* is.

Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan wijst de rechtbank het homologatieverzoek af als het akkoord een herstructureringsplan omvat dat niet *eerlijk* is en het akkoord daarom onredelijk is. De rechtbank doet dit als zij daartoe een verzoek krijgt van een schuldeiser of aandeelhouder die is ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd en deze schuldeiser of aandeelhouder zelf ook zijn instemming niet heeft gegeven. Een herstructureringsplan is oneerlijk als de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, niet *eerlijk* onder de schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld. Hiervan is sprake als bij die verdeling ten nadele van de betrokken tegenstemmende klasse wordt afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar en de schuldenaar:

– geen goede grond kan aanvoeren voor die afwijking, en
– niet kan aantonen dat de schuldeisers of aandeelhouder die bezwaar hebben gemaakt niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

Het herstructureringsplan is eveneens oneerlijk als de klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd bestaat uit schuldeisers die in faillissement een uitkering in geld tegemoet kunnen zien en deze schuldeisers in het akkoord niet de mogelijkheid geboden krijgen om hiervoor te kiezen (artikel 384, vierde lid, onderdeel b). De aanvullende afwijzingsgronden van artikel 384, derde en vierde lid, onder a, zijn grotendeels geïnspireerd op twee onderdelen uit de Chapter 11-procedure uit de Verenigde Staten; de *«best interest of creditors' test»* en *«absolute priority rule»*. De afwijzingsgrond opgenomen in artikel 384, vierde lid, onder b, omvat een extra waarborg voor schuldeisers die niet met de vereiste meerderheid met het akkoord hebben ingestemd. Deze schuldeisers kunnen niet gedwongen worden om in de onderneming te blijven investeren, als zij bij een faillissement van de schuldenaar een uitkering in geld tegemoet zouden kunnen zien.

Tegen de beslissing van de rechter over het homologatieverzoek staat geen hoger beroep of cassatie open (artikel 369, tiende lid). Dit is gerechtvaardigd omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie (artikel 370, eerste lid). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, moet het akkoord na de homologatie snel uitgevoerd kunnen worden. Vragen betreffende de juiste toepassing van de WHOA kunnen wel bij de Hoge Raad terechtkomen als de rechtbank in het kader van de behandeling van een verzoek tot het geven van een tussentijds oordeel of een homologatieverzoek prejudiciële vragen stelt. Dat kan op basis van respectievelijk de artikelen 378 en 384, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar of een belanghebbende schuldeiser of een aandeelhouder (artikel 392 e.v. van het Wetboek van

Burgerlijke Rechtsvordering). Een eventuele prejudiciële procedure moet vanwege de aard van de zaak met de vereiste voortvarendheid worden voltooid. Daarnaast blijft ook de mogelijkheid van een cassatieberoep van de procureur-generaal in het belang der wet mogelijk (artikel 78 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie).

3.5 Gevolgen van de homologatie van het akkoord

De homologatie heeft tot gevolg dat het akkoord verbindend is voor de schuldenaar en alle schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord zijn betrokken en gerechtigd waren daarover te stemmen. Dit betekent dat ook de schuldeisers of aandeelhouders die uiteindelijk geen stem hebben uitgebracht of niet met het akkoord hebben ingestemd, toch aan het akkoord zijn gebonden (artikel 385). Het is mogelijk dat de schuldenaar een akkoord aanbiedt aan een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders. Zo kan hij een akkoord aanbieden dat zich uitsluitend richt op een herstructurering van de schulden jegens financiers en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid laat (artikel 370, eerste lid). In dat geval zijn alleen de financiers gerechtigd om over het akkoord te stemmen (artikel 381, derde lid). Na de homologatie zijn alleen zij aan het akkoord gebonden.

Het vonnis van de rechtbank tot homologatie van een akkoord levert een executoriale titel op voor zover schuldeisers op basis van het akkoord een vordering krijgen tot betaling van een geldsom (artikel 386). Mocht de schuldenaar zijn verplichtingen op basis van het akkoord niet (tijdig) nakomen, dan kunnen de schuldeisers die iets van hem te vorderen hebben zich rechtstreeks op het vonnis beroepen om de nakoming alsnog af te dwingen. Voorts geldt dat wanneer de schuldenaar verzuimt om het akkoord (tijdig) na te komen, hij verplicht is tot vergoeding van de schade die de schuldeisers en aandeelhouders daardoor lijden. De schuldeisers of de aandeelhouders hebben in dat geval ook het recht om het akkoord te ontbinden. Artikel 165 Fw dat betrekking heeft op de ontbinding van een faillissementsakkoord, is van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit recht kan echter in het akkoord worden uitgesloten. Dit laatste ligt in de rede wanneer het akkoord elementen omvat die moeilijk zijn terug te draaien, zoals een *«debt for equity swap»*, waarbij de vorderingen van bepaalde schuldeisers inmiddels al zijn omgezet in aandelen in de vennootschap (artikel 387). Toewijzing van de vordering tot ontbinding van het akkoord leidt namelijk – net als bij de ontbinding van een faillissementsakkoord – tot algehele ontbinding van het akkoord. De ontbinding werkt dus ten opzichte van alle schuldeisers voor wie het akkoord ingevolge artikel 385 verbindend is en niet slechts ten opzichte van de schuldeiser die de ontbinding van het akkoord vorderde. Net als het geval is bij een faillissements- en een surseanceakkoord, kan een akkoord dat tot stand is gekomen met gebruikmaking van de WHOA, niet worden vernietigd.

3.6 Betrokkenheid van de rechter

Zoals in paragraaf 1 van deze toelichting is opgemerkt, is het doel van het onderhavige wetsvoorstel om een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen. In dat kader wordt een procedure geïntroduceerd die in de praktijk snel, efficiënt en flexibel moet kunnen worden toegepast. Dit is in het bijzonder van belang nu de regeling zal worden toegepast in de klemmende situatie van dreigende insolventie en het de bedoeling is om ondernemers in die situatie een instrument te bieden waarmee zij hun financiële problemen alsnog tijdig kunnen oplossen. Tegen deze achtergrond is veel aandacht besteed aan het vinden van een goed evenwicht tussen:

– enerzijds het voorkomen van onnodige beroepen op de rechter door schuldeisers of aandeelhouders die niet willen meewerken aan een herstructurering en het proces proberen te blokkeren of te vertragen, en
– anderzijds het bieden van de nodige rechterlijke waarborgen waar de regeling ingrijpende gevolgen mee kan brengen voor schuldeisers en aandeelhouders.

Hierbij aansluitend is de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt, tenzij de schuldenaar eerder een beroep doet op de rechter.

Het kan wenselijk zijn om de rechter al in een eerder stadium bij het traject te betrekken. Dit is bijvoorbeeld aan de orde als er in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord onzekerheid bestaat over de vraag of sprake is van een afwijzingsgrond die – zelfs als alle klassen van schuldeisers of aandeelhouders met het akkoord instemmen – aan de homologatie van het akkoord door de rechter in de weg zou staan. Het zou de verdere onderhandelingen over een akkoord ernstig kunnen bemoeilijken als hierover tot aan de behandeling van het homologatieverzoek onzekerheid blijft bestaan. Daarom krijgt de schuldenaar de mogelijkheid deze vraag al voor de stemming over het akkoord aan de rechter voor te leggen (artikel 378, eerste lid). Schuldeisers en aandeelhouders die menen dat er aspecten zijn die aan de rechter zouden moeten worden voorgelegd, kunnen dit aan de schuldenaar melden. Om te voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders proberen het traject te traineren, is ervoor gekozen om hen niet de mogelijkheid te geven zelf tussentijdse verzoeken bij de rechter in te dienen. Besluit de schuldenaar om de vraag niet eerder in het proces aan de rechter voor te leggen, dan kunnen de schuldeisers of de aandeelhouders de rechter verzoeken een herstructureringsdeskundige aan te wijzen die – als de rechtbank dat verzoek honoreert – de voorbereiding van het akkoord kan overnemen (artikel 371, eerste lid). Kiezen zij daar niet voor of wijst de rechter het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige af, dan behouden de schuldeisers of aandeelhouders hoe dan ook de mogelijkheid om hun bezwaren alsnog aan de orde te stellen in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek (artikelen 383, achtste en negende lid). Andersom geldt dat als de schuldenaar de kwesties wel al in een eerder stadium aan de rechter heeft voorgelegd en deze zich vervolgens daarover heeft uitgesproken, die uitspraak beschouwd moet worden als een bindende eindbeslissing die gezag van gewijsde heeft (artikel 378, achtste lid). Voorwaarde hierbij is dat de desbetreffende schuldeisers of aandeelhouders in de gelegenheid moeten zijn gesteld een zienswijze te geven (artikel 378, achtste lid). Voor een bindende eindbeslissing geldt de regel dat daarvan in dezelfde instantie niet meer kan worden teruggekomen, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden die het onaanvaardbaar zouden maken dat de rechter aan die beslissing gebonden is. Dit laatste kan met name het geval zijn als sprake is van een evidente feitelijke of juridische misslag van de rechter of als de desbetreffende beslissing blijkt te berusten op een, niet aan de belanghebbende partij toe te rekenen, onjuiste feitelijke grondslag.[17] Als de rechter al eerder heeft beslist dat het besluitvormingsproces en de inhoud van het akkoord voldoen aan de in de wet gestelde voorschriften, heeft het dus geen zin voor een schuldeiser of aandeelhouder om verweer te voeren tegen de homologatie van het akkoord met als enkele grond dat hieraan niet voldaan is.

Als de rechter eenmaal wordt gevraagd om over een homologatieverzoek te beslissen, is zijn positie zeer bepalend. De rechter zal moeten beoordelen of de totstandkoming van een akkoord noodzakelijk is om dreigende

[17] HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 m.nt. HJS.

insolventie te voorkomen en of het akkoord redelijk is. Bij die laatste vraag gaat het om de waarde die naar verwachting kan worden gerealiseerd als het akkoord tot stand komt. Die waarde is onder meer afhankelijk van de vraag of de onderneming wordt voortgezet, dan wel wordt stopgezet en afgewikkeld buiten faillissement. Bij de totstandkoming van het herstructureringsakkoord kunnen waarderingsvraagstukken (en de daarbij gehanteerde grondslagen, uitgangspunten en aannames) een groot twistpunt zijn tussen de betrokken crediteuren en aandeelhouders.[18] In de consultatie over het voorontwerp is van verschillende kanten voorgesteld de behandeling van de homologatieverzoeken te beleggen bij één gespecialiseerde rechtbank. Ook de Afdeling Advisering van de Raad van State maakte hier opmerkingen over. Over dit punt heeft overleg plaatsgevonden met de Raad voor de rechtspraak (hierna; de Rvdr). De Rvdr heeft daarbij – kort gezegd – meegegeven dat het op dit moment nog niet duidelijk is tot hoeveel extra zaken de WHOA jaarlijks zal leiden. Dit maakt het niet goed mogelijk om nu al te bepalen wat de meest effectieve manier is om deze gespecialiseerde zaken door de rechtspraak te laten behandelen. Als het aantal extra zaken gering blijft, heeft volgens de Rvdr een klein(er) gespecialiseerd landelijk team de voorkeur. Zijn er juist veel extra zaken, dan heeft het de voorkeur dat iedere rechtbank in voldoende mate is geëquipeerd om deze zaken te behandelen. Het voordeel van een gespecialiseerd landelijk team is dat bij een bescheiden aantal zaken toch door rechters van alle rechtbanken ervaring kan worden opgebouwd met de WHOA. Dit maakt het mogelijk om de behandeling van WHOA-zaken op te schalen bij alle rechtbanken als het aantal zaken – in een ander economisch klimaat – een vlucht neemt.

Gelet hierop heeft de Rvdr voorgesteld dat de rechterlijke macht voor de eerste drie jaar na de inwerkingtreding van de WHOA de volgende werkwijze invoert:
– iedere rechtbank levert een rechter en een juridisch ondersteuner aan die deel uitmaakt van de WHOA-pool;
– de elf rechters en juridisch ondersteuners die deel uitmaken van de landelijke pool worden hier specifiek voor worden opgeleid;
– als een zaak zich voordoet, dan behandelt de WHOA-rechter uit het betreffende arrondissement de zaak, tezamen met twee andere WHOA-rechters uit de landelijke pool. Zij worden hierbij ondersteund door de juridisch ondersteuner uit het betreffende arrondissement;
– er komt geen fysieke locatie van de pool.

Hiermee wordt er op een flexibele wijze voor gezorgd dat gespecialiseerde rechters homologatieverzoeken in behandeling nemen.

3.7 Voorzieningen om de schuldenaar in staat te stellen een akkoord tot stand te brengen

Om de schuldenaar de gelegenheid te geven een akkoord tot stand te brengen, is voorzien in een aantal voorzieningen. Om aanspraak te kunnen maken op de toepassing van deze voorzieningen dient de schuldenaar bij de griffie van de rechtbank een verklaring te deponeren waaruit blijkt dat hij een poging doet om een akkoord tot stand te brengen. Ook dient hij het akkoord al daadwerkelijk te hebben aangeboden of moet hij toezeggen dat hij dit binnen een termijn van ten hoogste twee maanden zal doen (artikel 376, eerste lid).
De schuldenaar kan de rechter verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen jegens alle schuldeisers (hierna: een algemene afkoelingsperiode) of een aantal van hen (artikel 376, eerste lid). De afkondiging van

[18] S.W. van den Berg, *«Waarderingsvragen in het ondernemingsrecht en insolventierecht»* (diss. 2019).

een afkoelingsperiode die in beginsel ten hoogste vier maanden duurt, heeft drie gevolgen:
– schuldeisers op wie de afkoelingsperiode van toepassing is, kunnen hun bevoegdheid tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet uitoefenen zonder machtiging van de rechtbank;
– de rechtbank kan op verzoek van de schuldenaar beslagen opheffen, en
– de behandeling van verzoeken tot verlening van surseance van betaling of faillietverklaring worden geschorst (artikel 376, tweede lid).

Bovendien behoudt de schuldenaar tijdens de afkoelingsperiode zijn bevoegdheid om de goederen waarop de afkoelingsperiode van toepassing is, te gebruiken, verbruiken of vervreemden voor zover dat nodig is in het kader van de normale voorzetting van zijn onderneming (artikel 377, eerste lid). Om zijn onderneming te kunnen voortzetten, moet de schuldenaar voorraden kunnen verbruiken en vervreemden, bedrijfsmiddelen kunnen gebruiken en vorderingen jegens zijn afnemers kunnen innen. Dit geldt ook als die goederen of vorderingen zijn belast met rechten van derden. Daarbij moet gedacht worden aan onder eigendomsvoorbehoud geleverde voorraden of bedrijfsmiddelen en vorderingen die met een zekerheidsrecht zijn belast. Van belang is wel dat de schuldenaar deze bevoegdheid alleen mag uitoefenen als de belangen van de partijen die op enigerlei wijze rechten ontlenen aan de desbetreffende goederen of vorderingen, voldoende gewaarborgd zijn (artikel 377, tweede en derde lid). Dit kan onder meer door vervangende zekerheid te bieden.
Verder is nog van belang dat het aanbieden van een akkoord geen grond is voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst (artikel 373, derde lid).

Met deze voorzieningen wordt voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders die niet willen meewerken aan een herstructurering na de aanbieding van een akkoord direct overgaan tot verhaalsacties of tot de indiening van een faillissementsaanvraag om het proces te blokkeren of te vertragen. Ter voorkoming van oneigenlijk gebruik van de regeling door de schuldenaar – die tijdens het hele traject volledig beschikkingsbevoegd blijft – is bepaald dat de rechtbank een verzoek tot het afkondigingen van een afkoelingsperiode alleen kan toewijzen als summierlijk blijkt dat
– dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten;
– de gezamenlijke schuldeisers er belang bij hebben dat dit gebeurt, en
– op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat geen van de schuldeisers op wie de afkoelingsperiode van toepassing zal zijn, wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad (artikel 376, vierde lid).

De schuldenaar moet de rechtbank hiervan overtuigen. Wanneer de rechtbank overgaat tot de afkondiging van een afkoelingsperiode, kan zij alle voorzieningen treffen die zij nodig acht ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders (artikel 376, negende lid). De rechtbank zou er in dit verband bijvoorbeeld voor kunnen kiezen om een observator aan te stellen die het voorbereidingstraject zal monitoren. De rechtbank neemt de aanstelling van een observator in het bijzonder in overweging, als zij een algemene afkoelingsperiode afkondigt. Deze observator heeft daarbij tot taak de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar te behartigen (artikel 380, eerste lid). Zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet gaat lukken om een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamen-

lijke schuldeisers door zijn toedoen worden geschaad, moet de observator de rechtbank daarvan op de hoogte stellen. De rechtbank bepaalt dan wat hierop de vervolgstappen moeten zijn. Mochten de kansen op de totstandkoming van een akkoord nog niet verkeken zijn, dan kan zij tot de conclusie komen dat het wenselijk is om een herstructureringsdeskundige aan te stellen die de voorbereiding van een akkoord overneemt (artikel 380, tweede lid). De rechter heeft daarbij de vrijheid, maar niet de verplichting om de observator tot herstructureringsdeskundige te benoemen, als haar dat geraden voorkomt.

Ook het nieuwe artikel 42a en de aanpassing van artikel 54 moeten geschaard worden onder de categorie voorzieningen om de schuldenaar in staat te stellen een akkoord tot stand te brengen. Artikel 42a beoogt de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord te bevorderen. De schuldenaar kan de rechter vragen om een machtiging voor het verrichten van de rechtshandelingen die daarvoor nodig zijn. De rechter verleent de machtiging als op het moment dat de rechtshandelingen zullen worden aangegaan voldaan is aan enkele in het artikel genoemde randvoorwaarden. Deze komen er – kort gezegd – op neer dat:

– er financiering nodig is om een akkoord te kunnen voorbereiden en de onderneming in de tussentijd te kunnen blijven voortzetten,
– de gezamenlijke schuldeisers er belang bij hebben dat dit gebeurt, en
– de belangen van individuele schuldeisers hier niet door worden geschaad.

De machtiging van de rechter leidt ertoe dat de desbetreffende rechtshandelingen niet door de curator kunnen worden vernietigd op basis van artikel 42 Fw mocht er later alsnog een faillissement worden uitgesproken.

De aanpassing van artikel 54 Fw is ervoor bedoeld om de schuldenaar in staat te stellen tijdens het voorbereidingstraject gebruik te kunnen blijven maken van een rekening-courant faciliteit. Via deze faciliteit wordt de schuldenaar een krediet aangeboden dat binnen een bepaalde bandbreedte dient te blijven. Daartoe worden op de desbetreffende rekening doorlopend bedragen – dat wil zeggen inkomsten en uitgaven van de schuldenaar – met elkaar verrekend. Artikel 54 biedt de curator de mogelijkheid om verrekeningen die in de aanloop naar het faillissement zijn verricht alsnog ongedaan te maken als daarbij niet te goede trouw is gehandeld. In het nieuwe artikel 54, derde lid, wordt nu bepaald dat wanneer de verrekening heeft plaatsgevonden in de periode waarin een poging werd gedaan om een akkoord tot stand te brengen en deze niet strekte tot inperking van de kredietruimte (de «roodstand»), degene die de verrekening heeft verricht daarbij te goeder trouw was. Met deze bepaling wordt beoogd te voorkomen dat degene die de schuldenaar de rekening-courant aanbiedt, deze faciliteit bevriest zodra de schuldenaar start met de onderhandelingen over een akkoord.

De omstandigheid dat een schuldenaar een traject is gestart om een akkoord tot stand te brengen beperkt de Belastingdienst niet in het gebruik van alle hem ten dienste staande fiscale én civiele aansprakelijkheidsbepalingen (waaronder de bestuurdersaansprakelijkheid). Zo blijven voorbeeld de bepalingen betreffende de aansprakelijkheid van deelnemers in een fiscale eenheid betreffende de omzetbelasting van toepassing op alle bestaande (al dan niet geformaliseerde) belastingschulden. Ook het fiscale (bodem)voorrecht van de Belastingdienst blijft van toepassing.

4. Consultatie en advies

In 2014 is geconsulteerd over een eerste voorontwerp voor een regeling waarbij een onderneming in staat werd gesteld om een akkoord aan zijn schuldeisers en aandeelhouders aan te bieden om daarmee problematische schulden te herstructureren (het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen II).[19] Naar aanleiding van de ingekomen reacties op de consultatie zijn de conceptwetstekst en de bijbehorende toelichting bijgewerkt. Van begin september tot begin december 2017 is over dit aangepaste voorontwerp met als nieuwe titel *Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement* geconsulteerd. Tijdens deze laatste consultatie zijn – naast de nodige reacties van individuele marktpartijen en wetenschappers – commentaren ontvangen van de volgende koepels: de Raad voor de rechtspraak (Rvdr)[20], de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR)[21], de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (Insolad)[22], de Adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA)[23], de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB)[24], Eumedion (belangenbehartiger van institutionele beleggers)[25], de Nederlandse Vereniging Leasemaatschappijen (NVL), Factoring & Asset based financing Association Netherlands (FAAN)[26], de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA), VNO-NCW en MKB Nederland[27], de vakcentrales FNV, CNV en VCP[28], en de Pensioenfederatie.[29]

De reacties op de WHOA waren overwegend positief. Meerdere respondenten merkten expliciet op dat de WHOA tegemoet komt aan een sterke roep uit de praktijk en een belangrijke bijdrage kan leveren aan het reorganiserend vermogen van ondernemingen die in financiële problemen verkeren. De consultatie leverde desalniettemin ook verschillende suggesties op tot verbetering van de regeling, dan wel de toelichting daarop. De hoofdelementen van de regeling zijn gelijk gebleven. Wel is de technische uitwerking daarvan naar aanleiding van de gedane suggesties aangescherpt of, al dan niet door middel van aanvullingen, verduidelijkt. Dit heeft er ook toe geleid dat verschillende artikelen zijn vernummerd.

Aanpassingen met een meer materieel karakter betroffen de volgende aspecten van de regeling:

– Het voorontwerp voorzag in het scenario waarin een onderneming via een akkoord weer financieel gezond wordt gemaakt en de activiteiten van de onderneming *(«going concern»)* worden voortgezet. Naar aanleiding van een suggestie van Insolad is daaraan nu een tweede scenario toegevoegd. Het is ook mogelijk gemaakt om via een akkoord te komen tot een gecontroleerde stopzetting en afwikkeling van een onderneming. Voorwaarde is dat hiermee een beter resultaat te behalen moet zijn dan met een afwikkeling van de onderneming in faillissement. Een combinatie van deze twee scenario's is ook mogelijk. Daarbij worden enkele onderdelen van de onderneming stopgezet, terwijl de andere onderdelen worden voortgezet.

---

[19] https://www.internetconsultatie.nl/wco2/details.
[20] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.
[21] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.
[22] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.
[23] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.
[24] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.
[25] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.
[26] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.
[27] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.
[28] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.
[29] https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie.

– Ingevoerd is een systeem dat voorziet in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; 1) een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en 2) een openbare akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid). Ook is geëxpliciteerd dat de rechter, voordat hij een beslissing neemt in het kader van één van deze procedures, steeds zal moeten vaststellen of hij rechtsmacht heeft en is nader geregeld en toegelicht op grond van welke regels hij dit zal moeten doen (artikel 369, zevende lid, en 371, tweede lid). Deze aanpassingen volgden onder meer op het advies van de NOvA.
– Om de inspraak van schuldeisers bij de herstructurering te vergroten en te voorkomen dat schuldenaar de regeling oneigenlijk gebruikt:
  a. is de mogelijkheid voor schuldeisers om de totstandkoming van een akkoord – door middel van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige – te initiëren breder opengesteld (artikel 371, eerste en derde lid);
  b. heeft de rechter de mogelijkheid gekregen om een observator aan te stellen die een door de schuldenaar ingezet akkoordtraject monitort en in dat kader de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar behartigt (artikel 380), en
  c. is vrijwel steeds wanneer de rechter tijdens het voorbereidingstraject wordt gevraagd een beslissing te nemen, bepaald dat ook de schuldeisers die hierdoor geraakt zullen worden, eerst de gelegenheid krijgen een zienswijze te geven (artikelen 371, vijfde lid, 376, elfde lid, 377, derde lid, 378, zevende lid, 384, zevende lid).

  Hierbij is gehoor gegeven aan suggesties van onder meer de Rvdr, VNO-NCW en MKB Nederland, de NVB en Eumedion.
– De taken en bevoegdheden van de herstructureringsdeskundige zijn nader geconcretiseerd. Ook is voorzien in een regeling voor de betaling van de kosten die verband houden met zijn werkzaamheden (artikel 371, zesde tot en met dertiende lid). Hierbij is rekening gehouden met opmerkingen die tijdens de consultatie werden gemaakt door onder meer Insolad, de NVB en verschillende individuele marktpartijen.
– Om de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige meer gelegenheid te geven om een akkoord tot stand te brengen, zijn de volgende aanpassingen doorgevoerd:
  a. De bepalingen betreffende de afkondiging van een afkoelingsperiode (inclusief de schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag) zijn verruimd. Hierom kan nu gevraagd worden zodra de schuldenaar is gestart met de voorbereiding van een akkoord of er een herstructureringsdeskundige is aangesteld en niet – zoals het geval was in het voorontwerp – pas als er al een concreet akkoordvoorstel op tafel ligt. Daarnaast duurt de afkoelingsperiode in beginsel vier maanden, maar kan deze worden verlengd tot in totaal acht maanden (artikel 376).
  b. Ook zijn de bepalingen die het eenvoudiger moeten maken om nieuwe financiering te verkrijgen, verruimd. Op basis hiervan kan de rechter de rechtshandelingen die ten behoeve van die financiering verricht moeten worden, accorderen. Deze bepalingen zien nu niet meer uitsluitend op de eventuele zekerheden die in dit kader moeten worden verstrekt. Bovendien zijn alle vormen van financiering hieronder gebracht (artikel 42a).
  c. Verder zijn er nieuwe bepalingen opgenomen die het mogelijk moeten maken om tijdens het voorbereidingstraject een rekeningcourant faciliteit of goederen waarop rechten van derden rusten, te blijven gebruiken (artikelen 54 en 377).

  Hierbij zijn suggesties opgevolgd die werden gedaan door onder meer Insolad, de NOvA, VNO-NCW en MKB Nederland, de NVB, de NBA, wetenschappers en enkele marktpartijen.

– In reactie op het advies van de Rvdr is de rol van de rechter versterkt. De rechterlijke toets in het kader van het homologatieverzoek is verruimd voor zover het de algemene afwijzingsgronden betreft, die vooral bedoeld zijn om een zuivere besluitvorming te borgen en sluipakkoorden te voorkomen (artikel 384, tweede lid). Naar aanleiding van suggesties daartoe van onder meer Insolad en de NVB zijn de kwesties waarover de rechter een tussentijds oordeel kan geven, uitgebreid (artikel 378, eerste lid).
– Op advies van onder meer de NOvA, Insolad, de NVB en de NVL, zijn de regels verbeterd betreffende de eventuele gevolgen van de homologatie van een akkoord op:
  a. het recht van schuldeisers om derden aan te spreken tot voldoening van hun vorderingen op de schuldenaar, en
  b. het recht van deze derden om na betaling aan de schuldeiser – kort gezegd – regres te nemen op de schuldenaar (artikelen 370, tweede lid, en 372).
– Om tegemoet te komen aan de zorg die in de consulatie werd geuit door onder meer de NVL en FAAN dat de schuldenaar op basis van de WHOA overeenkomsten te gemakkelijk eenzijdig zou kunnen beëindigen, zijn de bepalingen hierover aangescherpt. De rechter zal toestemming moeten geven voor de eenzijdige opzegging. Bovendien geldt als voorwaarden dat sprake is van een toestand van onvermijdelijke insolventie en dat het akkoord door de rechter wordt gehomologeerd. De wederpartij kan de rechter verzoeken de toestemming te weigeren (artikelen 373, 383, achtste lid, en 384, vijfde lid).

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State is het wetsvoorstel nog iets verder aangepast om de WHOA aan te laten sluiten op de recentelijk definitief vastgestelde richtlijn.

5. Gevolgen voor bedrijfsleven en burgers en voor de rechterlijke macht

Het wetsvoorstel bevat geen regeldruk-gevolgen voor *burgers*. De nalevingskosten voor het *bedrijfsleven* kunnen worden uitgesplitst in administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten. Administratieve lasten zijn de kosten die het bedrijfsleven moet maken om te voldoen aan informatieverplichtingen jegens de overheid, die voortvloeien uit wet- en regelgeving. Het wetsvoorstel brengt geen administratieve lasten met zich. De inhoudelijke nalevingskosten bestaan uit andere kosten die het bedrijfsleven moet maken om aan de verplichtingen te voldoen die nieuwe wet- en regelgeving stelt. Het wetsvoorstel bevat geen inhoudelijke nalevingskosten, omdat de gevolgen van het voorstel buiten de definitie van nalevingskosten vallen.[30] Het is overigens de verwachting dat ondernemers de regeling als lastenverlichting zullen ervaren.

[30] Hierbij speelt een rol dat een aanzienlijk aantal wijzigingen zien op de procedure bij de rechter. De verplichtingen in het kader van een gerechtelijke procedure vallen buiten de definitie van nalevingskosten. Het burgerlijk procesrecht biedt waarborgen voor een eerlijke en efficiënte procesvoering. Waar in het procesrecht eisen worden gesteld aan informatie-uitwisseling met rechter of wederpartij of anderszins, hangen de lasten als gevolg daarvan direct samen met deze waarborgfunctie. De lasten worden om die reden niet als regeldruk aangemerkt. Zie ook Meten is Weten II: Handleiding voor het definiëren en meten van administratieve lasten voor het bedrijfsleven, p. 33. Het burgerlijk procesrecht biedt waarborgen voor een eerlijke en efficiënte procesvoering. Waar in het procesrecht eisen worden gesteld aan informatie-uitwisseling met rechter of wederpartij of anderszins, hangen de lasten als gevolg daarvan direct samen met deze waarborgfunctie. De lasten worden om die reden niet als regeldruk aangemerkt.

De WHOA zal nieuwe werkzaamheden voor de rechtelijke macht meebrengen. De verwachting is dat de hiermee gemoeide kosten gedeeltelijk gecompenseerd zullen worden door enerzijds de griffierechtenheffing op basis van het nieuwe artikel 19a van de Wet griffierechten burgerlijke en anderzijds de werklastverlichting die voortvloeit uit het niet optreden van een faillissement. Voor de meerkosten is financiële dekking binnen de begroting van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (oplopend tot € 1,9 mln. vanaf 2022). Deze dekking maakt onderdeel uit van de prijsonderhandelingen voor de periode 2020–2022.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Onderdelen A en E

Artikelen 3d (nieuw) en 215, derde en vierde lid (nieuw)

Het nieuwe artikel 3d ziet op de situatie waarin een eigen faillissementsaangifte van de schuldenaar of een verzoek tot faillietverklaring van een schuldeiser gelijktijdig aanhangig is met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371). Bepaald is dat in dat geval het aanwijzingsverzoek eerst wordt behandeld en dat de behandeling van het faillissementsverzoek wordt geschorst. Wordt het aanwijzingsverzoek gehonoreerd, dan start daarmee een traject dat tot doel heeft een akkoord tot stand te brengen. Om dit traject een kans te geven, kondigt de rechtbank dan tevens een afkoelingsperiode af. De schorsing blijft tijdens de afkoelingsperiode van kracht. Artikel 376 is hierop van toepassing. Dit artikel wordt hierna besproken.
In onderdeel E is door toevoeging van twee nieuwe leden aan artikel 215 Fw eenzelfde regeling getroffen voor gevallen waarin een verzoek van de schuldenaar tot verlening van surseance van betaling gelijktijdig aanhangig is met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige.

Onderdeel B

Artikel 42a Fw (nieuw)[31]

Het nieuwe artikel 42a beoogt de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord te bevorderen. Het gaat daarbij niet alleen om financiering in de vorm van een geldlening, maar bijvoorbeeld ook om leveringen van goederen op krediet. Het artikel omvat een afwijking van artikel 42 Fw waarin een op het faillissement toegespitste regeling is opgenomen voor de vernietiging van rechtshandelingen die de schuldenaar onverplicht heeft verricht en waardoor schuldeisers zijn benadeeld *(«faillissementspauliana»)*. Als de schuldenaar een dergelijke benadelende rechtshandeling heeft verricht in de aanloop naar een faillissement, kan de curator deze rechtshandeling na de faillietverklaring vernietigen ten behoeve van de gemeenschappelijke schuldeisers. Een actio pauliana kan op grond van artikel 42 Fw succesvol door de curator worden ingesteld als is voldaan aan vijf voorwaarden: (i) de schuldenaar moet voor de faillietverklaring een rechtshandeling hebben verricht, (ii) hij heeft deze rechtshandeling onverplicht verricht, (iii) van de rechtshandeling is benadeling van schuldeisers het gevolg, (iv) de schuldenaar wist bij het verrichten van de rechtshandeling of behoorde

[31] Gerechtshof Amsterdam, 29 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1832, JOR 2018/286, m.nt. mr. Ph.W. Schreurs. Gerechtshof Amsterdam, 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, JOR 2018/221, m nt. mr. Ph.W. Schreurs.

op dat moment te weten dat dit het gevolg zou zijn en (v) ook degenen met of jegens wie de schuldenaar handelde wisten of behoorden dat te weten.

Het nieuwe artikel 42a ziet op de situatie waarin er voor het faillissement een poging is gedaan om een akkoord tot stand te brengen en er in dat kader ook nog financiering is verstrekt. Artikel 42a biedt de schuldenaar de mogelijkheid om de rechter te vragen om een machtiging voor het verrichten van de rechtshandelingen die nodig zijn om een financiering te kunnen krijgen. De rechter zal de machtiging verlenen als wordt voldaan aan de volgende in het artikel genoemde randvoorwaarden:

– de financiering is nodig om een akkoord te kunnen voorbereiden en de onderneming in de tussentijd te kunnen blijven voortzetten, en
– op het moment dat de machtiging wordt verstrekt, valt redelijkerwijs aan te nemen dat de gezamenlijke schuldeisers er belang bij hebben dat de rechtshandeling wordt verricht en dat de individuele schuldeisers hierdoor niet wezenlijk in hun belangen worden geraakt.

Hoe de voorgenomen rechtshandeling uiteindelijk daadwerkelijk zal uitpakken valt op voorhand altijd moeilijk te zeggen. Het gaat erom dat op het moment dat de machtiging wordt gevraagd er geen wetenschap bestaat dat de voorgenomen rechtshandeling tot benadeling van schuldeisers zal leiden. De schuldenaar zal de rechtshandeling snel na het verkrijgen van de machtiging moeten verrichten. De situatie kan namelijk snel veranderen en een verwachting die ten tijde van het verlenen van de machtiging realistisch leek, is dat enige tijd later als gevolg van nieuwe ontwikkelingen mogelijk niet meer. De machtiging van de rechter leidt ertoe dat de desbetreffende rechtshandelingen niet door de curator kunnen worden vernietigd op basis van artikel 42 Fw, mocht er later alsnog een faillissement worden uitgesproken.

De aanwijzing van de herstructureringsdeskundige leidt er niet toe dat de schuldenaar de beschikking of het beheer over zijn vermogen verliest. Hij behoudt zelf de controle over zijn onderneming en kan deze gewoon blijven voortzetten, terwijl de akkoordprocedure loopt *(«debtor in possession»)*. De schuldenaar blijft daarmee ook uitsluitend bevoegd om rechtshandelingen te verrichten. Gelet hierop is de in artikel 42a geboden mogelijkheid om de rechter om een machtiging te vragen voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van een financiering, alleen opgesteld voor de schuldenaar en niet ook voor de herstructureringsdeskundige.

Artikel 42a sluit aan bij de artikelen 17 en 18 van de richtlijn. Hierin is – kort gezegd – bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tussentijdse financieringen of andere transacties die nodig zijn ter ondersteuning van het onderhandelingstraject, in stand blijven.

Onderdeel C

Artikel 47

De aanpassing van artikel 47 Fw vloeit logischerwijs voort uit de introductie van de nieuwe artikelen 3d en 376. Zoals is toegelicht in het kader van onderdeel B, kan een curator de faillissementspauliana alleen inroepen tegen rechtshandelingen die onverplicht door de schuldenaar zijn verricht (artikel 42 Fw). De voldoening van een *opeisbare* schuld door de schuldenaar kan daarom niet met een beroep op de faillissementspaulia worden aangetast. Artikel 47 Fw maakt hierop echter twee uitzonderingen; de voldoening van een opeisbare schuld (en dus een verplichte rechtshandeling) kan toch worden vernietigd, als (i) de schuldeiser op het moment dat de schuldenaar betaalde wist dat het

faillissement van de schuldenaar al was aangevraagd of (ii) de betaling is verricht na overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser en het daarbij de bedoeling was om de schuldeiser boven andere schuldeisers te begunstigen. De voorgestelde aanpassing van artikel 47 leidt ertoe dat een vernietiging wegens wetenschap van de indiening van een faillissementsaanvraag bij de schuldeiser, niet mogelijk is als de behandeling van die aanvraag op basis van de artikelen 3d, tweede lid, en 376, tweede lid, onder c, is geschorst vanwege de (verzochte) aanwijzing van een herstructureringsdeskundige of de (aankondiging van de) aanbieding door de schuldenaar van een akkoord. Ook deze bepaling valt binnen de categorie voorzieningen die erop gericht zijn de schuldenaar in de gelegenheid te stellen een akkoord tot stand te brengen. De bepaling beoogt ervoor te zorgen dat de schuldenaar zijn bedrijfsvoering kan voortzetten en dat hij de betalingen die daarvoor nodig zijn, kan verrichten.

Onderdeel D:

Artikel 54 lid 3 (nieuw)

Onderdeel D voegt een nieuw derde lid toe aan artikel 54 Fw. Ook deze bepaling past binnen de categorie voorzieningen om de schuldenaar in staat te stellen een akkoord tot stand te brengen. De achtergrond van artikel 54 Fw is dat schuldeisers die een faillissement van hun schuldenaar vrezen, in de verleiding kunnen komen om voor zichzelf een verrekeningsmogelijkheid te creëren door het overnemen van een schuld of vordering op de schuldenaar. De overgenomen schuld of vordering kan dan na de faillietverklaring worden verrekend. Op die manier kunnen de betreffende schuldeisers zichzelf bevoordelen ten nadele van de overige schuldeisers. Artikel 54 Fw beoogt dit risico te beperken. Daartoe is het volgende bepaald. Als het tot een faillissement komt en de curator erin slaagt te bewijzen dat bij de overneming van de schuld of vordering niet te goeder trouw is gehandeld, sluit artikel 54, eerste lid, Fw de mogelijkheid van een beroep op verrekening met een overgenomen schuld of vordering uit en kan de verrekening ongedaan worden gemaakt. De Hoge Raad heeft overwogen dat de schuldeiser bij de overneming van de schuld of vordering niet te goeder trouw is als hij wist dat zijn schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement, dan wel zijn surseance van betaling te verwachten was.[32] Hetzelfde kan zich voordoen als het faillissement na de overneming nog geruime tijd uitblijft.[33]

Gelet op deze uitleg wordt aan artikel 54 Fw een nieuw derde lid toegevoegd dat specifiek ziet op de situatie dat er voorafgaand aan het faillissement nog een traject heeft plaatsgevonden waarin een poging is gedaan om een akkoord tot stand te brengen. De aanpassing van artikel 54 Fw is ervoor bedoeld om de schuldenaar in staat te stellen tijdens dat traject gebruik te blijven maken van een rekening-courant faciliteit. Via een rekening-courant faciliteit wordt de schuldenaar een krediet aangeboden dat binnen een bepaalde bandbreedte dient te blijven. Daartoe worden op de desbetreffende rekening doorlopend bedragen – dat wil zeggen inkomsten en uitgaven van de schuldenaar – met elkaar verrekend. In het nieuwe derde lid wordt nu bepaald dat wanneer een verrekening heeft plaatsgevonden in de periode waarin een poging werd gedaan om een akkoord tot stand te brengen en deze niet strekte tot inperking van de kredietruimte (de «roodstand»), degene die de verrekening heeft verricht daarbij te goeder trouw was. Als de akkoordpoging

[32] Hoge Raad 30 januari 1953, NJ 1953/578 (Doyer en Kalff/Bouman q.q.) en 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (Amro/Curatoren THB).
[33] Hoge Raad 17 februari 2012, JOR 2012/234 (Rabobank Maashorst/Kézér q.q.).

mislukt en een faillissement volgt, kan de curator de verrekende bedragen niet terugvorderen. Met deze bepaling wordt beoogd te voorkomen dat degene die de schuldenaar de rekening-courant aanbiedt, deze faciliteit bevriest zodra de schuldenaar start met de onderhandelingen over een akkoord.

Onderdeel F:

Tweede Afdeling «Homologatie van een onderhands akkoord» (nieuw)

In het wetsvoorstel inzake de Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I) wordt in de Faillissementswet een nieuwe Titel IV *«Buiten faillissement en surseance van betaling»* geïntroduceerd. Zoals opgemerkt in de memorie van toelichting bij dat wetsvoorstel is het de bedoeling om de in de WCO I voorziene regeling betreffende de aanwijzing van een beoogd curator en de onderhavige regeling op te nemen in twee afzonderlijke afdelingen in de nieuwe Titel IV.[34] De WHOA wordt opgenomen in een nieuwe afdeling 4.2 (Homologatie van een onderhands akkoord). De regeling is opgedeeld in vier paragrafen:
– § 1. Algemene bepalingen;
– § 2. De aanbieding van en de stemming over een akkoord;
– § 3. De homologatie van een akkoord, en
– § 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord.

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 369

Artikel 369 bepaalt:
– wat het toepassingsbereik is van de WHOA (eerste tot en met het vijfde lid);
– dat de WHOA voorziet in een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare akkoordprocedure buiten faillissement (zesde en negende lid);
– wanneer de Nederlandse rechter beschikt over rechtsmacht om verzoeken die in het kader van de WHOA worden ingediend in behandeling te nemen (zevende lid);
– welke rechtbank relatief bevoegd is (achtste lid), en
– dat tegen beslissingen van de rechter in het kader van de WHOA geen hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep of cassatie – openstaat (tiende lid).

Lid 1

In het eerste lid is bepaald dat de WHOA ziet op schuldenaren die een onderneming drijven. Zoals is opgemerkt in het algemeen deel van de toelichting, is het de bedoeling om in Nederland een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het MKB. Daarom is ervoor gekozen de WHOA zo veel mogelijk vorm te geven als een kaderregeling. Daarmee biedt de WHOA de flexibiliteit om toegepast te worden op een breed spectrum aan ondernemingen en om een akkoord tot stand te brengen dat toegesneden is op de specifieke omstandigheden van het geval. Het maakt niet uit in welke rechtsvorm de schuldenaar zijn onderneming drijft.

[34] Kamerstukken II 2014–2015, 34 218, nr. 3, pag. 42.

De WHOA is niet van toepassing op banken of verzekeraars. De reden daarvoor is dat banken en verzekeraars met hoofdstuk 3A van de Wet op het financieel toezicht (Wft) hun eigen reddingsmechanisme kennen, dat ook behelst het voorkomen van een faillissement.[35] Het is onwenselijk als dit reddingsmechanisme zou kunnen worden doorkruist met een dwangakkoord.

Lid 2:

Het tweede lid maakt duidelijk waarop wordt gedoeld wanneer in de WHOA wordt gesproken over *«stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders»*. Dit betreffen de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het voorgestelde akkoord worden gewijzigd. Om die reden hebben deze schuldeisers en aandeelhouders het recht om hun stem over het voorgestelde akkoord uit te brengen (artikel 381, derde lid). De schuldenaar kan een akkoord aanbieden aan al zijn schuldeisers en aandeelhouders. Hij kan er echter ook voor kiezen om het akkoord te beperken tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders (artikel 370, eerste lid). Daarom is deze bepaling van belang. Wordt artikel 369, tweede lid, gelezen in combinatie met de artikelen waarin het begrip *«stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders»* wordt gehanteerd, dan volgt hieruit dat de schuldenaar bij een dergelijk beperkter akkoord alleen de schuldeisers of aandeelhouders van wie hij een bijdrage vraagt in de herstructurering:

– over het akkoord behoeft te informeren (artikelen 381, eerste lid);
– in de gelegenheid hoeft te stellen over het akkoord te stemmen (artikel 381, derde lid);
– kennis moet kunnen laten nemen van het verslag dat na de stemming door hem dient te worden opgesteld (artikel 382, tweede lid), en
– in kennis moet stellen van de beschikking van de rechtbank waarbij zitting is vastgesteld waarop het homologatieverzoek wordt behandeld (artikel 383, vijfde lid).

Voorts geldt dat alleen deze schuldeisers en aandeelhouders de rechter kunnen vragen om het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikel 383, achtste lid). Het zijn ook alleen deze stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders die aan een eenmaal gehomologeerd akkoord gebonden zijn en daaraan rechten kunnen ontlenen jegens de schuldenaar (artikel 385 ev.).

Dat de schuldenaar niet alle bij de onderneming betrokken partijen hoeft te betrekken bij het traject, biedt hem de mogelijkheid om met gebruikmaking van de besloten akkoordprocedure buiten faillissement in relatieve rust een akkoord tot stand te brengen. Daarmee kan hij wellicht negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en daarmee samenhangende nadelige consequenties voorkomen. Zoals reeds is opgemerkt in het algemeen deel van de toelichting, neemt het voorgaande niet weg dat uit artikel 25 van de WOR kan voortvloeien dat de medezeggenschapsorganen geïnformeerd moeten worden en de gelegenheid moeten krijgen om een advies uit te brengen over het akkoord.

Lid 3:

De WHOA kan ook worden toegepast, wanneer de schuldenaar zijn onderneming drijft in de vorm van een vereniging of een coöperatie. Deze rechtsvormen hebben echter leden en geen aandeelhouders. Gelet hierop

[35] Op dit moment is bij de Eerste Kamer het wetsvoorstel aanhangig inzake de Wet herstel en afwikkeling verzekeraars (34.842). Na de inwerkingtreding van deze wet wordt de Wft uitgebreid met een specifiek reddingsmechanisme voor verzekeraars.

is in het derde lid bepaald dat hetgeen voor aandeelhouders geldt, ook van toepassing is op de leden van een vereniging of een coöperatie.

Lid 4:

Uit het vierde lid volgt dat het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst. Daarvoor dient een specifieke regeling die met de Wet Werk en Zekerheid en de Wet arbeidsmarkt in balans is gestroomlijnd.

Lid 5:

In het vijfde lid is bepaald dat een schuldenaar geen gebruik kan maken van de WHOA als hij in de drie voorgaande jaren al eens een mislukte poging heeft gedaan om op basis van de WHOA een dwangakkoord tot stand te brengen. Is een poging van de schuldenaar om een akkoord tot stand te brengen gestrand, dan blijft het mogelijk voor de schuldeisers of aandeelhouders om een herkansing te initiëren door een herstructureringsdeskundige te laten aanwijzen. Deze herstructureringsdeskundige kan een nieuw voorstel voor een akkoord voorbereiden en dat vervolgens voorleggen aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Dit kan er dan toe leiden dat er alsnog een akkoord tot stand komt.
Het vijfde lid sluit aan bij artikel 4 lid 4 van de richtlijn, waarin is geregeld dat de lidstaten een beperking kunnen stellen aan het aantal keren dat een schuldenaar binnen een bepaalde periode toegang heeft tot het preventief herstructureringsstelsel.

Lid 6 tot en met 9:

Zoals eerder is toegelicht in paragraaf 3.1 van deze toelichting voorziet de WHOA in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; 1) een *besloten akkoordprocedure buiten faillissement* en 2) een *openbare akkoordprocedure buiten faillissement*. Dit is bepaald in het zesde lid. Degene die de akkoordprocedure initieert maakt de keuze voor één van deze procedures. Dit is de schuldenaar zelf of de schuldeisers, aandeelhouders dan wel de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging, als die op grond van artikel 371 om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige vragen.

Bij de besloten akkoordprocedure buiten faillissement wordt niet publiek gemaakt dat er een akkoord wordt voorbereid. Daarnaast worden alle verzoeken aan de rechter in raadkamer behandeld (artikel 369, negende lid). Deze procedure lijkt daarmee vooral geschikt voor het geval waarin het akkoord wordt beperkt tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders (artikelen 369, zesde lid, en 370, eerste lid). De besloten akkoordprocedure buiten faillissement biedt dan de mogelijkheid om het akkoord in relatieve rust tot stand te brengen en negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en daarmee samenhangende nadelige consequenties te voorkomen.
Bij de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt aan het traject juist wel publiciteit gegeven door een kennisgeving in het insolventieregister (artikel 370, vierde lid). Verder zal in het Handelsregisterbesluit 2008 worden bepaald dat de toepassing van de openbare insolventieprocedure buiten faillissement zal worden ingeschreven in het Handelsregister zoals nu ook al gebruikelijk is bij andere openbare insolventieprocedures; dat wil zeggen bij de faillietverklaring, de verlening van surseance van betaling en de toepassing van de schuldsaneringsregeling (artikel 39 van het Handelsregisterbesluit 2008). Daarnaast worden

de verzoeken aan de rechter in het openbaar behandeld (artikel 369, negende lid).
Is eenmaal gekozen voor één van de twee procedures, dan dient het traject dat moet worden afgelegd om een akkoord tot stand te brengen, volledig binnen die procedure plaats te vinden. Een tussentijdse overstap van de besloten naar de openbare procedure is dus niet mogelijk.

Voor welke procedure wordt gekozen, moet in ieder geval duidelijk te zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Voordat de rechter een beslissing neemt over verzoeken die in het kader van de totstandkoming van het akkoord aan hem worden voorgelegd, moet hij vaststellen of hij rechtsmacht heeft om deze verzoeken in behandeling te nemen. Het achtste lid omvat hiervoor de regeling.
Bij de besloten akkoordprocedure buiten faillissement wordt de rechtsmacht bepaald aan de hand van artikel 3 Rv. Artikel 3 Rv bepaalt – voor zover relevant in dit kader – dat de Nederlandse rechter in zaken die met de indiening van een verzoek worden ingeleid, rechtsmacht heeft als:

a. de verzoeker of, als er meer verzoekers zijn, één van hen, dan wel één van de in het verzoek genoemde belanghebbenden in Nederland zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft, of
b. de zaak anderszins voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden is.

Wat betreft deze laatste grond zijn omstandigheden die (ieder voor zich) voldoende verband met de Nederlandse rechtssfeer opleveren, onder meer (maar niet uitsluitend):

i) de schuldenaar die het akkoord aanbiedt, heeft zijn «COMI» of een vestiging in Nederland[36];
ii) de schuldenaar die het akkoord aanbiedt, heeft (substantiële) activa in Nederland;
iii) een (substantieel) deel van de door middel van het akkoord te herstructureren schulden vloeit voort uit verbintenissen die zijn onderworpen aan het Nederlands recht of waarbij een forumkeuze is gemaakt voor de Nederlandse rechter;
iv) een (substantieel) deel van de groep waarvan de schuldenaar deel uitmaakt, bestaat uit in Nederland gevestigde vennootschappen, of
v) de schuldenaar is aansprakelijk voor schulden van een andere schuldenaar ten aanzien waarvan de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft.

De openbare akkoordprocedure buiten faillissement zal worden aangemeld bij de Europese Commissie met het verzoek om deze procedure te laten opnemen in bijlage A van de Insolventieverordening. Dit betekent dat voor het antwoord op de vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft in het kader van deze procedure bepalend is of de «COMI» van de schuldenaar gelegen is in Nederland. Is dit het geval dan volgt uit de Insolventieverordening dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Ligt de «COMI» van de schuldenaar buiten de EU of in Denemarken, dan dient de vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft wederom beantwoord te worden aan de hand van artikel 3 Rv.

Als de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, vloeit vervolgens uit de artikelen 262 en 269 Rv voort welke Nederlandse rechtbank relatief bevoegd is en waar de verzoeken die in het kader van de akkoordprocedure aan de rechter kunnen worden gedaan, moeten worden ingediend (artikel 369, achtste lid).

---

[36] Worden één of meer akkoorden aangeboden waarbij sprake is van een herstructurering van de schulden van meerdere rechtspersonen die samen een groep vormen, dan is voldoende dat tenminste één van de schuldenaren zijn «COMI» of een vestiging in Nederland heeft.

Lid 10:

In het negende lid is bepaald dat tegen beslissingen van de rechter in het kader van deze afdeling geen rechtsmiddel openstaat, tenzij anders is bepaald. Hieruit volgt dat er tegen een vonnis van de rechtbank tot homologatie van een akkoord op basis van artikel 384, geen hoger beroep of cassatie open staat. Dit is gerechtvaardigd en noodzakelijk omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie (artikel 370, eerste lid). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, moet het akkoord na de homologatie snel uitgevoerd kunnen worden. Dit vergt een snelle finale beslissing van de rechter.
De laatste zinsnede *«tenzij anders is bepaald»*, verwijst naar het volgende. Is gekozen voor de openbare akkoordprocedure buiten faillissement en ontleent de rechter zijn rechtsmacht om verzoeken in het kader van die procedure in behandeling te nemen aan de Insolventieverordening, dan kunnen schuldeisers dit nog wel aanvechten op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid (artikel 371, veertiende lid). Deze verzetsmogelijkheid vloeit voort uit artikel 5, eerste lid, van de Insolventieverordening.

§ 2. De aanbieding van en de stemming over een akkoord

Artikel 370

Artikel 370 bepaalt wanneer een schuldenaar een akkoord kan aanbieden en wat dit akkoord kan behelzen. Ook regelt het artikel dat als de schuldenaar een besloten of een naamloze vennootschap is, bepaalde regels over de besluitvorming binnen de vennootschap niet van toepassing zijn.
Artikel 370 sluit aan bij artikel 4 leden 1 en 7 van de richtlijn. In artikel 4 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat *«de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren* [...]». Voorts is in artikel 4 lid 7 geregeld dat het preventieve herstructureringsstelsel beschikbaar moet zijn op aanvraag van de schuldenaar.

Lid 1:

Artikel 370, eerste lid, omvat één van de kernbepalingen van de WHOA. Hierin is geregeld dat een schuldenaar zijn schuldeisers en aandeelhouders een akkoord kan aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten. De rechter kan het akkoord vervolgens goedkeuren (homologeren), als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde eisen voldoet (artikelen 383, eerste lid, en 384, eerste lid). De homologatie leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders (artikel 385). Stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd of geen stem hebben uitgebracht, kunnen op die manier toch aan het akkoord worden gebonden.

Voorwaarde om van de regeling gebruik te kunnen maken is dat de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. De toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, komt – kort gezegd – neer op het volgende. De schuldenaar is nog in staat om zijn lopende verplichtingen te voldoen. Tegelijkertijd voorziet hij dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden, als zijn schulden niet worden geherstructureerd. Tussen het

moment van het inroepen van de regeling en het moment van de verwachte insolventie kan enige tijd liggen. Zo is denkbaar dat een schuldenaar voorziet dat hij een lening die over bijvoorbeeld een half jaar of een jaar vervalt, niet zal kunnen terugbetalen en dat hij bij het vervallen van die lening insolvent zal raken. De schuldenaar moet dan onmiddellijk met een beroep op de WHOA tot actie kunnen overgaan.

Bij een *«wijziging van de rechten van de schuldeisers en de aandeelhouders»* gaat het om een wijziging van het recht van een schuldeiser of aandeelhouder om nakoming door de schuldenaar van de op hem rustende verplichtingen af te dwingen. Gedacht kan worden aan:
– een gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van een openstaande vordering, waarbij de schuldenaar geheel of gedeeltelijk wordt verlost van zijn betalingsverplichting en het recht van de schuldeiser om jegens de schuldenaar (volledige) betaling te vorderen, komt te vervallen;
– een uitstel van betaling, waarbij de schuldenaar meer tijd krijgt om aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen en het recht van de schuldeiser om betaling op het oorspronkelijk afgesproken moment af te dwingen, komt te vervallen, of
– een *«debt for equity swap»*, waarbij een gedeelte van een vordering van een schuldeiser wordt omgezet in een aandelenbelang en dus ook zeggenschap in de vennootschap, terwijl het aandelenbelang en de daaraan verbonden zeggenschap van de bestaande aandeelhouders verwateren.

Het akkoord kan zien op alle schuldeisers en aandeelhouders van de onderneming. Een akkoord dat zich beperkt tot *«een aantal van hen»* – dat wil zeggen tot één of meer groepen (klassen) van schuldeisers en aandeelhouders – is ook mogelijk. Hierbij kan gedacht worden aan een akkoord dat zich uitsluitend richt op een herstructurering van de schulden jegens financiers met een zekerheidsrecht en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid laat. De WHOA wijkt op dit punt af van de regeling voor het faillissements- en het surseanceakkoord. In faillissement kan de gefailleerde een akkoord aanbieden aan *«zijn gezamenlijke schuldeisers»* (artikel 138 Fw) en in surseance is de schuldenaar bevoegd om aan *«hen, die vorderingen hebben, ten aanzien waarvan de surseance werkt»* een akkoord aan te bieden (artikel 252 Fw). Als een bepaalde groep schuldeisers niet wordt betrokken bij het akkoord betekent dit feitelijk dat de rechten van die schuldeisers op geen enkele wijze worden gewijzigd en dat zij volledig moeten worden voldaan. In een dergelijk geval bestaat het risico dat één of meer bij het akkoord betrokken klassen van schuldeisers niet instemt met het akkoord en dat schuldeisers uit die klasse bezwaar maken tegen de homologatie. Het akkoord kan dan alleen in aanmerking komen voor homologatie, als:
– de klassen van schuldeisers met een gelijke of hogere rang met de vereiste meerderheid instemmen met het akkoord (dat betekent dat zij instemmen met de afwijking van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar), of
– de schuldenaar een redelijke grond aandraagt voor zijn keuze om bepaalde schuldeisers buiten het akkoord te houden (dat betekent dat die schuldeisers niet een deel van het tekort dragen) en aantoont dat de schuldeisers met een gelijke of hogere rang daardoor niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

Het is goed voorstelbaar dat de schuldenaar een akkoord aanbiedt en dat daarover vervolgens overleg en onderhandeling plaatsvindt met de schuldeisers en aandeelhouders. Dit kan ertoe leiden dat het akkoord nog moet worden aangepast. De WHOA biedt daar ruimte voor. De enige voorwaarde die in dit verband wordt gesteld, is dat de schuldenaar

uiteindelijk een definitief akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zal moeten voorleggen. Dit zal hij moeten doen binnen een redelijke termijn voor het plaatsvinden van de stemming. Deze termijn mag in ieder geval niet korter zijn dan acht dagen (artikel 381, eerste lid).

Lid 2:

Mocht een schuldeiser betrokken worden bij een akkoord en wordt zijn vorderingsrecht in dat kader gewijzigd, dan behoudt hij het recht om een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, die aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, aan te spreken tot voldoening van zijn oorspronkelijke vordering in de vorm en op het tijdstip zoals afgesproken vóór de homologatie van het akkoord. Dit kan als de schuldeiser een deel van de vordering heeft moeten kwijtschelden, maar ook als de vordering niet op het oorspronkelijk afgesproken tijdstip wordt voldaan of de betaling plaatsvindt in een andere vorm (denk aan de *«debt-for-equity-swap»)*. Dit is geregeld in de eerste zin van het tweede lid.
Hierbij wordt aangesloten bij artikel 160 Fw waarin eenzelfde regel is opgenomen voor het faillissementsakkoord. Met de bepaling wordt voorkomen dat afgegeven garanties na de homologatie van het akkoord op losse schroeven komen te staan. Zonder deze bepaling zou een wijziging van de oorspronkelijke vordering onder het akkoord veelal tot gevolg hebben dat ook de rechten onder een borgtocht of een andere vorm van mede-aansprakelijkheid of zekerheidstelling worden gewijzigd. Als de schuldenaar in het akkoord bijvoorbeeld een uitstel van betaling krijgt van vijf jaar, zou zonder deze bepaling de opeisbaarheid van de vordering op de borg ook verschuiven met vijf jaar. De schuldeiser heeft dan in feite niets aan zijn borgtocht.

In de tweede zin van het tweede lid is bepaald dat de derde voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord aan de schuldeiser voldoet, geen verhaal kan halen op de schuldenaar. Hiermee wordt voorkomen dat de schuldenaar alsnog voor de oorspronkelijke schuld wordt aangesproken en het akkoord uiteindelijk nog steeds geen oplossing biedt voor de financiële problemen.
De bepaling sluit aan bij de systematiek van artikel 136, tweede lid, Fw. Die bepaling omvat – kort gezegd – een regeling op basis waarvan het niet mogelijk is dat twee of meer personen – dat wil zeggen de schuldeiser en bijvoorbeeld de borg – voor dezelfde schuld opkomen in het faillissement. Dit zou de andere schuldeisers anders benadelen, omdat hun uitkering dan lager zou uitvallen. Uit artikel 370, tweede lid, tweede zin, volgt dat als een vordering van een schuldeiser wordt geherstructureerd in het akkoord, de borg vervolgens niet een regresvordering kan instellen waarmee hij bij de schuldenaar alsnog de volledige betaling van de oorspronkelijke schuld afdwingt. Ook nu is de ratio van deze bepaling dat dit niet mogelijk moet zijn omdat dit de andere schuldeisers zou benadelen.
De rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de garantiegever kan ook beheerst worden door buitenlands recht. Daarom ziet de bepaling in artikel 370, tweede lid, tweede zin, niet alleen op regres op basis van artikel 6:10 en 6:13 BW, maar ook op regres op grond van een buitenlandse wettelijke regeling.

Indien en voor zover de betaling van de derde ertoe leidt dat de schuldeiser meer aan waarde ontvangt dan het bedrag van zijn oorspronkelijke vordering op de schuldenaar, gaan de rechten die in het akkoord aan de schuldeiser zijn toegekend van rechtswege over op de derde. Dit is

geregeld in de derde zin van het tweede lid. Op deze wijze kan het verlies dat de derde lijdt doordat hij geen regresrecht heeft op de schuldenaar enigszins worden gecompenseerd en wordt voorkomen dat de schuldeiser uiteindelijk meer ontvangt dan waarop hij op basis van zijn oorspronkelijke vordering jegens de schuldenaar recht heeft. In paragraaf 3.2 van deze toelichting is aan de hand van twee situatieschetsen geïllustreerd hoe deze bepaling in de praktijk uitwerkt.

Een uitzondering op de regel dat het akkoord rechten op derden onaangetast laat, wordt gemaakt voor het geval waarin sprake is van een akkoord als bedoeld in artikel 372. Bij een dergelijk akkoord is het de bedoeling om de herstructurering van garanties mee te nemen, voor zover die zijn afgegeven door vennootschappen die onderdeel vormen van dezelfde groep. Dit kan alleen als voldaan is aan de voorwaarden die in dat artikel zijn opgenomen.

Lid 3:

In het derde lid is bepaald dat de schuldenaar, zodra hij start met de voorbereiding van een akkoord, een verklaring deponeert bij de griffie van de rechtbank. Dit betreft de rechtbank die relatief bevoegd is de verzoeken die in het kader van de akkoordprocedure kunnen worden ingediend, in behandeling te nemen (artikelen 369, achtste lid). Het belang van deze bepaling is vooral gelegen in het feit dat de schuldenaar vanaf dit moment de rechter kan verzoeken voorzieningen te treffen die hem helpen een akkoord tot stand te brengen (zie paragraaf 3.7). Het gaat dan om verzoeken tot:

– verlening van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van de verkrijging van nieuwe financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord (artikel 42a);
– afkondiging van een afkoelingsperiode (inclusief de schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag) (artikel 376), en
– het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (artikel 379).

Gelet op deze laatste categorie verzoeken is het moment van deponering van de verklaring ook van belang voor de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Een voorziening die de rechter in hun belang bijvoorbeeld kan treffen is de aanstelling van een observator. De observator heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet gaat lukken om een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers door zijn toedoen worden geschaad, moet de observator de rechtbank daarvan op de hoogte stellen (artikel 380, tweede lid). De rechter kan op basis van artikel 379 ook bepalen dat de schuldenaar ervoor moet zorgen dat er binnen een bepaalde termijn een stemming plaatsvindt over het akkoord en dat hij de rechtbank en betrokken schuldeisers en aandeelhouders tot die tijd regelmatig informeert over de voortgang. Treft de rechtbank de laatst genoemde voorziening, dan kunnen schuldeisers en aandeelhouders zicht houden op het proces en krijgen zij binnen een afzienbare tijd duidelijkheid over de vraag of er een akkoord tot stand komt. Nu de deponering van de verklaring dus ook van belang is voor de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, is bepaald dat zij – nadat de schuldenaar een akkoord heeft aangeboden – de verklaring bij de griffie kunnen inzien. Dit is mogelijk totdat:

– de rechtbank heeft beslist op het homologatieverzoek, of

– de schuldenaar het verslag van de stemming heeft gedeponeerd en daarin heeft vermeld dat hij een dergelijk verzoek niet zal indienen.

Zodra de inzagemogelijkheid van de stemgerechtigde schuldeisers en de aandeelhouders eindigt, kan de rechtbank de verklaring vernietigen. Zij doet dit in ieder geval één jaar na de deponering. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat een traject dat in gang wordt gezet om een akkoord tot stand te brengen niet langer dan een jaar zal lopen.

Verder is nog van belang dat de deponering van de verklaring ook relevant is in het kader van het nieuwe derde lid dat wordt toegevoegd aan artikel 54 Fw. Zoals hierboven is opgemerkt in de toelichting bij onderdeel D, is deze nieuwe bepaling ervoor bedoeld om de schuldenaar in staat te stellen tijdens het traject waarin wordt geprobeerd om een akkoord tot stand te brengen, gebruik te blijven maken van een rekening-courant faciliteit. Ook hierbij geldt dat de deponering van de verklaring als ijkmoment wordt genomen; dit is het moment waarop het voorbereidings-traject is gestart en dus ook het moment vanaf wanneer toepassing kan worden gegeven aan het nieuwe derde lid van artikel 54 Fw.

Lid 4:

Het vierde lid ziet specifiek op de situatie waarin de schuldenaar ervoor kiest om een akkoord tot stand te brengen in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement. Zoals eerder is toegelicht in paragraaf 3.1 van deze toelichting, geldt dat als de openbare akkoordpro-cedure buiten faillissement wordt toegepast op een schuldenaar die zijn «COMI» heeft in Nederland dat de Insolventieverordening van toepassing is. In dat geval dienen de voorschriften die de Insolventieverordening stelt ten aanzien van de bekendmaking van de lopende procedure in acht te worden genomen. Het vierde lid voorziet daarin en bepaalt dat als de schuldenaar zijn akkoord aanbiedt in het kader van de openbare akkoord-procedure buiten faillissement, hij de griffier van de rechtbank Den Haag moet vragen dit in de insolventieregisters, bedoeld in de artikelen 19 en 19a, en in de Staatscourant te vermelden. De schuldenaar moet dit doen zodra de rechter voor het eerst betrokken is bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. De eerste beslissing die de rechter in dat kader neemt, markeert de opening van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement. De datum waarop de procedure is geopend, is één van de gegevens die de schuldenaar ingevolge artikel 24 van de Insolventieverordening zal moeten aanleveren. Afhankelijk van het moment waarop de rechter voor het eerste bij het traject wordt betrokken, zou een openings-beslissing kunnen zijn:

– de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige op verzoek van de schuldenaar (artikel 371);
– de verlening van een machtiging voor het verrichten van rechtshande-lingen in het kader van de verkrijging van nieuwe financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord (artikel 42a);
– de afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376);
– het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (artikel 379);
– het geven van een tussentijds rechterlijk oordeel (artikel 378), of
– de beslissing op het homologatieverzoek (artikel 384).

Lid 5:

Het vijfde lid ziet op de situatie dat de schuldenaar een rechtspersoon is. De bepaling regelt dat bepaalde regels ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering niet van toepassing zijn wanneer op basis van de WHOA een akkoord wordt aangeboden. Concreet betekent dit in

ieder geval dat het bestuur van de rechtspersoon voor de aanbieding van een akkoord niet de goedkeuring nodig heeft van de algemene vergadering. Mocht de uitvoering van een door de rechter gehomologeerd akkoord een besluit van de algemene vergadering vergen, dan treedt het vonnis tot homologatie van het akkoord daarvoor in de plaats.

Zoals eerder is toegelicht en geïllustreerd in paragraaf 3.2 van deze toelichting, kan het voor een herstructurering van de schulden ook nodig zijn om de rechten van aandeelhouders te wijzigen. De bepaling die is opgenomen in het vijfde lid hangt hiermee samen. Met deze bepaling wordt voorkomen dat het bestuur vanwege weerstand bij aandeelhouders in zijn geheel niet toekomt aan het in gang zetten van een traject dat kan leiden tot de totstandkoming van een akkoord. Overigens betekent de buiten toepassing verklaring van de regels betreffende besluitvorming door de algemene vergadering niet dat de aandeelhouders zich helemaal niet meer over het akkoord kunnen uitspreken. De wijze waarop zij dit kunnen doen, is alleen anders geregeld. Wanneer het akkoord voorziet in een wijziging van de rechten van de aandeelhouders, dan hebben zij op basis van artikel 381, derde lid, het recht deel te nemen aan de stemming over het akkoord. Dient de schuldenaar na de stemming een verzoek in tot homologatie van het akkoord, dan kunnen de aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd de rechter vragen dit verzoek af te wijzen (artikel 383, achtste lid). In het kader van de behandeling van het homologatieverzoek kunnen zij dan nogmaals hun stem laten horen.

Het voorgaande is ook van toepassing op de besluitvorming door houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.

Artikel 371

In artikel 371 is een regeling opgenomen op basis waarvan schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging, dan wel de schuldenaar zelf de totstandkoming van een akkoord kunnen initiëren door de rechter te vragen om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Deze herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en met het instemming brengen van dat akkoord het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. Het artikel regelt wanneer van deze mogelijkheid gebruik gemaakt kan worden. Ook is hierin bepaald welke middelen de herstructureringsdeskundige heeft en wat zijn verantwoordelijkheden zijn. Tot slot is in dit artikel geregeld wanneer een aanwijzing eindigt.

De aanwijzing van de herstructureringsdeskundige leidt er niet toe dat de schuldenaar de beschikking of het beheer over zijn vermogen verliest. Hij behoudt zelf de controle over zijn onderneming en kan deze gewoon blijven voortzetten, terwijl de akkoordprocedure loopt *(«debtor in possession»)*.
Dat er financiële problemen zijn, hoeft – zeker als gebruik wordt gemaakt van de besloten akkoordprocedure buiten faillissement – niet breed bekend te worden. Dat voorkomt negatieve publiciteit en daarmee samenhangende nadelige consequenties voor de bij de onderneming betrokken partijen.

Artikel 371 sluit aan bij artikel 4 leden 1 en 8 en artikel 5 leden 1, 2 en 3, onderdeel c, van de richtlijn. In artikel 4 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat *«de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren* [...]». Vervolgens is in lid 8 van dit

artikel bepaald dat de lidstaten tevens kunnen bepalen dat het preventief herstructureringsstelsel ook beschikbaar is voor schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers. Via de aanstelling van een herstructureringsdeskundige kunnen de schuldeisers en de OR of de personeelsvertegenwoordiging de beschikking krijgen over het herstructureringsstelsel waarin de WHOA voorziet.
In artikel 5 lid 1 van de richtlijn is geregeld dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat *«schuldenaren die toegang hebben tot preventieve herstructureringsprocedures, volledig of ten minste gedeeltelijk, de controle behouden over hun activa en over de dagelijkse bedrijfsvoering van de onderneming»*. In artikel 5 lid 2 van de richtlijn is bepaald dat door een rechterlijke instantie een herstructureringsdeskundige kan worden aangesteld. De rechterlijke instantie moet per geval beoordelen of dit nodig is, met dien verstande dat artikel 5 lid 3 van de richtlijn drie specifieke gevallen opsomt waarin er altijd een herstructureringsdeskundige moet worden aangesteld. Eén van die gevallen – genoemd in onderdeel c – betreft de situatie waarin de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers daarom heeft verzocht.

Lid 1:

Het eerste lid biedt schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde OR of de personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid om de rechter te vragen een herstructureringsdeskundige aan te wijzen.
Ook het bestuur van een schuldenaar-vennootschap kan op basis van het eerste lid om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige vragen. Hiermee kan het bestuur voorkomen dat het klem komt te zitten in een belangenconflict tussen aandeelhouders en schuldeisers. Het bestuur heeft om die reden voor het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige niet de goedkeuring nodig van de aandeelhouders.

De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige sluit de gelijktijdige aanbieding van een akkoord door de schuldenaar uit. Op die manier concentreert de poging om een akkoord tot stand te brengen zich altijd binnen één traject. Er kunnen niet tegelijkertijd meerdere parallelle akkoordtrajecten aanhangig zijn.

Lid 2 en 14:

Zoals is toegelicht in paragraaf 3.1 van het algemeen deel van deze toelichting, voorziet de WHOA in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid). Het tweede en veertiende lid houden hiermee verband.

Voor welke akkoordprocedure wordt gekozen, dient in ieder geval duidelijk te zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Dat moment kan samenvallen met de indiening van een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. In het tweede lid is bepaald dat degene die het aanwijzingsverzoek indient, in dat geval moet vermelden voor welke akkoordprocedure hij kiest en welke redenen aan die keuze ten grondslag liggen.
Als het verzoek is ingediend door een schuldeiser, een aandeelhouder dan wel de OR of de personeelsvertegenwoordiging, krijgt de schuldenaar op basis van het tweede lid nog de gelegenheid om zich uit te spreken over de keuze die is gemaakt. Is de schuldenaar het oneens met de gemaakte

keuze, dan bepaalt de rechter welke akkoordprocedure zal worden toegepast.

Wordt de rechter met de indiening van het aanwijzingsverzoek voor het eerst betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen, dan moet hij voordat hij een beslissing neemt, vaststellen of hij rechtsmacht heeft om het verzoek in behandeling te nemen. In het tweede lid is bepaald dat degene die het aanwijzingsverzoek indient, ervoor moet zorgen dat het verzoek zodanige gegevens omvat dat de rechter hiertoe in staat is.
Is gekozen voor de openbare akkoordprocedure buiten faillissement en ontleent de rechter zijn rechtsmacht om het aanwijzingsverzoek in behandeling te nemen aan de Insolventieverordening, dan kan de beslissing tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige een *«beslissing tot opening van een hoofdinsolventieprocedure»* zijn, als bedoeld in artikel 5 van de Insolventieverordening. Als dit het geval is, dient de rechter dit op basis van het veertiende lid te vermelden in zijn aanwijzingsbeslissing. Belanghebbende schuldeisers die niet eerder in staat zijn gesteld hun zienswijze kenbaar te maken, kunnen deze beslissing dan nog aanvechten op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid. Deze verzetsmogelijkheid is eveneens geregeld in het veertiende lid en vloeit voort uit artikel 5, eerste lid, van de Insolventieverordening.

Als de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt toegepast en de Insolventieverordening van toepassing is, dienen de voorschriften die daarin zijn opgenomen ten aanzien van de bekendmaking van de lopende procedure te worden nageleefd. Aan het slot van het tweede lid is bepaald dat artikel 370, vierde lid, dan van overeenkomstige toepassing is. Voor een nadere uitleg hierbij wordt verwezen naar de toelichting bij die bepaling.

Lid 3, 4, 5 en 10:

Op basis van het derde lid geldt als voorwaarde voor de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige dat de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Hiermee wordt voor de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige aangesloten bij de voorwaarde waaraan – ingevolge artikel 370, eerste lid – voldaan moet zijn, wil de schuldenaar een akkoord tot stand kunnen brengen op basis van de WHOA. Voor een nadere toelichting hierop wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 370, eerste lid.
Als dit nodig is om een beslissing te kunnen nemen, kan de rechter een deskundige vragen om te onderzoeken of de schuldenaar inderdaad verkeert in een dergelijke toestand van onvermijdelijke insolventie. Dit laatste is geregeld in het vierde lid.

Is aangetoond dat de schuldenaar verkeert in een toestand van onvermijdelijke insolventie, dan zal de rechtbank een aanwijzingsverzoek doorgaans honoreren. Alleen wanneer summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet gediend zijn bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, zal de rechtbank hiertoe niet overgaan. Dit laatste kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als het aanwijzingsverzoek is ingediend door een schuldeiser die dit klaarblijkelijk doet met geen ander doel dan om een vergevorderd en kansrijk herstructureringstraject te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren, terwijl de gezamenlijke schuldeisers door dergelijk strategisch gedrag en de daarmee veroorzaakte vertraging nadeel ondervinden.

Uit het voorgaande spreekt de gedachte dat de WHOA vooral ook bedoeld is ter behartiging van de belangen van schuldeisers en van andere betrokkenen – zoals werknemers – die graag willen dat de onderneming wordt voortgezet, maar geconfronteerd worden met een kleine groep schuldeisers of onwillige aandeelhouders die een reddingspoging blokkeren. De aanwijzing van de herstructureringsdeskundige ziet erop dat er een poging wordt gedaan om te voorkomen dat het faillissements-scenario dat dreigt, zich daadwerkelijk gaat voordoen. Zeker wanneer de schuldenaar zelf geen of onvoldoende actie lijkt te ondernemen, is het belang van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige voor de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen eigenlijk al gegeven. Maar ook als de schuldenaar al wel met de voorbereiding van een akkoord gestart is, kan de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige toch gewenst zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval als bij een schuldenaar-rechtspersoon de onafhankelijkheid van het bestuur niet boven iedere twijfel verheven is. Als de poging om een akkoord tot stand te brengen wordt overgenomen door een externe onafhankelijke herstructurerings-deskundige, kan dit het vertrouwen in het proces en daarmee de slagingskans vergroten. De benoeming van een onafhankelijke door de rechtbank aangewezen herstructureringsdeskundige kan eventuele vrees voor misbruik helpen voorkomen. Echter, hoe verder het door de schuldenaar aangeboden akkoord is gevorderd en hoe groter de steun van de betrokken schuldeisers voor dat akkoord, hoe groter het belang van de schuldeisers bij een voortvarende afronding door de schuldenaar van het door hem ingezette akkoordtraject. De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige zal een reeds ingezet traject hoe dan ook vertragen. De herstructureringsdeskundige zal zich altijd van vooraf af aan moet inwerken. Steeds zal moeten worden afgewogen of de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige voor de gezamenlijke schuldeisers direct of indirect meerwaarde oplevert die opweegt tegen de daar tegenoverstaande kosten en mogelijke vertraging. Is het aanwijzings-verzoek ingediend door de schuldenaar zelf of wordt het verzoek gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, dan wordt er in het derde lid van uitgegaan dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en zal de rechter het verzoek moeten honoreren. Dit sluit ook aan bij artikel 5 lid 3, onderdeel c, van de richtlijn. In artikel 5 lid 3 is bepaald dat de lidstaten in tenminste drie specifiek benoemde gevallen moeten voorzien in *«de aanstelling van een deskundige op het gebied van herstructurering om de schuldenaar en de schuldeisers te assisteren bij de onderhandelingen»*. Eén van die gevallen – genoemd in onderdeel c – betreft de situatie waarin de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers daarom heeft verzocht.

Gaat de rechtbank over tot een aanwijzing, dan stelt zij ook het salaris van de herstructureringsdeskundige vast en bepaalt zij hoeveel de werkzaam-heden van de herstructureringsdeskundige en van de door hem op ingeschakelde derden, ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan nadien nog door de rechtbank worden verhoogd. In beginsel dient de schul-denaar de kosten te vergoeden. Als de aanwijzing van de herstructure-ringsdeskundige echter is gevolgd op een verzoek dat gesteund werd door de meerderheid van de schuldeisers, worden de kosten gedragen door de schuldeisers. Dit sluit aan bij het eerder genoemde artikel 5 lid 3, onderdeel c, van de richtlijn. De rechtbank kan aan de aanwijzing de voorwaarde verbinden van zekerheidstelling of bijschrijving van een voorschot op de rekening van het gerecht. Dit alles is geregeld in het tiende lid.

Voordat de rechter beslissingen neemt ten aanzien van de hiervoor toegelichte kwesties, stelt hij de schuldenaar, de schuldeisers of aandeelhouders, dan wel de OR of de personeelsvertegenwoordiging die om de aanwijzing hebben gevraagd, en, indien aan de orde, de observator of de herstructureringsdeskundige eerst nog de gelegenheid elk hun zienswijze te geven. Dit volgt uit het vijfde lid.

Lid 7 tot en met 9:

De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige brengt op basis van het zevende en het achtste lid mee dat – voor zover dit nodig is om de herstructureringsdeskundige in staat te stellen zijn taak goed te kunnen vervullen:
– de herstructureringsdeskundige toegang krijgt tot de volledige bedrijfsadministratie en alle overige relevante bedrijfsinformatie, en
– de schuldenaar de herstructureringsdeskundige gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen moeten verschaffen en medewerking moeten verlenen.

Dit laatste geldt ook voor de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers en, als de schuldenaar een vennootschap is, voor de bestuurders, commissarissen en aandeelhouders. Hiermee sluit het wetsvoorstel aan bij de artikelen 105 en 105a Fw betreffende de informatie- en medewerkingsplicht van de failliet jegens de curator.
Als het bestuur verzuimt om medewerking te verlenen, kan de herstructureringsdeskundige de rechter vragen om het bestuur daartoe alsnog te dwingen, eventueel op straffe van een dwangsom (artikel 3:296 BW in combinatie met artikel 611a Rv). Daarnaast kan een weigering van het bestuur om mee te werken zich ook kwalificeren als onbehoorlijk bestuur. Mocht een faillietverklaring volgen en nadien blijken dat de onwillige houding van het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dan zouden de bestuurders op basis van de artikelen 2:138 en 248 BW hoofdelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor het tekort in faillissement.

Om ongewenste verspreiding van gevoelige informatie te vermijden, is in het negende lid bepaald dat de herstructureringsdeskundige de verkregen informatie slechts met derden zal delen voor zover dit noodzakelijk is in het kader van de totstandkoming van het akkoord. Afhankelijk van de omstandigheden kan het daarbij aangewezen zijn dat de herstructureringsdeskundige informatie niet met een derde deelt dan nadat hij met die derde onder de gebruikelijk voorwaarden geheimhouding heeft afgesproken.

Lid 6 en 11

In het zesde lid is bepaald dat de herstructureringsdeskundige zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk moet uitvoeren. Om hiertoe in staat te zijn, zal de herstructureringsdeskundige iemand moeten zijn die beschikt over financiële kennis en kennis op het terrein van het insolventierecht. Ook moet hij beschikken over ervaring met herstructureringen van schulden bij ondernemingen. In internationale gevallen zou de rechtbank, als haar dat geraden voorkomt, ook een insolventiefunctionaris in een buitenlandse insolventieprocedure tot herstructureringsdeskundige kunnen aanwijzen (zie in dit verband ook paragraaf 50 en artikelen 42 lid 3 onder a en 57 lid 3 onder a van de Insolventieverordening).

De herstructureringsdeskundige is op basis van het elfde lid niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van de poging om een akkoord tot stand te brengen, tenzij hem een persoonlijk ernstig verwijt treft dat hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een

over voldoende inzicht en ervaring beschikkende herstructureringsdeskundige die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Hierbij sluit de regeling aan bij de in de jurisprudentie ontwikkelde «Maclou-norm»[37] die leidend is bij de bepaling van de eventuele aansprakelijkheid van de faillissementscurator.

Lid 12 en 13

Uit het dertiende lid volgt dat de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige in beginsel van rechtswege eindigt zodra de rechtbank het door de herstructureringsdeskundige aangeboden akkoord heeft gehomologeerd. De rechtbank kan in het vonnis tot homologatie van het akkoord echter bepalen dat de herstructureringsdeskundige nog wat langer aanblijft, bijvoorbeeld omdat het wenselijk is dat hij ook de uitvoering van het akkoord nog kan begeleiden.
Het twaalfde lid houdt rekening met de mogelijkheid dat op een eerder moment in het traject al duidelijk wordt dat het niet zal lukken om een akkoord tot stand te brengen. Bepaald is dat de herstructureringsdeskundige de rechtbank hiervan op de hoogte moet stellen. Dit zal er in beginsel toe leiden dat de rechtbank aanwijzing intrekt. Voordat de rechter hierover een beslissing neemt, geeft hij de schuldenaar en de schuldeisers of de aandeelhouders, dan wel de OR of de personeelsvertegenwoordiging die om de aanwijzing hebben gevraagd en de herstructureringsdeskundige eerst nog de gelegenheid elk hun zienswijze te geven (vijfde lid).

Artikel 372

Artikel 372 regelt dat het akkoord kan voorzien in een wijziging van de rechten van schuldeisers jegens rechtspersonen die samen met de schuldenaar een groep vormen als bedoeld in artikel 2:24b BW. Bedoeld is de situatie waarin de schuldenaar die een akkoord aanbiedt (hierna: de hoofdschuldenaar) een economische en organisatorische eenheid vormt met andere rechtspersonen en er sprake is van groepsgaranties. Zo kan afgesproken zijn dat een andere rechtspersoon binnen de groep borg staat voor de nakoming van de verplichtingen van de hoofdschuldenaar.

Lid 1 en 2:

Mocht een schuldeiser betrokken worden bij een akkoord en wordt zijn vorderingsrecht in dat kader gewijzigd, dan behoudt hij het recht om een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, die aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, aan te spreken tot voldoening van zijn oorspronkelijke vordering in de vorm en op het tijdstip zoals afgesproken vóór de homologatie van het akkoord (artikel 370, tweede lid, eerste zin). Artikel 372 maakt een uitzondering op deze regeling voor groepsgaranties die zijn afgegeven door rechtspersonen die onderdeel vormen van dezelfde groep. Als voldaan is aan de volgende vier voorwaarden, kan het akkoord ook voorzien in een wijziging van de rechten van de schuldeisers jegens een borg of een medeschuldenaar niet meer kan aanspreken voor de voldoening van de schuld van de schuldenaar (eerste lid):
– het akkoord brengt een wijziging aan in de rechten van schuldeisers die voortvloeien uit door de desbetreffende rechtspersonen verstrekte groepsgaranties of uit verbintenissen waarvoor die rechtspersonen met of naast de schuldenaar aansprakelijk zijn (onderdeel a);

[37] HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (Maclou).

– de betrokken rechtspersonen verkeren – evenals de hoofdschuldenaar – in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van hun schulden niet zullen kunnen voortgaan (onderdeel b);
– de betrokken rechtspersonen moeten met de voorgestelde wijziging hebben ingestemd of, als dat niet zo is, moet het akkoord zijn aangeboden door een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 (onderdeel c), en
– de rechtbank moet beschikken over rechtsmacht om een homologatieverzoek betreffende een dergelijk breed akkoord te kunnen behandelen (onderdeel d).

De hoofdschuldenaar kan op grond van artikel 372 alleen verplichtingen van aansprakelijke groepsvennootschappen in zijn akkoord betrekken, indien de betrokken groepsvennootschappen niet reeds zelf een akkoord tot herstructurering van de betreffende verplichtingen hebben aangeboden.

Uit het tweede lid volgt dat een breed akkoord alleen in aanmerking komt voor homologatie door de rechter als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord ten aanzien van alle betrokken rechtspersonen binnen de groep voldoet aan de in de WHOA opgenomen eisen (artikelen 383, eerste lid, en 384, eerste lid).

Lid 3:

Om de akkoordprocedure overzichtelijk te houden, is bepaald dat wanneer er een breed akkoord wordt aangeboden de hoofdschuldenaar of de herstructureringsdeskundige het voortouw houdt en dat hij bij uitsluiting bevoegd is om verzoeken in te dienen als bedoeld in de artikelen 376, eerste lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, eerste lid. Dit betreft verzoeken aan de rechter tot:
– afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376, eerste lid);
– het geven van een tussentijds rechterlijk oordeel (artikel 378, eerste lid);
– het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (artikel 379, eerste lid), en
– homologatie van het akkoord (artikel 383, eerste lid).

Artikel 373

Artikel 373 biedt in de eerste plaats de mogelijkheid om ook lopende overeenkomsten te herstructureren. Naast de schuldenaar kan ook de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, hiervan gebruik maken. Bij deze bepaling kan gedacht worden aan een huurovereenkomst die als een molensteen rond de nek van de onderneming hangt. De bepaling kan worden toegepast op alle type overeenkomsten, behalve op arbeidsovereenkomsten (artikel 369, vierde lid).

Daarnaast regelt dit artikel dat zogenoemde *«ipso facto-clausules»* zonder gevolg blijven. Bedoeld zijn contractsbepalingen die automatisch contractuele gevolgen verbinden aan het openen van een akkoordprocedure of gebeurtenissen of handelingen die daarmee verband houden. De voorgestelde bepaling is nodig om te voorkomen dat waardevolle overeenkomsten als gevolg van de herstructurering verloren gaan. De wederpartij bij deze overeenkomsten heeft geen rechtens te respecteren belang om zich aan de overeenkomst te onttrekken. Hij krijgt na de homologatie van het akkoord juist een debiteur die weer financieel gezond is.

Deze regeling sluit aan op artikel 7 lid 4 en 5 van de richtlijn. In de eerste alinea van artikel 7 lid 4 en 5 van de richtlijn is – kort gezegd – bepaald dat de lidstaten moeten voorzien in regels die ervoor dat *«essentiele contracten»* in stand blijven. De lidstaten krijgen de mogelijkheid om ook *«niet-essentiële overeenkomsten»* onder het toepassingsbereik van deze regels te laten vallen.

Lid 1:

In het eerste lid is bepaald dat de schuldenaar zijn wederpartij een voorstel kan doen tot wijziging of beëindiging van de overeenkomst. Dit is nu al gebruikelijk als een schuldenaar voorziet dat hij op termijn niet meer in staat zal zijn om aan de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen te voldoen. Nieuw is dat de schuldenaar op basis van het eerste lid de mogelijkheid krijgt om de overeenkomst eenzijdig te beëindigen als de wederpartij niet instemt met een voorgestelde vrijwillige wijziging of beëindiging. De schuldenaar kan van deze mogelijkheid gebruik maken als de rechter:
a. toestemming verleent voor de tussentijdse opzegging, en
b. het akkoord homologeert.

Uit de voorwaarde onder a vloeit voort dat de schuldenaar zijn homologatieverzoek zal moeten vergezellen van een verzoek tot het verlenen van toestemming voor de eenzijdige opzegging van de overeenkomst (artikel 383, zevende lid). Uit artikel 384, vijfde lid, volgt dat de rechter dit verzoek zal honoreren als de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken. Hiermee wordt voor de toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst aangesloten bij de voorwaarde waaraan – ingevolge artikel 370, eerste lid – voldaan moet zijn, wil de schuldenaar een akkoord tot stand kunnen brengen op basis van de voorgestelde regeling. Voor een nadere toelichting hierop wordt verwezen naar de toelichting bij die artikel 370, eerste lid.

Verleent de rechter toestemming voor de opzegging en homologeert hij het akkoord, dan vindt de eenzijdige opzegging van rechtswege plaats op de dag waarop het vonnis tot homologatie van het akkoord is gewezen tegen de termijn die de schuldenaar heeft voorgesteld, tenzij de rechter deze termijn onredelijk acht. In dat laatste geval zal de rechter in zijn beslissing op het verzoek om toestemming voor de opzegging een termijn vaststellen. Die termijn is in ieder geval niet langer dan drie maanden.

Buiten de schuldenaar kan ook de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, gebruik maken van de in het eerste lid geboden mogelijkheid om lopende overeenkomsten te herstructureren.

Lid 2:

De (concurrente) schadevordering die de wederpartij mogelijk toekomt na de eenzijdige tussentijdse opzegging van de overeenkomst, kan de schuldenaar betrekken in het akkoord. Dit is bepaald in het tweede lid. Kiest de schuldenaar hiervoor, dan maakt dit de wederpartij bij de overeenkomst stemgerechtigd schuldeiser met alle rechten die hem op basis van de WHOA toekomen. De wederpartij heeft dan onder meer het recht om over het akkoord te stemmen en het recht om de rechter te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikelen 381, derde lid, en 383, achtste lid).

Betrekt de schuldenaar de schadevordering die de wederpartij mogelijk heeft, niet in het akkoord, dan betekent dit feitelijk dat na de opzegging de schadevordering volledig zal moeten worden voldaan. De wederpartij is dan geen stemgerechtigd schuldeiser, omdat zijn recht op schadevergoeding op geen enkele wijze wordt gewijzigd. De wederpartij heeft in dat geval dus ook niet het recht om over het akkoord te stemmen en hij kan zich ook niet verzetten tegen de homologatie van het akkoord. De wederpartij kan de rechter wel verzoeken om geen toestemming te geven voor de opzegging van de overeenkomst op de grond dat de toestand van onvermijdelijke insolventie niet bestaat (artikelen 383, achtste lid, en 384, vijfde lid). Slaagt dit verzoek van de wederpartij, dan zal dit automatisch betekenen dat ook het akkoord niet kan worden gehomologeerd. Ook daarvoor geldt immers als voorwaarde dat de schuldenaar moet verkeren in een toestand van onvermijdelijke insolventie (artikel 384, tweede lid, onder a).

Lid 3 en 4:

Uit de bepaling die in het derde lid is opgenomen, volgt dat het aanbieden van een akkoord geen grond is voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Deze bepaling heeft de volgende achtergrond. Het reguliere overeenkomstenrecht blijft na invoering van de WHOA in beginsel van kracht. Contractspartijen zouden na de inwerkingtreding van de WHOA in hun overeenkomsten bepalingen (zogenoemde *«ipso-factoclausules»)* kunnen opnemen op grond waarvan de wederpartij van een schuldenaar lopende overeenkomsten zou kunnen beëindigen zodra deze schuldenaar start met de voorbereiding van een akkoord of er een herstructureringsdeskundige is aangewezen die dit oppakt. Dit zou zelfs kunnen als de schuldenaar nimmer tekort is geschoten en heeft aangegeven de overeenkomst te kunnen en willen blijven nakomen. Hier wordt nu een stokje voor gestoken. Vooral wanneer de bedrijfsvoering afhankelijk is van bepaalde contracten – zoals overeenkomsten met leveranciers, afnemers, werknemers en automatiseerders – is het voor het voortbestaan van de onderneming van cruciaal belang dat deze overeenkomsten in stand blijven.

Op basis van het derde lid blijven *«ipso-factoclausules»* zonder gevolg. Dit geldt zowel voor clausules die automatisch rechtsgevolg verbinden aan het aanbieden van het akkoord als clausules die daar beëindigingsrechten aan koppelen. Bovendien geldt de regel evenzeer voor clausules die de werking daarvan niet laten afhangen van het aanbieden van het akkoord, maar van gebeurtenissen of handelingen die daarmee samenhangen. Het gaat dan bijvoorbeeld om het onderhandelen over een akkoordvoorstel of de uitvoering van een gehomologeerd akkoord. Met dit laatste wordt onder meer zeker gesteld dat een akkoord dat een *«debt-for-equity-swap»* inhoudt, niet doorkruist kan worden door een *«change-of-control»* bepaling. Verder volgt uit het derde lid dat de voorbereiding, aanbieding of uitvoering van een akkoord evenmin een grond op kan leveren voor het vervroegd inroepen van de gevolgen van verzuim op grond van artikel 6:80 BW. Ook als een beroep wordt gedaan op de in de regeling opgenomen voorzieningen die de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige ten dienst staan om een akkoord tot stand te kunnen brengen (zie paragraaf 3.7), is dit aan te merken als een gebeurtenis of handeling die rechtstreeks verband houdt met het voorbereiden en aanbieden van een akkoord. Dit gaat dan bijvoorbeeld om de afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376). Ook dan blijven *«ipso-factoclausules»* zonder gevolg.

Het derde lid geldt voor alle schuldeisers en dus ook voor de schuldeisers waarvan de rechten niet worden gewijzigd op basis van het akkoord en schuldeisers die niet worden geraakt door de afkoelingsperiode.

Het vierde lid ziet specifiek op de situatie waarin een afkoelingsperiode is afgekondigd. In dat geval geldt dat zolang de afkoelingsperiode voortduurt, een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór die periode ook niet mag worden aangegrepen als grond voor – kort gezegd – beëindiging, opschorting of ontbinding van een overeenkomst met de schuldenaar. Anders dan onder het derde lid is onder het vierde lid echter wel vereist dat de schuldenaar voor de nakoming van nieuwe verplichtingen onder de overeenkomst die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode, zekerheid stelt. Met de regeling in het vierde lid wordt enerzijds voorkomen dat een afkoelingsperiode die tot doel heeft om de schuldenaar enige tijd en rust te gunnen om het akkoord tot stand te kunnen brengen, alsnog geen effect heeft. Anderzijds zorgt de regeling ervoor dat de belangen van de wederpartij die reeds met een verzuim is geconfronteerd, voldoende zijn gewaarborgd. Onder het derde lid is de schuldenaar niet verplicht voor nieuwe verplichtingen zekerheid te stellen. De reden hiervoor is dat het derde lid uitgaat van de situatie waarin de schuldenaar niet in verzuim is geweest. Een verplichting tot zekerheidsstelling zou de financiële moeilijkheden die de schuldenaar al ondervindt, kunnen vergroten en de bedrijfsuitoefening van de schuldenaar daarmee tot een halt kunnen brengen of deze verder kunnen belemmeren. Dit kan de belangen van de gezamenlijke crediteuren schaden, terwijl een wederpartij bij een overeenkomst die volledig en stipt wordt nagekomen geen grond heeft zich aan de overeenkomst te onttrekken of voor de voortzetting daarvan zekerheid te verlangen. Dit is anders voor een wederpartij die wel al met verzuim van de schuldenaar te maken heeft gehad.
In beide gevallen – zowel die onder het derde als het vierde lid – geldt dat het bestuur van een schuldenaar-rechtspersoon aansprakelijk is voor nieuwe verplichtingen als deze worden aangegaan terwijl het bestuur weet of behoort te weten dat de rechtspersoon die niet zal kunnen voldoen (Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel)).

Artikel 374

Artikel 374 schrijft voor wanneer het akkoord moet voorzien in een klassenindeling. Deze verplichting bestaat als bij het akkoord – kort gezegd – verschillende categorieën van schuldeisers en aandeelhouders worden betrokken. Dit is ingevolge artikel 374 aan de orde als de schuldeisers en aandeelhouders in faillissement rechten hebben of op basis van het akkoord rechten krijgen die zodanig verschillend zijn, dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. Als de schuldeisers en aandeelhouders geen vergelijkbare positie hebben, beoordelen zij een akkoord doorgaans anders. Het is van belang dat hiermee rekening wordt gehouden. Dit is namelijk bepalend bij de vraag of een akkoord in aanmerking komt voor homologatie. Eerder is toegelicht in paragraaf 3.1 van het algemeen deel van deze toelichting dat het akkoord alleen in aanmerking kan komen voor homologatie door de rechter, als:
– er in ieder geval één categorie van betrokken schuldeisers of aandeelhouders is die het akkoord met de vereiste meerderheid steunt, en
– het akkoord een herstructureringsvoorstel omvat dat *redelijk* is ten opzichte van de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Dit betekent in ieder geval dat:
    a) de schuldeisers en aandeelhouders op basis van het akkoord niet in een aanmerkelijk slechtere positie mogen komen dan in faillissement, en

b) de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd (dat wil zeggen de *«going concern»* of reorganisatiewaarde van de betrokken onderneming) *eerlijk* onder de schuldeisers en aandeelhouders moet zijn verdeeld.

Als alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en de besluitvorming zuiver is geweest (dat wil zeggen dat geen sprake is van één van de afwijzingsgronden opgenomen in artikel 384, tweede lid), mag ervan worden uitgegaan dat het akkoord *redelijk* is. Het is echter mogelijk dat er schuldeisers of aandeelhouders zijn die niet met het akkoord hebben ingestemd en zich verzetten tegen de homologatie. Als deze schuldeisers of aandeelhouders kunnen aantonen dat het akkoord toch *onredelijk* is omdat zij op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie komen dan in faillissement, wijst de rechter het homologatieverzoek alsnog af (artikel 384, derde lid). Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan is bepalend hoe in het aangeboden akkoord de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, verdeeld wordt onder de betrokken klassen. Bij die verdeling mag niet ten nadele van een tegenstemmende klasse worden afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar. Als er schuldeisers of aandeelhouders zijn die met de meerderheid van hun klasse tegen het akkoord hebben gestemd en aantonen dat het akkoord niet aan deze voorwaarde voldoet, is dit eveneens een reden voor de rechter om het homologatieverzoek af te wijzen (artikel 384, vierde lid). Dit komt omdat het akkoord in dat geval een herstructureringsplan omvat waarin de reorganisatiewaarde *oneerlijk* is verdeeld.

Hieruit volgt het belang van de klasseindeling bij akkoorden die betrekking hebben op verschillende categorieën schuldeisers en aandeelhouders. De klasseindeling helpt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, bij het opstellen van het herstructureringsplan en stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders en de rechter bij de beoordeling van dat plan. De klassenindeling biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid om inzichtelijk te maken hoe wordt voldaan aan de voorwaarde dat het akkoord *redelijk* moet zijn. De klassenindeling stelt de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders in staat om voor de stemming te verifiëren of dit het geval is en na de stemming of er voldoende steun bestaat voor het akkoord. Voor de rechter is de klassenindeling belangrijke factor bij het beantwoorden van de vraag of de besluitvorming over het akkoord zuiver is geweest.

Uit artikel 374 volgt concreet dat:
- de te onderscheiden categorieën schuldeisers en aandeelhouders in het akkoord in verschillende klassen moeten worden ingedeeld;
- iedere klasse een op die klasse afgestemd voorstel moet krijgen (artikel 375), en
- in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord moet plaatsvinden (artikel 381, zesde lid).

Bij de klasseindeling is leidend welke rechten de schuldeisers en aandeelhouders hebben in faillissement en welke rechten zij krijgen op basis van het akkoord. In ieder geval dienen schuldeisers of aandeelhouders die een verschillende rang hebben bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar, in verschillende klassen te worden ingedeeld. Daarbij kunnen verschillen in rang voortvloeien uit Titel 10 van Boek 3 van het BW, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling dan wel een contractuele regeling. Ten aanzien van een uit de wettelijke rangregeling voortvloeiende klassenindeling moet gedacht worden aan verschillende klassen voor bijvoorbeeld de crediteuren met een pand- of hypotheekrecht, de crediteuren met een eigendomsvoorbehoud of de concurrente crediteuren. Bij contractuele regelingen die bepalen in welke

volgorde schuldeisers verhaal kunnen nemen betreft het bijvoorbeeld achterstellingsovereenkomsten of een *«intercreditor agreement»*. Dit laatste is een overeenkomst tussen de schuldenaar en meerdere schuldeisers die samen een lening verstrekken. In de overeenkomst zijn – kort gezegd – afspraken vastgelegd over de relatie tussen de verschillende kredietverstrekkers en over wat er gebeurt als de schuldenaar de voorwaarden van de lening niet nakomt.
Bij de klassendeling kan – maar dit hoeft dus niet – ook rekening gehouden worden met andere factoren die van invloed kunnen zijn op de manier waarop schuldeisers en aandeelhouders het akkoord beoordelen. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om de verschillende fiscale gevolgen die het akkoord heeft voor de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Om redenen van eenvoud en hanteerbaarheid, is er voor gekozen om een klassenindeling alleen verplicht voor te schrijven als er een akkoord wordt aangeboden aan schuldeisers of aandeelhouders met verschillende (bij faillissement) bestaande of (op basis van het akkoord aangeboden) nieuwe rechten. Zou bij de klassenindeling met meer factoren rekening moeten worden gehouden, dan zou dat de klassenindeling te complex maken. Dit zou afbreuk doen aan de beoogde eenvoud en efficiëntie van de regeling.

Het is mogelijk dat een schuldeiser voor dezelfde vordering in verschillende klassen wordt ingedeeld, bijvoorbeeld omdat een deel van de vordering gedekt is door een pand- of hypotheekrecht en een deel niet. Deze schuldeiser moet voor het deel van zijn vordering dat wordt gedekt door het onderpand, ingedeeld worden in een klasse van zekerheidsgerechtigde schuldeisers. Voor het overige deel van zijn vordering moet hij worden ingedeeld in een klasse van concurrente schuldeisers. De schuldeiser stemt dan ook in beide klassen.

Het staat de schuldenaar vrij om één categorie schuldeisers onder te verdelen in verschillende klassen. Daarbij kan hij die klassen ook ieder een ander aanbod doen en kan het zelfs zo zijn dat de ene klasse daarbij beter wordt bedeeld dan de andere klasse. Wil het akkoord in dit laatste geval in aanmerking kunnen komen voor homologatie, dan zal de schuldenaar er echter wel voor moeten zorgen:
– dat de minder bedeelde klasse met de vereiste meerderheid instemt met het akkoord en daarmee met de keuze om de andere klasse een beter bod te doen, of
– dat hij een redelijke grond kan aandragen voor zijn keuze om een onderscheid te maken en kan aantonen dat de schuldeisers in de minder bedeelde klasse daardoor niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

Artikel 374 sluit aan bij de eerste alinea van artikel 9 lid 4 van de richtlijn. Hierin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat *«de betrokken partijen in afzonderlijke categorieën worden behandeld die, krachtens nationaal recht, voldoende gedeelde belangen weerspiegelen op basis van verifieerbare criteria»*. Ook is voorgeschreven dat *«schuldeisers van door een zekerheid gedekte vorderingen en niet door een zekerheid gedekte vorderingen in ieder geval in afzonderlijke categorieën worden behandeld* [...]».

Artikel 375

Artikel 375 bepaalt welke informatie opgenomen moet worden in het akkoord en welke informatie daarbij overlegd moet worden. Deze bepaling heeft vooral tot doel ervoor te zorgen dat de schuldeisers en aandeelhouders de informatie krijgen die zij nodig hebben om effectief gebruik te kunnen maken van hun stemrecht op basis van artikel 381.

Het artikel sluit aan bij artikel 8 lid 1 van de richtlijn. Hierin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat een herstructureringsplan dat ter stemming aan de schuldeisers en aandeelhouders wordt voorgelegd, ten minste bepaalde informatie moet bevatten. Het is de lidstaten toegestaan om de informatievoorschriften aan te vullen. De onderdelen a, b, i en l van het eerste lid en de onderdelen a, b, c, d en e van het tweede lid sluiten aan bij artikel 8 lid 1 van de richtlijn. De overige onderdelen van artikel 375 betreffen aanvullingen op de in artikel 8 lid 1 van de richtlijn voorgeschreven informatie.

Lid 1 en 2:

Het eerste lid omvat in de eerste plaats als uitgangspunt dat het akkoord alle informatie dient te omvatten die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich voor het plaatsvinden van de stemming een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over het akkoord. Voorts wordt in het eerste en het tweede lid voorgeschreven welke informatie altijd in het akkoord opgenomen moet zijn of aan het akkoord gehecht moet zijn. Deze lijst met informatie is niet limitatief.

De informatie genoemd in het eerste lid moet in het akkoord zelf worden opgenomen. De informatie die is opgenomen in het tweede lid is omvangrijker en kan daarom beter als bijlage bij het akkoord worden gevoegd. Verder bestaat er geen onderscheid tussen de informatie in het eerste en het tweede lid. In artikel 384, tweede lid, onderdeel c, is bepaald dat de rechter een verzoek tot homologatie van het akkoord afwijst als het akkoord zelf of de daarbij overgelegde bescheiden niet alle in artikel 375 genoemde informatie omvat.

De voorgeschreven informatie moet de schuldeisers en aandeelhouders in staat stellen:
– te overzien wat voor hen de gevolgen zijn van het akkoord (lid 1, onderdelen c, d en h);
– in te schatten of de totstandkoming van het akkoord *noodzakelijk* is om een dreigend faillissement af te wenden en of het akkoord *redelijk* is (lid 1, onderdelen c, e, f, g en lid 2), en
– te vernemen hoe zij zich verder kunnen laten informeren (onderdeel j) alsmede hoe en wanneer zij hun stem over het akkoord zullen kunnen uitbrengen (onderdeel k).

Uiteraard dient de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zich ervan te vergewissen dat de verstrekte informatie correct en duidelijk is. Dit om een onzuivere besluitvorming betreffende het al dan niet kunnen instemmen met het akkoord bij de schuldeisers en aandeelhouders te voorkomen.

In onderdeel e van het eerste lid is bepaald dat het akkoord informatie dient te omvatten over *«waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt»*. Deze bepaling verwijst naar de waarde die met de uitvoering van het akkoord voor de schuldeisers en aandeelhouders behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden. In de Amerikaanse praktijk spreekt men over de *«reorganization value»* wat men zou kunnen vertalen als de reorganisatiewaarde. Er zijn twee scenario's die uit het akkoord kunnen voortvloeien: 1) de *(«going concern»)* voortzetting van de activiteiten van de onderneming en 2) de stopzetting en afwikkeling van de onderneming buiten faillissement. Een combinatie van deze scenario's is ook mogelijk. Daarbij worden enkele onderdelen van de onderneming stopgezet, terwijl de andere onderdelen worden voortgezet.
Onderdeel f van het eerste lid schrijft voor dat in het akkoord ook informatie moet zijn opgenomen over *«de opbrengst die naar*

verwachting gerealiseerd wordt bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement». Deze bepaling verwijst naar de waarde die voor de schuldeisers overblijft als het akkoord niet tot stand komt. Dit betreft niet zonder meer de liquidatiewaarde van activa als deze in faillissement los van elkaar te gelde worden gemaakt. Bestaat er een mogelijkheid dat in faillissement een activatransactie zou kunnen plaatsvinden waarbij bedrijfsonderdelen worden verkocht die vervolgens door de koper worden voortgezet, dan zal de opbrengst vaak hoger zijn dan de liquidatiewaarde van de afzonderlijke activa. In dat geval dient de *«going concern»* waarde die bij een dergelijke verkoop kan worden gerealiseerd te worden vermeld.
Op basis van onderdeel g van het eerste lid moet in het akkoord ook toegelicht worden hoe de schuldenaar dan wel de herstructureringsdeskundige op deze genoemde waardes is gekomen en in het bijzonder welke uitgangspunten en aannames daaraan tegen grondslag liggen. Dit laatste is van belang omdat schuldeisers de waarde berekeningen dan ook kunnen verifiëren.[38] In de consultatie werd door enkele respondenten gepleit voor de verplichting voor de schuldenaar om een door een onafhankelijk deskundige opgemaakt waarderingsrapport te overleggen. Een dergelijke verplichting zou echter een niet te veronachtzamen kostenpost meebrengen. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de regeling voor bepaalde ondernemingen wellicht ontoegankelijk wordt. Daarbij moet vooral gedacht worden aan MKB-bedrijven. Een wettelijke plicht hiertoe zou vooral voor hen een onevenredige last vormen. Dit geldt te meer omdat een dergelijke rapportage vaak niet nodig zal zijn. Ook kennen de huidige akkoordregelingen in faillissement en surseance een dergelijke plicht niet. Bovendien is een extern adviseur die door de schuldenaar wordt ingeschakeld en geïnstrueerd, niet werkelijk onafhankelijk te noemen. Hij zal zich altijd in meer of mindere mate door de schuldenaar als zijn opdrachtgever laten leiden. Het vertrouwen dat schuldeisers in diens rapportage kunnen stellen, is in dit opzicht dan ook betrekkelijk. Schuldeisers zullen meer vertrouwen stellen in een rapportage van een deskundige die door de rechtbank benoemd wordt en werkelijk onafhankelijk is, dat wil zeggen een rapportage van;
– een onafhankelijke deskundige als bedoeld in de artikelen 378, vijfde lid, en 384, zesde lid, of
– de herstructureringsdeskundige, dan wel een door hem ingeschakelde externe adviseur.

Wordt de schuldenaar wettelijk verplicht om altijd zelf ook een externe adviseur in te schakelen, dan kan dit tot een vermenigvuldiging van kosten leiden. Gelet hierop is ervoor gekozen om de overlegging van een waarderingsrapport niet verplicht te stellen. Wel geldt dat wanneer de rechter uiteindelijk zal worden betrokken bij het traject en er in het kader van de door hem te nemen beslissingen waarderingsvragen opkomen, het voordelen kan hebben wanneer er al een waarderingsrapport beschikbaar is. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige kunnen hierin een eigen afweging maken.

Ten aanzien van de informatie die wordt genoemd in het eerste lid, onderdeel h, wordt nog het volgende opgemerkt. Het akkoord kan voorzien in een toedeling van rechten aan de schuldeisers en aandeelhouders. Dit kan zijn het recht op een uitkering in geld, maar ook een uitkering in een andere vorm; zoals obligaties of aandelen. Het eerste lid, onderdeel h, schrijft voor dat de schuldeisers in dat geval dienen te worden geïnformeerd over wanneer de toedeling van de rechten zal plaatsvinden. Bedoeld is dat het akkoord moet vermelden wanneer het

[38] S.W. van den Berg, *«Waarderingsvragen in het ondernemingsrecht en insolventierecht»* (diss. 2019).

geld zal worden uitbetaald of wanneer de obligaties of aandelen zullen worden uitgegeven.

Op basis van onderdeel d van het tweede lid moet ook inzicht gegeven worden in de financiële positie van de schuldenaar. Welke informatie daartoe precies overgelegd moet worden, hangt af van de omstandigheden van het geval. Veelal zal het gaan om (historische en vooruitkijkende) informatie over de vermogenspositie (de balans), de resultaten (de verlies- en winstrekening) en de liquiditeitspositie (de herkomst en besteding van middelen en de liquiditeitsprognose) van de schuldenaar.

Lid 3:

Voor het geval het in de toekomst nodig mocht blijken om de lijst met informatie uit te breiden of nadere regels te stellen omtrent de wijze waarop de informatie dient te worden verstrekt, is in het derde lid voorzien in de mogelijkheid om hierover bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen.

Artikel 376

Artikel 376 biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen jegens alle schuldeisers of een aantal van hen. Artikel 376 is erop gericht de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige de kans te geven een akkoord tot stand te brengen. Het artikel beoogt te voorkomen dat schuldeisers overgaan tot verhaalsacties. Tegelijkertijd is het risico van misbruik door de schuldenaar van de afkoelingsperiode onder ogen gezien. Het is niet de bedoeling dat de schuldenaar de schuldeisers van verhaal kan afhouden zonder dat dit geschiedt met het doel om aan een oplossing te werken waarmee de schuldeisers het best gediend zijn. Gelet daarop zijn op basis van dit artikel ook enkele voorwaarden verbonden aan de afkondiging van de afkoelingsperiode.

Artikel 376 sluit aan bij de artikelen 6 en 7 van de richtlijn. In de eerste alinea van artikel 6 lid 1 van de richtlijn is geregeld dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat *«schuldenaren gebruik kunnen maken van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen om de onderhandelingen over een herstructureringsplan in het kader van een preventief herstructureringsstelsel te ondersteunen»*. In de overige onderdelen van de artikelen 6 en 7 van de richtlijn is geregeld wanneer de schorsing kan worden verleend, wat hiervan het toepassingsbereik en de maximale duur is en wanneer deze kan worden verlengd of juist moet worden ingetrokken.

Lid 1 en 4:

In het eerste lid is bepaald dat de afkondiging van een afkoelingsperiode alleen mogelijk is als er een herstructureringsdeskundige is aangewezen of de schuldenaar bij de griffie van de rechtbank een verklaring deponeert waaruit blijkt dat hij zelf een traject is gestart om een akkoord tot stand te brengen. In dit laatste geval dient de schuldenaar het akkoord ook al daadwerkelijk te hebben aangeboden of moet hij toezeggen dat hij dit binnen een termijn van ten hoogste twee maanden zal doen.
Bovendien moet op basis van het vierde lid summierlijk blijken dat de afkondiging van de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord te kunnen blijven voortzetten. Ook moet op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs aan te nemen zijn dat de indivi-

duele schuldeisers op wie de afkoelingsperiode zal zien, daardoor niet wezenlijk in hun belangen worden geraakt. De schuldenaar moet de rechtbank hiervan overtuigen. Heeft er bijvoorbeeld al een stemming plaatsgevonden waarbij het door de schuldenaar aangeboden akkoord door alle klassen is weggestemd en heeft geen van de schuldeisers of aandeelhouders het initiatief genomen om een herkansing te initiëren met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, dan is de kans verkeken dat er een akkoord tot stand komt. Een afkoelingsperiode is dan niet op haar plaats.

Lid 2, 5, 6 en 8:

In het achtste lid is artikel 241a, tweede lid, Fw van overeenkomstige toepassing verklaard. Hieruit volgt dat de afkoelingsperiode betrekking kan hebben op alle schuldeisers (hierna: een algemene afkoelingsperiode) of een aantal van hen (hierna: beperkte afkoelingsperiode). Van belang is dat een afkoelingsperiode gericht kan zijn op alle schuldeisers van de schuldenaar en dus niet alleen op de schuldeisers die bij het akkoord betrokken zijn (de stemgerechtigde schuldeisers).

De afkondiging van een afkoelingsperiode heeft op basis van het tweede lid de volgende gevolgen. In de eerste plaats, kunnen schuldeisers hun bevoegdheid tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, alleen nog maar uitoefenen met machtiging van de rechter. Dit houdt bijvoorbeeld in dat een schuldeiser met een eigendomsvoorbehoud op geleverde voorraad deze goederen niet zonder toestemming van de rechter mag terughalen. Als het onderhandelingstraject in gevaar komt wanneer deze goederen worden teruggehaald, zal de rechter geen machtiging afgeven. Heeft de rechtbank een algemene afkoelingsperiode afgekondigd, dan geldt dit in beginsel voor alle schuldeisers van de schuldenaar. Is de afkoelingsperiode gericht tot een beperkte groep schuldeisers, dan kunnen alleen die schuldeisers geen verhaalsacties in gang zetten. In beide gevallen geldt wel als voorwaarde dat de desbetreffende schuldeisers geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat er een akkoord wordt voorbereid. Daarnaast kan de rechtbank tijdens de afkoelingsperiode op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige beslagen opheffen. Tot slot leidt de afkoelingsperiode ertoe dat de behandeling van een door de schuldenaar ingediend verzoek tot verlening van surseance of een eigen faillissementsaangifte, dan wel een door een schuldeiser jegens de schuldenaar ingediende faillissementsaanvraag wordt geschorst.

In het tweede lid is ook bepaald hoe lang een afkoelingsperiode maximaal kan duren. Een afkoelingsperiode geldt in beginsel voor de duur van vier maanden. Op basis van het vijfde lid kan de afkoelingsperiode daarna op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige nog met maximaal vier maanden worden verlengd. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zullen dan wel aan moeten tonen dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Als er inmiddels al een homologatieverzoek is ingediend bij de rechter, wordt daarvan uitgegaan.
Op deze regel bestaat één uitzondering. In het zesde lid is bepaald dat de afkoelingsperiode maximaal vier maanden duurt als hierom is verzocht in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement en in de drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van de WHOA de *«COMI»* van de schuldenaar verplaatst is van een lidstaat naar een andere lidstaat. Voor de definitie van het begrip *«COMI»* wordt verwezen naar artikel 3 lid

1 van de Insolventieverordening. Het zesde lid sluit aan bij artikel 6 lid 8 van de richtlijn. Hierin is bepaald dat als de lidstaten ervoor kiezen om de richtlijn om te zetten in één of meer procedures die worden opgenomen in bijlage A van de Insolventieverordening *«de totale duur van de schorsing volgens die procedures beperkt is tot maximaal vier maanden indien het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar vanuit een andere lidstaat is verplaatst binnen een periode van drie maanden voorafgaand aan de indiening van de aanvraag tot opening van een herstructureringsprocedure»*. Eerder is opgemerkt:

– dat de openbare akkoordprocedure buiten faillissement zal worden aangemeld bij de Europese Commissie met het verzoek om deze procedure te laten opnemen in bijlage A van de Insolventieverordening, en
– dat de eerste beslissing die de rechter neemt op basis van de WHOA de opening van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement markeert.

Lid 7 en 8:

Afdeling 2.1 Fw kent al een afkoelingsregeling voor de surseance van betaling (artikel 421a e.v. Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is in het achtste lid nauw aangesloten bij deze regeling. Dit geldt niet voor artikel 241b Fw. Die bepaling staat een stil pandhouder toe mededeling te doen van een pandrecht op een vordering mits hij de ontvangen gelden bij een bewaarder stort. De mededeling leidt ertoe dat de schuldenaar de vordering jegens zijn afnemer zelf niet meer mag innen. De afnemer zal na de mededeling moeten betalen aan de pandhouder – doorgaans de bank – in plaats van de schuldenaar. Als dit gebeurt, drogen de inkomsten van de schuldenaar op. Hij is dan niet meer in staat om de verplichtingen te voldoen die hij aan moet gaan in het kader van zijn bedrijfsvoering. De continuïteit van de onderneming komt daarmee direct in gevaar en de schuldenaar heeft dan geen gelegenheid meer om een akkoord tot stand te brengen. Daarom is in het zevende lid expliciet bepaald dat de pandhouder geen mededeling mag doen. De schuldenaar blijft inningsbevoegd. Hij moet in het kader van de normale bedrijfsvoering over het geinde bedrag kunnen blijven beschikken. Voorwaarde is wel dat de schuldenaar voor het verhaal van de pandhouder op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt. Dit laatste zal vaak min of meer automatisch gaan omdat de nieuwe vorderingen die uit de voortgezette bedrijfsuitoefening ontstaan veelal aan de pandhouder zullen zijn verpand en de schuldenaar gedurende het traject beheers- en beschikkingsbevoegd blijft.

Lid 9:

Als de rechter overgaat tot de afkondiging van een afkoelingsperiode, kan hij daarbij op basis van het negende lid voorzieningen treffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en de aandeelhouders. Ook op een later moment – dat wil zeggen als de afkoelingsperiode al loopt – kan de rechter daartoe alsnog beslissen. De rechter kan hier ambtshalve toe besluiten of op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige of een van de schuldeisers op wie de afkoelingsperiode ziet.
De rechter kan bijvoorbeeld bepalen dat de schuldenaar ervoor moet zorgen dat er binnen een bepaalde termijn een stemming plaatsvindt over het akkoord en dat de schuldenaar de rechtbank en betrokken schuldeisers en aandeelhouders tot die tijd regelmatig informeert over de voortgang. Op die manier kan de rechter ervoor zorgen dat de schuldeisers en aandeelhouders zicht houden op het traject en dat zij binnen een afzienbare tijd duidelijkheid krijgen over de vraag of er een akkoord tot

stand komt. Ook de aanstelling van een observator behoort tot de mogelijkheden (artikel 380). In aansluiting op onderdeel a van het eerder in de toelichting bij artikel 371 genoemde artikel 5 lid 3 van de richtlijn is in het negende lid bepaald dat de rechtbank de aanstelling van een observator in het bijzonder in overweging neemt, wanneer zij een algemene afkoelingsperiode afkondigt. Het is de bedoeling dat de rechtbank dan in ieder geval beoordeelt of dit nodig is ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers. De observator heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Als de observator constateert dat het de schuldenaar niet zal lukken om een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, dient hij de rechtbank hierover direct te informeren. Vervolgens bepaalt de rechtbank welk gevolg hieraan gegeven moet worden. Een dergelijke gevolgtrekking kan zijn dat de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst die het herstructureringstraject overneemt (artikel 380, tweede lid).

Lid 10:

Op basis van het tiende lid geldt dat de rechter de schorsing zal opheffen als de omstandigheden na de schorsingsbeslissing wijzigen en daardoor niet langer wordt voldaan aan de voorwaarden waaraan ingevolge het eerste en vierde lid voldaan moet zijn om een afkoelingsperiode te rechtvaardigen. De rechter kan dit ambtshalve besluiten, dan wel op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige of de schuldeisers op wie de afkoelingsperiode van toepassing is.

Lid 11:

Een afkoelingsbeslissing moet snel gegeven kunnen worden (soms binnen dezelfde dag). Als de rechter eerst nog de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige of de observator – zo die is aangewezen/aangesteld – dan wel de schuldeisers zou moeten horen, leidt dit tot problemen. Daarom is dit niet voorgeschreven in het elfde lid. Indien een getroffen partij meent dat voor de afkondiging van een afkoelingsperiode geen grond bestaat of dat hij hierdoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad, kan zij de rechter om opheffing vragen (negende lid). Het horen vindt dan in het kader van dat opheffingsverzoek plaats. Anders is het wanneer het een beslissing betreft over de verlening van een machtiging tot het nemen van verhaal op goederen van de schuldenaar (eerste lid), een verlenging van de afkoelingsperiode na afloop van de initiële vier maanden (vijfde lid), het treffen van voorzieningen als bedoeld in artikel 379 (negende lid) of de opheffing van de afkoelingsperiode (tiende lid). In die gevallen hoort de rechter wel eerst de genoemde personen voordat hij een beslissing neemt (elfde lid).

Lid 3 en 12:

Het tweede en het twaalfde lid zien op het feit dat de WHOA voorziet in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid). Voor welke akkoordprocedure wordt gekozen, dient in ieder geval duidelijk te zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Dat moment kan samenvallen met de indiening van een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode. In het derde en het twaalfde lid worden het tweede en het veertiende lid van artikel 371 (deels) van overeenkomstige toepassing verklaard. Voor

een nadere toelichting op deze bepalingen wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 371, tweede en veertiende lid.

Lid 13:

In het dertiende lid is bepaald dat een verzoek tot verlening van surseance, een eigen faillissementsaangifte of een faillissementsverzoek waarvan de behandeling is geschorst van rechtswege vervalt wanneer het akkoord door de rechter wordt gehomologeerd. Op dat moment zal het faillissement immers zijn afgewend. Was de schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend niet op de hoogte van het feit dat er een traject liep om een akkoord tot stand te brengen, dan kan de rechter bepalen dat de proceskosten die hij heeft gemaakt vergoed moeten worden door de schuldenaar. Bij de begroting van die kosten zal zoals gebruikelijk het liquidatietarief worden gehanteerd.

Artikel 377

Tijdens de afkoelingsperiode worden de mogelijkheden van schuldeisers om zich te verhalen op goederen die behoren tot het vermogen van de schuldenaar, opgeschort. Ook kan de schuldenaar gedurende die periode afgifte weigeren van goederen die hij onder zich heeft (artikel 376). Artikel 377 vult deze regeling aan. Het artikel bepaalt dat de schuldenaar die goederen tijdens de afkoelingsperiode ook mag blijven gebruiken, verbruiken en/of vervreemden, als dat voor de afkoelingsperiode ook al mocht (hierna kort gezegd: gebruiksrecht). In het bij de toelichting op artikel 376 genoemde voorbeeld van een onder eigendomsvoorbehoud geleverde voorraad, betekent dit dat de schuldenaar die voorraad moet kunnen verkopen aan zijn afnemers. Artikel 377 ziet ook op de situatie waarin de schuldenaar een gebruiksrecht heeft gehad, maar dit recht hem kort (bijvoorbeeld twee weken) voor de afkondiging van de afkoelingsperiode wordt ontnomen. Zodra de rechtbank de afkoelingsperiode heeft afgekondigd, kan de schuldenaar zich beroepen op artikel 377 en zorgen dat zijn gebruiksrecht herleeft.

Lid 1 en 2:

Uit het eerste en het tweede lid volgt dat het gebruiksrecht van de schuldenaar is ingekaderd met twee voorwaarden. De schuldenaar mag de goederen blijven gebruiken voor zover:
– dit nodig is in het kader van de normale bedrijfsvoortzetting (eerste lid), en
– de belangen van de derden die aanspraak kunnen maken op die goederen voldoende zijn gewaarborgd (tweede lid).

De laatste voorwaarde komt neer op het volgende. Als de schuldenaar de goederen verbruikt of vervreemdt, vervalt daarmee doorgaans ook het recht van de derde op die goederen. Om ervoor te zorgen dat zekerheidsgerechtigde schuldeisers hierdoor niet in hun belangen worden geschaad, zal de schuldenaar de betreffende schuldeisers vervangende zekerheid moet verschaffen.

Lid 3:

De rechtbank zal het gebruiksrecht van de schuldenaar op verzoek van één of meer betrokken derden opheffen of beperken als niet langer kan worden gegarandeerd dat de belangen van de derden voldoende zijn gewaarborgd (derde lid). Voordat de rechter hierover beslist, stelt hij de derden die het verzoek hebben ingediend, de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, en de observator zo die is aangesteld, in de gelegenheid om elk hun zienswijze te geven.

Artikel 378

Artikel 378 biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de mogelijkheid om geschillen die opkomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord, aan de rechter voor te leggen. Zoals eerder is opgemerkt, is een belangrijk uitgangspunt van de regeling dat de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt is. Het is echter mogelijk dat eerder in het traject de vraag opkomt of sprake is van een afwijzingsgrond die – zelfs als alle klassen van schuldeisers of aandeelhouders met het akkoord instemmen – aan de homologatie van het akkoord door de rechter in de weg zou staan. Dan is het vanuit het oogpunt van het bevorderen van *«deal certainty»* van belang dat de onzekerheid daarover zo spoedig mogelijk kan worden weggenomen. Tegelijkertijd is van belang dat voorkomen wordt dat schuldeisers deze mogelijkheid aangrijpen met kennelijk geen ander doel dan om een kansrijk herstructureringstraject te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren. Mede daarom is deze mogelijkheid om de rechter eerder bij het traject te betrekken, niet opengesteld voor de schuldeisers en aandeelhouders.

Lid 1, 3, 5 en 6

Het eerste lid omvat een niet-limitatieve opsomming van kwesties die de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige aan de rechter kan voorleggen. Deze kwesties zijn samen te vatten in de hoofdvraag of het akkoord dat voorligt in aanmerking komt voor homologatie door de rechter of dat er wellicht sprake is van één of meer van de afwijzingsgronden genoemd in artikel 384, tweede, derde of vierde lid. Mocht de rechter tot het oordeel komen dat dit laatste inderdaad het geval is, dan heeft de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige nog de mogelijkheid om het akkoord aan te passen en zodoende het traject bij te sturen. Om dit proces zo efficiënt mogelijk te laten verlopen, zal de rechter kwesties die aan hem worden voorgelegd zoveel mogelijk in keer afdoen (derde lid).

Als de rechter dit nodig acht in het kader van een te nemen beslissing, kan hij op basis van het vijfde lid een onafhankelijk deskundige vragen een onderzoek te verrichten en hierover verslag uit te brengen. Van belang is dat de algemene regels van bewijsrecht die voortvloeien uit het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering hier niet van toepassing zijn (zie in dit verband de toelichting bij onderdeel G). Dit betekent onder meer dat de rechter de betrokken partijen niet hoeft te betrekken in de keuze van een deskundige en ook niet in de formulering van de vragen aan de deskundige, maar dat hij hierin zelf een snelle beslissing kan nemen.

Mocht er informatie ontbreken die van belang is voor de beslissing van de rechter, dan krijgt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de gelegenheid om deze informatie alsnog aan te leveren alvorens de rechter een beslissing neemt (zesde lid).

Lid 1, onderdeel c, en lid 4:

De schuldenaar dient op basis van artikel 375, tweede lid, onderdeel b, bij het akkoord een lijst over te leggen waarop de namen van alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zijn vermeld. Hetzelfde geldt voor het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel. Het is mogelijk dat een medeschuldeiser of de schuldeiser dan wel de aandeelhouder zelf deze informatie vervolgens ter discussie stelt. Dat wil zeggen dat de hoogte of zelfs het bestaan van de vordering of het

recht in twijfel wordt getrokken. Aangezien deze informatie bepalend is voor de toelating van de schuldeiser of de aandeelhouder tot de stemming en uiteindelijk ook voor de stemuitslag, is het van belang dat de schuldenaar of herstructureringsdeskundige de rechter kan vragen hierover voor de stemming een beslissing te nemen. Het vierde lid bepaalt daarom dat als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een dergelijke kwestie aan de rechter voorlegt, de rechter bepaalt of en tot welk bedrag deze schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. De beslissing om een schuldeiser of aandeelhouder al dan niet, of gedeeltelijk toe te laten, zegt alleen iets over de toelating tot de stemming. De beslissing heeft slechts een procedureel effect en heeft geen invloed op de vaststelling van de vordering of het recht. Om hier definitief uitsluitsel over te krijgen zal een afzonderlijke procedure gevoerd moeten worden. In het vierde lid is artikel 147 Fw van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit leidt ertoe dat als uit deze procedure blijkt dat een vordering niet bestond of dat deze lager of hoger was dan het bedrag waarvan men is uitgegaan bij de stemming, dit niet meer van invloed kan zijn op de stemuitslag. Als de rechter een schuldeiser of aandeelhouder in het geheel niet tot de stemming toelaat, kan hij ook niet opkomen tegen de homologatie van het akkoord, mits de desbetreffende schuldeiser of aandeelhouder voorafgaand aan deze beslissing door de rechter is gehoord (artikel 378, achtste lid). Omdat dan rechtens vaststaat dat de betrokken schuldeiser of aandeelhouder niet stemgerechtigd is, kan het akkoord echter ook niet jegens hem verbindend worden verklaard (artikel 385). Afdeling 2.1 Fw kent een vergelijkbare regeling al voor de surseance van betaling (artikel 267 Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is nauw aangesloten bij deze regeling. Anders ligt het als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een schuldeiser of een aandeelhouder niet tot de stemming heeft toegelaten en de rechter niet is gevraagd de juistheid van die beslissing op basis van artikel 378 op bindende wijze te bevestigen. In dat geval kan de schuldeiser of de aandeelhouder wel tegen de homologatie opkomen op grond van de stelling dat hij wel stemgerechtigd is en dat de schuldenaar of herstructureringsdeskundige hem ten onrechte niet tot de stemming heeft toegelaten. De rechter zal hier dan in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek een beslissing over moeten nemen (artikel 384 lid 2 onder b).

Lid 7 en 8:

Voordat de rechter beslist over een aan hem voorgelegde kwestie, stelt hij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator zo die is aangesteld, en de schuldeiser of de aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks zullen worden geraakt door de beslissing, in de gelegenheid elk hun zienswijze te geven. Dit is geregeld in het zevende lid. Voorts is in het achtste lid bepaald dat de beslissing die op grond van artikel 378 door de rechter wordt genomen, slechts bindend is voor die schuldeisers en aandeelhouders die de mogelijkheid hebben gehad om hun visie te geven. Dit sluit aan bij een van de fundamentele beginselen van ons burgerlijk procesrecht, namelijk bij het uitgangspunt een rechterlijke beslissing slechts bindend is voor partijen als voldaan is aan het beginsel van hoor en wederhoor.

Lid 2 en 9:

Het tweede en het negende lid zien weer op het feit dat de WHOA zowel een besloten akkoordprocedure buiten faillissement als een openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement introduceert en dat er een keuze gemaakt moet worden voor één van deze procedures (artikel 369, zesde lid). Dit moet gebeuren voordat de rechter voor het

eerst een beslissing neemt in het kader van deze regeling. Dit moment kan samenvallen met het tussentijds rechterlijk oordeel op basis van artikel 378. Nadat de keuze is gemaakt, moet de rechter vaststellen of hij rechtsmacht heeft om het verzoek in behandeling te nemen. Voor een nadere toelichting op deze bepalingen wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 371, tweede en dertiende lid. Deze bepalingen wordt in het tweede en het negende lid (deels) van overeenkomstige toepassing verklaard.

Artikelen 379 en 380

Artikel 379 biedt de rechtbank de mogelijkheid om tijdens het herstructureringstraject voorzieningen te treffen of nadere bepalingen te maken om de belangen van de betrokken schuldeisers of aandeelhouders te waarborgen. In artikel 379, eerste lid, is bepaald dat de schuldenaar de rechtbank hierom kan vragen vanaf het moment dat hij een verklaring als bedoeld in artikel 370, tweede lid, deponeert bij de griffie van de rechtbank. De herstructureringsdeskundige kan dit doen vanaf het moment dat hij is aangewezen. De rechtbank kan ook ambtshalve overgaan tot het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen. Dit laatste geldt uiteraard pas vanaf het moment dat de rechtbank voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Dat moment kan samenvallen met:

– de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371, eerste lid);
– de verlening van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van de verkrijging van nieuwe financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord (artikel 42a);
– de afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376, eerste lid);
– het geven van een oordeel over een voor de stemming over het akkoord opgekomen kwestie (artikel 378, eerste lid), of
– de beslissing op het homologatieverzoek (artikel 384).

Wat betreft de te treffen voorzieningen moet gedacht worden aan het stellen van de voorwaarde dat binnen een bepaalde termijn over het akkoord moet worden gestemd. Ook is denkbaar dat de rechtbank bepaalt dat de schuldenaar de schuldeisers en de rechtbank regelmatig moet informeren over hoe het proces vordert.
Een specifieke voorziening betreft de in artikel 380 geregelde aanstelling van een observator. De observator heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De aanstelling van een observator staat alleen open voor de gevallen waarin de schuldenaar een akkoord tot stand probeert te brengen (artikel 380, eerste lid). Is er een herstructureringsdeskundige aangewezen om een akkoord voor te bereiden en vervolgens aan te bieden, dan is er al sprake van betrokkenheid van een onafhankelijk deskundige die optreedt voor de gezamenlijke schuldeisers. De aanstelling van een observator is dan niet nodig. Uitgangspunt van de onderhavige regeling is dat een herstructureringsdeskundige en een observator niet beiden tegelijkertijd in functie kunnen zijn. Als de observator constateert dat het de schuldenaar niet zal lukken om een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, moet hij de rechtbank hierover direct informeren. De rechtbank bepaalt dan wat hierop de vervolgstappen moeten zijn. Mochten de kansen op de totstandkoming van een akkoord nog niet verkeken zijn, dan kan zij tot de conclusie komen dat het wenselijk is om een herstructureringsdeskundige aan te stellen die de voorbereiding van een akkoord overneemt. De rechter heeft daarbij de vrijheid, maar niet de verplichting om de observator tot herstructureringsdeskundige te benoemen, als haar dat geraden voorkomt (artikel 380,

tweede lid). Als de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst, dan eindigt daarmee hoe dan ook de aanstelling van de observator (artikel 380, derde lid).
De aanwijzing van een observator leidt er niet toe dat de schuldenaar de beschikking of het beheer over zijn vermogen verliest. Hij behoudt zelf de controle over zijn onderneming en kan deze gewoon blijven voortzetten, terwijl de akkoordprocedure loopt *(«debtor in possession»)*. Dit sluit aan bij artikel 5 lid 1 van de richtlijn. Daarin is geregeld dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat *«schuldenaren die toegang hebben tot preventieve herstructureringsprocedures, volledig of ten minste gedeeltelijk, de controle behouden over hun activa en over de dagelijkse bedrijfsvoering van de onderneming»*.

De bevoegdheid tot het maken van nadere bepalingen, biedt de rechtbank de mogelijkheid om de bepalingen die van toepassing zijn op de totstandkoming van een dwangakkoord opzij te zetten of af te stemmen op de een specifieke situatie. Afdeling 2.1 Fw kent deze regeling al voor de surseance van betaling (artikel 225 Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is nauw aangesloten bij deze regeling.

Het tweede lid van artikel 379 ziet op het feit dat de WHOA voorziet in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid). Voor welke akkoordprocedure wordt gekozen, dient in ieder geval duidelijk te zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Dat moment kan samenvallen met de indiening door de schuldenaar van een verzoek tot toepassing van artikel 379. Voor de toelichting op het tweede lid wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 371, tweede en veertiende lid. Deze bepalingen worden in het tweede lid (deels) van overeenkomstige toepassing verklaard.

Artikel 381

Artikel 381 regelt binnen welke termijn voor de stemming de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige het definitieve akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en de aandeelhouders moet voorleggen, geeft regels over de stemming over het akkoord en over wie daaraan mogen deelnemen, en schrijft voor hoe de uitslag van de stemming wordt bepaald.
Het eerste, derde, vierde, zesde en zevende lid van artikel 381 sluiten aan bij artikel 9, lid 1, 2, 4 en 6 van de richtlijn. Hierin is – kort gezegd – bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat:
– een akkoord ter goedkeuring aan de betrokken partijen voorgelegd kan worden (lid 1);
– de betrokken partijen het recht hebben om te stemmen over het akkoord (lid 2);
– de te onderscheiden categorieën betrokken partijen in verschillende klassen worden ingedeeld en er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord plaatsvindt (lid 4), en
– een akkoord is goedgekeurd als het in iedere klasse wordt gesteund door een groep betrokken partijen die samen ten minste de meerderheid vertegenwoordigt van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de partijen binnen die klasse (lid 6).

In overweging 47 van de richtlijn is verder onder meer bepaald dat de lidstaten regels moeten kunnen vaststellen voor het geval dat partijen hun stemrecht niet op correcte wijze uitoefenen.
Artikel 381, tweede lid, vloeit voort uit artikel 4 lid 8 van de richtlijn. Deze bepaling wordt hierna specifiek toegelicht.

Lid 1:

Het eerste lid bepaalt dat het definitieve akkoord gedurende een redelijke termijn die in ieder geval niet korter mag zijn dan acht dagen voor het plaatsvinden van de stemming, aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dient te worden voorgelegd. Zoals de bepaling expliciet voorschrijft, is het de bedoeling dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, voor de stemming voldoende gelegenheid krijgen om *«een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen»* over het akkoord. Waar het om gaat is dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voldoende gelegenheid hebben het definitieve ontwerp akkoord te bestuderen. Het hangt af van de omstandigheden van het geval hoeveel tijd daarvoor precies nodig is. Het is mogelijk dat daar meer tijd voor nodig is dan de genoemde termijn van acht dagen.

De schuldenaar mag zelf bepalen op welke wijze hij de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders informeert. De schuldenaar kan ervoor kiezen het akkoord en de bijbehorende stukken per post of via de elektronische weg toe te sturen. Ook kan hij het akkoord met de bijbehorende stukken op een voor de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders toegankelijke website plaatsen en de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hiervan een (elektronische) aankondiging sturen.

Lid 2:

Het tweede lid sluit aan bij artikel 4 lid 8 van de richtlijn. In artikel 4 van de richtlijn is bepaald dat *«de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren* [...]».
Op basis van artikel 4 lid 8 van de richtlijn kunnen de lidstaten er vervolgens voor kiezen het preventief herstructureringsstelsel ook beschikbaar te stellen voor schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers. Als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, geldt wel als voorwaarde dat de schuldenaar daarmee moet instemmen.

De WHOA biedt schuldeisers en de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid om het initiatief te nemen bij de totstandbrenging van een akkoord. Daartoe kunnen zij vragen om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (artikel 371, eerste lid). Deze herstructureringsdeskundige kan op basis van het eerste lid een akkoord in stemming brengen. In het tweede lid is bepaald dat als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, de herstructureringsdeskundige dit alleen kan doen met instemming van de schuldenaar. Hierbij is aansluiting gezocht bij de Europese definitie van MKB-bedrijf.[39] Is de schuldenaar een rechtspersoon, dan moet het bestuur om instemming gevraagd worden. De aandeelhouders mogen het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat het *«kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren»*. Als hierover een geschil ontstaat, kan de rechter gevraagd worden om in dit kader een uitspraak te doen (artikel 378, lid 1, onderdeel g).
Op deze manier hebben de schuldeisers en de OR of personeelsvertegenwoordiging de beschikking over het herstructureringsstelsel waarin de

[39] Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36).

WHOA voorziet. Tegelijkertijd is geregeld dat als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, zij daarvan alleen met instemming van de schuldenaar gebruik kunnen maken.

Lid 3:

Het derde lid regelt welke schuldeisers en aandeelhouders over het akkoord mogen stemmen. Dit zijn de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd. Het betreft dan bijvoorbeeld schuldeisers die het verzoek krijgen om akkoord te gaan met een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de uitstaande vorderingen. Ook kan het gaan om aandeelhouders die worden gevraagd om mee te werken aan de uitgifte van nieuwe aandelen om een *«debt for equity swap»* te kunnen realiseren. Hierdoor zal hun aandelenbelang en de daaraan verbonden zeggenschap verwateren. Schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten niet wijzigen, zijn niet stemgerechtigd. Aan hen hoeft het definitieve akkoord ook niet te worden voorgelegd.

Lid 4 en 5:

Zoals in paragraaf 3.3. van het algemeen deel van deze toelichting al is aangestipt, zijn er situaties denkbaar waarin het economisch belang bij een vordering geheel of in overwegende mate bij een ander berust dan bij de juridisch rechthebbende. Komt er op basis van de WHOA een akkoord tot stand waarin is voorzien in een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van die vordering, dan draagt de economisch gerechtigde de daaruit voortvloeiende financiële gevolgen. Dit is een reden om de economisch gerechtigde de gelegenheid te geven om over het akkoord te stemmen. Er zijn verschillende manieren waarop het stemrecht bij de economische belanghebbende kan worden gelegd. Dit kan getrapt, via de juridische gerechtigde. De juridische gerechtigde stemt dan conform de instructies van economisch gerechtigde. Ook kan dit rechtstreeks door de economische belanghebbende direct stemrecht te geven en de juridische gerechtigde van het stemrecht uit te sluiten. Welke manier het passend is, hangt af van de omstandigheden. Daarom is in het vierde lid ten aanzien van dit punt voorzien in een flexibele regeling. De schuldenaar kan – hij hoeft dat niet te doen – de economisch gerechtigde (in plaats van de juridisch gerechtigde) uitnodigen voor de stemming. Besluit hij daartoe dan heeft de economisch gerechtigde naast het stemrecht ook de andere rechten die op basis van de WHOA toekomen aan stemgerechtigde schuldeisers, waaronder in het bijzonder het recht om de rechter te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikelen 381, vierde lid, en 383, achtste lid). De juridisch gerechtigde heeft die rechten dan niet meer.

Eenzelfde regeling geldt op basis van het vijfde lid voor de situatie waarin het economisch belang bij een aandeel – dat wil zeggen alle vruchten die voortvloeien uit het aandeel – door de aandeelhouder is overgedragen aan een ander (de certificaathouder), terwijl de juridische rechten verbonden aan het aandeel – inclusief de zeggenschapsrechten of het stemrecht – bij de aandeelhouder blijft berusten.

Lid 6:

Voorziet het akkoord in een klassenindeling, dan schrijft het zesde lid voor dat er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord dient plaats te vinden. Verder bepaalt de schuldenaar zelf wanneer en op welke wijze gestemd kan worden. De stemming kan schriftelijk plaatsvinden. De schuldenaar kan ook besluiten om hiervoor een vergadering te organi-

seren, al dan niet met gebruik van een elektronisch communicatiemiddel. Het enige dat in dit kader van belang is, is dat de schuldenaar zich houdt aan hetgeen hij hierover – overeenkomstig artikel 375, eerste lid, onderdeel k – in het akkoord heeft opgenomen.

Lid 7 en 8:

Het zevende en het achtste lid schrijven voor hoe de uitslag van de stemming wordt bepaald. Daarbij is in de eerste plaats van belang dat alleen wordt gekeken naar de stemmen die daadwerkelijk zijn uitgebracht. Vooral bij kleine vorderingen of rechten van beperkte waarde, zal het voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders niet de moeite nemen om deel te nemen aan de stemming. Zouden ook de niet uitgebrachte stemmen worden meegerekend, dan leidt dit ertoe dat een akkoord alleen al door het wegblijven van schuldeisers of aandeelhouders niet in aanmerking kan komen voor homologatie. Om dit te voorkomen is voorgeschreven dat bij het bepalen van de uitslag van de stemming uitsluitend rekening wordt gehouden met de stemmen die daadwerkelijk zijn uitgebracht. Uiteraard is het in dit kader essentieel dat het eerste lid goed is toegepast zodat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders op de hoogte zijn van het akkoord en van het feit dat zij gerechtigd zijn hierover hun stem uit te brengen, alsmede wanneer en hoe zij dit precies kunnen doen. De rechtbank zal bij de behandeling van het homologatieverzoek toetsen of dit het geval is geweest. Mocht de schuldenaar hierin hebben verzuimd, dan zal de rechtbank de homologatie weigeren, tenzij de schuldeisers en aandeelhouders die niet goed zijn geïnformeerd, verklaren het akkoord te aanvaarden (artikel 384, tweede lid, onderdeel b).

Verder is bij het bepalen van de uitslag niet zozeer van belang hoeveel individuele schuldeisers of aandeelhouders voor het akkoord hebben gestemd, maar welk financieel belang de voorstemmers vertegenwoordigen. Voor het instemmen met een akkoord door een schuldeisersklasse is vereist dat het akkoord wordt gesteund door een groep schuldeisers die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht. Voor een aandeelhoudersklasse geldt dezelfde regel, met dien verstand dat dan bepalend is of het akkoord wordt gesteund door een groep aandeelhouders die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht.

Artikel 382

Artikel 382 schrijft voor dat de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige na de stemming een verslag moet opstellen en de betrokken schuldeisers en aandeelhouders onmiddellijk in staat moet stellen daarvan kennis te nemen.

Lid 1:

In het eerste lid is bepaald dat in het verslag niet alleen melding wordt gemaakt van de uitslag van de stemming, maar ook van de schuldeisers en aandeelhouders die hebben gestemd en of zij zich daarbij vóór of tegen het akkoord hebben uitgesproken (onderdelen a tot en met c). Deze informatie stelt de schuldeisers en aandeelhouders in staat de stemuitslag, zoals die door de schuldenaar is verwoord, te controleren.

Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige na de stemming een verzoek indient tot homologatie van het akkoord, kunnen de schuldeisers en aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd op basis van het verslag inschatten of het zin heeft om zich tegen de homologatie te verzetten. Mochten zij de rechter vragen het homologatieverzoek af te wijzen, dan kan de in het verslag opgenomen informatie gebruikt worden ter onderbouwing van hun bezwaren tegen de homologatie.

Lid 2:

Dient de schuldenaar een homologatieverzoek in, dan schrijft het tweede lid voor dat hij het verslag zal moeten deponeren bij de griffie van de rechtbank die het verzoek in behandeling zal nemen. Daarna zullen de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders het verslag kosteloos kunnen inzien totdat de rechtbank heeft beslist op het homologatieverzoek.

Het is in het belang van de schuldenaar om het verslag zo snel mogelijk te deponeren. Bepaald is namelijk dat de zitting waarop het homologatieverzoek wordt behandeld, wordt gehouden binnen acht tot veertien dagen nadat niet alleen het homologatieverzoek is ingediend maar ook het verslag van de stemming ter inzage is gelegd (artikel 383, vierde lid).

§ 3. De homologatie van het akkoord

Artikel 383

In artikel 383 is geregeld wanneer het mogelijk is om een verzoek tot homologatie van het akkoord in te dienen en binnen welke termijn de rechtbank dit verzoek zal behandelen. Ook is in dit artikel bepaald in welke gevallen schuldeisers en aandeelhouders nog bezwaar kunnen maken tegen de homologatie en hoe zij dit dan kunnen doen.

Artikel 383 sluit samen met artikel 384 aan bij de artikel 5 lid 3, artikel 10, artikel 11 leden 1 en 2 en artikel 14 van de richtlijn. In het kader van artikel 383 is het volgende van belang.

- In artikel 5 lid 3 is bepaald dat de lidstaten in tenminste drie specifiek benoemde gevallen moeten voorzien in «de aanstelling van een deskundige op het gebied van herstructurering om de schuldenaar en de schuldeisers te assisteren bij de onderhandelingen». Eén van die gevallen – genoemd in onderdeel b – betreft de situatie waarin de rechter wordt gevraagd om een akkoord te bevestigen waarmee niet alle klassen van schuldeisers hebben ingestemd.
- In artikel 10 van de richtlijn is voorgeschreven aan welke minimum eisen voldaan moet zijn om een akkoord door de rechter te kunnen laten bevestigen, zodat het akkoord verbindend is voor alle betrokken partijen. Kort gezegd, is voorgeschreven dat:
  - een verzoek tot bevestiging van het akkoord op efficiënte wijze behandeld moet worden, zodat de rechter voortvarend een beslissing kan nemen (lid 4);
  - een bevestiging van de rechter in ieder geval nodig is als niet alle betrokken partijen met het akkoord hebben ingestemd en als het akkoord nieuwe financiering omvat (lid 1);
  - de voorwaarden waaronder een akkoord door de rechter kan worden bevestigd duidelijk gespecificeerd moeten zijn (lid 2), en
  - ten minste vereist is dat:
    a) er over het akkoord is gestemd (lid 2, onderdeel a);

b) het akkoord voorziet in een klassenindeling als de daarin opgenomen herstructureringsmaatregelen betrekking heeft op verschillende categorieën van betrokkenen (lid 2, onderdeel b);
c) alle betrokkenen naar behoren zijn geïnformeerd over het akkoord (lid 2, onderdeel c);
d) wordt vastgesteld dat het akkoord de gezamenlijke belangen van de betrokkenen dient, voor zover dit betwist wordt (lid 2, onderdeel d);
e) eventuele nieuwe financiering noodzakelijk moet zijn om het akkoord uit te kunnen voeren en de betrokken schuldeisers hierdoor niet op onbillijke wijze in hun belangen worden benadeeld (lid 2, onderdeel e).

– de rechter de bevestiging van een akkoord kan weigeren als het daarin opgenomen herstructureringsplan «geen redelijk vooruitzicht biedt op het afwenden van de insolventie van de schuldenaar of op het waarborgen van de levensvatbaarheid van het bedrijf» (lid 3).

- In artikel 11 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat ook een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, bevestigd kan worden door de rechtbank. Daarbij gelden de volgende minimum eisen:
  – het akkoord voldoet aan de hierboven genoemde voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 10 leden 2 en 3 van de richtlijn (lid 1, onderdeel a);
  – tijdens de stemming heeft:
    a) een meerderheid van de klassen ingestemd met het akkoord en daaronder viel tenminste een klasse van schuldeisers met een zekerheidsrecht of met een hogere rang dan de concurrente schuldeisers, of
    b) ten minste één klasse ingestemd met het akkoord en deze bestond uit schuldeisers die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement geen uitkering zouden krijgen, (lid 1, onderdeel b);
  – de schuldeisers in de klassen die niet hebben ingestemd met het akkoord, worden ten minste even gunstig behandeld als elke andere klasse bestaande uit schuldeisers met dezelfde rang en gunstiger dan een klasse van schuldeisers met een lagere rang (lid 1, onderdeel c), en
  – geen enkele klasse van schuldeisers krijgt op basis van het akkoord meer dan het volledige bedrag van de vordering op de schuldenaar (lid 1, onderdeel d).

  Deze voorwaarden zijn geïnspireerd op twee onderdelen uit de Chapter 11-procedure uit de Verenigde Staten: de *«best interest of creditors' test»* en *«absolute priority rule»*. Van belang is dat de richtlijn de lidstaten in de tweede alinea van artikel 11 lid 2 van de richtlijn ruimte laat om van deze voorwaarden af te wijken als *«dat nodig is om de doelstellingen van het herstructureringsplan te halen en indien het herstructureringsplan de rechten of belangen van betrokken partijen niet op onbillijke wijze in het gedrang brengt»*.
  Is de schuldenaar een MKB-bedrijf en hebben niet alle klassen ingestemd met het akkoord, dan kan een verzoek tot bevestiging van het akkoord alleen met instemming van de schuldenaar bij de rechter ingediend worden (lid 1).
- In artikel 14 van de richtlijn is voorgeschreven dat:
  – de rechter uitsluitend een beslissing neemt over de waardebepaling van de onderneming van de schuldenaar als een betrokken partij die niet met het akkoord heeft ingestemd, aanvoert dat niet voldaan wordt aan de *«best interest of creditors' test»* of *«absolute priority rule»* (lid 1);

– de lidstaten er in dat verband voor moeten zorgen dat rechters voldoende gekwalificeerde deskundigen mogen aanstellen of horen, als dat nodig is om te kunnen beslissen over een dergelijk waarderingsvraagstuk (lid 2), en
– partijen die niet met het akkoord hebben ingestemd met het oog hierop een rechtsmiddel moeten kunnen instellen als de rechter wordt gevraagd om het akkoord te bevestigen (lid 3).

Lid 1 en 2:

In het eerste lid is bepaald dat indiening van een verzoek tot homologatie van het akkoord mogelijk is als uit de stemming blijkt dat er ten minste één klasse is die met het akkoord heeft ingestemd. Dit dient een klasse te zijn die bestaat uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Ziet het akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze laatste eis niet.
Op basis van het tweede lid geldt een extra voorwaarde voor de indiening van een homologatieverzoek als niet alle klassen met het akkoord ingestemd hebben en de schuldenaar een MKB-bedrijf is. Bepaald is dat in dat geval vereist is dat de schuldenaar instemt met de indiening van het homologatieverzoek. Hierbij is aansluiting gezocht bij de Europese definitie van MKB-bedrijf.[40] Is de schuldenaar een rechtspersoon, dan moet het bestuur om instemming gevraagd worden. De aandeelhouders mogen het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat het *«kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren»*. Als hierover een geschil ontstaat, kan de rechter gevraagd worden om in dit kader een uitspraak te doen (artikel 378, lid 1, onderdeel g).

Het eerste en het tweede lid sluiten aan bij het hierboven beschreven artikel 11 lid 1 van de richtlijn.

Lid 3:

Het derde lid van artikel 383 ziet op het feit dat de WHOA voorziet in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid). Voor welke akkoordprocedure wordt gekozen, dient in ieder geval duidelijk te zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Dat moment kan samenvallen met de indiening door de schuldenaar van een verzoek tot homologatie van het akkoord. Voor de toelichting op het tweede lid wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 371, tweede en veertiende lid. Deze bepalingen worden in het tweede lid (deels) van overeenkomstige toepassing verklaard.

Lid 4 tot en met 7:

Het vierde tot en met het zevende lid bepalen het volgende. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige overgaan tot de indiening van een homologatieverzoek, bepaalt de rechtbank zo spoedig mogelijk bij beschikking wanneer de zitting plaatsvindt waarop het verzoek wordt behandeld. Zoals is bepaald in het eerste lid, kan ook een akkoord

[40] Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36).

waarmee niet alle klassen hebben ingestemd gehomologeerd worden door de rechter. Wel geldt in dat geval als voorwaarde dat er een herstructureringsdeskundige of een observator betrokken moet zijn geweest in het traject. Mocht dit op het moment van de indiening van het homologatieverzoek nog niet het geval zijn, dan wijst de rechtbank alsnog een observator aan. Dit doet de rechtbank in de beschikking waarin zij de datum bepaalt waarop de behandeling van het homologatieverzoek plaatsvindt. Dit is geregeld in het vierde lid en sluit aan bij artikel 5 lid 3 van de richtlijn.

De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige moeten de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders vervolgens onverwijld in kennis stellen van deze beschikking. De rechtbank zal bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve toetsen of dit ook daadwerkelijk is gebeurd. Mocht de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige hierin hebben verzuimd, dan zal de rechtbank de homologatie weigeren, tenzij de schuldeisers en aandeelhouders die niet goed zijn geïnformeerd verklaren het akkoord te aanvaarden (artikel 384, tweede lid, onderdeel b). De zitting wordt in ieder geval gehouden binnen acht tot veertien dagen na de deponering van het verslag van de stemming en de indiening van het homologatieverzoek.

Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige tevens gebruik wil maken van de in artikel 373 geboden mogelijkheid om een overeenkomst eenzijdig op te zeggen, dan moet hij – ingevolge het zevende lid – het homologatieverzoek vergezellen van een verzoek tot het verlenen van toestemming voor die opzegging.

Lid 8 en 9:

Op basis van het achtste lid kunnen alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders tot aan de dag van de zitting bij de rechtbank een schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Dit verzoek kunnen zij baseren op de *algemene* of de *aanvullende afwijzingsgronden* die zijn opgenomen in respectievelijk het tweede en het derde en vierde lid van artikel 384. De algemene afwijzingsgronden zijn vooral bedoeld om een zuivere besluitvorming te borgen. Met de aanvullende afwijzingsgronden wordt beoogd ervoor te zorgen dat het akkoord een herstructureringsplan omvat dat *redelijk* is.

De aanvullende afwijzingsgronden kunnen alleen worden ingeroepen door schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd (artikel 384, derde en vierde lid). Bovendien geldt ingevolge het negende lid dat de schuldeisers of aandeelhouders geen beroep meer doen kunnen op de algemene en de aanvullende afwijzingsgronden als zij al eerder op de hoogte waren van het mogelijk van toepassing zijn van die gronden, maar zij de schuldenaar daar niet tijdig op hebben aangesproken. De schuldeisers en aandeelhouders worden op deze manier gestimuleerd om eventuele bezwaren tegen de inrichting van het besluitvormingsproces of de inhoud van het akkoord tijdig – dat wil zeggen nog voor de stemming plaatsvindt – te melden. Dit biedt de schuldenaar de mogelijkheid om hiervoor nog voor de stemming – al dan niet met tussenkomst van de rechter (artikel 378, eerste lid) – een oplossing te vinden. Indien nodig kan de schuldenaar dan nog aanpassingen doorvoeren en eventuele obstakels voor de homologatie wegnemen. Hiermee wordt voorkomen dat een traject dat op voorhand kansloos is, wordt voortgezet met alle onnodige kosten van dien.

Artikel 384

Artikel 384 regelt wanneer de rechtbank kan overgaan tot homologatie van het akkoord of wanneer zij een verzoek daartoe zal moeten afwijzen. Zoals hierboven al is opgemerkt sluit artikel 384 samen met artikel 383 aan op de artikelen 10 en 11 van de richtlijn.

Lid 1 en 5:

In het eerste lid is bepaald dat de rechtbank zo spoedig mogelijk een beslissing neemt over het homologatieverzoek en, indien aan de orde, het verzoek om toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst. De rechtbank honoreert het verzoek, tenzij sprake is van één of meer van de afwijzingsgronden genoemd in het tweede tot en met het vijfde lid.
Voor een nadere toelichting op het vijfde lid betreffende de verlening van toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 373.

Lid 2

De rechtbank wijst het homologatieverzoek af als één van de algemene afwijzingsgronden opgenomen in het tweede lid, zich voordoet. Zij kan dit doen op verzoek van een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder. Wordt het de rechtbank echter direct al duidelijk dat sprake is van één van de genoemde afwijzingsgronden, dan kan zij het homologatieverzoek ook ambtshalve afwijzen en hoeft zij verzoeken daartoe van schuldeisers en aandeelhouders niet af te wachten.

De algemene afwijzingsgronden komen grotendeels overeen met de afwijzingsgronden die nu reeds gelden bij de homologatie van het surseance- en het faillissementsakkoord (onderdelen e, g, h en i). Omdat de vraag of een akkoord gehomologeerd kan worden, in hoge mate afhangt van de steun die er voor het akkoord bestaat, is cruciaal dat het besluitvormingsproces zuiver is geweest. In dat kader is in ieder geval van belang of:
– alle schuldeisers of aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord, de gelegenheid hebben gehad hierover hun stem uit te brengen en op de hoogte zijn gebracht van de datum waarop de behandeling van het homologatieverzoek zou plaatsvinden (artikel 384, tweede lid, onderdelen b en c);
– de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen toereikend is (artikel 384, tweede lid, onderdeel c), en
– de schuldeisers en aandeelhouders op een correcte wijze zijn onderverdeeld in klassen en of zij voor het juiste bedrag in hun desbetreffende klasse zijn ingedeeld (artikel 381, tweede lid, onderdelen c en d).

Ten aanzien van de afwijzingsgrond genoemd in onderdeel e wordt nog het volgende opgemerkt. Bepaald is dat de rechter het homologatieverzoek zal afwijzen als de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd. Als het akkoord voorziet in een omzetting van een openstaande vordering in aandelenkapitaal of nieuwe leningen, zal de rechter het homologatieverzoek moeten afwijzen als er aanwijzingen zijn dat die omzetting niet op het toegezegde tijdstip zal (kunnen) plaatsvinden. Onderdeel e strekt niet zo ver dat de rechter moet onderzoeken of de toekomstige nakoming van de verplichtingen uit de in het akkoord

voorgestelde leningen zeker is.[41] Het is aan de desbetreffende klasse van schuldeisers om het aanbod te beoordelen en vervolgens te bepalen of hier wel of niet mee kan worden ingestemd. Blijkt uit de stemming dat de desbetreffende klasse van schuldeisers het akkoord – en daarmee de voorgestelde omzetting – met de vereiste meerderheid steunt, dan mag de rechtbank ervan uitgaan dat er een redelijk aanbod is gedaan.

Heeft de rechtbank geen aanleiding om aan te nemen dat sprake is van één van de algemene afwijzingsgronden en heeft geen van de schuldeisers of aandeelhouders met een beroep op de aanvullende aanwijzingsgronden bezwaar gemaakt tegen de homologatie, dan honoreert zij het homologatieverzoek. Pas als er wel bezwaar is gemaakt tegen de homologatie, vindt een verdere toets van het akkoord door de rechter plaats (artikel 384, derde en vierde lid).

Lid 3:

Hebben alle klassen van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord ingestemd, dan kan de rechtbank het homologatieverzoek toch afwijzen als blijkt dat er schuldeisers of aandeelhouders zijn die op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie zouden komen dan in faillissement. De rechter kan hiertoe overgaan op verzoek van één of meer van deze schuldeisers of aandeelhouders, als deze zelf niet met het akkoord heeft ingestemd. Dit is bepaald in het derde lid.

Lid 4:

Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan wijst de rechtbank het homologatieverzoek af als het akkoord een herstructureringsplan omvat waarin de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, niet *eerlijk* verdeeld wordt onder de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Hiervan is sprake als bij die verdeling ten nadele van een tegenstemmende klasse wordt afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar en de schuldenaar:
– geen goede grond kan aanvoeren voor die afwijking, en
– niet kan aantonen dat de schuldeisers of aandeelhouder die bezwaar hebben gemaakt niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

Het herstructureringsplan is eveneens onredelijk als de klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd bestaat uit schuldeisers die in faillissement een uitkering in geld tegemoet kunnen zien en deze schuldeisers in het akkoord niet de mogelijkheid geboden krijgen om te kiezen voor een bedrag in geld ter grootte van het bedrag in contanten dat zij naar verwachting in geval van faillissement zouden hebben ontvangen (artikel 384, vierde lid, onderdeel b).

Een afwijzing van het homologatieverzoek op basis van het vierde lid, kan alleen plaatsvinden als de rechtbank daartoe een verzoek krijgt van een schuldeiser of aandeelhouder die is ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd en deze schuldeiser of aandeelhouder zelf ook zijn instemming niet heeft gegeven.

---

[41] Zie in dit verband ook de beschikking van 11 juni 2018 waarin de rechtbank Amsterdam deze lijn volgde bij de homologatie van het akkoord in het faillissement van 0I Brasil Holdings coöperatief U.A. De beschikking is terug te vinden op de website waarop informatie over het faillissement wordt verstrekt: http://oibrasilholdingscoop-administration.com/court-and-administrator/court-decisions.

Lid 6 en 7:

Als de rechter dit nodig acht in het kader van de door hem te nemen beslissing, kan hij ingevolge het zesde lid een onafhankelijk deskundige vragen een onderzoek te verrichten en hierover verslag uit te brengen. Deze bepaling sluit aan bij artikel 378, vijfde lid, waar de mogelijkheid van raadpleging van een deskundige in het kader van een tussentijds rechterlijk oordeel is geregeld. Voor een nadere toelichting op het zesde lid wordt daarom verwezen naar de toelichting bij artikel 378, vijfde lid.

Daarnaast geldt op basis van het zevende lid dat de rechter voordat hij beslist, de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator zo die is aangesteld, en de schuldeiser of de aandeelhouders en de wederpartij die een afwijzingsverzoek hebben ingediend, in de gelegenheid stelt elk hun zienswijze te geven.

Lid 8:

Is ervoor gekozen voor het akkoord tot stand te brengen binnen de openbare akkoordprocedure buiten faillissement en ontleent de rechter zijn rechtsmacht om het homologatieverzoek in behandeling te nemen aan de Insolventieverordening, dan kan de homologatiebeslissing een *«beslissing tot opening van een hoofdinsolventieprocedure»* zijn, als bedoeld in artikel 5 van de Insolventieverordening. Als dit het geval is, dient de rechter dit op basis van het achtste lid te vermelden in zijn vonnis tot homologatie. Belanghebbende schuldeisers die niet eerder in staat zijn gesteld hun zienswijze kenbaar te maken, kunnen deze beslissing dan nog aanvechten op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid. Deze verzetsmogelijkheid is geregeld in het achtste lid. Daarbij is artikel 371, veertiende lid, van overeenkomstige toepassing verklaard. Deze regeling vloeit voort uit artikel 5, eerste lid, van de Insolventieverordening.

§ 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord

Artikelen 385, 386 en 387

De artikelen 385 tot en met 387 bepalen wat het gevolg is van de homologatie van het akkoord. Artikel 385 regelt dat het akkoord na de homologatie door de rechter verbindend is voor de schuldenaar en voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Dit houdt in dat ook de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd hieraan gebonden zijn. Om welke schuldeisers en aandeelhouders het precies gaat is eenvoudig op te maken uit de lijst die ingevolge artikel 375, tweede lid, onderdeel b, bij het akkoord is overgelegd. Op basis van artikel 381, vierde of vijfde lid, is het mogelijk dat niet de schuleiser of de aandeelhouder (de juridisch gerechtigde) over het akkoord stemt, maar een ander (de economisch gerechtigde). In artikel 385 is voor de duidelijkheid geëxpliciteerd, dat het akkoord dan toch verbindend is voor de schuldeiser of aandeelhouder (artikel 385). Dit is het logische gevolg van de regeling die is opgenomen in artikel 381, vierde en vijfde lid.
Artikel 385 sluit aan bij artikel 15 van de richtlijn dat ziet op de gevolgen van de bevestiging door de rechter van een akkoord.

Artikel 386 bepaalt dat het vonnis van de rechtbank tot homologatie van een akkoord een executoriale titel oplevert. Dit betekent dat wanneer de schuldenaar zijn verplichtingen op basis van het akkoord niet (tijdig) nakomt, de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders die iets van

hem te vorderen hebben zich rechtstreeks op het vonnis kunnen beroepen om de nakoming alsnog af te dwingen.

Voorts geldt op basis van artikel 387 dat wanneer de schuldenaar verzuimt om het akkoord (tijdig) na te komen, hij verplicht is tot vergoeding van de schade die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders daardoor lijden. Er is geen voorafgaande ingebrekestelling nodig. Mogelijk bestaat er voor de schuldeisers of de aandeelhouders in dat geval ook een recht om het akkoord te ontbinden. Dit recht kan echter in het akkoord worden uitgesloten. Dit laatste ligt in de rede wanneer het akkoord elementen omvat die moeilijk zijn terug te draaien, zoals een *«debt for equity swap»*, waarbij de vorderingen van bepaalde schuldeisers inmiddels al zijn omgezet in aandelen in de vennootschap.

Onderdeel G

In onderdeel G wordt artikel 362 Fw aangepast. Vanwege de specifieke aard van de insolventieprocedure is op basis van dit artikel de algemene titel voor verzoekschriftprocedures in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing op verzoeken ingevolge de Faillissementswet (artikel 362 lid 2 Fw). Een belangrijk kenmerk van insolventierechtelijke procedures is de vereiste voortvarendheid van de procedure. Daardoor is er in beginsel geen ruimte voor toepassing van de algemene regels van bewijsrecht. Omdat het insolventieprocesrecht is gericht op een spoedige rechtsgang neemt de insolventierechter zijn beslissing aan de hand van de vraag of feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk zijn. De insolventierechter moet een beslissing kunnen nemen na een kort, eenvoudig onderzoek zonder daarbij aan de algemene regels van bewijsrecht gebonden te zijn (Van der Feltz I, p. 270). Deze uitgangspunten van het insolventieprocesrecht zijn ook van belang en gelden evenzeer voor de onderhavige regeling. Op de algemene uitsluiting van de algemene titel voor verzoekschriftprocedures in artikel 362, tweede lid, Fw wordt in onderdeel G een specifieke uitzondering gemaakt voor artikelen 262 en 269 Rv in verband met de bijzondere regeling voor de relatieve bevoegdheid van de rechter om kennis te nemen van verzoeken op grond van dit wetsvoorstel (artikel 369, achtste lid). De verdere uitsluiting van de algemene titel voor verzoekschriftprocedures in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering neemt overigens niet weg dat de bepalingen uit deze titel onder omstandigheden analoog kunnen worden toegepast voor zover de bijzondere aard en de vereiste voortvarendheid van de procedure op grond van de onderhavige regeling zich daar niet tegen verzetten (vgl. HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1338, NJ 2014/299).

Artikel II

Uit artikel 3, tweede lid, van de Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz) volgt dat griffierecht zal worden geheven van:

a) de schuldenaar voor de indiening van een homologatieverzoek en voor de indiening van een verzoek tot verlening van toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst (artikel 383, eerste, vijfde en zesde lid);
b) de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor de indiening van een verzoek tot afwijzing van de verzoeken genoemd onder het vorige punt (artikel 383, achtste lid), en
c) de schuldenaar, een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder of een andere belanghebbende voor de indiening van één van de overige verzoeken in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement of een besloten akkoordprocedure buiten faillissement.

Voor de verzoeken die worden ingediend door de herstructureringsdeskundige, de OR of de personeelsvertegenwoordiging wordt griffierecht geheven van de schuldenaar.

De verzoeken onder punt c betreffen:
– de verlening van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van de verkrijging van nieuwe financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord (artikel 42a);
– de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371, eerste lid);
– de afkondiging dan wel opheffing van een afkoelingsperiode (artikel 376, eerste lid);
– de opheffing of beperking van het gebruiksrecht van de schuldenaar (artikel 377, derde lid);
– het geven van een oordeel over een voor de stemming over het akkoord opgekomen kwestie (artikel 378, eerste lid), en
– het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (artikelen 376, zevende lid, en 379).

In artikel II wordt een nieuw artikel 19a ingevoegd in de Wgbz betreffende de hoogte van het griffierecht. Hierin is bepaald dat voor de indiening van een homologatieverzoek het griffierecht wordt geheven dat ingevolge de tabel bij de Wgbz geldt voor zaken betreffende een vordering dan wel een verzoek met een beloop van meer dan € 100.000. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat het economisch belang dat schuil gaat achter een dergelijk verzoek altijd boven dit bedrag zal liggen. Dat is voor natuurlijke personen een bedrag van € 1.599 en voor rechtspersonen € 4.030 (zie de bijlage bij de Wgbz). De hoogte van het griffierecht dat wordt geheven van een stemgerechtigde schuldeiser of een stemgerechtigde aandeelhouder voor de indiening van een verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek wordt bepaald aan de hand van het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel.
Voor de overige verzoeken geldt dat het achterliggende economische belang minder duidelijk vast te stellen is. Daarom wordt voor de indiening van die verzoeken het griffierecht geheven dat ingevolge de tabel bij de Wgbz geldt voor zaken betreffende een vordering dan wel een verzoek van onbepaalde waarde. Voor natuurlijke personen is dit een bedrag van € 297 en voor rechtspersonen € 639 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

Het wetsvoorstel sluit hiermee aan bij de bestaande regeling voor de griffierechtenheffing op basis van de Wgbz. Het nieuwe artikel 19a verduidelijkt slechts hoe die regeling dient te worden toegepast in de context van de WHOA betreffende de totstandkoming van een akkoord buiten faillissement.

Artikelen III en IV

Artikel III betreft de gebruikelijke inwerkingtredingsbepaling. Artikel IV bevat de citeertitel.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2018–2019

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 2

VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om in de Faillissementswet een regeling te treffen op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord betreffende de herstructurering van schulden;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

De Faillissementswet wordt als volgt gewijzigd:

A

Na artikel 3c wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 3d

1. Als een eigen aangifte of een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het laatste in behandeling.

2. De behandeling van de eigen aangifte of het verzoek tot faillietverklaring wordt in ieder geval geschorst totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. Wijst de rechtbank het verzoek toe, dan kondigt zij daarbij tevens overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode af en blijft de schorsing tijdens die periode van kracht.

kst-35249-2
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2019

B

Na artikel 42 wordt ingevoegd een artikel 42a, luidende:

Artikel 42a

Een rechtshandeling die is verricht nadat de schuldenaar ter griffie van rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan niet met een beroep op het vorige artikel worden vernietigd, als de rechter op verzoek van de schuldenaar voor die rechtshandeling een machtiging heeft afgegeven. De rechter honoreert dit verzoek als:

a. het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord als bedoeld in de genoemde artikelen te kunnen blijven voortzetten, en

b. op het moment dat de machtiging wordt verstrekt redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

C

In artikel 47 wordt na «aangevraagd was,» ingevoegd «en er geen sprake was van een schorsing van de behandeling van die aanvraag overeenkomstig de artikelen 3d, tweede lid, en 376, tweede lid, onder c».

D

Aan artikel 54 wordt een lid toegevoegd, luidende:

3. Degene die een verrekening verricht, is te goeder trouw als bedoeld in het eerste lid als deze verrekening:

a. geschiedt nadat de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, en

b. wordt verricht in het kader van de financiering van de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming en niet strekt tot inperking van die financiering.

E

Aan artikel 215 worden twee leden toegevoegd, luidende:

3. Als een verzoek tot verlening van surseance en een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het laatste in behandeling en vindt in afwijking van het tweede lid geen voorlopige verlening van surseance plaats.

4. De behandeling van het verzoek en de voorlopige verlening van surseance van betaling worden in ieder geval geschorst totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. Wijst de rechtbank het verzoek toe, dan kondigt zij daarbij tevens overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode af en blijft de schorsing tijdens die periode van kracht.

F

Na artikel 368 wordt opgenomen een nieuwe afdeling, luidend als volgt:

TWEEDE AFDELING HOMOLOGATIE VAN EEN ONDERHANDS AKKOORD

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 369

1. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op een natuurlijke persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, noch op een bank als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a, of een verzekeraar als bedoeld in artikel 213, onderdeel a, als schuldenaar.

2. Het in deze afdeling ten aanzien van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders bepaalde, is van toepassing op de schuldeisers en aandeelhouders die overeenkomstig artikel 381, derde lid, stemgerechtigd zijn.

3. Als de schuldenaar een vereniging of coöperatie is, is het in deze afdeling ten aanzien van aandeelhouders bepaalde van overeenkomstige toepassing op de leden.

4. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

5. Behoudens de gevallen waarin sprake is van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, is het in deze afdeling bepaalde niet van toepassing als de schuldenaar in de afgelopen drie jaar een akkoord heeft aangeboden dat bij een stemming als bedoeld in artikel 381 door alle klassen is verworpen of ten aanzien waarvan de rechtbank op de voet van artikel 384 de homologatie heeft geweigerd.

6. Een akkoord kan op basis van deze afdeling naar keuze worden voorbereid en aangeboden in een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

7. Of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen wordt bepaald:

a. op grond van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening voor zover het verzoeken betreft die worden ingediend in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement en de genoemde verordening van toepassing is, dan wel

b. artikel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

8. Het in deze afdeling ten aanzien van de rechtbank bepaalde is van toepassing op de rechtbank die ingevolge de artikelen 262 of 269 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering relatief bevoegd is om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen. Heeft een rechtbank zich in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement eenmaal relatief bevoegd verklaard om kennis te nemen van een verzoek ten aanzien van een schuldenaar, dan is deze rechtbank met uitsluiting van andere relatief bevoegde rechtbanken, eveneens relatief bevoegd om kennis te nemen van alle verdere verzoeken die in die procedure op grond van deze afdeling ten aanzien van de schuldenaar worden ingediend. Bieden meerdere rechtspersonen die samen een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek tegelijkertijd een akkoord aan op grond van deze afdeling, dan kunnen zij één van de gerechten die relatief bevoegd is, in een gezamenlijk verzoek vragen kennis te nemen van alle verzoeken die worden ingediend in het kader van de totstandkoming van een akkoord ten aanzien van deze rechtspersonen op grond van deze afdeling.

9. Verzoeken aan de rechter in het kader van deze afdeling worden in raadkamer behandeld, tenzij het akkoord wordt voorbereid en aangeboden in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

10. Tegen de beslissingen van de rechtbank in het kader van deze afdeling staat geen rechtsmiddel open, tenzij anders is bepaald.

§ 2. De aanbieding van en stemming over een akkoord

Artikel 370

1. Als een schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, kan hij zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten en dat door de rechtbank overeenkomstig artikel 384 kan worden gehomologeerd.

2. Als een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar aan een schuldeiser als bedoeld in het eerste lid of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, is artikel 160 Fw van overeenkomstige toepassing, behoudens voor zover het een akkoord betreft als bedoeld in artikel 372, eerste lid. De derde kan voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord voldoet aan de schuldeiser geen verhaal nemen op de schuldenaar. Voldoet de derde een schuld van de schuldenaar of een deel daarvan, terwijl de schuldeiser voor die schuld of dat deel van de schuld op basis van het akkoord ook rechten aangeboden krijgt, dan gaan die rechten van rechtswege over op de derde indien en voor zover de schuldeiser als gevolg van de betaling van de derde en de op basis van het akkoord toegekende rechten, waarde zou ontvangen die het bedrag van zijn vordering, zoals deze bestond voor de homologatie van het akkoord, te boven gaat.

3. Zodra de schuldenaar start met de voorbereiding van een akkoord, deponeert hij een verklaring waaruit dit blijkt ter griffie van de rechtbank, alwaar deze gedurende uiterlijk één jaar zal blijven liggen. De deponering geschiedt kosteloos. Nadat de schuldenaar het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorlegt, kunnen zij de verklaring kosteloos inzien totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek, bedoeld in artikel 383, eerste lid, dan wel totdat het verslag, bedoeld in artikel 382, is gedeponeerd en de schuldenaar daarin meedeelt dat hij een dergelijk verzoek niet zal indienen.

4. Biedt de schuldenaar het akkoord aan in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement, dan verzoekt hij zodra de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van deze afdeling, de griffier van de rechtbank Den Haag onverwijld in de registers, bedoeld in de artikelen 19 en 19a, en in de Staatscourant melding te maken van de gegevens, bedoeld in artikel 24 van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening.

5. Als de schuldenaar een rechtspersoon is, heeft het bestuur voor het aanbieden van een akkoord als bedoeld in het eerste lid en de uitvoering van een akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd geen instemming nodig van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding en, voor zover en voor zolang de volgende afwijkingen nodig zijn en zonder afbreuk te doen aan het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders, zijn de artikelen 38, 96, 96a, 99, 100 lid 1, 107a en 108a en titel 5.3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede artikel 5:25ka van de Wet op het financieel toezicht en eventuele statutaire bepalingen of tussen de rechtspersoon en haar aandeelhouders dan wel tussen twee of meer aandeelhouders onderling overeengekomen

regelingen ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, niet van toepassing. Voor zover de uitvoering van een akkoord een besluit van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding vereist, treedt het akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd daarvoor in de plaats.

Artikel 371

1. Iedere schuldeiser, aandeelhouder of de krachtens wettelijke bepalingen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kunnen bij de rechtbank een verzoek indienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die aan de schuldeisers en aandeelhouders van een schuldenaar, of een aantal van hen, overeenkomstig deze afdeling een akkoord kan aanbieden. Ook de schuldenaar kan een dergelijk verzoek doen. In dit laatste geval is artikel 370, vijfde lid, van overeenkomstige toepassing. Wordt het verzoek toegewezen, dan kan de schuldenaar zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt geen akkoord aanbieden op basis van artikel 370, eerste lid.

2. Heeft de rechter nog niet eerder een beslissing genomen in het kader van deze afdeling, dan vermeldt de verzoeker, bedoeld in het eerste lid, in het verzoek voor welke procedure als bedoeld in artikel 369, zesde lid, hij kiest en welke redenen daaraan ten grondslag liggen. Het verzoek bevat dan ook zodanige gegevens dat de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht toekomt. Is het verzoek niet ingediend door de schuldenaar, dan stelt de rechtbank de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid zich uit te laten over de keuze voor één van de in artikel 369, zesde lid, genoemde procedures. In geval van een geschil hierover, beslist de rechtbank welke van de in artikel 369, zesde lid, genoemde procedures toepassing vindt. Artikel 370, vierde lid, is van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het in dat lid bedoelde verzoek in dit geval kan worden gedaan door de herstructureringsdeskundige of de schuldenaar.

3. Een verzoek als bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn. Een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt in ieder geval toegewezen als het is ingediend door de schuldenaar zelf of gesteund wordt door de meerderheid van de schuldeisers.

4. De rechtbank kan één of meer deskundigen benoemen om een onderzoek in te stellen naar de vraag of sprake is van een toestand als bedoeld in het vorige lid. Artikel 378, vijfde lid, eerste en vierde zin, en het zevende en achtste lid van dit artikel zijn dan van overeenkomstige toepassing.

5. Over een verzoek als bedoeld in het eerste lid, beslist de rechtbank niet dan nadat zij de verzoeker, bedoeld in het eerste lid, de schuldenaar en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Dit geldt ook voor de beslissingen, bedoeld in het tiende, twaalfde en dertiende lid. In de laatste drie gevallen roept de rechtbank ook de herstructureringsdeskundige op om te worden gehoord.

6. De herstructureringsdeskundige voert zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit.

7. De herstructureringsdeskundige is gerechtigd tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de schuldenaar waarvan hij kennisneming nodig acht voor een juiste vervulling van zijn taak.

8. De schuldenaar of zijn bestuurders en de aandeelhouders en commissarissen zo die er zijn, alsmede degenen die in dienst zijn van de schuldenaar, zijn verplicht de herstructureringsdeskundige alle inlichtingen te verschaffen als dit van hen wordt verlangd, op de wijze als daarbij is bepaald. Zij lichten de herstructureringsdeskundige eigener beweging in over feiten en omstandigheden waarvan zij weten of behoren te weten dat deze voor de herstructureringsdeskundige voor een juiste vervulling van zijn taak van belang zijn en verlenen alle medewerking die daarvoor nodig is.

9. Behoudens in het kader van de toepassing van het in deze afdeling bepaalde, deelt de herstructureringsdeskundige de verkregen informatie niet met derden.

10. De rechtbank bepaalt het salaris van de herstructureringsdeskundige. Ook stelt de rechtbank een bedrag vast dat de werkzaamheden van herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan gedurende het proces door de rechtbank op verzoek van de herstructureringsdeskundige worden verhoogd. Voor zover niet anders overeengekomen is, betaalt de schuldenaar deze kosten, met dien verstande dat als het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, de schuldeisers de kosten dragen. De rechtbank kan ten behoeve hiervan aan de aanwijzing de voorwaarde verbinden van zekerheidstelling of bijschrijving van een voorschot op de rekening van de rechtbank.

11. De herstructureringsdeskundige is niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van de poging om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen, tenzij hem een persoonlijk ernstig verwijt treft dat hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende herstructureringsdeskundige die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.

12. Zodra duidelijk wordt dat het niet mogelijk is om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen, stelt de herstructureringsdeskundige de rechtbank hiervan op de hoogte en verzoekt hij om de intrekking van zijn aanwijzing.

13. De aanwijzing eindigt van rechtswege zodra de rechtbank het akkoord overeenkomstig artikel 384 homologeert, tenzij de rechtbank bij haar homologatiebeslissing bepaalt dat deze nog met een door haar te bepalen termijn voortduurt. Daarnaast kan de rechtbank te allen tijde een herstructureringsdeskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen, een en ander op verzoek van hemzelf of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve.

14. Heeft de rechtbank nog niet eerder een beslissing genomen in het kader van deze afdeling, en ontleent zij haar rechtsmacht aan de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening, dan wordt in de aanwijzingsbeschikking vermeld of het een hoofdinsolventieprocedure dan wel een territoriale insolventieprocedure in de zin van de verordening betreft. Elke schuldeiser die niet al op basis van het vijfde lid in de gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze kenbaar te maken, kan gedurende acht dagen na de melding, bedoeld in artikel 370, vierde lid, daartegen in verzet komen op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid als bedoeld in artikel 5, eerste lid, van de genoemde verordening.

Artikel 372

1. Een akkoord als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan ook voorzien in de wijziging van rechten van schuldeisers jegens rechtspersonen die samen met de schuldenaar een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek mits:

a. de rechten van die schuldeisers jegens de betrokken rechtspersonen strekken tot voldoening of tot zekerheid voor de nakoming van verbintenissen van de schuldenaar of van verbintenissen waarvoor die rechtspersonen met of naast de schuldenaar aansprakelijk zijn;

b. de betrokken rechtspersonen verkeren in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid;

c. de betrokken rechtspersonen met de voorgestelde wijziging hebben ingestemd of het akkoord wordt aangeboden door een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, en

d. de rechtbank rechtsmacht heeft als deze rechtspersonen zelf een akkoord op grond van deze afdeling zouden aanbieden en een verzoek zouden indienen als bedoeld in artikel 383, eerste lid.

2. Bij een akkoord als bedoeld in het eerste lid:

a. verstrekt de schuldenaar, of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, ook de in artikel 375 genoemde informatie ten aanzien van de in het eerste lid bedoelde rechtspersonen, en

b. toetst de rechtbank bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve dan wel op verzoek of het akkoord ten aanzien van deze rechtspersonen voldoet aan artikel 384.

3. De schuldenaar dan wel de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, is bij uitsluiting bevoegd om ten behoeve van de in het eerste lid bedoelde rechtspersonen verzoeken bij de rechtbank in te dienen als bedoeld de artikelen 376, eerste lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, eerste lid.

Artikel 373

1. Als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, aan een wederpartij met wie de schuldenaar een overeenkomst heeft gesloten, een voorstel doen tot wijziging of beëindiging van die overeenkomst. Stemt de wederpartij niet in met het voorstel, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de overeenkomst tussentijds doen opzeggen, mits een akkoord is aangeboden dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank wordt gehomologeerd en de rechtbank daarbij toestemming geeft voor deze eenzijdige opzegging. De opzegging vindt in dat geval van rechtswege plaats op de dag waarop het akkoord door de rechtbank is gehomologeerd tegen een door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige gestelde termijn. Komt deze termijn de rechtbank niet redelijk voor, dan kan zij bij de verlening van de toestemming een langere termijn vaststellen, met dien verstande, dat een termijn van drie maanden vanaf de homologatie van het akkoord in elk geval voldoende is.

2. Na de eenzijdige opzegging, bedoeld in het eerste lid, heeft de wederpartij recht op vergoeding van de schade die hij lijdt vanwege de beëindiging van de overeenkomst. Afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing. Het akkoord, bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan voorzien in een wijziging van het toekomstige recht op schadevergoeding.

3. Het voorbereiden en aanbieden van een akkoord als bedoeld artikel 370, eerste lid, en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, alsmede gebeurtenissen en handelingen die daarmee of met de uitvoering van het akkoord rechtstreeks verband houden en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn, zijn geen grond voor

wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.

4. Is overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode afgekondigd, dan geldt tijdens die periode dat een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór de afkoelingsperiode, geen grond is voor de wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst voor zover zekerheid is gesteld voor de nakoming van de nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode.

Artikel 374

Schuldeisers en aandeelhouders worden in verschillende klassen ingedeeld, als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. In ieder geval worden schuldeisers of aandeelhouders die overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling dan wel een overeenkomst bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar een verschillende rang hebben, in verschillende klassen ingedeeld.

Artikel 375

1. Het akkoord bevat alle informatie die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich voor het plaatsvinden van de stemming, bedoeld in artikel 381, een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over het akkoord, waaronder:

a. de naam van de schuldenaar;

b. voor zover van toepassing de naam van de herstructureringsdeskundige;

c. voor zover van toepassing, de klassenindeling en de criteria op basis waarvan de schuldeisers en aandeelhouders in één of meerdere klassen zijn ingedeeld;

d. de financiële gevolgen van het akkoord per klasse van schuldeisers en aandeelhouders;

e. de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt;

f. de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement;

g. de bij de berekening van de waardes, bedoeld onder e en f, gehanteerde uitgangspunten en aannames;

h. als het akkoord een toedeling van rechten aan de schuldeisers en aandeelhouders behelst: het moment of de momenten waarop de rechten zullen worden toebedeeld;

i. voor zover van toepassing, de nieuwe financiering die de schuldenaar het in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan en de redenen waarom dit nodig is;

j. de wijze waarop de schuldeisers en aandeelhouders nadere informatie over het akkoord kunnen verkrijgen;

k. de procedure voor de stemming over het akkoord alsmede het moment waarop deze plaatsvindt dan wel waarop de stem uiterlijk moet zijn uitgebracht, en

l. voor zover van toepassing, de wijze waarop de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging overeenkomstig artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden gevraagd is of nog gevraagd zal worden advies uit te brengen.

2. Aan het akkoord worden gehecht:

a. een door behoorlijke bescheiden gestaafde staat van alle baten en lasten, en

b. een lijst waarop:

1°. de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij naam worden genoemd of, als dit niet mogelijk is, de schuldeisers of aandeelhouders onder verwijzing naar één of meer categorieën worden vermeld;

2°. het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld, en

3°. wordt meegedeeld in welke klasse of klassen zij zijn ingedeeld.

c. voor zover van toepassing, een opgave van schuldeisers of aandeelhouders die niet onder het akkoord vallen, bij naam of, als dit niet mogelijk is, onder verwijzing naar één of meer categorieën, alsmede een toelichting waarom zij niet worden meegenomen in het akkoord;

d. informatie over de financiële positie van de schuldenaar, en

e. een beschrijving van:

1°. de aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen;

2°. welke pogingen zijn ondernomen om deze problemen op te lossen;

3°. de herstructureringsmaatregelen die onderdeel zijn van het akkoord;

4°. de wijze waarop deze maatregelen bijdragen aan een oplossing, en

5°. hoeveel tijd het naar verwachting vergt om deze maatregelen uit te voeren.

3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald welke informatie verder in het akkoord of in de daaraan te hechten bescheiden wordt opgenomen en op welke wijze deze informatie wordt verstrekt, alsmede kan worden voorzien in een standaardformulier.

Artikel 376

1. Als de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, en een akkoord als bedoeld in het eerste lid van dat artikel heeft aangeboden of toezegt dat hij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een dergelijk akkoord zal aanbieden, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen.

2. Tijdens de afkoelingsperiode, die geldt voor een termijn van ten hoogste vier maanden:

a. kan elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat er een akkoord wordt voorbereid;

b. kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, beslagen opheffen, en

c. wordt de behandeling van een verzoek tot verlening van surseance, een eigen aangifte of een door een schuldeiser jegens de schuldenaar ingediend verzoek tot faillietverklaring geschorst.

3. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

4. Het verzoek, bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat:

a. dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten, en

b. op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar hierbij gediend zijn en de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

5. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, hierom verzoeken voordat de uiterste termijn voor de afkoelingsperiode, bedoeld in het tweede lid, is verstreken, kan de rechtbank deze periode verlengen met een door haar te bepalen termijn, met dien verstande dat de totale termijn met inbegrip van verlengingen niet langer kan zijn dan acht maanden. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige dient in zijn verzoek aannemelijk te maken dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Dit laatste wordt geacht in ieder geval aan de orde te zijn als een verzoek tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 383, eerste lid, is ingediend.

6. In afwijking van het vijfde lid, wordt de afkoelingsperiode niet verlengd als:

a. de afkoelingsperiode is verzocht in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement, en

b. het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar, bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de verordening, genoemd in artikel 5, derde lid, in de drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van deze afdeling vanuit een andere lidstaat is verplaatst.

7. Ingeval de schuldenaar overeenkomstig artikel 239, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek een pandrecht heeft gevestigd op een vordering op naam of op het vruchtgebruik van een zodanige vordering, is de pandhouder tijdens de afkoelingsperiode niet bevoegd de mededeling, bedoeld in het derde lid van dat artikel, te doen of betalingen in ontvangst te nemen dan wel te verrekenen met een vordering op de schuldenaar, mits de schuldenaar op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt voor het verhaal van de pandhouder krachtens dat pandrecht.

8. De artikelen 241a, tweede en derde lid, 241c, 241d zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het bij de overeenkomstige toepassing van artikel 241a, derde lid, gaat om een termijn die aan de schuldenaar is gesteld.

9. Op verzoek van de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, kan de rechtbank bij haar beslissing tot het afkondigen van een afkoelingsperiode of gedurende de termijn waarbinnen deze geldt, voorzieningen treffen als bedoeld in artikel 379. Bij de afkondiging van een algemene afkoelingsperiode kan de rechtbank een observator als bedoeld artikel 380 aanstellen, als zij dit nodig oordeelt ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders.

10 .Als niet langer wordt voldaan aan het eerste en het vierde lid, heft de rechtbank de afkoelingsperiode op. Zij kan dit ambtshalve doen of op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, of de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend.

11. De rechtbank beslist niet over het verlenen van een machtiging als bedoeld in het tweede lid, onder a, of verzoeken als bedoeld in het vijfde, negende en tiende lid dan nadat zij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, alsmede de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend,

op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

12. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

13. Het verzoek tot verlening van surseance, de eigen aangifte of het verzoek tot faillietverklaring, bedoeld in het tweede lid, onder c, vervalt van rechtswege zodra de rechtbank het akkoord overeenkomstig artikel 384 heeft gehomologeerd. Was de schuldeiser op het moment dat hij het verzoek tot faillietverklaring indiende, niet op de hoogte van het feit dat er een akkoord werd voorbereid, dan beslist de rechter of de schuldenaar de kosten van het geding die de schuldeiser heeft gemaakt, moet vergoeden.

Artikel 377

1. Als de schuldenaar voor de afkondiging van de afkoelingsperiode, bedoeld in artikel 376, de bevoegdheid had tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen, dan wel de inning van vorderingen, blijft deze bevoegdheid hem tijdens de afkoelingsperiode toekomen, voor zover dit past binnen de normale voortzetting van de onderneming die hij drijft.

2. De schuldenaar maakt alleen gebruik van de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid, als de belangen van de betrokken derden, voldoende zijn gewaarborgd.

3. De rechtbank heft de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid op of beperkt het gebruik van deze bevoegdheid op verzoek van één of meer betrokken derden, als niet langer wordt voldaan aan het vorige lid. De rechtbank beslist hierover niet dan nadat zij de genoemde derden, de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

Artikel 378

1. Voordat het akkoord overeenkomstig artikel 381, eerste lid, ter stemming is voorgelegd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, de rechtbank verzoeken een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord overeenkomstig deze afdeling, waaronder:

a. de inhoud van de informatie die in het akkoord of in de daaraan gehechte bescheiden is opgenomen, als ook de door de schuldenaar gehanteerde waardes en uitgangspunten en aannames, bedoeld in artikel 375, eerste lid, onderdelen e tot en met g;

b. de klassenindeling;

c. de toelating tot de stemming van een schuldeiser of aandeelhouder;

d. e procedure voor de stemming en binnen welke termijn nadat het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders is voorgelegd of hen is meegedeeld hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, de stemming redelijkerwijs zou mogen plaatsvinden;

e. of, als alle klassen instemmen met het akkoord, een afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 384, tweede en derde lid, alsnog aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan;

f. of, als niet alle klassen instemmen met het akkoord, een afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 384, tweede, derde en vierde lid, aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan, en

g. of, als de schuldenaar een rechtspersoon is als bedoeld in de artikelen 381, tweede lid, en 383, tweede lid, de aandeelhouders het bestuur op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen voor het in stemming brengen van het akkoord of de indiening van het homologatieverzoek.

2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

3. De rechtbank behandelt de verzoeken die overeenkomstig het eerste lid aan haar worden gedaan zoveel mogelijk gezamenlijk en doet deze zoveel mogelijk op één zitting af.

4. Wordt de rechter op grond van het eerste lid verzocht zich uit te laten over de toelating van een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming of over de hoogte van het bedrag van de vordering van een stemgerechtigde schuldeiser dan wel het nominale bedrag van het aandeel van een stemgerechtigde aandeelhouder, dan bepaalt de rechtbank of en tot welk bedrag, deze schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. Artikel 147 is van overeenkomstige toepassing.

5. Als zij dit nodig acht in het kader van een door haar te nemen beslissing, kan de rechtbank één of meer deskundigen benoemen om binnen een door haar te bepalen termijn, die zo nodig kan worden verlengd, een onderzoek in te stellen en een beredeneerd verslag van bevindingen uit te brengen. De deskundigen leggen hun verslag neder ter griffie van de rechtbank, ter inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Artikel 371, zevende en achtste lid, zijn van overeenkomstige toepassing. De rechtbank kan te allen tijde een deskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen, een en ander op verzoek van hemzelf of ambtshalve.

6. Als informatie ontbreekt om de gevraagde beslissing te kunnen geven, kan de rechtbank de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een redelijke termijn gunnen om de ontbrekende gegevens te verstrekken, alvorens zij een beslissing neemt als bedoeld in het eerste en vierde lid.

7. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste en vierde lid dan nadat zij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, en de schuldeisers en aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks geraakt worden door de beslissing op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Wordt de rechter gevraagd om een beslissing te nemen als bedoeld in het vierde lid, dan is de vorige zin in ieder geval van toepassing op de schuldeiser of aandeelhouder, bedoeld in dat lid.

8. Beslissingen van de rechtbank op grond van dit artikel zijn slechts bindend voor die schuldeisers en aandeelhouders die op grond van het vorige lid door de rechtbank in de gelegenheid zijn gesteld om een zienswijze te geven.

9. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 379

1. Als de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige dan wel ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt.

2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 380

1. Als het akkoord overeenkomstig artikel 370 door de schuldenaar wordt voorbereid, kan een voorziening als bedoeld in artikel 379 zijn de aanstelling van een observator. Deze heeft tot taak toezicht te houden op

de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

2. Zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet zal lukken om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, stelt de observator de rechtbank hiervan op de hoogte. De rechtbank stelt in dat geval de observator en de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid een zienswijze te geven en verbindt hieraan de gevolgen die zij geraden acht. Een dergelijke gevolgtrekking kan zijn dat de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst als bedoeld in artikel 371.

3. Wordt na de aanstelling van een observator een verzoek ingediend tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 en wijst de rechtbank dit verzoek toe, dan trekt zij daarbij de aanstelling van de observator in.

4. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en het vijfde tot en met veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 381

1. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, legt het akkoord gedurende een redelijke termijn die in ieder geval niet korter is dan acht dagen, voor het plaatsvinden van de stemming voor aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders of bericht hen hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, zodat zij hierover een geïnformeerd oordeel kunnen vormen.

2. De herstructureringsdeskundige kan het akkoord alleen met instemming van de schuldenaar aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorleggen als:

a. de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, en

b. de schuldenaar of, als de schuldenaar een rechtspersoon is, de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een onderneming drijft waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.

Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen.

3. Stemgerechtigd zijn schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd.

4. Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op vorderingsrechten waarvoor geldt dat het economisch belang geheel of in overwegende mate ligt bij een ander dan de schuldeiser en waardoor die ander zich in een positie bevindt die, gegeven de omstandigheden van het geval, redelijkerwijs gelijkgesteld moet worden met die van een schuldeiser als bedoeld in het derde lid, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige deze ander in plaats van de schuldeiser uitnodigen naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de schuldeiser bepaalde van toepassing op de ander.

5. Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op aandelen ten aanzien waarvan certificaten zijn uitgegeven, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, de certificaathouder, in plaats van de aandeelhouder, uitnodigen om naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de aandeelhouder bepaalde

van toepassing op de certificaathouders. Hetzelfde geldt voor vruchtgebruikers.

6. De stemming over het akkoord geschiedt per klasse van schuldeisers of aandeelhouders, overeenkomstig de in artikel 375, eerste lid, onderdeel k, gegeven informatie, in een fysieke of door middel van een elektronisch communicatiemiddel te houden vergadering of schriftelijk.

7. Een klasse van schuldeisers heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.

8. Een klasse van aandeelhouders heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van aandeelhouders die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen die klasse een stem hebben uitgebracht.

Artikel 382

1. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, eerste lid, zo die is aangewezen, stelt zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen zeven dagen na de stemming een verslag op dat vermeldt:

a. de namen van de schuldeisers en aandeelhouders of, als dit niet mogelijk is, een verwijzing naar één of meer categorieën van schuldeisers en aandeelhouders, die een stem hebben uitgebracht en of zij zich daarbij voor of tegen het akkoord hebben uitgesproken, alsmede de hoogte van het bedrag van hun vorderingen dan wel het nominale bedrag van hun aandelen;

b. de uitslag van de stemming, en

c. of de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige voornemens zijn een verzoek als bedoeld in artikel 383, eerste lid, in te dienen, en indien dat het geval is, wat verder rondom de stemming of, indien aan de orde, bij de vergadering waarin deze heeft plaatsgevonden, is voorgevallen en relevant is in het kader van dat verzoek.

2. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige stelt de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders onverwijld in staat van het verslag kennis te nemen. Wordt door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een verzoek gedaan als bedoeld in artikel 383, eerste lid, dan deponeert hij het verslag ter griffie van de rechtbank. Het verslag ligt aldaar ter kosteloze inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek, bedoeld in artikel 383, eerste lid.

§ 3. De homologatie van het akkoord

Artikel 383

1. Als ten minste één klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, de rechtbank schriftelijk verzoeken om homologatie van het akkoord. Als het akkoord een wijziging omvat van rechten van schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan, dient die ene klasse, bedoeld in de vorige zin, te bestaan uit schuldeisers die vallen binnen deze categorie schuldeisers.

2. De herstructureringsdeskundige kan alleen met instemming van de schuldenaar een homologatieverzoek indienen als:

a. de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de bij de door de schuldenaar gedreven onder-

neming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging;

b. niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd, en

c. de schuldenaar of, als de schuldenaar een rechtspersoon is, de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een onderneming drijft waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.

Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen.

3. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

4. De rechtbank bepaalt zo spoedig mogelijk bij beschikking de zitting waarop zij de homologatie behandelt. Heeft de schuldenaar een verzoek ingediend tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd en heeft de rechtbank nog geen herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 aangewezen of een observator als bedoeld in artikel 380 aangesteld, dan stelt de rechtbank bij dezelfde beschikking alsnog een observator aan.

5. Van de beschikking, bedoeld in het vierde lid, geeft de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige onverwijld schriftelijk kennis aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.

6. De zitting wordt ten minste acht en ten hoogste veertien dagen nadat het homologatieverzoek is ingediend en het verslag, bedoeld in artikel 382, ter griffie ter inzage is gelegd, gehouden.

7. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid wil gebruiken om een overeenkomst overeenkomstig artikel 373, eerste lid, eenzijdig op te zeggen, dan omvat het homologatieverzoek tevens een verzoek om toestemming voor die opzegging.

8. Tot aan de dag van de zitting, bedoeld in het vierde lid, kunnen stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij de rechtbank een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Tot dat moment kan ook de wederpartij bij de overeenkomst, bedoeld in het vorige lid, een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het verzoek tot verlening van toestemming voor de opzegging, bedoeld in dat lid.

9. Een schuldeiser, aandeelhouder of wederpartij als bedoeld in het vorige lid kan geen beroep doen op een afwijzingsgrond, als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die afwijzingsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, terzake heeft geprotesteerd.

Artikel 384

1. Heeft de rechtbank rechtsmacht om het verzoek tot homologatie van het akkoord in behandeling te nemen, dan geeft zij zo spoedig mogelijk haar met redenen omkleed vonnis waarbij zij dit verzoek en, indien aan de orde, een verzoek om toestemming voor de opzegging van een overeenkomst als bedoeld in artikel 383, zevende lid, toewijst, tenzij zich één of meer van de afwijzingsgronden, bedoeld in het tweede tot en met het vijfde lid, voordoet.

2. De rechtbank wijst een verzoek tot homologatie van het akkoord af als:

a. van een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, geen sprake is;

b. de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige niet jegens alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders heeft voldaan aan de verplichtingen, bedoeld in de artikelen 381, eerste lid, en 383, vijfde lid, tenzij de desbetreffende schuldeisers en aandeelhouders verklaren het akkoord te aanvaarden;

c. het akkoord of de daaraan gehechte bescheiden niet alle in artikel 375 voorgeschreven informatie omvatten, de klasseindeling niet voldoet aan de eisen van artikel 374 of de procedure voor de stemming niet voldeed aan artikel 381, tenzij zodanig gebrek redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;

d. een schuldeiser of de aandeelhouder voor een ander bedrag tot de stemming over het akkoord had moeten worden toegelaten, tenzij die beslissing niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;

e. de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd;

f. de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord nieuwe financiering aan wil gaan en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk worden geschaad;

g. het akkoord door bedrog, door begunstiging van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders of met behulp van andere oneerlijke middelen tot stand is gekomen, onverschillig of de schuldenaar dan wel een ander daartoe heeft meegewerkt;

h. het loon en de verschotten van de door de rechtbank ingevolge respectievelijk de artikelen 371, 378, vijfde lid, en 380 aangewezen of aangestelde herstructureringsdeskundige, deskundige of observator niet zijn gestort of daarvoor geen zekerheid is gesteld, of

i. er andere redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.

3. Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, kan de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord, afwijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.

4. Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd en zijn ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten en in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd hadden moeten worden ingedeeld, wijst de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, af als:

a. bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd ten nadele van de klasse die niet heeft ingestemd wordt afgeweken van de rangorde bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling, dan wel een contractuele regeling, tenzij voor die afwijking een redelijke grond bestaat en de genoemde schuldeisers of aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad, of

b. de genoemde schuldeisers op basis van het akkoord niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting aan betaling in geld zouden ontvangen.

5. Op verzoek van de wederpartij bij de overeenkomst wijst de rechtbank het verzoek om toestemming voor de opzegging van een overeenkomst, bedoeld in artikel 383, zevende lid, af op de grond bedoeld in het tweede lid, onder a.

6. Artikel 378, vijfde lid, is van overeenkomstige toepassing.

7. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste lid dan nadat zij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, en de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders, dan wel de wederpartij, zo die een verzoek tot afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord of tot verlening van toestemming voor de opzegging van de overeenkomst

als bedoeld in artikel 383, achtste lid, hebben ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

8. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

§ 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord

Artikel 385

Het gehomologeerde akkoord is verbindend voor de schuldenaar en voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Heeft niet de schuldeiser of aandeelhouder, maar ingevolge artikel 381, vierde of vijfde lid, een ander over het akkoord gestemd, dan is het akkoord desalniettemin verbindend voor de schuldeiser of aandeelhouder.

Artikel 386

Het vonnis van homologatie levert ten behoeve van de stemgerechtigde schuldeisers met niet door de schuldenaar betwiste vorderingen een voor tenuitvoerlegging vatbare titel op tegen de schuldenaar en tegen de tot het akkoord als borgen toegetreden personen, voor zover de schuldeisers op basis van het akkoord een vordering krijgen tot betaling van een geldsom.

Artikel 387

1. De schuldenaar is in verzuim bij iedere tekortkoming in de nakoming van het akkoord en is verplicht de schade die de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders daardoor lijden te vergoeden, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Artikel 75 en afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing.

2. In het akkoord kan de ontbinding van het akkoord worden uitgesloten. Als het akkoord hiertoe geen bepaling omvat, is artikel 165 van overeenkomstige toepassing.

G

Aan het slot van artikel 362, tweede lid, wordt toegevoegd «, met uitzondering van de artikelen 262 en 269 van dat wetboek voor zover het verzoeken betreft die op basis van de tweede afdeling van titel IV worden ingediend in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement».

ARTIKEL II

In de Wet griffierechten burgerlijke zaken wordt een nieuw artikel 19a ingevoegd, luidende:

Artikel 19a

1. Voor de indiening van verzoeken als bedoeld in de artikelen 42a, 371, eerste lid, 376, eerste lid, 377, derde lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, zevende lid, van de Faillissementswet wordt van de verzoeker het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken met betrekking tot een vordering van onbepaalde waarde op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd.

2. Voor de indiening van een verzoek tot homologatie van een akkoord als bedoeld in artikel 383, eerste lid, van de Faillissementswet wordt van de verzoeker het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken met betrekking tot een vordering, dan wel een verzoek met een beloop van meer dan € 100.000 op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd.

3. Voor de indiening van een verzoek tot afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 383, achtste lid, van de Faillissementswet wordt van een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd. De hoogte van het griffierecht wordt bepaald aan de hand van het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel.

4. Bij de toepassing van het eerste en het tweede lid geldt, dat als het verzoek wordt gedaan door een herstructureringsdeskundige, het griffierecht wordt geheven van de schuldenaar.

ARTIKEL III

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

ARTIKEL IV

Deze wet wordt aangehaald als: Wet homologatie onderhands akkoord.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister voor Rechtsbescherming,

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2018–2019

35 249 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 1 **KONINKLIJKE BOODSCHAP**

Aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Wij bieden U hiernevens ter overweging aan een voorstel van wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord).

De memorie van toelichting, die het wetsvoorstel vergezelt, bevat de gronden waarop het rust.

En hiermede bevelen Wij U in Godes heilige bescherming.

’s-Gravenhage, 5 juli 2019 Willem-Alexander

kst-35249-1
ISSN 0921 - 7371
’s-Gravenhage 2019

Overheid.nl

De wegwijzer naar informatie en diensten van alle overheden

MijnOverheid.nl

Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

In 2014 is het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen II geconsulteerd. Dit voorstel stelt een onderneming in financiële moeilijkheden in staat om een akkoord aan schuldeisers aan te bieden, om daarmee problematische schulden te herstructureren. Naar aanleiding van de ingekomen reacties op de eerder gehouden consultatie zijn de conceptwetstekst en de bijbehorende toelichting bijgewerkt en is besloten deze stukken opnieuw ter consultatie voor te leggen.

Consultatie berichten

Overzicht van alle berichten bij de consultatie, gesorteerd op datum

Consultatie is gesloten, 1 december 2017

De consultatietermijn is afgelopen.

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord om een dreigend faillissement af te wenden (Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement)

VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om in de Faillissementswet een regeling te treffen op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord betreffende de herstructurering van schulden als dit nodig is om een dreigend faillissement af te wenden;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel I

De **Faillissementswet** wordt als volgt gewijzigd:

A

Na artikel 3c wordt ingevoegd een artikel 3d, luidende:

Artikel 3d *[Schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring in geval van de aanbieding van een akkoord]*

1. Indien de schuldenaar een akkoord heeft aangeboden als bedoeld in artikel 370 wordt de behandeling van een jegens hem ingediend verzoek tot faillietverklaring op zijn verzoek gedurende een termijn van ten hoogste twee maanden, die éénmaal kan worden verlengd met een termijn van ten hoogste twee maanden, geschorst, tenzij:

a. de schuldenaar redelijkerwijs niet mag verwachten dat de rechtbank zal overgaan tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 381, of
b. er andere redenen zijn die zich tegen een schorsing verzetten.

2. De rechtbank heft de schorsing op indien er redenen zijn die zich tegen een voortzetting daarvan verzetten.
3. De rechtbank neemt geen beslissingen als bedoeld in het eerste en tweede lid dan nadat zij de schuldenaar en de schuldeiser die het verzoek tot faillietverklaring heeft ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze in de gelegenheid heeft gesteld hun zienswijze te geven.
4. Het verzoek tot faillietverklaring vervalt van rechtswege wanneer de beschikking tot homologatie van het akkoord, bedoeld in artikel 381, in kracht van gewijsde is gegaan.

B

In artikel 5, eerste lid, wordt ‘en 363, eerste lid’ vervangen door:, 363, eerste lid, 375, 376, eerste lid, 377, 380, eerste lid, en 381, derde en vierde lid,.

C

Na artikel 42 wordt ingevoegd een artikel 42a, luidende:

Artikel 42a

Indien de schuldenaar voor de faillietverklaring een pandrecht of een hypotheekrecht heeft gevestigd strekkende tot zekerheid voor de nakoming van verplichtingen uit een nieuwe geldlening die is verstrekt aan de schuldenaar met de bedoeling dat die lening zou worden aangewend om betalingen te kunnen verrichten die voor de voorzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming in het kader van de totstandkoming van een akkoord als bedoeld in artikel 370 redelijkerwijs noodzakelijk waren, wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed dat van benadeling van de schuldeisers en wetenschap daarvan als bedoeld in artikel 42 geen sprake is geweest.

D

In artikel 47 wordt na “aangevraagd was,” ingevoegd, tenzij de behandeling van die aanvraag overeenkomstig artikel 3d is opgeschort.

E

Aan artikel 252 wordt een lid toegevoegd, luidende:

2. Het in dit artikel bepaalde is niet van toepassing indien de schuldenaar in de drie jaar voorafgaand aan de indiening van het verzoek al eens een akkoord heeft aangeboden dat bij een stemming als bedoeld artikel 378 door alle klassen is verworpen of ten aanzien waarvan de rechtbank de homologatie overeenkomstig artikel 381 heeft geweigerd.

F

Aan artikel 287a wordt na het zevende lid een lid toegevoegd, luidende:

8. Het in dit artikel bepaalde is niet van toepassing indien de schuldenaar in de drie jaar voorafgaand aan de indiening van het verzoek al eens een akkoord heeft aangeboden dat bij een stemming als bedoeld artikel 378 door alle klassen is verworpen of ten aanzien waarvan de rechtbank de homologatie overeenkomstig artikel 381 heeft geweigerd.

G

Na artikel 368 wordt opgenomen een nieuwe afdeling, luidend als volgt:

TWEEDE AFDELING HOMOLOGATIE VAN EEN ONDERHANDS AKKOORD

§ 1 Algemene bepalingen

Artikel 369 *[Toepassingsbereik]*

1. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op een natuurlijke persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, noch op een bank als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a, of een verzekeraar als bedoeld in artikel 213, als schuldenaar.

2. Het in deze afdeling ten aanzien van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders bepaalde, is van toepassing op de schuldeisers en aandeelhouders die overeenkomstig artikel 378, tweede lid, stemgerechtigd zijn.
3. Het in deze afdeling ten aanzien van de rechtbank bepaalde, is van toepassing op de rechtbank die ingevolge artikel 2 bevoegd zou zijn de schuldenaar in staat van faillissement te verklaren.
4. Biedt de schuldenaar een akkoord aan als bedoeld in artikel 370, eerste lid, dat mede betrekking heeft op vorderingsrechten waarvoor geldt dat het economisch belang geheel of in overwegende mate ligt bij een ander dan de schuldeiser, dan is deze ander, in plaats van de schuldeiser, bevoegd overeenkomstig artikel 378, tweede lid, naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van schuldeiser bepaalde van toepassing op de ander.
5. Biedt de schuldenaar een akkoord aan als bedoeld in artikel 370, eerste lid, dat mede betrekking heeft op aandelen ten aanzien waarvan certificaten zijn uitgegeven, dan zijn de certificaathouders, in plaats van de aandeelhouder, gerechtigd om overeenkomstig artikel 378, tweede lid, naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de aandeelhouder bepaalde ook van toepassing op de certificaathouders. Hetzelfde geldt voor vruchtgebruikers.
6. Indien de schuldenaar een vereniging of coöperatie is, is het in deze afdeling ten aanzien van aandeelhouders bepaalde van overeenkomstige toepassing op de leden.
7. Het in deze afdeling ten aanzien van schuldeisers bepaalde is van overeenkomstige toepassing op borgen, derden met goederen waarop schuldeisers van de schuldenaar rechten kunnen uitoefenen, en medeschuldenaren met rechten jegens de schuldenaar op basis van de artikelen 10 of 13 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek dan wel een contractuele regeling.
8. Indien de rechtbank een deskundige benoemt als bedoeld in artikel 371, eerste lid, is het in deze afdeling ten aanzien van de schuldenaar bepaalde van overeenkomstige toepassing op die deskundige.
9. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.
10. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing indien de schuldenaar in de afgelopen drie jaar al eens een akkoord heeft aangeboden dat bij een stemming als bedoeld artikel 378 door alle klassen is verworpen of ten aanzien waarvan de rechtbank op de voet van artikel 153, 272 of 381 de homologatie heeft geweigerd.

§ 2 De aanbieding van en de stemming over een akkoord

Artikel 370 *[Aanbieden van een akkoord door de schuldenaar]*

1. Een schuldenaar die voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, kan zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten.
2. Indien redelijkerwijs aannemelijk is dat borgen, derden met goederen waarop schuldeisers rechten kunnen uitoefenen, of medeschuldenaren van de schuldenaar na de homologatie van het akkoord, bedoeld in het eerste lid, in de toestand zullen komen te verkeren dat zij met het betalen van hun opeisbare schulden niet zullen kunnen voortgaan, kan het akkoord ook voorzien in de wijziging van rechten van schuldeisers jegens deze borgen, derden of medeschuldenaren. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de schuldenaar bepaalde eveneens van toepassing op deze borgen, derden en medeschuldenaren, met dien verstande dat de schuldenaar bij uitsluiting bevoegd blijft om een verzoek in te dienen als bedoeld in de artikelen 376, eerste lid, 377, en 380, eerste lid.
3. Indien de schuldenaar een rechtspersoon is, zijn de artikelen 38 en 107a en titel 5.3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, eventuele statutaire bepalingen of tussen de entiteit en haar aandeelhouders overeengekomen regelingen ten aanzien van besluitvorming door de algemene vergadering, niet van toepassing ten aanzien van het aanbieden van een akkoord als bedoeld in het eerste lid en de uitvoering van een akkoord dat overeenkomstig artikel 381 door de rechtbank is gehomologeerd.

Artikel 371 *[Aanbieden van een akkoord door de schuldeiser]*

1. Indien redelijkerwijs aannemelijk is dat een schuldenaar niet met het betalen van zijn schulden zal kunnen voortgaan, kan zijn schuldeiser hem schriftelijk verzoeken over te gaan tot het aanbieden van een akkoord als bedoeld in artikel 370. Als de schuldenaar vervolgens niet binnen een week meedeelt dat hij hiertoe zal overgaan of hij die mededeling wel doet, maar er nadien een maand is verstreken en er nog geen akkoord is aangeboden waarvan redelijkerwijs verwacht mag worden dat de rechtbank dat zal homologeren als bedoeld in artikel 381, kan de rechtbank op verzoek van de schuldeiser een deskundige aanwijzen die met uitsluiting van de schuldenaar een akkoord kan aanbieden.

2. De rechtbank kan eveneens op verzoek van een schuldeiser een deskundige als bedoeld in het eerste lid benoemen, indien de schuldenaar een akkoord heeft aangeboden waarmee bij de stemming, bedoeld in artikel 378, geen enkele klasse van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders heeft ingestemd of waarvan de rechtbank de homologatie op grond van artikel 381 heeft geweigerd.
3. De schuldenaar verschaft de deskundige, bedoeld in het eerste en tweede lid, gevraagd en ongevraagd en, voor zover aan de orde op de wijze als daarbij is bepaald, alle inlichtingen en medewerking die de deskundige zegt nodig te hebben in de uitoefening van zijn taak of waarvan de schuldenaar weet of behoort te begrijpen dat deze in dat kader van belang zijn.
4. Behoudens in het kader van de toepassing van het in deze afdeling bepaalde, deelt deskundige de ingevolge het derde lid verkregen informatie niet met anderen.
5. Verzoeken als bedoeld in het eerste en het tweede lid worden in raadkamer behandeld. De rechtbank neemt geen beslissing dan nadat zij de schuldenaar en de schuldeiser die het verzoek heeft ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze in de gelegenheid heeft gesteld hun zienswijze te geven.
6. Tegen de beslissing van de rechtbank, bedoeld in het eerste lid, staat geen rechtsmiddel open.

Artikel 372 *[Wederkerige overeenkomsten]*

1. Een schuldenaar als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan aan een wederpartij met wie hij een wederkerige overeenkomst heeft gesloten, ook een voorstel doen tot wijziging van die overeenkomst. Stemt de wederpartij niet in met het voorstel, dan kan de schuldenaar de overeenkomst tussentijds doen eindigen, mits de opzegging plaatsvindt tegen een tijdstip waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen en daarbij de daarvoor overeengekomen of gebruikelijke termijn in acht genomen wordt, met dien verstande, dat een termijn van drie maanden in elk geval voldoende zal zijn.
2. Na de wijziging dan wel beëindiging, bedoeld in het eerste lid, heeft de wederpartij een vordering tot schadevergoeding jegens de schuldenaar. Afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing. Het akkoord, bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan voorzien in een wijziging van dit recht op schadevergoeding.
3. Het aanbieden van een akkoord als bedoeld in het eerste lid, alsmede gebeurtenissen die daarmee rechtstreeks verband houden, zijn geen grond voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen van of jegens de schuldenaar, voor opschorting van de

nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.

Artikel 373 *[Indeling schuldeisers en aandeelhouders in klassen]*

Heeft een akkoord betrekking op schuldeisers of aandeelhouders die belangen of rechten hebben of op basis van het akkoord rechten krijgen die zo verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake kan zijn, dan worden die schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen ingedeeld. In ieder geval worden schuldeisers of aandeelhouders die in faillissement een verschillende rang zouden hebben, in verschillende klassen ingedeeld.

Artikel 374 *[Het akkoord]*

1. Het akkoord bevat alle informatie die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich voor het plaatsvinden van de stemming, bedoeld in artikel 378, een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over het akkoord, waaronder in ieder geval:
   a. de klassenindeling en de criteria op basis waarvan de schuldeisers en aandeelhouders in een of meerdere klassen zijn ingedeeld;
   b. de financiële gevolgen van het akkoord per klasse van schuldeisers en aandeelhouders;
   c. de te verwachten waarde van de activa en de activiteiten van de schuldenaar indien het akkoord tot stand komt, met vermelding van de gehanteerde waarderingsgrondslag, en de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement;
   d. indien het akkoord een toedeling van rechten aan de schuldeisers en aandeelhouders behelst: het moment of de momenten waarop de rechten zullen worden toebedeeld;
   e. de wijze waarop de schuldeisers en aandeelhouders nadere informatie over het akkoord kunnen verkrijgen, en
   f. de procedure voor de stemming over het akkoord alsmede het moment waarop deze plaatsvindt dan wel waarop de stem uiterlijk moet zijn uitgebracht.
2. Aan het akkoord wordt in ieder geval gehecht:
   a. een door behoorlijke bescheiden gestaafde staat als bedoeld in artikel 96, en
   b. een lijst waarop:

1°. de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij naam worden genoemd of, wanneer dit niet mogelijk is, onder verwijzing naar één of meer categorieën schulden worden vermeld,

2°. het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld, en

3°. wordt meegedeeld in welke klassen zij zijn ingedeeld.

3. Bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald welke informatie verder in het akkoord of in de daaraan te hechten bescheiden wordt opgenomen en op welke wijze deze informatie wordt verstrekt.

Artikel 375 *[Afkoelingsperiode]*

1. Heeft een schuldenaar een akkoord aangeboden als bedoeld in artikel 370, dan kan hij de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen. Tijdens die periode, van ten hoogste twee maanden, kan elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank. De rechtbank kan deze periode eenmaal verlengen met een periode van ten hoogste twee maanden.
2. Het verzoek, bedoeld in het eerste lid, wordt afgewezen indien redelijkerwijs niet verwacht mag worden dat de rechtbank zal overgaan tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 381.
3. De artikelen 241a, tweede en derde lid, 241c, 241d zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het bij de overeenkomstige toepassing van artikel 241a, derde lid, gaat om een termijn die aan de schuldenaar is gesteld.
4. De rechtbank heft de afkoelingsperiode op indien er redenen zijn die zich tegen een voortzetting daarvan verzetten. De rechtbank neemt hierover geen beslissing dan nadat zij de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze in de gelegenheid heeft gesteld zijn zienswijze te geven.
5. Tegen de beslissingen van de rechtbank als bedoeld in dit artikel staat geen rechtsmiddel open.

Artikel 376 *[Geschillen in de fase waarin nog over het akkoord wordt onderhandeld]*

1. Tot het moment waarop de schuldenaar het definitieve akkoord overeenkomstig artikel 378, eerste lid, aan de schuldeisers en aandeelhouders overlegt, kan hij de rechtbank verzoeken te beslissen over een geschil omtrent:
   a. de bevoegdheid van de schuldenaar om op basis van deze afdeling een akkoord aan te bieden;
   b. de inhoud van de informatie die in het akkoord of in de daaraan gehechte bescheiden is opgenomen;
   c. de toelating tot de stemming van een schuldeiser of aandeelhouder;
   d. de klassenindeling;
   e. de procedure voor de stemming, of
   f. de vraag of, indien alle klassen instemmen met het akkoord, een weigeringsgrond als bedoeld in artikel 381, tweede en derde lid, alsnog aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan.
2. Bij een geschil over de toelating van een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming of over de hoogte van het bedrag van de vordering van de schuldeiser dan wel het nominale bedrag van het aandeel van de aandeelhouder, bepaalt de rechtbank of en tot welk bedrag, deze schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. Artikel 147 is van overeenkomstige toepassing.
3. De rechtbank kan in het kader van een door haar te nemen beslissing één of meer deskundigen benoemen teneinde binnen een door haar te bepalen termijn, een onderzoek te verrichten en een beredeneerd verslag van hun bevindingen uit te brengen.
4. Indien in het akkoord of in de daaraan gehechte bescheiden informatie als bedoeld in artikel 374 ontbreekt, kan de rechtbank de schuldenaar een redelijke termijn gunnen om de ontbrekende gegevens te verstrekken, alvorens zij een beslissing neemt als bedoeld in het eerste en derde lid.
5. Verzoeken als bedoeld in het eerste lid worden in raadkamer behandeld. De rechtbank neemt geen beslissingen als bedoeld in het eerste en tweede lid dan nadat zij de schuldenaar en de bij het geschil betrokken schuldeisers of aandeelhouders op een door haar nader te bepalen wijze in de gelegenheid heeft gesteld hun zienswijze te geven.
6. Tegen de beslissingen van de rechtbank als bedoeld in dit artikel staat geen rechtsmiddel open.

Artikel 377 *[Maatwerkbepaling]*

Indien een schuldenaar een akkoord heeft aangeboden als bedoeld in artikel 370, kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt. Zij kan dit ook doen bij:

a. een schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag, als bedoeld in artikel 3d, eerste lid, op verzoek van de in dat lid bedoeld schuldeiser;
b. bij de afkondiging van een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 375, eerste lid, op verzoek van de in dat lid bedoelde derden, of
c. bij het nemen van een beslissing als bedoeld in artikel 376, eerste en tweede lid, op verzoek van de bij het geschil betrokken schuldeisers of aandeelhouders.

Artikel 378 *[Stemprocedure en stemrecht]*

1. De schuldenaar legt het definitieve akkoord gedurende een redelijke termijn, die in ieder geval niet korter is dan acht dagen, voor het plaatsvinden van de stemming voor aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders of bericht hen hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, zodat zij hierover een geïnformeerd oordeel kunnen vormen.
2. Stemgerechtigd zijn schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd.
3. De stemming over het akkoord geschiedt per klasse van schuldeisers of aandeelhouders, overeenkomstig de in artikel 374, eerste lid, onderdeel f, gegeven informatie, in een fysieke of door middel van een elektronisch communicatiemiddel te houden vergadering of schriftelijk.
4. Een klasse van schuldeisers heeft met het akkoord ingestemd indien het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.
5. Een klasse van aandeelhouders heeft met het akkoord ingestemd indien het besluit tot instemming met een meerderheid van ten minste twee derde van het aantal uitgebrachte stemmen is genomen.

Artikel 379 *[Verslag]*

1. De schuldenaar stelt zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen zeven dagen na de stemming een verslag op dat vermeldt:

d. de namen van de schuldeisers en aandeelhouders die hun stem hebben uitgebracht;
e. de uitslag van de stemming;
f. de schuldeisers en aandeelhouders die voor of tegen het akkoord hebben gestemd, alsmede de hoogte van het bedrag van hun vorderingen dan wel het nominale bedrag van hun aandelen, en
g. al wat verder bij de vergadering waarin de stemming heeft plaatsgevonden, is voorgevallen.

2. De schuldenaar stelt de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders onmiddellijk in staat van het verslag kennis te nemen. Wordt door de schuldenaar een verzoek gedaan als bedoeld in artikel 380, eerste lid, dan deponeert hij het verslag ter griffie van de rechtbank. Het verslag ligt aldaar gedurende acht dagen ter kosteloze inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.

§ 3 De homologatie van het akkoord

Artikel 380 *[Bepaling terechtzitting waarop de rechtbank de homologatie zal behandelen]*

1. Indien ten minste één klasse met het akkoord heeft ingestemd, kan de schuldenaar bij de rechtbank een verzoek tot homologatie van het akkoord indienen. In dat geval bepaalt de rechtbank zo spoedig mogelijk bij beschikking de terechtzitting waarop zij de homologatie zal behandelen. Van deze beschikking geeft de schuldenaar schriftelijk kennis aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.
2. De terechtzitting zal gehouden worden ten minste acht en ten hoogste veertien dagen nadat het verslag, bedoeld in artikel 379, ter griffie ter inzage is gelegd.
3. Tot aan de dag van de terechtzitting, bedoeld in het vorige lid, kunnen de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd bij de rechtbank een verzoek indienen als bedoeld in artikel 381, derde en vierde lid, waarin zij de gronden opgeven, waarom zij weigering van de homologatie wenselijk achten. De schuldeiser of aandeelhouder kan geen beroep meer doen op een weigeringsgrond, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die weigeringsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.

Artikel 381 *[Homologatie]*

1. De rechtbank geeft zo spoedig mogelijk haar met redenen omklede beschikking waarbij zij het verzoek tot homologatie van het akkoord honoreert, tenzij zich een van de weigeringsgronden, bedoeld in het tweede tot en met het vierde lid, voordoen.
2. De rechtbank onderzoekt ambtshalve of de schuldenaar jegens alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders heeft voldaan aan artikel 378, eerste lid, en 380, eerste lid. Indien dit niet het geval is, weigert de rechtbank de homologatie, tenzij de desbetreffende schuldeisers en aandeelhouders verklaren het akkoord te aanvaarden.
3. De rechtbank zal de homologatie op verzoek van één of meer schuldeisers of aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd weigeren indien:
    a. de schuldenaar niet bevoegd was om op basis van deze afdeling een akkoord aan te bieden;
    b. de in het akkoord of in de daaraan gehechte bescheiden opgenomen informatie niet toereikend was, de klasseindeling niet voldeed aan de eisen van artikel 372 of de procedure voor de stemming niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen, tenzij zodanig gebrek redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;
    c. een schuldeiser of de aandeelhouder voor een ander bedrag tot de stemming over het akkoord had moeten worden toegelaten, tenzij die beslissing niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;
    d. summierlijk blijkt dat deze schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord rechten zouden krijgen die een aanmerkelijk lagere waarde hebben dan de betaling die zij naar verwachting zouden ontvangen bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement;
    e. de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd;
    f. het akkoord door bedrog, door begunstiging van een of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders of met behulp van andere oneerlijke middelen tot stand is gekomen, onverschillig of de schuldenaar dan wel een ander daartoe heeft meegewerkt;
    g. het loon en de verschotten van de door de rechtbank benoemde deskundigen niet zijn gestort of daarvoor geen zekerheid is gesteld, of
    h. er andere zwaarwegende redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.
4. De rechtbank zal de homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, weigeren indien daartoe een verzoek wordt ingediend door één of meer schuldeisers of aandeelhouders die zelf tegen het akkoord hebben gestemd en zijn ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd en bestaat uit:

a. schuldeisers of aandeelhouders die op basis van het akkoord rechten zouden krijgen die een lagere waarde hebben dan het bedrag van de vorderingen of het nominale bedrag van de aandelen waarvoor zij in die klasse behoren te zijn ingedeeld, terwijl er één of meer andere klassen zijn van schuldeisers of aandeelhouders met een lagere rang die op basis van het akkoord rechten krijgen of behouden, tenzij de verkrijging van deze rechten een marktconforme tegenprestatie vormt voor de verschaffing van een krediet in de vorm van een geldlening of van nieuw kapitaal door de laatst genoemde schuldeisers of aandeelhouders;
b. schuldeisers of aandeelhouders die op basis van het akkoord rechten zouden krijgen die een lagere waarde hebben dan het bedrag van de vorderingen of het nominale bedrag van de aandelen waarvoor zij in die klasse behoren te zijn ingedeeld, terwijl er één of meer andere klassen zijn van schuldeisers of aandeelhouders met een hogere rang die op basis van het akkoord rechten krijgen die een hogere waarde hebben dan het bedrag van de vorderingen of het nominale bedrag van de aandelen waarvoor zij in die klasse behoren te zijn ingedeeld;
c. schuldeisers of aandeelhouders die zonder redelijk grond op basis van het akkoord rechten zouden krijgen die in verhouding een lagere waarde hebben dan de rechten die een andere klasse van schuldeisers of aandeelhouders krijgen met een gelijke rang als die van de eerst genoemde schuldeisers of aandeelhouders;
d. schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord gewijzigd worden, terwijl er andere schuldeisers of aandeelhouders zijn met een gelijke of lagere rang die zonder redelijke grond buiten het akkoord blijven, of
e. schuldeisers die op basis van het akkoord geen aanspraak kunnen maken op een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting aan betaling in geld zouden ontvangen.

5. In de beschikking tot homologatie van het akkoord kan worden bepaald dat deze, nadat zij in kracht van gewijsde is gegaan, in de plaats treedt van een voor de uitvoering van het akkoord vereist besluit van de algemene vergadering van de schuldenaar.
6. Tegen de beschikking van de rechtbank, bedoeld in het eerste lid, staat geen hogere voorziening open, behoudens de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet.

§ 4 De gevolgen van de homologatie van het akkoord

Artikel 382 *[Verbindende kracht van het akkoord]*

1. Het gehomologeerde akkoord is verbindend voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.
2. Indien de schuldenaar een naamloze vennootschap of besloten vennootschap is, blijven de artikel 81 en 192 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing.

Artikel 383 *[Executoriale titel]*

Het in kracht van gewijsde gegane vonnis van homologatie levert ten behoeve van de schuldeisers met niet door de schuldenaar betwiste vorderingen een voor tenuitvoerlegging vatbare titel op tegen de schuldenaar en tegen de tot het akkoord als borgen toegetreden personen, voor zover de aard van de rechten die de schuldeisers op basis van het akkoord krijgen zich daartegen niet verzet.

Artikel 384 *[Tekortkoming in de nakoming van het akkoord]*

De schuldenaar is in verzuim bij iedere tekortkoming in de nakoming van het akkoord en is verplicht de schade die de schuldeisers of aandeelhouders daardoor lijden te vergoeden, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Artikel 75 en afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing. In het akkoord kan de ontbinding en vernietiging van het akkoord worden uitgesloten.

Artikel II Samenloop

[PM]

Artikel III Inwerkingtreding

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

Artikel IV Citeertitel

Deze wet wordt aangehaald als: Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven,

De Minister van Veiligheid en Justitie

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord om een dreigend faillissement af te wenden (Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement)

MEMORIE VAN TOELICHTING

I Algemeen deel

1. Doel en inhoud van het wetsvoorstel

Met dit wetsvoorstel wordt in de Faillissementswet een regeling ingevoerd op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de sanering en herstructurering van schulden kan goedkeuren (homologeren) als daarmee het faillissement van de schuldenaar kan worden voorkomen. De homologatie leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd, kunnen daardoor toch aan het akkoord worden gebonden. Daarom wordt in deze context ook wel de term '*dwangakkoord*' gebruikt.

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

Bedoeling is dat de nieuwe regeling het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject versterkt en dat de mogelijkheid van een dwangakkoord zal dienen als '*uiterste redmiddel*'. Van de schuldenaar (onderneming) wordt verwacht dat hij eerst via de minnelijke weg probeert om met zijn schuldeisers en aandeelhouders tot een akkoord te komen. Pas als dit niet lukt, komt de mogelijkheid van een dwangakkoord in beeld.

Het wetsvoorstel maakt deel uit van het Programma "Herijking Faillissementsrecht". Zoals de Tweede Kamer bij brief van 26 november 2012 is meegedeeld, rust dat programma op drie pijlers: (i) fraudebestrijding, (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure.[1] Dit wetsvoorstel is onderdeel van de tweede pijler: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven (hierna ook: reorganisatiepijler). Deze pijler omvat maatregelen die erop gericht zijn om het reorganiserend vermogen van bedrijven te verbeteren om faillissementen te voorkomen of als dat niet mogelijk blijkt en een goede afwikkeling van het faillissement te faciliteren. Dat is in het belang van de onderneming en alle daarbij betrokken partijen, waaronder de schuldeisers en

[1] Kamerstukken II 2012–2013, 29 911, nr. 74.

werknemers. Thans is voorzien dat van de tweede pijler in totaal drie wetsvoorstellen deel uit zullen maken, waaronder het onderhavige voorstel. De overige twee wetsvoorstellen betreffen vooralsnog de invoering van:

(i) een regeling waarin een uitdrukkelijke wettelijke grondslag wordt geboden voor een in de praktijk ontwikkelde methode (ook wel aangeduid als de "*pre-pack*") waarbij de rechtbank kort voor een verwachte faillietverklaring van een onderneming op verzoek van het bestuur in stilte al aanwijst wie in geval van faillissement zal worden benoemd tot curator; de Wet Continuïteit Ondernemingen I[2], en

(ii) verschillende maatregelen die erop gericht zijn de curator beter in staat te stellen om het faillissement op een doelmatige wijze af te wikkelen en op die manier de schade voor alle betrokkenen bij het faillissement zoveel mogelijk te beperken.

2. Achtergrond en aanleiding voor het wetsvoorstel

Bij ondernemingen van enige omvang is het gebruikelijk dat, wanneer er zich ernstige financiële problemen aandienen, door het bestuur of de feitelijk leidinggevenden (hierna, kort gezegd: het bestuur) adviseurs worden benaderd waarmee wordt gezocht naar een oplossing. Veelal zullen de schuldeisers in een dergelijk traject worden verzocht akkoord te gaan met een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de uitstaande vorderingen. Echter zolang er geen sprake is van faillissement of surseance van betaling wordt de totstandkoming van dergelijke afspraken beheerst door de algemene regels van het vermogensrecht en geldt de wettelijke hoofdregel dat schuldeisers aanspraak kunnen maken op volledige betaling van hun vordering. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan – op grond van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW) – plaats zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken.[3] Volgens de Hoge Raad ligt het in beginsel op de weg van de schuldenaar die zodanige medewerking in rechte wenst af te dwingen om specifieke feiten en omstandigheden te stellen en te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met het akkoord heeft kunnen komen.[4]

De oplossing voor de financiële problemen kan eveneens gezocht worden in het aantrekken van nieuw kapitaal. Aan aandeelhouders wordt dan gevraagd een aanvullende investering te doen in de onderneming of om akkoord te gaan met de uitgifte van nieuwe aandelen om op die manier nieuwe investeerders te kunnen aantrekken (vgl. artikel 2:96a en 206a BW). Ook voor de aandeelhouders geldt dat zij in principe vrij zijn om al dan niet hun medewerking te verlenen en dat zij niet kunnen worden gedwongen nieuwe aandelen te nemen (artikel 2:81 en 192 BW). Het voorkeursrecht van

[2] Kamerstukken I 2015-2016, 34 218.

[3] Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485 en Gerechtshof Arnhem Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9827.

[4] Hoge Raad 12 augustus 2005, NJ 2006/230 (*Groenmeijer*/*Payroll*) en Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485.

aandeelhouders bij de uitgifte van nieuwe aandelen kan vanwege financiële nood van de onderneming door de rechter opzij worden gezet (zie uitspraak Ondernemingskamer 31 december 2009, Inter Access, ECLI:NL:HAMS:2009:BL3680).

In de praktijk betekent dit dat buiten surseance en faillissement schuldeisers en aandeelhouders maar in zeer beperkte mate kunnen worden verplicht hun medewerking te verlenen aan een onderhands akkoord, zelfs niet indien dit de enige manier is om een faillissement te voorkomen, er in ruime mate steun is voor het tot stand brengen van het akkoord en er geen enkele schuldeiser of aandeelhouders is die op basis van het akkoord in een wezenlijk slechtere positie zou komen dan in faillissement. Wordt een akkoord geblokkeerd, dan rest de andere schuldeisers en aandeelhouders die de onderneming wel willen redden, veelal niets anders dan de schuldeisers of aandeelhouders die weigeren in te stemmen volledig tegemoet te komen in hun wensen. Dit zal doorgaans betekenen dat de weigerachtige schuldeiser volledige betaling van zijn vordering zal kunnen afdwingen of dat de rechten van de aandeelhouder ongemoeid worden gelaten en dat de schuldeisers die wel aan het akkoord willen meewerken een onevenredig deel van de herstructureringslasten voor hun rekening zullen moeten nemen. In de praktijk en in de literatuur wordt, mede om deze reden al langer gepleit voor de invoering van een dwangakkoord buiten faillissement en surseance.[5] Een dergelijke regeling bestaat al geruime tijd de Verenigde Staten en in het Verenigd Koninkrijk. Inmiddels hebben ook verschillende andere Europese lidstaten hun eigen regeling. In de toelichting bij het eerdere voorontwerp van dit wetsvoorstel waarover eind 2014 is geconsulteerd, zijn enkele van deze regelingen genoemd en op hoofdlijnen besproken.[6] Ook heeft de Europese Commissie het initiatief genomen om de dringende behoefte aan effectieve herstructureringsmaatregelen op Europees niveau te agenderen, laatstelijk met het uitbrengen van het nieuw richtlijnvoorstel betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU.[7] Deze ontwikkelingen onderstrepen het nut en de noodzaak om te komen tot een regeling voor een dwangakkoord buiten faillissement en surseance.

3. Korte beschrijving van de inhoud van de regeling

3.1 Inleiding

Het wetsvoorstel voorziet in een regeling op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord betreffende de sanering en herstructurering van de schulden van een schuldenaar, zodat de schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd toch

[5] A.D.W. Soedira, "*Het akkoord*" (diss.), Serie Onderneming en Recht, deel 60 (2011); R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans en K. de Vries, "*Herijking Faillissementsrecht en het informeel akkoord*", TvI 2013, p. 63-69; R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans en K. de Vries, "*Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel VI*", TvI 2013/20; J.T. Jol, "*Wettelijk faciliteren van (financiële) herstructureringen: het dwangakkoord*" (www.legalhoudini.nl); R.J. van Galen, Knelpunten in ons faillissementsrecht, Ondernemingsrecht 2014/81.

[6] Dit voorontwerp is te vinden op http://www.internetconsultatie.nl/wco2.

[7] Kamerstukken II, 2016–2017, 22 112, nr. 2292.

aan het akkoord kunnen worden gebonden (artikel 382). De voorgestelde regeling is opgedeeld in vier paragrafen:

- § 1. Algemene bepalingen;
- § 2. De aanbieding van en de stemming over een akkoord;
- § 3. De homologatie van een akkoord, en
- § 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord.

De regeling gaat ervan uit dat de schuldenaar eerst via de minnelijke weg probeert om met zijn schuldeisers en aandeelhouders tot een akkoord te komen. Pas als dit niet lukt, komt de mogelijkheid van een dwangakkoord in beeld. Daarom komt een akkoord alleen in aanmerking voor homologatie door de rechter als eerst een traject is doorlopen waarbij een aantal procedurevoorschriften in acht is genomen betreffende de aanbieding, de inhoud en de inrichting van het akkoord en de schuldeisers en aandeelhouders in de gelegenheid zijn gesteld om zich via een stemming over het akkoord uit te spreken. De individuele rechtspositie van werknemers kan niet worden gewijzigd door een akkoord en blijft dus geborgd.

Bovendien geldt dat een dwangakkoord alleen aan de orde kan zijn als dit in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is. Daarom dient het akkoord te voldoen aan de volgende voorwaarden:

1. de totstandkoming van het akkoord is *noodzakelijk* en *toereikend* om een dreigend faillissement van de onderneming af te wenden;
2. er is in ieder geval één categorie (hierna: klasse) van betrokken schuldeisers of aandeelhouders die het akkoord in ruime meerderheid steunt, en
3. het akkoord is *redelijk*, in de zin dat het gezamenlijke belang van de schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord worden betrokken erbij gebaat is of er in ieder geval niet op achteruit gaat, wanneer het akkoord tot stand komt, wat tenminste betekent dat:
    a) de schuldeisers en aandeelhouders op basis van het akkoord niet in een wezenlijk slechtere positie komen dan in faillissement, en
    b) de met het akkoord gemoeide herstructureringslasten, alsmede de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd (dat wil zeggen de “*going concern*” waarde van de betrokken onderneming) eerlijk onder de klassen van schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld.

Om partijen zo veel mogelijk ruimte te bieden om in goed overleg tot een akkoord te komen dat is toegesneden op de specifieke omstandigheden van het geval, is de regeling zo veel mogelijk vormgegeven als een kaderregeling. Daarnaast is de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt. Wanneer partijen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord een verschil van inzicht hebben over de vraag of het ingezette traject of het voorgestelde akkoord voldoet aan de wettelijke randvoorwaarden, dan is het wenselijk dat zij hier zelf proberen uit te komen. Wordt er te vlug een beroep gedaan op de rechter, dan brengt dit het risico mee dat de situatie onnodig escaleert. Daarmee kunnen de mogelijkheden om tot een

minnelijke regeling te komen snel uit het zicht raken. Mocht het toch niet lukken om tot een oplossing te komen, dan biedt de regeling de schuldenaar de mogelijkheid om het geschilpunt aan de rechter voor te leggen en daarmee te voorkomen dat de onderhandelingen onnodig worden bemoeilijkt. Hiermee kan alsnog snel definitief "*deal certainty*" worden verkregen; dat wil zeggen dat er snel duidelijkheid komt over de vraag of het aangeboden akkoord kans van slagen heeft of dat het nodig is het traject bij te sturen en/of het aangeboden akkoord aan te passen.

Tenslotte biedt de voorgestelde regeling duidelijkheid over wat de gevolgen zijn voor de schuldenaar en de betrokken schuldeisers en aandeelhouders van de homologatie van het akkoord en van de eventuele niet nakoming daarvan.

De genoemde kernelementen van de regeling worden in de navolgende paragrafen kort toegelicht.

3.2 Aanbieding, inhoud en inrichting van het akkoord

Aanbieding van het akkoord

Uitgangspunt van de regeling is dat de schuldenaar in beginsel zelf het initiatief neemt om een akkoord tot stand te brengen (artikel 370). Mocht de schuldenaar er echter niet toe overgaan om zijn schuldeisers en aandeelhouders een voorstel te doen voor een akkoord, terwijl duidelijk is dat dit de enige manier is om een dreigend faillissement af te wenden – of doet hij dit wel, maar is het voorstel van dusdanig slechte kwaliteit dat van een serieuze poging geen sprake is – dan biedt de regeling ook schuldeisers de mogelijkheid om de totstandkoming van een akkoord te initiëren. Dit geldt eveneens wanneer de schuldenaar een poging heeft gedaan om een akkoord tot stand te brengen, maar dit hem uiteindelijk niet is gelukt omdat geen enkele klasse met het door hem voorgestelde akkoord heeft ingestemd of de rechtbank de homologatie van het akkoord heeft geweigerd. De schuldeisers kunnen de rechter in deze situaties vragen een deskundige aan te stellen die een voorstel voor een akkoord kan opstellen en vervolgens het traject kan inzetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter (artikelen 369, achtste lid en 371, eerste en tweede lid). Als de rechtbank besluit een deskundige aan te stellen, is de schuldenaar gehouden om de deskundige alle inlichtingen te verschaffen en medewerking te verlenen die deze nodig heeft om zijn taak te volbrengen (artikel 371, derde lid). De verkregen informatie zal de deskundige slechts met derden delen voor zover dit noodzakelijk is in het kader van de totstandkoming van het akkoord (artikel 371, vierde lid). Aangezien de verwachting is dat dit scenario waarbij de schuldeisers het initiatief nemen om een akkoord tot stand te brengen, vooral zal functioneren als vangnet en voor zover nodig als extra stimulans voor de schuldenaar om zelf tijdig in actie te komen, richt deze algemene toelichting zich verder op het eerste scenario waarin het de schuldenaar is die het akkoord aanbiedt.

Bepaald is dat het akkoord wijzigingen kan aanbrengen in de (vorderings)rechten van alle categorieën schuldeisers. Anders dan het surseance akkoord kan een dwangakkoord dat tot stand komt op basis van de voorgestelde regeling dus ook zien op een aanpassing van de rechten van de preferente en

gesecureerde schuldeisers (artikel 370, eerste lid). Het akkoord kan eveneens voorzien in een wijziging van de rechten van borgen, derden ten opzichte van wie schuldeisers van de schuldenaar rechten kunnen uitoefenen, en medeschuldenaren jegens de schuldenaar en de rechten van de schuldeisers jegens deze partijen (artikelen 369, zevende lid, en 370, tweede lid). Dit maakt mogelijk de herstructurering van een groep van ondernemingen in één keer af te wikkelen. Niet alleen een "*hoofdschuldenaar*" kan in het akkoord worden betrokken, maar ook de ondernemingen binnen de groep die borg zijn of zakelijke zekerheid hebben verschaft ten behoeve van de hoofdschuldenaar.

Voorts biedt de voorgestelde regeling de schuldenaar de mogelijkheid om – naast zijn bestaande schulden – toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit lopende overeenkomsten te herstructureren. Daarbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan de huur van een kantoorpand die naar beneden moet worden bijgesteld om te voorkomen dat zij als een molensteen rond de nek van de onderneming blijft hangen en aldus een succesvolle reorganisatie hindert. Bepaald is dat de schuldenaar zijn wederpartij hiertoe een voorstel kan doen. Stemt deze daarmee niet in, dan heeft de schuldenaar het recht de overeenkomst op te zeggen. De schadevordering die de wederpartij toekomt na de wijziging of opzegging van de overeenkomst, kan de schuldenaar betrekken in het akkoord (artikel 372). Het akkoord kan geen wijzigingen aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers op basis van de arbeidsovereenkomst en Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (artikel 369, negende lid).

Naast een wijziging van de rechten van schuldeisers, kan het akkoord eveneens een aanpassing van de rechten van aandeelhouders behelzen (artikel 370, eerste lid). In dit verband moet vooral gedacht worden aan een akkoord waarbij sprake is van een "*debt for equity swap*". De "*debt for equity swap*" kent vele varianten, maar komt er in hoofdlijn op neer dat een gedeelte van de vordering van de schuldeisers wordt omgezet in eigen vermogen, waarmee de schuldeisers een aandelenbelang en daarmee zeggenschap in de vennootschap krijgen en de zeggenschap van de bestaande aandeelhouders verwatert. Voor het uitgeven van aandelen is in de regel een besluit nodig dat wordt genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders (artikel 2:96/206 BW). Bij elke uitgifte van gewone aandelen hebben bestaande aandeelhouders bovendien een voorkeursrecht (artikel 2:96a/206a BW). In het kader van de totstandkoming van een dwangakkoord blijven deze regels in geval van een besloten vennootschap buiten toepassing (artikel 370, derde lid, en 382, tweede lid). Is de schuldenaar een naamloze vennootschap, dan staat de herziene tweede vennootschapsrichtlijn (2012/30/EU) daaraan in de weg.

De schuldenaar kan een akkoord aanbieden aan al zijn schuldeisers en aandeelhouders. Hij kan er ook voor kiezen zich te beperken tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders; bijvoorbeeld door een akkoord aan te bieden dat zich uitsluitend richt op een sanering of herstructurering van de schulden jegens financiers en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid te laten (artikel 370, eerste lid). In het laatste geval hoeft de schuldenaar het akkoord ook alleen maar aan die beperkte groep schuldeisers of aandeelhouders voor te leggen (artikel 378, eerste lid). Dit biedt hem de

mogelijkheid om in relatieve rust een akkoord tot stand te brengen en negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en daarmee samenhangende nadelige consequenties te voorkomen. Wil het akkoord in een dergelijk geval in aanmerking kunnen komen voor homologatie, dan zal de schuldenaar er echter wel voor moeten zorgen:

- dat hij een redelijke grond kan aandragen voor zijn beslissing om bepaalde schuldeisers of aandeelhouders buiten het akkoord te houden en dus niet te vragen om ook een deel van de herstructureringslasten te dragen, of
- dat de klassen van schuldeisers of aandeelhouders met een gelijke of hogere rang in ruime meerderheid instemmen met het akkoord en daarmee met de gemaakte keuze om bepaalde schuldeisers en aandeelhouders daar niet bij te betrekken (artikel 381, vierde lid, onderdeel d).

Inhoud en inrichting van het akkoord

Het staat de schuldenaar in beginsel vrij om zelf te bepalen wat hij zijn schuldeisers en aandeelhouders aanbiedt en hoe hij zijn akkoord inricht. De schuldenaar zal zelf het beste weten op welke manier hij de meeste kans maakt om zijn schuldeisers en aandeelhouders ervan te overtuigen in te stemmen met een akkoord. Wil de schuldenaar later echter nog gebruik kunnen maken van de mogelijkheid van een dwangakkoord, dan dient de inhoud en de inrichting van het akkoord te voldoen aan een aantal procedurele randvoorwaarden (artikelen 373 en 374). Zo zal de schuldenaar in het akkoord en in de bescheiden die hij daarbij dient over te leggen, bepaalde in de wet voorgeschreven informatie moeten opnemen. Op deze manier wordt gewaarborgd dat de schuldeisers en aandeelhouders in staat zijn om een goed geïnformeerde beslissing te nemen wanneer hen uiteindelijk wordt gevraagd hun stem uit te brengen over het akkoord (artikel 378, eerste lid).

Heeft een akkoord betrekking op verschillende categorieën van schuldeisers en aandeelhouders – dat wil zeggen op schuldeisers of aandeelhouders van wie de belangen of rechten zo verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake kan zijn – dan dient het akkoord te voorzien in een klassenindeling (artikel 373). Dit betekent dat:

- de te onderscheiden categorieën schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen dienen te worden ingedeeld (artikel 373);
- iedere klasse een op de rechten van de desbetreffende schuldeisers of aandeelhouders aansluitend schuldsaneringsvoorstel dient te krijgen (artikel 374), en
- er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord dient plaats te vinden (artikel 378, derde lid).

In ieder geval worden schuldeisers of aandeelhouders die in faillissement niet dezelfde rang zouden hebben, in verschillende klassen ingedeeld. Gedacht moet worden aan verschillende klassen voor bijvoorbeeld preferente crediteuren, de crediteuren met een eigendomsvoorbehoud, de crediteuren met een retentierecht en de concurrente crediteuren. Het staat de schuldenaar vrij om één categorie schuldeisers onder te verdelen in verschillende klassen. Daarbij kan hij die klassen ook ieder een ander

aanbod doen en mag het zelfs zo zijn dat de ene klasse daarbij beter wordt bedeeld dan de andere klasse. Wil het akkoord in dit laatste geval in aanmerking kunnen komen voor homologatie, dan zal de schuldenaar er echter wel voor moeten zorgen:

- dat hij een redelijke grond kan aandragen voor het onderscheid dat hij maakt, of
- dat de minder bedeelde klasse in ruime meerderheid instemt met het akkoord en daarmee met de keuze om de andere klasse een beter bod te doen (artikel 381, vierde lid, onderdeel c).

3.3 Stemprocedure en stemrecht

Stemrecht en medezeggenschap

De schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd, hebben het recht om zich door middel van een stemming over het akkoord uit te spreken (artikel 378, tweede lid). Dit betekent dat schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten niet worden geraakt door het akkoord, niet over het akkoord hoeven te worden geïnformeerd of bij de stemming hoeven te worden betrokken. Nu het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers, zullen werknemers ook nimmer aangemerkt kunnen worden als stemgerechtigde schuldeisers. Dit neemt niet weg dat een akkoord veelal onderdeel 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. Uit andere wetgeving kan dan voortvloeien dat partijen waarop het akkoord niet direct ziet, toch bij het proces moeten worden betrokken. Zo kent de Wet op de ondernemingsraden (WOR) aan medezeggenschapsorganen ten aanzien van een aantal voorgenomen besluiten van de onderneming een adviesrecht toe, waaronder besluiten betreffende:

- een "*belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming*" (onderdeel d);
- een "*belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming*" (onderdeel e), of
- "*het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming*" (onderdeel i).

Mocht het bredere reorganisatietraject waar het akkoord onderdeel van uitmaakt een dergelijk besluit omvatten, dan zal de OR op basis van artikel 25 WOR in de gelegenheid gesteld moeten worden om zich daarover middels een advies uit te spreken. Het ligt in de rede dat de onderneming tijdig advies aanvraagt. Mocht er onduidelijkheid bestaan over de vraag of de OR kan instemmen met een reorganisatietraject, dan zou dit ook kunnen leiden tot onzekerheid over de vraag of het akkoord toereikend is om een faillissement te voorkomen en daarmee of het akkoord wel in aanmerking komt voor homologatie door de rechter. Wordt dit bezwaar opgebracht in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek, dan zou dit ertoe kunnen leiden dat de rechter de homologatie zal moeten weigeren (artikel 381, derde lid).

Stemprocedure

Om de schuldeisers en aandeelhouders voldoende gelegenheid te geven om het akkoord te beoordelen en de consequenties die daar voor hen uit voortvloeien te overzien, dient het definitieve akkoord gedurende een redelijke termijn die in ieder geval niet korter mag zijn dan acht dagen voor het plaatsvinden van de stemming, aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders te worden voorgelegd (artikel 378, eerste lid). Voorziet het akkoord in een klassenindeling, dan vindt er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord plaats (artikel 378, derde lid). De schuldenaar bepaalt zelf op welke wijze gestemd zal kunnen worden. De stemming kan schriftelijk plaatsvinden. De schuldenaar kan ook besluiten om hiervoor een vergadering te organiseren, al dan niet met gebruik van een elektronisch communicatiemiddel (artikel 378, derde lid).

Stemuitslag

Bij het bepalen van de stemuitslag wordt alleen gekeken naar de schuldeisers of aandeelhouders die daadwerkelijk de moeite hebben genomen om hun stem uit te brengen. Hiermee wordt voorkomen dat het wegblijven van ongeïnteresseerde schuldeisers of aandeelhouders de kansen dat een akkoord tot stand komt, al dan niet onbedoeld verkleint.

Voor het aannemen van een akkoord door een schuldeisersklasse is vereist dat het akkoord wordt gesteund door een groep schuldeisers die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht. Voor een aandeelhoudersklasse geldt dezelfde regel, met dien verstand dat dan gekeken wordt naar het aantal stemmen van de aandeelhouders die voor het akkoord hebben gestemd ten opzichte van het aantal stemmen dat binnen de klasse is uitgebracht (artikel 378, vierde en vijfde lid).

Na de stemming dient de schuldenaar een verslag op te stellen waarin hij – kort gezegd – de uitslag van de stemming vermeldt en de betrokken schuldeisers en aandeelhouders onmiddellijk in staat te stellen daarvan kennis te nemen. Dit laatste is in het bijzonder van belang wanneer de schuldenaar besluit om een verzoek tot homologatie van het akkoord in te dienen. Het verslag omvat immers informatie die relevant is voor schuldeisers of aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd en overwegen om de rechtbank te verzoeken de homologatie van het akkoord te weigeren (artikel 380, derde lid). Mede op basis van de informatie die is opgenomen in het verslag kunnen zij een eerste beoordeling maken van de kans van slagen van een dergelijk verzoek en mochten zij besluiten om daadwerkelijk een weigeringsverzoek in te dienen, dan kan deze informatie gebruikt worden ter onderbouwing van hun bezwaren tegen de homologatie. Dient de schuldenaar een homologatieverzoek in, dan zal hij het verslag moeten deponeren bij de griffie van de rechtbank die het verzoek in behandeling zal nemen. Daarna zullen de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders het verslag gedurende acht dagen kosteloos kunnen inzien (artikel 379). Het is in het belang van de schuldenaar om het verslag zo snel mogelijk te deponeren. Bepaald is namelijk dat de terechtzitting waarop het

homologatieverzoek zal worden behandeld, zal worden gehouden binnen acht tot veertien dagen nadat het verslag ter inzage is gelegd (artikel 380, tweede lid).

3.4 Homologatie van het akkoord door de rechter

Homologatie is mogelijk wanneer er ten minste één klasse is die met het akkoord heeft ingestemd (artikel 380, eerste lid). Tot aan de dag van de terechtzitting kunnen de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd, bij de rechtbank een verzoek tot weigering van de homologatie indienen. Daarbij geldt wel dat de schuldeisers of aandeelhouders geen beroep meer kunnen doen op de gronden waarop de homologatie van een akkoord waarmee alle klassen hebben ingestemd, kan worden geweigerd indien zij al eerder op de hoogte waren van het mogelijk van toepassing zijn van die gronden, maar zij de schuldenaar daar nimmer over hebben aangesproken (artikel 380, derde lid). De schuldeisers en aandeelhouders worden op deze manier gestimuleerd om eventuele cruciale bezwaren tegen het akkoord tijdig – dat wil zeggen nog voor de stemming plaatsvindt – te melden. Dit biedt de schuldenaar de mogelijkheid om hiervoor nog voor de stemming – al dan niet met tussenkomst van de rechter – een oplossing te vinden. Indien nodig kan de schuldenaar het akkoord dan nog aanpassen en eventuele obstakels voor de homologatie wegnemen. Hiermee wordt voorkomen dat een traject dat op voorhand kansloos lijkt te zijn, wordt voortgezet met alle onnodige kosten van dien.

De rechtbank zal zo spoedig mogelijk een beslissing nemen over het homologatieverzoek. Alvorens zij daartoe overgaat, zal de rechtbank altijd ambtshalve toetsen of alle schuldeisers of aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord, de gelegenheid hebben gehad hierover hun stem uit te brengen en op de hoogte zijn gebracht van de datum waarop de behandeling van het homologatieverzoek zou plaatsvinden (artikel 381, tweede lid). Is dit het geval geweest en heeft verder niemand bezwaar gemaakt tegen de homologatie, dan zal de rechtbank het verzoek honoreren. Een diepgaandere toets van het akkoord door de rechter zal alleen plaatsvinden wanneer één of meer tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders met een beroep op één of meer van de wettelijke weigeringsgronden bezwaar hebben gemaakt tegen de homologatie (artikel 380, derde en vierde lid).

Hebben alle klassen van schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord ingestemd, dan zal een homologatieverzoek toch door de rechtbank moeten worden afgewezen indien sprake is van een van de volgende algemene weigeringsgronden:

- de procedurevoorschriften betreffende de aanbieding, de inhoud en de inrichting van het akkoord en de stemprocedure zijn niet correct toegepast (artikel 381, derde lid, onderdelen a tot en met c);
- het akkoord is *onredelijk* omdat er schuldeisers of aandeelhouders zijn die op basis van het akkoord in een wezenlijk slechtere positie zouden komen dan zij zouden zijn in faillissement (artikel 381, derde lid, onderdeel d), of

- er is sprake van één van de weigeringsgronden die nu reeds gelden voor het surseance- en het faillissementsakkoord (artikel 381, derde lid, onderdelen e tot en met h).

Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan gelden enkele aanvullende weigeringsgronden. Deze houden in dat de rechtbank de homologatie van het akkoord ook zal moeten weigeren indien het akkoord een plan omvat dat er – kort gezegd – toe leidt dat de herstructureringslasten of de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd (dat wil zeggen de "*going concern*" waarde van de betrokken onderneming) niet eerlijk onder de klassen van schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld. De criteria die worden gehanteerd om dit te bepalen zijn geïnspireerd op enkele regels uit de Chapter 11-procedure uit de Verenigde Staten, waaronder de "*absolute priority rule*" (artikel 381, vierde lid).

Tegen de beslissing van de rechter over het homologatieverzoek staat geen hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep of cassatie – open (artikel 381, zesde lid). Dit is gerechtvaardigd omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van een dreigende faillietverklaring (artikel 370, eerste lid). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, zal na de homologatie het akkoord snel uitgevoerd moet kunnen worden. Dit neemt niet weg dat vragen betreffende de juiste toepassing van de voorgestelde regeling nog steeds via andere weg bij de Hoge Raad terecht zouden kunnen komen. Zo is het mogelijk dat de rechtbank in het kader van de behandeling van een verzoek op basis van artikel 376 of 381, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar, een schuldeiser of een aandeelhouder, prejudiciële vragen stelt aan de Hoge Raad over de wijze waarop een bepaling dient te worden toegepast (artikel 392 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Daarnaast blijft ook de mogelijkheid van een cassatieberoep van de procureur-generaal in het belang der wet mogelijk (artikel 78 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie).

3.5 Gevolgen van de homologatie van het akkoord

De homologatie heeft tot gevolg dat het akkoord verbindend is voor alle schuldeisers en aandeelhouders die gerechtigd waren daarover te stemmen. Dit betekent dat ook de schuldeisers of aandeelhouders die uiteindelijk geen stem hebben uitgebracht of tegen het akkoord hebben gestemd, toch aan het akkoord zijn gebonden (artikel 382).

De beschikking van de rechtbank tot homologatie van een akkoord levert een executoriale titel op (artikel 383). Mocht de schuldenaar zijn verplichtingen op basis van het akkoord niet (tijdig) nakomen, dan kunnen de schuldeisers die iets van hem te vorderen hebben zich rechtstreeks op de beschikking beroepen om de nakoming alsnog af te dwingen. Voorts geldt dat wanneer de schuldenaar verzuimt om het akkoord (tijdig) na te komen, hij verplicht is tot vergoeding van de schade die de schuldeisers en aandeelhouders daardoor lijden. Mogelijk bestaat er voor de schuldeisers of de aandeelhouders in dat geval ook een recht om het akkoord te ontbinden. Dit recht kan echter in het akkoord worden uitgesloten. Dit laatste ligt in de rede wanneer het akkoord elementen omvat die moeilijk zijn terug te draaien, zoals

een “*debt for equity swap*”, waarbij de vorderingen van bepaalde schuldeisers inmiddels al zijn omgezet in aandelen in de vennootschap (artikel 384).

3.6 Betrokkenheid van de rechter

Zoals eerder opgemerkt en toegelicht, is de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt. Echter, er zijn situaties denkbaar waarin het wenselijk kan zijn om de rechter in een eerder stadium te betrekken. Dit is in het bijzonder het geval indien er in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord, onzekerheid bestaat over de vraag of sprake is van een weigeringsgrond die zelfs als alle klassen van schuldeisers of aandeelhouders met het akkoord instemmen, aan de homologatie van het akkoord door de rechter in de weg zou staan. Het zou de verdere onderhandelingen over een akkoord ernstig kunnen bemoeilijken als hierover tot aan de behandeling van het homologatieverzoek onzekerheid blijft bestaan. Daarom krijgt de schuldenaar de mogelijkheid deze vraag al voor de behandeling van een homologatieverzoek aan de rechter voor te leggen (artikel 376, eerste lid). Schuldeisers en aandeelhouders kunnen dit niet. Dit om te voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering deze mogelijkheid oneigenlijk zouden kunnen gebruiken om – met de indiening van ongefundeerde verzoeken (of een dreiging daartoe) – het proces te blokkeren of te vertragen, dan wel alsnog volledige betaling van hun vordering af te kunnen dwingen, waardoor zij de belangen van de overige schuldeisers, aandeelhouders en andere betrokkenen bij de onderneming schaden. Besluit de schuldenaar om de vraag niet eerder in het proces aan de rechter voor te leggen, dan behouden de schuldeisers of aandeelhouders de mogelijkheid om hun bezwaren alsnog aan de orde te stellen in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek (artikelen 380, derde lid, en 381, derde lid). Andersom geldt dat als de schuldenaar de bezwaren wel al in een eerder stadium aan de rechter heeft voorgelegd en deze zich daar vervolgens over heeft uitgesproken, die uitspraak beschouwd moet worden als een bindende eindbeslissing die gezag van gewijsde heeft. Voor een dergelijke beslissing geldt de regel dat daarvan in dezelfde instantie niet meer kan worden teruggekomen, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden die het onaanvaardbaar zouden maken dat de rechter aan de eindbeslissing in kwestie zou zijn gebonden. Dit laatste kan met name het geval zijn als sprake is van een evidente feitelijke of juridische misslag van de rechter of indien de desbetreffende beslissing blijkt te berusten op een, niet aan de belanghebbende partij toe te rekenen, onjuiste feitelijke grondslag.[8] Als de rechter al eerder heeft beslist dat voldaan is aan de voor de homologatie vereiste procedurele randvoorwaarden, heeft het dus geen zin voor een schuldeiser of aandeelhouder om verweer te voeren tegen de homologatie van het akkoord met als enkele grond dat hij dit opnieuw in twijfel trekt.

3.7 Aanvullende maatregelen om de schuldenaar in staat te stellen een akkoord tot stand te brengen

[8] HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 m.nt. HJS.

Om de schuldenaar de gelegenheid te geven een akkoord tot stand te brengen, is voorzien in de volgende aanvullende maatregelen.

- Na de aanbieding van een akkoord kan de schuldenaar de rechter verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen jegens alle schuldeisers of een aantal van hen (artikel 375). Tijdens die periode, van ten hoogste twee maal twee maanden, kunnen de betreffende schuldeisers hun bevoegdheid tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet uitoefenen dan met machtiging van de rechtbank.
- Wordt na de aanbieding van een akkoord een faillissementsaanvraag ingediend, dan kan de schuldenaar de rechter verzoeken de behandeling van die aanvraag eveneens gedurende een termijn van ten hoogste twee maal twee maanden te schorsen (artikel 3d).

Met deze maatregelen wordt voorkomen dat dat schuldeisers of aandeelhouders die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering na de aanbieding van een akkoord direct overgaan tot verhaalsacties of tot de indiening van een faillissementsaanvraag om het proces te blokkeren of te vertragen, dan wel alsnog volledige betaling van hun vordering af te kunnen dwingen, waardoor zij de belangen van de overige schuldeisers, aandeelhouders en andere betrokkenen bij de onderneming schaden. Ter voorkoming van misbruik door de schuldenaar – die tijdens het hele traject volledig beschikkingsbevoegd blijft – is bepaald dat de rechtbank een verzoek tot het treffen van deze maatregelen zal afwijzen als redelijkerwijs niet te verwachten valt dat het akkoord tot stand zal komen of, bij een verzoek tot schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag, er andere redenen zijn die daartoe dwingen (artikelen 3d, eerste lid, en 375, tweede lid). Dit laatste zou bijvoorbeeld het geval zijn wanneer ervaringen uit het verleden aanleiding zijn om te vrezen dat de schuldenaar zijn schuldeisers zal benadelen. Bovendien kan de rechtbank, wanneer zij wel overgaat tot het treffen van de genoemde maatregelen, alle voorzieningen treffen die zij nodig oordeelt ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders (artikel 377). Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het stellen van de voorwaarde dat binnen een bepaalde termijn over het akkoord zal moeten worden gestemd. Ook is denkbaar is dat de rechtbank bepaalt dat de schuldenaar regelmatig moet rapporteren over de voortgang van het proces of dat er een onafhankelijk deskundige wordt aangesteld die het vervolgtraject zal monitoren.

Ook het nieuwe artikel 42a moet geschaard worden onder de categorie aanvullende maatregelen. Dit artikel beoogd de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord te bevorderen. Wordt in het kader van een dergelijke financiering zekerheid verschaft en is daarbij voldaan aan de in dat artikel genoemde randvoorwaarden, dan wordt vermoed dat die rechtshandeling zich later niet zal kwalificeren als faillissementspauliana – dat wil zeggen een door de schuldenaar vóór het

faillissement onverplicht verrichte rechtshandeling waardoor schuldeisers zijn benadeeld die ná faillissement door de curator ten behoeve van de boedel kan worden vernietigd.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Onderdeel A

Artikel 3d (nieuw)

Zodra de schuldeisers een akkoord aangeboden krijgen, weten zij dat er financiële problemen zijn bij de schuldenaar. Dit kan voor hen een prikkel zijn om direct over te gaan tot indiening van een verzoek tot faillietverklaring. Het nieuwe artikel 3d opent voor de schuldenaar de mogelijkheid om de rechtbank te verzoeken de behandeling van dat verzoek te schorsen. De bepaling valt binnen de categorie aanvullende maatregelen die erop gericht zijn de schuldenaar in de gelegenheid te stellen een akkoord tot stand te brengen en beoogt te voorkomen dat de schuldeisers die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering, de onderhandelingen over een akkoord alsnog onder druk kunnen zetten door verhaalsacties in te stellen of daarmee te dreigen. Tegelijkertijd is ook het risico van misbruik door de schuldenaar van de indiening van een schorsingsverzoek onder ogen gezien. Het is niet de bedoeling dat de schuldenaar een onvermijdelijke faillietverklaring nog even weet uit te stellen door een akkoord aan te bieden, terwijl hij redelijkerwijs weet of zou moeten weten dat dit een kansloze missie is. Gelet daarop zijn in artikel 3d, eerste lid, een aantal voorwaarden verbonden aan de toewijzing van het verzoek tot schorsing.

In de eerste plaats is bepaald dat een schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag alleen mogelijk is als de schuldenaar op het moment dat hij de rechtbank daartoe een verzoek doet, zijn schuldeisers en aandeelhouders al daadwerkelijk een akkoord heeft aangeboden. Het hoeft nog niet te gaan om het definitieve akkoord waarover overeenkomstig artikel 378 zal worden gestemd. Het mag ook gaan om een eerste voorstel voor een akkoord. Wel moet het akkoord voldoende zijn uitgewerkt. Dit betekent dat het akkoord zal moeten voldoen aan de eisen van artikel 374 Fw. Bepaald is immers dat het schorsingsverzoek niet zal worden gehonoreerd, als "*de schuldenaar redelijkerwijs niet mag verwachten dat de rechtbank zal overgaan tot homologatie van het akkoord […] of er andere redenen zijn die zich tegen een schorsing verzetten*". Is het akkoord nog onvoldoende uitgewerkt, dan zal het schorsingsverzoek afstuiten op de eerste afwijzingsgrond. Verder is de kans dat er een akkoord tot stand komt in ieder geval ook verkeken wanneer de stemming al heeft plaatsgevonden en het aangeboden akkoord daarbij door alle klassen is weggestemd.

Mogelijke "*andere redenen*" voor de rechtbank om het verzoek tot schorsing af te wijzen zouden kunnen zijn, een op eerdere ervaringen met de schuldenaar gebaseerde gegronde vrees dat hij zich gedurende de schorsing schuldig zal maken aan kwade trouw in het beheer van zijn vermogen of dat hij zijn schuldeisers op een andere manier zal trachten te benadelen. Ook zou een reden kunnen zijn dat de schuldenaar de operationele betalingsverplichtingen – dat wil zeggen de betalingen die verband houden met de voortzetting van de bedrijfsvoering – die tijdens het traject van totstandkoming van het akkoord ontstaan naar verwachting niet zal kunnen blijven voldoen. Indien dat het geval is, is de onderneming feitelijk al (bijna) failliet en is het te laat om het faillissement nog af te kunnen wenden.

Voordat de rechter beslist over het schorsingsverzoek, stelt hij de schuldenaar en de schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, in de gelegenheid om hun zienswijze kenbaar te maken (artikel 3d, derde lid).

Indien de rechter het verzoek honoreert en de behandeling van het faillissementsverzoek schorst, kan hij daarbij op basis van artikel 377 voorzieningen treffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en de aandeelhouders. De rechter kan hier ambtshalve toe besluiten, dan wel op verzoek van de schuldenaar of de schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend. Zo zou de rechter ervoor kunnen zorgen dat de schuldeisers en aandeelhouders binnen een afzienbare tijd duidelijkheid krijgen over de vraag of er een akkoord tot stand komt, door te bepalen dat de schuldenaar er in ieder geval voor moet zorgen dat er binnen een bepaalde termijn een stemming plaatsvindt over het akkoord en dat de schuldenaar de rechtbank en betrokken schuldeisers en aandeelhouders tot die tijd regelmatig informeert over de voortgang.

Mochten de omstandigheden na de schorsingsbeslissing wijzigen, waardoor niet langer verwacht mag worden dat het akkoord tot stand komt, dan zal de rechter de schorsing op basis van artikel 3d, tweede lid, opheffen. Ook nu geldt dat de rechter de schuldenaar en de schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, eerst in de gelegenheid stelt hun zienswijze kenbaar te maken (artikel 3, derde lid).

Uit artikel 3d, vierde lid, volgt dat het faillissementsverzoek van rechtswege vervalt wanneer het akkoord door de rechter wordt gehomologeerd. Op dat moment zal het faillissement immers zijn afgewend.

Tot slot is nog van belang is dat de bepaling niet alleen geldt voor faillissementsaanvragen die zijn ingediend door schuldeisers van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd, maar ook voor schuldeisers die niet bij het akkoord worden betrokken.

<u>Onderdeel B</u>

Artikel 5 Fw

Artikel 5 Fw regelt wanneer bij de toepassing van bepalingen in de Faillissementswet procesvertegenwoordiging verplicht is. Met de voorgestelde wijziging van artikel 5, eerste lid, wordt

bewerkstelligd dat voor het indienen van de volgende verzoeken bij de rechter procesvertegenwoordiging verplicht is:

- een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 375);
- een verzoek tot beslechting van geschillen die opkomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord (artikel 376, eerste lid);
- een verzoek tot toepassing van de maatwerkbepaling op basis waarvan de rechtbank nadere bepalingen kan maken of voorzieningen kan treffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders (artikel 377);
- een verzoek tot homologatie van een akkoord (artikel 380, eerste lid), of
- een verzoek tot weigering van de homologatie van het akkoord (artikel 380, derde lid).

De eis van verplichte procesvertegenwoordiging is gerechtvaardigd. Voordat de schuldenaar, een schuldeiser of een aandeelhouder een dergelijk verzoek doet, dient hij te worden ingelicht over de voorwaarden waaraan dit verzoek moet voldoen, wil de rechtbank over kunnen gaan tot toewijzing daarvan. De betrokkenheid van een advocaat kan er toe bijdragen dat het verzoek goed beargumenteerd en onderbouwd wordt. Bovendien zal een advocaat goed kunnen uitleggen wanneer een verzoek wel of niet kansrijk is. Zo zal een advocaat aan een schuldeiser of aandeelhouder kunnen uitleggen dat als de rechter al eerder op basis van artikel 376 heeft beslist dat geen sprake is van één of meer van de in artikel 381, derde lid, opgenomen weigeringsgronden, het geen zin heeft om in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek opnieuw op basis van diezelfde gronden verweer te voeren tegen de homologatie van het akkoord. Op die manier kan de advocaat voorkomen dat de rechtbank wordt geconfronteerd met verzoeken waarvan op voorhand vaststaat dat zij niet voor toewijzing in aanmerking komen en dat onnodig beslag wordt gelegd op de toch al schaarse middelen en capaciteit van de rechtspraak.

<u>Onderdeel C:</u>

Artikel 42a Fw (nieuw)

Onderdeel C introduceert een nieuw artikel 42a. Zoals reeds is opgemerkt in het algemeen deel van deze toelichting, past deze bepaling binnen de categorie aanvullende maatregelen. Het artikel beoogt de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord te bevorderen. Het artikel omvat een afwijking van artikel 42 Fw waarin een op het faillissement toegespitste regeling is opgenomen voor de vernietiging van door de schuldenaar onverplicht verrichte rechtshandelingen waardoor schuldeisers zijn benadeeld (“*faillissementspauliana*”). Indien de schuldenaar een dergelijke benadelende rechtshandeling heeft verricht in de aanloop van een faillissement, kan de curator deze rechtshandeling na de faillietverklaring ten behoeve van de gemeenschappelijke schuldeisers vernietigen. Een actio pauliana kan op grond van artikel 42 Fw succesvol door de curator worden ingesteld indien is

voldaan aan vijf voorwaarden: (i) de schuldenaar moet voor de faillietverklaring een rechtshandeling hebben verricht, (ii) hij heeft deze rechtshandeling onverplicht verricht, (iii) van de rechtshandeling is benadeling van schuldeisers het gevolg, (iv) de schuldenaar wist bij het verrichten van de rechtshandeling of behoorde op dat moment te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn en (v) ook degenen met of jegens wie de schuldenaar handelde wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

Het nieuwe artikel 42a ziet op de situatie waarin er voor het faillissement een poging is gedaan om een akkoord tot stand te brengen en er in dat traject ook nog een financiering is verstrekt waarbij nieuwe zekerheden (een pand- of hypotheekrecht) zijn verschaft. Ingevolge artikel 42a wordt vermoed dat die rechtshandeling zich later niet zal kwalificeren als faillissementspauliana, indien het bij het aangaan van de geldlening expliciet de bedoeling was van zowel de schuldenaar als de geldverstrekker dat de lening door de schuldenaar zou worden aangewend om operationele betalingsverplichtingen – dat wil zeggen de betalingen die verband houden met de voortzetting van de bedrijfsvoering – te voldoen; dat wil zeggen dat de schuldenaar de lening zou gebruiken om betalingen te kunnen verrichten die noodzakelijk zouden zijn om zijn onderneming in de periode dat aan de totstandkoming van het akkoord zou worden gewerkt voor te kunnen zetten. Vernietiging van de rechtshandeling in faillissement door de curator is nog steeds mogelijk, maar de curator zal dan wel moeten aantonen dat (i) de lening niet is aangewend om betalingen te verrichten die noodzakelijk waren in het kader van de voortzetting van de bedrijfsvoering met het oog op het bereiken van een akkoord, waardoor die aanwending benadelend is geweest voor de schuldeisers en (ii) de verstrekker van lening hiervan op de hoogte was of behoorde te zijn en kon voorzien dat een faillissement met een tekort hiervan het gevolg zou zijn.

Onderdeel D:

Artikel 47

De in onderdeel D voorgestelde aanpassing van artikel 47 Fw vloeit logischerwijs voort uit de introductie van het nieuwe artikel 3d. Zoals is toegelicht in het kader van onderdeel C, geldt op grond van artikel 42 Fw als een van de voorwaarden voor het succesvol instellen van de actio pauliana door de curator dat de schuldenaar de rechtshandeling die de curator wenst te vernietigen, onverplicht heeft verricht. De voldoening van een *opeisbare* schuld door de schuldenaar kan daarom niet met een beroep op de faillissementspaulia worden aangetast. Artikel 47 Fw maakt hierop echter twee uitzonderingen; de voldoening van een opeisbare schuld (en dus een verplichte rechtshandeling) kan toch worden vernietigd, indien (i) de schuldeiser op het moment dat de schuldenaar betaalde wist dat het faillissement van de schuldenaar al was aangevraagd of (ii) de betaling is verricht na overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser en het daarbij de bedoeling was om de schuldeiser boven andere schuldeisers te begunstigen. De voorgestelde aanpassing van artikel 47 leidt ertoe dat een vernietiging wegens

wetenschap van de indiening van een faillissementsaanvraag bij de schuldeiser, niet mogelijk is indien de behandeling van die aanvraag op basis van artikel 3d is opgeschort vanwege de aanbieding door de schuldenaar van een herstructureringsakkoord. Ook deze bepaling valt binnen de categorie aanvullende maatregelen die erop gericht zijn de schuldenaar in de gelegenheid te stellen een akkoord tot stand te brengen. De bepaling beoogt ervoor te zorgen dat de schuldenaar in de periode dat hij probeert om een akkoord tot stand te brengen, in staat blijft zijn bedrijfsvoering voort te zetten en de in dat kader noodzakelijke betalingen te verrichten.

Onderdelen E en F:

Artikelen 252 en 287a

Aan de artikelen 252 en 287a Fw wordt een nieuw lid toegevoegd. Hierin is bepaald dat wanneer een schuldenaar een verzoek heeft ingediend tot verlening van surseance van betaling of toepassing van de schuldsaneringsregeling en hij in de drie jaar die daaraan vooraf zijn gegaan al eens een mislukte poging heeft gedaan om op basis van de nieuwe afdeling 4.2 een dwangakkoord tot stand te brengen, hij zijn schuldeisers geen surseance akkoord meer kan aanbieden overeenkomstig artikel 252 Fw en de rechter niet meer kan vragen om verbindendverklaring van een schuldregeling overeenkomstig artikel 287a, eerste lid, Fw. Komt de schuldenaar nog voor de stemming over het akkoord tot de conclusie dat hij beter in het kader van een surseance-procedure of een schuldsaneringsprocedure kan proberen om een akkoord tot stand te brengen, dan kan hij nog wel naar die procedure overstappen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de schuldenaar baat heeft bij het surseance instrumentarium, dat onder andere een algeheel uitstel van betaling omvat en de inschakeling van een bewindvoerder.

Onderdeel G:

Tweede Afdeling «Homologatie van een onderhands akkoord» (nieuw)

In het wetsvoorstel inzake de Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I) wordt in de Faillissementswet een nieuwe Titel IV «*Buiten faillissement en surseance van betaling*» geïntroduceerd. Zoals opgemerkt in de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel is het de bedoeling is om de in de WCO I voorziene regeling betreffende de aanwijzing van een beoogd curator en de onderhavige regeling op te nemen in twee afzonderlijke afdelingen in de nieuwe Titel IV. De onderhavige regeling wordt opgenomen in een nieuwe afdeling 4.2 (Homologatie van een onderhands akkoord). De regeling is opgedeeld in vier paragrafen:

- § 1. Algemene bepalingen;
- § 2. De aanbieding van en de stemming over een akkoord;

- § 3. De homologatie van een akkoord, en
- § 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord.

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 369

Artikel 369 bepaalt het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling.

Lid 1

In het eerste lid is bepaald dat de voorgestelde regeling ziet op schuldenaren die een onderneming drijven. Zoals is opgemerkt in het algemeen deel van de toelichting, is ervoor gekozen de regeling zo veel mogelijk vorm te geven als een kaderregeling. Daarmee biedt de regeling de flexibiliteit om toegepast te worden op een breed spectrum aan ondernemingen en om een akkoord tot stand te brengen dat toegesneden is op de specifieke omstandigheden van het geval. Het maakt niet uit in welke rechtsvorm de schuldenaar zijn onderneming drijft. Wel moet het gaan om een onderneming die rendabele bedrijfsactiviteiten heeft, maar vanwege een te zware schuldenlast toch insolvent dreigt te raken. Op dit uitgangspunt wordt één uitzondering gemaakt. De regeling is niet van toepassing op banken of verzekeraars. De reden daarvoor is dat banken en verzekeraars met de Interventiewet hun eigen reddingsmechanisme kennen, dat ook behelst het voorkomen van een faillissement. Dit reddingsmechanisme zou kunnen worden doorkruist met een dwangakkoord, hetgeen onwenselijk is.

Lid 2:

Artikel 369, tweede lid, maakt duidelijk waarop wordt gedoeld wanneer in de artikelen 371, tweede lid, 374, eerste en tweede lid, onderdeel b, 378, eerste lid, 379, tweede lid, 380, eerste lid, 381, tweede en derde lid, onderdeel f, en 382, eerste lid, wordt gesproken over "*stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders*". Dit betreffen de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd en die om die reden op basis van artikel 378, tweede lid, gerechtigd zijn hun stem over het akkoord uit te brengen. De bepaling is van belang omdat de schuldenaar een akkoord kan aanbieden aan al zijn schuldeisers en aandeelhouders, maar er ook voor kan kiezen zich te beperken tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders (artikel 370, eerste lid). Wordt artikel 369, tweede lid, gelezen in combinatie met bovengenoemde artikelen waarin het begrip "*stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders*" wordt gehanteerd, dan volgt hieruit dat de schuldenaar bij een dergelijk beperkter akkoord alleen de schuldeisers of aandeelhouders van wie hij een bijdrage vraagt in de herstructurering over het akkoord hoeft te informeren (artikelen 378, eerste lid). Het zijn ook alleen deze schuldeisers en aandeelhouders die:

- in de gelegenheid moeten worden gesteld over het akkoord te stemmen (artikel 378, tweede lid);

- kennis moeten kunnen nemen van het verslag dat na de stemming door de schuldenaar dient te worden opgesteld (artikel 379, tweede lid);
- door de schuldenaar in kennis moeten worden gesteld van de beschikking van de rechtbank waarbij terechtzitting is vastgesteld waarop het homologatieverzoek zal worden behandeld (artikel 380, eerste lid);
- mits zij tegen het akkoord hebben gestemd, bij de rechter bezwaar kunnen maken tegen de homologatie van het akkoord (artikelen 380, derde lid, en 381, derde en vierde lid), en
- aan een eenmaal gehomologeerd akkoord gebonden zijn (artikel 382, eerste lid).

Dat de schuldenaar niet alle bij de onderneming betrokken partijen hoeft te betrekken biedt hem de mogelijkheid om in relatieve rust een akkoord tot stand te brengen en negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en daarmee samenhangende nadelige consequenties te voorkomen.

Zoals reeds is opgemerkt in het algemeen deel van de toelichting, neemt het voorgaande niet weg dat uit de Wet op de Ondernemingsraden kan voortvloeien dat de medezeggenschapsorganen geïnformeerd moet worden en de gelegenheid moeten krijgen om een advies uit te brengen over het akkoord.

Lid 3:

Lid 3 bepaalt welke rechter bevoegd is om in het kader van de nieuwe afdeling 4.2 (Homologatie van een onderhands akkoord) beslissingen te nemen. Dit betreft:

– de afkondiging en opheffing van een afkoelingsperiode (artikel 375);
– de beslechting van geschillen die ontstaan in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord (artikel 376), en
– het nemen van een beslissing op het verzoek tot homologatie van het akkoord (artikel 381).

Deze bevoegdheid is toegekend aan de rechtbank die ingevolge artikel 2 Fw bevoegd is om de schuldenaar failliet te verklaren.

Lid 4 en lid 5:

Het vierde lid houdt ermee verband dat er situaties denkbaar zijn waarin het economisch belang bij een vordering bij een ander berust dan bij de juridisch rechthebbende. Komt er een akkoord tot stand waarin is voorzien in een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van die vordering, dan draagt deze ander (de economisch gerechtigde) het daaruit voortvloeiende financiële risico. Daarom is gerechtvaardigd om niet de juridisch gerechtigde, maar de economisch gerechtigde te laten stemmen over het akkoord. Het vierde lid bepaalt dat in dat geval uitsluitend de economisch gerechtigde deelneemt aan de stemming op basis van artikel 378 en dat de in de nieuwe afdeling 4.2 opgenomen regels waarin rechten worden toegekend aan de schuldeisers, dan van toepassing zijn op de economisch gerechtigde.

Het vierde lid is bijvoorbeeld van toepassing op begunstigden van uitgegeven obligaties. Volgens de Hoge Raad moeten dergelijke “*beneficiaries*” vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid

op één lijn worden gesteld met de schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet.[9] In geval van surseance van betaling of faillissement hebben zij al de bevoegdheid te stemmen over een akkoord. Hetzelfde wordt nu bewerkstelligd voor het dwangakkoord buiten faillissement.

Het vijfde lid omvat eenzelfde regeling voor de situatie waarin het economisch belang bij een aandeel – dat wil zeggen alle vruchten die voortvloeien uit het aandeel – door de aandeelhouder is overgedragen aan een ander (de certificaathouder), terwijl het juridisch belang bij het aandeel – dat wil zeggen de zeggenschapsrechten of het stemrecht – bij de aandeelhouder blijft berusten. Bepaald is dat wanneer het akkoord betrekking heeft op aandelen ten aanzien waarvan certificaten zijn uitgegeven, de certificaathouders – in plaats van de aandeelhouder – deelnemen aan de stemming op basis van artikel 378 en dat de in de nieuwe afdeling 4.2 opgenomen regels waarin rechten worden toegekend aan de aandeelhouders, dan van toepassing zijn op de certificaathouders. Van belang is dat uit de tweede zin van het vijfde lid volgt dat aandeelhouders niet volledig worden uitgesloten van de toepassing van de afdeling. Dit betekent dat de artikelen 370, derde lid, en 382, tweede lid, van toepassing blijven op de aandeelhouder. Deze artikelen regelen – kort gezegd – dat bepaalde regels ten aanzien van besluitvorming door de algemene vergadering niet van toepassing zijn ten aanzien van de aanbieding en de uitvoering van een akkoord zoals geregeld in de nieuwe afdeling 4.2. Ook vruchtgebruikers van aandelen hebben een economisch belang bij het aandeel (vgl. artikel 2:88/197 BW). Daarom worden zij gelijkgesteld met certificaathouders.

Lid 6:

De voorgestelde regeling kan ook worden toegepast, wanneer de schuldenaar zijn onderneming drijft in de vorm van een vereniging of een coöperatie. Deze rechtsvormen hebben echter leden en geen aandeelhouders. Gelet hierop is in het zesde lid bepaald dat hetgeen voor aandeelhouders geldt, ook van toepassing is op de leden van een vereniging of een coöperatie.

Lid 7:

Bij de financiering van zakelijke activiteiten komt het regelmatig voor dat ook een borgtochtovereenkomst wordt gesloten. Bij die overeenkomst verbindt een derde zich ten gunste van een schuldeiser voor de nakoming van de overeenkomst voor het geval deze niet wordt nagekomen door de "*hoofdschuldenaar*" (artikel 7:850 BW). Zo komt het bijvoorbeeld voor dat bij de verstrekking van een financiering aan een besloten vennootschap (hierna: BV) de financier extra zekerheid wil voor het geval de BV haar terugbetalingsverplichting niet nakomt en de bestuurder daarom wordt gevraagd borg te staan. Wanneer de hoofdschuldenaar de overeenkomst niet nakomt, kan de schuldeiser de borg aanspreken. De borg die wordt aangesproken door een schuldeiser en vervolgens betaalt, heeft nadien een regresvordering op de hoofdschuldenaar (artikel 7:866 BW) en kan zich krachtens artikel 6:10 BW op de hoofdschuldenaar

[9] Hoge Raad 26 augustus 2003, JOR 2003/211 (UPC).

verhalen. Mocht de schuldeiser betrokken worden bij een akkoord en wordt zijn vorderingsrecht in dat kader gewijzigd, dan zou hij de borg kunnen aanspreken voor het deel van de vordering dat hij heeft moeten kwijtschelden. Als de borg dit bedrag dan vervolgens weer zou kunnen verhalen op de schuldenaar, biedt het akkoord uiteindelijk nog steeds geen oplossing voor de financiële problemen van de schuldenaar. Daarom is in artikel 369, zevende lid, bepaald dat de bepalingen in de voorgestelde regeling die zien op de schuldeisers ook van toepassing zijn op borgen met een regresvordering. Dit betekent dat toekomstige regresvorderingen van borgen ook kunnen worden betrokken in het akkoord.

Naast de hiervoor beschreven aanspraken van borgen, ziet deze bepaling ook aanspraken van derden op basis van andere vormen van (contractuele) zekerheidstelling en op aanspraken van medeschuldenaren jegens de schuldenaar. De passage "*derden met goederen waarop schuldeisers rechten kunnen uitoefenen*" verwijst naar de situatie waarin een derde door de verstrekking van een pand- of hypotheekrecht op één of meer van zijn goederen zekerheid verschaft voor de nakoming door de hoofdschuldenaar van zijn verplichtingen jegens een schuldeiser.

Lid 8:

Het achtste lid ziet op het in artikel 371 geregelde scenario waarin niet de schuldenaar zelf maar één of meer van zijn schuldeisers de totstandkoming van een akkoord initiëren. Zij kunnen de rechter daartoe vragen een deskundige aan te stellen. Wanneer de rechter dit verzoek inwilligt, zijn de in de nieuwe afdeling 4.2 opgenomen regels waarin verplichtingen en bevoegdheden worden toegekend aan de schuldenaar, van toepassing zijn op die deskundige. Dit betekent – kort gezegd – dat de deskundige een voorstel voor een akkoord kan opstellen en vervolgens het traject kan inzetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter.

Lid 9:

Uit het negende lid volgt dat het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst. Daarvoor dient het daartoe bestemde traject, dat met de Wet Werk en Zekerheid is gestroomlijnd.

Lid 10:

In het tiende lid is bepaald dat een schuldenaar geen gebruik kan maken van de voorgestelde regeling indien hij in de drie voorgaande jaren al eens een mislukte poging heeft gedaan om een dwangakkoord tot stand te brengen. Hetzelfde geldt als in de drie voorgaande jaren al eens is geprobeerd een faillissements- of een surseanceakkoord tot stand te brengen. De bepaling komt inhoudelijk overeen met de in de onderdelen E en F voorziene aanpassing van de artikelen 252 en 287a Fw. Hiermee wordt voorkomen dat er een keten van procedures en herhaling van zetten ontstaat. Bovendien sluit dit aan bij de regelingen inzake het faillissements- en het surseanceakkoord, waarbij slechts één maal een akkoord kan worden aangeboden en in stemming worden gebracht (artikelen 138 en 252 Fw).

§ 2. De aanbieding van en de stemming over een akkoord

Artikel 370

Artikel 370 bepaalt wanneer een schuldenaar een akkoord kan aanbieden en wat dit akkoord kan behelzen. Ook regelt het artikel dat de regels ten aanzien van besluitvorming door de algemene vergadering in dit kader niet van toepassing zijn.

Lid 1:

Artikel 370, eerste lid, omvat één van de kernbepalingen van de voorgestelde regeling. Hierin is namelijk geregeld dat een onderneming die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigt te raken, zijn schuldeisers en aandeelhouders een akkoord kan aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten. Artikel 381 omvat de daarbij aansluitende tweede kernbepaling van de regeling. Op basis van die bepaling kan de rechter het akkoord homologeren, mits tenminste één klasse van schuldeisers of aandeelhouders met het akkoord heeft ingestemd (artikel 380, eerste lid) en er geen sprake is van enige weigeringsgrond (artikel 381, eerste lid). De homologatie leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders (artikel 382). Schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd, kunnen daardoor toch aan het akkoord worden gebonden.

Bij een "*wijziging van de rechten van de schuldeisers en de aandeelhouders*" kan het bijvoorbeeld gaan om een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van een uitstaande vordering. Ook kan sprake zijn van een "*debt for equity swap*" waarbij een gedeelte van een vordering wordt omgezet in een aandelenbelang in de onderneming.

Het akkoord kan zien op alle schuldeisers en aandeelhouders van de onderneming. Een akkoord dat zich beperkt tot "*een aantal van hen*" – dat wil zeggen tot één of meer categorieën van schuldeisers en aandeelhouders – is ook mogelijk. Hierbij kan gedacht worden aan een akkoord dat zich uitsluitend richt op een sanering of herstructurering van de schulden jegens financiers en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid laat. De voorgestelde akkoordregeling wijkt op dit punt af van de regeling voor het faillissements- en het surseanceakkoord. In faillissement kan de gefailleerde – bij monde van de curator – een akkoord aanbieden aan "*zijn gezamenlijke schuldeisers*" (artikel 138 Fw) en in surseance is de schuldenaar bevoegd om aan "*hen, die vorderingen hebben, ten aanzien waarvan de surseance werkt*" een akkoord aan te bieden (artikel 252 Fw). Besluit de schuldenaar een akkoord aan te bieden dat zich beperkt tot één of meer categorieën van schuldeisers en aandeelhouders, dan moet hij zich er wel rekenschap van geven dat dit akkoord alleen in aanmerking zal kunnen komen voor homologatie door de rechter, wanneer:

- hij een redelijke grond kan aandragen voor zijn beslissing om bepaalde schuldeisers of aandeelhouders buiten het akkoord te houden en dus niet te vragen om ook een deel van de herstructureringslasten te dragen, of
- de klassen van schuldeisers of aandeelhouders met een gelijke of hogere rang in ruime meerderheid instemmen met het akkoord en daarmee met de gemaakte keuze om bepaalde schuldeisers en aandeelhouders daar niet bij te betrekken (artikel 381, vierde lid, onderdeel d).

Het is goed voorstelbaar dat de schuldenaar een akkoord aanbiedt en dat daarover vervolgens overleg en onderhandeling plaatsvindt met de schuldeisers en aandeelhouders. Dit kan ertoe leiden dat het akkoord nog moet worden aangepast. De voorgestelde regeling biedt daar ruimte voor. De enige voorwaarde die in dit verband wordt gesteld, is dat de schuldenaar uiteindelijk een definitief akkoord aan de schuldeisers zal moeten voorleggen. Dit zal hij moeten doen binnen redelijke termijn voor het plaatsvinden van de stemming. Deze termijn mag in ieder geval niet korter zijn dan acht dagen (artikel 378, eerste lid).

Lid 2:

Zoals eerder is opgemerkt in het kader van artikel 369, zevende lid, komt het bij de financiering van zakelijke activiteiten regelmatig voor dat ook een borgtochtovereenkomst wordt gesloten. Is de schuldenaar een vennootschap die onderdeel uitmaakt van een groep vennootschappen, dan kan bijvoorbeeld afgesproken zijn dat een andere vennootschap binnen de groep borg staat. Mocht er een akkoord tot stand komen waarbij de schuldeiser de hoofdschuldenaar kwijting verleent voor een gedeelte van zijn vordering, dan laat dit de aanspraak die de schuldeiser heeft op de borg in beginsel onverlet. Het bedrag dat niet door de schuldenaar zal worden voldaan, zal de schuldeiser alsnog kunnen vorderen van de borg. Als de borg dit bedrag dan vervolgens weer zou kunnen verhalen op de schuldenaar, biedt het akkoord uiteindelijk nog steeds geen oplossing voor de financiële problemen van de schuldenaar. Daarom is in artikel 369, zevende lid, bepaald dat toekomstige regresvorderingen van borgen ook kunnen worden betrokken in het akkoord. Echter, wanneer de regresvordering van de borg op basis van het akkoord aanzienlijk wordt gereduceerd, zou dit ertoe kunnen leiden dat de borg zelf insolvent dreigt te gaan. Artikel 370, tweede lid, ziet op die situatie en bepaalt dat het akkoord dat door de schuldenaar wordt aangeboden in een dergelijk geval ook kan voorzien in een wijziging van de rechten van schuldeisers jegens borgen. Dit betekent dat het akkoord ook kan inhouden dat de aanspraak van een schuldeiser jegens een borg wordt gewijzigd. Naast de hiervoor beschreven aanspraken jegens borgen, ziet deze bepaling ook op aanspraken op basis van andere vormen van (contractuele) zekerheidstelling door derden en op aanspraken jegens medeschuldenaren. De passage “*derden met goederen waarop schuldeisers rechten kunnen uitoefenen*” verwijst naar de situatie waarin een derde zich verbindt jegens een schuldeiser voor de nakoming door de (hoofd)schuldenaar van zijn verplichtingen jegens de schuldeiser door de verstrekking van een pand- of hypotheekrecht op één of meer zijn goederen.

Artikel 370, tweede lid, maakt mogelijk de herstructurering van een groep van ondernemingen in één keer af te wikkelen. Niet alleen de hoofdschuldenaar kan in het akkoord worden betrokken, maar ook de ondernemingen binnen de groep die borg zijn of op een andere manier zakelijke zekerheid hebben verschaft ten behoeve van de hoofdschuldenaar. Uiteraard komt een dergelijk akkoord alleen in aanmerking voor homologatie door de rechter als in het onderhandelingstraject ten aanzien van de hele groep is voldaan aan alle procedurevoorschriften betreffende de aanbieding, de inhoud en de inrichting van het akkoord, alsmede de stemming over het akkoord (artikelen 370 tot en met 373 en 376). Bovendien is homologatie van het akkoord dan alleen mogelijk als ten aanzien van alle afspraken betreffende de verschillende groepsonderdelen is voldaan aan de homologatievoorwaarden genoemd in artikel 381. Daarom is in artikel 370, tweede lid, bepaald dat bij een dergelijk groepsakkoord het in de nieuwe afdeling 4.2 ten aanzien van de schuldenaar bepaalde eveneens van toepassing is op de ondernemingen binnen de groep die borg zijn of op een andere manier zakelijke zekerheid hebben verschaft ten behoeve van de hoofdschuldenaar. Om het traject overzichtelijk te houden, is wel bepaald dat de hoofdschuldenaar het voortouw houdt bij de te volgen procedure en dat hij bij uitsluiting bevoegd is om verzoeken in te dienen als bedoeld in de artikelen 375, eerste lid, 376, eerste lid, 377, en 380, eerste lid. Dit betreft verzoeken aan de rechter tot:

- afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 375, eerste lid);
- beslechting van geschillen die opkomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord (artikel 376, eerste lid);
- toepassing van de maatwerkbepaling op basis waarvan de rechtbank nadere bepalingen kan maken of voorzieningen kan treffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders (artikel 377), en
- homologatie van een akkoord (artikel 380, eerste lid).

Lid 3:

Het derde lid ziet op de situatie dat de schuldenaar een rechtspersoon is. De bepaling regelt dat bepaalde regels ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering niet van toepassing zijn wanneer op basis van de nieuwe afdeling 4.2 een akkoord wordt aangeboden. Dit geldt ook bij de uitvoering van een akkoord dat op basis van artikel 381 door de rechter is gehomologeerd. Mocht de uitvoering van het akkoord een besluit van de algemene vergadering vergen, dan regelt artikel 381, vijfde lid, dat de beschikking tot homologatie van het akkoord daarvoor in de plaats kan treden.

Het voorgaande betekent in ieder geval dat het bestuur van de rechtspersoon voor de aanbieding van een akkoord niet de goedkeuring nodig heeft van de algemene vergadering, behalve als het akkoord een wijziging in het kapitaal van een naamloze vennootschap behelst. Gelet op het feit dat het akkoord ook kan voorzien in een wijziging van de rechten van aandeelhouders, is een dergelijke bepaling noodzakelijk om te voorkomen dat het bestuur vanwege weerstand bij aandeelhouders in zijn geheel niet toekomt aan het in gang zetten van een traject dat kan leiden tot de totstandkoming van een akkoord. Overigens

betekent de buiten toepassing verklaring van de regels betreffende besluitvorming door de algemene vergadering niet dat de aandeelhouders zich helemaal niet meer over het akkoord zullen kunnen uitspreken. De wijze waarop zij dit zullen kunnen doen, is alleen anders geregeld. Wanneer het akkoord voorziet in een wijziging van de rechten van de aandeelhouders, dan hebben zij op basis van artikel 378, tweede lid, het recht deel te nemen aan de stemming over het akkoord. Dient de schuldenaar na de stemming een verzoek in tot homologatie van het akkoord, dan hebben de aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd, het recht om bij de rechter bezwaar te maken tegen de homologatie van het akkoord en zullen zij in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek nogmaals hun stem kunnen laten horen (artikel 380, derde lid).

Artikel 371

Artikel 371 bepaalt wanneer en hoe een schuldeiser de totstandkoming van een akkoord zou kunnen initiëren en wat hiervan dan de gevolgen zijn voor de schuldenaar.

Lid 1

Het eerste lid biedt schuldeisers de mogelijkheid om de rechter vragen een deskundige aan te stellen die een voorstel voor een akkoord kan opstellen en vervolgens het traject kan inzetten dat kan leiden tot de homologatie van dat akkoord door de rechter. De rechter zal het verzoek alleen kunnen honoreren, wanneer voldaan is aan drie voorwaarden, namelijk:

(i) er zijn redenen om aan te nemen dat de schuldenaar afstevent op een faillissement;

(ii) de schuldeiser heeft de schuldenaar daarom aangemaand om ter verlichting van de schuldenlast zijn schuldeisers en aandeelhouders een akkoord aan te bieden, en

(iii) er is een week verstreken zonder dat de schuldenaar daarop heeft gereageerd, of de schuldenaar heeft toegezegd een akkoord te zullen aanbieden, maar een maand later is nog steeds niets van hem vernomen, dan wel heeft hij weliswaar een voorstel gedaan voor een akkoord, maar dit was van dusdanig slechte kwaliteit dat van een serieuze poging geen sprake is geweest.

De eerste voorwaarde is opgenomen omdat de aanstelling van een deskundige de nodige impact zal hebben op de normale bedrijfsuitoefening van de onderneming. In de eerste plaats leidt de aanstelling van een deskundige tot de introductie van een inlichtingen- en medewerkingsplicht voor de schuldenaar (lid 3). Daarnaast geldt bovendien dat wanneer het akkoord daadwerkelijk tot stand komt, dit akkoord uitgevoerd zal moeten worden door de schuldenaar. Dit maakt dat er dwingende redenen aanwezig moeten zijn om tot de aanstelling van een deskundige over te gaan. De tweede en de derde voorwaarde vormen een uitwerking van een belangrijk uitgangspunt van de voorgesteld regeling, namelijk dat de schuldenaar in beginsel zelf het initiatief neemt om een akkoord tot stand te brengen. Gelet daarop is de in artikel 371, eerste lid, geboden mogelijkheid vooral bedoeld om de schuldenaar te stimuleren zelf tijdig actie te ondernemen.

Lid 2

De in het eerste lid geboden mogelijkheid voor schuldeisers om de rechtbank te vragen een deskundige aan te stellen die een akkoordprocedure in gang kan zetten, is er op basis van het tweede lid ook wanneer de schuldenaar een poging heeft gedaan om een akkoord tot stand te brengen, maar dit hem uiteindelijk niet is gelukt omdat geen enkele klasse met het door hem voorgestelde akkoord heeft ingestemd of de rechtbank de homologatie van het akkoord heeft geweigerd. Deze bepaling is enerzijds bedoeld als stimulans voor de schuldenaar; besluit hij zelf een akkoordprocedure in gang te zetten, dan wordt van hem verwacht dat hij daartoe een serieuze poging doet. Anderzijds geldt deze bepaling als vangnet. Mocht een serieuze poging van de schuldenaar onverhoopt toch stranden, dan kunnen de schuldeisers dit herstellen door ervoor te zorgen dat er een deskundige wordt ingeschakeld die een aangepast akkoord kan aanbieden dat het wel haalt.

Lid 3 en 4:

Als de rechtbank besluit een deskundige aan te stellen, is de schuldenaar gehouden om de deskundige alle inlichtingen te verschaffen en medewerking te verlenen die deze nodig heeft om zijn taak te volbrengen (lid 3). Om ongewenste exposure te vermijden, zal de deskundige de verkregen informatie slechts met derden delen voor zover dit noodzakelijk is in het kader van de totstandkoming van het akkoord (lid 4).

Lid 5 en 6:

In het vijfde 5 is bepaald dat de rechtbank een verzoek van een schuldeiser tot aanstelling van een deskundige in raadkamer zal behandelen. Hiermee wordt aangesloten bij de praktijk betreffende de behandeling van de faillissementsaanvraag of aangifte. Behandeling in raadkamer is ingevolge artikel 4, eerste lid, Fw de regel bij de faillissementsaanvraag of aangifte, omdat het belang van de schuldenaar zich in het algemeen tegen openbare behandeling zal verzetten. Dit geldt nog sterker bij de behandeling van een verzoek tot aanstelling van een deskundige. Dit verzoek is er immers op gericht de totstandkoming van een akkoord te initiëren om te voorkomen dat de schuldenaar failliet gaat. Zou het verzoek in het openbaar worden behandeld, dan zou dit direct kunnen leiden tot negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en de kansen op een succesvolle redding van de onderneming aanzienlijk kunnen verkleinen.

Voordat de rechtbank over het verzoek beslist, dient zij de schuldenaar en de schuldeiser die het verzoek heeft ingediend in de gelegenheid te stellen om te worden gehoord. Zoals eerder is opgemerkt zal de aanstelling van een deskundige en de daarmee samenhangende start van een traject dat tot doel heeft een akkoord tot stand te brengen, een grote impact hebben op de bedrijfsvoering van de schuldenaar. Gelet hierop dient de schuldenaar de kans te krijgen om zich uit te spreken over het verzoek en de bezwaren die hij heeft tegen toewijzing daarvan naar voren te brengen. Voorts is het van

belang dat de schuldeiser die het verzoek heeft ingediend daar weer op kan reageren. Op die manier krijgt de rechtbank een volledig beeld van de situatie. Dit heeft zij nodig om een goede beslissing te kunnen nemen op het verzoek.

In het zesde lid is bepaald dat tegen de beslissing van de rechtbank geen rechtsmiddel openstaat.

Voor de indiening van het verzoek tot aanstelling van een deskundige zal de schuldeiser zich moeten laten vertegenwoordigen door een advocaat (artikel 5 Fw). Verder zal hij griffierecht verschuldigd zijn. Hem zal het tarief voor zaken van onbepaalde waarde in rekening worden gebracht. Dit is thans voor natuurlijke personen € 287 en voor rechtspersonen € 618 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

Artikel 372

Artikel 372 biedt de schuldenaar die insolvent dreigt te raken en zijn schuldeisers en aandeelhouders daarom een akkoord aanbiedt, de mogelijkheid om – naast zijn bestaande schulden – ook toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit lopende overeenkomsten te herstructureren. Daarbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan een huurovereenkomst voor een bedrijfsruimte, leaseovereenkomsten of doorlopende leveringsovereenkomsten. Artikel 372 is zowel van toepassing op overeenkomsten die voor een bepaalde tijd zijn aangegaan als overeenkomsten die voor onbepaalde tijd zijn aangegaan.

Daarnaast regelt dit artikel dat "*ipso facto-clausules*", dat wil zeggen contractsbepalingen die automatisch contractuele gevolgen verbinden aan het openen van een insolventieprocedure of een andere insolventie gerelateerde gebeurtenis ten aanzien van de schuldenaar, zonder gevolg blijven.

<u>Lid 1:</u>

Het eerste lid biedt de schuldenaar de mogelijkheid om zijn wederpartij bij een lopende overeenkomst een voorstel kan doen tot aanpassing van die overeenkomst. Stemt de wederpartij daarmee niet in, dan heeft de schuldenaar het recht de overeenkomst op te zeggen. De opzegging dient te geschieden tegen een tijdstip dat naar plaatselijk gebruik gangbaar is. De opzegtermijn die in acht moet worden genomen, is of de overeengekomen opzegtermijn of de gebruikelijke termijn, met dien verstande dat deze termijn maximaal drie maanden mag bedragen. De regeling sluit hiermee aan bij artikel 39 Fw betreffende de opzegging van een huurovereenkomst in faillissement.

Het eerste lid stelt verder geen formele eisen betreffende de wijze waarop de opzegging dient plaats te vinden. Stelt een specifieke wettelijke regeling deze eisen wel, dan dienen die hier ook in acht te worden genomen. Zo zal de opzegging van een huurovereenkomst betreffende een bedrijfsruimte bij exploot of aangetekende brief moeten plaatsvinden (artikel 7:293, tweede lid, BW).

<u>Lid 2:</u>

Het tweede lid bepaalt dat de wederpartij na de wijziging dan wel opzegging van de overeenkomst recht heeft op schadevergoeding. De omvang van de schadevergoeding wordt bepaald door toepassing van afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Voorts is geregeld dat het akkoord dat de schuldenaar overeenkomstig artikel 370, eerste lid, aanbiedt ook kan voorzien in een aanpassing van deze vordering tot schadevergoeding.

Lid 3:

Is in enigerlei beding in een overeenkomst bepaald dat het aanbieden van een akkoord die overeenkomst automatisch doet eindigen of de wederpartij het recht geeft de overeenkomst te beëindigen, dan wel enig recht of enige verplichting onder die overeenkomst automatisch doet wijzigen of de wederpartij het recht geeft om een dergelijke wijziging tot stand te brengen, dan blijft dat beding ingevolge het derde lid buiten toepassing. Deze bepaling moet ruim worden gelezen. Zij heeft ook betrekking op bedingen met een vergelijkbaar effect. Daarbij moet onder meer gedacht worden aan zogenoemde "*change of control*" clausules. Mocht een dergelijke clausule in de weg staan aan de aanbieding van een akkoord dat voorziet in een "*debt for equity swap*" waarbij er nieuwe aandeelhouders toetreden tot de vennootschap, dan blijft die clausule eveneens buiten toepassing.

Deze bepaling is nodig om te voorkomen dat een schuldeiser zichzelf met een beroep op een dergelijk beding alsnog in een positie kan brengen waarin hij de herstructurering op oneigenlijke gronden kan blokkeren of volledige betaling van zijn vordering zou kunnen afdwingen ten koste van de overige betrokkenen.

Artikel 373

Eerder is opgemerkt dat het akkoord alleen in aanmerking kan komen voor homologatie door de rechter, indien dit een herstructureringsvoorstel omvat dat redelijk is ten opzichte van de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Dit betekent in ieder geval dat het voorstel ertoe moet leiden dat de lasten die uit de herstructurering zullen voortvloeien en de "*going concern*" waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd, eerlijk onder de schuldeisers en aandeelhouders worden verdeeld. De criteria die worden gehanteerd om dit te bepalen zijn geïnspireerd op enkele regels uit de Chapter 11-procedure uit de Verenigde Staten, waaronder de "*absolute priority rule*" (artikel 381, vierde lid). Wat eerlijk is hangt af van de positie van de desbetreffende schuldeiser of aandeelhouder. Gelet hierop is in artikel 373 bepaald dat als een akkoord betrekking heeft op schuldeisers en aandeelhouders met verschillende posities, voorzien moet zijn in een klassenindeling. Dit betekent dat de te onderscheiden categorieën schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen dienen te worden ingedeeld, iedere klasse een op de rechten van de desbetreffende schuldeisers of aandeelhouders aansluitend schuldsaneringsvoorstel dient te krijgen (artikel 374), en in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord dient plaats te vinden (artikel 378, derde lid).

Volgens artikel 373 is een klassenindeling vereist wanneer het akkoord betrekking heeft op "*schuldeisers of aandeelhouders die belangen of rechten hebben of op basis van het akkoord rechten krijgen die zo verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake kan zijn*". Het gaat er dus om dat de schuldeisers of aandeelhouders een onvergelijkbare positie hebben. Of hiervan sprake is, hangt af van:

- de rechten die de betrokken schuldeisers en aandeelhouders hebben op het moment dat het akkoord wordt aangeboden;
- de rechten die zij op basis van het akkoord zullen krijgen, en
- hun belangen, in het bijzonder die bij de totstandkoming van het akkoord.

In ieder geval dienen schuldeisers of aandeelhouders die in faillissement een verschillende rang zouden hebben, in verschillende klassen te worden ingedeeld (vgl. titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede artikel 57 lid 1 Fw). Gedacht moet worden aan verschillende klassen voor bijvoorbeeld de crediteuren met een pand- of hypotheekrecht, de crediteuren met een eigendomsvoorbehoud of de concurrente crediteuren. Het is evident dat deze schuldeisers verschillende rechten en belangen hebben en daardoor niet in een vergelijkbare positie zijn.

Het is mogelijk dat een schuldeiser voor dezelfde vordering in verschillende klassen wordt ingedeeld, bijvoorbeeld omdat een deel van de vordering gedekt is door pand- of hypotheekrecht en een deel niet. Deze schuldeiser zal voor het deel van zijn vordering dat wordt gedekt door het onderpand, dienen te worden ingedeeld in een klasse van zekerheidsgerechtigde schuldeisers. Voor het overige deel van zijn vordering dient hij te worden ingedeeld in een klasse van concurrente schuldeisers.

Het staat de schuldenaar vrij om één categorie schuldeisers onder te verdelen in verschillende klassen. Daarbij kan hij die klassen ook ieder een ander aanbod doen en mag het zelfs zo zijn dat de ene klasse daarbij beter wordt bedeeld dan de andere klasse. Wil het akkoord in dit laatste geval in aanmerking kunnen komen voor homologatie, dan zal de schuldenaar er echter wel voor moeten zorgen:

- dat hij een redelijke grond kan aandragen voor het onderscheid dat hij maakt, of
- dat de minder bedeelde klasse in ruime meerderheid instemt met het akkoord en daarmee met de keuze om de andere klasse een beter bod te doen (artikel 381, vierde lid, onderdeel c).

Artikel 374

Artikel 374 bepaalt welke informatie dient te worden opgenomen in het akkoord en welke informatie daarbij dient te worden overlegd. Deze bepaling heeft vooral tot doel ervoor te zorgen dat de schuldeisers en aandeelhouders de informatie krijgen die zij nodig hebben om effectief gebruik te kunnen maken van hun stemrecht op basis van artikel 378.

<u>Lid 1 en 2:</u>

Het eerste lid omvat in de eerste plaats als uitgangspunt dat het akkoord alle informatie dient te omvatten die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich voor het plaatsvinden van de stemming een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over het akkoord. Voorts wordt in het eerste en het tweede lid voorgeschreven welke basisinformatie *in ieder geval* in het akkoord dient te zijn opgenomen of aan het akkoord dient te zijn gehecht. Deze lijst is niet limitatief. Er zal vrijwel altijd aanvullende informatie moeten worden verschaft om aan het genoemde uitgangspunt te voldoen.

De lijst met basisinformatie moet de schuldeisers en aandeelhouders in staat stellen:

- te overzien wat voor hen de gevolgen zijn van het akkoord (lid 1, onderdelen b en d);
- in te schatten of de totstandkoming van het akkoord *noodzakelijk* en *toereikend* is om een dreigend faillissement af te wenden en of het akkoord is *redelijk* is (lid 1, onderdelen a en c, en lid 2), en
- te vernemen hoe zij zich verder kunnen laten informeren (onderdeel e) alsmede hoe en wanneer zij hun stem over het akkoord zullen kunnen uitbrengen (onderdeel f).

Ten aanzien van de informatie die wordt genoemd in het eerste lid, onderdeel d, wordt nog het volgende opgemerkt. Het akkoord kan voorzien in een toedeling van rechten aan de schuldeisers en aandeelhouders. Dit kan zijn het recht op een uitkering in geld, maar ook een uitkering in een andere vorm; zoals obligaties of aandelen. Het eerste lid, onderdeel d, schrijft voor dat de schuldeisers in dat geval dienen te worden geïnformeerd over wanneer de toedeling van de rechten zal plaatsvinden. Bedoeld is dat de schuldenaar zal moeten melden wanneer het geld zal worden uitbetaald of wanneer de obligaties of aandelen zullen worden uitgegeven.

Voor het geval het in de toekomst wellicht nodig mocht blijken om de lijst met basisinformatie uit te breiden of nadere regels te stellen omtrent de wijze waarop de informatie dient te worden verstrekt, is in het derde lid voorzien in de mogelijkheid om hierover bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen.

Artikel 375

Artikel 375 biedt de schuldenaar de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen jegens alle schuldeisers of een aantal van hen. Tijdens die periode, van ten hoogste twee maal twee maanden, kunnen de desbetreffende schuldeisers hun bevoegdheid tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet uitoefenen dan met machtiging van de rechtbank. Dit houdt bijvoorbeeld ook in dat een bank de inkomsten van de schuldenaar die op zijn bankrekening binnenkomen niet zonder toestemming van de rechter zal mogen verrekenen met de uitstaande schuld (dat wil zeggen de roodstand op de rekening). Afdeling 2.1 Fw kent deze regeling al voor de surseance van betaling (artikel 421a e.v. Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is nauw aangesloten bij deze regeling.

De bepaling valt net als artikel 3d op basis waarvan de behandeling van een faillissementsaanvraag kan worden geschorst, binnen de categorie aanvullende maatregelen die erop gericht zijn de schuldenaar in de gelegenheid te stellen een akkoord tot stand te brengen en te voorkomen dat de schuldeisers die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering, de totstandkoming van een akkoord alsnog op oneigenlijke gronden kunnen blokkeren, vertragen of manipuleren. De voorwaarden waaronder deze maatregelen kunnen worden toegepast en de overwegingen die daarbij een rol spelen, komen overeen. Daarom wordt voor de verdere toelichting op dit artikel verwezen naar de toelichting op artikel 3d.

Artikel 376

Artikel 376 biedt de schuldenaar de mogelijkheid om geschillen die opkomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord, aan de rechter voor te leggen. Zoals eerder is opgemerkt, is een belangrijk uitgangspunt van de regeling dat de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt is. Bestaat er echter onzekerheid over de vraag of sprake is van een weigeringsgrond die zelfs als alle klassen van schuldeisers of aandeelhouders met het akkoord instemmen, aan de homologatie van het akkoord door de rechter in de weg zou staan, dan is het vanuit het oogpunt van het bevorderen van "*deal certainty*" van belang dat die zo spoedig mogelijk kan worden weggenomen. Tegelijkertijd moet voorkomen worden dat het proces in het kader van de totstandkoming van het akkoord niet onnodig wordt opgehouden. Mede daarom is deze mogelijkheid om de rechter eerder bij het proces te betrekken, niet opengesteld voor de schuldeisers en aandeelhouders. Op die manier wordt voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering, de totstandkoming van een akkoord alsnog op oneigenlijke gronden zouden kunnen blokkeren, vertragen of manipuleren.

<u>Lid 1, 3 en 4</u>

Het eerste lid omvat een opsomming van de geschilpunten die de schuldenaar aan de rechter kan voorleggen. Deze geschilpunten zijn samen te vatten in de hoofdvraag of het akkoord dat voorligt in aanmerking zou kunnen komen voor homologatie door de rechter of dat er wellicht sprake is van één of meer van de weigeringsgronden genoemd in artikel 381, derde lid. De rechter kan in dit stadium nog niet gevraagd worden om te toetsen aan de weigeringsgronden genoemd in artikel 381, vierde lid. Reden hiervoor is dat voor al deze gronden geldt dat pas na de stemming kan worden vastgesteld of deze al dan niet van toepassing zouden kunnen zijn. De eventuele toepasselijkheid van die gronden is immers afhankelijk van de vraag of één of meerdere klassen tegen het akkoord hebben gestemd.

Ten aanzien van de onderdelen a, b en c wordt nog het volgende opgemerkt. Een geschilpunt omtrent de bevoegdheid van de schuldenaar om op basis van afdeling 4.2 een akkoord aan te bieden, ziet vooral op de vraag of de schuldenaar daadwerkelijk in een situatie verkeert dat hij vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigt te raken (onderdeel a). Zoals eerder is opgemerkt is dit één van de

basisvoorwaarden waaraan voldaan moet zijn, wil het akkoord gehomologeerd kunnen worden. Desgevraagd, zal de rechter dus een insolventietoets dienen te verrichten.

Geschillen omtrent de inhoud van de informatie die in het akkoord of in de daaraan gehechte bescheiden is opgenomen (onderdeel b) kunnen onder meer betreffen:

- een betwisting van de waarderingen die de schuldenaar overeenkomstig artikel 374, eerste lid, onderdeel c, in zijn akkoord heeft opgenomen en die de basis vormen voor de in het akkoord opgenomen herstructuringsvoorstellen, of
- een geschil over de hoogte van de vordering van een schuldeiser dan wel de waarde van het recht van een aandeelhouder zoals de schuldenaar die overeenkomstig artikel 374, tweede lid, onderdeel b, in de bij het akkoord over te leggen lijst heeft vermeld en die bepalend is voor de toelating van de schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming (onderdeel c).

De rechter zou op basis van het derde lid een onafhankelijk deskundige kunnen vragen een onderzoek te verrichten naar deze informatie en hierover verslag uit te brengen. Op basis van dat verslag kan de rechter dan een beslissing nemen omtrent de betrouwbaarheid van de door de schuldenaar aangeleverde informatie. Mocht het geschil betrekking hebben op de vraag of bepaalde informatie al dan niet ontbreekt, dan kan de rechtbank alvorens zij een beslissing neemt, de schuldenaar een termijn gunnen waarbinnen hij die informatie alsnog kan aanvullen (lid 4).

Lid 2:

De schuldenaar dient op basis van artikel 374, tweede lid, onderdeel b, bij het akkoord een lijst over te leggen waarop de namen van alle schuldeisers en aandeelhouders zijn vermeld en het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld. Het is mogelijk dat een medeschuldeiser of de schuldeiser dan wel de aandeelhouder zelf deze informatie vervolgens ter discussie stelt. Dat wil zeggen dat de hoogte of zelfs het bestaan van de vordering of het recht wordt betwist. Aangezien deze informatie bepalend is voor de toelating van de schuldeiser of de aandeelhouder tot de stemming en uiteindelijk ook voor de stemuitslag, is het van belang dat hierover voor de stemming een beslissing wordt genomen. Artikel 376, tweede lid, bepaalt daarom dat als de schuldenaar een dergelijk geschil aan de rechter voorlegt, de rechter zal bepalen of en tot welk bedrag deze schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. De beslissing om een schuldeiser of aandeelhouder al dan niet, of gedeeltelijk toe te laten, zegt alleen iets over de toelating tot de stemming. De beslissing heeft slechts een procedureel effect en heeft geen invloed op de vaststelling van de vordering of het recht. Om hier definitief uitsluitsel over te krijgen zal een afzonderlijke procedure gevoerd moeten worden. De toepassing van artikel 147 Fw leidt ertoe dat als later uit deze procedure blijkt dat een vordering niet bestond of dat deze lager of hoger was dan het bedrag waarvan men is uitgegaan bij de totstandkoming van het akkoord, dit niet meer van invloed kan zijn op de uitkomst van de stemming. Als een schuldeiser of aandeelhouder helemaal niet wordt toegelaten tot de stemming, kan hij later ook niet opkomen tegen een homologatie van het akkoord (artikel 381, derde lid). Omdat de schuldeiser of

aandeelhouder niet over het akkoord heeft kunnen stemmen, kan het akkoord echter ook niet jegens hem verbindend worden verklaard (artikel 382, eerste lid). Afdeling 2.1 Fw kent deze regeling al voor de surseance van betaling (artikel 267 Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is nauw aangesloten bij deze regeling.

Lid 5 en 6:

In het vijfde lid is bepaald dat de rechtbank een verzoek van een schuldenaar tot het nemen van een beslissing omtrent een geschilpunt als bedoeld in het eerste lid in raadkamer zal behandelen. Hiermee wordt aangesloten bij de praktijk betreffende de behandeling van de faillissementsaanvraag of aangifte. Behandeling in raadkamer is ingevolge artikel 4, eerste lid, Fw de regel bij de faillissementsaanvraag of aangifte, omdat het belang van de schuldenaar zich in het algemeen tegen openbare behandeling zal verzetten. Dit geldt nog sterker bij de behandeling van een verzoek als bedoeld in het onderhavige artikel. Dit verzoek is er immers op gericht de totstandkoming van een akkoord te faciliteren om te voorkomen dat de schuldenaar failliet gaat. Zou het verzoek in het openbaar worden behandeld, dan zou dit direct kunnen leiden tot negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en de kansen op een succesvolle redding van de onderneming aanzienlijk kunnen verkleinen. Voordat de rechtbank een beslissing neemt in het kader van het eerste en tweede lid, dient zij de schuldenaar en de bij het geschil betrokken schuldeiser of aandeelhouder in de gelegenheid te stellen om te worden gehoord en hun standpunten naar voren te brengen. Op die manier krijgt de rechtbank een volledig beeld van de situatie. Dit heeft zij nodig om een goede beslissing te kunnen nemen.

In het zesde lid is bepaald dat tegen de beslissing van de rechtbank geen rechtsmiddel openstaat.

Voor de indiening van een verzoek als bedoeld in het eerste lid zal de schuldenaar zich moeten laten vertegenwoordigen door een advocaat (artikel 5 Fw). Verder zal hij griffierecht verschuldigd zijn. Hem zal het tarief voor zaken van onbepaalde waarde in rekening worden gebracht. Dit is thans voor natuurlijke personen € 287 en voor rechtspersonen € 618 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

Artikel 377

Artikel 377 biedt de rechtbank de mogelijkheid om voorzieningen te treffen of nadere bepalingen te maken om de belangen van de betrokken schuldeisers of aandeelhouders te waarborgen. De rechtbank kan dit doen op verzoek van de schuldenaar, maar ook ambtshalve. Uiteraard is dit alleen aan de orde wanneer de rechtbank op enig moment in het proces betreffende de totstandkoming van het akkoord wordt betrokken. Hiervan is in ieder geval sprake wanneer de schuldenaar de rechtbank vraagt:

- de behandeling van een ingediende faillissementsaanvraag te schorsen (artikel 3d);
- een afkoelingsperiode af te kondigen (artikel 375), of
- een beslissing te nemen over een geschil dat is opgekomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming (artikel 376).

In deze gevallen kunnen ook de betrokken schuldeisers of aandeelhouders de rechtbank verzoeken om voorzieningen te treffen of nadere bepalingen te maken.

Wat betreft de te treffen voorzieningen moet bijvoorbeeld gedacht worden aan het stellen van de voorwaarde dat binnen een bepaalde termijn over het akkoord zal moeten worden gestemd. Ook is denkbaar is dat de rechtbank bepaalt dat de schuldenaar regelmatig moet rapporteren over hoe het proces vordert of dat er een onafhankelijk deskundige wordt aangesteld die het traject zal monitoren.

De bevoegdheid tot het maken van nadere bepalingen, biedt de rechtbank de mogelijkheid om de bepalingen die van toepassing zijn op de totstandkoming van een dwangakkoord opzij te zetten of af te stemmen op de een specifieke situatie. Afdeling 2.1 Fw kent deze regeling al voor de surseance van betaling (artikel 225 Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is nauw aangesloten bij deze regeling. Ten aanzien van artikel 225 Fw heeft de Hoge Raad al eens geoordeeld dat een beslissing van de rechtbank waarbij zij een "*voting record date*" vaststelt om vervolgens te kunnen bepalen wie aangemerkt kunnen worden als *"beneficial holders"* van de obligaties en om die reden toegelaten moeten worden tot de stemming over een aangeboden akkoord, aangemerkt moet worden als een beslissing in de zin van artikel 225 Fw.[10]

Artikel 378

Artikel 378 regelt wanneer de schuldenaar zijn definitieve akkoord aan de schuldeisers en de aandeelhouders dient voor te leggen, geeft regels over de stemming over het akkoord en over wie daaraan mogen deelnemen, en schrijft voor hoe de uitslag van de stemming wordt bepaald.

<u>Lid 1 en 2:</u>

Het eerste lid bepaalt dat het definitieve akkoord gedurende een redelijke termijn die in ieder geval niet korter mag zijn dan acht dagen voor het plaatsvinden van de stemming, aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dient te worden voorgelegd. Zoals de bepaling expliciet voorschrijft, is het de bedoeling dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, voor de stemming voldoende gelegenheid krijgen om "*een goed geïnformeerd oordeel te kunnen vormen*" over het akkoord. Waar het om gaat is dat de schuldeisers en aandeelhouders voldoende gelegenheid hebben het definitieve ontwerp akkoord te bestuderen. Het hangt af van de omstandigheden van het geval hoeveel tijd daarvoor precies nodig is. Het is goed mogelijk dat daar meer tijd voor nodig is dan de genoemde termijn van acht dagen.

De schuldenaar mag zelf bepalen op welke wijze hij de schuldeisers en aandeelhouders informeert. De schuldenaar kan ervoor kiezen het akkoord en de bijbehorende stukken per post of via de elektronische weg toe te sturen. Ook kan hij het akkoord met de bijbehorende stukken op een voor de

[10] HR 26 augustus 2003, NJ 2004/549 (Intercom Holdings c.s./UPC N.V.), r.o. 3.31.

schuldeisers en aandeelhouders toegankelijke website plaatsen en de schuldeisers en aandeelhouders hiervan een aankondiging sturen.

Het tweede lid regelt welke schuldeisers en aandeelhouders over het akkoord mogen stemmen. Dit zijn de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd. Het gaat dan bijvoorbeeld om schuldeisers die het verzoek krijgen om akkoord te gaan met een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de uitstaande vorderingen en om aandeelhouders die worden gevraagd om een aanvullende investering te doen in de onderneming of om mee te werken aan de uitgifte van nieuwe aandelen om op die manier nieuwe investeerders te kunnen aantrekken of een "*debt for equity swap*" te kunnen realiseren. Schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten niet wijzigen, zijn niet stemgerechtigd. Aan hen hoeft het definitieve akkoord ook niet te worden voorgelegd.

Lid 3:

Voorziet het akkoord in een klassenindeling, dan schrijft het derde lid voor dat er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord dient plaats te vinden. Verder bepaalt de schuldenaar zelf wanneer en op welke wijze gestemd zal kunnen worden. De stemming kan schriftelijk plaatsvinden. De schuldenaar kan ook besluiten om hiervoor een vergadering te organiseren, al dan niet met gebruik van een elektronisch communicatiemiddel. Het enige dat in dit kader van belang is, is dat de schuldenaar zich houdt aan hetgeen hij hierover – overeenkomstig artikel 374, eerste lid, onderdeel f – in het akkoord heeft opgenomen.

Lid 4 en 5:

Het vierde en het vijfde lid schrijven voor hoe de uitslag van de stemming wordt bepaald. Daarbij is in de eerste plaats van belang dat alleen wordt gekeken naar de stemmen die daadwerkelijk zijn uitgebracht. Vooral bij kleine vorderingen of rechten van beperkte waarde, zal het voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders niet de moeite nemen om deel te nemen aan de stemming. Zouden ook de niet uitgebrachte stemmen worden meegerekend, dan leidt dit ertoe dat een akkoord alleen al door het wegblijven van schuldeisers of aandeelhouders niet in aanmerking zou kunnen komen voor homologatie. Om dit te voorkomen is voorgeschreven dat bij het bepalen van de uitslag van de stemming uitsluitend rekening wordt gehouden met de stemmen die daadwerkelijk zijn uitgebracht. Uiteraard is het in dit kader essentieel dat het eerste lid goed is toegepast zodat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders op de hoogte zijn van het akkoord en van het feit dat zij gerechtigd zijn hierover hun stem uit te brengen, alsmede wanneer zij dit precies kunnen doen. De rechtbank zal bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve toetsen of dit het geval is geweest. Mocht de schuldenaar hierin hebben verzuimd, dan zal de rechtbank de homologatie weigeren, tenzij de schuldeisers en aandeelhouders die niet goed zijn geïnformeerd, verklaren het akkoord te aanvaarden (artikel 381, tweede lid).

Verder is bij het bepalen van de uitslag niet zozeer van belang hoeveel individuele schuldeisers of aandeelhouders voor het akkoord hebben gestemd, maar welk financieel belang de voorstemmers vertegenwoordigen. Voor het aannemen van een akkoord door een schuldeisersklasse is – ingevolge het vierde lid – vereist dat de schuldeisers die voor het akkoord hebben gestemd ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de klasse. In het vijfde lid is een soortgelijke regel opgenomen die uitgaat van twee derde van het aantal uitgebrachte stemmen van aandeelhouders.

Artikel 379

Artikel 379 schrijft voor dat de schuldenaar na de stemming een verslag dient op te stellen en de betrokken schuldeisers en aandeelhouders onmiddellijk in staat moet stellen daarvan kennis te nemen.

Lid 1:
In het eerste lid is bepaald dat de schuldenaar in het verslag niet alleen melding dient te maken van de uitslag van de stemming, maar ook van de schuldeisers en aandeelhouders die hebben gestemd en of zij zich daarbij vóór of tegen het akkoord hebben uitgesproken. Deze informatie stelt de schuldeisers en aandeelhouders in staat de stemuitslag, zoals die door de schuldenaar is verwoord, te controleren. Dient de schuldenaar na de stemming een verzoek in tot homologatie van het akkoord, dan kunnen de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd bovendien op basis van deze informatie inschatten of het zin heeft om zich hiertegen te verzetten. Mochten zij besluiten om daadwerkelijk een weigeringsverzoek in te dienen, dan kan deze informatie gebruikt worden ter onderbouwing daarvan.

Lid 2:
Dient de schuldenaar een homologatieverzoek in, dan schrijft het tweede lid voor dat hij het verslag zal moeten deponeren bij de griffie van de rechtbank die het verzoek in behandeling zal nemen. Daarna zullen de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders het verslag gedurende acht dagen kosteloos kunnen inzien. Het is in het belang van de schuldenaar om het verslag zo snel mogelijk te deponeren. Bepaald is namelijk dat de terechtzitting waarop het homologatieverzoek zal worden behandeld, zal worden gehouden binnen acht tot veertien dagen nadat het verslag ter inzage is gelegd (artikel 380, tweede lid).

§ 3. De homologatie van het akkoord

Artikel 380

In artikel 380 is geregeld wanneer het mogelijk is om een verzoek tot homologatie van het akkoord in te dienen en binnen welke termijn de rechtbank dit verzoek zal behandelen. Ook is in dit artikel bepaald in welke gevallen schuldeisers en aandeelhouders nog bezwaar kunnen maken tegen de homologatie en hoe zij dit dan zullen kunnen doen.

In het eerste lid is bepaald dat indiening van een verzoek tot homologatie van het akkoord mogelijk is wanneer er ten minste één klasse is die met het akkoord heeft ingestemd. Gaat de schuldenaar hier daadwerkelijk toe over, dan bepaalt de rechtbank zo spoedig mogelijk bij beschikking wanneer de terechtzitting waarop het verzoek zal worden behandeld, zal plaatsvinden. Ingevolge het tweede lid zal de terechtzitting in ieder geval binnen acht tot veertien dagen na de deponering van het verslag van de stemming door de schuldenaar, worden ingepland.

Het derde lid schrijft voor dat tot aan de dag van de terechtzitting bij de rechtbank verzoeken tot weigering van de homologatie kunnen worden ingediend. Daarbij geldt wel als beperking dat:

- alleen schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd, hiertoe kunnen overgaan, en
- zij geen beroep meer kunnen doen op een weigeringsgrond genoemd in artikel 381, derde lid, indien zij al eerder op de hoogte waren van het mogelijke bestaan van die grond, maar de schuldenaar daar nimmer over hebben aangesproken.

De schuldeisers en aandeelhouders worden op deze manier gestimuleerd om eventuele cruciale bezwaren tegen het akkoord tijdig – dat wil zeggen nog voor de stemming plaatsvindt – te melden. Dit biedt de schuldenaar de mogelijkheid om hiervoor – al dan niet met een beroep op de rechter (artikel 376, eerste lid) – tijdig een oplossing te vinden. Indien nodig kan de schuldenaar het akkoord dan nog aanpassen en eventuele obstakels voor de homologatie wegnemen. Hiermee wordt voorkomen dat een traject dat op voorhand kansloos lijkt te zijn, wordt voortgezet met alle onnodige kosten van dien.

Gelet op deze mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de homologatie, is het essentieel dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders accuraat en tijdig op de hoogte worden gesteld van de terechtzitting waarop het homologatieverzoek zal worden behandeld. De schuldenaar zal ervoor moeten zorgen dat deze informatie de schuldeisers en aandeelhouders bereikt. In het tweede lid is bepaald dat hij de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders schriftelijk in kennis dient te stellen van de beschikking van de rechtbank. De rechtbank zal bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve toetsen of dit ook daadwerkelijk is gebeurd. Mocht de schuldenaar hierin hebben verzuimd, dan zal de rechtbank de homologatie weigeren, tenzij de schuldeisers en aandeelhouders die niet goed zijn geïnformeerd verklaren het akkoord te aanvaarden (artikel 381, tweede lid).

Voor de indiening van een verzoek als bedoeld in het eerste en het derde lid zullen respectievelijk de schuldenaar en de schuldeiser of aandeelhouder zich moeten laten vertegenwoordigen door een advocaat (artikel 5 Fw). Verder zal zij griffierecht verschuldigd zijn. Hen zal het tarief voor zaken van onbepaalde waarde in rekening worden gebracht. Dit is thans voor natuurlijke personen € 287 en voor rechtspersonen € 618 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

Artikel 381

Artikel 381 regelt wanneer de rechtbank kan overgaan tot homologatie van het akkoord of wanneer zij een verzoek daartoe zal moeten weigeren.

Lid 1:

In het eerste lid is bepaald dat de rechtbank zo spoedig mogelijk een beslissing zal nemen over het homologatieverzoek en dat zij dit verzoek zal honoreren, tenzij sprake is van één van de weigeringsgronden genoemd in het tweede tot en met het vierde lid.

Lid 2:

In het tweede lid is voorgeschreven dat de rechtbank altijd ambtshalve zal toetsen of alle schuldeisers of aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft:

- naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord,
- de gelegenheid hebben gehad om over het akkoord hun stem uit te brengen, en
- bericht hebben gekregen van beschikking van de rechtbank waarbij zij de terechtzitting waarop het homologatieverzoek zou worden behandeld heeft bepaald.

Heeft de schuldenaar verzuimd om aan één of meer van deze informatieverplichtingen jegens de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders te voldoen, dan zal de rechtbank de homologatie moeten weigeren, tenzij de schuldeisers en aandeelhouders die niet goed zijn geïnformeerd verklaren het akkoord te aanvaarden. Heeft de schuldenaar voldaan aan de genoemde informatieverplichtingen en heeft verder niemand bezwaar gemaakt tegen de homologatie, dan zal de rechtbank het homologatieverzoek honoreren. Een diepgaandere toets van het akkoord door de rechter zal alleen plaatsvinden wanneer één of meer tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders met een beroep op één of meer van de wettelijke weigeringsgronden genoemd in het derde of vierde lid bezwaar hebben gemaakt tegen de homologatie.

Lid 3:

Het derde lid omvat de *algemene weigeringsgronden*; dat wil zeggen de gronden waarvoor geldt dat als daarop een succesvol beroep wordt gedaan, de rechtbank een homologatieverzoek zal moeten weigeren, zelfs als alle klassen van schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord hebben ingestemd. De rechtbank zal de homologatie van het akkoord moeten weigeren indien:

- de procedurevoorschriften betreffende de aanbieding, de inhoud en de inrichting van het akkoord en de stemprocedure niet correct zijn toegepast (onderdelen a tot en met c);

- het akkoord *onredelijk* is omdat er schuldeisers of aandeelhouders zijn die op basis van het akkoord in een wezenlijk slechtere positie zouden komen dan zij zouden zijn in faillissement (derde lid, onderdeel d), of
- één van de weigeringsgronden die nu reeds op basis van de artikelen 153, tweede lid, en 272, tweede lid, gelden voor het surseance- of het faillissementsakkoord van toepassing is (onderdelen e tot en met h).

In de toelichting op artikel 380, derde lid, is al opgemerkt dat alleen schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd, een beroep kunnen doen op deze weigeringsgronden en dat dit niet meer mogelijk is, indien zij al eerder op de hoogte waren van het mogelijke bestaan van één of meer van deze gronden, maar de schuldenaar daar nimmer over hebben aangesproken (artikel 380, derde lid).

Ten aanzien van onderdeel d wordt nog het volgende opgemerkt. De voorgestelde regeling biedt een onderneming de mogelijkheid om de rechtbank te vragen een onderhands akkoord tussen hem en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de sanering en herstructurering van schulden te homologeren om op die manier een faillissement te voorkomen. Een belangrijke voorwaarde daarbij is dat de homologatie, waardoor ook tegenstemmende schuldeisers en aandeelhouders aan het akkoord worden gebonden, in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd dient te zijn en dat dit onder andere betekent dat het akkoord redelijk moet zijn. Daarom moet het in ieder geval zo zijn dat de schuldeisers of aandeelhouders door het akkoord niet tegen hun zin in een slechtere positie zouden komen dan in faillissement. Wanneer in iedere klasse een ruime meerderheid van de stemmende schuldeisers en aandeelhouders zich voor het akkoord heeft uitgesproken, moet de rechter er in principe van uit kunnen gaan dat het akkoord voldoet aan die voorwaarde. Dit neemt niet weg dat er toch individuele schuldeisers of aandeelhouders kunnen zijn die een andere mening zijn toegedaan. Het feit dat zij een minderheidsoordeel vertegenwoordigen, rechtvaardigt dat de rechter dit bezwaar dan summierlijk toetst.

Lid 4:

Het vierde lid omvat de *aanvullende weigeringsgronden*. Deze gronden spelen uitsluitend een rol wanneer niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd. Op basis van deze gronden zal de rechtbank de homologatie van het akkoord ook moeten weigeren als dit ertoe zou leiden dat de herstructureringslasten of de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd (dat wil zeggen de "*going concern*" waarde van de betrokken onderneming) niet eerlijk onder de klassen van schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld. De criteria die worden gehanteerd om te bepalen of hiervan sprake is, zijn deels geïnspireerd op enkele regels uit de Chapter 11-procedure uit de Verenigde Staten, te weten:

- de "*absolute priority rule*", zoals verwoord in de onderdeel a;
- de "*not more than 100%-rule*", zoals verwoord in de onderdeel b, en
- de "*no unfair discrimination-test"*, zoals verwoord in onderdelen c en d.

Daarnaast volgt uit onderdeel e dat schuldeisers die in faillissement aanspraak zou kunnen maken op een uitkering in geld, slechts kunnen worden gedwongen om genoegen te nemen met een uitkering op

basis van het akkoord in een andere vorm, als de klasse waartoe zij behoren daarmee heeft in ruime meerderheid heeft ingestemd. Hierbij moet vooral gedacht worden aan financiers met een zekerheidsrecht. Mocht het akkoord voorzien in een "*debt for equity swap*" waarbij de verstrekte financiering of een deel daarvan wordt omgezet in eigen vermogen, dan betekent dit feitelijk dat de financier gedwongen wordt om door te blijven financieren in de onderneming. In faillissement zou die financiering eindigen en zou de financier het verkregen onderpand te gelde kunnen maken. Met die opbrengst zou hij een andere in zijn ogen wellicht interessantere financieringsovereenkomst kunnen aangaan. Mocht in de klasse van financiers in ruime meerderheid voor het akkoord hebben gestemd, dan mag de rechter ervan uitgaan dat de "*debt for equity swap*" in de gegeven omstandigheden een redelijk voorstel is.

Lid 5:

Voor de toelichting op het vijfde lid wordt verwezen naar hetgeen is opgemerkt in het kader van artikel 370, derde lid.

Lid 6:

In het zesde lid is bepaald dat tegen de beslissing van de rechter over het homologatieverzoek geen hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep of cassatie – open staat. Dit is gerechtvaardigd omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van een dreigende faillietverklaring (artikel 370, eerste lid). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, zal na de homologatie het akkoord snel uitgevoerd moet kunnen worden. Dit neemt niet weg dat vragen betreffende de juiste toepassing van de voorgestelde regeling nog steeds via andere weg bij de Hoge Raad terecht zouden kunnen komen. Zo is het mogelijk dat de rechtbank in het kader van de behandeling van een homologatieverzoek prejudiciële vragen te stelt aan de Hoge Raad over de wijze waarop een bepaling dient te worden toegepast (artikel 392 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Daarnaast blijft ook de mogelijkheid van een cassatieberoep van de procureur-generaal in het belang der wet mogelijk (artikel 78 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie).

§ 3. De gevolgen van de homologatie van het akkoord

Artikelen 382, 383 en 384

De artikelen 382 tot en met 384 bepalen wat de gevolgen zijn van de homologatie van het akkoord.
Artikel 382, eerste lid, regelt dat het akkoord na de homologatie door de rechter verbindend is voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Dit houdt in dat ook de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd hieraan gebonden zijn. Om welke schuldeisers en aandeelhouders het precies gaat is eenvoudig op te maken uit de lijst die ingevolge artikel 374,

tweede lid, onderdeel b, bij het akkoord dient te zijn overgelegd. Voor de toelichting op artikel 382, tweede lid, wordt verwezen naar hetgeen is opgemerkt in het kader van artikel 370, derde lid.

Artikel 383 bepaalt dat de beschikking van de rechtbank tot homologatie van een akkoord een executoriale titel oplevert. Dit betekent dat wanneer de schuldenaar zijn verplichtingen op basis van het akkoord niet (tijdig) nakomt, de schuldeisers die iets van hem te vorderen hebben zich rechtstreeks op de beschikking kunnen beroepen om de nakoming alsnog af te dwingen.

Voorts geldt op basis van artikel 384 dat wanneer de schuldenaar verzuimt om het akkoord (tijdig) na te komen, hij verplicht is tot vergoeding van de schade die de schuldeisers en aandeelhouders daardoor lijden. Er is geen voorafgaande ingebrekestelling nodig. Mogelijk bestaat er voor de schuldeisers of de aandeelhouders in dat geval ook een recht om het akkoord te ontbinden. Dit recht kan echter in het akkoord worden uitgesloten. Dit laatste ligt in de rede wanneer het akkoord elementen omvat die moeilijk zijn terug te draaien, zoals een “*debt for equity swap*”, waarbij de vorderingen van bepaalde schuldeisers inmiddels al zijn omgezet in aandelen in de vennootschap.

De Minister van Veiligheid en Justitie,

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

De minister voor Rechtsbescherming
drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (088) 361 00 00
f (088) 361 0022
www.rechtspraak.nl

datum	14 december 2017
doorkiesnummer	088-361 33 17
e-mail	wetgeving.rvdr@rechtspraak.nl
ons kenmerk	UIT 10708 STRA / CF
uw kenmerk	2121286
bijlage(n)	1
onderwerp	Advies Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

Geachte heer Dekker,

Bij brief van uw ambtsvoorganger van 5 september 2017, kenmerk 2121286, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de 'Raad') advies uit te brengen inzake de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (het 'Wetsvoorstel'/ de 'WHOA'). Over een eerdere versie van dit wetsvoorstel - het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II - heeft de Raad op 21 november 2014 advies uitgebracht. Omdat het wetsvoorstel sindsdien ingrijpend is gewijzigd, beschouwt de Raad het thans ter advisering voorgelegde wetsvoorstel als een geheel nieuw wetsvoorstel.

HET WETSVOORSTEL

Met dit wetsvoorstel wordt in de Faillissementswet (Fw) een regeling ingevoerd op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de sanering en herstructurering van schulden kan goedkeuren (homologeren) als daarmee het faillissement van de schuldenaar kan worden voorkomen. De homologatie leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Bedoeling is dat de nieuwe regeling het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject versterkt en dat de mogelijkheid van homologatie zal dienen als '*uiterste redmiddel*'.

Wanneer partijen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord een verschil van inzicht hebben over de vraag of het ingezette traject of het voorgestelde akkoord voldoet aan de wettelijke randvoorwaarden, dan is het wenselijk dat zij hier zelf proberen uit te komen. Mocht het toch niet lukken om tot een oplossing te komen, dan biedt het Wetsvoorstel de schuldenaar de mogelijkheid om het geschilpunt aan de rechtbank voor te leggen en daarmee te voorkomen dat de onderhandelingen onnodig worden bemoeilijkt. Hiermee kan alsnog snel definitief '*deal certainty*' worden verkregen; dat wil zeggen dat er snel duidelijkheid komt over de vraag of het aangeboden akkoord kans van slagen heeft of dat het nodig is het traject bij te sturen en/of het aangeboden akkoord aan te passen.

Homologatie is mogelijk wanneer er ten minste één klasse is die met het akkoord heeft ingestemd. De rol en toetsing van de rechtbank in de homologatiefase is beperkt. Alvorens de rechtbank een beslissing neemt over het homologatieverzoek, dient de rechtbank ambtshalve te toetsen of alle schuldeisers of aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord, de gelegenheid hebben gehad hierover hun stem uit te brengen en op de hoogte zijn gebracht van de datum waarop de behandeling van het homologatieverzoek zou plaatsvinden. Is dit het geval geweest en heeft verder niemand bezwaar gemaakt tegen de homologatie, dan zal de rechtbank het verzoek honoreren. Een diepgaandere toets van het akkoord door de rechter zal alleen plaatsvinden wanneer één of meer tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders met een beroep op één of meer van de wettelijke weigeringsgronden bezwaar hebben gemaakt tegen de homologatie.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.[1]

ADVIES

De opmerkingen van de Raad in dit advies richten zich primair op het toepasselijk procesrecht, de beperkte rol van de rechtbank bij de homologatie, de eis van verplichte procesvertegenwoordiging en de uitsluiting van rechtsmiddelen. Een nadere uitwerking van deze onderwerpen, alsook overige onderwerpen, zijn in de bijlage artikelsgewijs gegeven.

Toepasselijk procesrecht

Het verdient aanbeveling in de Memorie van Toelichting (MvT) op te nemen welk procesrecht van toepassing is op de nieuwe tweede afdeling 'Homologatie van een onderhands akkoord'. Ervan uitgaande dat artikel 362 lid 2 Fw van toepassing is, wordt de toepassing van de derde titel van het Eerste Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) uitgesloten en daardoor is (ook) artikel 284 lid 1 Rv niet van toepassing dat (in beginsel) de regels van bewijsrecht in de dagvaardingsprocedure van overeenkomstige toepassing verklaart.

Beperkte rol van de rechtbank bij de homologatie

Het baart de Raad zorgen dat de rol van de rechtbank bij de homologatie beperkt is. Noch ambtshalve, noch op verzoek van een voorstemmende crediteur maar uitsluitend indien een tegenstemmende crediteur dat tijdig vraagt kan een 'sluipakkoord' worden afgewezen. Deze rol past niet in het huidige systeem (dat goed functioneert) noch in het streven naar de aanpak van misstanden in het faillissementsrecht in zijn algemeenheid.

---

[1] De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

Hoor en wederhoor hoort – los van andere momenten tijdens de procedure – ook op de homologatiezitting plaats te vinden. Daartoe zijn echter naar de mening van de Raad onvoldoende waarborgen ingebouwd. Zo wordt de kennisgeving van de zitting beperkt tot de stemgerechtigde schuldeiser en aandeelhouders. Een verzoek tot weigering mag ook slechts op een beperkt aantal gronden gesteld zijn. De Raad onderschrijft niet dat hoor en wederhoor op deze homologatiezitting, vergeleken met andere vergelijkbare zittingen in het faillissementsrecht, zo zou moeten worden ingeperkt.

Het Wetsvoorstel beperkt in het voorgestelde artikel 381 lid 2 Fw het ambtshalve onderzoek door de rechtbank tot de vraag of het akkoord gedurende een redelijke termijn ter inzage heeft gelegen en of de schuldenaar de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders van de beschikking dagbepaling schriftelijk kennis heeft gegeven. Alleen dan weigert de rechtbank ambtshalve de homologatie, maar niet dan nadat zij heeft onderzocht of de desbetreffende schuldeisers en aandeelhouders toch (alsnog) instemmen met het akkoord.

Het aantal verplichte weigeringsgronden daarentegen is behoorlijk uitgebreid (artikel 381 leden 2 en 3 Fw). De rechtbank mag niet ambtshalve overgaan tot weigering op basis van een van die gronden: dat moet zij alleen doen, wanneer een of meer schuldeisers die tegen het akkoord hebben gestemd daarom verzoekt (en zij vaststelt dat die grond bestaat). Voor de gronden van artikel 381 lid 4 Fw geldt nog het aanvullende vereiste dat de schuldeiser is ingedeeld in een klasse die tegen het akkoord heeft gestemd.

Procedureel wordt nog een aantal barrières opgeworpen: (1) De schuldenaar heeft slechts toegang tot de terechtzitting waarop de homologatie wordt behandeld, althans wordt pas gehoord op zijn bezwaren, wanneer hij de gronden van zijn bezwaren opgeeft in een verzoekschrift. (2) Dat verzoekschrift moet worden ingediend door een advocaat en (3) voor de indiening van het verzoekschrift is griffierecht verschuldigd. (4) Dat verzoekschrift moet uiterlijk de dag voor de terechtzitting zijn ontvangen. Bovendien (5) kan de schuldeiser geen beroep meer doen op een weigeringsgrond 'indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die weigeringsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.'

Op basis van de WHOA mag de rechtbank de homologatie niet weigeren indien zij ambtshalve constateert dat sprake is van een sluipakkoord of dat de nakoming niet voldoende is gewaarborgd en geen van de tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders op grond van hun eigen, gelijke constatering weigering van de homologatie verzoeken. Wanneer de rechtbank ter zitting mededeling doet van wat zij heeft geconstateerd, kan de tegenstemmende schuldeiser niet alsnog een verzoek tot weigering indienen: op basis van artikel 380 lid 3 Fw kan een dergelijk verzoek slechts tot en met de dag vóór de zitting worden ingediend. Ook de schuldeiser of aandeelhouder die, nadat hij voor het akkoord heeft gestemd, erachter komt dat het akkoord tot stand is gekomen door oneerlijke praktijken of dat eigenlijk een hoger bedrag aangeboden had kunnen worden, staat met lege handen.

De thans voorgestelde regeling wijkt dusdanig af van het systeem dat de Faillissementswet voor homologatie geeft, dat de vraag rijst wat de rol van de rechtbank bij deze 'homologatie' nog inhoudt. de rechtbank verwordt met deze regeling tot een tandenloos 'stempelloket'. Het gevaar van -

maatschappelijk gezien - minder gewenste of zelfs ronduit onoirbare praktijken bij een onderhands akkoord mag niet worden onderschat en dat kan leiden tot maatschappelijke onrust. De laatste jaren ligt de afwikkeling van (bijna-) faillissementen - begrijpelijk - onder een vergrootglas. Met het nu voorgestelde instrumentarium wordt de rechtbank niet in staat gesteld om bij dergelijke ongewenste praktijken in te grijpen. Daarmee ontstaat het risico dat door de burger aan de rechterlijke beslissing een veel grotere betekenis wordt toegekend dan de rechter kan waarmaken. Dat kan onder omstandigheden schadelijk zijn voor het vertrouwen in de rechter die door de wetgever niet in de positie wordt gebracht om gerechtvaardigde maatschappelijke verwachtingen waar te kunnen maken.

De eis van verplichte procesvertegenwoordiging

De eis van verplichte procesvertegenwoordiging (artikel 5 Fw) werpt een behoorlijke drempel op, en beperkt daarmee de toegang tot de rechter. Dit klemt temeer nu de regeling valt te beschouwen als een inmenging in het eigendomsrecht van de schuldeiser, zoals beschermd door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. Een schuldvordering is immers een 'possession' in de zin van deze verdragsbepaling.
De veronderstelling in de MvT (p. 16) dat de advocaat onnodige verzoeken voorkomt overtuigt niet. Daarnaast lijkt het niet consequent dat de schuldeiser zijn verzoek tot faillietverklaring van de schuldenaar door een advocaat moet laten indienen, de schuldenaar zelf om schorsing mag verzoeken, en de schuldenaar of schuldeiser voor een verzoek ex artikel 377 Fw beiden een advocaat moeten inschakelen. Voor de schorsingsprocedure gelden de argumenten voor verplichte procesvertegenwoordiging, gegeven in de MvT, immers evenzeer. Afgezet tegen het uitgangspunt dat de verplichte procesvertegenwoordiging niet geldt voor vorderingen onder € 25.000,- wekt het bevreemding dat een schuldeiser zelfs voor die vorderingen niet zonder advocaat in deze procedure kan optreden.

De Raad ziet ook wel dat verplichte procesvertegenwoordiging voordelen kan hebben, echter deze voordelen wegen naar de mening van de Raad niet op tegen de beperking van de toegang tot de rechter die daarmee gepaard gaat. De Raad vraagt u daarom om de voor deze procedure gestelde eis van verplichte procesvertegenwoordiging te heroverwegen in het licht van bovenstaande.

Uitsluiting van rechtsmiddelen

Hoewel de keuze voor het uitsluiten van hoger beroep wel begrijpelijk is vanuit het oogpunt van snelheid en rechtszekerheid, acht de Raad de volledige uitsluiting van rechtsmiddelen zoals thans voorgesteld (o.a. artikel 371 lid 6, artikel 375 lid 5 en artikel 376 lid 6 van het Wetsvoorstel) onwenselijk. Hoewel de Faillissementswet op meerdere plaatsen hoger beroep uitsluit, betreft dat processuele beslissingen en niet de vaststelling van rechten of plichten van partijen. Gelet op de grote belangen die hier in het spel zijn en de voorgestelde, slechts zeer beperkte rol van de rechtbank bij verzoeken tot homologatie, is het openstellen van hoger beroep naar de mening van de Raad op zijn plaats. Bovendien zou het openstellen van hoger beroep aansluiten bij het bestaande systeem van de Faillissementswet, waarin tegen alle (dwang)akkoorden appel openstaat.

IT-GEVOLGEN

De voorgestelde aanvullende processtappen hebben impact op de systemen van de Rechtspraak. Voor deze aanvullende processtappen zal de Rechtspraak in de systemen aparte stappen moeten bouwen in de verzoekschriftprocedure voor Toezicht, waarbij ook autorisaties afwijkend gebouwd moeten worden. In het kader van het Programma Kwaliteit en Innovatie (KEI) zal dus moeten worden bezien welke soort verzoeken/voorzieningen etc. allemaal al dan niet in samenhang geboden moeten worden. In dit kader vraagt de Raad zich nog af of de vraag hoe en wat je kan indienen nog nader wordt aangevuld bij algemene maatregel van bestuur.

Hoewel het op zichzelf wel mogelijk lijkt om e.e.a. in de systemen te bouwen, leidt dit wel tot een scopewijziging voor het bouwen van de systemen in het kader van KEI. Hoewel het naar verwachting niet zal gaan om een groot aantal zaken, wordt niet uitgesloten dat voornoemde scopewijziging tot extra kosten leidt. Mochten deze extra kosten substantieel blijken te zijn, dan behoudt de Raad zich het recht voor om hier later op terug te komen.

WERKLAST

Het voorliggende Wetsvoorstel heeft substantiële gevolgen voor de werklast. In de MvT valt te lezen dat de taak van de rechter beperkt is. Dit klopt voor zover het gaat om de rechter als toetsende, rechtszekerheid bevorderende instantie bij de homologatie. Daar staat echter tegenover dat in de voorgestelde procedure tot de homologatie vele nieuwe momenten voor intensieve rechterlijke bemoeienis zijn opgenomen.

De Raad verwacht dat er, gezien de verstrekkende gevolgen van een onderhands akkoord, zeker indien dat tegen de zin van de schuldenaar in door een schuldeiser via artikel 371 Fw wordt bewerkstelligd, stevig zal worden ingezet op deze procedures door alle betrokkenen. De met het ontwerpen van een akkoord gemoeide adviseurskosten zullen dermate hoog zijn dat alleen zaken met een groot belang voor de WHOA-procedure in aanmerking komen. Ter indicatie: op een seminar georganiseerd door PWC op 16 november 2017 werd aangegeven dat een Amerikaanse Chapter 11 procedure gemiddeld $ 10 miljoen kost en een Engelse scheme of arrangement £ 4 tot 5 miljoen. De Nederlandse 'fees' zullen weliswaar niet zo hoog zijn, maar toch meer dan substantieel. Dergelijke uitzonderlijk hoge kosten voor het voeren van de procedure, die op zichzelf ook een indicatie vormen van de grote belangen die ermee gemoeid zijn, gecombineerd met het feit dat er geen gewone rechtsmiddelen open staan tegen beslissingen op grond van de WHOA (met uitzondering van een beslissing ex artikel 3d Fw) zal er toe leiden dat voor de rechtszekerheid de zaken doorgaans door een meervoudige kamer zullen worden behandeld.

Onderstaand treft u per artikel een toelichting aan op de werklast.

Artikel 3d Fw
Op basis van artikel 3d lid 3 Fw dient de rechtbank, alvorens op een verzoek tot schorsing van de behandeling van het faillissementsverzoek te beslissen, schuldenaar en schuldeiser(s) te horen. Dat wijkt af van de huidige systematiek: op grond van het huidige artikel 3a Fw wordt de behandeling van een faillissementsverzoek van rechtswege geschorst als de schuldenaar een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling doet (welke regeling ook de mogelijkheid tot (dwang)akkoord kent). De Raad gaat er daarbij vanuit dat het schorsingsverzoek door een enkelvoudige kamer wordt behandeld.

Artikel 371 Fw
De rechtbank kan op verzoek van een schuldeiser een deskundige benoemen die een akkoord kan aanbieden. Deze deskundige is wel te onderscheiden van de deskundige die de rechtbank ex artikel 376 lid 3 Fw kan benoemen om zich te laten voorlichten.
De rechtbank dient alvorens een '371-deskundige' te benoemen hoor en wederhoor toe te passen: zij dient schuldenaar en schuldeisers(s) te horen op het verzoek van de schuldeiser.
Gelet op het gemoeide belang (zie hierboven) zal het benoemingsverzoek door een meervoudige kamer worden behandeld.

Artikel 375 Fw
Op een verzoek tot afkondiging op opheffing van een afkoelingsperiode ex artikel 375 Fw kan de rechtbank pas beslissen nadat zij schuldenaar en schuldeiser(s) heeft gehoord. Gelet op het hiermee gemoeide belang zal dit verzoek door een meervoudige kamer worden behandeld, zij het dat de aard van de beslissing een kortere behandeltijd zal vragen dan de andere beslissingen op grond van de WHOA met uitzondering van artikel 3d Fw.

Artikel 376 Fw
Op grond van artikel 376 Fw beslist de rechtbank in de voorfase van het akkoord over de in artikel 376 lid 1 Fw genoemde onderwerpen. Het gaat om onderwerpen die van groot belang zijn voor het verdere verloop en de haalbaarheid van de akkoordprocedure. In het kader van haar beslissing kan de rechtbank bovendien ex artikel 376 lid 3 Fw één of meer deskundigen benoemen. Bij de inschatting van de werklast ten gevolge van dit artikel, heeft de Raad aansluiting gezocht bij de tijd gemoeid met een deskundigenbenoeming in een gemiddelde civiele procedure waarin tot deskundigenbenoeming wordt overgegaan.

De rechtbank dient alvorens een beslissing op grond van artikel 376 Fw te nemen hoor en wederhoor toe te passen. Gelet op het gemoeide belang (zie hierboven) zal een verzoek ex artikel 376 Fw door een meervoudige kamer worden behandeld.

Artikel 380/381 Fw
Op grond van de artikelen 380 en 381 Fw beslist de rechtbank op een verzoek tot homologatie van het akkoord. De schuldeisers die tegen het akkoord hebben gestemd kunnen een zelfstandig verzoek tot weigering van het akkoord indienen. In dat geval toetst de rechtbank op grond van artikel 381 Fw of het akkoord moet worden geweigerd. De rechtbank dient alvorens een beslissing op grond van artikel 380/381 Fw te nemen hoor en wederhoor toe te passen. Gelet op het gemoeide belang (zie hierboven) zal de beslissing door een meervoudige kamer worden behandeld.

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

Aantal zaken

De Raad verwacht dat het aantal zaken waarin het belang zo groot is, beperkt zal zijn en zal leiden tot circa 330 verzoeken per jaar.

Totale werklastconsequenties		
	2018	2019
Mutatie als gevolg van aantallen	244.748	244.272
Effect wijziging gemiddelde zaakzwaarte	-108.767	-108.555
Effect behandeltijd per zaak	2.170.518	2.166.298
Totale effect wetsvoorstel	**2.306.499**	**2.302.015**
Alle bedragen zijn in euro's.		

CONCLUSIE

De Raad voor de rechtspraak onderkent het belang van het Wetsvoorstel. Het Wetsvoorstel stuit in zijn huidige vorm echter op een aantal zwaarwegende bezwaren. De Raad voor de rechtspraak vraagt u daarom om het Wetsvoorstel op de in dit advies genoemde onderdelen aan te passen en te verduidelijken.

TOT SLOT

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

mr. F.C. Bakker
Voorzitter Raad voor de rechtspraak

BIJLAGE: ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR

Artikel 3d Fw [Schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring in geval van de aanbieding van een akkoord]
Als voorwaarde voor toewijzing van het verzoek om schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring in geval van de aanbieding van een akkoord, geldt blijkens p. 14 van de MvT dat de schuldenaar op het moment dat hij de rechtbank daartoe een verzoek doet zijn schuldeisers daadwerkelijk een akkoord heeft aangeboden dat aan de eisen van artikel 374 Fw voldoet. Het verdient de voorkeur om in de wettekst te vermelden dat het akkoord aan deze eisen dient te voldoen.

Artikel 3d lid 2 Fw bepaalt dat de schorsing door de rechtbank wordt opgeheven indien er redenen zijn die zich tegen voortzetting daarvan verzetten. Het artikel vertelt niet hoe de rechtbank van het bestaan van laatstgemelde redenen op de hoogte geraakt. Voorstelbaar is dat de schuldeiser wiens faillissementsverzoek werd geschorst de rechtbank verzoekt de schorsing op te heffen, omdat de schuldenaar naar de mening van de schuldeiser inmiddels niet meer mag verwachten dat zijn akkoord wordt gehomologeerd. De WHOA biedt de schuldeiser geen formele ingang voor een dergelijk verzoek, maar die ingang zou in het tweede lid van artikel 3d kunnen worden gelezen. Dat neemt niet weg dat het beter zou zijn wanneer de WHOA die ingang ook formeel openstelt voor de schuldeiser.

Uit de MvT blijkt dat de WHOA ook groepsherstructurering moet faciliteren. Voorstelbaar is dat, nadat een pre-insolventieakkoord is aangeboden voor de groep, de faillietverklaring van een andere groepsvennootschap dan 'de' schuldenaar wordt verzocht. Ook de behandeling van dat verzoek zou hangende het pre-insolventieakkoord moeten kunnen worden geschorst. Dat is geen probleem als die andere groepsvennootschap in hetzelfde arrondissement is gevestigd als de schuldenaar. Maar wanneer de statutaire zetel van die andere vennootschap in een ander arrondissement is gelegen, is ten aanzien van het faillissementsverzoek een andere rechtbank bevoegd dan de rechtbank die bevoegd is ten aanzien van het pre-insolventieakkoord. Dat zou betekenen dat op het schorsingsverzoek door die andere rechtbank moet worden beslist en dat die andere rechtbank de maatregelen van artikel 377 Fw kan treffen. Een onwenselijke situatie, die kan worden voorkomen door te bepalen dat ook in het hier bedoelde geval de rechtbank van de schuldenaar bevoegd is om op het schorsingsverzoek te beslissen.

Artikel 42a Fw
Het verdient de voorkeur aan te sluiten bij de terminologie van artikel 7:125 e.v. van het Burgerlijk Wetboek ('BW'). Daarnaast is het wenselijk om te bepalen dat een mondelinge overeenkomst niet volstaat.

Artikel 287a Fw
Er bestaan geen bezwaren tegen dit artikel, maar gelet op het doel van artikel 287a (het voorkomen van een nodeloze Wet sanering natuurlijke personen (Wsnp)) zou deze bepaling kunnen vervallen.

Artikel 369 lid 8 Fw [Toepassingsbereik] en artikel 371 Fw [Aanbieden van een akkoord door de schuldeiser]
Met artikel 371 Fw wordt een geheel nieuwe 'deskundige' geïntroduceerd in het (faillissements)recht. Het is geen (getuige)deskundige uit het bewijsrecht, geen bewindvoerder en geen curator. De WHOA zegt niet zoveel over de rol van deze deskundige, anders dan dat hij moet proberen een akkoord te bewerkstelligen. De schuldenaar moet de deskundige alle informatie verschaffen die de deskundige nodig heeft in de uitoefening van zijn taak en moet het akkoord uitvoeren dat de deskundige eventueel weet te bewerkstelligen.

De artikel 371 Fw-deskundige staat niet onder toezicht van de rechtbank of een rechter-commissaris. Dat past ook bij het uitgangspunt van de WHOA dat schuldenaar en schuldeisers zelf tot een akkoord komen en dat de rechter zo veel mogelijk op afstand blijft. Sterker nog, de deskundige is in het geheel niet verplicht om de rechtbank te informeren over zijn vorderingen, anders dan in het kader van een verzoek tot de afkondiging van een dwangakkoord, tot geschilbeslechting in de voorfase of tot verlening van homologatie. Die informatieplicht wijkt niet af van die van de schuldenaar in het geval deze laatste zelf een pre-insolventiekakkoord aanbiedt.

Gelet op de beperkte rol van de rechtbank ligt het voor de hand dat de schuldeiser bij zijn verzoek zelf een of meer deskundigen voordraagt. In raadkamer kan dan worden bezien of een van die deskundigen de goedkeuring kan dragen van zowel schuldeiser als schuldenaar: het behoeft geen betoog dat die deskundige de voorkeur bij de benoeming geniet. Een uitgangspunt bij de benoeming zou de volgende regel kunnen zijn: 'De rechter volgt bij de benoeming de uitdrukkelijke voorkeur van de schuldeiser en, zo mogelijk, de schuldenaar, tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten.'

Artikel 369 lid 10 Fw [Toepassingsbereik]
Een op grond van artikel 381 Fw verworpen of niet-gehomologeerd akkoord maakt dat de schuldenaar drie jaar lang geen nieuw akkoord kan aanbieden (artikel 369 lid 10), maar een schuldeiser mag dit binnen die termijn wel doen (artikel 371 lid 2 Fw). Deze inconsequentie wordt in de toelichting op artikel 372 lid 2 Fw onvoldoende verklaard.

Artikel 370 lid 2 Fw [Aanbieden van een akkoord door de schuldenaar]
De situatie van groepsherstructurering kan leiden tot een onwenselijk gevolg ten aanzien van de relatieve bevoegdheid. Indien na een akkoord voor een groepsvennootschap de faillietverklaring van een andere groepsvennootschap wordt verzocht, en de statutaire zetel daarvan in een ander arrondissement is gelegen, is een andere rechtbank bevoegd dan ten aanzien van het pre-insolventieakkoord. Dat geldt ook voor het schorsingsverzoek en de maatregelen van artikel 377 Fw. Beter kan worden bepaald dat ook in dit geval de rechtbank van de schuldenaar bevoegd is om op het schorsingsverzoek te beslissen.

Artikelen 371 lid 6, 375 lid 5 en 376 lid 6 Fw [Uitsluiting van hoger beroep]
De toelichting op de hier vermelde appelverboden wordt gemist. Onder het kopje 'Uitsluiting van rechtsmiddelen' in het advies is al inhoudelijk gereageerd op de uitsluiting van rechtsmiddelen.

Artikel 372 Fw [Wederkerige overeenkomsten]
Ten aanzien van de opzegging van duurovereenkomsten rijst de vraag hoe deze regeling zich verhoudt tot de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie bijvoorbeeld HR 15 april 2016 (ECLI:NL:HR:2016:660), zeker ook in relatie tot lid 2. Overigens geeft de verwijzing naar afdeling 10 van titel 1 van boek 6 BW nauwelijks enige richting in deze.

Artikel 373 Fw [Indeling schuldeisers en aandeelhouders in klassen]
Met betrekking tot de zinsnede 'verschillende rang': binnen de groep van preferente schuldeisers bestaat een eigen rangregeling. Rechtvaardigt dit reeds indeling in een eigen klasse? Uit de MvT valt af te leiden dat dit niet het geval is. De wettekst kan op dit punt verduidelijking gebruiken.

Artikel 374 lid 1 onder c Fw [Het akkoord]
Het is wenselijk dat taxaties van de waarde van de activa zijn bijgevoegd.

Artikel 376 Fw [Geschillen in de fase waarin nog over het akkoord wordt onderhandeld]
Artikel 376 lid 3 biedt de rechter de mogelijkheid om een of meer deskundigen te benoemen 'teneinde (…) en onderzoek te verrichten en een beredeneerd verslag van hun bevindingen uit te brengen.' De bepaling is nodig omdat niet zonder meer duidelijk is of de regeling van het deskundigenbericht van artikel 194 e.v. Rv van toepassing is. Artikel 362 lid 2 Fw sluit toepassing van de derde titel van het Eerste Boek Rv uit en daardoor is (ook) artikel 284 lid 1 Rv niet van toepassing dat (in beginsel) de regels van bewijsrecht in de dagvaardingsprocedure van overeenkomstige toepassing verklaart.
Als artikel 194 Rv in de verzoekschriftprocedures van de Faillissementswet toch van toepassing is, is het voorgestelde artikel 376 Fw een dode letter. Is artikel 194 Rv wel rechtstreeks van toepassing, dan is artikel 376 Fw kennelijk een lex specialis t.o.v. artikel 194 Rv.
Linksom of rechtsom: de deskundigenregeling van artikel 376 Fw verdient nadere toelichting en uitwerking.

Wat daar verder van zij, het lijkt erop dat de deskundige van artikel 376 Fw een andere taak heeft dan de deskundige van artikel 194 e.v. Rv. De MvT zegt niet zoveel over die taak anders dan dat zij een onderzoek inhoudt naar de door de schuldenaar verstrekte informatie en dat over dat onderzoek verslag moet worden uitgebracht. Wel moet de rechter een onafhankelijke deskundige benoemen. Dat is een overbodige mededeling als artikel 198 lid 1 Rv van toepassing zou zijn: dat artikel schrijft al voor dat de deskundige zijn taak onpartijdig moet volbrengen.

De vraag rijst of de bij het pre-insolventieakkoord vereiste snelheid is gebaat bij deze (nieuwe) opzet van een deskundigenregeling. Allerlei (standaard)vervolgvragen die de benoeming van een deskundige ex artikel 376 Fw oproept (hoor en wederhoor, formulering vragen en opdracht, honorering, voorschot) dienen op basis van de WHOA van geval tot geval te worden beantwoord, terwijl de artikelen 194 e.v. Rv al antwoord op die vragen geven. Het ligt voor de hand dat de rechtbank bij de invulling van artikel 376 lid 3 Fw aansluiting zal zoeken bij de regeling van het deskundigenbericht, maar daarmee is niet gezegd dat die zoektocht zal leiden tot eenheid in rechtspleging. Bovendien wordt het proces door 'maatwerk in standaardsituaties' onnodig vertraagd. Het pre-insolventieakkoord is dan ook niet gebaat bij een nieuw type deskundige. Het verdient de voorkeur om in artikel 376 lid 3, de artikelen 194 e.v.

Rv van overeenkomstige toepassing te verklaren, althans delen daarvan: de bemoeienis van partijen met de benoeming van en de opdracht aan de deskundige dient tot een absoluut minimum te worden beperkt ter voorkoming van (pogingen tot) vertraging.

Artikel 377 Fw [Maatwerkbepaling]
Waarom kan een schuldeiser de rechter niet vragen om voorlopige voorzieningen te treffen? Voorts is het bevreemdend dat van een beslissing als deze wel hoger beroep openstaat, en tegen een beschikking ex artikel 381 lid 1 niet.

Artikel 380 Fw [Bepaling terechtzitting waarop de rechtbank de homologatie zal behandelen] en artikel 381 Fw [Homologatie]
Onder het kopje 'Beperkte rol van de rechtbank bij homologatie' in het advies zijn deze artikelen reeds inhoudelijk besproken.

Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak

De Minister van Justitie en Veiligheid
prof. dr. mr. F.B. Grapperhaus
De Minister voor Rechtsbescherming
drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum
18 december 2017

Uw kenmerk
2121286

Contactpersoon

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

Geachte heer Grapperhaus, geachte heer Dekker,

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

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

Advies

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

New Babylon • Anna van Buerenplein 40, 2595 DA Den Haag • Postbus 30315, 2500 GH Den Haag
Telefoon: +31 88 3611300 • info@nvvr.org • www.nvvr.org

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

1.De rol van de rechter

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

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

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

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

Hieronder worden deze gesignaleerde knelpunten uiteen gezet.

Ad a. De openbaarheid

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

- Artikel 3d, eerst lid Fw

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

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

- Artikel 375 Fw

Ook de afkoelingsperiode roept, vanuit het gegeven dat het bij deze regeling om een besloten procedure gaat, bij de WeCo vragen op. De WeCo begrijpt dat de mogelijkheid van het afkondigen van een algehele afkoelingsperiode ten aanzien van al het actief van de schuldenaar mogelijk is overgenomen uit het Amerikaanse systeem van de zogenaamde Chapter 11-procedure. Daarbij heeft de wetgever ervoor gekozen aan te sluiten bij de huidige regeling die van toepassing is op de surseance van betaling. De WeCo merkt daarbij op dat zowel de Chapter 11-procedure als de surseance van betaling openbare procedures zijn. Het niet openbare karakter van het akkoord doet echter denken aan het Engelse systeem van de Scheme of Arrangement. De Scheme of Arrangement kent het principe van een algehele afkoelingsperiode niet. In de praktijk worden daar contractuele afspraken gemaakt tussen de schuldenaar en een bepaalde groep van schuldeisers inhoudende dat deze groep schuldeisers gedurende de periode dat aan de Scheme of Arrangement wordt gewerkt, geen verhaal zal nemen op het actief van de schuldenaar en geen rechten uit zal oefenen die een nadelig effect kunnen hebben op de continuïteit van de schuldenaar en het implementeren van de Scheme of Arrangement.
De WeCo meent dat de in het concept-wetsvoorstel voorgestelde afkoelingsregeling zich niet goed verhoudt met het niet-openbare karakter van het akkoord, voor zover de schuldeisers aan wie het akkoord niet wordt aangeboden wel zouden zijn gebonden aan de afkoelingsregeling. Als het akkoord namelijk niet openbaar is, met als reden dat in alle rust gewerkt kan worden aan het reddingsplan, dan valt daarmee niet goed te rijmen dat de rechtbank op verzoek van de schuldenaar een afkoelingsperiode afkondigt waardoor ook schuldeisers die buiten het akkoord vallen, worden beperkt in hun verhaalsmogelijkheden. Daarvoor gelden namelijk dezelfde vragen als die hiervoor bij artikel 3d Fw zijn gesteld. Wellicht moet het van toepassing verklaren van artikel 241a, tweede lid, Fw zo worden begrepen dat de rechtbank zelf kan bepalen tegen welke schuldeisers de afkoelingsperiode wordt afgekondigd. In dat geval kan de rechtbank bepalen om de afkoelingsperiode alleen van toepassing te verklaren op de schuldeisers aan wie het akkoord is aangeboden. Indien dit de bedoeling is, dan ware dit te verduidelijken in de memorie van toelichting.
Voor zover de regeling wel op alle schuldeisers van toepassing is, ongeacht of het akkoord aan hen is aangeboden, heeft de WeCo, naast de eerder gestelde vragen ter zake van artikel 3 Fw, de volgende aanvullende vragen:

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

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

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

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

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

De rechtbank wordt op grond van het concept wetsvoorstel geacht te beoordelen of het akkoord eerlijk is voor alle door het akkoord gebonden partijen. In het geval een akkoord slechts algemeen verbindend wordt verklaard binnen één en dezelfde klasse is de wetgever duidelijk: de rechtbank zal dan alleen summier hoeven te toetsen. Ook speelt daar volgens de WeCo overigens nog wel de vraag aan welke minimum voorwaarden de waarderingen moeten voldoen (zie de voorgaande opmerking bij artikel 374 Fw). Bij het algemeen verbindend verklaren van het akkoord voor (een) tegenstemmende klasse(n) wordt van de rechtbank een uitgebreidere toetsing verwacht.
Op grond van het voorgestelde artikel 381 , vierde lid, Fw dient de rechtbank een verregaande beoordeling te geven over zeer complexe waarderingsvraagstukken. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de rechtbank dient te beoordelen of de

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

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

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

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

In het beoogde artikel 374, eerste lid, onder c, Fw is geen verplichting opgenomen de aangegeven waarde en/of opbrengst in faillissement te onderbouwen met taxatierapporten en een verklaring van de accountant, dan wel met een jaarrekening van het voorgaande jaar. Het is de schuldenaar zelf die de informatie verschaft en er vindt geen toets plaats op voorhand van het realiteitsgehalte van zijn verklaring. Evenmin bestaat er de verplichting te melden of aan aandeelhouders binnen een nader aan te geven periode nog uitkeringen zijn gedaan of leningen zijn terugbetaald of zekerheden zijn verschaft, noch of ten aanzien van het gevoerde beleid nog een bestuurdersaansprakelijkheidsclaim kan worden geformuleerd. Minst genomen zou volgens de WeCo ter zake een accountantsverklaring kunnen worden verlangd, in elk geval op het punt van onttrekkingen de voorgaande drie jaar en op het punt van correcte naleving van het depot van jaarrekeningen.
Mogelijk wordt bedoeld dat uit artikel 374, tweede lid, onder a, Fw één en ander kan blijken, dan wel uit de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in artikel 374 ,derde lid, Fw, maar nu het cruciale informatie betreft is de WeCo van mening dat opname in de wet dient te worden overwogen. Dit met name omdat artikel 384 Fw toelaat dat de schuldenaar (dan wel een andere aanbieder van het akkoord) een bepaling opneemt teneinde ontbinding en vernietiging van het akkoord uit te sluiten, zodat in ieder geval ook bedrog door de schuldenaar dan wel door hem veroorzaakte dwaling onbestraft blijft. Uiteraard geldt dit laatste ook bij faillissement (artikel 165 Fw kent slechts ontbinding als mogelijkheid), maar daar worden zo goed als altijd eerst de activa door de curator in kaart gebracht, hetgeen bij een akkoord ter voorkoming nog van een faillissement juist niet gebeurt. Mogelijk wordt bedoeld dat een vaak ambtshalve te benoemen deskundige ('stille curator') één en ander moet monitoren (voorgesteld artikel 377 Fw). De WeCo vraagt zich dan af hoe de betreffende rechtbank moet weten dat een akkoord wordt voorbereid althans aan de relevante klassen wordt aangeboden.
Hieraan ware ten minste in de memorie van toelichting nadere aandacht te besteden.

Dusdanige beoordelingen vragen om een grote en specifieke deskundigheid van de rechter. Daarbij zal een dergelijke procedure zeer tijdrovend kunnen zijn, om welke reden de WeCo eerder de mogelijkheid tot verlenging van de termijnen van de schorsing van faillissementsverzoeken en van de afkoelingsperiode noemde. Het gaat hier om nieuwe werkzaamheden voor de rechter. In Amerika zijn speciale rechters aangewezen die zich enkel bezig houden met Chapter 11 procedures. Een Chapter 11 procedure van enige omvang duurt al snel minimaal een jaar. Ook in het Verenigd Koninkrijk wordt de Scheme of Arrangement behandeld door speciaal daartoe aangewezen rechters.
De WeCo is om die reden van mening dat het wenselijk kan zijn dat in het kader van dit wetsvoorstel wordt bezien welke rechters met deze taken belast zullen zijn en over welke (aanvullende) competenties zij dienen te beschikken. Er kan bijvoorbeeld over gedacht worden - zeker in de aanloopfase na implementatie van dit wetsvoorstel - een specifieke rechtbank in Nederland aan te wijzen die dergelijke akkoorden zal behandelen, in elk geval waar het gaat om de akkoorden van grotere ondernemingen. Binnen de alsdan bevoegde rechtbank zal een team van rechters zich moeten specialiseren in dit onderwerp. Daartoe zullen naar alle waarschijnlijkheid ook voldoende menskracht en financiële middelen beschikbaar dienen te worden gesteld. Het verdient volgens de WeCo aanbeveling om te bezien of ook waarderingsdeskundigen onderdeel moeten uitmaken van zo'n team. Op dit moment valt het nog moeilijk te voorspellen hoe vaak gebruik zal worden gemaakt van een dergelijk akkoord, en, dientengevolge, hoe groot een dergelijk team zou moeten zijn.

Hierover is nadere afstemming op een later moment volgens de WeCo aangewezen. Indien ervoor wordt gekozen om slechts één of enkele rechtbanken te belasten met de homologatie van akkoorden[1], dan behoeft naar de mening van de WeCo aandacht hoe dit zich verhoudt tot (reguliere) verzoeken tot faillietverklaring die na indiening van een akkoordvoorstel zullen worden ingediend bij de rechtbank die gewoonlijk bevoegd is op dergelijke verzoeken te beslissen (zie artikel 3d Fw). Ook moet dan worden bezien welke rechtbank bevoegd is een afkoelingsperiode te gelasten. Ter zake ware dan in het wetsvoorstel een regeling te treffen.
Uit het voorgaande blijkt dat met name de rol van de rechter bij homologatie van een akkoord bij (een) tegenstemmende klasse(n), althans een substantiële groep tegenstemmende stemgerechtigden, veel vragen oproept. Er dient, zo meent de WeCo, goed over nagedacht te worden hoe deze rol zo optimaal mogelijk ingevuld kan worden. Hieraan ware in de memorie van toelichting aandacht te worden besteed.

2.Artikelsgewijze opmerkingen

- Artikel 3d (Schorsing faillissementsverzoek)

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

- Artikel 5 Fw (procesvertegenwoordiging)

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

- Artikel 42a Fw

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

---

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

- Artikel 47 Fw

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

- Artikel 369 Fw (Toepassingsbereik)

Ter zake van het vierde lid stelt de WeCo dat het voor de rechtbank in bepaalde gevallen het niet mogelijk zal zijn om te verifiëren of ook daadwerkelijk alle economisch gerechtigden op de juiste manier zijn aangeschreven om te stemmen over het akkoord. Te denken valt daarbij aan situaties van een veelvoud aan onbekende (veelal buitenlandse) obligatiehouders, stille cedenten en subparticipanten bij gesyndiceerde leningen. Of aan het geval waarin sprake is van schuld waarin constant wordt gehandeld, juist in situaties waarin de schuldenaar in financiële problemen verkeert.
De schuldenaar zal ook zelf vaak niet (volledig) op de hoogte zijn van deze economisch gerechtigde partijen. Het concept-wetsvoorstel schept geen duidelijkheid over de vraag hoe met dergelijke situaties dient te worden omgegaan. Ook kan de situatie zich voordoen dat de rechtbank zich geconfronteerd ziet met meer partijen die menen in overwegende mate economisch belang te hebben bij een vordering. Dergelijke geschillen kunnen complex zijn, zeker indien daarbij grensoverschrijdende vraagstukken spelen. In de memorie van toelichting ware aandacht te besteden aan de vraag aan de hand waarvan en in hoeverre de rechter (ambtshalve) dient te toetsen of het economisch belang in overwegende mate bij een ander dan de schuldeiser ligt.

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

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

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

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

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

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

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

- Artikel 372 (Wederkerige overeenkomsten)

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

- Artikel 372 (Indeling schuldeisers en aandeelhouders in klassen)

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

- Artikel 374 (Het akkoord)

Het eerste lid, onder c, geeft de kern voor de rechtbank om te kunnen beoordelen of het akkoord eerlijk is. De WeCo acht het wenselijk dat in het wetsvoorstel bepaalde randvoorwaarden worden opgenomen waar een waarderingsrapport aan moet voldoen, zoals dat een akkoord ten minste is opgesteld door een derde partij met een bepaalde mate van deskundigheid[2].
De WeCo meent dat het voorstel voorts erg lijkt uit te gaan van de welwillende schuldenaar die onwillige schuldeisers en/of aandeelhouders in het gareel moet zien te krijgen om zijn in beginsel levensvatbare onderneming te redden. Maar in de insolventiewerkelijkheid zijn ook

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

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

- Artikel 375 (Afkoelingsperiode)

Zie de hierover in het advies eerder gemaakte opmerkingen.

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

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

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

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

- Artikel 381 (Homologatie)

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

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

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

In het zesde lid lijkt de wettekst, zoals voorgesteld, door de verwijzing naar het eerste lid ("honoreert") te suggereren dat alleen tegen een toewijzende beschikking geen rechtsmiddel openstaat. Maar uit de memorie van toelichting blijkt dat wordt beoogd tegen de beslissing van de rechtbank in algemene zin geen hoger beroep toe te staan. Los van het feit dat alsdan wel "de doorbrekingsleer" geldt nu geen gewoon rechtsmiddel openstaat[3], lijkt de onderbouwing voor het rechtsmiddelenverbod ("*na homologatie (*zal*)het akkoord snel uitgevoerd .. kunnen worden")* uitsluitend te zien op de situatie van een toewijzing van het homologatieverzoek. Bij afwijzing en juist ter vermijding van een onnodig faillissement zou hoger beroep heel zinvol kunnen zijn. In dat opzicht ware een asymmetrisch rechtsmiddelenverbod (zie artikel 292 lid 1 Fw) te overwegen.

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

De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR,

i/o

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

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

Ministerie van Justitie & Veiligheid
t.a.v. de heer prof. mr. dr. F.B.J. Grapperhaus
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 1 december 2017
dossiernummer: 104298
uw kenmerk: 2146515
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 97
e-mail: r.post@advocatenorde.nl

Betreft: consultatie Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

Geachte minister,

Bij brief van 5 september 2017 heeft uw voorganger de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement. De NOvA voldoet graag aan het verzoek en heeft zijn adviescommissie insolventierecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,

mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie insolventierecht

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Van	:	adviescommissie insolventierecht
Datum	:	1 december 2017
Betreft	:	**voorstel voor de wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord om een dreigend faillissement af te wenden (Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement)**

Inleiding

De commissie is positief over het feit dat het dwangakkoord buiten faillissement (“Preventief Akkoord”) een wettelijke basis krijgt in het voorstel voor de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (“WHOA”). Zoals de commissie al constateerde in haar advies betreffende het wetsvoorstel Dwangakkoord buiten Faillissement (Wet Continuïteit Ondernemingen II, “WCO II”) van 12 december 2014 (hierna: "het WCO II advies") bestaat in de praktijk de behoefte aan de mogelijkheid de macht te breken van individuele schuldeisers die weigeren mee te werken aan een redelijke oplossing van de financiële problemen van hun schuldenaar en op die wijze de schuldenaar dwingen tot een insolventieprocedure met alle nadelige gevolgen van dien voor alle bij de schuldenaar betrokkenen.

In de Memorie van Toelichting (“MvT”) wordt opgemerkt dat de voorgestelde regeling voor het zogenoemde Preventief Akkoord ziet op ondernemingen die wel rendabele bedrijfsactiviteiten hebben en als doel heeft om een faillissement van de schuldenaar die de onderneming drijft te voorkomen. De commissie merkt op dat het nog niet eenvoudig zal zijn vast te stellen of de door de schuldenaar gedreven onderneming inderdaad nog wel rendabele bedrijfsactiviteiten heeft. Het is dan ook de vraag op welk moment sprake moet zijn van rendabele bedrijfsactiviteiten en of het daarbij moet gaan om alle bedrijfsactiviteiten van de schuldenaar of om een deel daarvan. De commissie merkt verder op dat het wenselijk is om in de MvT tot uitdrukking te brengen dat het Preventief Akkoord ook kan worden toegepast bij niet-commerciële ondernemingen en instellingen. In dat verband is de term "rendabel" wellicht minder geschikt, nog daargelaten of het dan zou gaan om rentabiliteit na implementatie van het Preventief Akkoord. In dat kader is relevant dat de individuele rechtspositie van werknemers niet kan worden gewijzigd door een Preventief Akkoord. Het in stand blijven van de arbeidsovereenkomsten en de daaruit voortvloeiende personeelskosten zal met name bij schuldenaren in het mkb een belangrijke invloed hebben op de rentabiliteit van de bedrijfsactiviteiten.

In het WCO II advies[1] merkte de commissie al op dat het Preventief Akkoord een ander systeem en andere stemverhoudingen kent dan het akkoord in surseance van betaling of faillissement. Dat is in de WHOA niet anders. De commissie blijft bij haar aanbeveling om de regeling van het akkoord in surseance van betaling en faillissement gelijk te trekken met het Preventief Akkoord. Ook in andere opzichten verdient het de voorkeur dat de regelingen op elkaar aansluiten.

[1] Zie pagina 1 van het WCO II advies

Ook vroeg de commissie in het WCO II advies aandacht voor de mogelijkheid van concentratie van de behandeling van akkoorden buiten faillissement bij één rechtbank[2]. In de WHOA is het uitgangspunt dat de rechtbank die op grond van artikel 2 Fw bevoegd zou zijn om de schuldenaar in staat van faillissement te verklaren ook bevoegd is om over de homologatie van het aangeboden Preventief Akkoord te oordelen. Uit de MvT volgt niet of sprake is geweest van een bewuste keuze voor het aansluiten bij de op grond van artikel 2 Fw bevoegde rechtbank in plaats van één of meer gespecialiseerde rechtbanken. De commissie is nog steeds van mening dat de concentratie van de behandeling bij één rechtbank of bij een rechtbank per hofressort het gemakkelijker zal maken om een consistent en helder beleid te voeren ten aanzien van het Preventief Akkoord wat de voorspelbaarheid van de beoordeling van het Preventief Akkoord vergroot. Daar komt bij dat voor de beoordeling van het Preventief Akkoord een zekere bedrijfseconomische kennis wenselijk is. Het is gemakkelijker daarin te voorzien indien de behandeling van Preventieve Akkoorden meer geconcentreerd zou plaatsvinden, zeker nu het hier in het algemeen gaat om zaken die geen al te langdurige behandeling (met bijvoorbeeld deskundigenberichten) kunnen verdragen.

De in de MvT beschreven voorwaarden waaraan een Preventief Akkoord moet voldoen (noodzakelijk, toereikend, redelijk, en in meerderheid gesteund door ten minste één klasse van betrokken schuldeisers of aandeelhouders) worden door de commissie onderschreven. De in beginsel beperkte betrokkenheid van de rechter bij de totstandkoming van het Preventief Akkoord, maar met de mogelijkheid om geschilpunten voorafgaand aan de homologatie wel aan de rechter voor te leggen, geeft een goede balans tussen enerzijds het beslag dat op de rechterlijke macht wordt gelegd en anderzijds de mogelijkheid van het verkrijgen van *deal certainty*.

Het komt de commissie als praktisch beter werkbaar voor dat de in WCO II opgenomen mogelijkheid voor een schuldeiser om een Preventief Akkoord aan te bieden wanneer de schuldenaar dat niet doet, is vervangen door de mogelijkheid voor de desbetreffende schuldeiser om de rechtbank te verzoeken een deskundige aan te stellen die een voorstel voor een Preventief Akkoord kan opstellen en het traject om te komen tot homologatie van dat Preventief Akkoord in te zetten. In de WHOA is de regeling omtrent deze deskundige echter nog beperkt uitgewerkt. Zo wordt uit de WHOA niet duidelijk ten behoeve van wie de deskundige zijn werkzaamheden verricht (de schuldenaar, de schuldeiser die om zijn benoeming heeft gevraagd of de gezamenlijke schuldeisers), wie de deskundige betaalt (uit artikel 381 lid 3 onder g lijkt terecht te volgen dat dit de schuldenaar is maar daarvoor is geen wettelijke basis gelegd), wie de beloning van de deskundige vaststelt (de rechtbank lijkt hiervoor de aangewezen partij), aan wie en op welke momenten de deskundige verantwoording aflegt, of de schuldenaar de rechtbank kan verzoeken de deskundige weer te ontheffen van zijn taak en zo ja, onder welke omstandigheden, of de deskundige aansprakelijk kan worden gesteld en zo ja, door wie, enz. Het is wenselijk dat deze en andere voor het functioneren van de deskundige relevante vragen een afzonderlijk artikel op te nemen in de WHOA. Onverminderd het vorengaande handhaaft de commissie haar bezwaar tegen het openstellen van het aanbieden van een Preventief Akkoord door toedoen van een schuldeiser anders dan nadat een door de schuldenaar aangeboden Preventief Akkoord is verworpen. De commissie wijst erop dat het huidige voorstel het mogelijk maakt dat de schuldenaar "vlucht" in een surseance van betaling of faillissement, indien een schuldeiser aanstuurt op een Preventief Akkoord waarbij de aandeelhouder van de schuldenaar zijn aandelen geheel of grotendeels moet "inleveren". In surseance en faillissement is de schuldenaar immers exclusief bevoegd om een akkoord aan te bieden. Dit is een voorbeeld waarom de akkoordregels in de WHOA en in een surseance en in faillissement op elkaar zouden moeten aansluiten.

[2] Zie pagina 2 van het WCO II advies

De WHOA voorziet ook in de mogelijkheid de rechten van borgen, derden ten opzichte van wie schuldeisers van de schuldenaar rechten kunnen doen uitoefenen, en medeschuldenaren jegens de schuldenaar te wijzigen alsook in de mogelijkheid om de rechten van de schuldeisers jegens deze partijen te wijzigen. In de MvT wordt opgemerkt dat dit het mogelijk maakt om de herstructurering van een groep van ondernemingen in één keer af te wikkelen omdat niet alleen de “hoofdschuldenaar” maar ook de ondernemingen binnen de groep die borg zijn of zakelijke zekerheid hebben verstrekt ten behoeve van de hoofdschuldenaar in het Preventief Akkoord kunnen worden betrokken. Het komt de commissie voor dat de mogelijkheid om ook regresvorderingen van borgen of andere derden ("medeschuldenaren") in het Preventief Akkoord van de schuldenaar te betrekken, nuttig en noodzakelijk is om te komen tot een adequate sanering van de schulden van de schuldenaar. Hoewel daarvoor volgens de commissie strikt genomen geen expliciete wetsbepaling nodig is, verwelkomt de commissie de verduidelijking. De commissie beveelt aan om te verduidelijken dat wordt aangesloten bij het systeem van artikel 136 Fw en om in dat verband te bepalen dat de borgen en medeschuldenaren geen stemrecht op hun (mogelijk nog toekomstige) regresvorderingen hebben anders dan nadat en voor zover zij de schuldeiser méér hebben betaald dan hen in de onderlinge verhouding tot de schuldenaar aangaat. De commissie komt op dit onderwerp hierna nog terug.

De WHOA maakt het ook mogelijk om op verzoek van één schuldenaar het Preventief Akkoord tevens te laten leiden tot de beperking van rechten van schuldeisers tegenover medeschuldenaren. Hiermee wordt beoogd om de herstructurering van groepen van ondernemingen mogelijk te maken. Voor zover het ook gaat om deze beoogde herstructurering van groepen van ondernemingen en van andere medeschuldenaren, komt het de commissie voor dat deze regeling nog onvoldoende is uitgewerkt in de WHOA. In artikel 370 lid 2 wordt wel de mogelijkheid gecreëerd voor borgen, derden of medeschuldenaren om in het Preventief Akkoord te worden betrokken, zodanig dat ook de rechten van schuldeisers jegens deze partijen kunnen worden gewijzigd maar onduidelijk is in hoeverre het vermogen van deze partijen moet worden "meegenomen" in hetgeen aan de schuldeisers wordt aangeboden. Bovendien wordt uit artikel 370 lid 2 niet duidelijk of de borgen, derden of medeschuldenaren ook zelf geacht worden het Preventief Akkoord mede aan te bieden, hetgeen relevant is voor de vraag welke rechtbank bevoegd is. Uit de tekst van artikel 370 lid 2 volgt ook niet dat het moet gaan om groepsmaatschappijen zoals wel uit de MvT volgt.

Evenmin is duidelijk of de voor het Preventief Akkoord door de schuldenaar te verstrekken informatie tevens informatie over de medeschuldenaar dient te omvatten - wat wel zou moeten. Ook ontbreken waarborgen over een duidelijke kennisgeving aan de betrokken schuldeisers die vorderingen hebben op medeschuldenaren. Wanneer het erom gaat om (de schulden van) groepsmaatschappijen in één WHOA procedure op verzoek van één schuldenaar te herstructureren of te saneren, ligt het voor de hand dat ook een "top down" benadering kan worden gekozen, waarin de moeder de verzoeker is en haar dochters in het Preventief Akkoord betrekt. Zoals het voorstel nu luidt, zouden alle dochters die niet voor elkaars schulden aansprakelijk zijn een Preventief Akkoord moeten aanbieden waarin de moeder als aansprakelijke moeder betrokken wordt. Het is dan efficiënter dat de moeder haar dochters in een Preventief Akkoord kan betrekken. Volgens de commissie is het aan te bevelen om, indien een "groepsakkoord" wenselijk wordt geacht, die mogelijkheid dan ook open te stellen voor de distressed moeder en/of treasury vennootschap in het concern die vorderingen heeft op dochters en waarbij die dochters ook in *distress* geraken indien die intercompany vorderingen zouden moeten worden geliquideerd. Kortom: er zal meer rekening gehouden moeten worden met groepsstructuren en de grote mate

van onderlinge financiële verwevenheid van vennootschappen. Een Preventief Akkoord zal dan ook vaak meerdere vennootschappen moeten omvatten om effectief te kunnen zijn.

In de MvT wordt opgemerkt dat het Preventief Akkoord weliswaar niet ziet op arbeidsovereenkomsten maar dat uit andere wetgeving kan voortvloeien dat de werknemers toch bij het proces van het aanbieden van een Preventief Akkoord moeten worden betrokken. In dat kader wordt specifiek verwezen naar de Wet op de Ondernemingsraden (WOR). De rechten van werknemers onder de WOR blijven bestaan, inclusief adviesrecht over onderwerpen die relevant kunnen zijn in het kader van het aanbieden van een Preventief Akkoord. Het is de commissie niet geheel duidelijk waarom een door de ondernemingsraad opgeworpen bezwaar in het kader van een adviesprocedure onder de WOR ertoe zou kunnen leiden dat de rechter de homologatie zal moeten weigeren. Een bezwaar van de ondernemingsraad of een negatief advies van de ondernemingsraad is immers niet een verplichte weigeringsgrond als bedoeld in artikel 381 lid 3, tenzij dit zou worden gekwalificeerd als een zwaarwegende reden die zich tegen homologatie verzet. Het lijkt de commissie verstandig om nader in te gaan op de betekenis van een bezwaar of negatief advies van de ondernemingsraad, mede in het licht van het feit dat werknemers als schuldeisers niet door het akkoord worden geraakt.

De WHOA biedt geen duidelijkheid over de periode waarbinnen een Preventief Akkoord moet zijn aangeboden en gehomologeerd en kent geen duidelijk begin of einde (indien uiteindelijk geen Preventief akkoord wordt aangeboden). De WHOA laat het tijdpad in beginsel geheel over aan de aanbieder van het Preventief Akkoord. De WHOA kent wel termijnen, maar die zijn optioneel en dienen niet allemaal ter bespoediging van het proces als geheel. De enige termijnen die de WHOA stelt zijn in artikel 3d (schorsing van faillissementsaanvrage tot ten hoogste twee keer twee maanden), artikel 371 (periode waarbinnen een schuldenaar een Preventief Akkoord moet aanbieden indien een schuldeiser hem dat verzoekt), artikel 375 (afkoelingsperiode van maximaal twee keer twee maanden), artikel 378 (redelijke termijn voor crediteuren om kennis te nemen van het definitieve Preventief Akkoord tot aan de stemming), artikel 380 lid 2 (termijn waarbinnen het verzoek tot homologatie van het aangenomen Preventief Akkoord zal worden behandeld).

Uit de opzet van de WHOA volgt dat de schuldenaar zelf beoordeelt of en zo ja wanneer hij een Preventief Akkoord in de zin van artikel 370 aanbiedt, en dat het aangeboden Preventief Akkoord kan worden gewijzigd totdat de schuldenaar een definitief Preventief Akkoord ter stemming deponeert of met de schuldeisers communiceert (artikel 378). Tussen de eerste communicatie (waarin de schuldenaar een concept Preventief Akkoord aanbiedt) en de aanbieding van het definitieve Preventief Akkoord kan veel tijd verstrijken, terwijl het definitieve Preventief Akkoord geheel anders kan luiden dan het eerste concept en ook andere schuldeisers kan raken dan het eerste concept. De schuldenaar heeft ook de vrijheid om het eerste concept Preventief Akkoord in te trekken en daarna met een geheel nieuw concept Preventief Akkoord te komen. De commissie meent dat er een duidelijke wettelijke markering van het begin en het einde van de procedure tot het aanbieden van een Preventief Akkoord (wanneer die niet leidt tot een beslissing op een homologatieverzoek) moet worden gemaakt en dat de "*milestones*" binnen het gehele proces gedurende een bepaalde periode moeten worden voltooid. Zonder die duidelijkheid kan een schuldenaar te makkelijk de verhaalsrechten van zijn schuldeisers verkorten. De commissie komt hierop bij het artikelsgewijs commentaar terug.

De commissie mist de aansluiting naar de Europese Insolventie Verordening (herschikking) ("IVO"[3]) en bespreekt dit aspect hierna bij het artikelsgewijs commentaar.

Artikelsgewijs commentaar

Artikel 3d

De commissie kan zich vinden in de opzet en inhoud van artikel 3d. In de MvT wordt opgemerkt dat het aangeboden Preventief Akkoord als bedoeld in dit artikel nog niet het definitieve Preventief Akkoord behoeft te zijn waarover overeenkomstig artikel 378 zal worden gestemd. Het mag, aldus de MvT, ook gaan om een eerste voorstel voor een Preventief Akkoord, zij het dat het wel voldoende moet zijn uitgewerkt. Dat laatste volgt uit het criterium in lid 1, namelijk dat het schorsingsverzoek niet zal worden gehonoreerd wanneer de schuldenaar redelijkerwijs niet mag verwachten dat de rechtbank zal overgaan tot homologatie van het Preventief Akkoord of er andere redenen zijn die zich tegen schorsing verzetten.

De commissie vraagt zich af of het criterium van lid 1 onder a wel voldoende duidelijkheid geeft aan schuldenaar en schuldeiser over de vraag wanneer het aangeboden Preventief Akkoord nu voldoende uitgewerkt is voor een geslaagd schorsingsverzoek. Moet het minnelijke traject dat aan het aanbieden van een te homologeren Preventief Akkoord vooraf gaat al zijn afgerond of kan het aangeboden Preventief Akkoord als bedoeld in artikel 3d ook nog het minnelijke traject betreffen? Moet de schuldenaar aan de rechtbank al alle informatie als bedoeld in artikel 374 overleggen? Moet de schuldenaar een analyse aan de rechtbank geven omtrent de weigeringsgronden voor homologatie als bedoeld in artikel 381? De commissie beveelt aan om – bijvoorbeeld in de MvT – voor de toetsingscriteria voor het schorsingsverzoek meer concrete handvatten te geven aan schuldenaar, schuldeiser en rechtbank.

De commissie wees er hierboven al op dat, wanneer een schuldeiser een verzoek doet als bedoeld in artikel 371, de schuldenaar eenvoudig kan "vluchten" in een surseance aanvraag of een faillissementsaangifte. De commissie beveelt aan de procedure voor het aanbieden en de criteria voor het homologeren van een akkoord in de verschillende procedures zoveel mogelijk gelijk te trekken in de gehele Faillissementswet, opdat zoveel mogelijk stabiliteit in een proces om te komen tot een gehomologeerd akkoord ontstaat nadat eenmaal een keuze voor een bepaalde procedure is gemaakt.

Ten aanzien van de termijn van de schorsing bepaalt artikel 3d dat deze maximaal twee keer twee maanden duurt. Daarna moet de rechtbank een faillissementsverzoek in beginsel behandelen. Hoewel kan worden afgevraagd of de periode van twee maal twee maanden voldoende waarborgen biedt tegen een schuldeiser die niet aan het Preventief Akkoord gebonden wil worden, vindt de commissie een duidelijke uiterste termijn voor de verlenging van de behandeling van een faillissementsverzoek belangrijk.

Vaststaat immers dat de procedure – zelfs in het meest optimistische scenario – de nodige tijd kost. Zo moet een stemperiode van minimaal acht dagen in acht worden genomen. Verder moet de schuldenaar ex artikel 379 uiterlijk binnen zeven dagen na de stemming een verslag opstellen dat gedurende acht dagen ter inzage moet liggen. Vervolgens wordt binnen acht tot veertien dagen

[3] Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking)

daarna een homologatiezitting gepland (zie artikel 380 lid 2), waarna de rechtbank 'zo spoedig mogelijk' een met redenen omklede beschikking (zie artikel 381 lid 1) geeft. De aanbieding van een Preventief Akkoord neemt dus al de nodige tijd in beslag. Vervolgens kan nog de nodige vertraging optreden, bijvoorbeeld doordat de rechtbank wordt gevraagd een oordeel te vellen over een geschil ex artikel 376 lid 1 of indien de rechtbank een deskundige benoemt ex artikel 376 lid 3. Al met al is zeer wel denkbaar dat een termijn van twee keer twee maanden niet volstaat. De commissie beveelt daarom aan te bepalen dat de schorsing in beginsel beperkt is tot twee keer twee maanden, maar dat deze termijn om zwaarwegende redenen door de rechter op verzoek van de schuldenaar verlengd kan worden.

De commissie meent dat de schorsende werking alleen zou mogen worden aangenomen, indien het aangeboden Preventief akkoord beoogt om de rechten te wijzigen van schuldeisers in een klasse waartoe de aanvrager behoort. Er bestaat geen reden voor schorsing indien de aanvragende schuldeiser niet in het Preventief Akkoord betrokken zou zijn.

Artikel 42a

Het voorgestelde artikel 42a beperkt zich tot schuldeisers aan wie de schuldenaar een pand- of hypotheekrecht heeft verstrekt tot zekerheid voor de nakoming van verplichtingen uit nieuwe schulden die zijn aangegaan om gedurende het aanbieden van het Preventief Akkoord noodzakelijke betalingen te kunnen doen.

De voorgestelde bepaling beperkt zich naar de mening van de commissie ten onrechte tot pand- en hypotheekhouders. Het zou ook kunnen gaan om schuldeisers die andere rechten hebben verkregen van de schuldenaar tot meerdere zekerheid voor de nakoming van schulden die zijn aangegaan voor de voortzetting van de onderneming gedurende de periode waarin het Preventief Akkoord tot stand moet komen.

De commissie heeft in het WCO II advies gewezen op de wenselijkheid op te nemen dat artikel 42a alleen geldt indien en voor zover degene aan wie nieuwe zekerheid wordt verschaft, als gevolg daarvan niet wordt bevoordeeld ten opzichte van de situatie waarin diegene verkeerde ten tijde van het aanbieden van het Preventief Akkoord[4]. De commissie handhaaft dit advies ook voor het huidige artikel 42a.

Hetzelfde geldt voor het advies van de commissie om ook aan artikel 54 Fw een bepaling toe te voegen waaruit voortvloeit dat verrekening door een schuldeiser na het aanbieden van een Preventief Akkoord niet kan worden aangetast indien en voor zover als gevolg van die verrekening geen bevoordeling plaatsvindt ten opzichte van de situatie waarin de schuldeiser zich bevond ten tijde van het aanbieden van het Preventief akkoord[5].

De aard en strekking van artikel 42a brengen met zich mee dat een duidelijke aanvangsdatum van het aanbieden van een Preventief Akkoord wordt gemarkeerd en een toetsbaar limitatief tijdpad aan de hand van de verschillende *milestones*, waarbij ook duidelijk is wanneer vast staat dat géén Preventief Akkoord zal worden aangeboden. Zonder dergelijke begrenzingen is het denkbaar dat nieuwe zekerheden worden gevestigd op basis van een concept Preventief Akkoord waarvan bij aanvang de schuldenaar al weet of moet weten dat dat niet - althans niet zonder ingrijpende

[4] Zie pagina 4 en 5 van het WCO II advies
[5] Zie pagina 4 en 5 van het WCO II advies

wijzigingen - de eindstreep zal halen. De vraag is voorts of artikel 42a wel van toepassing is wanneer geen homologatie van het Preventief Akkoord wordt verzocht.

Artikel 369

In lid 3 van dit artikel moet niet alleen worden verwezen naar de op grond van artikel 2 bevoegde rechter maar tevens naar de op grond van artikel 3 IVO bevoegde rechtbank.

De commissie meent dat de WHOA minst genomen de mogelijkheid moet bieden dat de schuldenaar c.q. de schuldeiser ervoor kan kiezen om de procedure als insolventieprocedure in de zin van de IVO te doen kwalificeren. Op die manier kan bereikt worden dat het Preventief Akkoord zonder meer erkend zal worden in de EU Lidstaten, wat de effectiviteit van het Preventief Akkoord aanzienlijk vergroot.

De commissie begrijpt, dat, indien de schuldenaar ervoor zou kiezen om een Preventief Akkoord aan te bieden dat tevens voorziet in de wijziging van de rechten van schuldeisers tegenover medeschuldenaren, het Preventief Akkoord ten opzichte van die medeschuldenaren wellicht niet kan worden erkend onder de IVO, namelijk wanneer die medeschuldenaren geen COMI of vestiging in Nederland hebben. Die omstandigheid ziet de commissie niet als een reden om het Preventief Akkoord niet "IVO-bestendig" te maken.

Een ander bezwaar tegen het "IVO bestendig" maken van het Preventief Akkoord kan gelegen zijn in de publiciteitseisen die de IVO stelt. De commissie meent dat de behoefte om géén publiciteit te hebben betrekkelijk gering zal zijn, omdat de WHOA zelf ook de nodige eisen stelt aan de wijze waarop de communicatie met de schuldeisers dient plaats te vinden.

De commissie heeft zich voorts afgevraagd of een belemmering bestaat onder de IVO wanneer een Preventief Akkoord de rechten van de houders van een pand- of hypotheekrecht op in andere lidstaten gelegen goederen wijzigt. De commissie meent dat artikel 7 lid 2 (j) IVO duidelijk bepaalt dat de gevolgen van het Preventief Akkoord worden beheerst door de lex concursus, en dus in dit geval door Nederlands recht. In artikel 8 is bepaald dat de zakelijke rechten van de pand- of hypotheekhouder op in een andere Lidstaat gelegen goederen in beginsel onaangetast blijven. Dat betekent dat de WHOA in dit opzicht geen verbetering biedt ten opzichte van het akkoord in surseance en faillissement, maar dat vormt geen reden om de WHOA procedure niet als insolventieprocedure in de zin van de IVO op te doen opnemen. Integendeel, want in die gevallen zou een secundaire procedure kunnen worden geopend in de andere Lidstaat waarbij dan de WHOA procedure als hoofdprocedure geldt. In dat verband is het wenselijk om uitdrukkelijk in de wet op te nemen dat de schuldenaar c.q. de deskundige die een Preventief Akkoord aanbiedt bevoegd is om te verzoeken om de opening van een secundaire procedure (zie artikel 37 lid 1 (2) IVO).

De commissie geeft met het oog op het voorgaande in overweging om de mogelijkheid te openen dat de schuldenaar c.q. de deskundige ex artikel 371, de rechtbank kan verzoeken om een WHOA procedure te openen zodanig dat de WHOA procedure in de daartoe bestemde openbare (insolventie en andere) registers wordt ingeschreven en de communicatie met de schuldeisers zal verlopen op een wijze die voldoet aan de eisen van de IVO. Die WHOA procedure dient daartoe op de IVO lijst van insolventieprocedures (Bijlage A) te worden bijgeschreven. Ook zou de deskundige als insolventiefunctionaris op Bijlage B van de IVO kunnen worden opgenomen.

Er bestaat geen bezwaar tegen dat de schuldenaar c.q. de deskundige kan kiezen voor een lokale procedure, zoals die in het huidige ontwerp staat opgenomen, die dus niet zal voldoen aan de IVO eisen met als gevolg dat het Preventief Akkoord niet van rechtswege in de EU Lidstaten wordt erkend.

Lid 4 van dit artikel bepaalt vrij vertaald dat de economisch gerechtigde bevoegd is om te stemmen over het Preventief Akkoord. Blijkens de MvT is het vierde lid onder meer van toepassing op begunstigden van obligaties. Volgens de MvT moeten dergelijke begunstigden of '*beneficiaries*' vanuit het oogpunt van doelmatigheid en rechtmatigheid op één lijn worden gesteld met de schuldeisers zoals bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet. De MvT verwijst hierbij naar het UPC-arrest van 26 augustus 2003 (JOR 2003/211). Zoals de commissie in haar WCO II advies al te kennen heeft gegeven, volgt uit het UPC arrest echter niet dat de begunstigden van obligaties per definitie gelijk kunnen en moeten worden gesteld aan de schuldeisers in de zin van de Nederlandse Faillissementswet. Of dit het geval is moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. De commissie beveelt daarom aan om artikel 369 lid 4 zodanig te redigeren dat de economisch gerechtigde als schuldeiser in de zin van de Nederlandse Faillissementswet kán worden aangemerkt.

In lid 7 worden de bepalingen ten aanzien van de schuldeisers van overeenkomstige toepassing verklaard op borgen, derden en medeschuldenaren. Zoals al in de inleiding geschetst, komt het de commissie beter voor om de regeling voor wat betreft borgen, derden en medeschuldenaren afzonderlijk vorm te geven zodat daarmee recht kan worden gedaan aan de voor deze partijen geldende bijzondere positie, vooral wanneer deze partijen mede in een aan te bieden Preventief Akkoord zouden moeten worden betrokken.

Met betrekking tot de in lid 8 genoemde deskundige lijkt het de commissie beter om een afzonderlijk artikel te besteden aan de taak, bevoegdheden, rechten en plichten van de deskundige dan door de bepalingen ten aanzien van de schuldenaar van overeenkomstige toepassing te verklaring op de deskundige (zie ook hiervoor bij de algemene bespreking).

Artikel 370

Voor wat betreft lid 2 meent de commissie dat het onwenselijk is borgen, derden en medeschuldenaren op deze wijze in het Preventief Akkoord te betrekken. Deze bepaling leidt er in haar huidige formulering toe dat schuldeisers jegens deze betrokkenen rechten kunnen verliezen. Dit is naar de mening van de commissie alleen te rechtvaardigen in een procedure waarin de belangen van deze betrokkenen en die van de desbetreffende schuldeisers zorgvuldig worden afgewogen. Daarin voorziet het ontwerp op dit moment niet. Naar de mening van de commissie verdient het de voorkeur voor deze betrokkenen een afzonderlijke regeling op te nemen (zie ook hiervoor bij de algemene bespreking).

Uit artikel 383 klinkt de opvatting van de wetgever dat de medeschuldenaren toetreden tot het Preventief Akkoord. Deze toetreding vereist een wettelijke verankering omdat zij suggereert dat de medeschuldenaren zelf ook partij worden bij het Preventief Akkoord en - het belangrijkste - bij de homologatie. In dat geval dient de rechtsmacht van de rechtbank ten aanzien van de medeschuldenaren een uitdrukkelijke wettelijke grondslag te krijgen, omdat medeschuldenaren niet vanzelfsprekend hun COMI, vestiging of statutaire zetel in Nederland hebben.

Artikel 371

In lid 1 van dit artikel valt op dat het daarin genoemde criterium voor een schuldeiser om een verzoek te doen aan de schuldenaar om een Preventief Akkoord aan te bieden (“redelijkerwijs aannemelijk dat de schuldenaar niet met het betalen van zijn schulden zal kunnen voortgaan”) afwijkt van het in artikel 370 lid 1 genoemde criterium voor een schuldenaar om een Preventief Akkoord aan te bieden (“voorzien dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan”). Het ligt voor de hand om het in artikel 371 lid 1 genoemde criterium aan te laten sluiten bij dat van artikel 370 lid 1. Bovendien is het criterium “waarvan redelijkerwijs verwacht mag worden dat de rechtbank dat zal homologeren” onvoldoende duidelijk (zie inleiding).

Onverminderd haar commentaar op dit onderdeel in de algemene bespreking hierboven en in het WCO II advies, stelt de commissie vast dat de in lid 1 genoemde termijnen, met name die van één week, erg kort zijn en het daarmee aannemelijk is dat zelfs voor een welwillende schuldenaar deze termijn onhaalbaar zal blijken te zijn. Het ligt voor de hand dat de schuldenaar zich zal willen laten bijstaan bij het reageren op een verzoek van de schuldeiser. De termijn van één week voor het inwinnen van dit advies en het reageren aan de schuldeiser is (te) kort. De commissie beveelt aan de in lid 1 genoemde termijn van één week te verlengen tot 14 dagen. Bovendien adviseert de commissie aan de regeling toe te voegen dat de termijn (1) op last van de rechtbank na een verzoek daartoe van de schuldenaar of (2) op gezamenlijk verzoek van schuldenaar en schuldeiser daartoe aan de rechtbank verlengd kan worden.

In lid 2 wordt de mogelijkheid gecreëerd om ook een deskundige te benoemen indien geen van de klassen van schuldeisers of aandeelhouders voor het aangeboden Preventief Akkoord heeft gestemd of homologatie van het aangeboden Preventief Akkoord is geweigerd. In dat geval kan de deskundige dan een Preventief Akkoord aanbieden. De commissie stelt vast dat in dat geval dan wel twee maal een Preventief Akkoord kan worden aangeboden terwijl uit artikel 396 lid 10 volgt dat de afdeling over het aanbieden van een Preventief Akkoord niet van toepassing is in het geval de schuldenaar in de drie jaren daaraan voorafgaand al eens een Preventief Akkoord heeft aangeboden dat bij een stemming door alle klassen is verworpen of waarvan homologatie door de rechtbank is geweigerd. De commissie beveelt aan een termijn te bepalen waarbinnen de schuldeiser een verzoek als bedoeld in lid 2 dient te doen, bijvoorbeeld twee weken nadat het aangeboden Preventief Akkoord door alle klassen van schuldeisers is afgestemd of niet is gehomologeerd.

Artikel 372

De gecreëerde mogelijkheid voor het beëindigen van wederkerige overeenkomsten in het geval de wederpartij niet instemt met een wijziging ervan in het kader van een aan te bieden Preventief Akkoord en het onder de reikwijdte van het Preventief Akkoord vallen van een met de wijziging of beëindiging samenhangende schadevergoedingsvordering, is wat de commissie betreft een evenwichtig voorstel om te komen tot wijziging dan wel beëindiging van knellende duurovereenkomsten. Het verdient aanbeveling in dit artikel uitdrukkelijk tot uiting te brengen dat de wijziging of beëindiging plaatsvindt onder de voorwaarde van homologatie van het aan te bieden Preventief Akkoord. Eenzijdige overeenkomsten worden door de formulering van dit artikel uitgesloten terwijl niet ondenkbaar is dat de schuldenaar de daaruit voortvloeiende verplichtingen in het kader van een Preventief Akkoord zou willen wijzigen of beëindigen. Het ligt in dat kader voor de hand om “wederkerige” te schrappen en de mogelijkheid van artikel 372 te creëren voor alle overeenkomsten.

In de formulering van lid 1 lijkt met de woorden “mits de opzegging plaatsvindt tegen een tijdstip waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen” aansluiting te zijn gezocht bij artikel 39 inzake de huurovereenkomst. Omdat deze woorden in het huidige tijdsgewricht nauwelijks nog betekenis heeft, beveelt de commissie aan deze woorden te schrappen.

De commissie vraagt zich af of lid 3 niet nadere uitwerking behoeft in verband met de leden 1 en 2. Zoals de commissie het begrijpt, gaat het erom om *ipso facto* clausules hun werking te ontnemen, zodanig dat het enkele aanbieden van het Preventief Akkoord niet als verzuim (*event of default*) of als ontbindings- of beëindigingsgrond (*termination event*) kan gelden. De schuldenaar kan in het kader van het Preventief Akkoord een voorstel doen tot wijziging van de overeenkomst en kan de overeenkomst beëindigen indien de schuldeiser dat voorstel weigert. In dat geval kan de terzijdestelling van een *ipso facto* beding per saldo nadelig voor de schuldenaar (en de andere schuldeisers) uitpakken. De commissie geeft in overweging om lid 3 zo aan te passen dat, zolang de schuldenaar een overeenkomst niet beëindigt op de wijze als voorzien in artikel 372 lid 2, de contractuele wederpartij de werking niet kan inroepen van enig beding waaruit volgt dat het aanbieden van een Preventief Akkoord een grondt biedt om de verbintenissen of verplichtingen van of jegens de schuldenaar te wijzigen, op te schorten, te ontbinden of te beëindigen. Verder lijkt het de commissie goed om in lid 3 gebruik te maken van het bredere begrip “beëindiging” in plaats van “ontbinding”.

Het uitzonderen van arbeidsovereenkomsten van de mogelijkheid om in het kader van een Preventief Akkoord te wijzigen of te beëindigen is weliswaar begrijpelijk maar zal niet zelden toch als knellend worden ervaren, met name in het mkb. De commissie vraagt aandacht voor de positie van de werknemer bij herstructureringen, mede in het licht van de Ontwerprichtlijn Herstructurering en Insolventie en de uitspraak van het Europese Hof van Justitie inzake Smallsteps. In dat kader zou het uitsluiten van de mogelijkheid van het aanpassen van arbeidsovereenkomsten in het kader van het Preventief Akkoord kunnen worden heroverwogen.

Artikel 373

De mogelijkheid om schuldeisers en aandeelhouders in klassen in te delen waarbij schuldeisers/aandeelhouders met een vergelijkbare positie in beginsel in één klasse worden geplaatst, waarbij het ook mogelijk is aan bepaalde klassen van schuldeisers/aandeelhouders een Preventief Akkoord aan te bieden, is in de praktijk nuttig en gewenst. Op die wijze kan ervoor worden zorggedragen dat alleen die schuldeisers/aandeelhouders die door het Preventief Akkoord worden geraakt, over het Preventief Akkoord mogen stemmen en dat de algemeen verbindend verklaring van het Preventief Akkoord ook alleen deze schuldeisers raakt.

Artikel 374

De commissie meent dat als het Preventief Akkoord ook een wijziging van de rechten van de schuldeisers inhoudt tegenover medeschuldenaren, dezelfde informatie dient te worden verstrekt over die medeschuldenaren en de effecten van het Preventief Akkoord op de rechten van de schuldeisers en aandeelhouders van die medeschuldenaren als geldt voor de hoofdschuldenaar.

Het zou naar het oordeel van de commissie goed zijn wanneer in dit artikel een verplichting tot openbaar making van het aangeboden akkoord in het Centraal Insolventieregister wordt opgenomen (vgl. artikel 19/19a Fw en 24 IVO).

Artikel 375

In lid 2 wordt aangeknoopt bij het ook op andere plaatsen gehanteerde criterium “redelijkerwijs niet verwacht mag worden dat de rechtbank zal overgaan tot homologatie van het Preventief Akkoord als bedoeld in artikel 381”. De commissie merkt ook op deze plaats op dat dit criterium niet duidelijk is en aanleiding kan geven tot geschillen.

Verder merkt de commissie op dat de termijn van twee keer twee maanden in bepaalde gevallen (te) kort kan zijn. Het verdient daarom aanbeveling de mogelijkheid op te nemen dat de afkoelingsperiode ook na de periode van de twee keer twee maanden op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank verlengd kan worden voor een bepaalde termijn indien daartoe zwaarwegende gronden bestaan (zie het commentaar bij artikel 3d inzake de schorsingstermijn).

Artikel 376

De vanuit het oogpunt van *deal certainty* gecreëerde mogelijkheid van het aan de rechtbank vragen om voorafgaand aan het overleggen van definitief Preventief Akkoord een beslissing te geven over gerezen geschillen, is zonder meer wenselijk. In dat kader zou het een mogelijkheid zijn om te bepalen dat de schuldenaar zoveel als mogelijk de aan de rechtbank voor te leggen vragen concentreert in één verzoek en binnen een bepaald tijdbestek.

Uit de MvT volgt dat het onder sub a genoemde geschilpunt van de bevoegdheid van de schuldenaar om een Preventief Akkoord aan te bieden vooral ziet op de vraag of de schuldenaar daadwerkelijk in een situatie verkeert dat hij vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigt te raken en dat de rechter desgevraagd een insolventietoets zal dienen te verrichten. Zonder nadere toelichting is niet duidelijk wat met deze insolventietoets wordt bedoeld.

Het inschakelen van een deskundige als bedoeld in lid 3 lijkt, gezien de vereiste korte termijnen, eerder een theoretische mogelijkheid dan dat deze praktisch haalbaar zal blijken te zijn. Ook voor deze deskundige geldt dat het goed zou zijn dat duidelijkheid wordt verschaft over de vraag wie deze deskundige betaalt.

De commissie wijst erop dat de klassenindeling misbruikgevoelig is, omdat de aanbieder van het Preventief Akkoord geneigd zal zijn om de schuldeiser waarvan hij vermoedt dat die tegen het Preventief Akkoord zal stemmen in te delen in een klasse die in meerderheid bestaat uit voorstemmers. Omdat de bevoegdheid om geschillen hieromtrent aan de rechter voor te leggen exclusief bij de schuldenaar c.q. de deskundige ligt (art. 376) zullen deze geschillen al snel homologatiegeschillen opleveren. In die fase kent het proces de dynamiek van het "alles-of-niets", en wordt het voor de rechtbank een stuk moeilijker om het Preventief Akkoord af te keuren. De Commissie beveelt aan om ook de schuldeisers de gelegenheid te bieden om geschillen over klassenindeling en stemrecht in de voorfase aan de rechter voor te leggen, omdat in die fase een rechterlijke beslissing kan bijsturen, terwijl het beslechten van die geschillen in de homologatiefase alleen kan leiden tot (weigering van de) homologatie van het Preventief Akkoord zoals het is aangeboden en aangenomen.

De commissie meent voorts dat de schuldenaar en de schuldeisers ook in deze voorfase de mogelijkheid moeten krijgen om een geschil over de internationale bevoegdheid van de rechtbank ter beslechting voor te leggen. Op basis van de huidige tekst de rechtbank pas kennisnemen van

de zienswijze van schuldeisers over de internationale bevoegdheid wanneer het tot een homologatiezitting komt, en dat is feitelijk aan het einde van het proces in plaats van aan het begin.

Artikel 377

Artikel 377 biedt de rechtbank de mogelijkheid om voorzieningen te treffen of nadere bepalingen maken om de belangen van de betrokken schuldeisers of aandeelhouders te waarborgen. Volgens de MvT bij artikel 377 heeft de wetgever hiermee nauw willen aansluiten bij de regeling van artikel 225 Faillissementswet. De commissie acht een dergelijke bepaling nuttig en wenselijk. De commissie leest de bepaling zo (en acht het voor het verkrijgen van *deal certainty* wenselijk) dat er ook een beroep op deze bepaling kan worden gedaan indien er *geen* geschil is opgekomen in de fase die voorafgaat aan de stemming over het Preventief Akkoord in de zin van artikel 376. Wellicht dat dit punt in de MvT nog kan worden verduidelijkt.

Een andere voorziening die de rechtbank volgens de MvT kan treffen is het benoemen van een deskundige die het traject kan 'monitoren'. Onduidelijk is hoe de taak en bevoegdheden van een dergelijke monitor zich verhouden tot de deskundige uit artikel 371. Verder is onduidelijk wie de monitor betaalt etc. Het verdient aanbeveling dit verder te verduidelijken. Zie ook de opmerkingen bij artikel 369.

Artikel 378

In lid 5 is bepaald dat een klasse van aandeelhouders heeft ingestemd indien het besluit tot instemming met een meerderheid van ten minste twee derde van het aantal uitgebrachte stemmen is genomen. Onduidelijk is hierbij of voor aandeelhouders wordt uitgegaan van één aandeelhouder één stem of dat voor een aandeelhouder die zijn stem uitbrengt wordt uitgegaan van het aantal aandelen dat hij houdt om te bepalen hoeveel stemmen hij heeft uitgebracht. Ook wordt niet duidelijk of de vennootschapsrechtelijke stemverhoudingen in acht moeten worden genomen, indien het aantal stemmen afwijkt van het aantal aandelen en of de pandhouder of vruchtgebruiker aan wie het vennootschapsrechtelijke stemrecht toekomt ook stemrecht ten aanzien van het Preventief Akkoord heeft.

Artikel 379

Geen opmerkingen. De commissie verwijst naar haar opmerkingen aangaande de "IVO-bestendigheid" van het Preventief Akkoord hierboven.

Artikel 380

Gezien de mogelijk zeer korte termijn tussen de stemming over het Preventief Akkoord en de homologatiezitting, beveelt de commissie aan om in lid 1, laatste zin, toe te voegen dat de schuldenaar de schuldeisers/aandeelhouders “onverwijld” schriftelijk informeert over de datum van de homologatiezitting.

Artikel 381

Lid 3 geeft een lijst van verplichte weigeringsgronden voor de rechtbank. Deze verplichte weigeringsgronden zijn logisch mede gezien de verplichte weigeringsgronden bij een akkoord in faillissement en surseance van betaling. Uit de MvT volgt dat wanneer de schuldenaar een of meer

vragen die zien op een van de verplichte weigeringsgronden al in het voortraject aan de rechtbank heeft voorgelegd en de rechtbank daarover een oordeel heeft gegeven, deze uitspraak van de rechtbank moet worden beschouwd als een bindende eindbeslissing waarop in het kader van de homologatie door de rechtbank niet kan worden teruggekomen, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden die het onaanvaardbaar zouden maken dat de rechter aan de eindbeslissing in kwestie zou zijn gebonden. De commissie vraagt hierbij in het bijzonder aandacht voor het feit dat het in het voortraject voorleggen van een geschil aan de rechtbank niet zou moeten plaatsvinden met als doel om tegenstemmende schuldeisers het recht op het doen van beroep op een weigeringsgrond in het kader van de homologatie van het Preventief Akkoord te ontnemen. Ook hier pleit de commissie ervoor om de schuldeisers de mogelijkheid te bieden om deze weigeringsgronden aan de rechter voor te leggen, net zoals de schuldenaar dat kan.

De commissie meent dat in de artikelen 380 en 381 ten onrechte een bepaling ontbreekt die schuldeisers de gelegenheid biedt om de internationale bevoegdheid van de rechtbank aan te vechten. Op grond van artikel 5 IVO is de wetgever verplicht om die mogelijkheid te bieden. De commissie meent dat ook op grond van het fundamentele rechtsbeginsel van hoor en wederhoor de schuldeisers de internationale bevoegdheid van de rechtbank moeten kunnen aanvechten. Indien dat niet in de voorfase gebeurt (zie de opmerkingen bij artikel 376) dan zal dat in ieder geval moeten kunnen plaatsvinden voorafgaand aan de behandeling van het homologatieverzoek.

De commissie meent dat de weigeringsgronden van lid 4 erg moeilijk leesbaar zijn, en pleit voor eenvoudige regels, die minder vatbaar zijn voor verschillende uitleg dan nu het geval is.

De commissie meent dat in de wettekst verduidelijkt moet worden hoe dat deze weigeringsgronden ook opgeld doen indien schuldeisers buiten het Preventief Akkoord worden gehouden (en dus 100% van hun vorderingen ontvangen). De rechten van die schuldeisers worden in het geheel niet gewijzigd, en dus zou betoogd kunnen worden dat zij altijd méér krijgen dan de in beginsel gelijkgerechtigde schuldeisers van wie de rechten wel door het Preventief Akkoord worden gewijzigd. De commissie begrijpt uit de MvT dat de wetgever deze weigeringsgronden zo interpreteert dat, indien schuldeisers buiten het Preventief Akkoord worden gehouden (en dus 100% van hun vorderingen ontvangen) het Preventief Akkoord alleen kan worden gehomologeerd indien alle klassen van gelijke of hogere gerangschikte schuldvorderingen vóór hebben gestemd of dat de aanbieder van het Preventief Akkoord een “redelijke grond” moet aandragen voor de voorkeursbehandeling. De commissie meent dat die beperking in de mogelijkheden om een Preventief Akkoord aan te bieden aan een beperkte groep schuldeisers gerechtvaardigd is. Wel zou in de MvT verduidelijkt kunnen worden of de liquiditeiten die beschikbaar zijn of komen ter voldoening van de buiten het Preventief Akkoord gelaten schuldeisers meetellen voor de bepaling van het bedrag als bedoeld in artikel 381 lid 4 (e).

Artikel 382

Geen opmerkingen vanuit het insolventierechtelijke perspectief.

Artikel 383

In dit artikel wordt bepaald dat het gehomologeerde Preventief Akkoord een executoriale titel oplevert ook tegen de tot het Preventief Akkoord als borgen toegetreden personen. In artikel 370 lid 2 wordt de mogelijkheid gecreëerd voor borgen, derden en medeschuldenaren om toe te treden tot een Preventief Akkoord. Nog afgezien van de opmerkingen van de commissie over de

onvoldragenheid van dit deel van het voorstel, is het onduidelijk waarom in dit artikel alleen gesproken wordt over borgen en niet over de derden en medeschuldenaren die op grond van artikel 370 lid 2 ook kunnen toetreden tot het Preventief Akkoord.

Ook is uit artikel 370 lid 2 niet op te maken dat medeschuldenaren toetreden tot het Preventief Akkoord, en zo ja op welke wijze dat geschiedt. Zie de opmerkingen van de commissie in het algemene deel alsmede bij artikel 370 lid 2.

Artikel 384

Anders dan bij een akkoord in geval van faillissement en surseance van betaling kan voor het Preventief Akkoord ontbinding of vernietiging worden uitgesloten. Uit de MvT volgt dat dit deel kan uitmaken van het Preventief Akkoord en dat dit in de rede ligt wanneer het Preventief Akkoord elementen bevat die moeilijk zijn terug te draaien.

De commissie acht het ongewenst dat de mogelijkheid van ontbinding of vernietiging kan worden uitgesloten, omdat dit aan de door het Preventief Akkoord geraakte schuldeisers de mogelijkheid ontneemt om druk te zetten op de nakoming door de schuldenaar en omdat zij in het geval de schuldenaar inderdaad het Preventief Akkoord niet kan nakomen, in een opvolgend faillissement niet hun gehele vordering zoals die bestond voor het gehomologeerde Preventief Akkoord kunnen indienen maar slechts het deel van de vordering dat resteert na het Preventief Akkoord, dat niet wordt nagekomen. Dit klemt temeer omdat het Preventief Akkoord de rechten van schuldeisers tegen medeschuldenaren kan beperken. Wanneer vervolgens de schuldenaar het Preventief Akkoord niet nakomt, zouden de schuldeisers met een onverhaalbare vordering op de schuldenaar achterblijven, terwijl de medeschuldenaren zijn bevrijd van hun schulden zonder dat zij daarvoor een tegenprestatie hebben geleverd.

Universiteit Leiden

Hazelhoff Centre for Financial Law
Universiteit Leiden

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Directie Juridische Zaken
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Van Hazelhoff Centre for Financial Law, Universiteit Leiden
Datum 28 november 2017
Betreft Reactie inzake het consultatievoorstel Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

1. Inleiding

1. Het Hazelhoff Centre for Financial Law van de Universiteit Leiden[1] heeft met belangstelling kennis genomen van het consultatievoorstel Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement ("**consultatievoorstel**"). Graag maken wij gebruik van de gelegenheid om te reageren op het consultatievoorstel.

2. Het consultatievoorstel beoogt een regeling te introduceren in de Faillisementswet ("**Fw**") die ertoe strekt te voorkomen dat een onderneming die op zich levensvatbaar is maar een te grote schuldenlast heeft, insolvent raakt doordat een klein aantal schuldeisers en/of aandeelhouders weigert in te stemmen met een voorstel tot herstructurering van schulden.[2]

3. Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid om een onderhands akkoord betreffende een herstructurering van schulden, gesloten tussen

[1] Het Hazelhoff Centre for Financial Law maakt deel uit van het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden en verzorgt onderwijs en onderzoek op het terrein van het financiële recht. Drie hoogleraren leiden het Hazelhoff Centre for Financial Law: prof. mr. drs. M. Haentjens, prof. mr. R.P. Raas en prof. mr. W.A.K. Rank. Zie voor meer informatie over het HCFL: www.universiteitleiden.nl/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-privaatrecht/financieel-recht.

[2] Consultatievoorstel, concept Memorie van Toelichting, p. 1.

Steenschuur 25
Postbus 9520
2300 RA Leiden
E-mail: financieelrecht@law.leidenuniv.nl
Website: www.universiteitleiden.nl/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-privaatrecht/financieel-recht

de onderneming en alle of sommige van haar schuldeisers en/of aandeelhouders algemeen verbindend te doen verklaren (homologeren), zodat alle schuldeisers en/of aandeelhouders daaraan zijn gebonden.

4. Het Hazelhoff Centre for Financial Law ondersteunt graag de doelstelling van het consultatievoorstel. Dat neemt niet weg dat het een aantal kritische kanttekeningen heeft bij het voorstel vanuit financieelrechtelijk perspectief, meer in het bijzonder vanuit het perspectief van financiële wederpartijen van een onderneming als bedoeld in het consultatievoorstel die, om aanspraak te kunnen maken op vrijval van solvabiliteitsbeslag onder de voor hen geldende regels inzake kapitaalvereisten, erop moeten kunnen vertrouwen dat hun contractuele *netting & close-out* rechten uit raamovereenkomsten voor financiële transacties niet worden aangetast en dat zij niet in de uitoefening van deze rechten worden beperkt.

2. Kanttekeningen

5. Het consultatievoorstel bevat geen expliciete bepalingen tot waarborging van contractuele *netting & close-out* rechten uit raamovereenkomsten voor financiële transacties zoals de ISDA Master Agreement voor derivatentransacties.[3] Deze rechten kunnen worden aangetast als onderdeel van een herstructureringsplan, ook als de wederpartij tegen een dergelijk plan stemt. Ofschoon de rechtbank een herstructureringsplan niet zou moeten goedkeuren als de wederpartij significant minder zou krijgen dan zij zou ontvangen bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement, zou het wat ons betreft aanbeveling verdienen om in het wetsvoorstel op te nemen dat *netting & close-out* rechten van schuldeisers uit dat soort raamovereenkomsten niet mogen worden aangetast op een zodanige wijze dat wederpartijen slechter af zouden zijn dan in faillissement van de schuldenaar of zelfs om een expliciete waarborg voor dit soort rechten uit

[3] De ISDA Master Agreement is ontwikkeld door de *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA) en dient voor bijna alle derivaten transacties wereldwijd als juridisch raamwerk. Zie voor meer informatie bijvoorbeeld een van onze publicaties: W.A.K. Rank, "Een paarlen jubileum voor de ISDA Master Agreement: 30 jaar contractszekerheid voor OTC-derivaten", *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2017, nr. 4.

dit soort overeenkomsten op te nemen. Op die manier worden hopelijk problemen voorkomen met financiële wederpartijen die op de effectiviteit van *netting & collateral enforceability* moeten kunnen vertrouwen om aanspraak te kunnen maken op vrijval van solvabiliteitsbeslag.

6. Het consultatievoorstel beperkt de uitoefening van contractuele *netting & close-out* rechten uit dit soort raamovereenkomsten. Art. 372 lid 3 Fw consultatievoorstel bepaalt immers dat het aanbieden van een akkoord alsmede gebeurtenissen die daarmee rechtstreeks verband houden geen grond zijn voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen van of jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Het aanbieden van een akkoord zal hoogstwaarschijnlijk kwalificeren als een verzuimgrond onder een dergelijke raamovereenkomst (al is dat een vraag die strikt genomen zal moeten worden beantwoord aan de hand van het op de desbetreffende overeenkomst toepasselijke recht). Echter, het ligt ook in de rede dat *netting & close-out* rechten zullen kwalificeren als bevoegdheden die strekken tot wijziging of ontbinding en dus als rechten die door de bepaling buiten werking worden gesteld. De bepaling is zo geconcipieerd dat zij suggereert dat deze rechten *wel* kunnen worden uitgeoefend als de schuldenaar tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenissen – verbintenissen tot levering of betaling of tot het verstrekken van onderpand -, maar dat blijkt niet expliciet uit de tekst. Het lijkt raadzaam om dit te expliciteren.

7. Volgens artikel 375 Fw van het consultatievoorstel mag de schuldenaar, als hij een akkoord aan zijn schuldeisers heeft aangeboden, de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen voor een periode van ten hoogste twee maanden.[4] Tijdens de afkoelingsperiode is het derden niet toegestaan verhaal te nemen op goederen die behoren tot het vermogen van de schuldenaar, tenzij met machtiging van de rechtbank.[5] De artikelen 241a, tweede en derde lid, 241c en 241d

[4] Volgens artikel 375 lid 1 Fw consultatievoorstel kan deze periode eenmalig verlengd worden met een periode van ten hoogste twee maanden, zodat de totale duur van de afkoelingsperiode maximaal vier maanden bedraagt.

[5] Artikel 375 lid 1 Fw consultatievoorstel.

Fw zijn van overeenkomstige toepassing.[6] Dit betekent dat verhaal uit hoofde van een financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht als bedoeld in artikel 7:51 BW ("**FZO**") tijdens de afkoelingsperiode wel is toegestaan.[7]

8. Wij juichen deze uitzondering toe. De effectiviteit van FZO's is, ook tijdens procedures omtrent faillissement, cruciaal voor de financiële markten. Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten ("**Collateral Directive**") bepaalt ook expliciet dat FZO's niet mogen worden beperkt door ingeleide of lopende nationale liquidatieprocedures of saneringsmaatregelen.[8] Ons inziens dient het aanbieden van een akkoord als bedoeld in het consultatievoorstel te worden gekwalificeerd als een saneringsmaatregel.[9]

9. Artikel 241d Fw spreekt enkel over een uitzondering voor goederen die uit hoofde van een FZO zijn verpand. Is het de bedoeling van het consultatievoorstel dat die uitzondering ook een FZO-verrekenbeding in de zin van artikel 7:51 sub i omvat? Wij menen dat hiertoe in ieder geval een verplichting bestaat uit hoofde van artikel 7 lid 1 sub a Collateral Directive. De minister van Justitie heeft tijdens de behandeling van de FZO-implementatiewet in de Eerste Kamer aangegeven dat hij de Collateral Directive als volgt interpreteert:[10]

> "(…)
>
> *De afkoelingsperiode in het geval van faillissement heeft tot gevolg dat verhaal op tot de boedel behorende goederen tijdelijk niet mogelijk is (artikel 63a Fw [red: thans 63d Fw]). De richtlijn laat de handhaving van de afkoelingsperiode ten aanzien van de goederen waarop de richtlijn betrekking heeft niet toe.*

---

[6] Artikel 375 lid 3 consultatievoorstel.

[7] Zie artikel 241d Fw.

[8] Artikel 4 lid 5 Collateral Directive.

[9] Volgens artikel 2 lid 1 sub k Collateral Directive luidt de definitie van saneringsmaatregel immers: "*maatregelen die enigerlei optreden van administratieve of rechterlijke instanties met zich brengen en bestemd zijn om de financiële positie in stand te houden of te herstellen, en van dien aard zijn dat ze de bestaande rechten van derden aantasten;*".

[10] Kamerstukken I 2004-05, 28.874, nr. E, p. 14.

Ten aanzien van die goederen moet uitwinning door verkoop of verrekening mogelijk zijn, ook als het faillissement is uitgesproken.

(…)" [onderstreping toegevoegd]

Graag zouden wij op dit punt duidelijkheid zien voor de financiële markten.

10. In de toelichting in het consultatievoorstel op artikel 375 Fw wordt het volgende verklaard over verrekening, anders dan uit hoofde van een FZO:[11]

"(…)

Dit houdt bijvoorbeeld ook in dat een bank de inkomsten van de schuldenaar die op zijn bankrekening binnenkomen niet zonder toestemming van de rechter zal mogen verrekenen met de uitstaande schuld (dat wil zeggen de roodstand op de rekening).

(…)"

Wat ons betreft miskent deze passage dat verhaal op inventaris en voorraden – bedrijfsmiddelen – toch iets anders is dan verhaal door verrekening op financiële activa. Het zou wenselijk zijn als de regering zich nader bezint over de mogelijke gevolgen van het beperken van de verrekeningsbevoegdheid voor financiële wederpartijen.

11. De afkoelingsregeling maakt een uitzondering voor verpande goederen uit hoofde van een FZO, maar niet voor reguliere verpanding op grond van Boek 3 BW. In het consultatievoorstel is er nota bene expliciet voor gekozen om art. 241b Fw niet van overeenkomstige toepassing te verklaren. Dit betekent dat de gewone pandhouder niet bevoegd is om mededeling van het pandrecht te doen en betalingen in ontvangst te nemen. Zelfs de omstandigheid dat deze ontvangsten op

[11] Toelichting bij het consultatievoorstel, p. 31.

grond van art. 241b Fw bij een bewaarder zouden moeten worden gestort was voor de ontwerpers kennelijk niet voldoende om art. 241b Fw van toepassing te willen verklaren. Wat ons betreft is het onderscheid tussen een FZO-pandrecht op giraal geld en effecten en een traditioneel Boek 3-pandrecht op een daartoe strekkende vordering tamelijk gering als het gaat om uitwinning. Wij zouden het dan ook wenselijk vinden dat nader wordt gemotiveerd waarom dit onderscheid toch wordt gemaakt. In dit verband is relevant dat de minister van Justitie eerder heeft aangegeven dat financiële instrumenten, naar hun aard, niet gelijk te stellen zijn met bedrijfsmiddelen die noodzakelijk zijn om de voortzetting van de onderneming van een *gefailleerde in spe* te garanderen.[12] Dit is de ratio achter de uitzondering voor FZO's tot verpanding in de afkoelingsperiode tijdens de surseance van betaling. Deze ratio gaat onzes inziens ook op voor een traditionele verpanding van financiële activa. Wij verzoeken de regering deze argumenten nader te wegen.

3. Conclusie

12. Wij ondersteunen het doel dat het consultatievoorstel beoogt te bereiken: minder faillissementen van over het algemeen gezonde ondernemingen door onredelijke schuldeisers. Wij denken echter dat de voorgestelde regeling vanuit financieelrechtelijk perspectief nog wel enige verbetering en nadere motivering behoeft. Met name wordt onzes inziens veel te weinig rekening gehouden met het belang van financiële wederpartijen die, om aanspraak te kunnen maken op vrijval van solvabiliteitsbeslag onder de voor hen geldende regels inzake kapitaalvereisten, erop moeten kunnen vertrouwen dat hun contractuele *netting & close-out* rechten uit raamovereenkomsten voor financiële transacties niet worden aangetast en dat zij niet in de uitoefening van deze rechten worden beperkt.

[12] Kamerstukken II 2004-05, 30.138, p. 22.

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming

De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker

Postbus 20301

2500 EH Den Haag

Amsterdam, 30 november 2017

Excellentie,

1. Inleiding

1.1. Het *WHOA Business Rescue Team* (hierna: 'WBRT') heeft met belangstelling kennisgenomen van het voorontwerp van de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (hierna: 'WHOA'). Graag maken wij gebruik van de gelegenheid om, in het kader van de consultatie, te reageren op het voorontwerp WHOA.

1.2. WBRT bestaat uit experts vanuit verschillende disciplines, waaronder juristen, bedrijfskundigen en valuators. WBRT.nl is een informatieplatform voor de Wet Homologatie Onderhands Akkoord. Naast kennisdeling worden op dit platform ontwikkelingen rondom de WHOA gedeeld.

2. Succesfactoren voor (informele) reorganisaties

2.1. Ondernemingen komen vrijwel nooit van de een op andere dag in de problemen. Veelal heeft al een langdurig proces van *business failure drift* plaatsgevonden. Daarbij hebben zowel interne als externe factoren aan dit driftproces bijgedragen. Het analyseren van de oorzaken en vandaaruit een *turnaround plan* formuleren en uitvoeren is de basis voor de weg naar duurzaam herstel van de onderneming, wat het bewijs is van daadwerkelijke levensvatbaarheid. De praktijk toont aan dat zowel herstructurering van bedrijfsactiviteiten (maatregelen gericht op herstel van de strategische positie en operationele winstgevendheid) en financiële herstructurering (maatregelen gericht op verbetering van de financieringsstructuur) hierbij van belang zijn. Echter, wel in deze volgorde. Ergo, het financieel herstructureren van een onderneming heeft geen zin wanneer het onderliggende businessmodel met de operationele processen (bijvoorbeeld het verkoop- en marketingproces) niet op orde zijn.

www.wbrt.nl | info@wbrt.nl

2.2. De vraag wat een levensvatbare onderneming is (het voorontwerp WHOA verwijst overigens naar rendabel) blijkt lastig te beantwoorden, daarvoor is geen objectief criterium. WBRT spreekt liever over een *in beginsel* levensvatbare onderneming, waarbij het aan de onderneming is om aan te tonen dat hiervan sprake is aan de betrokken schuldeisers in het WHOA-traject. De werkelijke levensvatbaarheid van een onderneming wordt uiteindelijk door herstructurering van bedrijfsactiviteiten bereikt. Financiële herstructurering (lees: een WHOA-akkoord) kan daarbij een hulpmiddel zijn, waarbij ook bedacht dient te worden dat dit feitelijk een 'option of last resort' is. In gewoon Nederlands: een 'paardenmiddel'. Immers, met een (dwang)akkoord buiten faillissement worden in contractuele vrijheid afgesloten overeenkomsten met goedkeuring van de rechtbank (en in die zin 'eenzijdig') ontbonden en/of aangepast. Deze dwang zou – althans bezien vanuit de rechtszekerheid – eigenlijk niet mogen bestaan. Wanneer dit wel gebeurt – om de praktische reden dat een onderneming anders mogelijk failliet gaat – moeten de redenen daartoe zeer zwaarwegend zijn. Andere opties dienen feitelijk niet meer aanwezig te zijn. Niet vergeten mag worden dat deze inschatting een hoge mate van subjectiviteit bevat.

Poging tot informele reorganisatie

2.3. De gedachte achter de WHOA is dat schuldeisers en de schuldenaar er zelf (vrijwillig) niet uitkomen, en dat dit een ongewenste situatie oplevert. Een schuldeiser stemt bijvoorbeeld op basis van rationele gronden niet in met voorstellen van de schuldenaar omdat het voorstel te nadelig is (ook wel: *rational hold-out*) of uit strategisch oogpunt omdat daarmee een hogere (eigen) opbrengst kan worden nagestreefd (ook wel: *strategic hold-out*). Het voorontwerp WHOA biedt verdergaande mogelijkheden om partijen te dwingen – met name bij strategic hold-outs – 'akkoord' te gaan, om daarmee meer gewenst gedrag en bovenal een gewenste einduitkomst te bewerkstelligen. Het recht gaat uit van gedragingen – schuldeisers geven niet vrijwillig hun rechten op – en probeert daar verandering in aan te brengen: een betere uitkomst in de vorm van een hogere waarde (lees: voorkoming van faillissement) van de voorzienbaar insolvente onderneming.

Succesfactoren

2.4. Uit wetenschappelijk onderzoek komt naar voren dat de kans van slagen van een zogenoemde informele reorganisatie – een herstructureringsproces dat plaatsvindt zonder gebruikmaking van juridische dwangmiddelen en veelal gericht op een akkoord met schuldeisers – wordt verhoogd wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:[1]

[1] Adriaanse J.A.A., N.J.H. Huls, J.G. Kuijl, P. Vos, Informele reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement, WODC, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2004.

A. Adequate herstructurering van bedrijfsactiviteiten door het management (bij voorkeur met hulp van derden);

B. Het betrekken van belangrijke belanghebbenden (lees: financiers, schuldeisers) in het reorganisatieproces;

C. Transparantie (ten opzichte van belangrijke belanghebbenden) ten aanzien van de financiële situatie en de voorgenomen reorganisatie; en

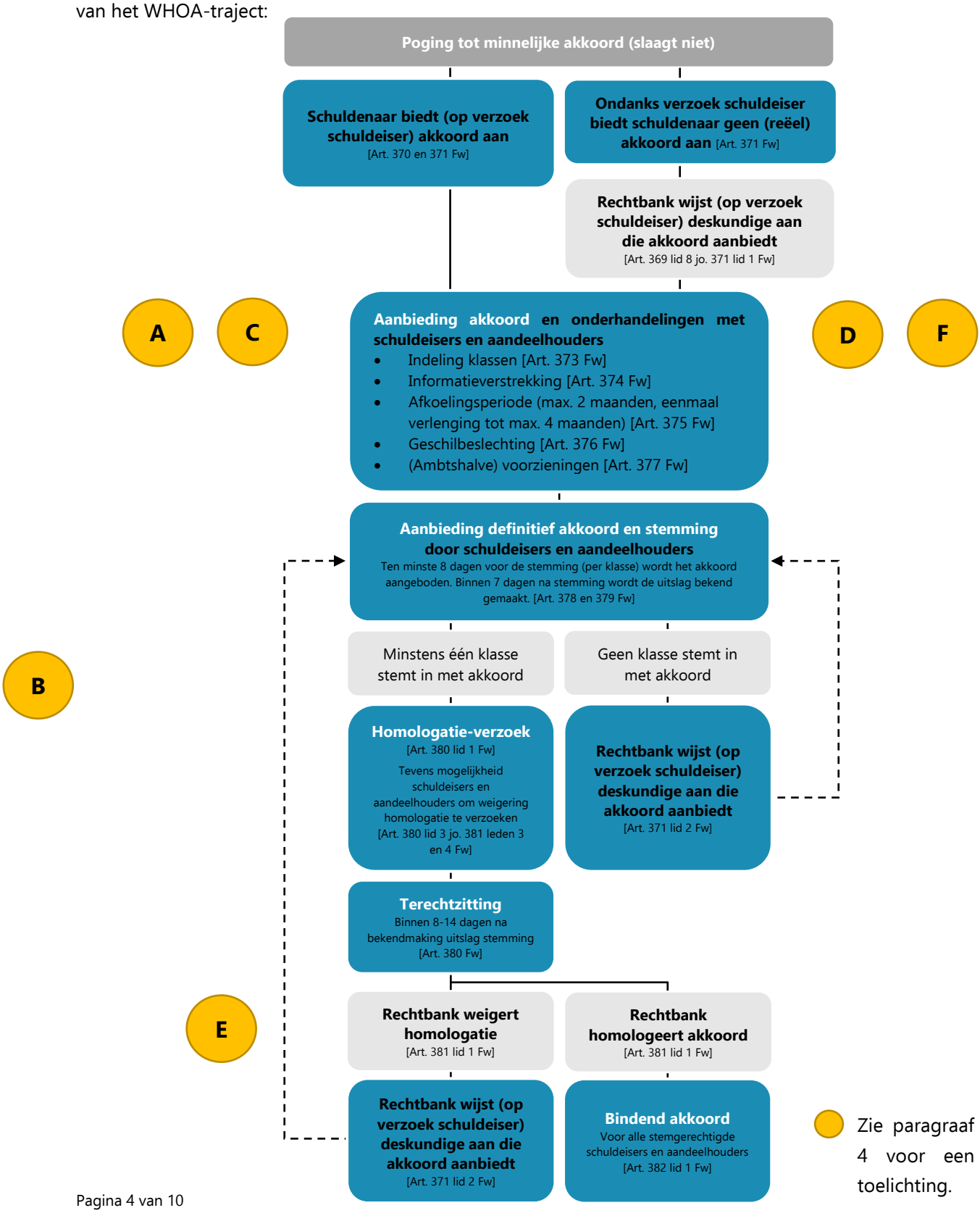
D. Inbreng van risicodragend kapitaal (al dan niet in de vorm van een overname door een derde partij).

2.5. Uit de opsomming blijkt dat aspecten als 'het betrekken van schuldeisers', 'transparantie' en 'vertrouwen' een belangrijke bijdrage leveren aan een hogere slagingskans van informele reorganisaties. 'Druk leggen' op partijen werd nadrukkelijk niet als succesfactor benoemd, eerder als mogelijke faalfactor. In het onderzoek werd dan ook geconcludeerd dat bevordering van *mediation* en ook *soft law* in de vorm van richtlijnen en principes gericht op het 'samen eruit komen' waarschijnlijk meer soelaas biedt bij financiële moeilijkheden dan openbare reorganisatieprocedures gericht op dwangakkoorden.

2.6. Uit recenter onderzoek komt specifiek naar voren dat de houding van het management en haar adviseurs richting schuldeisers (lees: *tone of voice*) een (statistisch) significante invloed heeft op de bereidheid van schuldeisers om al dan niet mee te werken aan een akkoord. Een 'coöperatieve houding' loont derhalve ten opzichte van 'druk leggen', waarbij het tevens van belang is dat de onderneming in nood in staat is de schuldeisers ervan te overtuigen dat de onderneming levensvatbaar is. Met andere woorden, het gebruik van WHOA als reorganisatie-instrument dient niet lichtvoetig te worden ingezet noch dient het te worden gezien als de panacee voor ondernemingen in zwaar weer om eenvoudig schulden af te wimpelen ('WHOA als schuld-wasmachine').

3. ‘Flow-diagram’ van de procedure uit het voorontwerp WHOA

Onderstaand bevindt zich, op basis van het voorontwerp WHOA, een vereenvoudigde weergave van het WHOA-traject:



4. Aandachtspunten bij het voorontwerp WHOA

A. Versterking vertrouwen tussen stakeholders

4.1. Het voorontwerp WHOA beoogt met een snelle doorlooptijd en een doelgericht traject een (kosten)efficiënte procedure te bieden voor sanering van de schuldenlast van ondernemingen in financieel zwaar weer, maar met rendabele bedrijfsactiviteiten. De WHOA streeft ernaar om *deal certainty* te bieden. WBRT onderschrijft deze insteek van de regeling. Zoals besproken in paragraaf 2.5. is vertrouwen tussen de betrokken schuldenaar, schuldeisers en aandeelhouders essentieel voor het realiseren van deze doelstellingen.

4.2. WBRT signaleert evenwel dat de gestelde afkoelingsperiode (in beginsel maximaal 2 maanden, met verlenging tot maximaal 4 maanden) aanzienlijk korter is dan de (maximale) duur die door de Europese Commissie is genoemd in onder meer haar aanbeveling uit 2014[2] en voorstel voor een herstructureringsrichtlijn uit 2016[3] (met een maximale afkoelingsperiode van in beginsel 4 maanden, met verlenging tot 12 maanden). Een snelle procedure is aan te moedigen, maar – met het oog op de beoogde uitkomst (instemming en homologatie van het akkoord) – mag dit geen doel op zich zijn. Daarmee rijst de vraag of de voorgestelde duur van de afkoelingsperiode van maximaal 4 maanden, zonder dat de rechter gelegenheid wordt geboden deze – slechts indien dit nodig is – te verlengen, voldoende gelegenheid aan schuldeisers en aandeelhouders biedt om een goed oordeel te kunnen vormen over het akkoord, met name in complexe herstructureringen.

B. Risico oneigenlijk gebruik

4.3. WBRT signaleert op meerdere plaatsen in het huidige voorontwerp WHOA een risico op oneigenlijk gebruik van de regeling. Zo volgt uit artikel 369 lid 9 van het voorontwerp WHOA dat het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in de rechten die werknemers hebben op grond van hun arbeidsovereenkomst. De memorie van toelichting onderstreept dit uitgangspunt en stelt dat voor het wijzigen van arbeidsovereenkomsten het traject uit de Wet Werk en Zekerheid dient te worden gevolgd. Voor andere wederkerige overeenkomsten biedt de voorgestelde wettekst juist wel de mogelijkheid om deze aan te passen of te ontbinden. Indien de overeenkomst wordt ontbonden moet schadevergoeding als gevolg van deze ontbinding worden meegenomen in het akkoord.

---

[2] Commission Recommendation on a new approach to business failure and insolvency, 12 March 2014, C(2014) 1500 final.
[3] European Commission, Proposal for a Directive of the European Union and the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU of 22 November 2016, COM(2016) 723 final.

4.4. In de voorgestelde wettekst wordt geen bijzondere positie toegekend aan de transitievergoeding en andere vergoedingen die samenhangen met het (beëindigen) van de arbeidsovereenkomst. Daarbij ontstaat het risico dat voorafgaande aan het akkoord verplichtingen worden aangegaan, zoals betaling van transitievergoedingen en/of andere (beëindigings)vergoedingen, die vervolgens worden meegenomen in het akkoord. Daarmee wordt de uitzondering die de wettekst beoogt te creëren ten aanzien van arbeidsovereenkomsten omzeild. De wijziging van de arbeidsovereenkomst wordt *de facto* naar voren gehaald maar de gevolgen hiervan worden wel in het akkoord meegenomen. WBRT vraagt zich af of de wetgever in deze optie heeft voorzien en of zij deze toestaat.

4.5. Daarnaast signaleert WBRT dat in de voorgestelde wettekst geen bepaling is opgenomen die de positie van externe claims beoogt te reguleren. Daarmee rijst de vraag of schuldeisers nadat het akkoord is gehomologeerd nog een vordering tegen het bestuur kunnen instellen uit hoofde van de Beklamel-norm of andere aansprakelijkheidsnormen. WBRT acht het niet wenselijk dat normschendingen van voor het akkoord komen te vervallen als gevolg van een gehomologeerd akkoord.

C. Waarderingskwesties bij de WHOA

4.6. Artikel 374 lid 1 sub c van het voorontwerp WHOA refereert aan de te verwachten waarde van de activa en de activiteiten van de schuldenaar indien het akkoord tot stand komt met vermelding van de gehanteerde waarderingsgrondslag, en de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.

4.7. WBRT meent dat beperkte richtlijnen zijn opgenomen voor waarderingen binnen het voorontwerp WHOA, en dat nadere richtlijnen en standaarden essentieel zijn om onnodige discussies hierover te vermijden en misbruik van recht te voorkomen. De praktijk toont immers aan dat (buiten insolventie) vele procedures worden gevoerd over waarderingsuitkomsten, soms op onjuiste gronden. Nu het voorontwerp WHOA enerzijds lijkt te spreken over een *going-concern* waarde (i.e. de reorganisatiewaarde na akkoord met een herziene vermogensstructuur), en anderzijds over de liquidatiewaarde in een gesimuleerde faillissementssituatie, spelen verwachtingen en de gebruikte waarderingsgrondslag hierbij een prominente rol.

4.8. Immers, verwachtingen betreffen een open norm die enkel is te toetsen aan de hand van het gevolg (i.e. de waarderingsuitkomst). Verwachtingen gaan over de toekomst en zijn gebaseerd op causaliteit (i.e. er is een relatie tussen oorzaak en gevolg), in tegenstelling tot voorspellingen zoals in veel bedrijfsplannen zijn opgenomen. Methodologie en consistentie bij het definiëren van verwachtingen is derhalve van groot belang. Zijn de verwachtingen mogelijk, aannemelijk of waarschijnlijk? En, hoe worden vormen van bias

en preconcepties beperkt bij het opstellen van deze verwachtingen? In het licht van het voorontwerp WHOA dienen hiervoor waarborgen te worden ingebouwd.

4.9. Hiervoor zijn waarderingsrichtlijnen noodzakelijk middels nader op te stellen '*WHOA-waarderingsprincipes*'. Het initiatief tot uitwerking van deze principes kan in de praktijk worden gelegd, in ogenschouw nemende dat Register Valuators aangesloten bij het Nederlands Instituut voor Register Valuators (NIRV) zijn opgeleid om een uitspraak te doen over waarderingsvraagstukken. Zij vallen onder beroepsregels en tuchtrecht, en kunnen hierbij een rol van betekenis spelen.

D. Herstructurering van bedrijfsactiviteiten én financiële herstructurering

4.10. Zoals besproken in paragraaf 2.2 is voor werkelijke levensvatbaarheid naast financiële herstructurering ook (en met name) herstructurering van bedrijfsactiviteiten nodig. WBRT merkt op dat het voorontwerp WHOA zich met name richt op financiële herstructurering, zoals onder meer volgt uit artikel 374 van het voorontwerp WHOA waarin wordt vermeld welke informatie (in ieder geval) moeten worden verstrekt aan stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.

4.11. WBRT acht het van belang dat naast een onafhankelijke waarderingstoets (of beter: als onderdeel van een waarderingstoets) een *'WHOA-turnaround plan'* wordt gepresenteerd. Gebaseerd op wetenschappelijke onderzoek naar succes- en faalfactoren van turnarounds[4] zou een turnaround plan minimaal uit de volgende elementen moeten bestaan:

(1) Profielschets onderneming: focus op de vraag wat de oorzaken zijn van de problemen van de onderneming;

(2) Omgevingsanalyse: beeld van externe kansen en bedreigingen voor de onderneming;

(3) Operationele analyse: beeld van sterke en zwakke punten van de onderneming en hoe deze laatste worden weggenomen;

(4) Strategische intentie: beschrijving van het gewenste einddoel van de turnaround strategie (periode 1- 3 jaar);

(5) Turnaround strategie: uiteenzetting van de maatregelen die de onderneming aan het nemen is om het bedrijf weer gezond te maken;

(6) Operationeel actieplan: concrete uitwerking van operationele actieplannen in de komende periode (< 1 jaar);

[4] Zie voor literatuuroverzichten: Adriaanse J.A.A., Offeren D.H. van & Rest J.I. van der (red.) (2016), Turnaround Management Recht en Praktijk - Insolventierecht nr. InsR7. Deventer: Wolters Kluwer en Adriaanse J.A.A. & Rest J.I. Van der (red.) (2017), Turnaround Management and Bankruptcy. New York: Routledge / Taylor Francis.

(7) Financiële prognoses: overzicht van prognoses inzake kostensaneringen, omzetontwikkeling, cashflowontwikkeling;

(8) Waarderingsanalyse; waardering onderneming going-concern en in liquidatie, inclusief betekenis voor schuldeisers/financiers en financieringsbehoefte;

(9) Tijdschema; uiteenzetting van belangrijkste te behalen mijlpalen (kwartaal-halfjaar-jaar);

(10) Samenvatting.

4.12. Daarbij het idee is dat uit de financiële prognoses (nr. 7) de koppeling wordt gemaakt naar de waardering van de onderneming (nr. 8) en vandaaruit de concrete financieringsbehoefte, i.e. het te overbruggen tekort dat middels het WHOA-akkoord door schuldeisers en of aandeelhouders dient te worden opgevuld. Het zal aan de praktijk zijn om tot concrete (verdere) inrichting te komen van een raamwerk voor een WHOA-turnaround plan, dat binnen elk WHOA-traject aan schuldeisers (en de rechter) dient te worden gepresenteerd.

4.13. Om het daadwerkelijke reorganiserende vermogen van bedrijven te vergroten dient ook herstructurering van bedrijfsactiviteiten plaats te vinden. WBRT meent dat dit in het voorontwerp WHOA dient te worden gewaarborgd. WBRT merkt op dat het verstrekken van een turnaround plan opgenomen zou kunnen worden in artikel 374 lid 1 van het voorontwerp WHOA. Bij algemene maatregel van bestuur (artikel 374 lid 3 van het voorontwerp WHOA) of op basis van in de praktijk te ontwikkelen *'WHOA-turnaround principes'* kan de (minimale) inhoud van dit plan nader worden vormgegeven.

E. Positie van (insolventie)rechters

4.14. In het WHOA-traject speelt de (insolventie)rechter een centrale rol in geschilbeslechting (tussen schuldenaar, schuldeisers en aandeelhouders) en bij de (mogelijke) homologatie van het akkoord. WBRT signaleert dat het voorontwerp WHOA – mogelijk meer dan huidige faillissementsprocedures – vergt dat de (insolventie)rechter zich op een multidisciplinair terrein kan begeven met juridische-, bedrijfskundige- en waarderingsvraagstukken. In geschillen op deze terreinen dient de rechter steeds – met het oog op een efficiënte procedure – in een kort tijdsbestek te oordelen.

4.15. De gevolgen van een zogenoemd 'dwangakkoord' kunnen – bijvoorbeeld bij schuldeisers – snel tot geschillen en juridische procedures leiden. WBRT merkt op dat de rechter in het voorontwerp WHOA in een kort tijdsbestek – in ogenschouw genomen de maximale duur van vier maanden van een afkoelingsperiode en maximaal 14 dagen om nadat de uitslag van de stemming bekend is gemaakt te oordelen over een verzoek tot homologatie – heeft om te oordelen over geschillen tussen partijen.

4.16. Efficiënte geschilbeslechting vraagt dat (insolventie)rechters voldoende ervaring en expertise hebben op voornoemde terreinen en waar nodig (ambtshalve) toegang hebben

tot deskundigenadvies. Daarbij zal ook doorlopende training van (insolventie)rechters zich ook moeten richten op juridische en bedrijfskundige aspecten van een akkoord. WBRT merkt op dat dit – alhoewel het buiten het huidige wetgevingskader valt – voldoende aandacht dient te krijgen zodat de WHOA een reële mogelijkheid op herstructurering biedt die met voldoende (effectieve) waarborgen is omkleed.

F. Termijn inroepen rechten

4.17. WBRT is positief over de (doorloop)snelheid van een WHOA-akkoord en de daarbij horende *deal certainty*. WBRT signaleert echter enkele variabelen die gedurende het WHOA-traject voor onzekerheid kunnen zorgen. Zo fluctueert de zekerheidspositie van de financierende pandhouder doorgaans bij *asset based finance*, waardoor de uitgangspunten kunnen wijzigen. Voorts is vaak sprake van partijen die (wettelijke of contractuele) rechten lopende het traject in kunnen roepen, die van grote invloed zijn op de positie van andere deelnemers. Gedacht kan worden aan het retentierecht en het recht van reclame. Op deze rechten dient een beroep te worden gedaan, voordat deze effect hebben. Dat kan in een later stadium van het akkoord plaatsvinden, waardoor de eerdere uitgangspunten voor een akkoord wijzigen. WBRT meent dat in de vormgeving van het voorontwerp WHOA aan de fluctuerende zekerheidspositie van de pandhouder een mouw valt te passen, maar dat de latente aanspraken van (handels)crediteuren voor onzekerheid zorgen.

4.18. WBRT stelt voor om die onzekerheid (grotendeels) te elimineren, door de aanbieder van het akkoord de mogelijkheid te bieden om haar (handels)crediteuren een fatale termijn te stellen voor het inroepen van hun rechten. Een dergelijke termijn kan in combinatie met een afkoelingsperiode worden verleend door de rechter-commissaris. Na het verstrijken van de termijn voor inroeping van die rechten, die dan kan samenvallen met de aanvang van de afkoelingsperiode, kan een accurate inschatting worden gemaakt van de crediteurenpositie ten behoeve van de klassenverdeling.

5. Tot besluit

5.1. WBRT ondersteunt het doel van het voorontwerp WHOA. Wel zijn in het voorgaande enkele opmerkingen en observaties gegeven. Kort weergegeven merkt WBRT het volgende op:

A. Het voorontwerp WHOA beoogt terecht een snelle en (kosten)efficiënte procedure. Echter, waar dit in (complexe) WHOA-trajecten nodig is, zou een rechter de mogelijkheid moeten hebben om tot verlenging van de afkoelingsperiode (naar meer dan vier maanden) te besluiten.

B. Zowel ten aanzien van de positie van werknemers als ten aanzien van normschendingen voorafgaande aan het akkoord signaleert WBRT een hoog risico op oneigenlijke gebruik van de regeling.
C. Om discussies over waarderingskwesties te beperken dient de wetgever aan te sturen op het opstellen van 'WHOA-waarderingsprincipes' vanuit de praktijk.
D. Naast financiële herstructurering is ook herstructurering van bedrijfsactiviteiten nodig om de levensvatbaarheid van de onderneming te waarborgen. Bij aanbieding van een akkoord aan schuldeisers en aandeelhouders dient daarom ook een 'WHOA-turnaround plan' te worden verstrekt.
E. In het WHOA-traject begeeft een (insolventie)rechter zich op het terrein van juridische-, bedrijfskundige- en waarderingsvraagstukken. Dit vergt rechters met (veel) ervaring, die toegang hebben tot doorlopende en brede training alsook deskundigenadvies.
F. Teneinde de deal certainty van het akkoord te vergroten adviseert WBRT de aanbieder van het akkoord de mogelijkheid te bieden om haar (handels)crediteuren een fatale termijn te stellen voor het inroepen van hun rechten.

Met vriendelijke groet,

Namens WBRT,

Prof. dr. Jan Adriaanse mr. Derk van Geel

Amsterdam, 30 november 2017

Via consultatiesite

Ter attentie van:
Ministerie van Justitie en Veiligheid

Position Paper

van de

Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen (NVL)

inzake

het voorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord om een dreigend faillissement af te wenden

(Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement)

versie 5 september 2017
(het "Voorstel")

1. Inleiding

Over de NVL
De NVL behartigt sinds 1972 de belangen van de algemene leasemaatschappijen in Nederland. Deze leasemaatschappijen houden zich bezig met zogenoemde 'equipment lease'. Zij (ver)leasen objecten als trucks en trailers, kranen, bussen, grondverzetmachines, industriële machines in de metaal-, hout- en kunststofverwerkende industrie, drukmachines, kopieermachines, computers en ICT-oplossingen, inclusief software. De leden van de NVL bestrijken ruim 95% van de totale equipment lease markt in Nederland.

Over het belang van leasing in Nederland, in het bijzonder voor het MKB
De equipment leasing markt in Nederland was in 2016 goed voor een nieuw volume aan leasecontracten van €5,5 miljard euro. Van dit bedrag wordt 84% gerealiseerd bij MKB bedrijven. Hiermee is leasing, na bankfinanciering, veruit de tweede belangrijkste externe financier van het MKB. Leasing biedt MKB bedrijven een stevige ondersteuning bij het doen van investeringen in bedrijfsmiddelen, onder meer door 100% financiering aan te bieden van de waarde van het object, waardoor het bedrijf geen (eigen) werkkapitaal hoeft aan te wenden.

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

2. Samenvatting van het standpunt van de NVL ten aanzien van het Voorstel

Algemeen
Hoewel de NVL oog heeft voor redenen om te komen tot een wettelijke regeling voor sanering van schulden buiten faillissement, ziet de NVL ernstige gebreken in het Voorstel. Naar de mening van de NVL zal de invoering van het Voorstel daarom naar alle waarschijnlijkheid niet te onderschatten gevolgen hebben voor het klimaat van leasing in Nederland. Dit betekent dat naar de stellige overtuiging van de NVL de invoering van het voorstel negatieve gevolgen zal hebben voor de beschikbaarheid van leasing voor het MKB. Dit zal tot ongewenste situaties leiden omdat leningen van banken voor het MKB geen geschikt substituut vormen voor het dalende aanbod van leasing in Nederland. Verder zullen door de onzekerheden die ontstaan ten aanzien van het onderpand van leasegevers (de objecten en de derde-zekerheden), de kosten voor lease stijgen. Specifiek voor de aan banken gerelateerde leasemaatschappijen geldt in dit verband dat zij conform de wettelijke eisen van centrale banken een verhoogd risicokapitaal zullen moeten aanhouden, iets wat in de risico-opslag moet worden doorberekend.

Concreet
De NVL meent daarom dat leasing in het Voorstel moet worden uitgezonderd van het toepassingsbereik (zie par. 3). Als de mening van de NVL dat leasing buiten het toepassingsbereik dient te vallen niet wordt gevolgd, dan moet in ieder geval veel beter worden onderbouwd waarom leaseovereenkomsten - anders dan arbeidsovereenkomsten - wèl onder het toepassingsbereik van het Voorstel zouden moeten vallen. Verder moet dan concreet worden aangegeven wat de te verwachten negatieve gevolgen hiervan zijn voor de financiering van het bedrijfsleven, in het bijzonder het MKB. Als de mening van de NVL dat leasing buiten het toepassingsbereik dient te vallen niet wordt gevolgd, dan dient het Voorstel op de in deze *position paper* aangegeven punten ingrijpend te worden aangepast ten einde de negatieve gevolgen voor met name het MKB door de te verwachten afname van het leaseaanbod in Nederland te mitigeren (zie par. 4).

3. Toepassingsbereik van het Voorstel

Leasing net zo essentieel voor het bedrijfsleven en de (voortgezette) bedrijfsvoering als de factor arbeid
De NVL heeft in haar publieke *position paper* van 13 november 2014 over het toen ter consultatie voorgelegde voorstel ("WCO II") bepleit dat leaseovereenkomsten (huur(koop)overeenkomsten met betrekking tot bedrijfsmiddelen) net als arbeidsovereenkomsten buiten de werkingssfeer van WCO II moeten blijven. Dit wordt gerechtvaardigd door het grote belang van deze vorm van financiering voor het Nederlandse bedrijfsleven. De NVL huldigt deze mening nog steeds. In de concept MvT zijn geen overtuigende argumenten opgenomen waarom deze mening niet wordt gevolgd. De NVL meent dat voor leaseovereenkomsten een vergelijkbare regeling opgenomen dient te worden als die voor rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst (art. 369 lid 9 Voorstel). Dit sluit ook aan bij het mechanisme (en de balans) neergelegd in de artt. 39 (huurovereenkomsten) en art. 40 Fw. (arbeidsovereenkomsten). In de concept MvT bij het Voorstel wordt niet toegelicht waarom het Voorstel waar mogelijk probeert aan te sluiten bij het gewone faillissement, maar dat toch niet is gekozen om dit mechanisme van artt. 39 en 40 Fw over te nemen voor leasing (of wat de motieven zijn om dit juist niet over te nemen). Voor arbeidsovereenkomsten (voor het faillissement

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

geregeld in art. 40 Fw) is in het Voorstel een *carve-out* opgenomen (lid 9 van art. 369 Voorstel) maar er is geen enkele rechtvaardiging om niet ook huurovereenkomsten (voor het faillissement geregeld in art. 39 Fw) in die *carve-out* op te nemen. De NVL meent dat het Voorstel niet van toepassing dient te zijn op leaseovereenkomsten.

Inclusie is niet effectief en heeft negatieve effecten
Wanneer leasing is uitgezonderd, laat dat onverlet dat leasemaatschappijen in de praktijk actief zullen kunnen meewerken aan sanering buiten faillissement; net zoals ook betrokken werknemers onder omstandigheden bereid zullen zijn om bij te dragen aan een saneringsakkoord. Dat gebeurt ook nu regelmatig en er is geen geval bekend waarbij een leasegever misbruik van recht gemaakt heeft door niet mee te werken aan redelijke saneringsvoorstellen. Er is geen bestaand probleem dat door de inclusie van leasegevers in het Voorstel moet worden opgelost en deze inclusie is daarom ook niet effectief maar zinledig. De NVL is graag bereid dit standpunt nader toe te lichten.

Voorlopige uitzondering tot onderzoek naar effectiviteit en effecten is afgerond
Als een keuze wordt gemaakt om leaseovereenkomsten binnen het toepassingsbereik van het Voorstel te houden, dan moet dat gebaseerd zijn op gedegen empirisch onderzoek. Dergelijk onderzoek ontbreekt op dit moment terwijl de NVL daarentegen aannemelijk kan maken dat het Voorstel naar alle waarschijnlijkheid niet te onderschatten negatieve gevolgen zal hebben voor het klimaat van leasing in Nederland. De NVL is van mening dat leasing in ieder geval buiten het toepassingsbereik van het Voorstel moet blijven zolang gedegen onafhankelijk onderzoek niet is gestart en de resultaten van een dergelijk onderzoek niet beschikbaar zijn.

Conclusie
Naar het oordeel van de NVL zou lid 9 van art. 369 (Toepassingsbereik) in die zin moeten worden aangevuld dat ook leasing is uitgesloten. In ieder geval moet leasing uitgezonderd zijn zolang er geen resultaten zijn van onderzoek naar effectiviteit en nadelige gevolgen van de toepassing van het Voorstel op leaseverhoudingen.

4. Overige inhoudelijke bezwaren van de NVL tegen het Voorstel

Overzicht inhoudelijke bezwaren tegen het Voorstel

De grootste bezwaren heeft de NVL tegen:

1. de voorgestelde regeling ten aanzien van wederkerige overeenkomsten die een wettelijke basis vormt voor wat wel “contractdoorbraak” wordt genoemd, namelijk eenzijdige wijziging of beëindiging van contracten door de schuldenaar met steun van de rechter (art. 372 Voorstel)
2. de summiere regeling van de indeling in klassen en het gebrek aan goede richtlijnen voor deze indeling in de concept MvT (art. 373 Voorstel) en de onmogelijkheid voor schuldeisers tijdig op te komen tegen een verkeerde indeling in klassen (art. 376 Voorstel)
3. het feit dat regeling van de contractdoorbraak en van het akkoord kan worden aangewend om slechts een geselecteerd aantal contracten of schulden te saneren
4. het feit dat het Voorstel niet voor alle gevallen een solide mogelijkheid biedt aan een of meer lijdelijk betrokken schuldeisers om benoeming van een deskundige of een toezichthouder te verzoeken (artt. 370, 371 en 377 Voorstel)

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

5. de regeling over de positie van borgen, derden en medeschuldenaren (art. 370 lid 2 Voorstel)
6. het voorgestelde pauliana-artikel dat in voor leasemaatschappijen negatieve zin afwijkt van het in WCO II voorgestelde artikel (art. 42a Fw nieuw).

De inhoudelijk bezwaren van de NVL tegen het Voorstel worden hierna toegelicht.

4.1 Eenzijdige contractdoorbraak (art. 372 Voorstel)

Deze regeling geeft de schuldenaar een grote prikkel om buiten faillissement en zonder externe toezichthouder of externe toets zijn verplichtingen uit contractuele verhoudingen te verlichten dan wel het contract als geheel eenzijdig vroegtijdig te beëindigen. In het laatste geval zal de schuldenaar zijn schadevergoedingsplicht die daardoor ontstaat ten opzichte van de contractuele wederpartij verlichten door het aanbieden van een akkoord dat via homologatie tegen de wil van de schuldeiser kan worden doorgedrukt. Aldus wordt een wettelijke basis gecreëerd voor contractbreuk, ook wel 'contractdoorbraak' genoemd. Hier schiet de wensgedachte om rechtspersonen die falende ondernemingen voeren in stand te houden door middel van het voorkomen van faillissementen, te ver door.

> *Noot: in de concept wettekst wordt voor de toepassing van de regeling aanknoping gezocht bij de term wederkerige overeenkomst. In de MvT wordt expliciet gemaakt dat bij deze regeling gedacht moet worden aan leaseovereenkomsten. Goede nota moet worden genomen van het feit dat een leaseovereenkomst geen bijzondere overeenkomst is in de zin van Boek 7 BW. De term "leaseovereenkomsten" is geen wetsbegrip. Er worden "leaseovereenkomsten" gesloten met zeer verschillende kenmerken en onder verschillende benamingen, zoals bijvoorbeeld operationele leaseovereenkomsten, financiële leaseovereenkomsten en pandleaseovereenkomsten. Soms neigen dergelijke overeenkomsten naar een huurovereenkomst of een goederenkrediet ("huurkoop"), maar soms ook weer is er een belangrijk service-element.. Bijna altijd zijn het gemengde en complexe contracten. Het Voorstel is onvoldoende specifiek en dit zal tot vele rechtszaken aanleiding kunnen geven.*

De bezwaren die de NVL tegen de regeling van contractdoorbraak in het Voorstel heeft, zijn de volgende:

- Een goede toelichting over nut en noodzaak en de beoogde doelen van de regeling ontbreekt en er is geen verwijzing naar empirisch onderzoek waaruit zou moeten blijken dat (i) een regeling van contractdoorbraak zoals opgenomen in het Voorstel effectief zal zijn en (ii) wat de te verwachten (negatieve) effecten van invoering van deze regeling zullen zijn;
- De regeling voor contractdoorbraak kan door de schuldenaar kennelijk los van het aanbieden van een akkoord worden ingezet tegen een contractuele wederpartij; het enkele feit dat de schuldenaar voorziet dat hij zijn opeisbare schulden niet meer zal kunnen voldoen maakt het mogelijk gebruik te maken van deze route; onduidelijk hoe deze regeling zich verhoudt tot artt. 6:248/6:258 BW; deze regeling behoort dan ook niet in dit Voorstel en ook niet in de Faillissementswet thuis;
- De regeling voor contractdoorbraak is veel te ruim van opzet: de NVL heeft bezwaar tegen (i) het feit dat financiële verplichtingen in de toekomst kunnen worden verkort, en (ii) het

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

feit dat contractdoorbraak ook voor allerlei niet-financiële afspraken kan worden opgedrongen;
- De regeling kan worden ingezet tegen één contractuele wederpartij of een kleine groep ("cherry picking"), terwijl de andere schuldeisers, zelfs indien deze geacht kunnen worden tot dezelfde klasse te behoren (omdat er bijvoorbeeld gelijksoortige duurovereenkomsten mee zijn gesloten), buiten schot kunnen blijven;
- De regeling biedt verdere mogelijkheden voor de schuldenaar om aan 'cherry picking' te doen, namelijk de schuldenaar kan zelf selecteren welke contracten wel en welke contracten niet langs deze weg opengebroken zouden moeten worden;
- De regeling voor contractdoorbraak is te summier over de schadevergoeding na een '372'-beëindiging, en in het bijzonder hoe deze precies moet worden vastgesteld; uit de MvT kan worden afgeleid dat dan de schade moet worden vastgesteld conform de artt. 6:95-110 BW; onduidelijk is verder of de verwijzing naar het BW dwingendrechtelijk werkt en dus of dit betekent dat bepalingen die leasemaatschappijen opnemen in de leaseovereenkomst voor tussentijdse beëindiging hun werking verliezen; onduidelijk is ook in een akkoord vervolgens zowel deze schadevergoeding als ook de tot het moment van aanbieden van het akkoord opgebouwde verplichtingen kunnen worden verkort.
- De regeling voor contractdoorbraak is onvoldragen op procedureel gebied en waarborgen rond rechtsbescherming ontbreken: hoe zit het met stemmen in klassen hier? kan dit los van een akkoord ingezet worden? wanneer is een beroep op de rechter mogelijk?

Algemeen

De NVL meent dat uitgangspunt moet zijn dat toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit leaseovereenkomsten (van welke aard en onder welke benaming dan ook) onaangetast moeten blijven. Leaseovereenkomsten worden gesloten om ondernemers in staat te stellen om *gebruik* te maken van bedrijfsmiddelen. Het gebruik daarvan is in de bedrijfsprocessen van ondernemers van doorslaggevend belang en draagt bij aan het economische succes van ondernemers. Er is sprake van langdurige overeenkomsten en het aanbieden daarvan geschiedt op basis van het vertrouwen dat de leasenemer gedurende de volledige vaste looptijd van de leaseovereenkomst zijn verplichtingen nakomt. Als daarover onzekerheid ontstaat dan zal dit vrijwel zeker tot uitdrukking komen in de commerciële voorwaarden waaronder leaseobjecten in gebruik worden gegeven. De NVL benadrukt dat de periodieke leaseprijs vooraf wordt vastgesteld op basis van een uitgebreide risico-analyse. Het risico dat de leasenemer deze zorgvuldig opgebouwde contractuele verhouding eenzijdig kan openbreken, zal leiden tot een flinke risico-opslag en dus een hogere leaseprijs. Dit heeft gevolgen voor de kosten van leasing aan het MKB en dus ook voor de mate van financiering in de vorm van een lease. Dit betekent niet dat MKB-ondernemers dan maar eenvoudigweg een banklening zullen nemen: aan de hand van onderzoek en statistisch materiaal kan aangetoond worden dat een MKB-onderneming vaak geen andere financieringsvorm dan lease wil of kan krijgen. Een banklening is aantoonbaar geen substituut voor een lease.

Concreet

De NVL is van mening dat de regeling van contractdoorbraak in het Voorstel onaanvaardbare rechtsonzekerheid doet ontstaan. In vergelijking met andere leveranciers van zaken en diensten wordt het belang van leasemaatschappijen onevenredig geschaad. Een voorstel ex art. 372 zou nooit zonder een definitief akkoord mogelijk moeten zijn en een voorstel ex art. 372 zou integraal onderdeel moet zijn van een definitief aan te bieden akkoord (A). Deze regeling (als deze al van toepassing moet zijn op leaseovereenkomsten) moet beperkt worden tot opeisbare

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

verplichtingen die ten tijde van het aanbieden van een akkoord bestaan (B) en dan uitsluitend betrekking hebben op die contractuele verplichtingen die strikt financieel van aard zijn (C). Verder dient vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de regeling van contractdoorbraak aanzienlijk aangescherpt te worden, zowel in materiele zin als vanuit het oogpunt van procedure en rechtsbescherming (D-F). Het Voorstel dient volgens de NVL daarom (vrij ingrijpend) aangepast te worden.

De bezwaren A-F tegen de regeling van contractdoorbraak worden hieronder toegelicht.

Geen voorstel tot contractdoorbraak ex art. 372 zonder een gelijktijdig aangeboden definitief akkoord ex art. 370 Voorstel

Uit het Voorstel lijkt te volgen dat het aanbieden van een akkoord en het aanbieden van een voorstel tot contractdoorbraak twee op zichzelf staande alternatieven zijn, die naar keuze van de schuldenaar elk apart of samen kunnen worden ingezet tegen schuldeisers.

Dit betekent dat het voorstel tot contractdoorbraak door de schuldenaar kan worden gedaan terwijl:

- er bij de schuldenaar geen enkele intentie bestaat om binnenkort een akkoord aan te bieden
- er nog geen akkoord in de maak is
- er nog geen akkoord is aangeboden
- er een akkoord is aangeboden dat nog niet is geaccepteerd
- er een akkoord is aangeboden dat nooit geaccepteerd zal worden
- er een akkoord is geaccepteerd dat nog niet is gehomologeerd, of
- er een akkoord is geaccepteerd dat nooit gehomologeerd zal worden.

Kennelijk wordt dit door de wetgever beoogd, want in het Voorstel is opgenomen dat een schadevergoedingsvordering die ontstaat door beëindiging van een wederkerige overeenkomst omdat de schuldeiser het contractdoorbraakvoorstel niet aanvaardt, verkort kan worden via de weg van een akkoord. De wetgever heeft dus de kennelijke wil om mogelijk te maken dat de schuldenaar (volgtijdig) eerst een contractdoorbraakvoorstel kan doen en daarna, nadat de betrokken contractspartijen duidelijk gemaakt hebben of ze dat voorstel al dan niet accepteren, een akkoord gereed kan maken en kan aanbieden.

> ***Noot:*** *mocht niet zijn beoogd deze regeling voor contractdoorbraak los te doen staan van de regeling voor het aanbieden van een akkoord, dan dient dit zowel in de wettekst als in de concept MvT verduidelijkt te worden. Verwarring ontstaat door het woordje 'ook' in lid 1 van art. 372. Het woordje 'kan' in lid 2 versterkt deze interpretatie. De MvT zwijgt over de volgtijdigheid.*

Het gevolg is dat een voorstel tot contractdoorbraak van de schuldenaar reeds kan ingrijpen op rechtsverhoudingen terwijl gesprekken over de nadere invulling van een akkoord tussen de schuldenaar en diens schuldeisers nog niet eens begonnen zijn of nog gaande zijn. Het akkoord is op zo'n moment in materiële zin nog niet stabiel. De NVL meent dat een voorstel ex art. 372 nooit zonder een aangeboden akkoord mogelijk mag zijn en dat het voorstel ex art. 372 integraal onderdeel moet zijn van het definitieve akkoord en als zodanig ook behandeld moet worden. De NVL meent verder (onverminderd het overig gestelde in deze *position paper*) dat de

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

leasemaatschappij als wederpartij van de schuldenaar pas gehouden kan zijn om zich uit te laten over een voorstel tot contractdoorbraak nadat het definitieve akkoord (overeenkomstig art. 378 lid 1 Voorstel) aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders is voorgelegd en integraal is geaccepteerd dan wel is gehomologeerd. Eerst op dat moment is de wederpartij van de schuldenaar in staat om op basis van volledige informatie een beslissing te nemen over de noodzaak en aanvaardbaarheid van het voorstel tot contractdoorbraak. Als een wederpartij eerder gehouden zou zijn om zich uit te laten over de aanvaardbaarheid van een voorstel tot wijziging, dan betekent dit dat die wederpartij daardoor in een ongelijkwaardige, slechtere positie ten opzichte van andere schuldeisers komt te verkeren. Daartoe bestaat geen rechtvaardiging. Praktisch betekent dit dat de schuldenaar in het definitieve akkoord tevens een voorziening dient te treffen voor de afwikkeling van de alternatieve schadevergoedingsvordering voor het geval de schuldenaar gebruik zal maken van het recht tot beëindiging van de wederkerige overeenkomst in verband met het niet aanvaarden van een voorstel tot wijziging daarvan door de contractuele wederpartij.

A. Bij contractdoorbraak dienen toekomstige verplichtingen uit leaseovereenkomsten onaangetast te blijven

Onder de regeling van contractdoorbraak in het Voorstel wordt een leasemaatschappij in feite een keuzemogelijkheid gegeven, namelijk: het aanvaarden van een voorstel tot wijziging van de leaseovereenkomst óf het risico nemen dat deze wordt beëindigd en dat een schadevergoedingsvordering wordt gesaneerd via een aan te bieden akkoord. De NVL meent dat leasemaatschappijen daardoor voor het blok gezet worden. Het is immers goed voorstelbaar dat in de praktijk zal blijken dat het alternatieve scenario van een te saneren schadevergoedingsvordering dusdanig is, dat er geen sprake is van een reële keuzemogelijkheid. De schuldenaar kan de leasemaatschappij zo een onredelijk lage maandtermijn voor de toekomst opdringen, omdat beëindiging dusdanig veel schade zal veroorzaken dat de leasemaatschappij zich genoodzaakt ziet genoegen te nemen met het wijzigingsvoorstel. Denk daarbij aan de kosten bij beëindiging van demontage, afvoer en remarketing van het object en de afschrijving ineens van de kosten van installatie, operationeel maken, training van personeel etc. Hierdoor wordt de leasemaatschappij gedwongen om een veel slechtere positie te aanvaarden dan leveranciers van zaken en diensten die na een homologatie nieuwe overeenkomsten aangaan met de schuldenaar (bijvoorbeeld ter vervanging van objecten die eerder waren geleased maar waarvan de leaseovereenkomsten ex art. 372 zijn geëindigd). De schuldenaar zal na homologatie van het akkoord merken dat een redelijk handelende wederpartij enkel bereid zal zijn leaseovereenkomsten aan te gaan als de reguliere marktprijs uitgangspunt is. Het is goed mogelijk dat zich een situatie voordoet waarin de schuldenaar na homologatie nieuwe leaseovereenkomsten zal moeten sluiten om vergelijke objecten in gebruik te kunnen krijgen en dat de dan te betalen leasetermijnen veel hoger blijken te zijn dan de in een wijzigingsvoorstel van de schuldenaar aangeboden leasetermijn die de zittende leasemaatschappij heeft moeten accepteren omdat hij voor het blok werd gezet. Er bestaat geen enkele rechtvaardiging om van leasemaatschappijen die al een contractrelatie hebben met de schuldenaar te verlangen dat zij in de toekomst objecten in gebruik moeten blijven geven beneden de voorheen overeengekomen marktprijs. In vergelijking met andere leveranciers van zaken en diensten wordt het belang van leasemaatschappijen onevenredig geschaad. De schuldenaar en zijn stakeholders (waaronder de andere schuldeisers betrokken bij een akkoord die 'slechts' een afslag op hun opeisbare vordering hebben geaccepteerd of hoeven te dulden) wordt een voordeel toegekend waar geen enkele rechtvaardigingsgrond voor bestaat.

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

Kortom, de NVL vreest dat het Voorstel er toe bijdraagt dat leasemaatschappijen in de toekomst objecten in gebruik moeten blijven geven tegen niet-marktconforme voorwaarden. De NVL meent dat in de regeling ieder evenwicht tussen de schuldenaar die een contractdoorbraakvoorstel kan doen en een akkoord kan aanbieden (en afdwingen met behulp van de rechter) en een leasemaatschappij afwezig is. De NVL vreest dat in de praktijk leasenemers veelvuldig gebruik zullen maken van dit nieuwe instrumentarium dat de wetgever beschikbaar heeft gesteld, dat dit zal leiden tot onevenredig zware saneringsvoorstellen die door de leasemaatschappij nauwelijks te ontlopen zijn omdat het alternatief (beëindiging van de relatie) nog veel slechter uitpakt voor de leasemaatschappij.

Samenvattend: de regeling biedt weliswaar de leasemaatschappij de mogelijkheid om een voorstel tot een voor de leasegever onaanvaardbare verkorting van toekomstige financiële verplichtingen van de hand te wijzen maar dit biedt veel te weinig tegenwicht. In de praktijk is het verre van ondenkbeeldig dat leasemaatschappijen in deze gevallen in een weinig benijdenswaardige positie geraken omdat de gevolgen van beëindiging, zeker indien de conform het Burgerlijk Wetboek bepaalde schadevergoeding ook weer wordt verkort, zo danig ernstig zijn dat leasemaatschappijen geen goed alternatief hebben dan het accepteren van een (subjectief onaanvaardbaar en wellicht zelfs objectief ongerechtvaardigd) voorstel tot contractdoorbraak. Anders gezegd: door de wetgever wordt de leasegever tot een 'sitting duck' gemaakt. Het is naïef te veronderstellen dat dit geen gevolgen zal hebben voor de *appetite* van leasemaatschappijen om in Nederland leases te verstrekken aan andere dan buitengewoon solide partijen. De NVL meent dan ook dat toekomstige financiële verplichtingen uit leaseovereenkomsten buiten het bereik van de voorgestelde regeling behoren te blijven.

B. <u>Bij contractdoorbraak dienen niet-financiële verplichtingen uit leaseovereenkomsten onaangetast te blijven</u>

De regeling van contractdoorbraak in het Voorstel houdt in dat een schuldenaar een wederpartij met wie hij een wederkerige overeenkomst heeft gesloten, een voorstel kan doen 'tot wijziging van die overeenkomst' (art. 372 lid 1). Het Voorstel bevat geen enkele beperking of aanwijzing ten aanzien van de inhoud van de door de schuldenaar voor te stellen contractswijziging. De schuldenaar wordt daarin door de wetgever geheel vrij gelaten.

De NVL wijst er op dat leaseovereenkomsten, naast financiële afspraken, vrijwel altijd concrete beperkingen ten aanzien van het gebruik van het leaseobject bevatten, zoals bijvoorbeeld een verbod tot het in gebruik geven aan een ander, een verbod om het object buiten Nederland te gebruiken of een afspraak over het maximaal aantal gebruiksuren van machines. Verder kennen de contracten bijvoorbeeld afnameverplichtingen of verplichtingen rond onderhoud, verduurzaming, verzekering en remarketing. In het huidig tijdsgewricht met een golf van aandacht voor 3-D printers en robotisering (meestal in de vorm van een lease in gebruik genomen), artificieel intelligence (software lease) en de *internet of things*, zullen dergelijke verplichtingen alleen maar in veelvoud en complexiteit toenemen. Al deze niet-financiële afspraken beogen de leasegever te beschermen en de waarde van het object te behouden en in het vertrouwen dat deze belangrijke afspraken geldig zijn en blijven worden leases verstrekt. Door het Voorstel wordt dit vertrouwen op losse schroeven gezet. Opnieuw kan gezegd worden dat het naïef is te veronderstellen dat de rechtsonzekerheid die het Voorstel doet ontstaan in de praktijk zonder gevolgen zal blijven.

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

Er bestaat ook geen rechtvaardiging om een schuldenaar die zijn financiële problemen wenst op te lossen, tevens de mogelijkheid te bieden om andersoortige afspraken onderwerp te maken van zijn gewenste financiële herstructurering. Dat vormt een onaanvaardbaar grote inbreuk op de belangen van de leasegever als contractuele wederpartij.

Samenvattend: de NVL meent dat een voorstel tot wijziging van de inhoud van bestaande contracten uitsluitend de financiële betrekkingen tussen partijen behoort te raken. Andersoortige afspraken dienen onaangetast te blijven. Het niet-instemmen met een wijziging van dergelijke andersoortige afspraken mag geen grond zijn voor de schuldenaar om dan de gehele overeenkomst te beëindigen (en het recht op schadevergoeding via een akkoord te verkorten).

C. Geen "cherry picking" bij een voorstel voor contractdoorbraak; nuancering van art. 372 lid 3 Voorstel noodzakelijk

In de praktijk sluit een schuldenaar meestal meerdere leaseovereenkomsten voor verschillende objecten met dezelfde leasemaatschappij, bijv. op basis van een daartoe strekkende raamovereenkomst. Vaak is er sprake van een mix van leaseovereenkomsten (bijvoorbeeld operationele en financiële leaseovereenkomsten) die is afgestemd op de specifieke behoefte van de leasenemer met betrekking tot het gebruik van de verschillende leaseobjecten, en waarbij de leasevoorwaarden afhankelijk kunnen zijn van de totale commerciële relatie tussen partijen en van het moment waarop de individuele leaseverhouding is gestart. Het is dus eenvoudig voorstelbaar dat zich situaties zullen voordoen waarin de schuldenaar als leasenemer gebruik wenst te maken van het recht om jegens dezelfde leasegever bepaalde leaseovereenkomsten te wijzigen (en bij een tegengeluid van deze wederpartij: te doen beëindigen) terwijl de schuldenaar andere (voor hem 'goedkopere') leaseovereenkomsten gecontinueerd wil zien. De NVL meent dat het onwenselijk is dat een leasemaatschappij met een dergelijke situatie geconfronteerd wordt. Hetzelfde geldt voor de schuldenaar die gelijksoortige objecten bij verschillende leasemaatschappijen heeft betrokken (hetgeen bijvoorbeeld bij autoverhuurbedrijven – die hun vloot voertuigen voor *short term rental* vaak door een opeenstapeling van individuele langlopende leasecontracten hebben opgebouwd - veelvuldig het geval is). Ook dan zou 'cherry picking' niet mogelijk mogen zijn.

Een effectief middel om 'cherry picking' te voorkomen kan wellicht zijn dat als de leasenemer de keuze maakt om één of meerdere wederkerige overeenkomsten te beëindigen in verband met het niet aanvaarden van een wijzigingsvoorstel, terwijl hij andere gelijksoortige overeenkomsten (met dezelfde wederpartij of een ander) in stand houdt, de wederpartij het spiegelbeeldig recht heeft om deze andere gelijksoortige overeenkomsten te beëindigen. Omdat het initiatief tot beëindiging van de (gedeeltelijke) relatie bij de schuldenaar ligt, meent de NVL dat de schuldenaar ook in dit geval schadeplichtig behoort te zijn jegens de wederpartij. Dit voorkomt dat de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de leasemaatschappij onnodig uit balans raakt.

Als één van de leaseovereenkomsten tussentijds beëindigd wordt langs deze nieuwe door de wet geschapen route, dan schaadt dat overigens ook het noodzakelijke vertrouwen tussen partijen hetgeen voor een leasemaatschappij op zich reden zal zijn om de gehele relatie te willen beëindigen. Art. 372 lid 3 Voorstel sluit nu algeheel uit dat een wederpartij een overeenkomst kan ontbinden in verband met het aanbieden van een akkoord of gebeurtenissen die daarmee rechtstreeks verband houden. De NVL meent dat dit te vergaand is voor de hierboven geschetste

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

gevallen. Als er meerdere leaseovereenkomsten met een schuldenaar zijn gesloten, dan behoort de leasemaatschappij de rechtsverhouding geheel te mogen beëindigen als de schuldenaar overgaat tot opzegging van één of meerdere wederkerige overeenkomsten. Bepalingen in leaseovereenkomsten die dit mogelijk maken, behoren niet buiten werking te worden gezet en art. 372 lid 3 Voorstel moet op dit punt worden genuanceerd.

D. Schulden ontstaan binnen de wettelijk verkorte opzegtermijn van drie maanden behoren onverkort te worden betaald

De regeling van contractdoorbraak in het Voorstel houdt in dat indien de wederpartij niet instemt met een voorstel tot wijziging van een wederkerige overeenkomst, de schuldenaar de overeenkomst tussentijds kan doen eindigen met inachtneming van een opzegtermijn die door wetsbepaling is gemaximeerd op drie maanden.

In het Voorstel wordt onvoldoende duidelijk gemaakt dat gedurende de opzegtermijn genoemd in lid 1 van art. 372, de (meestal maandelijkse) leasetermijnen onverkort dienen te worden doorbetaald. Dit spoort niet met het systeem van art. 39 Fw (waaraan de 3 maandentermijn is ontleend) op grond waarvan de huurtermijnen gedurende die wettelijk verkorte opzegtermijn van (eveneens) drie maanden boedelschuld is. Art. 372 dient op dit punt te worden aangevuld.

E. Verbetering waarborgen bij een voorstel voor contractdoorbraak; een “anti-embarrassment”-regeling ontbreekt

De voorspelling van de NVL is dat als het Voorstel op de punten genoemd in deze *position paper* niet wordt aangepast, de leasegevers veelvuldig de rechters in het land zullen opzoeken als zij ongevraagd betrokken worden in een dergelijke sanering. De regeling van contractdoorbraak bevat geen goede procedure (stemmen in klassen?; homologatie?) en geen goede rechtsgang voor de geraakte wederpartijen (maakt de schuldenaar misbruik van recht?; is sprake van ‘cherry picking’? misclassificatie?). De voorgestelde geschillenprocedure van art. 376 Fw kan slechts geïnitieerd worden door de aanbieder van het akkoord. Omdat de contractdoorbraakregeling strikt gezien geen onderdeel van het akkoord is, wordt het door de schuldenaar gedane wijzigingsvoorstel op geen enkel moment getoetst door de rechter. Neem als voorbeeld het geval waarin een leasenemer een contractdoorbraakvoorstel neerlegt terwijl hij geen 'de schuldenaar in de zin van 370 lid 1' is (dat is: een schuldenaar die 'voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet kan voortgaan'). Omdat sprake is van wijzigingsvoorstel ex art. 372 wordt op geen enkel moment getoetst of de schuldenaar inderdaad 'pre-insolvent' is. In het akkoordtraject kan dat wel: ofwel op grond van de geschillenregeling (376 lid 1 sub a Fw) ofwel tijdens de homologatie (381 lid 3 Fw). Deze leasegever zou slechts in een afzonderlijke rechtsgang de opzegging kunnen proberen te verijdelen, bijvoorbeeld door te betogen dat de schuldenaar misbruik van zijn bevoegdheid maakt door vroegtijdig de leaseovereenkomsten te beëindigen. Van misbruik van recht door de schuldenaar lijkt sprake te zijn als aannemelijk is dat de leasegever in het wijzigingsvoorstel gedwongen wordt om een slechtere positie te aanvaarden dan leveranciers van zaken en diensten die na een homologatie overeenkomsten aangaan met de schuldenaar. Het is wrang te moeten constateren dat de norm uit het Payroll-arrest van de Hoge Raad in de toekomst tegen de schuldenaar zal moeten worden ingezet. Verder spijt het de NVL dat het Voorstel niet in een regeling voorziet dat als wederpartij die een verslechtering van zijn contract heeft moeten accepteren nadien ontdekt (i) dat de weergave van feiten door de schuldenaar destijds onwaar of onvolledig was of (ii) dat de onderneming van de schuldenaar in

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

de jaren direct na de aanpassing sterk winstgevend is geworden, aanspraak kan maken op een nadere vorm van schadevergoeding. In het kader van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementswet is deze suggestie voor innoverende wetgeving door de NVL goed gemotiveerd aangedragen.

Concreet
De NVL vraagt de wetgever aandacht te besteden aan de ontbrekende materiële en processuele waarborgen voor wederpartijen die zich geconfronteerd zien met een onredelijk wijzigingsvoorstel. Specifiek moet worden nagedacht over de introductie van een anti-embassassment bepaling in het Voorstel, in ieder geval voor partijen die benadeeld zijn door de werking van de eenzijdige contractdoorbraak.

4.2 Klassenindeling (art. 373 Voorstel) en bezwaren daartegen

De NVL heeft in haar publieke *position paper* van 13 november 2014 (par. 3) bezwaren geuit over de toen voorgestelde regeling van klassenindeling. Het Voorstel komt aan deze bezwaren niet tegemoet. Het voorgestelde criterium voor de indelen in klassen is verschoven van schuldeisers met rechten "die redelijkerwijs als gelijkaardig moeten worden aangemerkt" (die komen in dezelfde klasse bij elkaar, aldus WCO II) naar schuldeisers die rechten hebben die "zo verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake kan zijn" (dan komen die in verschillende klassen, aldus het Voorstel). Leasemaatschappijen willen er zeker van zijn dat zij worden gezien als een klasse apart. Zij behoren niet ingedeeld te worden in een klasse van banken of in de klasse van leveranciers van machines of voorraden. Het indelen in klassen moet niet zonder sturing in de MvT aan de schuldenaar (die ook in het Voorstel nog steeds naar eigen inzicht met het wettelijk criterium aan de slag mag) of aan de rechter worden overgelaten. Internationaal zijn er voorbeelden bekend van verkeerde indeling in klassen. Zonder verduidelijking in de MvT zal dit in Nederland nodeloos procedures uitlokken. Verder wenst de NVL meer rechtsbescherming tegen een (dreigende) verkeerde indeling van klassen, en wel in een vroegtijdig stadium. Daarom moeten volgens de NVL ook schuldeisers een verzoek ex 376 Voorstel (geschillenregeling) kunnen doen. In het Voorstel heeft slechts de schuldenaar die bevoegdheid. Dit moet aangepast worden in het Voorstel.

4.3 Selectieve toepassing van de regeling rond de contractdoorbraak en het akkoord

Het Voorstel biedt de schuldenaar de ruimte om naar eigen inzicht een selectie te maken uit zijn schuldeisers en die te betrekken bij een voorstel tot contractdoorbraak of tot een verkorting van vorderingen door middel van een akkoord. Dat kan soms heel goed werken maar dit uitgangspunt van complete selectievrijheid bij de schuldenaar is naar het oordeel van de NVL veel te ruim. Om een voorbeeld te noemen: de schuldenaar wordt vertegenwoordigd door het bestuur en het bestuur kan ontslagen worden door de aandeelhouders. In de regel zal het bestuur dus niet snel de aandeelhouders selecteren om het pad dat het Voorstel opent mee te bewandelen. Sterker nog: in de regel zullen de aandeelhouders het bestuur op dit pad wijzen en wellicht zelfs mee helpen in de selectievraag welke vreemd vermogensverschaffers betrokken moeten worden in voorstel tot contractdoorbraak of tot een verkorting van vorderingen. Ook eigen adviseurs zullen actief worden om tot een optimale selectie te komen. Zo zal een leasenemer die nog lopende contacten heeft met de ene leasegever maar die een nieuwe samenwerkingsrelatie met een andere leasegever heeft of wil aangaan, op het idee kunnen komen om de oude leasegever te betrekken

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

in een voorstel en de andere niet. Het Voorstel is onvoldragen op dit punt. De NVL denkt graag mee over aanscherping van het Voorstel. Gedacht kan worden bijv. aan een norm dat een akkoord niet kan worden gehomologeerd als de schuldenaar niet een bepaald aantal van de schuldeisers met opeisbare vorderingen of een bepaald deel van zijn totale schuld bij het akkoord heeft betrokken.

4.4 Schuldeiserswaarborg door benoemen deskundige of toezichthouder (art. 370, 371 en 377 Voorstel)

Indien een schuldenaar een akkoord heeft aangeboden als bedoeld in artikel 370 Voorstel, kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt. Volgens de toelichting op deze bepaling kan die bescherming gestalte krijgen in de benoeming van een 'onafhankelijk deskundige'. Het spreekt voor zich dat de benoeming van een deskundige of toezichthouder in veel gevallen een gunstig effect zal hebben op de inhoudelijke kwaliteit van het aan te bieden akkoord, op de kwaliteit en voortgang van het proces, op de kans op geschillen die aan een rechter moeten worden voorgelegd en in het bijzonder op de acceptatiegraad van een aangeboden akkoord.

De NVL meent dat ook een schuldeiser, althans een groep van betrokken schuldeisers, de rechtbank moeten kunnen vragen benoeming van een expert. Voor zover de regeling van contractdoorbraak ook kan worden toegepast zonder dat een definitief akkoord is aangeboden, zouden ook de schuldeisers die zich geconfronteerd zien met een wijzigingsvoorstel om de benoeming van een deskundige moeten kunnen verzoeken. In al deze gevallen zou verder lid 3 van art. 371 van toepassing moeten zijn (inlichtingen- en medewerkingsplicht schuldenaar). Dit alles zal er toe leiden dat het akkoord inhoudelijk sterker is of wordt, waardoor natuurlijk ook de kans op acceptatie daarvan toeneemt.

4.5 Positie borgen etc. (art. 370 Voorstel)

De NVL meent dat het onaanvaardbaar is dat een door een schuldenaar aangeboden akkoord tevens kan voorzien in het wijzigen van rechten van schuldeisers jegens borgen, derden of medeschuldenaren. De daartoe strekkende regeling in art. 370 lid 2 Voorstel is wat de NVL betreft te verstrekkend.

In de huidige financiële praktijk komt het veelvuldig voor dat een financieel niet al te sterke partij door een leasegever toch als cliënt (leasenemer) wordt geaccepteerd enkel en alleen omdat een derde (in de regel gerelateerde) partij zekerheid verstrekt. Als deze derden-zekerheid langs de weg van een aangeboden (en in rechte vervolgens opgelegd) akkoord van de leasenemer kan verdampen, dan zal in dergelijke gevallen in de toekomst financiering in de vorm van een lease uitblijven.

Natuurlijk kan het zijn dat een dergelijke derde-zekerheidsverschaffer feitelijk insolvent wordt indien hij door zijn schuldeiser wordt aangesproken. In dat geval zal deze derde-zekerheidsverschaffer zelfstandig gebruik kunnen te maken van het recht om zijn schuldeisers een akkoord aan te bieden. De kans op insolventie van deze derde behoort niet meegenomen te worden in het akkoord van een ander. Als dat wordt toegestaan vindt er een ongerechtvaardigde achterstelling plaats in de verhoudingen tussen de onderlinge schuldeisers van die derde: deze

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

overige schuldeisers van die derde worden immers niet geraakt door dit door een ander aangeboden akkoord. Als een dergelijke derde insolvent is of dreigt te raken, dan dienen alle schuldeisers van deze partij bij te dragen aan de sanering van de financiële positie en dit behoort niet afgewenteld te worden op slechts één of een beperkte groep van schuldeiser(s).

4.6 Paulianaregeling (in het Voorstel voorgesteld art. 42a Fw nieuw)

In het voorgestelde 42a Fw wordt de vestiging van pand en hypotheekrechten gedurende de totstandkoming van akkoord vermoed niet paulianeus te zijn, indien deze zijn verstrekt voor een nieuwe geldlening met de bedoeling deze te gebruiken voor betalingen die voor de voorzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming redelijkerwijs noodzakelijk waren.

In de toelichting wordt verduidelijkt dat gedacht wordt aan zekerheidsverschaffing voor geldleningen die gebruikt zijn om "operationele betalingsverplichtingen – dat wil zeggen de betalingen die verband houden met de voortzetting van de bedrijfsvoering – te voldoen; dat wil zeggen dat de schuldenaar de lening zou gebruiken om betalingen te kunnen verrichten die noodzakelijk zouden zijn om zijn onderneming in de periode dat aan de totstandkoming van het akkoord zou worden gewerkt" voort te kunnen zetten.

De bescherming van art. 42a Fw moet volgens de NVL niet louter worden beperkt tot nieuwe geldleningen. Ook andere nieuwe financieringsvormen verdienen bescherming. Het door de leasemaatschappij verstrekte gebruiksrecht van objecten zorgt er immers voor dat de schuldenaar in staat blijft zijn gewone bedrijfsuitoefening – met gebruikmaking van de nieuw geleasede goederen – voort te zetten. Uitbreiding van dit artikel is aldus in lijn met de in de MvT uiteengezette ratio.

Verder merkt de NVL op dat de bescherming van art 42a Fw slechts zeer summier is: de zekerheidsverstrekking wordt vermoed niet paulianeus te zijn. De bewijslast wordt bij de curator neergelegd. De curator zou deze bewijslast ook zonder deze bepaling dragen. De NVL pleit ervoor een ruimere bescherming toe te kennen. De in WCO II voorgestelde regeling ("Rechtshandelingen strekkend tot het verschaffen van zekerheid of het geven van garantie voor schulden die ontstaan tussen het moment van aanbieding van een akkoord als bedoeld in artikel 368, eerste lid en het moment van sluiting van de stemming over het akkoord als bedoeld in artikel 372, eerste lid dan wel strekkend tot het uitbreiden van bestaande zekerheid tot zodanige schulden, kunnen niet met een beroep op het vorige artikel worden vernietigd") biedt partijen die bereid zijn om de schuldenaar die in de gevarenzone verkeert te ondersteunen, de benodigde bescherming. De NVL is van mening dat de tekst van WCO II moet worden gekozen.

5. Afsluiting

Contractsovergang door indeplaatsstelling ontbreekt in het Voorstel

In het verleden is vanuit de leasewereld (met steun van juristen) wel bepleit om de financierbaarheid van bedrijven die (bulk-)contracten hebben met bijv. abonnees of huurders van (geleasede) kopieerapparaten (vaak gemengde contracten met services), te stimuleren door wettelijke indeplaatsstelling mogelijk te maken. Het gaat dan om het (onder strikte omstandigheden) 'overdraagbaar' maken van contractportefeuilles (die dan daardoor beter financierbaar worden). Dit onderwerp (contractsovergang door indeplaatsstelling) moet niet verward worden met hetgeen het Voorstel beoogt in art. 372 (eenzijdige contractdoorbraak). De

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

gedachte van indeplaatsstelling is een uitbreiding van de wettelijke regeling van 'koop breekt geen huur' naar bepaalde andersoortige contracten dan huur van roerende of onroerende zaken. Deze ingreep in de partijautonomie is (i) beperkt tot het vervangen van de contractuele wederpartij (de leverancier of dienstverlener), (ii) beperkt tot een bepaald soort duurcontracten, (iii) kan door de contractuele wederpartij geweigerd worden indien deze aannemelijk maakt dat deze contractsovergang in redelijkheid niet van hem kan worden verlangd (bijvoorbeeld als aannemelijk is dat de kwaliteit van dienstverlening minder zal zijn), en (iv) wordt gerechtvaardigd door het feit dat dit de financierbaarheid van contractportefeuilles mogelijk maakt en dus in het belang is van ondernemend Nederland terwijl de belangen van wederpartijen worden beschermd. Het spijt de NVL dat in de huidige voorstellen rond het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementswet niet in een regeling voor contractsovergang door indeplaatsstelling voorzien terwijl de NVL in het kader van dat wetgevingsprogramma deze suggestie voor innoverende wetgeving goed gemotiveerd heeft aangedragen en heeft aangeboden hierover verder van gedachten te wisselen.

Openbaar maken *position paper*
De NVL heeft er geen bezwaar tegen als u deze *position paper* openbaar maakt. De NVL zal deze dit stuk zelf ook publiceren op haar website: www.nvl-lease.nl.

Nadere toelichting
De NVL draagt graag met de haar ter beschikking staande middelen bij aan de verdere discussie, zeker als leasing onderdeel is van een definitief wetsvoorstel. In dat kader staat zij er voor open om een nadere toelichting te geven op de positie van haar leden op het Voorstel en bij aanpassingen daarvan.

Hoogachtend,
Namens het Bestuur van de NVL

(get.) P.-J. Bentein, secretaris

NVL – Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen
Postbus 2307 - 2002 CH Haarlem
info@nvl-lease.nl - (mob.) 0654 793 488
www.nvl-lease.nl

Pensioenfederatie
Prinses Margrietplantsoen 90
2595 BR Den Haag
Postbus 93158
2509 AD Den Haag
T +31 (0)70 76 20 220
info@pensioenfederatie.nl
www.pensioenfederatie.nl

KvK Haaglanden 52988368
IBAN: NL20TRIO0212407368
BIC: TRIONL2U

Ministerie van Justitie en Veiligheid
T.a.v. S. Dekker
(via internetconsultatie.nl)

KENMERK: B/17/11695/EV DATUM: 29 november 2017
ONDERWERP: Reactie op internetconsultatie wetsvoorstel homologatie Onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

Geachte heer Dekker,

Graag maken wij gebruik van de geboden gelegenheid te reageren op het wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement.

De aanleiding om te reageren is dat:
1. een aantal gevolgen uit het wetsvoorstel onduidelijk is voor pensioenfondsen;
2. pensioenfondsen financieel worden geraakt als aan hen een dwangakkoord wordt opgelegd; en
3. pensioenfondsen geraakt worden vanwege de samenhang van het wetsvoorstel met sociale- en pensioenwetgeving.

Gezien het belang van duidelijkheid voor de pensioenfondsen, brengen wij twee punten onder uw aandacht. Wij verzoeken u onze reactie op deze twee punten te betrekken bij de verdere uitwerking van het wetsvoorstel en het wetsvoorstel en/of de toelichting bij het wetsvoorstel waar nodig aan te passen.

In 2014 heeft de Pensioenfederatie overigens ook gereageerd op de consultatie van de Wet Continuïteit ondernemingen II, de voorloper van het wetsvoorstel dat nu ter consultatie wordt aangeboden. Als wij het wetsvoorstel van toen vergelijken met het wetsvoorstel dat nu voorligt, constateren wij dat onze opmerkingen niet tot enige wijziging en/of verduidelijking hebben geleid. Omdat deze duidelijkheid van belang is voor de pensioenfondsen, brengen wij de twee belangrijkste punten uit onze vorige reactie opnieuw onder uw aandacht.

Handhavingsinstrumenten van de Wet Bpf 2000 moeten gehandhaafd blijven

Om te voorkomen dat "de goeden onder de kwaden lijden" is voor pensioenfondsen via de antimisbruikwetgeving een aantal bepalingen in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 opgenomen.[1] Dit betekent dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen de volgende maatregelen kunnen opleggen indien de verschuldigde premies niet worden voldaan:

- het opleggen van een dwangbevel; en
- het hoofdelijk aansprakelijk stellen van bestuurders met een omkering van bewijslast, indien betalingsonmacht niet tijdig is gemeld (wettelijk vermoeden van schuld waarbij het tegendeel door de bestuurder moet worden bewezen).

Pensioenfondsen hebben een aanzienlijk belang bij het strikt kunnen toepassen van deze handhavingsinstrumenten uit de Wet Bpf 2000. Ten eerste omdat premievorderingen die niet kunnen worden geïnd bij de betreffende werkgever door het collectief moeten worden opgebracht. Ten tweede omdat pensioenfondsen in de praktijk pensioen niet premievrij mogen maken bij het uitblijven van premies. Pensioenfondsen gebruiken de handhavingsinstrumenten om het risico dat pensioenpremies niet worden voldaan, zo klein mogelijk te maken met als doel zoveel te voorkomen dat de goede onder de kwade leiden. Daarnaast worden de handhavingsinstrumenten ingezet om (malafide) bestuurders te beletten na een faillissement snel een nieuwe BV te starten terwijl zij niet te goede trouw zijn.[2]

Het 'dwangakkoord' leidt er (waarschijnlijk) toe dat (een deel van) het resterende vorderingsbedrag moet worden kwijtgescholden. De schuld gaat immers voor een deel teniet zodat ook de vordering (deels) vervalt. Voor de verplichtgestelde

[1] Artikel 22 en artikel 23 Wet Bpf 2000.

[2] Ingeval van faillissement worden (malafide) bestuurders persoonlijk aangesproken door op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 een vordering tot bestuurdersaansprakelijkheid in te stellen. Als de vordering voldaan wordt, is dat natuurlijk mooi, maar dat is lang niet altijd het geval. Echter, ook als de vordering niet voldaan wordt, hebben pensioenfondsen thans een belang bij deze procedure, namelijk om de bestuurders te beletten opnieuw 'hetzelfde spel te spelen'. Indien de bestuurder de toegewezen vordering niet kan voldoen, leidt dit doorgaans tot persoonlijk faillissement, waardoor de handen van een dergelijke bestuurder in ieder geval voor de duur van een WSNP-traject gebonden zijn. Ingeval van een afgewikkeld dwangakkoord hebben deze bestuurders binnen korte tijd de mogelijkheid om met achterlating van de eerder gemaakte schulden weer een nieuw bedrijf op te starten in de sector.

bedrijfstakpensioenfondsen is het van belang dat een dwangakkoord er niet toe leidt dat zij geen gebruik meer kunnen maken van het handhavingsinstrument van de Wet Bpf 2000 van hoofdelijke aansprakelijkstelling van bestuurders. Wij gaan ervan uit dat dit ook niet de bedoeling is van het wetsvoorstel.

Verzoek

Wij verzoeken u in de wet en/of in de toelichting bij de wet te verduidelijken dat het (gedeeltelijk) vervallen van de premievordering door oplegging van een dwangakkoord de toepassing van de artikelen 22 en 23 van de Wet Bpf 2000 (hoofdelijke aansprakelijkstelling) door bedrijfstakpensioenfondsen niet blokkeert.

Vordering achterstallige pensioenpremies bij het UWV moet mogelijk blijven

Op grond van artikel 61 WW kan een werknemer bij het UWV nakoming van achterstallig loon, vakantiegeld of vakantiebijslag vorderen, maar ook de betaling aan een pensioenfonds van niet betaalde pensioenpremies. Deze vordering kan hij doen als:

- een werkgever in staat van faillissement is verklaard;
- aan de werkgever surseance van betaling is verleend;
- op de werkgever de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is; of
- de werkgever anderszins verkeert in de blijvende toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.

Er kan gesteld worden dat het opleggen van een ‘dwangakkoord’ bevestigt dat de werkgever zich bevindt in een “toestand van te hebben opgehouden te betalen”. Anders wordt immers geen voorstel tot sanering van schulden gedaan.

Verzoek

Wij verzoeken u aan artikel 61 WW, naast faillissement, surseance van betaling en schuldsanering natuurlijke personen, ook het ‘dwangakkoord’ toe te voegen, dan wel in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel te verduidelijken dat het dwangakkoord in het kader van artikel 61 WW wordt gezien als een toestand van te hebben opgehouden te betalen.

Tot slot

Wij vragen u gehoor te geven aan bovenstaande verzoeken. Als er behoefte bestaat aan nader overleg, dan zijn wij daar graag toe bereid.

Met vriendelijke groet,



Gerard Riemen
Algemeen directeur

Nederlandse
Vereniging van Banken

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum 29 november 2017
Referentie BR2666

Betreft: Consultatie wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

Geachte heer/mevrouw,

De Nederlandse Vereniging van Banken ("NVB") maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het consultatiedocument welke erop is gericht om de Faillissementswet te wijzigen in verband met de invoering van de mogelijkheid een onderhands akkoord aan schuldeisers aan te bieden, om daarmee problematische schulden te herstructureren, om een dreigend faillissement van een onderneming in financiële moeilijkheden af te wenden ("Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement" of "WHOA").

1. INLEIDING EN SAMENVATTING

Het voorontwerp van de WHOA ("Voorontwerp") dat nu ter consultatie voorligt, is een opvolger van het voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen II van 2014 ("WCO II"). De NVB heeft op 10 december 2014 uitgebreid gereageerd op het voorontwerp van de WCO II en maakt ook graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op het nieuwe Voorontwerp.
Het Voorontwerp voorziet (net zoals de WCO II) in een regeling op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders kan homologeren teneinde een faillissement van de schuldenaar te voorkomen. De concept Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp geeft op bladzijde 1 aan dat een dwangakkoord een uiterst redmiddel is en dat eerst via de minnelijke weg getracht moet worden tot een regeling te komen. Het dwangakkoord komt pas in beeld als tijdens het minnelijke traject een kleine groep van schuldeisers of aandeelhouders de belangen van de overige bij de onderneming betrokken partijen, waaronder andere schuldeisers en werknemers, schaadt door op oneigenlijke gronden een herstructurering buiten faillissement tegen te houden. Deze NVB onderschrijft deze uitgangspunten van het Voorontwerp. Het Voorontwerp is duidelijk een verbetering ten opzichte van WCO II. De NVB spreekt in het bijzonder haar waardering uit voor de volgende elementen van het Voorontwerp:

- De mogelijkheid die het Voorontwerp geeft om buiten een formele insolventieprocedure tot een herstructurering te komen;
- De snelheid van de procedure en de uitsluiting van het hoger beroep;
- Het feit dat het Voorontwerp de mogelijkheid geeft de herstructurering in stilte te doen;
- De mogelijkheid om een deskundige te benoemen die het akkoord namens de schuldenaar kan aanbieden;

- De flexibiliteit die het Voorontwerp biedt voor wat betreft de inhoud van het akkoord en de flexibele indeling van schuldeisers in klassen;
- De potentiële mogelijkheid die de homologatie van het akkoord biedt om alle "out of the money" vermogensverschaffers en – onder bepaalde voorwaarden – ook "in the money" vermogensverschaffers te binden; en
- De wijze waarop de instemming van een klasse wordt gemeten en de mogelijkheid om de stemming digitaal te laten plaatsvinden.

Deze waardering laat onverlet dat, naar het oordeel van de NVB, het Voorontwerp op een aantal andere punten aanscherping behoeft. De reactie van de NVB is ingedeeld in principiële opmerkingen en overige opmerkingen. Voor de NVB is met name van belang dat het Voorontwerp geen onbedoelde neveneffecten heeft. Zo moet worden voorkomen dat de bestaande herstructureringspraktijk, die erop gericht is de schulden van een onderneming met instemming van alle betrokken schuldeisers en aandeelhouders te herstructureren, in het gedrang komt. Hierbij is van belang dat het Voorontwerp niet een dusdanige inbreuk maakt op de rechten van de financier (als wederpartij van de schuldenaar bij financieringsovereenkomsten, als pand- en hypotheekhouder en als separatist) dat daardoor de financierbaarheid van ondernemingen wordt verzwakt.
Bij elk van de principiële opmerkingen doet de NVB concrete voorstellen tot wijziging van het Voorontwerp. Ook bij de overige opmerkingen geeft de NVB waar nodig suggesties tot wijziging van de tekst van het Voorontwerp.

2. PRINCIPIËLE OPMERKINGEN

De NVB heeft ten aanzien van de volgende onderwerpen principiële opmerkingen op het Voorontwerp:

A. Vastlegging in de wet van doel en strekking van WHOA.
B. De mogelijkheid van een schuldeiser om benoeming van een deskundige te vragen.
C. Het kunnen inschakelen van de rechter in een vroeg stadium.
D. De mogelijkheid van een schuldeiser om de rechter te verzoeken de maatwerkbepaling toe te passen.
E. De toegangsdrempel voor het doen van een verzoek tot homologatie van het akkoord.
F. Aanpassing wederkerige overeenkomsten.
G. Positie borgen, derde zekerheidsverschaffers en medeschuldenaren.
H. Gevolgen tegenstemmen door schuldeisersklassen die in het faillissement aanspraak zouden kunnen maken op een uitkering in geld.
I. De financieringsovereenkomst als wederkerige overeenkomst.

A. Vastlegging in de wet van doel en strekking van WHOA

Het in het Voorontwerp opgenomen akkoord dient (zoals ook vermeld is in het algemeen deel van de Memorie van Toelichting van het Voorontwerp onder I Algemeen deel, par 1. Doel en inhoud van het wetsvoorstel) pas in beeld te komen nadat de schuldenaar pogingen heeft ondernomen langs minnelijke weg tot overeenstemming te komen met de betrokken stakeholders maar daarin niet is geslaagd omdat een kleine minderheid dwarsligt. Het verdient aanbeveling om deze strekking van de WHOA niet alleen in de Memorie van Toelichting op te nemen, maar ook expliciet in de wetstekst terug te laten komen. Met het oog hierop stelt de NVB voor om aan artikel 374 lid 1 van het Voorontwerp onderdeel g. toe te voegen:

"*g. een toelichting of en, zo ja, op welke wijze langs minnelijke weg is getracht een oplossing te vinden voor de financiële problemen van de schuldenaar alsmede een opgaaf van redenen waarom de schuldenaar er niet in is geslaagd tot een minnelijke oplossing te komen;* "

De eis dat de schuldenaar eerst moet hebben getracht tot een minnelijke oplossing te komen kan problematisch zijn, bijvoorbeeld in geval van een beursgenoteerde onderneming of een herstructurering van beursgenoteerde obligaties. In die gevallen zou een akkoord ook zonder een voorafgaand minnelijk traject kunnen worden aangeboden. In dat geval zou de schuldenaar aan het vereiste onder g. kunnen voldoen door uit te leggen waarom geen poging is ondernomen om tot een minnelijke oplossing te komen. De Memorie van Toelichting zou dit als een voorbeeld kunnen noemen van een uitzondering op de eis dat de schuldenaar eerst pogingen moet hebben ondernomen om de unanieme instemming van alle betrokkenen te verkrijgen.

Uitgangspunt van het akkoord is dat voortzetting van de onderneming wordt nagestreefd indien de going-concern waarde van de onderneming hoger is dan de liquidatiewaarde. De Memorie van Toelichting stelt tevens als eis dat het om rendabele bedrijfsactiviteiten moet gaan. Dit is volgens de NVB een onnodige beperking: Het gaat om de vraag of de going-concern waarde van de onderneming hoger is dan de liquidatiewaarde. Is dit niet het geval, dan dient de onderneming geliquideerd te worden. Is dit wel het geval, dan is voortzetting van de onderneming mogelijk door de schuldenlast van de onderneming te herstructureren. Overigens zou het onderhandse akkoord ook gebruikt moeten kunnen worden voor een akkoord tot beëindiging van een onderneming indien daarmee een hogere opbrengst kan worden gerealiseerd dan bij een liquidatie in faillissement (ook wel "controlled winddown"). De NVB meent dat in geval van een akkoord tot beëindiging van een onderneming de bepalingen van het huidige voorstel onverkort van toepassing kunnen blijven, zij het dat er in het geval van een controlled winddown geen sprake is van een going-concern waarde van de onderneming.
In verband met het vorenstaande verdient het aanbeveling om artikel 374 lid 1 onder c te wijzigen zodat daarin expliciet tot uitdrukking wordt gebracht dat de waarde van de activa en de activiteiten van de schuldenaar bij totstandkoming van een akkoord, hoger zal zijn dan de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement. Hierbij is van belang dat deze onderbouwing niet uitsluitend van de schuldenaar afkomstig mag zijn, maar gevalideerd moet zijn door een deskundige. Deze eis wordt ook thans bij herstructureringen gesteld door de stakeholders en sluit derhalve aan bij de gangbare praktijk. De tekst van deze bepaling zou dan als volgt kunnen luiden:

" *c. een onderbouwing, met vermelding van de gehanteerde waarderingsgrondslagen, waaruit blijkt dat de te verwachten waarde van de activa en de activiteiten van de schuldenaar indien het akkoord tot stand komt hoger is dan de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement; deze onderbouwing dient door een deskundige te zijn gevalideerd.*"

B. De mogelijkheid van een schuldeiser om benoeming van een deskundige te vragen

In het Voorontwerp is, net zoals dat bij WCO II het geval was, de mogelijkheid opgenomen om een schuldeiser het initiatief te geven om een akkoord te (laten) aanbieden. Deze mogelijkheid is vooral van belang indien het zittende bestuur van de onderneming, al dan niet onder invloed van de aandeelhouders, weigert om de mogelijkheid van een akkoord te onderzoeken dan wel een voorstel doet dat geen recht doet aan de rechten en belangen van schuldeisers en aandeelhouders.
Het Voorontwerp geeft een schuldeiser de mogelijkheid de rechtbank te verzoeken een deskundige aan te wijzen die met uitsluiting van de schuldenaar een akkoord kan aanbieden daar waar de WCO II de schuldeiser de mogelijkheid gaf zelf een akkoord aan te bieden. De NVB complimenteert de opstellers van het Voorontwerp met deze creatieve oplossing. Het gaat er inderdaad niet alleen om of een schuldeiser een akkoord kan aanbieden, maar ook of er een akkoord wordt aangeboden dat recht doet aan de rechten en belangen van schuldeisers en aandeelhouders en derhalve voor de relevante stakeholders acceptabel is. De keuze van het Voorontwerp om een deskundige dit te laten onderzoeken is eenvoudig en fraai.
De NVB vraagt wel aandacht voor de keuze van de deskundige. Het moet wat betreft de NVB gaan om een onafhankelijke deskundige die financieel onderlegd is, die een level playing field voor alle stakeholders creëert en onderzoekt of er een voor alle betrokken stakeholders acceptabel akkoord tot stand kan komen. In de huidige praktijk wordt deze rol veelal vervuld door een chief restructuring officer, een CRO. In verband hiermee meent de NVB dat het raadzaam is om de rol, taak en bevoegdheden van de deskundige nader te beschrijven in (de Memorie van Toelichting van) het Voorontwerp als ook aan te geven aan welke minimumeisen deze deskundige moet voldoen.
De NVB wijst er voorts op dat het criterium voor de aanwijzing van een deskundige door de rechtbank een wel erg hoge drempel voor de schuldeisers opwerpt om de rechtbank te kunnen verzoeken een deskundige aan te wijzen. De schuldeiser dient namelijk aannemelijk te maken dat redelijkerwijs niet verwacht mag worden dat het door de schuldenaar aangeboden akkoord door de rechtbank zal worden gehomologeerd. Hierdoor wordt het initiatiefrecht van de schuldeiser wel erg beperkt. Een individuele schuldeiser zal in dat geval inzicht moeten hebben in de wijze waarop (andere klassen van) schuldeisers gaan stemmen. Daar zal de schuldeiser veelal geen zicht op hebben.
Zolang alle klassen in het akkoord uiteindelijk voorstemmen, is de keuze van het Voorontwerp verdedigbaar. In bepaalde gevallen verdient het echter de voorkeur om een deskundige de mogelijkheden van een akkoord te laten onderzoeken. Deze deskundige kan dan in alle objectiviteit bezien welk akkoord het beste past hij de toestand van de schuldenaar en kan rekenen op steun van de stakeholders. In verband met het vorenstaande stelt de NVB de volgende wijziging van de tweede zin van artikel 371 lid 1 voor:

"*Indien redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar niet met het betalen van zijn opeisbare schulden zal kunnen voortgaan, kan de rechtbank op verzoek van een schuldeiser een deskundige benoemen die met uitsluiting van de schuldenaar bevoegd is een akkoord aan te bieden indien de rechtbank zulks in het belang van de gezamenlijke schuldeisers acht. De rechtbank zal een deskundige op verzoek van een schuldeiser in ieder geval benoemen, indien:*

- *de schuldenaar geen akkoord in stemming heeft gebracht binnen een termijn van 6 weken nadat de schuldeiser hem daartoe schriftelijk heeft verzocht;*
- *redelijke twijfel bestaat of het bestuur van de schuldenaar zich bij het formuleren van het akkoord voldoende onafhankelijk heeft opgesteld of zal kunnen opstellen ten opzichte van de aandeelhouders en schuldeisers van de schuldenaar om te komen tot een akkoord dat recht doet aan de gerechtvaardigde belangen van de aandeelhouders en schuldeisers;*

- *redelijkerwijs verwacht mag worden dat tenminste één klasse van stemgerechtigde schuldeisers die in het faillissement een uitkering zou ontvangen tegen zal stemmen."*

C. Het kunnen inschakelen van de rechter in een vroeg stadium

De NVB heeft met instemming kennis genomen van de in het Voorontwerp in artikel 376 opgenomen mogelijkheid voor de schuldenaar om bepaalde geschillen in de fase waarin nog over het akkoord wordt onderhandeld voor te leggen aan de rechtbank.
De NVB is echter van mening dat ook een aandeelhouder of schuldeiser deze mogelijkheid moet hebben. Deze bepaling heeft in de eerste plaats als doel individuele aandeelhouders en schuldeisers te beschermen tegen onereuze akkoordvoorstellen, zoals manipulatieve klassenindelingen, en te verzekeren dat schuldeisers en aandeelhouders over voldoende informatie beschikken om een afgewogen beslissing over het aanvaarden van het akkoord te kunnen nemen. Daarnaast heeft de praktijk behoefte aan 'deal certainty' in een zo vroeg mogelijk stadium. Dit betekent dat in een zo vroeg mogelijk stadium aan schuldeisers en aandeelhouders duidelijkheid moet worden gegeven over de waardering van de onderneming, de indeling in klassen en de procedure voor stemming ingeval schuldeisers en aandeelhouders hierover van mening verschillen. Dit voorkomt dat deze geschillen pas bij behandeling van het verzoek tot homologatie aan de orde worden gesteld en draagt daarmee bij aan de vereiste 'deal certainty'. Bovendien stimuleert de mogelijkheid dat ook schuldeisers en aandeelhouders de rechtbank kunnen verzoeken om over een geschil te beslissen, de schuldenaar om een reëel akkoordvoorstel te doen dat kan rekenen op de steun van ten minste een grote meerderheid van de schuldeisers en aandeelhouders. Tot slot voorkomt het dat de rechtbank op een later moment wordt geconfronteerd met kansloze akkoorden. Dit bespaart de rechtbank, de schuldenaar, de schuldeisers en de aandeelhouders veel tijd en geld.
De NVB stelt dan ook voor om de aanhef van artikel 376 lid 1 als volgt te wijzigen:

"*1. Tot het moment waarop de schuldenaar het definitieve akkoord overeenkomstig artikel 378, eerste lid, aan de schuldeisers en aandeelhouders overlegt, kan de schuldenaar, een aandeelhouder of een schuldeiser de rechtbank verzoeken te beslissen over een geschil omtrent:*"

Indien de wetgever een drempel wil opwerpen tegen de gang naar de rechter dan zou de toegang voor schuldeisers en aandeelhouders beperkt kunnen worden tot die gevallen waarin geen deskundige is benoemd die namens de schuldenaar het akkoord aanbiedt.

Voorts meent de NVB dat de opsomming van geschillen die kunnen worden voorgelegd uitbreiding behoeft. Zo mist de NVB in de opsomming een geschil omtrent de gronden voor weigering van homologatie als opgenomen in artikel 381, vierde lid. Ook mist zij een geschil over de in het akkoord opgenomen waarderingen van de onderneming en de activa, een in de praktijk veel voorkomend onderwerp van discussie. Meer in het algemeen meent de NVB dat het raadzaam zou zijn om de opsomming niet, zoals nu het geval is, limitatief te laten zijn. In verband met het vorenstaande stelt de NVB voor om aan artikel 376 lid 1 een g., h. en i. toe te voegen:

"*g. de vraag of, indien niet alle klassen instemmen met het akkoord, een weigeringsgrond als bedoeld in artikel 381, vierde lid, alsnog aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan;*

h. de door de schuldenaar bij de aanbieding van het akkoord gehanteerde waarderingsgrondslagen, de gehanteerde going-concern waarde van de onderneming en activa van de schuldenaar dan wel de waardering van een met een akkoord tot beëindiging van een onderneming te realiseren opbrengst en de door de schuldenaar bij de aanbieding van het akkoord gehanteerde waarde van de opbrengst in geval van een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement; of

i. enig ander onderwerp dat van belang is voor de totstandkoming en homologatie van het aangeboden akkoord".

D. De mogelijkheid van een schuldeiser om de rechter te verzoeken de maatwerkbepaling toe te passen

De bedoeling van artikel 377 is, volgens de Memorie van Toelichting, om de rechtbank de mogelijkheid te geven nadere bepalingen te maken en voorzieningen te treffen om de belangen van de betrokken schuldeisers of aandeelhouders te waarborgen. In dit verband stelt de NVB voor om ook een individuele schuldeiser of aandeelhouder de mogelijkheid te geven zich tot de rechter te wenden indien deze redelijkerwijs aannemelijk maakt dat de schuldenaar, in de periode voorafgaande aan het verzoek tot homologatie van het akkoord, de belangen van de individuele schuldeiser of aandeelhouder onvoldoende waarborgt. Om die reden wordt voorgesteld artikel 377 als volgt te wijzigen:

"Indien een schuldenaar een akkoord heeft aangeboden als bedoeld in artikel 370, kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt. Zij kan dit ook doen:
a. bij een schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag, als bedoeld in artikel 3d, eerste lid, op verzoek van de in dat lid bedoelde schuldeiser;
b. op verzoek van een schuldeiser of aandeelhouder indien deze redelijkerwijs aannemelijk maakt dat in de periode voorafgaande aan het verzoek tot homologatie van het akkoord zijn belangen door de schuldenaar onvoldoende worden gewaarborgd;
c. bij de afkondiging van een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 375, eerste lid, op verzoek van de in dat lid bedoelde derden; of
d. bij het nemen van een beslissing als bedoeld in artikel 376, eerste en tweede lid, op verzoek van de bij het geschil betrokken schuldeiser(s) of aandeelhouder(s);"

In de concept Memorie van Toelichting is opgenomen dat de maatwerkbepaling tevens benut kan worden om door de rechtbank een deskundige te laten aanstellen die het traject zal monitoren. De NVB onderschrijft deze gedachte. Indien een aandeelhouder of schuldeiser geen vertrouwen meer heeft in het door de schuldenaar ingezette akkoordtraject, is inschakeling van de deskundige een alternatieve mogelijkheid om alsnog te trachten tot een akkoord te komen dat wel aanvaardbaar is voor de stakeholders.

E. De toegangsdrempel voor het kunnen vragen van homologatie van het akkoord

De Memorie van Toelichting geeft op bladzijde 1 aan dat het doel van het Voorontwerp is te voorkomen dat een kleine groep van schuldeisers of aandeelhouders de belangen van de overige bij de onderneming betrokken partijen schaadt door op oneigenlijke gronden een herstructurering tegen te houden waarmee een faillissement kan worden afgewend. De NVB kan zich vinden in dit doel. Het is dan ook opvallend dat dit doel in het Voorontwerp niet tot uitdrukking komt in de gronden waarop de rechtbank de homologatie kan weigeren.
Voor de situatie waarin homologatie wordt gevraagd van een akkoord dat door alle klassen met een ruime meerderheid is aanvaard, wordt automatisch voldaan aan het doel.
Voor het geval niet alle klassen hebben ingestemd, vereist artikel 380 lid 1 van het Voorontwerp (net zoals de WCO II, vgl. artikel 373 lid 2) echter dat slechts één klasse moet hebben ingestemd met het akkoord wil de schuldenaar het verzoek tot homologatie kunnen doen. Dit betekent dat een akkoord zelfs voor homologatie in aanmerking komt indien de meerderheid van de schuldeisers en aandeelhouders die in het faillissement een uitkering zouden hebben ontvangen tegen het akkoord zijn. Een dergelijk akkoord staat haaks op de bedoeling van het Voorontwerp. In verband daarmee

heeft de NVB in haar reactie op WCO II bepleit dat voor homologatie alleen plaats zou moeten zijn indien een ruime meerderheid van de schuldeisers en aandeelhouders die in het faillissement een uitkering zouden hebben ontvangen, vóór het akkoord heeft gestemd. De NVB is nog steeds deze mening toegedaan en stelt in verband daarmee een wijziging voor van artikel 380 lid 1 eerste zin van het Voorontwerp:

"*Indien één of meer klassen van schuldeisers en aandeelhouders, die in het faillissement een uitkering zouden hebben ontvangen en die twee derde van het bedrag aan vorderingen waarop een uitkering zou worden ontvangen in het faillissement respectievelijk twee derde van de stemmen van de aandeelhouders die in het faillissement een uitkering zouden hebben ontvangen vertegenwoordigen, met het akkoord heeft ingestemd, kan de schuldenaar bij de rechtbank een verzoek tot homologatie van het akkoord indienen.*"

F. Aanpassing wederkerige overeenkomsten

In WCO II was in artikel 373 lid 4 een bepaling opgenomen waaruit bleek dat een akkoord tevens een wijziging tot gevolg kon hebben van toekomstige verplichtingen van de schuldenaar die voortvloeiden uit ten tijde van de aanbieding van het akkoord bestaande rechtsverhoudingen. De schuldeiser zou in dat geval de overeenkomst kunnen beëindigen en op verzoek van de schuldenaar kon de rechtbank nadere voorwaarden aan de beëindiging stellen. In haar reactie heeft de NVB zich tegen deze regeling uitgesproken.
In het Voorontwerp is in artikel 372 opnieuw een regeling met betrekking tot toekomstige verplichtingen opgenomen. De schuldenaar kan aan een wederpartij een voorstel tot wijziging van een wederkerige overeenkomst doen. Indien de wederpartij niet met het voorstel instemt, kan de schuldenaar de overeenkomst opzeggen in elk geval met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden. Een aanpassing dan wel beëindiging van de overeenkomst heeft tot gevolg dat de wederpartij een vordering tot schadevergoeding heeft op de schuldenaar voor zover de oorspronkelijke verplichting door de schuldenaar door deze aanpassing dan wel beëindiging niet wordt nagekomen. Het akkoord kan deze schadevergoedingsvordering wijzigen.
Artikel 372 komt tegemoet aan de bezwaren die de NVB had tegen artikel 373 lid 4 van WCO II. Echter, de NVB heeft bezwaar tegen de huidige tekst van artikel 372 lid 3 van het Voorontwerp waarin een regeling is opgenomen die bepaalt dat het aanbieden van een akkoord, alsmede gebeurtenissen die daarmee rechtstreeks verband houden, geen grond zijn voor wijziging van verbintenissen en verplichtingen van of jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Het gaat hier volgens de Memorie van Toelichting om clausules die de wederpartij van de schuldenaar het recht geven een overeenkomst te beëindigen indien de schuldenaar een akkoord aan zijn schuldeisers aanbiedt. De NVB heeft bezwaar tegen de zinsnede "gebeurtenissen die daarmee rechtstreeks verband houden" in combinatie met de door de Memorie van Toelichting gehanteerde ruime uitleg daarvan. Volgens deze ruime uitleg zouden alle contractsbepalingen die een vergelijkbaar effect hebben onder het bereik van artikel 372 lid 3 vallen. Zo zou ook een 'change of control' bepaling hieronder vallen. Naar de mening van de NVB gaat dit te ver. Volgens de NVB moet deze bepaling als doel hebben uitsluitend contractsbepalingen buiten werking te stellen op grond waarvan het contract met de schuldenaar wordt beëindigd, gewijzigd of de nakoming daarvan wordt opgeschort om de enkele reden dat de schuldenaar een akkoord heeft aangeboden of van plan is een akkoord aan te bieden.
De werking van artikel 372 lid 3 moet zich niet uitstrekken tot opzegging, wijziging of opschorting op andere gronden. Indien de schuldenaar reeds in verzuim is, behoort de wederpartij haar verplichtingen te kunnen opschorten tot het moment waarop het verzuim gezuiverd is dan wel de overeenkomst te kunnen beëindigen. Ook behoort de wederpartij nog steeds te kunnen beschikken over het opschortingsrecht uit het gewone verbintenissenrecht indien er een reëel risico bestaat dat de schuldenaar zijn verplichtingen uit hoofde van de bestaande overeenkomst niet nakomt. Ook is

opzegging op grond van een "Change of Control" bepaling niet per definitie hetzelfde als opzeggen op grond van het aanbieden van een akkoord. De wederpartij van de schuldenaar kan zeer valide redenen hebben om een overeenkomst te beëindigen indien de controle van de schuldenaar wordt overgenomen door een aandeelhouder die voor de wederpartij niet acceptabel is en zal in dat geval de mogelijkheid moeten hebben om de overeenkomst door opzegging te beëindigen.
Een concreet voorbeeld zou kunnen zijn dat de aandeelhouder niet door de Know-Your-Customer check van een bank komt. De bepaling van artikel 372 lid 3 mag niet tot gevolg hebben dat een bank gedwongen wordt om desondanks verder te gaan met deze nieuwe partij. Een contractpartij met een rechtmatig belang mag dus wel opzeggen, mits de contractspartij dit rechtmatig belang aantoont. De NVB stelt dan ook voor om artikel 373 lid 3 aldus te wijzigen:

"3. *Het aanbieden van een akkoord als bedoeld in het eerste lid, alsmede gebeurtenissen die verband houden met het opstellen, voorbereiden en de totstandkoming van een akkoord, zijn geen grond voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen van of jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.*"

Het is raadzaam dat de Memorie van Toelichting wordt aangepast door daarin aan te geven dat artikel 372 lid 3 enge werking heeft en uitsluitend ziet op opzegging, wijziging of opschorting op de enkele grond van het aanbieden van een akkoord en dat alle overige rechten en verplichtingen onder overeenkomsten ongewijzigd blijven.
Tenslotte merkt de NVB op dat artikel 372 lid 1 het nu ook mogelijk lijkt te maken dat het voorstel tot wijziging niet alleen betrekking heeft op de toekomstige verplichtingen van de schuldenaar, maar ook op de rechten van de schuldenaar onder de wederkerige overeenkomst. De NVB veronderstelt dat dit op een misverstand berust en dat bedoeld is dat het voorstel van de schuldenaar tot wijziging uitsluitend betreft de verplichtingen van de schuldenaar. Aanpassing van artikel 372 lid 1 eerste zin is in dat verband gewenst.

G . Positie borgen, derde zekerheidsverschaffers en medeschuldenaren

Het Voorontwerp besteedt terecht specifieke aandacht aan de positie van borgen, derde zekerheidsverschaffers en medeschuldenaren en wel in twee artikelen, te weten artikel 369 lid 7 en artikel 370 lid 2.
De NVB onderschrijft de in het Voorontwerp onder artikel 369 lid 7 gekozen oplossing die, kort gezegd, ervoor zorgt dat in het akkoord tevens een regeling wordt getroffen voor een eventuele regresvordering van de borgen, derde zekerheidsverstrekkers en medeschuldenaren. Deze regresvordering wordt in het akkoord betrokken.
Artikel 370 lid 2 maakt het mogelijk dat het akkoord de rechten van een schuldeiser ten opzichte van borgen, derde zekerheidsverschaffers en medeschuldenaren aanpast indien redelijkerwijs aannemelijk is dat zij door de homologatie van het akkoord in de toestand zullen komen te verkeren dat zij met het betalen van hun opeisbare schulden niet kunnen voortgaan. De tweede zin van artikel 370 lid 2 verklaart vervolgens het bepaalde in de afdeling homologatie onderhands akkoord van overeenkomstige toepassing op de borgen, derde zekerheidsverschaffers en medeschuldenaren. In de Memorie van Toelichting van het Voorontwerp wordt de noodzaak van de opname van deze bepaling gekoppeld aan de situatie waarin de schuldenaar samen met de borgen, derden zekerheidsverschaffers of medeschuldenaren deel uitmaakt van een groep van vennootschappen. Echter, deze beperking tot schuldenaren, borgen, derde zekerheidsverschaffers en medeschuldenaren die deel uitmaken van een groep is in artikel 370 lid 2 niet terug te vinden. De NVB meent dat deze beperking wenselijk is. In verband daarmee stelt de NVB voor de tekst van artikel 370 lid 2 eerste zin als volgt te wijzigen:

"2. Indien redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaren tezamen met borgen, derden met goederen waarop schuldeisers rechten kunnen uitoefenen, of medeschuldenaren van de schuldenaar deel uitmaakt van een groep in de zin van artikel 24b Boek 2 BW en de borgen, derden met goederen waarop schuldeisers rechten kunnen uitoefenen, of medeschuldenaren van de schuldenaar na de homologatie van het akkoord, bedoeld in het eerste lid, in de toestand zullen komen te verkeren dat zij met het betalen van hun opeisbare schulden niet zullen kunnen voortgaan, kan het akkoord ook mede worden aangeboden door deze borgen, derden of medeschuldenaren en voorzien in de wijziging van rechten van schuldeisers jegens deze borgen, derden of medeschuldenaren."

Het verdient voorts aanbeveling om in de Memorie van Toelichting de tweede zin van artikel 370 lid 2 nader toe te lichten. De NVB begrijpt deze tweede zin aldus dat de borgen, derden met goederen waarop schuldeisers rechten kunnen uitoefenen, of medeschuldenaren van de schuldenaar *zelf* een akkoord kunnen aanbieden. Voor borgen en medeschuldenaren betekent dit dat hun hele vermogen bij het akkoord betrokken wordt en dus in de verdeling wordt betrokken. Voor derden, die uitsluitend bepaalde goederen hebben ondergezet zodat de schuldeisers zich daarop kunnen verhalen, worden uitsluitend de goederen waarop de schuldeisers rechten kunnen uitoefenen in het akkoord betrokken.

H. Gevolgen tegenstemmen door schuldeisersklassen die in het faillissement aanspraak zouden kunnen maken op een uitkering in geld

In artikel 381 lid 4 zijn de weigeringsgronden opgenomen voor de homologatie van een akkoord die door de rechter worden getoetst op verzoek van één of meer klassen van schuldeisers of aandeelhouders die als klasse hebben tegengestemd. Voor de leden van de NVB is in het bijzonder de weigeringsgrond onder artikel 381 lid 4 onder e van belang: "schuldeisers die op basis van het akkoord geen aanspraak kunnen maken op een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting aan betaling in geld zouden ontvangen".
Uit de toelichting bij het Voorontwerp blijkt dat bij artikel 381 lid 4 vooral gedacht is aan financiers met een zekerheidsrecht, zoals pand- en hypotheekhouders en financiers met een eigendomsvoorbehoud, aangezien voor hen geldt dat in een faillissement de financiering eindigt en zij het verkregen onderpand te gelde kunnen maken. De omschrijving van het artikel is echter veel ruimer en geldt ook voor alle preferente en concurrente schuldeisers die in het faillissement naar verwachting een betaling in geld zouden ontvangen. Het Voorontwerp wijkt daarmee af van het in WCO II opgenomen systeem waarin uitsluitend schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht of een eigendomsvoorbehoudaanspraak konden maken op een betaling in contanten (vgl. art. 373 lid 2 onder a en b).
De NVB geeft er de voorkeur aan indien ook artikel 381 lid 4 uitsluitend geldt voor schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht of een eigendomsvoorbehoud. Deze schuldeisers hebben in tegenstelling tot andere crediteuren een goederenrechtelijke aanspraak op bepaalde activa van de schuldenaar die een afwijkende behandeling in een akkoord rechtvaardigt omdat deze schuldeisers met uitsluiting van alle andere crediteuren zich op hun onderpand kunnen verhalen.
Voorts voorziet de NVB onoverkomelijke praktische bezwaren bij de toepasselijkheid van het huidige artikel op preferente en concurrente schuldeisers. Het is ondoenlijk om te bepalen welk bedrag de preferente en concurrente schuldeisers in het faillissement zouden ontvangen, terwijl dit bij schuldeisers die beschikken over een pand- of hypotheekrecht of een eigendomsvoorbehoud wel eenvoudig is omdat het bedrag van hun aanspraak bepaald wordt door de waarde van het ondergezette goed.
Tot slot vraagt de NVB aandacht voor een nadere precisering in het Voorontwerp van hetgeen de schuldeiser met een eigendomsvoorbehoud en de pand- en hypotheekhouder bij vereffening zouden moeten ontvangen. Zoals de NVB al in haar reactie op WCO II heeft aangegeven zou daarbij als

maatstaf moeten gelden de onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvende bestemming en gebruik van de goederen waarop een eigendomsvoorbehoud, een pandrecht of een hypotheekrecht rust. Het gaat in deze situatie immers om het geval dat de onderneming wordt voortgezet (of via een controlled winddown wordt beëindigd) tegen de zin in van een klasse schuldeisers die hetzij beschikt over een eigendomsvoorbehoud dan wel over een pand- of hypotheekrecht. De goederen waarop het eigendomsvoorbehoud, pandrecht, of hypotheekrecht rust zullen gebruikt blijven worden door de onderneming en houden hun bestemming. Die waarde dient dan ook met de betreffende schuldeisers te worden afgerekend. De NVB stelt voor om artikel 381 lid 4 onder e aan te vullen met de volgende zin:
"Voor schuldeisers die beschikken over een eigendomsvoorbehoud, pandhouders en hypotheekhouders geldt dat zij naar verwachting bij een vereffening aan betaling in geld zouden ontvangen de onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvende bestemming en gebruik van de goederen waarop het eigendomsvoorbehoud, het pandrecht of het hypotheekrecht rust."

I. De financieringsovereenkomst als wederkerige overeenkomst

De relevante artikelen van het Voorontwerp voor deze opmerking zijn: artikel 42a (pauliana onverplichte rechtshandeling), artikel 47a (pauliana verplichte rechtshandeling), artikel 54 (overname vordering verrekening), artikel 372 (wederkerige overeenkomst) en artikel 375 (afkoelingsperiode).
Voor de positie van banken onder het Voorontwerp is van cruciaal belang hoe het Voorontwerp omgaat met de financieringsovereenkomst. Een van de uitgangspunten van het Voorontwerp is dat een akkoord redelijk moet zijn. Volgens de Memorie van Toelichting is daartoe onder meer vereist dat het gezamenlijke belang van de schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord worden betrokken bij het akkoord is gebaat of er in ieder geval niet op achteruit gaat, wanneer het akkoord tot stand komt. Volgens de Memorie van Toelichting betekent dit tenminste dat:

a. de schuldeisers en aandeelhouders op basis van het akkoord niet in een wezenlijk slechtere positie komen dan in faillissement, en
b. de met het akkoord gemoeide herstructureringslasten, alsmede de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd (dat wil zeggen de "going-concern" waarde van de betrokken onderneming) eerlijk onder de klassen van schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld.

De NVB kan zich in deze uitgangspunten vinden, zij het dat in geval van een controlled winddown de opbrengst van de gecontroleerde beëindiging van een onderneming liquidatie eerlijk verdeeld moet worden. Deze uitgangspunten kunnen echter alleen worden verwezenlijkt indien ook in de periode voorafgaand aan de homologatie van het akkoord de (zekerheden)positie van de schuldeisers ongewijzigd blijft. Een bijzonderheid voor de bank als financier is dat de hoogte van haar vordering op de schuldenaar in de periode voorafgaand aan het akkoord kan toenemen, omdat de bank in beginsel gehouden is de schuldenaar tot de overeengekomen kredietlimiet te financieren. De vordering van de bank kan ook toenemen indien de bank – naast de bestaande financiering – een nieuwe financiering verstrekt die ter financiering van het akkoord dient. Dit kan in de vorm van een volledige nieuwe lening of in de vorm van een verhoging van de kredietlimiet onder een bestaande lening. In de herstructureringspraktijk wordt voor het verhogen van de vordering op de schuldenaar – door toe te staan dat deze de kredietlimiet voltrekt, door het verhogen van de kredietlimiet van een bestaande kredietfaciliteit als ook door het verstrekken van een volledig nieuwe lening – het begrip "nieuw geld" of "new money" gebruikt. Op basis van een commerciële onderhandeling tussen partijen wordt per herstructurering en kredietfaciliteit het moment vastgesteld vanaf wanneer er sprake is van een verhoging van de financiering. Vanaf dat moment zou de (zekerheden)positie van de financier er niet op achteruit mogen gaan.

Om te voorkomen dat de bank door het voortzetten van een kredietfaciliteit waarvan de kredietlimiet niet is volgetrokken in een slechtere positie komt te verkeren, dient de schuldenaar voldoende zekerheid voor de verhoging van de vordering van de bank op de schuldenaar te verstrekken. Indien op grond van de bestaande afspraken tussen de schuldenaar en de bank de schuldenaar verplicht is om extra zekerheden te verstrekken, zal de bank alleen blijven financieren indien de schuldenaar aan zijn verplichting tot het verstrekken van extra zekerheden heeft voldaan (zie ook hiervoor onder F.).
Artikel 42a van het Voorontwerp ziet daarentegen op de gevallen waarin de schuldenaar nog geen verplichting heeft zekerheid te verstrekken. In de tekst van het Voorontwerp is niet meer vereist (zoals dat wel het geval was onder WCO II) dat het akkoord al is aangeboden, doch uitsluitend dat de nieuwe financiering is verstrekt aan de schuldenaar om de deze in staat te stellen betalingen te verrichten die voor de voorzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming in het kader van de totstandkoming van een akkoord als bedoeld in artikel 370 redelijkerwijs noodzakelijk waren. Dat is een passende wijziging.
Artikel 42a spreekt over het verstrekken van een nieuwe geldlening, zonder duiding van dit begrip. De NVB veronderstelt dat het hier gaat om verhoging van de vordering van de financier in de zin zoals deze hierboven door de NVB omschreven is. Met andere woorden, artikel 42a zou moeten zien op zowel het voorzetten van een financiering die het gevolg is van het opnemen van nog niet gebruikte kredietruimte als ook op het verstrekken van een nieuwe financiering door het verhogen van de limiet onder een bestaande financiering of door het verstrekken van een volledig nieuwe lening. Uiteraard geldt daarbij dat het wel een financiering moet betreffen die de schuldenaar in staat stelt om de door hem gedreven onderneming te kunnen voortzetten tijdens de periode van de totstandkoming van een akkoord. De Memorie van Toelichting zou duidelijker moeten aangeven dat deze financieringen worden afgedekt door het voorgestelde artikel 42a Faillissementswet.
De voorgestelde aanpassing van artikel 47 heeft de instemming van de NVB.

De NVB mist in het Voorontwerp de wel in de WCO II opgenomen aanpassing van artikel 54. Deze is van belang voor de situatie waarin de bank tot verrekening conform art. 6:140 BW overgaat van schulden aan de schuldenaar die zijn overgenomen doordat betaald is op de rekening van de schuldenaar bij de bank met als gevolg dat een debetstand op de rekening van de schuldenaar bij de bank wordt verlaagd. Betreft het een krediet in rekening courant dan kan de bank na verrekening de schuldenaar toestaan om de vrijgekomen kredietruimte te gebruiken. Mocht het akkoord toch niet tot stand komen of mislukken, dan zou ook hier de bank moeten worden beschermd tegen een curator die de verrekening achteraf betwist wegens het niet te goeder trouw zijn van de bank en de bank verzoekt de verrekening tijdens het akkoordtraject terug te draaien. Dit heeft tot gevolg dat de bank de verrekende gelden moet afdragen en met een vordering achterblijft die hoger is dan de afgesproken kredietlimiet. Om te voorkomen dat de bank – ter vermijding van risico's van latere aansprakelijkheid – de financiering opzegt en daardoor de totstandkoming van een akkoord in de weg staat, is het gewenst dat er een aanpassing van artikel 54 in het Voorontwerp wordt opgenomen die ervoor zorgt dat een eventuele verrekening tijdens een akkoordtraject in een faillissement niet aangetast kan worden. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij artikel 42a van het Voorontwerp en een derde lid aan artikel 54 worden toegevoegd.

"*lid 3 Het bepaalde in artikel 54 lid 1 is niet van toepassing voor zover de verrekening geschiedt in het kader van de financiering van de door de schuldenaar gedreven onderneming met het oog op de totstandkoming van een akkoord.*"

Het gaat ook hier niet alleen om het continueren van bestaande financieringen maar ook om nieuwe financieringen ten behoeve van de voortzetting van de onderneming.
In artikel 375 van het Voorontwerp komt de afkoelingsperiode aan bod. Een eventuele afkoelingsperiode is uitsluitend van belang indien de bank de financiering heeft opgezegd en zorgt ervoor dat het verhaal door de financier op de zekerheden wordt opgeschort.

In de Memorie van Toelichting van het Voorontwerp wordt opgemerkt dat gedurende de afkoelingsperiode een bank de inkomsten van de schuldenaar die op zijn bankrekening binnenkomen in dat geval niet zonder toestemming van de rechter zal mogen verrekenen met de uitstaande schuld. Daarmee wordt echter geen redelijk belang gediend, omdat de binnenkomende gelden door de schuldenaar niet gebruikt kunnen worden voor bestedingen. Het uitstellen van verrekening van de opbrengst van verpande vorderingen is erg onpraktisch. De bank moet de gelden als bewaarder onder zich houden en kan zichzelf ingevolge artikel 490b Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering als bewaarder aanwijzen. Dat is een extra administratieve last. Zodra de afkoelingsperiode is beëindigd, zal het geld dat zich bij de bewaarder bevindt, conform een rangregeling worden verdeeld. Indien de bank een pandrecht op vorderingen heeft, komt de opbrengst aan de bank toe. Indien de binnenkomende gelden wel ter beschikking zouden komen voor de schuldenaar, doet dit afbreuk aan het beginsel dat de bank niet in een slechtere positie mag komen te verkeren. Dit beginsel geldt onverkort gedurende de afkoelingsperiode.
Een slechtere positie kan ook worden veroorzaakt indien de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode bezwaarde goederen mag gebruiken, verbruiken en/of erover mag blijven beschikken voor zover nodig voor de normale bedrijfsuitoefening. In verband daarmee is het gewenst dat de rechter bij het afkondigen van de afkoelingsperiode jegens een bank als voorwaarde stelt dat de belangen van de bank als zekerheidsgerechtigde voldoende zijn gewaarborgd. Dit kan bijvoorbeeld door de schuldenaar te verplichten hetzij de vordering van de bank te voldoen voor zover de waarde van de zekerheden wordt gebruikt of verbruikt hetzij vervangende zekerheid te stellen. Het verdient aanbeveling de Memorie van Toelichting in verband met het vorenstaande te verduidelijken, waarbij dan tevens aandacht kan worden besteed aan de positie van de schuldeiser met een eigendomsvoorbehoud.
Tot slot stelt de NVB vast dat artikel 375 ten onrechte niet bepaalt dat indien de rechtbank een afkoelingsperiode afkondigt, de rechtbank tevens overgaat tot benoeming van een deskundige. De schuldenaar dient bij een afkoelingsperiode onder toezicht te komen staan.

3. OVERIGE OPMERKINGEN INGEDEELD PER ARTIKEL

Artikel 252 en artikel 287a
Wanneer een schuldenaar een verzoek heeft ingediend tot verlening van surseance van betaling of toepassing van de schuldsaneringsregeling en hij in de drie jaar die daaraan vooraf zijn gegaan een mislukte poging heeft gedaan om op basis van de nieuwe afdeling 4.2 een dwangakkoord tot stand te brengen, kan hij volgens deze artikelen zijn schuldeisers geen surseance akkoord meer aanbieden overeenkomstig artikel 252 en de rechter niet meer vragen om verbindendverklaring van een schuldsaneringsregeling overeenkomstig artikel 287a, eerste lid. De NVB vraagt zich af of deze bepalingen noodzakelijk zijn. Omdat er geen akkoord tot stand is gekomen, zijn de rechten van schuldeisers niet gekort. Het feit dat een eerder akkoordvoorstel niet heeft geleid tot een akkoord, sluit niet uit dat het nieuwe akkoordvoorstel wel wordt geaccepteerd door de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. De NVB stelt dan ook voor deze toevoegingen niet op te nemen in de Faillissementswet.
Een grotere kans op benadeling van schuldeisers zou bestaan indien een schuldenaar in een relatief kort tijdsbestek, bijvoorbeeld van een paar jaar, meerdere akkoorden op elkaar laat volgen. Op deze wijze zouden de rechten van schuldeisers stelselmatig kunnen worden uitgehold. Dit zou ervoor pleiten om niet toe te staan dat een schuldenaar binnen een bepaalde periode na de totstandkoming van een akkoord wederom een akkoord kan aanbieden. Echter, in de praktijk kan het zich echter ook voordoen dat een tweede akkoord dat kort volgt op een eerder akkoord door een meerderheid van de schuldeisers als wenselijk wordt gezien. Een verbod lijkt dan ook niet op zijn plaats. De homologatie van een nieuw akkoord in een korte periode na een eerder akkoord met als gevolg dat de rechten van schuldeisers worden uitgehold, zou echter wel kunnen vallen onder de door de NVB hierboven voorgestelde in artikel 381 lid 3 onder h op te nemen weigeringsgrond van andere zwaarwegende redenen die zich tegen homologatie verzetten.

In ieder geval zouden deze beperkingen niet moeten gelden indien de rechtbank een deskundige benoemt. Om dat te bereiken, moet aan artikel 369 lid 8 worden toegevoegd:

"*met uitzondering van het tiende lid van dit artikel*".

Artikel 369 lid 10
Toepasselijkheid van afdeling 4.2. wordt in dit artikel uitgesloten als in de drie voorafgaande jaren al een akkoord is aangeboden dat door alle klassen is verworpen en niet door de rechtbank op grond van artikel 381 is gehomologeerd. Ook bij deze uitsluiting van toepasselijkheid vraagt de NVB zich af of deze gewenst is. Ook hier kan een ander akkoord een succesvol akkoord blijken te zijn dat door een grote meerderheid van de klassen wordt aanvaard. En in het geval er wel zwaarwegende gronden bestaan tegen het opnieuw aanbieden van een akkoord in deze driejaars periode, zou het voorgestelde artikel 381 lid 3 onder h weer uitkomst kunnen bieden.

Artikel 373 indeling in klassen
In de WCO II werd nog gekozen voor het in een zelfde klasse onderbrengen van schuldeisers met vorderingen en aandeelhouders met rechten die redelijkerwijs als gelijkwaardig moeten worden aangemerkt. De NVB (en met haar vele anderen) hebben als reactie op WCO II een wijziging van dit criterium gevraagd om ervoor te zorgen dat maximale flexibiliteit van de indeling in klassen mogelijk is. Het Voorontwerp kiest nu voor het vereiste om schuldeisers of aandeelhouders die belangen of rechten hebben of op basis van het akkoord rechten krijgen die zo verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake kan zijn, in verschillende klassen in te delen. De NVB juicht deze wijziging toe.
De NVB heeft uitsluitend een suggestie tot wijziging van artikel 373. De wijziging betreft de tweede zin. Uit deze zin lijkt door de opname van de passage "in faillissement" te volgen dat de rang van een aandeelhouder of schuldeiser uitsluitend in faillissement wordt bepaald. Zoals de Memorie van Toelichting al aangeeft (door de verwijzing naar titel 10 van Boek 3 BW) worden veel rangorde regels buiten faillissement bepaald. De NVB stelt in dat verband voor om de passage "in faillissement" te schrappen. Wanneer beide wijzigingen worden doorgevoerd zou Artikel 373 dan als volgt gaan luiden:

"*Heeft een akkoord betrekking op schuldeisers of aandeelhouders die belangen of rechten hebben of op basis van het akkoord rechten krijgen die zo verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake kan zijn, dan worden die schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen ingedeeld. In ieder geval worden schuldeisers of aandeelhouders die een verschillende rang zouden hebben, in verschillende klassen ingedeeld.*"

We hopen dat u bij de verdere discussie rekening houdt met de door ons genoemde punten. We zijn vanzelfsprekend graag beschikbaar voor eventuele vragen en een nadere toelichting.

Met vriendelijke groet,

Eelco Dubbeling
Directeur

EUMEDION
CORPORATE GOVERNANCE FORUM

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Directie Wetgeving en Juridische Zaken

Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Den Haag, 29 november 2017

Ref: B17.32
Betreft: Consultatie conceptwetsvoorstel homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

Geachte mevrouw Van Dijk,

Graag maakt Eumedion gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het consultatiedocument d.d. 5 september 2017 inzake het conceptwetsvoorstel homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (hierna: het conceptwetsvoorstel).

1. Algemeen: het conceptwetsvoorstel kan onnodige faillissementen van levensvatbare ondernemingen helpen voorkomen

Een levensvatbare onderneming met financiële problemen kan haar aandeelhouders en schuldeisers een akkoord aanbieden met het doel om de schuldenlast te verlichten. Een complicerende factor onder het huidige recht is dat deze partijen niet kunnen worden verplicht om mee te werken aan een redelijk akkoord, zelfs niet wanneer dat akkoord door een meerderheid van de schuldeisers en aandeelhouders wordt gesteund. Het gevolg hiervan is dat een kleine minderheid onwillige schuldeisers of aandeelhouders een akkoord op onredelijke gronden kan dwarsbomen en daarmee de herstructurering van een levensvatbare onderneming kan frustreren. Het wetsvoorstel beoogt deze praktijk een halt toe te roepen. Om dit doel te bereiken, wordt erin voorzien dat de rechter onder bepaalde voorwaarden[1] een akkoord kan homologeren waardoor het algemeen verbindend is voor alle daarbij betrokken schuldeisers en aandeelhouders (het zogenoemde 'dwangakkoord').

Eumedion heeft al in haar reactie op het eerdere voorontwerp van dit wetsvoorstel aangegeven voorstander te zijn van een wettelijke regeling voor het dwangakkoord.[2] Eumedion is verheugd dat het conceptwetsvoorstel voorziet in een preventief herstructureringsraamwerk waardoor onnodige

[1] De rechter kan een akkoord homologeren, mits tenminste één klasse van schuldeisers of aandeelhouders met het akkoord heeft ingestemd en er geen sprake is van enige weigeringsgrond.
[2] https://www.eumedion.nl/nl/public/kennisbank/wet-en-regelgeving/2012/2014-11-commentaar-consultatie-wetsvoorstel-dwangakkoord.pdf.

faillissementen van levensvatbare ondernemingen kunnen worden voorkomen. Bij een onnodig faillissement zullen weinig van de bij de onderneming betrokken *stakeholders* belang hebben, en aandeelhouders – die bij een faillissement helemaal achterin de rij staan bij het verhaal op de achtergebleven boedel – al helemaal niet.

De meeste elementen van het conceptwetsvoorstel kunnen op onze steun rekenen. Dit betreft in het bijzonder het voorstel om bepaalde entiteiten die al onder een stelsel voor herstel en afwikkeling vallen van het conceptwetsvoorstel uit te zonderen (conceptart. 369 Fw), de voorgestelde toegangsdrempel voor herstructurering (conceptart. 370 Fw), de mogelijkheid om de rechter te verzoeken om te oordelen over geschillen in de fase waarin nog over het akkoord wordt onderhandeld (conceptart. 376 Fw), de mogelijkheid voor de rechter om maatregelen te treffen ter bescherming van de belangen van aandeelhouders (conceptart. 377 Fw), de verplichte rechterlijke toetsing in het kader van de homologatie (conceptart. 381 Fw) en de verbindende kracht van een gehomologeerd akkoord (conceptart. 382 Fw).

Bij enkele onderdelen van het conceptwetsvoorstel hebben wij bedenkingen. Het betreft in het bijzonder:

- de voorgestelde inrichting van de stemprocedure over een akkoord (conceptart. 378 Fw). Het risico bestaat dat aandeelhouders van beursvennootschappen niet in staat zullen zijn om te stemmen over een akkoord. Om dit te voorkomen meent Eumedion dat in het geval van een beursvennootschap a) aandeelhouders via een gevolmachtigde dan wel een elektronisch communicatiemiddel zouden moeten kunnen stemmen over een akkoord en b) de 'oproepingstermijn' voor deze stemming zou moeten worden verlengd.
- het voorstel dat aandeelhouders voortaan zouden kunnen worden gedwongen om aanvullende investeringen te doen (conceptart. 382 Fw). Gelet op de huidige jurisprudentie kunnen aandeelhouders hiertoe niet worden gedwongen.
- het voorstel om aandeelhouders en schuldeisers de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep te ontnemen (conceptart. 381 Fw). Gelet op de ingrijpende gevolgen van de homologatie van een akkoord voor aandeelhouders en schuldeisers en de Europese ontwikkelingen op dit gebied, meent Eumedion dat het instellen van hoger beroep mogelijk zou moeten zijn.

Hieronder lichten wij onze belangrijkste aandachtspunten toe.

2. Drempel voor aanbieden dwangakkoord terecht hoog

Sanering en herstructurering van schulden via een dwangakkoord kan ingrijpende gevolgen hebben voor schuldeisers en aandeelhouders, hun rechten kunnen immers worden aangetast. Gedacht kan worden aan de gedeeltelijke in plaats van de gehele voldoening van hun vordering of de verwatering

van hun aandelenbelang. Gelet op de ingrijpende aard van deze gevolgen, dient te ruimhartig en oneigenlijk gebruik van de wettelijke regeling voor het dwangakkoord te worden voorkomen. Alleen in het geval een levensvatbare onderneming op een faillissement afstevent, zou toegang moeten worden geboden tot deze wettelijke regeling. In het conceptwetsvoorstel (conceptart. 370 Fw) wordt de toegang terecht beperkt tot situaties waarin een schuldenaar voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan.

3. Aandeelhouders van beursvennootschappen zouden in staat moeten zijn om te stemmen over een akkoord

Op grond van conceptart. 378 Fw dient een akkoord gedurende een redelijke termijn die in ieder geval niet korter mag zijn dan acht dagen aan de stemgerechtigde aandeelhouders te worden voorgelegd. Het is aan de schuldenaar om te bepalen op welke wijze er gestemd zal kunnen worden. Zo kan de schuldenaar ervoor kiezen om de stemming schriftelijk te laten plaatsvinden of om hiervoor een vergadering te organiseren, al dan niet met gebruik van een elektronisch communicatiemiddel. Bij de bepaling van de stemuitslag wordt gekeken naar de aandeelhouders die daadwerkelijk hebben gestemd. Gelet hierop is het van groot belang dat aandeelhouders die dat willen ook daadwerkelijk kunnen stemmen over een akkoord. Te meer nu aandeelhouders niet via het gebruik van hun 'reguliere' aandeelhoudersrechten voor hun belangen kunnen opkomen (conceptart. 370, lid 3, Fw). Overigens heeft ook de schuldenaar baat bij een stemprocedure die aan de wettelijke eisen voldoet. Indien dat niet het geval is, loopt hij immers het risico dat de rechter weigert om een akkoord algemeen verbindend te verklaren (conceptart. 381 Fw). In de conceptmemorie van toelichting (p. 10) valt te lezen dat de rechtbank altijd ambtshalve zal toetsen of alle schuldeisers of aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord en de gelegenheid hebben gehad hierover hun stem uit te brengen. Wel is het de vraag of een stemprocedure die vanuit praktisch oogpunt bezwaarlijk is voor aandeelhouders ook kwalificeert als een weigeringsgrond in de zin van het conceptwetsvoorstel. Het risico van een stemprocedure die vanuit praktisch oogpunt bezwaarlijk is voor aandeelhouders, doet zich met name voor bij beursvennootschappen. Gelet hierop meent Eumedion dat er betere waarborgen in het conceptwetsvoorstel moeten worden opgenomen opdat aandeelhouders van beursvennootschappen ook daadwerkelijk in staat zijn om te stemmen over een akkoord. Hieronder gaan wij nader in op voornoemde praktische bezwaren en doen wij voorstellen om deze te ondervangen.

<u>a. Aandeelhouders van beursvennootschappen zouden via een gevolmachtigde dan wel via een elektronisch communicatiemiddel moeten kunnen stemmen</u>

Het eerste praktische bezwaar is de vrijheid die beursvennootschappen in het conceptwetsvoorstel wordt geboden bij de inrichting van de stemprocedure. Niet kan worden uitgesloten dat een beursvennootschap ervoor kiest om een vergadering te organiseren en alleen aandeelhouders die

fysiek aanwezig zijn te laten stemmen over het akkoord. Voor buitenlandse aandeelhouders, die bijna 90% van het risicodragend kapitaal van de grootste Nederlandse beursvennootschappen verschaffen, zal het veelal niet mogelijk zijn om fysiek bij deze vergadering aanwezig te zijn. Eumedion zou het toejuichen wanneer wordt gewaarborgd dat in ieder geval beursvennootschappen hun aandeelhouders de mogelijkheid bieden om via een gevolmachtigde dan wel via een elektronisch communicatiemiddel te stemmen[3] over een akkoord.

b. De 'oproepingstermijn' voor de stemming over een akkoord zou moeten worden verlengd

Een ander praktisch bezwaar is de wel erg korte 'oproepingstermijn' van acht dagen. Gelet op het feit dat aandelen van beursvennootschappen vaak worden gehouden via een zogenoemde bewaarketen van intermediairs, verwacht Eumedion dat maar een gering percentage van de buitenlandse aandeelhouders in staat zal zijn om (geïnformeerd) te kunnen deelnemen aan de stemming over een akkoord. Dit doet afbreuk aan het beoogde uitgangspunt dat aandeelhouders voldoende gelegenheid wordt gegeven om het akkoord te beoordelen, de consequenties die daar voor hen uit voortvloeien te overzien en daarover te stemmen (p. 9 conceptmemorie van toelichting). Eumedion is er voorstander van dat de 'oproepingstermijn' voor beursvennootschappen tenminste gelijk wordt getrokken met de verkorte oproepingstermijn die al geldt voor vergaderingen bij banken en bepaalde beleggingsondernemingen voor een kapitaalverhoging om afwikkeling te voorkomen, dat wil zeggen niet later dan de tiende dag voor de stemming.[4] Daarnaast vraagt Eumedion zich meer in algemene zin af in hoeverre deze korte 'oproepingstermijn' zich verhoudt met de richtlijn aandeelhoudersrechten[5] en dan in het bijzonder art. 5 (minimumoproepingstermijn) en art. 7. (verplichting om één registratiedatum in de wet op te nemen). Eumedion vindt het wenselijk dat hier in de memorie van toelichting aandacht aan wordt besteed.

4. Aandeelhouders kunnen niet gedwongen worden om aanvullende investeringen te doen

In Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is geregeld dat aan een aandeelhouder, zelfs niet door wijziging van de statuten, tegen zijn wil enige verplichting boven de verplichting tot volstorting van zijn aandelen kan worden opgelegd. In het conceptwetsvoorstel (art. 382, lid 2, Fw) wordt geregeld dat deze bepaling buiten toepassing blijft. Het is voor Eumedion niet duidelijk welke implicaties dit met zich meebrengt voor aandeelhouders. De conceptmemorie van toelichting (p. 36) lijkt er vanuit te gaan dat aandeelhouders via een akkoord ook kunnen worden gedwongen om een aanvullende investering te doen. In het voorontwerp van dit wetsvoorstel ging de wetgever er nog vanuit dat aandeelhouders op grond van de jurisprudentie in beginsel niet verplicht zijn om hun kapitaaldeelname uit de breiden bij noodzaakfinanciering maar dat zij onder omstandigheden wel

[3] Vgl. ook art. 2:117 BW en art. 2:117a BW.
[4] Vgl. art. 2:115, lid 3, BW.
[5] Richtlijn 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen, PbEU 2007, L 184.

dienen mee te werken aan een aandelenuitgifte.[6] Eumedion meent dat aandeelhouders niet kunnen worden gedwongen om aanvullende investeringen te doen.

5. Hoger beroep tegen beslissing tot homologatie van een akkoord zou mogelijk moeten zijn

De gevolgen van de homologatie van een akkoord kunnen bijzonder ingrijpend zijn voor aandeelhouders en schuldeisers. Tegen deze achtergrond is de rechtsbescherming nogal mager te noemen. Aandeelhouders en schuldeisers wordt de mogelijkheid ontnomen om in hoger beroep te gaan en cassatie in te stellen (conceptart. 381, lid 6, Fw). In de conceptmemorie van toelichting (p. 41) wordt de keuze voor deze uitgeklede vorm van rechtsbescherming gemotiveerd door erop te wijzen dat een akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van een dreigende faillietverklaring, dat in het kader van de behandeling van een homologatieverzoek prejudiciële vragen kunnen worden gesteld en dat cassatie in belang der wet mogelijk blijft. Eumedion vindt deze redenering niet overtuigend. Te meer nu het conceptwetsvoorstel niet voorziet in een afzonderlijke procedure over de door de schuldenaar geboden waardering[7]. Overigens is Eumedion ook verbaasd over deze ommezwaai van de wetgever. In de conceptmemorie van toelichting (p. 75) op het eerdere voorontwerp van dit wetsvoorstel viel namelijk nog het volgende te lezen: "*Voor de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd, betekent de algemeen verbindend verklaring van het akkoord dat die inmenging plaatsvindt tegen hun wil. Een inmenging in de eigendom is een zo zwaar middel dat een procedure in twee instanties aangewezen wordt geacht. Aldus zijn tegen de beschikking van de rechtbank ten aanzien van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord hoger beroep en cassatie mogelijk*". Ook het richtlijnvoorstel herstructurering en faillissement (art. 15) voorziet in een mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep, waarbij wel geldt dat het instellen daarvan geen schorsende werking heeft op de uitvoering van een herstructureringsplan. Eumedion vindt het raadzaam dat zoveel als mogelijk wordt aangesloten bij de contouren van het Europese systeem en pleit er daarom voor om aandeelhouders en schuldeisers de mogelijkheid te geven om op z'n minst hoger beroep in te stellen tegen de beslissing tot homologatie. Daarnaast meent Eumedion meer in algemene zin dat het wenselijk is dat in de memorie van toelichting wordt ingegaan op de samenloop met het richtlijnvoorstel herstructurering en faillissement.

6. Benoeming onafhankelijke deskundige zou verplicht moeten zijn bij aantasting rechten aandeelhouders

Eumedion kan zich er wel iets bij voorstellen dat de benoeming van een deskundige niet in alle gevallen toegevoegde waarde heeft. Uit de conceptmemorie van toelichting (p. 35) volgt dat de

[6] Zie conceptmemorie van toelichting bij WCO II, p. 18/19 waar onder meer wordt verwezen naar Gerechtshof Amsterdam 11 maart 2004 (OK), JOR 2004/190 (Pito/Booij), Hoge Raad 19 oktober 2001, JOR 2002/5 (Skygate) en Hoge Raad 25 februari 2011, JOR 2011/115 (Inter Access).
[7] Uit conceptart. 374, lid 2, Fw volgt dat een door de schuldenaar opgestelde waardering onderdeel uitmaakt van het akkoord.

rechter kan bepalen dat er een onafhankelijke deskundige moet worden aangesteld die het traject zal monitoren maar wat Eumedion betreft is dit wat mager. Eumedion meent dat de benoeming van een onafhankelijke deskundige toegevoegde waarde heeft en verplicht zou moeten zijn indien de rechten van aandeelhouders worden geschonden. Te meer nu aandeelhouders niet via het gebruik van hun 'reguliere' aandeelhoudersrechten voor hun belangen kunnen opkomen[8] en de rechter een akkoord al kan homologeren als tenminste één klasse van schuldeisers of aandeelhouders met het akkoord heeft ingestemd (en er geen sprake is van een weigeringsgrond). Eumedion adviseert om de benoeming van een onafhankelijke deskundige in het geval van aantasting van de rechten van aandeelhouders verplicht te stellen.

7. (Statutaire) regelingen over rol algemene vergadering bij akkoord zouden moeten blijven gelden

Ofschoon het de belangen van aandeelhouders ingrijpend schaadt, begrijpen wij de achtergrond van conceptart. 370, lid 3, Fw waarin, kort gezegd, is geregeld dat aandeelhouders niet via het gebruik van hun 'reguliere' wettelijke aandeelhoudersrechten voor hun belangen kunnen opkomen. Wel vindt Eumedion het teleurstellend dat de wetgever voorschrijft dat ook statutaire bepalingen en andere regelingen die tussen de aandeelhouders en de rechtspersoon zijn overeengekomen waaruit volgt dat voor het aanbieden van een akkoord wel goedkeuring van de algemene vergadering is vereist, buiten toepassing blijven. Eumedion is geen voorstander van deze bepaling en mist een overtuigende motivering in de memorie toelichting van het wetsvoorstel waarom deze bepaling gerechtvaardigd is.

8. Afsluitend nog enkele technische punten

- Verhouding met verplicht bod-regeling: Het valt niet uit te sluiten dat een dwangakkoord (bijvoorbeeld waarbij sprake is van een *debt for equity swap*) ertoe leidt dat een daarbij betrokken partij meer dan 30% van de stemrechten in een beursvennootschap verkrijgt. Deze partij is op grond van de Wet op het financieel toezicht verplicht om een openbaar bod op alle aandelen van die onderneming uit te brengen.[9] Eumedion vraagt zich af of in deze gevallen niet zou moeten worden voorzien in een uitzondering op de verplicht bod-regeling. Dit is ook in lijn met hetgeen nu geldt voor personen die meer dan 30% van de stemrechten verkrijgen in een vennootschap waaraan surseance van betaling is verleend of wanneer deze in staat van faillissement is verklaard (art. 5:71, lid 1, onderdeel f, van de Wft).
- Verhouding met richtlijn kapitaalbescherming[10]: In het geval van een naamloze vennootschap geldt dat de besluitvorming over de uitgifte van nieuwe aandelen is voorbehouden aan de

[8] Zie conceptart. 370, lid 3, Fw.
[9] Art. 5:70 Wft.
[10] Richtlijn 2012/30/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 54, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze

algemene vergadering en dat de nieuw uit te geven aandelen eerst aan de bestaande aandeelhouders moeten worden aangeboden. In de memorie van toelichting (p. 6) wordt erop gewezen dat deze regels op grond van de richtlijn kapitaalbescherming niet buiten toepassing kunnen worden verklaard. Eumedion deelt deze visie.[11] Wel vraagt Eumedion zich af hoe een dwangakkoord in de vorm van een *debt for equity swap* bij een naamloze vennootschap uitwerkt en meent dat hier nader aandacht aan zou moeten worden besteed in de memorie van toelichting.

- Verhouding met Verordening marktmisbruik[12]: Een schuldenaar kan ervoor kiezen om een akkoord aan te bieden aan een beperkte groep aandeelhouders of schuldeisers. Uit de conceptmemorie van toelichting (p. 6/7 en p. 20) volgt dat dit de schuldenaar in staat stelt om in relatieve rust een akkoord tot stand te brengen en negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en daarmee samenhangende nadelige consequenties te voorkomen. Deze redenering wordt ook gebruikt om te onderbouwen waarom verzoeken tot aanstelling van een deskundige en de behandeling van geschilpunten voorafgaand aan het definitieve akkoord in de raadkamer (en niet in het openbaar) moeten worden behandeld (p. 27 en p. 34 conceptmemorie van toelichting). Eumedion vraagt zich af of deze redenering ten aanzien van beursvennootschappen wel hout snijdt. Beursvennootschappen zijn immers gehouden om voorwetenschap onverwijld openbaar te maken (art. 17 Verordening marktmisbruik). Ernstige financiële problemen zijn zonder meer als voorwetenschap[13] te kwalificeren. In het geval een beursvennootschap voorziet dat zij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, zal er in beginsel sprake zijn van voorwetenschap. Het wetsvoorstel kan transparantievereisten die voortkomen uit de Verordening markmisbruik niet zomaar opzij zetten. Mogelijk gaat de wetgever er vanuit dat openbaarmaking kan worden uitgesteld vanwege een zogenoemd rechtmatig belang dat met uitstel gediend zou zijn (art. 17, lid 4, Verordening marktmisbruik), maar dat blijkt niet uit de memorie van toelichting. Eumedion vindt het wenselijk dat in de memorie van toelichting wordt ingegaan op de verhouding tussen het conceptwetsvoorstel en het uitgangspunt van openbaarheid van voorwetenschap dat op grond van de Verordening marktmisbruik voor beursvennootschappen geldt.
- Ook in het kader van homologatie van een akkoord zou benoeming deskundige mogelijk moeten zijn: De rechter dient in het kader van de homologatie van een akkoord te beoordelen of voldaan is aan het uitgangspunt dat een aandeelhouder door een akkoord niet wezenlijk slechter af is dan in faillissement (conceptart. 381, lid 3, onderdeel d, Fw). Voor zover de rechter zich niet in een

---

vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken, PbEU 2012, L 315.

[11] Zie in dezelfde zin art. 32 van het richtlijnvoorstel herstructurering en faillissement.

[12] Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (PbEU 2014, L 173).

[13] Art. 7, lid 1, onderdeel a, Verordening marktmisbruik: "*niet openbaar gemaakte informatie die concreet is en die rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking heeft op een of meer uitgevende instellingen of op een of meer financiële instrumenten en die, indien zij openbaar zou worden gemaakt, een significante invloed zou kunnen hebben op de koers van deze financiële instrumenten of daarvan afgeleide financiële instrumenten*".

eerder stadium over de door de schuldenaar opgestelde waardering heeft uitgelaten[14], kan Eumedion zich goed voorstellen dat de rechter er behoefte aan heeft om een onafhankelijke deskundige in te schakelen die onderzoek doet naar de hoogte van de waardering. Dit is wat ons betreft ook in lijn met het richtlijnvoorstel herstructurering en faillissement (art. 13). Eumedion meent dat de rechter ook in voornoemde fase de mogelijkheid zou moeten hebben om een onafhankelijke deskundige in te schakelen (vgl. conceptart. 376, lid 3, Fw) en adviseert om het conceptwetsvoorstel op dit punt aan te vullen.

- Schuldenaar zou informatie moeten verschaffen over de noodzaak van een akkoord: Conceptart. 374 Fw schrijft voor welke informatie moet worden opgenomen in het akkoord. Uit de conceptmemorie van toelichting (p. 31) volgt onder andere dat schuldeisers en aandeelhouders op basis van die informatie moeten kunnen inschatten of de totstandkoming van het akkoord noodzakelijk en toereikend is om een dreigend faillissement af te wenden en of het akkoord redelijk is. In de conceptmemorie van toelichting valt te lezen dat dit volgt uit conceptart. 374, lid 1, onderdelen a en c, en lid 2, Fw. Eumedion meent dat in conceptart. 374 Fw nadrukkelijker zou moeten worden verankerd dat de schuldenaar informatie moet verschaffen over de noodzaak van een akkoord.

Eumedion zou het zeer op prijs stellen als bovenstaande punten worden betrokken in de voorbereiding van het definitieve wetsvoorstel.

Wij zijn uiteraard graag bereid ons commentaar mondeling nader toe te lichten. Onze contactpersoon is Diana van Kleef (diana.vankleef@eumedion.nl, tel. 070 2040 302).

Met vriendelijke groet,



Drs. Rients Abma
Directeur Eumedion

Zuid Hollandlaan 7
2596 AL DEN HAAG

[14] Zie conceptart. 376 Fw.

INSOLAD
Vereniging Insolventierecht Advocaten

INSOLAD
Secretariaat
Dorp 53
3415 PC Polsbroek
secretariaat@insolad.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Ministerie van Veiligheid en Justitie
Per e-mail: DWJZ.Bedrijfsvoering@minvenj.nl

Amsterdam, 24 november 2017

Zijne Excellentie,

Geachte mevrouw Van Dijk,

INSOLAD is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. INSOLAD heeft ruim 700 leden. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties. Daarnaast zijn aan INSOLAD fellows verbonden afkomstig uit de wetenschap, de financiële sector en de rechterlijke macht.

INSOLAD heeft het Wetsontwerp homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (hierna "WHOA" of het Wetsontwerp) voorgelegd aan een consultatiecommissie, geformeerd uit haar leden. Deze commissie heeft in een viertal bijeenkomsten uitgebreid over het Wetsontwerp gesproken en de bevindingen aan het bestuur van INSOLAD gerapporteerd. De conclusie van de consultatie is dat INSOLAD positief tegenover het Wetsontwerp staat en van oordeel is dat de WHOA een belangrijke bijdrage zal leveren aan het reorganiserend vermogen van de ondernemingen die in financiële moeilijkheden verkeren. INSOLAD acht in het bijzonder navolgende aspecten van het Wetsontwerp positief:

1. Het voorkomen van onnodige rechterlijke betrokkenheid, in het bijzonder dat de aanbieding van het akkoord, de indeling in klassen en de inhoud van het akkoord geen voorafgaande rechtelijke toets vereisen;

2. De snelheid van de procedure en de uitsluiting van hoger beroep;

3. De mogelijkheid om aandeelhouders, preferente en gesecureerde schuldeisers in het akkoord te betrekken;

4. Het voorgestelde meerderheidsvereiste; vaststelling van de vereiste meerderheid zal plaatsvinden op basis van het bedrag van de vordering van diegene die stemmen (geen *head count*);

5. de voorzieningen in het voorstel om de mogelijkheden van individuele crediteuren en/of aandeelhouders om herstructureringen te frustreren te beperken, waaronder de:

    a. mogelijkheid tot schorsing van de behandeling van de faillissementsaanvraag (art. 3d Fw);

    b. mogelijkheid om de toepassing van een afkoelingsperiode te verzoeken (art. 375 Fw);

    c. verplichting om bezwaren tegen het voorgestelde akkoord vroegtijdig kenbaar te maken (dat wil zeggen het verlies van de mogelijkheid tot beroep op een (algemene) weigeringsgrond, bij niet tijdig protest door de schuldeiser of aandeelhouder tegen het voorgestelde akkoord);

    d. buiten werking stelling van ipso facto bepalingen die worden getriggerd door het aanbieden van een akkoord en daarmee verband houdende gebeurtenissen (art. 372 lid 3 Fw);

    e. mogelijkheid tot een cross-class cram down;

    f. mogelijkheid geschillen / onzekerheden voorafgaand aan de stemming aan de rechtbank voor te leggen (art. 376 Fw);

6. de regeling inzake de wijziging of beëindiging van wederkerige overeenkomsten (art. 372 lid 1 Fw); en

7. de maatwerkbepaling van art. 377 Fw en de flexibele benadering die in het Wetsontwerp meer in het algemeen wordt gekozen.

Het instrument van het onderhandse dwangakkoord is in de optiek van INSOLAD goed inpasbaar in het wettelijke systeem van schuldeisersrechten omdat het een collectief verhaalsrecht is. De voorgestelde regeling maakt het mogelijk dat de betrokken schuldeisers op basis van een door hen zelf bij meerderheid genomen besluit, met inachtneming van de wettelijke rangorde en op voorwaarde dat zij niet slechter af zijn ten opzichte van een faillissementssituatie, collectief verhaal nemen. De schuldeisers kunnen zich daarmee verhalen op de 'reorganisatiewaarde' van de in financiële moeilijkheden verkerende onderneming, zulks in gevallen waarin onder het thans fungerende systeem noodgedwongen een faillissement uiteindelijk onvermijdelijk zou zijn. Een dergelijk faillissement kan slechts worden voorkomen in de in de praktijk weinig voorkomende situatie dat alle betrokken *stakeholders,* waaronder

aandeelhouders en schuldeisers, vrijwillig met een aanpassing van hun rechten instemmen. Daarmee biedt de voorgestelde regeling voor de praktijk belangrijke meerwaarde ten opzichte van het nu beschikbare instrumentarium.

Een snelle en efficiënte procedure voor een onderhands dwangakkoord die breed inzetbaar is zal naar verwachting in de praktijk tot belangrijke verbeteringen kunnen leiden. INSOLAD geeft u in overweging om, wanneer in de praktijk blijkt dat de regeling naar verwachting functioneert, het surseanceakkoord en het faillissementsakkoord te vervangen door een regeling die gelijk is aan de in het Wetsontwerp opgenomen regeling.

De eenvoudige aard en beperkte duur van de voorgestelde procedure houdt ook de daaraan verbonden kosten overzichtelijk. Om deze redenen kan het instrument ook goed toepassing vinden bij financiële problemen bij het midden- en kleinbedrijf ("MKB"), hetgeen INSOLAD van belang acht.

Algemene opmerkingen

Er is een beperkt aantal opmerkingen dat INSOLAD bij enkele specifieke artikelen wenst te maken. Voordat daarbij zal worden stil gestaan, gaan hieronder eerst de hoofdpunten die INSOLAD aan u zou willen meegeven.

Het toepassingsbereik

1. INSOLAD meent dat het toepassingsbereik van de akkoordregeling, zoals dit thans in de Memorie van Toelichting ("MvT") wordt toegelicht, onnodig restrictief is. De MvT geeft aan dat de akkoordregeling "(...) *ziet op ondernemingen die wel rendabele bedrijfsactiviteiten hebben, maar vanwege een te zware schuldenlast toch insolvent dreigen te raken.*".

2. Het lijkt INSOLAD niet wenselijk dat de akkoordregeling alleen van toepassing kan zijn op ondernemingen met *rendabele* bedrijfsactiviteiten. Het hanteren van een rentabiliteitseis als toegangsvereiste lijkt op een misverstand te rusten, dan wel in ieder geval in de praktijk tot een onwenselijke beperking van het toepassingsbereik van de WHOA te zullen leiden. INSOLAD merkt op dat op het moment dat een schuldenaar gebruik wenst te maken van de akkoordregeling, de onderneming uit de aard der zaak niet rendabel zal zijn doordat er geen sprake zal zijn van een positief rendement op het eigen vermogen. Daar komt bij dat veelbelovende *start-ups,* non-profit organisaties of maatschappelijke ondernemingen (zoals ziekenhuizen en andere zorginstellingen) naar hun aard doorgaans niet financieel rendabel zullen zijn in de zin dat er geen positief rendement op vermogen wordt gerealiseerd. Dergelijke ondernemingen hebben echter wel degelijk bestaansrecht. Ook voor deze ondernemingen zou een beroep op de WHOA mogelijk moeten zijn. INSOLAD meent dan ook dat wat betreft de ingangstoets niet dient te worden aangeknoopt bij de vraag of de onderneming rendabel is, maar uitsluitend bij de vraag of de schuldenaar voorziet dat deze niet aan zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen. Een met rentabiliteit verknoopte ingangstoets zal de akkoordregeling uithollen en wordt door INSOLAD dan ook niet als positief beoordeeld. De zorg dat de WHOA zal worden misbruikt om ondernemingen die geen bestaansrecht hebben overeind te houden, wordt naar de mening van INSOLAD in voldoende mate ondervangen doordat de onderneming alleen met

een akkoord in stand zou kunnen worden gehouden indien de crediteuren in de vereiste meerderheden of een derde (bij maatschappelijke ondernemingen de overheid) voldoende bestaansrecht in de onderneming zien om deze (door) te financieren. Is dat niet het geval dan komt geen akkoord tot stand, althans geen akkoord dat in voortzetting van de onderneming voorziet.

3. INSOLAD meent ook dat ondernemers moeten worden aangemoedigd om in een vroeg stadium gebruik te maken van de mogelijkheid om een akkoord aan te bieden. Doordat aan de akkoordregeling niet het aan de faillissementsprocedure verbonden stigma kleeft, bevordert dit dat ondernemers eerder (en dus tijdiger) naar de akkoordregeling zullen grijpen. Hoewel sprake is van collectief verhaal verschilt de procedure daarin van het faillissement doordat voor aanvang daarvan juist niet vereist is dat sprake is van insolventie (in de zin van artikel 1 lid 1 Fw). Wel dient sprake te zijn van een op termijn voorzienbare insolventie. Ook om deze reden lijkt het INSOLAD juist dat voor toepassing van de WHOA wordt aangesloten bij het criterium dat *"redelijkerwijs aannemelijk is dat een schuldenaar niet met het betalen van zijn opeisbare schulden zal kunnen voortgaan"*. Een strengere ingangsdrempel verdraagt zich ook niet goed met het streven om ondernemers te stimuleren tijdig naar de akkoordregeling te grijpen. INSOLAD geeft in overweging om in de MvT nadere invulling te geven aan het criterium dat *"redelijkerwijs aannemelijk is dat een schuldenaar niet met het betalen van zijn opeisbare schulden zal kunnen voortgaan"*, bijvoorbeeld door aan te geven dat niet vereist is dat reeds sprake is van een liquiditeitstekort, maar dat dit op termijn wel wordt voorzien. De lengte van die termijn zal afhankelijk van de omstandigheden van het geval zijn, maar het kan zich in de praktijk voordoen dat een financiering op een termijn van (bijvoorbeeld) een jaar moet worden afgelost en redelijkerwijs voorzienbaar is dat daarvoor de liquide middelen niet aanwezig zullen zijn en (volledige) herfinanciering niet mogelijk is.

4. INSOLAD is positief over de opname van regels die de strekking van de *Absolute Priority Rule* ("APR") weergeven, te weten dat de reorganisatiewaarde in beginsel, tenzij de betrokken klassen met een andere wijze van verdeling instemmen, conform de wettelijke verdelingsregels moet worden verdeeld. Deze regel benadrukt het karakter van de akkoordprocedure als collectief verhaalsinstrument.

5. INSOLAD meent verder dat het ook mogelijk moet zijn om via een akkoord onderdelen van de onderneming te liquideren. Vaak is met een gecontroleerde afwikkeling door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat te behalen dan met een ongecontroleerde afwikkeling in faillissement. Verder zou de voorgestelde akkoordregeling ook overeenkomstig van toepassing moeten zijn in surseance en faillissement. Het ligt voor de hand te bepalen dat in geval van surseance of faillissement de bewindvoerder of curator de bevoegdheid heeft om een akkoord aan te bieden.

6. Gezien het door INSOLAD voorgestelde bredere toepassingsgebied, waartoe dus ook akkoorden behoren die tot liquidatie strekken, en de aansluiting bij het criterium dat de schuldenaar voorziet niet met het betalen van zijn opeisbare schulden te kunnen voortgaan, lijkt de verwijzing in de titel van het Wetsontwerp wat betreft het doel van het akkoord, namelijk 'ter voorkoming

van faillissement' onnodig restrictief. De regeling zou in de optiek van INSOLAD moeten bevorderen dat schuldenaren tijdig overgaan tot het onderzoeken of een akkoord een oplossing kan bieden voor de financiële problemen van de schuldenaar. De huidige titel van het Wetsontwerp suggereert daarentegen dat de regeling bij uitstek moet worden toegepast bij één voor twaalf situaties. Ook in die situaties kan de voorgestane regeling natuurlijk worden ingezet, maar het zou beter zijn indien ondernemers eerder overgaan tot actie om de financiële problematiek het hoofd te bieden. Allicht kan vanuit die optiek worden overwogen de titel van de regeling te preciseren, door daarin tot uitdrukking te brengen dat de regeling is beoogd om financiële problemen te adresseren. Bijvoorbeeld: *Wet homologatie onderhands akkoord bij financiële problemen* of nog korter *De wet homologatie onderhands akkoord.* Deze korte titel, zonder verwijzing naar financiële problemen of faillissement, voortkomt ook stigma vorming.

7. In de MvT staat dat de akkoordregeling pas beschikbaar is als de schuldenaar eerst via minnelijke weg heeft geprobeerd tot een akkoord te komen. INSOLAD zou dit niet tot een formeel vereiste willen maken. Een schuldenaar zal een minnelijke regeling doorgaans hebben onderzocht en ook beproefd. Naar de mening van INSOLAD lijkt het daarom niet zinvol om als formeel ingangsvereiste te hanteren dat eerst zonder succes een minnelijke regeling moet zijn beproefd. INSOLAD meent ook dat de voorgestane regeling in het geheel niet in de weg staat aan een minnelijk traject. Veel eerder vergroot de regeling de kans op succes van een dergelijk traject. Het dwangakkoord zal ook kosten met zich brengen die anders zouden kunnen worden voorkomen. INSOLAD vreest dat het formaliseren van het vereiste dat een minnelijke regeling moet zijn beproefd slechts tot geschillen zal leiden ten aanzien van de vraag of dit vereiste is vervuld.

8. INSOLAD vraagt zich af waarom de regeling niet ook van toepassing zou kunnen zijn op banken en verzekeraars, anders dan nu in het artikel 369 lid 1 Fw van het Wetsontwerp staat. De akkoordregeling kan wat INSOLAD betreft prima naast de bestaande (Europese) instrumentaria bestaan. De Engelse *scheme of arrangement* kan ook door banken en verzekeraars worden gebruikt. De *scheme* is veelvuldig gebruikt om met name verzekeraars op een ordentelijke wijze af te wikkelen. Om het toepassingsbereik tot banken en verzekeraars uit te kunnen breiden zou moeten worden onderzocht op welke punten de akkoordregeling aanpassing behoeft om deze verenigbaar te maken met de Europese herstructureringsmaatregelen en het toezichtregime van de Wft en de overige op banken en verzekeraars toepasselijke regelgeving. Een voor de hand liggende aanpassing is dat alleen de instelling zelf of de toezichthouder om toepassing van de akkoordregeling kan verzoeken.

9. INSOLAD begrijpt uit het Wetsontwerp dat de wetgever ervoor heeft gekozen om werknemers buiten het akkoord te houden. Uit artikel 369 lid 9 Fw en de MvT op blz. 4, 6, 8 en 22 volgt dat het akkoord geen wijzigingen kan brengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst. Daarvoor dient het daartoe bestemde traject dat met de Wet Werk en Zekerheid is gestroomlijnd. INSOLAD heeft er begrip voor dat de wetgever ervoor heeft gekozen de positie van de werknemers buiten het

Voorontwerp te houden. Onder verwijzing naar de Ontwerprichtlijn Herstructurering en insolventie[1] geeft INSOLAD nog in overweging dat deze Ontwerprichtlijn het wel mogelijk maakt om werknemers onderdeel van het akkoord te doen zijn. Overigens stelt INSOLAD zich op het standpunt dat de positie van werknemers in het kader van herstructureringen in bredere zin dient te worden heroverwogen, onder andere naar aanleiding van de uitspraak van het Europese Hof van Justitie inzake *Smallsteps*[2]. Deze bredere heroverweging gaat het onderwerp van deze consultatie echter te buiten.

10. Uit blz. 8 van de MvT volgt dat de WOR van toepassing is voor zover de herstructurering die met het akkoord gepaard gaat, leidt tot een adviesplichtig besluit, bijvoorbeeld een overgang van zeggenschap. Deze gedachtegang kan INSOLAD volgen, maar in de MvT lijkt ook te worden gesuggereerd dat indien de Ondernemingsraad negatief adviseert, er niet zou kunnen worden gehomologeerd. Dit verband ziet INSOLAD voorshands niet doordat de werknemers immers niet door de inhoud van het akkoord zullen worden geraakt. De directe link die in de MvT wordt gemaakt tussen een negatief advies van de Ondernemingsraad en de beslissing van de rechter over de homologatie acht INSOLAD onwenselijk en in het licht van de limitatieve gronden waarop homologatie blijkens artikel 381 Fw kan worden onthouden ook niet goed te begrijpen. Voor zover er door de Ondernemingsraad negatief is geadviseerd is daarvoor een aparte rechtsgang in het kader van de WOR. In ieder geval lijkt het goed in de MvT te verduidelijken dat als de WOR toepassing vindt, dit het geval zal zijn met in achtneming van HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, *JOR* 2017/248 (*DA*-arrest).

De bevoegde rechter

11. Gezien de aard van de procedure, waarbij snelheid van belang is en hoger beroep is uitgesloten en de bijzondere waarderingsproblematiek die daarbij komt kijken, meent INSOLAD dat voor het goed functioneren van de regeling een gespecialiseerde rechter essentieel is. Hoewel volgens de MvT de uitsluiting van rechtsmiddelen aan het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad niet in de weg staat, zou concentratie van zaken bij één rechter de rechtseenheid bevorderen. In andere jurisdicties is de concentratie van zaken al een feit. In Engeland bijvoorbeeld worden alle *schemes of arrangement* behandeld door slechts zes rechters die allen deel uitmaken van de *Chancery Division* van de *High Court* in Londen.

12. In ieder geval zal voor groepsakkoorden een aanvullende regeling moeten worden getroffen. Indien meerdere vennootschappen tot dezelfde groep

---

[1] Het voorstel voor de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, te raadplegen via: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0723&from=NL (zie: p. 12 van de Ontwerprichtlijn, sub 34-35 overwegingen Ontwerprichtlijn, art. 9 lid 2-3 Ontwerprichtlijn en art. 31 lid 2 Ontwerprichtlijn).

[2] HvJEU 22 juni 2017, C-126/16 ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*-arrest)

behoren, maar in verschillende arrondissementen een akkoord aanbieden, zou de behandeling daarvan bij één en dezelfde instantie mogelijk moeten zijn, ook gezien het feit dat de WHOA in artikel 370 lid 2 Fw (gelezen in samenhang met de Toelichting) erin voorziet dat het akkoord zich mede kan uitstrekken tot borgen (et al).

Het aanbiedingsrecht

13. Het is wat INSOLAD betreft een gelukkige keuze dat het Wetsontwerp tot uitgangspunt neemt dat de schuldenaar binnen drie jaar geen tweede akkoord mag aanbieden als het eerste akkoordaanbod is gestrand. Het verdient aanbeveling om te verduidelijken dat een tweede akkoord wel mag worden aangeboden als het eerste akkoord is geslaagd, maar de bedrijfseconomische situatie zich nadien ongunstig(er) blijkt te ontwikkelen, waardoor een nieuw akkoord nodig is.

14. Voor het inleiden van het akkoordtraject hoeft de schuldenaar zich niet eerst tot de rechter te wenden. Dit is wat INSOLAD betreft een juist uitgangspunt. Het karakter van de procedure laat zich niet verenigen met een voorafgaande rechterlijke ingangstoets. Gezien het verhaalskarakter van de procedure en de ingrijpende gevolgen van de homologatie die een (*cross class*) *cram down* in kan houden, is wel van belang dat de procedure alleen openstaat voor "*een schuldenaar die voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan (...)*". De terechte toepassing van de akkoordprocedure dient, in geval van betwisting, uiterlijk in het kader van de homologatie te worden onderzocht.

15. Het uitgangspunt dat door de schuldenaar slechts één akkoord mag worden aangeboden voorkomt dat de schuldenaar lichtvaardig een akkoord aanbiedt waarvan hij weet dat het geen slagingskans heeft. Dit voorkomt ook dat er door schuldeisers strategisch wordt gestemd. De schuldenaar verspeelt door het lichtvaardig aanbieden van een plan dat geen slagingskans heeft bovendien zijn kans om in de herstructurering zelf de regie te behouden. Ook voor het plan dat via tussenkomst van een deskundige tot stand komt dient te gelden dat na falen van het eerste akkoord geen nieuw akkoord kan worden aangeboden. Dit voorkomt dat er achter elkaar meerdere plannen die falen worden aangeboden en een uitgerekt traject van herkansingen ontstaat. Het stramien zou wat INSOLAD moeten zijn dat het initiatief in eerste instantie bij de schuldenaar ligt, waarbij een schuldeiser onder omstandigheden een deskundige of monitor kan laten benoemen die de bevoegdheid heeft om een akkoord aan te bieden, danwel het aangeboden akkoord kan toetsen of trachten te verbeteren. Crediteuren hebben niet het recht een "eigen" akkoord aan te bieden. Het akkoord dat de onafhankelijke deskundige aanbiedt is objectief/neutraal en moet niet zijn ingegeven door eenzijdige partijbelangen. Het plan moet strekken tot de beste uitkomst voor alle stakeholders die nog *in the money* zijn.

16. INSOLAD staat positief tegenover de mogelijkheid tot interventie door schuldeisers via tussenkomst van de deskundige die een akkoord kan aanbieden.

Het belang van benoeming van een deskundige wordt onderstreept door de neiging die bij bestuurders zou kunnen bestaan zich bij de inhoud van het akkoord te laten leiden door de belangen van de aandeelhouder(s), omdat de bestuurders zelf (ook) aandeelhouder zijn of omdat zij benoemd / ontslagen kunnen worden door de aandeelhouders. De deskundige moet daadwerkelijk onafhankelijk zijn; het moet duidelijk zijn dat hij autonoom van alle stakeholders functioneert en zich moet richten op het realiseren van de beste uitkomst van alle *in the money* stakeholders.

17. Wel meent INSOLAD dat de drempel die in het Wetsontwerp voor benoeming van een deskundige door de rechter wordt voorgesteld niet goed werkbaar is. In het Wetsontwerp is nu voorzien dat de rechter voor benoeming van een deskundige op verzoek van een schuldeiser moet onderzoeken of van het door de schuldenaar aangeboden akkoord redelijkerwijs verwacht mag worden dat de rechtbank dit zal homologeren. Toepassing van dit aan de homologatie gerelateerde criterium vereist dat de rechter zich bij voorbaat een oordeel vormt over ingewikkelde financieel-economische onderwerpen, zoals met name de waardering. INSOLAD acht dit in zo een vroeg stadium eigenlijk niet goed mogelijk en voorziet bovendien dat een afweging over de vraag of homologatie mogelijk is een voedingsbodem voor geschillen is, met alle kosten en vertraging van dien. In de praktijk lijkt INSOLAD het homologatiecriterium niet alleen te complex, maar vooral ook een te hoge drempel voor interventie door de schuldeisers op te leveren. Wat INSOLAD betreft wordt ook hier bij het criterium aangesloten dat sprake dient te zijn van de situatie dat de schuldenaar voorziet dat hij zijn opeisbare schulden niet meer kan voldoen.

18. INSOLAD meent wel dat het van belang is dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om een deskundige te benoemen. De rechter kan dit desverzocht doen, maar hoeft dit niet te doen. Bij de beslissing van de rechter moet in de visie van INSOLAD leidend zijn dat de al dan niet benoeming van een deskundige op verzoek van een of meer schuldeisers in het belang van de gezamenlijke schuldeisers moet zijn. Het lijkt INSOLAD goed om in artikel 371 Fw tot uitdrukking te brengen dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers voor de rechter het criterium is waaraan een verzoek van een schuldeiser moet worden getoetst. Is een verzoek afgewezen, dan is zeker niet uitgesloten dat het nadien alsnog wordt toegewezen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer duidelijk is dat door het bestuur van de schuldenaar onvoldoende voortgang wordt gemaakt met het verder brengen van een akkoord en/of wanneer duidelijk is dat voor het door de schuldenaar voorgestelde akkoord onvoldoende draagvlak is of gegronde twijfel bestaat of het bestuur bij het formuleren van het akkoordvoorstel zich voldoende onafhankelijk van de aandeelhouder(s) zal kunnen opstellen.

19. INSOLAD vraagt verder aandacht voor de termijn voor aanbieding van het akkoord. In de voorgestelde regeling dient de schuldenaar desverzocht door een schuldeiser binnen één week aan te geven of deze een akkoord zal aanbieden. Vervolgens heeft de schuldenaar tot een maand nadat hij schriftelijk tot het aanbieden van een akkoord is aangespoord om een akkoord te formuleren en voor te stellen. Met name de termijn van één week waarbinnen de schuldenaar moet reageren die nu in het Wetsontwerp is opgenomen, vindt INSOLAD

problematisch. Niet uitgesloten is dat deze korte termijn wordt benut bij een overvaltactiek door een kwaadwillende schuldeiser. INSOLAD geeft in overweging de eerste termijn van een week te laten vervallen en een wat langere totaaltermijn tot uitgangspunt te nemen binnen welke termijn de schuldenaar een akkoord in stemming dient te brengen. Uiteraard geldt de verplichting daartoe alleen wanneer de schuldenaar in de situatie verkeert dat hij voorziet niet langer aan zijn opeisbare verplichtingen te kunnen voldoen. Verkeert de schuldenaar niet in die situatie, dan kan hij zulks aan de schuldeiser meedelen. Het is dan vervolgens aan de schuldeiser om zich tot de rechter te wenden met het verzoek om een deskundige te benoemen die dan een akkoord kan aanbieden. Om het verzoek te kunnen toewijzen zal de rechter dan tot de vaststelling moeten komen dat redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden.

20. Een andere situatie die zich in de praktijk wel voordoet is dat het bestuur er door de aandeelhouder van wordt weerhouden om met de relevante financiële stakeholders in overleg te treden of de benodigde stappen te nemen om een herstructurering voor te bereiden. Als gevolg van het waardetekort komt het bestuur in het belangenconflict tussen aandeelhouders en crediteuren knel te zitten. Tegen deze achtergrond zou INSOLAD het nuttig vinden om te overwegen dat ook het bestuur de mogelijkheid krijgt om de rechtbank te verzoeken om een deskundige te benoemen.

21. INSOLAD geeft in overweging om te verduidelijken dat indien een deskundige of monitor wordt benoemd (zie hierna), deze tevens de bevoegdheid krijgt om de rechtbank te verzoeken om een faillissementsaanvraag te schorsen. Met name voor de situatie waarin de schuldenaar daar niet zelf om verzoekt, maar dit wel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is.

Misbruik en de monitor

22. Het Wetsontwerp kent verschillende waarborgen tegen misbruik. INSOLAD juicht dit toe. Op de eerste plaats is er de beperking dat de schuldenaar binnen een periode van drie jaar geen tweede akkoord mag aanbieden indien het eerste akkoord is gestrand. Het verdient aanbeveling om te verduidelijken dat een tweede akkoord wel mag worden aangeboden als het eerste akkoord is geslaagd, maar de bedrijfseconomische situatie zich nadien ongunstig(er) blijkt te ontwikkelen, waardoor een nieuw akkoord nodig is. Naast het hiervoor al beschreven recht van schuldeisers om de rechter te verzoeken om een deskundige te benoemen die een akkoord aanbiedt, is er blijkens de Toelichting op blz. 35 ook een bijzondere rol voor een *monitor* weggelegd. Deze rol komt in het Wetsontwerp onvoldoende uit de verf. Ook is niet geheel duidelijk hoe de monitor zich tot de deskundige verhoudt die immers dezelfde bevoegdheden heeft die het Wetsontwerp aan de schuldenaar toekent.

23. De rol van de monitor is blijkens de Toelichting primair op *governance* gericht; de schuldenaar dient aan de monitor alle informatie te verstrekken. Benoeming van een monitor is juist ook mogelijk als het akkoord zonder tussenkomst van een door de rechter benoemde deskundige door de schuldenaar zelf is geformuleerd. INSOLAD meent dat benoeming van een monitor moet kunnen plaatsvinden bij schorsing van de faillissementsaanvraag of bij afkondiging van

de afkoelingsperiode, en dat deze mogelijkheid steeds moet openstaan gedurende de duur van de schorsing en/of afkoelingsperiode. Ook hier geldt dat het om een discretionaire bevoegdheid van de rechter moet gaan die de rechter dient in te zetten indien dit in het belang van gezamenlijke schuldeisers is. Wat INSOLAD betreft kan het verzoek tot benoeming van een monitor gelijk aan de huidige regeling van bezwaar bij de rechter-commissaris ex artikel 69 Fw meermaals worden gedaan. Een verzoek tot benoeming dat op het ene moment wordt afgewezen kan op een later moment bij een nieuw verzoek alsnog worden toegewezen.

24. Verder acht INSOLAD het van belang te onderstrepen dat de schuldenaar geheel verantwoordelijk blijft voor de bedrijfsvoering en ook volledig bevoegd blijft om de bedrijfsvoering op normale wijze zelfstandig voort te zetten. De monitor kan ter zake ook niet verantwoordelijk of aansprakelijk worden gehouden op dezelfde wijze als het bestuur van de schuldenaar. De monitor dient wat INSOLAD betreft tegen deze achtergrond twee hoofdtaken te hebben, doordat deze het akkoord begeleidt en toezicht houdt op handelingen die kwalificeren als vallende buiten de normale bedrijfsuitoefening (in Amerikaanse terminologie *outside of the ordinary course of business*). INSOLAD geeft in dit verband in overweging de rol en de bevoegdheden van de monitor in de Toelichting als volgt nader in te vullen:

    1. Verduidelijking van de verplichting van de schuldenaar om informatie en medewerking aan de monitor te geven (overeenkomstig art. 371 lid 3 Fw); en

    2. Toekenning van de bevoegdheid aan de monitor om de rechtbank te verzoeken om een deskundige te benoemen die een akkoord kan aanbieden (indien de monitor daartoe voldoende is gekwalificeerd kan de rechter de monitor tevens tot deskundige benoemen).

25. INSOLAD geeft in overweging dat diegene die in de praktijk als curatoren en bewindvoerders acteren ook geschikt kunnen zijn om als monitor op te treden.

26. INSOLAD geeft verder in overweging om in de Toelichting tot uitdrukking te brengen dat gedurende de akkoord-procedure de normale normen wat betreft bestuurdersaansprakelijkheid van toepassing zijn.

Schorsing en de afkoelingsperiode

27. INSOLAD onderschrijft de keuze van de Minister dat een schorsing van de faillissementsaanvraag en/of de toepassing van een afkoelingsperiode in het belang is van alle betrokken *stakeholders*. Doel is immers de waarde van de onderneming zoveel mogelijk te behouden en het akkoord daadwerkelijk een kans te geven zonder disruptieve acties van schuldeisers. Bovendien fungeert de rechterlijke toets voor het verzoek van zowel de schorsing als de afkoelingsperiode als extra waarborg tegen misbruik door de schuldenaar.

28. Wat betreft de afwijzingsgrond voor het schorsingsverzoek (artikel 3d lid 1 sub a Fw) en het verzoek tot toepassing van de afkoelingsperiode (artikel 375 lid 2 Fw) verdient het Wetsontwerp nog enige aandacht. De afwijzingsgronden zijn voor beide verzoeken hetzelfde en de artikelen zijn wat betreft de Toelichting

gelijk gesteld. Bepaald is dat het verzoek niet zal worden gehonoreerd, als *"redelijkerwijs niet verwacht mag worden dat de rechtbank zal overgaan tot homologatie van het akkoord (...)"*. In de Toelichting staat dat het verzoek in ieder geval afstuit op deze afwijzingsgrond indien het akkoord nog onvoldoende is uitgewerkt, wat inhoudt dat het niet voldoet aan de vereisten van artikel 374 Fw. De formulering van deze afwijzingsgrond dwingt de rechter wederom een uitspraak te doen over de homologatie-kans van het op dat moment voorliggende akkoord. Dit vergt een inhoudelijke beoordeling, waarvan INSOLAD meent dat deze in dat stadium niet alleen prematuur is, maar bovendien van de rechter zou vergen dat deze bijvoorbeeld een voorschot neemt op de waarderingsdiscussie op een moment dat deze nog onvoldoende is uitgekristalliseerd (zie ook: het commentaar hiervoor op de homologatietoets bij het aanbiedingsrecht van de schuldeiser, randnummer 17). INSOLAD geeft daarom in overweging deze afwijzingsgrond uit de wettekst te schrappen dan wel te vervangen door het criterium dat de rechter dient vast te stellen of een schorsings- of afkoelingsperiode (dan wel de verlenging daarvan) in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is.

29. Wat betreft het verzoek tot schorsing van de faillissementsaanvraag en/of de afkoeling, is het niet wenselijk dat een verzoek alleen kan worden gedaan op het moment dat er reeds een (concept-)akkoord ligt. Het zal in de praktijk vaak zo zijn dat enige tijd met schuldeisers zal moeten worden gesproken voordat daadwerkelijk een ontwerpakkoord kan worden geformuleerd. Om een akkoord een kans te geven, dient een verzoek tot schorsing dan wel een verzoek tot een afkoelingsperiode ook mogelijk te zijn zonder dat er al een ontwerpakkoord ligt; al dan niet onder gelijktijdige aanstelling van een monitor/deskundige (zie voorgaande opmerkingen bij randnummer 17). Wel dient in dat geval te worden bepaald dat een akkoord vervolgens binnen een afzienbare periode in stemming wordt gebracht, anders ontbreekt voor de schuldenaar allicht de prikkel om voldoende voortvarend met het akkoord aan de slag te gaan, terwijl schuldeisers in beginsel door de afkoelingsperiode hun rechten niet kunnen uitoefenen.

30. Het afkondigen van een afkoelingsperiode heeft vergaande consequenties voor schuldeisers. Conform de Toelichting op blz. 31 houdt dit bijvoorbeeld ook in dat een bank de inkomsten van de schuldenaar die op zijn bankrekening binnenkomen niet zonder toestemming van de rechter zal mogen verrekenen met de uitstaande schuld (dat wil zeggen de overstand op de bankrekening). Daarmee financiert de bank *de facto* de akkoordprocedure. INSOLAD onderschrijft in beginsel de voorgestelde ruime afkoelingsperiode, maar geeft in overweging dat daarbij de belangen van de bank en/of andere schuldeisers voldoende moeten zijn gewaarborgd. De wettekst of de Toelichting zou moeten verduidelijken dat de schuldenaar gedurende de afkoelingsperiode bezwaarde goederen mag gebruiken en/of verbruiken en erover mag blijven beschikken voor zover nodig voor de normale bedrijfsuitoefening. Ook hier geldt dat dit uitsluitend zou moeten mogen indien de belangen van de zekerheidsgerechtigden voldoende gewaarborgd zijn. Het zou in geen geval zo mogen zijn dat de bank of een andere schuldeiser met zakelijke zekerheidsrechten er gedurende de afkoelingsperiode op achteruit gaat. Een mogelijkheid zou kunnen zijn dat de rechter bepaalde voorwaarden stelt bij het

afkondigen van een afkoelingsperiode, zoals benoeming van deskundige of monitor.

Stemgerechtigden en klassenindeling

31. Uitgangspunt van het Wetsontwerp is dat degene die economisch belang heeft bij de te wijzigen schuldvordering in het akkoord stemgerechtigd is. Artikel 369 lid 4 Fw bepaalt dat indien het economisch belang geheel of in overwegende mate bij een ander ligt dan bij de schuldeiser, deze ander in plaats van de schuldeiser bevoegd is over het akkoord te stemmen.

32. INSOLAD onderschrijft in beginsel dat de economisch belanghebbenden moeten kunnen stemmen, maar er moet ruimte zijn voor meer flexibiliteit. De wijze van stemming moet kunnen worden afgestemd op de juridische structuur, het toepasselijk (al dan niet buitenlands) recht en de marktpraktijk op de internationale kapitaal- en bondmarkten.

33. INSOLAD merkt op dat, bijvoorbeeld in leningsdocumentatie, afspraken kunnen zijn opgenomen over bepaalde meerderheidsvereisten. Het is van belang dat met dergelijke afspraken rekening kan worden gehouden zodat bijvoorbeeld een *no action-clause* niet zomaar opzij kan worden gezet. Het ligt meer voor de hand om de contractueel vastgelegde wijze waarop stemrechten moeten worden uitgeoefend te eerbiedigen. De contractuele afspraken tussen partijen zouden op dit punt niet automatisch moeten worden doorbroken, maar de wet moet de schuldenaar de ruimte bieden in de stemprocedure hiervan af te wijken.

34. Het in het Wetsontwerp opgenomen criterium voor klassenindeling wordt door INSOLAD onderschreven. Wel wenst INSOLAD dat in de Toelichting tot uitdrukking wordt gebracht dat het voor de hand kan liggen (bij een door de schuldenaar aangeboden akkoord) dat *Insiders* in een andere klasse kunnen worden ondergebracht dan andere schuldeisers, ook indien de schuldvorderingen gelijke rang hebben. Onder *Insiders* vallen bijvoorbeeld schuldeisers met aandeelhouders- en *intercompany* vorderingen.

Uitsluiten van rechtsmiddelen

35. INSOLAD acht het een gelukkige keuze dat er geen hogere voorzieningen zijn toegestaan tegen de homologatiebeslissing (artikel 381 lid 6 Fw) of andere beslissingen in de akkoordprocedure (artikel 376 lid 6 Fw). Het voorkomen van vertraging door procedures, die bovendien tot *nuisance value* zouden kunnen leiden, is essentieel voor de effectiviteit van de akkoordregeling. Daarbij wordt er wel vanuit gegaan dat de doorbraakjurisprudentie van de Hoge Raad ook op de homologatiebeslissing van toepassing is.

36. In dit verband geeft INSOLAD mee in overweging om het wel mogelijk te maken om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen (zie artikel 392 Rv).

Enkele gevolgen van het akkoord

37. Het lijkt zinvol om te bepalen dat het gehomologeerde akkoord strekt tot reële executie. Thans is uitsluitend bepaald dat het akkoord in de plaats treedt van aandeelhoudersbesluiten die nodig zijn om in het kader van een *debt-for-equity*

swap aandelen uit te geven. INSOLAD geeft in overweging aan het akkoord dus verdergaande rechtsgevolgen te verbinden.

38. In aanvulling op het voorgaande geldt nog het volgende. Volgens artikel 370 lid 3 Fw is besluitvorming door de algemene vergadering niet nodig voor de aanbieding en uitvoering van een akkoord door de schuldenaar. De ratio van deze bepaling is dat anders de aandeelhouders een *hold out* positie zouden hebben. Hun rechten kunnen immers ook in een akkoord gewijzigd worden. Om deze bepaling haar volle werking te laten bereiken, dient ook geen goedkeuring nodig te zijn van de vergadering van een bijzondere klasse van aandeelhouders, bijvoorbeeld de vergadering van houders van prioriteitsaandelen. INSOLAD is van mening dat de wettekst op dit punt aanpassing behoeft. De wet zou bijvoorbeeld kunnen bepalen dat het akkoord in de plaats treedt van alle vennootschappelijke besluiten die voor de uitvoering van het akkoord nodig zijn.

39. INSOLAD stelt voorts voor dat wordt verduidelijkt dat de Wft niet van toepassing is ingeval een akkoord voorziet in een *debt-for-equity swap* zodat de prospectusplicht niet geldt, dan wel in de Wft te bepalen dat door de AFM op basis van een gehomologeerd akkoord direct ontheffing wordt verleend. Een en ander betekent dat er wat INSOLAD betreft geen prospectusplicht dient te gelden. Een prospectus ligt ook niet voor de hand nu het akkoord immers door de rechter is gehomologeerd en in dat kader ook een validatie van de financiële parameters heeft plaatsgevonden op grond waarvan schuld in eigen vermogen wordt omgezet. De procedure bij de AFM dient er dan wel in te voorzien dat het ontheffingstraject parallel aan het homologatietraject kan worden ingezet. Ook zouden de regels omtrent het verplicht openbaar bod geen toepassing dienen te vinden indien door implementatie van een *debt-for-equity swap* een partij de relevante drempels voor een verplicht bod zou komen te overschrijden. Het voorgaande geldt uiteraard voor zover verenigbaar met de verplichtingen die voortvloeien uit de relevante Europese richtlijnen (de prospectusrichtlijn[3] en de richtlijn openbaar overnamebod[4]). Verder geldt dat schuldeisers die in het akkoord zijn betrokken in beginsel niet in verzet moeten kunnen komen tegen een eventuele fusie of splitsing, die strekt tot implementatie van het aangenomen akkoord. In dat geval zijn de belangen van die schuldeisers immers in het kader van de homologatie al gewogen.

40. INSOLAD stelt zich op het standpunt dat, anders dan gesteld op blz. 42 van de MvT, een akkoord niet voor ontbinding in aanmerking zou dienen te komen. Vaak zal het ook praktisch gezien niet ongedaan kunnen worden gemaakt. Partijen lijken meer gediend te zijn bij een vordering tot schadevergoeding. Indien en voor zover de niet nakoming van het akkoord kennelijk onbehoorlijk

---

[3] Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG, te raadplegen via: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:345:0064:0089:NL:PDF

[4] Richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod, te raadplegen via: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:142:0012:0023:nl:PDF

bestuur of onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur inhoudt ter zake waarvan bestuurders een ernstig verwijt zou kunnen treffen, dan kunnen bestuurders ook worden aangesproken op grond van artikel 2:248 BW, artikel 2:9 BW of artikel 6:162 BW.

41. Ten aanzien van de fiscale aspecten geeft INSOLAD in overweging dat een akkoord fiscaal dient te worden gefaciliteerd. De fiscale aspecten vallen overigens buiten het bestek van deze consulatie.

42. Wat betreft de internationale aspecten benadrukt INSOLAD dat INSOLAD voorstaat dat het akkoord en de daaraan verbonden rechtsgevolgen in beginsel binnen de EU zouden moeten worden erkend. In ieder geval zal op Europees niveau moeten worden aangestuurd op een verduidelijking van artikelen 8 en 10 Insolventieverordening. Indien niet wordt duidelijk gemaakt dat de uitzonderingen van artikelen 8 en 10 Insolventieverordening wat betreft de uitoefening van zekerheidsrechten of een eigendomsvoorbehoud ten aanzien van vermogensbestanddelen van de schuldenaar die in een EU Staat anders dan Nederland gelegen zijn niet gelden voor een reorganisatieprocedure zoals voorzien in de WHOA, dan komt de internationale effectiviteit van de akkoordregeling op losse schroeven te staan. Maar ook de effectiviteit van de afkondiging van de afkoelingsperiode komt in dat geval in het gedrang. Dit wordt door INSOLAD onwenselijk gevonden. INSOLAD vraagt bij u aandacht voor deze problematiek en geeft u in overweging om de hiervoor bedoelde verduidelijking na te streven in het kader van de onderhandelingen over de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures.[5]

Hoogachtend,
Het bestuur,
Namens deze

Vereniging INSOLAD

[5] Het voorstel voor de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, te raadplegen via: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0723&from=NL (zie: p. 12 van de Ontwerprichtlijn, sub 34-35 overwegingen Ontwerprichtlijn, art. 9 lid 2-3 Ontwerprichtlijn en art. 31 lid 2 Ontwerprichtlijn).

Artikelsgewijs commentaar

Artikel 42a, artikel 47 *[pauliana]*

INSOLAD onderschrijft de nieuwe paulianaregeling. In dit kader merkt INSOLAD op dat het banken mogelijk moet worden gemaakt (nieuwe en bestaande) zekerheden te verstrekken/behouden voor de financiering.

Artikel 370 lid 2 *[aanbieden akkoord, borgen]*

De bepaling staat toe dat het akkoord zich uitstrekt over borgen (et al) waarbij is bepaald dat hetgeen ten aanzien van de schuldenaar is bepaald eveneens van toepassing is op de borg (et al). Het artikel bepaalt vervolgens expliciet dat de schuldenaar bij uitsluiting bevoegd blijft om een verzoek in te dienen als bedoeld in de artikelen 376 lid 1 (geschillenbeslechting), 377 (maatwerk) en 380 lid 1 (homologatie). De MvT op p. 25 stelt overigens dat een borg ook geen afkoelingsperiode mag verzoeken en INSOLAD stelt derhalve voor om in artikel 370 lid 2 tevens te verwijzen naar artikel 375 lid 1, danwel te bepalen dat een borg wat betreft claims die onderdeel zijn van het akkoord wel bescherming van een afkoelingsperiode kan genieten, indien ten aanzien van de schuldenaar een afkoelingsperiode van toepassing is.

INSOLAD wijst er op dat de term groepsakkoord in de MvT in dit verband verwarrend is nu het Wetsontwerp niet een echt groepsakkoord kent.

Artikel 371 *[aanbiedingsrecht schuldeiser]*

Opmerking verdient dat de in het eerste lid genoemde toets is dat redelijkerwijs aannemelijk is dat een schuldenaar niet met het betalen van zijn "schulden" zal kunnen voortgaan. In artikel 370 is dit anders; daar staat "opeisbare schulden". INSOLAD adviseert de kennelijke verschrijving te corrigeren en tweemaal "opeisbare schulden" op te nemen.

Er dient nog een wettelijke basis te komen de kosten voor de deskundige of monitor. Nu is niet duidelijk voor wiens rekening die kosten komen. Artikel 381 lid 3 sub g regelt uitsluitend de zekerheidstelling.

Er lijkt te zijn bedoeld dat de informatieverschaffing moet plaatsvinden op de wijze zoals door de deskundige is bepaald. Helemaal duidelijk is dat niet doordat de tekst enigszins suggereert dat de wijze van verstrekking bij de benoeming van de deskundige moet zijn bepaald hetgeen minder praktisch lijkt.

Artikel 372 *[wederkerige overeenkomsten]*

De akkoordregeling stemt wat betreft de wederkerige overeenkomsten-bepaling overeen met de uitgangspunten van het insolventierecht. De regeling strekt er toe de *paritas* te handhaven, doordat anders wederpartijen van voor de schuldenaar ongunstige contracten zich aan de concursus zouden kunnen onttrekken doordat zij aanspraak op nakoming kunnen blijven maken.

INSOLAD meent wel dat de in het Wetsontwerp voorgestane regeling tot verwarring aanleiding kan geven, doordat daar nu de suggestie vanuit gaat dat steeds eerst een wijzigingsvoorstel moet zijn gedaan, wat door de wederpartij moet zijn afgewezen

voordat kan worden beëindigd. INSOLAD stelt voor te verduidelijken dat de schuldenaar direct kan beëindigen met inachtneming van de voorgestelde opzegtermijn en onder gehoudenheid tot schadevergoeding, een en ander verder conform het Wetsontwerp. Ook een schuldenaar die met een wijziging van een bezwarend contract niet geholpen is en integraal van de overeenkomst af moet, zou de overeenkomst moeten kunnen beëindigen en omzetten in een concurrente vordering tot schadevergoeding die in het akkoord wordt meegenomen. Voor zover uitzonderingen bestaan voor bijzondere overeenkomsten, zoals voor financiële zekerheidsovereenkomsten (artikel 7:51 e.v. BW) en andere uitzonderingen uit hoofde van de collateralrichtlijn[6] en finaliteitsrichtlijn[7], zullen deze moeten worden gerespecteerd.

Verder geeft INSOLAD in overweging om de impact van de voorgestelde bepalingen op IP-licentieovereenkomsten en securitisatietransacties nader te verduidelijken. Marktpartijen zijn gebaat bij duidelijkheid over de gevolgen van de voorgestelde bepaling op dergelijke contracten.

Lid 3

INSOLAD onderschrijft dat *ipso facto*-clausules zonder gevolg blijven (zie ook: blz. 28 van de MvT).

Artikel 376

INSOLAD geeft in overweging in lid 1 het woord 'definitieve' te schrappen nu deze term nergens in het Wetsontwerp lijkt terug te keren en ook niet nodig is.

Artikel 374 *[Het akkoord/informatieverschaffing]*

Om de toegankelijkheid van de akkoordprocedure te vergroten, kan het van belang zijn een standaard 'bijsluiter' of brochure uit te brengen die de schuldeisers wijst op hun rechten en bevoegdheden in een akkoordprocedure en toelicht welke informatie bij een akkoord moet worden gevoegd. Ook kan worden gedacht aan een vorm van een modelakkoord.

INSOLAD overweegt zelf een (online) informatie brochure en/of modelakkoord te ontwikkelen.

---

[6] Richtlijn 2002/47/EG van het Europees parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, te raadplegen via: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0047&from=NL, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2009/44/EG van6 mei 2009 (PbEU 2009, L 146/37), te raadplegen via: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0044&from=NL

[7] Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, te raadplegen via: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:166:0045:0050:NL:PDF zoals gewijzigd bij Richtlijn 2009/44/EG van6 mei 2009 (PbEU 2009, L 146/37), te raadplegen via: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0044&from=NL

Verder lijkt het goed om in de MvT te verduidelijken dat de aan te leveren informatie en stukken naar aard en omvang dienen te zijn afgestemd op de omvang van de betrokken onderneming.

Lid 1 sub c

Aan deze bepaling dient te worden toegevoegd dat de te verstrekken informatie ook een lijst of omschrijving bevat van alle crediteuren die buiten het akkoord worden gelaten.

Artikel 376 ***[Geschillen in de fase waarin nog over het akkoord wordt onderhandeld]***

INSOLAD onderschrijft dat de mogelijkheid vroegtijdig beslissing te vragen aan de rechter over bepaalde onderwerpen de *deal certainty* ten goede kan komen. In dit kader geeft INSOLAD in overweging het woord "geschil" uit de bepaling te schrappen. Het hoeft immers niet zo te zijn dat er in materiële zin sprake is van enig geschil. Het oogmerk van de bepaling is het verkrijgen van *deal certainty*. Dit kan bijvoorbeeld ook inhouden het verkrijgen van een oordeel van de rechter vooraf over een onduidelijkheid zonder dat sprake is van enig geschil. In dit verband lijkt het ook raadzaam om tot uitdrukking te brengen dat de lijst van onderwerpen niet limitatief is. Daarbij wordt opgemerkt dat een concentratie van geschillen in één zitting de (kosten-)efficiëntie zal bevorderen. De akkoordprocedure dient niet onnodig te worden opgehouden. Tegen deze achtergrond is INSOLAD van mening dat de rechter zoveel mogelijk dient te voorkomen dat er meerdere zittingen nodig zijn.

Artikel 378 ***[stemprocedure en stemrecht]***

Er is flexibiliteit nodig voor verschillende ondernemingen. Het definitieve akkoord wordt aan de stemgerechtigden voorgelegd "(…) *gedurende een redelijke termijn, die in ieder geval niet korter mag zijn dan acht dagen, zodat zij hierover een geïnformeerd oordeel kunnen vormen*". INSOLAD benadrukt dat de stemgerechtigden vaak reeds betrokken zijn in de onderhandelingsfase die aan het definitieve akkoord vooraf gaat. Zeker in geval van kleinere ondernemingen met een klein aantal stemgerechtigden kan een zeer korte termijn voldoende zijn. Schuldeisers van beursvennootschappen of andere grote ondernemingen zijn eveneens gebaat bij deze bepaling. Het is van belang dat zij een langere periode, die met de opgenomen minimumtermijn mogelijk wordt gemaakt, hebben om hun *stakeholders* op te roepen voor stemming, omdat deze zich vaak in het buitenland bevinden. Bovendien schrijft artikel 2:115 lid 2 BW voor dat wat betreft de aandeelhoudersvergadering van een beursvennootschap een oproeptermijn van 42 dagen geldt, waardoor een kortere termijn niet werkbaar zou zijn. Tegen deze achtergrond onderschrijft INSOLAD de opgenomen '"redelijke termijn" met een minimumtermijn van acht dagen. Mocht er een geschil over de redelijkheid van een bepaalde termijn ontstaan, acht INSOLAD het raadzaam dat dit op grond van artikel 376 lid 1 sub e aan de rechter kan worden voorgelegd.

Artikel 381 ***[Homologatie]***

Niet alleen schuldeisers die tegen het akkoord hebben gestemd moeten bezwaar kunnen maken, maar bijvoorbeeld ook een betwiste schuldeiser, die daardoor niet (of voor een lager bedrag) tot de stemming is toegelaten. Crediteuren die voor hebben gestemd dienen in beginsel geen bezwaar meer te kunnen maken. Verder geldt ook dat partijen die er voor hebben gekozen niet aan het akkoordproces deel te nemen, bijvoorbeeld doordat zij niet hebben gestemd, maar wel degelijk tijdig en deugdelijk in de

gelegenheid zijn gesteld om aan de stemming deel te nemen, niet de mogelijkheid te hebben om alsnog bezwaar te maken.

Lid 3 ***[algemene homologatiecriteria]***

sub b

INSOLAD merkt op dat de verwijzing naar 'artikel 372' in deze bepaling moet worden vervangen door 'artikel 373', aangezien het laatste artikel ziet op de in de bepaling genoemde klassenindeling.

sub d

INSOLAD zou er voorstander van zijn om in dit opzicht meer bij het Engelse systeem aan te sluiten. Indien alle klassen bij meerderheid voor het akkoord hebben gestemd, lijkt een indringende rechterlijke betrokkenheid niet nodig. In de situatie dat alle klassen voor het akkoord hebben gestemd, geldt dat de verlichte ('summierlijke') liquidatie-uitkeringstoets welhaast tot een schijnexercitie wordt en eerder zal leiden tot een onnodige belasting van de rechter dan dat er daadwerkelijk sprake is van meerwaarde. Het verrichten van een liquidatie-uitkeringstoets, hoe summierlijk dan ook, vereist een groot aantal ingewikkelde en speculatieve stappen waarover discussie kan ontstaan. Deze toets wordt des te lastiger indien het akkoord een *debt-for-equity swap* faciliteert, waarbij de schuldeiser financiële instrumenten ontvangt gerelateerd aan de waarde van de onderneming per moment van homologatie

INSOLAD geeft dan ook in overweging om lid 3 sub d te schrappen. Bovendien kan de redelijkheidstoets die in de lid 3 sub d opgenomen liquidatie-uitkeringstoets zit, worden ondervangen door de 'zwaarwegende redenen'-toets genoemd in lid 3 sub h. In het kader van lid 3 gaat het om de situatie waarin de vereiste meerderheid binnen de betrokken klasse met het akkoord heeft ingestemd. Indien de rechter heeft vastgesteld dat het meerderheidsbesluit zuiver tot stand is gekomen, kan het akkoord worden geacht voor de betrokken klasse gunstiger te zijn dan het alternatief. Het meerderheidsbesluit zou dan, ook ter bevordering van *deal certainty,* voor de rechter leidend moeten zijn. De bescherming die in de liquidatie-uitkeringstoets zit, wordt in deze benadering vervangen door de bescherming die uitgaat van de wijze van totstandkoming van het besluit. Indien dit besluit niet op zuivere wijze tot stand is gekomen, bijvoorbeeld omdat er sprake is van een *conflicted vote*, doordat een bepaalde crediteur met voor de uitkomst van de stemming bepalende cross holdings in verschillende klasse zit, dient homologatie achterwege te blijven.

Lid 4 ***[cram down criteria]***

sub a-d

INSOLAD onderschrijft de strekking van de Absolute Priority Rule (en de daarmee geassocieerde regels) die hun weerslag vinden in artikel 381 lid 4 onderdelen a – d. Die strekking komt er in de kern op neer dat ten aanzien van een tegenstemmende klasse de reorganisatiewaarde moet worden verdeeld met inachtneming van de wettelijke verdelingsregels. INSOLAD onderschrijft dit uitgangspunt, maar meent dat deze strekking aanzienlijk eenvoudiger tot uitdrukking kan en zou moeten worden gebracht. INSOLAD zou in dit opzicht voorstander zijn van een meer *principle based* benadering, in plaats van een gedetailleerde meer *rule based* uitwerking van de Absolute Priority

Rule die vele gedetailleerde uitzonderingen vereist, die thans niet zijn opgenomen, om de regels in overeenstemming te brengen met het onderliggende principe.

sub e

Het Wetsontwerp biedt in artikel 381 lid 4 sub e tegenstemmende (gesecureerde) klassen additionele bescherming. Leden van een tegenstemmende klasse kunnen onder het akkoord aanspraak maken op een uitkering in de vorm van contanten ter grootte van de verwachte uitkering in contanten die zij in geval van liquidatie in faillissement zou hebben ontvangen. INSOLAD is in beginsel van mening dat deze bepaling extra bescherming biedt aan tegenstemmende schuldeisers die wensen uit te stappen. Deze bescherming valt op zich goed te begrijpen omdat het hier gaat om klassen die bij liquidatie aanspraak zouden maken op een uitkering in contanten en waarbij de vereiste meerderheid binnen de klasse niet met het akkoord heeft ingestemd. Zonder de voorgestelde bepaling zou de schuldenaar, terwijl de vereiste meerderheid binnen de klasse niet heeft ingestemd of zelfs bij meerderheid of unaniem heeft tegengestemd, schuldeisers die bij liquidatie in contanten zouden kunnen "uitstappen", kunnen dwingen van inning van hun vorderingen en uitwinning van hun zekerheden af te zien en de onderneming door te blijven financieren. Enkele leden van de consultatiecommissie hebben erop gewezen dat de voorgestelde bepaling de totstandbrenging van een akkoord onder omstandigheden kan bemoeilijken omdat het niet altijd eenvoudig zal zijn de cash-component die is vereist indien een "in the money" klasse tegenstemt, te financieren. Dit is ontegenzeggelijk juist. Daar staat tegenover dat de voorgestelde bepaling het mogelijk maakt akkoorden tot stand te brengen waar dat met de Engelse scheme niet mogelijk zou zijn. De Engelse scheme kent in het geheel geen "cross-class cram down", laat staan van een klasse die in *the money* is. Onder de Engelse scheme kan een in *the money* klasse door tegen te stemmen het akkoord altijd blokkeren en daadwerkelijke liquidatie bewerkstelligen. De voorgestelde bepaling zwakt dit af door de mogelijkheid te bieden het akkoord toch aan een tegenstemmende *in the money* klasse op te leggen, indien het akkoord de leden van die klasse de mogelijkheid geeft om zich in contanten tegen executiewaarde te laten uitnemen. Klassen die bij liquidatie *out of the money* zijn hebben aldus de mogelijkheid om de reorganisatiewaarde voor zich veilig te stellen door klassen die bij liquidatie *in the money zijn* tegen executiewaarde uit te (laten) nemen. Daarmee heeft het Voorontwerp voor een middenweg tussen het Amerikaanse en het Engelse systeem gekozen. Voor alle duidelijkheid merkt INSOLAD op dat indien de vereiste meerderheid binnen een klasse wel met het akkoord heeft ingestemd, de tegenstemmende minderheid binnen de klasse wel kan worden gedwongen van een uitkering in contanten af te zien.

Artikel 382 *[Verbindende kracht van het akkoord]*

Lid 1

Het woord "stemgerechtigd" lijkt een kennelijk verschrijving. Het dient immers in algemene zin verbindend te zijn.

Lid 2

Het buiten toepassing laten van artikel 2:81 en artikel 2:192 BW lijkt op een vergissing te berusten doordat een akkoord er immers niet toe kan leiden dat een aandeelhouder verplicht kan worden om bij te storten. Een akkoord kan er slechts toe leiden dat een aandeelhouder zijn 'rechten' als aandeelhouder verliest, maar kan er niet toe leiden dat

een aandeelhouder aansprakelijk wordt gehouden boven het bedrag van het door de aandeelhouder ingelegde vermogen. De uitsluiting van artikel 2:192 dient te worden beperkt, doordat deze uitsluiting wordt beperkt tot de verplichting om bij te storten.

INSOLAD geeft nog in overweging dat de mogelijkheid bestaat dat door omzetting van een B.V. naar een N.V. de akkoord regeling zou kunnen worden ontweken, omdat bij een N.V. blijkens de MvT het voorkeursrecht niet zou kunnen worden uitgesloten.

_

FNV
Hertogswetering 159
3543 AS Utrecht

T 088 368 0 368

CNV
Tiberdreef 4
Postbus 2475
3500 GL Utrecht

T 030 751 11 00
F 030 751 11 09

VCP
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90525
2509 LM 's-Gravenhage

T 070 349 97 40

De minister voor rechtsbescherming

Directeur Wetgeving en Juridische Zaken
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Datum
14 november 2017
Ons kenmerk
124/ZB/RvS/pw
Onderwerp
Consultatie voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

Uw kenmerk
2121286
Telefoonnr.
088 36 81 971
E-mail

Geachte mevrouw Van Dijk,

Begin september heeft u de vakcentrales elk afzonderlijk om advies gevraagd over het voorontwerp van de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement. De vakcentrales FNV, CNV en VCP hebben besloten op dit voorontwerp gezamenlijk te reageren, zoals eerder op het daaraan voorafgaande voorontwerp Wet Continuïteit Ondernemingen II (brief van 11 november 2014).

Eerder commentaar

De vakcentrales hebben in hun eerdere commentaar al aangegeven dat zij zich in beginsel kunnen vinden in de doelstelling van het voorontwerp. Zij achten het wenselijk dat de wet het reorganiserend vermogen van ondernemingen buiten faillissement bevordert. Regeling van een dwangakkoord buiten faillissement en surseance is daartoe bevorderlijk. De vakcentrales constateren dat in dit nieuwe voorontwerp tegemoet gekomen wordt aan bezwaren die zij hadden tegen het vorige.

Commentaar op het nieuwe voorontwerp; de positie van werknemers als schuldeisers

In hun commentaar op het nieuwe voorontwerp beperken de vakcentrales zich tot de positie van werknemers als schuldeisers.

Het voorontwerp voorziet in een regeling op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie (goedkeuring) van een onderhands akkoord betreffende de sanering en herstructurering van de schulden van een schuldenaar, zodat de schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd toch aan het akkoord kunnen worden gebonden. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat de individuele

rechtspositie van werknemers niet kan worden gewijzigd door een akkoord en dus geborgd blijft. Het akkoord kan geen wijzigingen aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers op basis van de arbeidsovereenkomst. Dat is vastgelegd in artikel 369 lid 9 van het voorontwerp. Om die reden, zo wordt in de memorie van toelichting opgemerkt, zullen werknemers ook nimmer aangemerkt kunnen worden als stemgerechtigde schuldeisers. Stemgerechtigd zijn schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd.

Uitsluiting van de werknemers van stemrecht over het akkoord is echter alleen op zijn plaats als zij helemaal niet door het akkoord worden benadeeld, ook niet als schuldeisers. Zij moeten dus, ongeacht de inhoud van het akkoord, aanspraak kunnen blijven maken op volledige betaling van hun vorderingen.

Dat de rechten van werknemers niet kunnen worden aangetast, zegt op zichzelf nog niets over hun (opeisbare) vorderingen op grond van die rechten. Verschillende vorderingen van de werknemer zijn preferent in het faillissement op grond van artikel 3:288 onder e BW. Het gaat om 'al hetgeen de werknemer over het lopende en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft, alsmede de bedragen door de werkgever aan de werknemer in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd uit hoofde van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de arbeidsovereenkomst.' De reden voor het voorrecht van de werknemer is gelegen in het klemmende sociale argument dat de werknemer voor de zekerheid van zijn dagelijkse levensonderhoud en dat van zijn gezin doorgaans volkomen afhankelijk is van zijn inkomsten uit arbeid. Het is geen uitzondering dat werknemers, wanneer zich ernstige financiële problemen aandienen, desgevraagd akkoord gaan met een uitstel van betaling van hun loon.[1] Als de vorderingen van werknemers zouden kunnen worden aangetast, dan zouden ze met het oog op een akkoord dus kunnen worden ingedeeld in een klasse voor preferente crediteuren, maar indien van toepassing bijvoorbeeld ook in een klasse voor crediteuren met een retentierecht of een klasse voor concurrente crediteuren.

Uitsluiting van de werknemers van stemrecht over het akkoord, moet ook betekenen dat zij niet worden geconfronteerd met de in artikel 375 van het voorontwerp geregelde afkoelingsperiode. Zij behoren immers niet tot de schuldeisers die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering. Dit sluit ook aan op wat in het voorstel voor een richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU (hierna: richtlijnvoorstel) is bepaald met betrekking tot herstructureringsplannen: de afkoelingsperiode (schorsing) is niet van toepassing op onvervulde aanspraken van werknemers (artikel 6 lid 3).

Zodra het akkoord onderdeel uitmaakt van een breder reorganisatietraject, heeft de ondernemingsraad (OR) het recht daarover advies uit te brengen (artikel 25 WOR). De memorie van toelichting gaat daar in paragraaf 3.3 nader op in. Het voorgaande voorontwerp

[1] Zie daarover bijvoorbeeld CRvB, 27 mei 2016, JAR 2016/165.

schreef voor dat aan het voorstel voor het akkoord een herstructureringsplan moest worden gehecht. Het nu voor commentaar voorliggende voorontwerp stelt die eis niet. Zou dat wel het geval zijn, dan zou dat aanleiding hebben moeten geven om bepalingen met betrekking tot dat plan inhoudelijk en procedureel te toetsen aan het richtlijnvoorstel.

Voor de volledigheid zij tot slot opgemerkt dat het denkbaar is dat een werknemer anders dan in zijn hoedanigheid van werknemer een vordering op de schuldenaar heeft. In die andere hoedanigheid zou hij dan wel bij het akkoord kunnen worden betrokken.

Hoogachtend,

Zakaria Boufangacha
Bestuurder FNV

Arend van Wijngaarden
Vicevoorzitter CNV

Nic van Holstein
Voorzitter VCP

VNO NCW

MKB Nederland

Zijne Excellentie
Drs. S. Dekker
Minister voor Rechtsbescherming
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

Briefnummer
17/11.168/SvD/Ha

Onderwerp
Commentaar van VNO-NCW en MKB-Nederland op het concept-wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (WHOA)

Den Haag
30 november 2017

Telefoonnummer
070 3490418

E-mail
[illegible]

Excellentie,

VNO-NCW en MKB-Nederland hebben met interesse kennisgenomen van het concept-wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (WHOA).

De WHOA bevat, net als haar voorganger het eerder ter consulatie aangeboden voorontwerp Wet continuïteit ondernemingen II, een in de Faillissementswet op te nemen regeling die het mogelijk maakt om buiten het faillissement een dwangakkoord op te leggen ter herstructurering van schulden en het voorkomen van een surceance van betaling of faillissement. VNO-NCW en MKB-Nederland hebben op 11 december 2014 uitgebreid gereageerd op het voorontwerp WCO II en maken ook graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op het nieuwe concept-wetsvoorstel.

Het wetsvoorstel moet ertoe leiden dat het reorganiserend vermogen van levensvatbare ondernemingen wordt versterkt. Dit voorkomt onnodige faillissementen van op zich levensvatbare ondernemingen die als gevolg van een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, wat in het belang is van alle bij de onderneming betrokken partijen.

Voorkomen moet worden dat schuldenaren de regeling oneigenlijk kunnen gebruiken om hun schulden te saneren. Dit is nu nog onvoldoende het geval. Voor een goede toepassing van het onderhandse dwangakkoord dient een aantal verbeteringen in het voorstel te worden opgenomen.

- Er dient een expliciete voorwaarde voor toepassing van deze wet te worden opgenomen dat aannemelijk moet worden gemaakt dat (alle) schuldeisers bij een akkoord meer zullen ontvangen dan wanneer dezelfde onderneming eenvoudig failliet zou gaan.
- Er moeten adequate waarborgen zijn dat geen misbruik kan worden gemaakt van de regeling. Daarom is een prominentere rol van een onafhankelijke toezichthouder gewenst (de monitor).
- Schuldeisers die niet tegen het akkoord hebben gestemd, moeten niet automatisch al hun rechten verliezen om tijdens de procedure in hoger beroep te gaan. Beroep moet open blijven staan voor schuldeisers die aannemelijk kunnen maken dat zij niet correct of tijdig door de schuldenaar zijn geïnformeerd over het akkoord of redelijkerwijs niet de gelegenheid hebben gehad om tijdig hun stem uit te brengen.
- De wederpartij die verplicht wordt door te gaan met het leveren van goederen of diensten mag hiervan geen nadeel ondervinden. Het moet worden geborgd dat zij volledig worden betaald voor de door hen te leveren goederen of diensten en dat deze doorlevering van essentieel belang is voor het voortbestaan van de onderneming.
- De rechter moet een mogelijkheid hebben ambtshalve een homologatie van een onderhands akkoord te weigeren indien er zwaarwegende redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten. Hij moet dan niet volledig afhankelijk zijn van het tegenstemmen van één of meer crediteuren zoals het conceptwetsvoorstel nu lijkt voor te schrijven.
- Er dient te worden aangegeven hoe de rechter kan vaststellen of de schuldenaar al zijn schuldeisers heeft benaderd en of zij inderdaad al dan niet akkoord zijn gegaan. Dit kan bijvoorbeeld door de brief van de schuldenaar te laten overhandigen bij deurwaardersexploot (waarbij een bepaalde tariefstelling kan worden bepaald) of door een ontvangstbevestiging te vragen van de crediteur of aandeelhouder.
- Het gelijktrekken van het begrip schuldenaar en het begrip deskundige waarmee de regeling van overeenkomstige toepassing is op deze deskundige, heeft als gevolg dat ook de deskundige na verwerping van een akkoord of weigering van homologatie door de rechter gedurende 3 jaar niet opnieuw met een akkoord aan de slag kan. Dat zal niet de bedoeling zijn.
- De regeling zou niet van toepassing moeten zijn op een schuldenaar die hoofdelijk aansprakelijk is gesteld wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur bij faillissement, tenzij niet de ondernemer maar een door de rechtbank benoemde deskundige de regie heeft.
- In het conceptwetsvoorstel ontbreekt een evaluatiebepaling.

In de bijlage treft u meer een specifiek, artikelsgewijze commentaar op de voorgestelde regeling.

Graag verzoeken wij u bovengenoemde punten en het nadere artikelsgewijze commentaar bij de verdere besluitvorming te betrekken en het uiteindelijke wetsvoorstel aan te passen.

Tot een nadere toelichting zijn wij uiteraard graag bereid.

Hoogachtend,

Mr. J.M. Lammers
Directeur Economische Zaken

ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR WHOA

Voorafgaand:

Er zou meer duidelijkheid moeten worden gegeven over wie (als monitor) met toezicht zou kunnen worden belast (bijvoorbeeld een curator) en wie als deskundige zou kunnen worden benoemd (bijvoorbeeld een accountant), afhankelijk van de bijzonderheden van het geval.

Artikel 3d

- **De mogelijkheid om schorsing te vragen teneinde een akkoord aan te bieden, dient onder voorwaarden te worden verruimd.**

Toelichting

Het ligt voor de hand dat menig schuldenaar die wordt geconfronteerd met een faillissementsaanvraag de mogelijkheid van een akkoord zal willen onderzoeken, zeker nu de regeling afwijkt van het gerechtelijk akkoord in surseance en faillissement. De kans op succes van een akkoord lijkt gediend met een gedegen voorbereiding, niet met een voorstel dat onder druk van een faillissementsaanvraag tot stand is gekomen. Om deze reden lijkt het verstandig om de schorsing van twee maanden in de zin van art. 3d ook mogelijk te maken voor een schuldenaar die aankondigt een akkoord te willen aanbieden. Uiteraard moet misbruik van deze mogelijkheid worden voorkomen, dus de rechter moet niet lichtvaardig tot schorsing van de behandeling van de aanvraag overgaan.

De rechter kan een verzoek tot schorsing alleen dan toewijzen indien in ieder geval aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- De schuldenaar heeft aannemelijk gemaakt dat hij aan de lopende verplichtingen kan voldoen;
- Er wordt ambtshalve (volgens art. 377) een toezichthouder of deskundige aangesteld;
- Er is aannemelijk gemaakt dat de schorsing in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers.

De schuldenaar mag het akkoord namelijk niet gebruiken om een faillissement onnodig langer af te wenden.

Artikel 47

- **Het huidige artikel 47 Fw. hoeft niet te worden gewijzigd.**

Toelichting

Ook thans komt het in de praktijk regelmatig voor dat de behandeling van een faillissementsaanvraag door de rechter wordt aangehouden voor een aantal weken (de rechtspraak hanteert een termijn van maximaal 8 weken). Vanwege het feit dat de zitting niet openbaar is, is de kring van personen die wetenschap van de faillissementsaanvraag heeft beperkt. Er lijkt dus geen grote noodzaak om dit artikel te wijzigen. Een generieke 'vrijstelling' van artikel 47 brengt het risico van misbruik met zich. In die gevallen waarin deze problematiek speelt kan de bepaling van art. 377 uitkomst bieden waarmee de rechter een maatwerkoplossing kan bieden.

Artikel 369

- **Volgens lid 9 blijven de rechten van de werknemers intact – van alle andere partijen worden offers gevraagd.**

Toelichting

We begrijpen dat omwille van de voortgang van het wetsvoorstel hiervoor is gekozen. Het ministerie van J&V heeft eerder aangegeven in WCO III (of welke benaming dit wetsvoorstel ook zal krijgen) dat de positie van de werknemers verder zal worden onderzocht. Het is echter moeilijk te begrijpen dat van alle partijen offers worden gevraagd om een bedrijf van faillissement te behoeden, behalve van de werknemers van deze onderneming. Ingevolge art 7:611 BW mogen van werknemers in het kader van goed werknemerschap onder omstandigheden redelijke loonoffers of aanpassingen van secundaire arbeidsvoorwaarden worden gevraagd[1]. Dit zou in de WHOA nader kunnen worden geduid met het oog op het collectieve maatschappelijk belang dat gemoeid is met continuïteit van de betreffende onderneming.

- **Hoe verhoudt zich de termijn van het adviesrecht van de WOR met dit wetsvoorstel?**

Wat betreft het adviesrecht van de Ondernemingsraad meldt de MvT dat mocht het bredere reorganisatietraject waar het akkoord onderdeel van zou kunnen uitmaken (vaak zal dat het geval zijn) een besluit waarover de OR adviesrecht heeft omvatten, de OR op basis van artikel 25 WOR in de gelegenheid gesteld zal moeten worden om zich daarover door een advies uit te spreken. Er wordt vervolgens gesteld dat het in de rede ligt dat de onderneming tijdig advies aanvraagt. Dit zou met zich mee kunnen brengen

[1] Zie o.a. HR 26 juni 1998, NJ 1998/767 en HR 11 juli 2008, JAR 2008/204

dat indien de schuldenaar het akkoord voorlegt en dan ook pas de OR om advies vraagt, er een maand moet worden gewacht voordat het akkoord kan worden uitgevoerd. Onduidelijk is ook waarover het adviesrecht geldt. Over de voorstellen aan de schuldeisers of over het akkoord dat ter homologatie aan de rechter wordt voorgelegd of het reeds gehomologeerde akkoord?
Naar analogie van het arrest van de Hoge Raad inzake DA[2] zou moeten worden bepaald dat er mag worden afgeweken van bepaalde formele vereisten waaronder verkorting van de beslistermijnen.

- **Lid 8 van art. 369 dient te worden aangepast: Indien de rechtbank een deskundige benoemt als bedoeld in artikel 371, eerste lid, is het in deze afdeling ten aanzien van de schuldenaar bepaalde van overeenkomstige toepassing op die deskundige, met uitzondering van het bepaalde in artikel 369 lid 10.**

Toelichting

Wij ondersteunen de mogelijkheid die in artikel 371 lid 2 is opgenomen dat de rechtbank op een verzoek van een schuldeiser een deskundige kan benoemen om de schuldenaar zo alsnog een akkoord te laten aanbieden. Art. 369 lid 10 lijkt dit echter te verbieden. Daarom is een uitzondering noodzakelijk die zou moeten worden opgenomen in de tekst van lid 8.

Ook kan het begrip schuldenaar, uitgelegd als deskundige, als consequentie hebben dat een deskundige ook drie jaar lang geen akkoord zou mogen aanbieden voor een andere schuldenaar. In die zin is mogelijk onvoldoende nagedacht bij het gelijktrekken van het begrip deskundige en schuldenaar.

- **In lid 10 moet worden opgenomen dat er geen akkoord kan worden aangeboden indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur.**

In lid 10 moet een verwijzing worden opgenomen naar art. 2:248 BW zodat er geen akkoord kan worden aangeboden indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur bij faillissement met als gevolg hoofdelijke aansprakelijkheid van een bestuurder.

- **In de wettekst moet worden opgenomen, dat een schuldenaar die in de afgelopen drie jaar zijn jaarrekening te laat heeft gedeponeerd (vgl. art. 2:248 jo. 394 BW), een schuldenaar ten aanzien van wiens laatste jaarrekening een afkeurende verklaring is afgegeven (art. 2:393 lid 6 sub c BW), of een schuldenaar wiens jaarrekening (gedeeltelijk) is vernietigd door de**

---

2 ECLI:NL:HR:2017:982

Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam, niet dient te worden toegelaten tot deze regeling.

Toelichting

Dit kan toegevoegd worden aan lid 10. De betrokkenheid van de rechter bij de regeling is beperkt, zodat het te billijken is dat aan de betrouwbaarheid van de schuldenaar strenge eisen worden gesteld.

Artikel 371

- **Het toepassingsbereik van deze bepaling dient te worden verruimd, zodat de rechtbank op verzoek van zowel een schuldeiser als de schuldenaar een deskundige kan benoemen die een akkoord kan aanbieden namens de schuldenaar, tenzij dit niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is.**

Toelichting

Wij onderschrijven het uitgangspunt dat de schuldenaar in beginsel zelf het initiatief neemt om een akkoord tot stand te brengen. Dit uitgangspunt wordt niet tekort gedaan door de verruimde bevoegdheid van een schuldeiser om een verzoek tot benoeming van een deskundige te doen. De rechter behandelt zo'n verzoek overeenkomstig artikel 371 lid 5 in raadkamer. Indien de schuldenaar gegronde bezwaren heeft, wijst de rechter het verzoek af. Indien de schuldenaar aangeeft liever zelf een akkoord te willen aanbieden, staat het de rechter vrij om hem daarvoor gedurende een bepaalde termijn in de gelegenheid te stellen en het verzoek van de schuldeiser aan te houden. Zijn er echter goede gronden om het verzoek van de schuldeiser toe te wijzen, dan moet de rechter daar de vrijheid toe hebben.

Het lijkt ons daarnaast goed dat ook de schuldenaar de mogelijkheid krijgt om een deskundige te laten aanstellen. Een akkoord dat wordt ondersteund door een deskundige zal wellicht eerder worden geaccepteerd door een schuldeiser omdat deze dan meer betrouwbaarheid krijgt over de financiële positie van de schuldenaar.

Wij verwachten dat deze discussie in de praktijk zal opkomen tijdens de behandeling van een faillissementsaanvraag op verzoek van een schuldeiser, waarbij de schuldenaar om uitstel van de behandeling vraagt, om alsnog de gelegenheid te kunnen krijgen om een akkoord aan te bieden. Niet zelden zal het in dat spanningsveld geraden zijn om een afkoelingsperiode te gelasten en andere voorzieningen te treffen, hetgeen onzes inziens ook de aanstelling van een toezichthouder noodzakelijk maakt. In deze zin dient ook artikel 377 te worden aangepast.

Artikel 372

- **Deze bepaling dient slechts betrekking te hebben op de overeenkomst die door of ten laste van de schuldenaar voldaan moeten worden en niet op een overeenkomst strekkende tot een dulden of niet doen door de schuldenaar.**
- **Een voorstel tot aanpassing van de overeenkomst behoort geen voorwaarde te zijn voor de bevoegdheid tot opzegging.**
- **De opzegging zou voorts voorwaardelijk moeten zijn en dus slechts rechtsgeldig mogen zijn, indien er een akkoord tot stand komt, dat verbindend is voor de vordering van de schuldeiser die voortkomt uit de opzegging.**

Toelichting

Het verdient aanbeveling om in de wet en de memorie van toelichting te verduidelijken welke overeenkomsten de wetgever precies op het oog heeft. Deze bepaling kan in haar huidige vorm (te) verstrekkende gevolgen hebben. Behoudens de arbeidsovereenkomst (art. 369 lid 9) wordt immers geen enkele overeenkomst uitgezonderd. Daarmee lijkt het voor de schuldenaar ook mogelijk om overeenkomsten op te zeggen voor beëindiging waarvan thans een rechterlijke uitspraak nodig is, zoals bij de beëindiging van een huurovereenkomst door een verhuurder (artikel 7:272 lid 2 BW). Ook lijkt mogelijk dat een schuldenaar een geheimhoudingsovereenkomst of non concurrentiebeding waartoe hij zich heeft verplicht, opzegt. Een dergelijke ruime bevoegdheid is onzes inziens onredelijk benadelend voor de betrokken contractspartij en gaat ons te ver. Wij wijzen in dit verband op de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 11 juli 2014, NJ 2014/407 (ABNAMRO/Berzona) waarin ook een onderscheid is gemaakt tussen de verbintenissen strekken tot betalen c.q. doen en die tot dulden c.q. niet-doen.

De schuldenaar kan ook zonder een wettelijke bevoegdheid daartoe altijd een voorstel tot wijziging doen aan zijn contractspartij, het is aan zijn contractspartij om dat te accepteren of niet. Om aan de bevoegdheid tot opzegging de voorwaarde te verbinden eerst een voorstel tot wijziging te doen, lijkt ons overbodig. Dat wordt een zinloos ritueel, als het de schuldenaar simpelweg te doen is om opzegging.

Artikel 372 dient het derhalve niet mogelijk te maken om overeenkomsten op te zeggen die strekken tot een niet-doen door de schuldenaar, zoals geheimhoudingsverplichtingen en concurrentiebedingen of waarin de wederpartij nakoming krijgt zonder dat de schuldenaar dat kan verhinderen, zoals overeenkomsten waarbij de schuldenaar verhuurder of licentiegever is.

Het gaat ook te ver om de opzegging mogelijk te laten zijn in het geval er uiteindelijk geen akkoord tot stand komt, waaraan de betreffende schuldeiser is gebonden.

- **Lid 3 kan leiden tot ongewenste doorleveringsverplichtingen voor derden die daarmee, zonder dat daar een vergoeding tegenover staat, in een zeer slechte**

positie komen, slechter dan de andere schuldeisers.

Toelichting

Uitgangspunt moet zijn dat contractspartijen die verplicht worden door te gaan met het leveren van goederen of diensten daar geen nadeel van ondervinden. Dat een bouwbedrijf of accountant niet kan eisen dat nog openstaande facturen worden betaald voordat hij zijn opdracht afmaakt, is een vergaande inperking van hun rechtspositie. Er moet geen misverstand over kunnen bestaan dat zij wel volledig worden betaald voor de toekomstige goederen of diensten die moeten worden geleverd na het aanbieden van het akkoord. Het kan niet zo zijn dat zij geen betaling daarvoor kunnen afdwingen door het nieuwe artikel 372. De wettekst dient daarom zo te worden aangepast dat doorlevering alleen kan worden verplicht, indien:

- het voortbestaan van de onderneming ervan afhangt;
- gewaarborgd is dat de door te leveren goederen of diensten worden betaald;
- de wederpartij de 'doorlevering' van goederen of diensten direct kan opschorten indien daarvoor geen betaling volgt.

Overigens speelt hier ook de Beklamelnorm een rol. Indien de schuldenaar een akkoord aanbiedt dat ook de wederkerige overeenkomst / leverancier raakt terwijl hij kan weten dat hij niet de verplichtingen kan nakomen, dan kan hij aansprakelijk worden gesteld door de schade van de wederpartij.

Artikel 373

De MvT dient meer handvatten te geven voor de klassenindeling. Wij denken daarbij o.a. aan het volgende:

- **Leningen van aandeelhouders- en overige intercompanyleningen dienen in een aparte klasse te worden ingedeeld.**
- **De groep van schuldeisers wiens vordering voortkomt uit de opzegging op de voet van artikel 372 dient te worden beschouwd als een aparte klasse in de zin van artikel 373.**

Toelichting

Aandeelhouders en gelieerde partijen hebben doorgaans andere (vaak grotere) belangen bij een akkoord dan externe partijen. Zij behoren daarom in een andere klasse te worden ingedeeld.

Ook de belangen van een schuldeiser met een vordering voortkomend uit de opzegging op de voet van artikel 372 wijken af van die van de overige schuldeisers en de (contractuele) rechten die zij verliezen niet louter van financiële aard zullen zijn.

Daarom moet in de MvT bij het artikelsgewijze commentaar van dit artikel worden opgenomen dat er ook sprake moet zijn van een redelijke klassenindeling. Daarbij is niet het akkoord leidend voor de indeling maar de (ongelijke) belangen van de schuldeisers. Dat betekent in ieder geval een aparte klasse voor leningen van aandeelhouders maar ook een aparte klasse voor vorderingen die voortvloeien uit door de schuldenaar op de voet van art. 372 opgezegde wederkerige overeenkomsten.

Artikel 374

- **Bij de informatie dient tevens te worden gevoegd:**
    - **een verklaring van de schuldenaar dat naar zijn beste weten de verstrekte informatie juist en volledig is en dat er geen informatie is achtergehouden die de schuldeisers nodig hebben om een geïnformeerd besluit over het akkoord te nemen;**
    - **een opgave van alle schuldeisers die van het akkoord zijn uitgezonderd en de reden hiervan;**
    - **een korte beschrijving van de wettelijke bevoegdheden die schuldeisers hebben, inclusief een waarschuwing dat zij bepaalde rechten (kunnen) verliezen door niet (tegen) te stemmen.**
    - **Aanpassing van art. 374 lid 1 onder c: Een onderbouwing van het waarom de waarde bij een akkoord hoger is dan de waarde bij een vereffening met verwijzing naar de gehanteerde waarderingsgrondslagen. Deze moeten bovendien worden gevalideerd door een deskundige.**

Toelichting

De verklaring omtrent de juistheid en volledigheid helpt om buiten twijfel te stellen dat het een onrechtmatige daad oplevert jegens de schuldeiser indien de verstrekte informatie misleidend is. Wellicht is het een gedachte om hierbij aan te sluiten bij de regeling van artikel 6:194 BW.

Wat betreft art 374 lid 1 onder c: schuldeisers moeten niet tot een akkoord worden gedwongen met een lagere waarde dan bij vereffening. We wijzen hierbij ook op de in art. 8 lid 1 van de in behandeling zijnde EU richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsel en een tweede kans voorgestelde minimum aan vereiste gegevens.

Artikel 375

- **De rechtbank dient tevens de mogelijkheid te hebben om op verzoek van de schuldenaar of de aanvrager van het faillissement een afkoelingsperiode af te kondigen, indien de rechtbank:**

  - **de behandeling van een faillissementsaanvraag opschort vanwege het feit dat een schuldenaar stelt een akkoord te willen aanbieden;**
  - **een deskundige benoemt op de voet van artikel 371.**
- **Bij het gelasten van een afkoelingsperiode *dient er* (via de weg van artikel 377) een monitor aangesteld te worden, *tenzij* de rechter ervan overtuigd is dat het belang van de schuldeisers daarmee niet is gediend.**
- **Tevens moet in het artikel worden opgenomen dat moet worden aannemelijk gemaakt dat de schuldenaar de lopende betalingsverplichtingen (waarbij moet worden toegelicht dat daar dus ook de wederkerige overeenkomsten onder vallen van bijvoorbeeld vaste / onmisbare leveranciers) kan voldoen en kan betalen voor de diensten die hij laat verrichten.**

Toelichting

Indien schuldeisers vernemen dat er door hun schuldenaar een akkoord wordt aangeboden, ligt voor de hand dat zij waar mogelijk hun rechten zullen proberen uit te oefenen voordat zij door het akkoord worden geraakt. Het is daarom verstandig en praktisch om de rechter de bevoegdheid te geven een afkoelingsperiode te gelasten indien tijdens een zitting blijkt dat de schuldenaar of een van diens schuldeisers een akkoord wil aanbieden.

Een monitor moet erop toezien dat de belangen van de schuldeisers gedurende de afkoelingsperiode niet worden geschaad en de rechtbank inlicht wanneer er gronden zijn om de afkoelingsperiode of de schorsing op te heffen of daaraan nadere voorwaarden te verbinden. Tevens kan een monitor in het voorkomende geval advies aan de rechtbank uitbrengen over de vraag of het akkoord moet worden gehomologeerd. Het zal beter zijn voor de acceptatie van dit wetsvoorstel als er ambtshalve direct toezicht wordt gevraagd. De schuldenaar heeft dan ook een prikkel om het voorstel goed voor te bereiden en het zorgt voor transparantie.
Het is dan vervolgens aan de rechter of hij geen monitor aanstelt indien hij ervan is overtuigd dat het belang van de schuldeisers daarmee niet is gediend.

Zie ook onze toelichting bij art 372 lid 3.

Artikel 376

- **Niet alleen de schuldenaar maar ook de schuldeiser en de aandeelhouder moeten de rechter kunnen verzoeken te beslissen over een geschil en andere voor een akkoord relevante kwesties.**

Toelichting

Ook de schuldeiser en de aandeelhouder kunnen gerechtvaardigde redenen hebben om een geschil aan de rechter voor te leggen. Daaraan moet uiteraard de eis worden gesteld

dat zij dan wel het redelijkerwijs aannemelijk dienen te maken dat zij in hun belangen zijn geschaad. Dit is bijvoorbeeld het geval indien bepaalde schuldeisers al dan niet bewust worden (onredelijk) bevoordeeld door de klassenindeling.

De belanghebbenden dienen de reële mogelijkheid te hebben om aan deze procedure deel te nemen of de beslissing aan te vechten indien deze genomen is zonder dat zij de gelegenheid hebben gehad om daarover te worden gehoord.

Artikel 377

- **De monitor dient een onderzoek in te stellen naar mogelijke weigeringsgronden in de zin van artikel 381 lid 3 en 4, waarbij ook past dat hij beoordeeld of er in het voortraject van het akkoord rechtshandelingen hebben plaatsgevonden die bepaalde schuldeisers hebben bevoordeeld of de gezamenlijke schuldeisers hebben benadeeld.**
- **Wij vinden dat ook een schuldeiser of aandeelhouder bevoegd zou moeten zijn om de aanstelling van een monitor te verzoeken.**

Toelichting

De mogelijkheden van toezicht door een monitor zijn veel te beperkt en moeten duidelijker in de wet worden geregeld. De voorgestelde regeling heeft thans te weinig mogelijkheden om misbruik/oneigenlijk gebruik te voorkomen, zoals dat in het zicht van een akkoord bepaalde schuldeisers worden bevoordeeld. Daarom moet ook een schuldeiser om de aanstelling van een monitor kunnen verzoeken. Uiteraard staat het de rechter vrij om een verzoek van een schuldeiser of aandeelhouder af te wijzen als zij niet redelijkerwijs aannemelijk kunnen maken dat zij in hun belang zijn geschaad.

Artikel 378

- **Voorkomen moet worden dat een klein aantal schuldeisers met (zeer) grote vorderingen een grote groep rechteloos maakt. Dit moet dan ook een reden zijn om een homologatie te weigeren.**

Toelichting

Wij pleiten ervoor dat in de memorie van toelichting tot uitdrukking wordt gebracht dat onevenredigheid tussen het aantal voorstemmers en het aantal tegenstemmers een zwaarwegende reden kan zijn om de homologatie op de voet van art. 381 lid 23 sub h te weigeren.

Artikel 380

- **De bevoegdheid van verzet tegen het akkoord van art. 381 lid 3 dient wat ons betreft te worden toegekend aan alle schuldeisers die aannemelijk maken dat zij niet correct of tijdig door de schuldenaar zijn geïnformeerd over het akkoord of redelijkerwijs niet de gelegenheid hebben gehad om tijdig hun stem uit te brengen.**

Toelichting

Schuldeisers dienen niet lichtvaardig rechteloos gemaakt te worden, zeker niet als zij geen reële mogelijkheid blijken te hebben gehad om hun rechten uit te oefenen. De voorgestelde regeling maakt mogelijk dat een schuldeiser, zonder dat hij de kans heeft gehad om te stemmen over een akkoord, zijn recht verliest om daartegen bezwaar te maken. Daarmee wordt een te grote inbreuk op de rechten van schuldeisers gepleegd. Het is goed denkbaar dat de schuldenaar niet weet dat zij economisch gerechtigd zijn tot de vordering waardoor zij niet door hem worden geïnformeerd dat er een akkoord is aangeboden en dat pas te laat vernemen. Dit geldt bijvoorbeeld voor factormaatschappijen of kredietverzekeraars.

Zie verder ons commentaar bij art. 381 inzake het bereiken van de schuldeiser..

Overigens spreekt de MvT in het algemene deel onder paragraaf 3.4 over 380 lid 4 maar dat lid is in de wetstekst niet te vinden.

Artikel 381

- **Indien blijkt van bevoordeling van bepaalde schuldeisers en/of benadeling van de gezamenlijke schuldeisers van schuldeisers door de schuldenaar in het voortraject van het akkoord, dient homologatie geweigerd te worden.**

Toelichting

Zie commentaar bij art. 377.

- **In art. 381 lid 2 moet na de eerste zin worden opgenomen dat de nakoming van het akkoord is gewaarborgd.**

Toelichting

Hiermee wordt de nakoming met een sanctie bijgestaan. Indien de nakoming van het akkoord niet kan worden gewaarborgd is homologatie van een akkoord simpelweg niet gerechtvaardigd.

- **Om aan het oordeel van de rechter waarde toe te kennen moet de rechter een homologatie ambtshalve kunnen weigeren indien er zwaarwegende redenen zijn zoals in lid 3 onder h genoemd.**

Toelichting

- De rol van de rechter lijkt in het conceptwetsvoorstel wel erg te worden beperkt. Indien een rechterlijke toets wordt gevraagd moet deze ook een waarde hebben en moet de rechter niet volledig afhankelijk zijn van het tegenstemmen door een crediteur die tevens een verzoek bij de rechter indient. De rechter moet een mogelijkheid hebben ambtshalve een homologatie te weigeren indien er zwaarwegende redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.

  Daarom moet in artikel 381 een extra lid worden ingevoegd na lid 2 waarin staat: '*De rechter kan de homologatie weigeren indien er zwaarwegende redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.*'

- **Er moet een waarborg worden opgenomen voor de ontvangst van de crediteur van het aangeboden akkoord of van de beschikking (artt. 378 lid 1 en 380 lid 1)**

Toelichting

Het wetsvoorstel geeft in art. 381 lid 2 niet aan hoe de rechter onderzoekt of de schuldenaar al zijn schuldeisers heeft benaderd en of zij inderdaad al dan niet akkoord zijn gegaan. Hoe staat vast dat de door de schuldenaar verzonden mail of brief daadwerkelijk door een crediteur is ontvangen?
Dit kan door de brief te laten overhandigen bij deurwaardersexploot (waarbij een bepaalde tariefstelling kan worden bepaald). Of een bevestigingsontvangst van de crediteur of aandeelhouder waarin hij aangeeft dat hij het ontvangen heeft.

- **In artikel 381 lid 6 is opgenomen dat er geen hoger beroep open staat behoudens de mogelijkheid van cassatie in het belang van de wet. Hoe verhoudt dit artikel zich tot de voorstellen van de Europese Commissie in de op dit moment in behandeling zijnde wijzigingsvoorstellen van de richtlijn 2012/30/EU?**

Toelichting

Artikel 15 van de richtlijnvoorstellen meldt:

De lidstaten zorgen ervoor dat tegen een door een gerechtelijke instantie gegeven beslissing over de bevestiging van een herstructureringsplan, hoger beroep kan worden ingesteld bij een hogere gerechtelijke instantie, en dat tegen een door een administratieve instantie genomen besluit over de bevestiging van een herstructureringsplan beroep kan worden ingesteld bij een gerechtelijke instantie.

2. *Een beroep of hoger beroep wordt zo snel mogelijk afgehandeld.*
3. *Een beroep of hoger beroep tegen een besluit of beslissing tot bevestiging van een herstructureringsplan heeft geen schorsende werking op de uitvoering van dat plan.*
4. *De lidstaten zorgen ervoor dat wanneer een in lid 3 bedoeld beroep of hoger beroep wordt toegewezen, de gerechtelijke instantie:*
   (a) hetzij het herstructureringsplan kan nietig verklaren;
   (b) hetzij het plan kan bevestigen en de niet-instemmende crediteuren een financiële vergoeding kan toekennen, te betalen door de debiteur of de crediteuren die voor het plan stemden.

De instantie waarbij het hoger beroep kan worden ingediend zou de Ondernemerskamer kunnen zijn. Het centreren van de hoger beroepsmogelijkheid bevordert ook de rechtseenheid.
De niet schorsende werking kan een bezwaar tegen mogelijkheden van een hoger beroep wegnemen. Indien de richtlijn wordt vastgesteld conform het huidige voorstel, dan zou dat betekenen dat de Nederlandse wetgeving weer zal moeten worden aangepast.

Artikel 384

- **Indien een akkoord toerekenbaar niet wordt nagekomen jegens een schuldeiser dient de schuldeiser het akkoord te kunnen ontbinden zodat zijn oorspronkelijke vordering herleeft.**

Toelichting

Indien een schuldenaar een akkoord dat verbindend wordt verklaard niet nakomt en vervolgens failliet gaat, dient de schuldeiser het recht te hebben om voor zijn volledige oorspronkelijke vordering in het faillissement op te komen.

Overige opmerkingen

Herstructureringslasten

- **De verdeling van herstructureringslasten kunnen wellicht zeer onredelijk zijn voor concurrente schuldeisers en daarom dient de verdeling daarvan in de MvT te worden aangepast in die zin dat deze lasten met gelijke percentages worden verdeeld als de uiteindelijke uitkeringen. Dus indien zij 0% uitgekeerd krijgen zijn de kosten van de herstructurering voor hen ook 0, -.**

In het conceptwetsvoorstel worden de herstructureringslasten niet vermeld maar in de MvT komen de verdeling van deze herstructureringslasten herhaaldelijk aan de orde in die zin dat de lasten die met de totstandkoming van het akkoord zijn gemoeid, eerlijk moeten worden verdeeld. Zie bijvoorbeeld in het algemeen deel onder 3 – 3.1 en 3.4 en in de artikelsgewijze toelichting onder de artt. 370 lid 1, 373 en 381 lid 4. Niet duidelijk is wat wordt verstaan onder een eerlijke verdeling. Er zou sprake kunnen zijn van onwenselijke gevolgen voor met name de concurrente schuldeisers waaronder MKB-bedrijven. Overwegend delen zij niet mee in de uitkeringen of enkel met een miniem percentage van hun uitstaande vordering. De MvT geeft geen duidelijkheid of zij, ondanks dat zij niets van hun vordering terugzien, toch moeten meebetalen aan een akkoord waarvan alleen de gesecuriseerde schuldeisers of preferente schuldeisers een zeker profijt hebben. Deze onduidelijkheid zou kunnen worden ondervangen door de verdeling afhankelijk te laten zijn van een percentage van de uitkering.

EU Verordening Marktmisbruik

- **Het is niet duidelijk in hoeverre, wat betreft de artikelen die de positie van de aandeelhouders aangaan, is onderzocht of de bepalingen in dit Wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord conform de regels van de rechtstreeks van toepassing zijnde EU Verordening Marktmisbruik zijn. Daarin zijn verplichtingen voor aandeelhouders in opgenomen die wellicht geraakt kunnen worden door de bepalingen van dit wetsvoorstel.**

Opnemen evaluatiebepaling noodzakelijk

- **Het is van belang een evaluatiebepaling op te nemen in het wetsvoorstel om te zien hoe de werking van het wetsvoorstel uiteindelijk is op de positie van de schuldeisers en de schuldenaar.**

Factoring & Asset based financing
Association Netherlands

Ministerie van Veiligheid & Justitie

Directie Wetgeving en Juridische Zaken | Sector privaatrecht
P.O. Box 20301
2500 EH DEN HAAG

Kenmerk : faan.bri.14439375
Betreft : Inbreng FAAN in kader consultatie van voorontwerp van de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement versie 5 september 2017 ("WHOA")
Datum : 30 november 2017

Per email

Uploaden: internetconsultatiepagina https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie

Geachte mevrouw, heer,

Namens de *Factoring & Asset based financing Association Netherlands* (FAAN) berichten wij u als volgt.

Introductie FAAN
FAAN is een Nederlandse belangenvereniging die zich inzet voor het algemeen belang van de gehele factoringbranche en haar cliënten. FAAN treedt op als spreekbuis voor de gehele branche als het gaat om wet- en regelgeving, zowel op nationaal als op Europees niveau. Zij houdt een vinger aan de pols van alle ontwikkelingen die van invloed zijn op de branche en informeert haar leden (factormaatschappijen) hierover.

Factoring: klantsegment en werkwijze
Leden van FAAN richten zich op financiering van ondernemers. Deze ondernemers bieden hun handelsvorderingen op debiteuren aan factoringmaatschappijen aan ter financiering. Deze debiteuren zijn uitsluitend andere ondernemingen (B2B). Zowel factoringcliënten als hun zakelijke afnemers (de debiteuren) zijn zeer vaak MKB-ondernemingen. De financiering wordt verstrekt per handelsvordering en is meestal gelijk aan 80% (maar soms wel 90%) van de nominale waarde van de aanvaarde vorderingen. Dit volatiele financieringsproduct is bij

uitstek geschikt voor ondernemingen die tijdelijk behoefte hebben aan additionele liquiditeit (bijv. tijdens een seizoenspiek) of die een snelle groei doormaken.

Factoring: juridisch modellen

Factoring in Nederland is juridisch gebaseerd op cessie of verpanding van vorderingen. Factoringcliënten worden gefinancierd op *recourse* of *non-recourse* basis. *Recourse* factoring betekent dat de factoringmaatschappij de betaling van de handelsvorderingen voorfinanciert (bevoorschotting). Dit betekent dus dat in geval van non-betaling door een debiteur, de factoringcliënt het desbetreffende voorgefinancierde bedrag dient terug te betalen aan de factoringmaatschappij. *Non-recourse* factoring betekent dat de factoringmaatschappij ook het debiteurenrisico van de ondernemer overneemt.

Het spreekt voor zich dat alle ontwikkelingen in het Nederlandse goederen- of insolventierecht van essentieel belang zijn voor factoring en dat FAAN deze ontwikkelingen met grootst mogelijke waakzaamheid ten behoeve van haar leden volgt. Voorop staat dat factormaatschappijen een groot belang hebben bij rechtszekerheid.

Eerdere zienswijzen FAAN op WCO II

FAAN heeft per brief van 6 januari 2015 haar visie kenbaar gemaakt op de voorloper van WHOA, het voorontwerp Wet continuïteit ondernemingen II ("WCO II"). Daarin heeft FAAN zich geschaard bij de visie van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) op de WCO II zoals neergelegd in de brief van de NVB van 10 december 2014. In haar eigen brief van 6 januari 2015 heeft FAAN enkele aanvullende opmerkingen gemaakt die specifiek betrekking hebben op factoring. Een bijlage van deze eerdere brief van FAAN is aangehecht.

Algemene reactie op WHOA

Tot onze spijt is de WHOA niet een afgewogen geheel waar FAAN haar steun aan zou kunnen geven. Het tegenovergestelde is het geval. Met de eerder aangedragen punten is niet goed rekening gehouden. Verder is in de WHOA een regeling rond eenzijdige wijziging of vroegtijdige beëindiging opgenomen die ernstige consequenties dreigt te hebben voor factoringmaatschappijen en daarmee voor het factoringproduct in Nederland. De rechtsbescherming voor schuldeisers in de WHOA is door de gebrekkige procedurele waarborgen beneden een aanvaardbaar niveau. Wij kunnen de WHOA dus niet ondersteunen.

Verwijzing naar de *position paper* van de NVL

FAAN heeft kennisgenomen van de *position paper* die de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen op 30 november 2017 over de WHOA heeft gepubliceerd. Deze wordt als bijlage aangehecht. De in die brief genoemde bezwaren onderschrijft FAAN ten volle.

Concrete bezwaren

Met de NVL is FAAN van mening:

1. Dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de in de WHOA voorgestelde regelingen daadwerkelijk effectief zijn, waarbij in het bijzonder gedacht moet worden

aan de regeling gericht op het inbreken op bestaande duurovereenkomsten (art. 372 Voorstel);

2. Dat onvoldoende aandacht is besteed aan de vraag naar de (naar het oordeel van FAAN: sterk negatieve) effecten van invoering van de WHOA voor de financiering van bedrijven in Nederland, in het bijzonder van het MKB;
3. Dat onvoldoende onderzoek is gedaan naar de effectiviteit van de voorgestelde regelingen en de negatieve effecten daarvan op de financiering van bedrijven in Nederland, in het bijzonder van het MKB;
4. Dat de regeling in de WHOA gericht op het inbreken in bestaande duurovereenkomsten (ook wel "eenzijdige contractdoorbraak" genoemd) op velerlei punten onvoldragen is, waarbij gedacht moet worden aan:
    a. Het feit dat een voorstel van de schuldenaar met de strekking om een contract te wijzigen (en bij niet-aanvaarding: dit contact mogelijk te beëindigen) kennelijk los van het aanbieden van een akkoord kan worden ingezet
    b. Het feit dat die voorstellen ook betrekking kunnen hebben op verplichtingen in de toekomst (vermindering factoringfee? Vermindering rekenrente?)
    c. Het feit dat die voorstellen ook betrekking kunnen hebben op non-financiële verplichtingen (periodiek aanleveren pandlijsten? medewerking aan mededeling van cessie aan debiteuren?)
    d. De rechtsonzekerheden die ontstaan rond de verplichting van de schuldenaar tot schadevergoeding indien deze het contract eenzijdig tussentijdig heeft beëindigd
    e. De onzekerheid of de verplichtingen gedurende de wettelijk verkorte termijn van opzegging van drie maanden volledig zullen worden betaald
    f. De processuele onzekerheden in deze regeling en de rechtsbescherming (hoe zit het met stemmen in klassen hier? wanneer is een beroep op de rechter mogelijk?);
5. Dat de regeling in de WHOA om te komen tot klassenindeling (art. 373 Voorstel) voor factoring onvoldoende bescherming biedt tegen het risico ingedeeld te worden in de verkeerde klasse, waarbij bedacht moet worden dat de schuldenaar in beginsel leidend is bij het samenstellen van de klasse en dit kan doen rekening houdende met het te verwachten stemgedrag;
6. Dat de WHOA op het punt van rechtsbescherming voor schuldeisers te zwak is waarbij gedacht moet worden aan:
    a. Het ontbreken van een goede mogelijkheid voor schuldeisers om tijdig op te komen tegen een verkeerde indeling in klassen
    b. Het ontbreken van een solide mogelijkheid voor een of meer lijdelijk betrokken schuldeisers om benoeming van een deskundige of een toezichthouder te verzoeken;
7. Dat de WHOA aan de schuldenaar te veel vrijheid laat om naar eigen inzicht zijn schulden te saneren en daarbij onredelijk selectief te werk te gaan ("cherry picking"), waarbij gedacht moet worden aan:
    a. Het feit dat de schuldenaar aan slechts een door hem zelf geselecteerde groep partijen een voorstel ex art. 372 WHOA kan doen;

b. Het feit dat de schuldenaar aan slechts een door hem bepaalde klasse van schuldeisers een akkoord ex art. 370 WHOA kan aanbieden en daarbij overige klassen (bijv. de aandeelhouders) buiten schot kan laten;

8. Dat de regeling in de WHOA over de positie van borgen, derden en medeschuldenaren (art. 370 lid 2 Voorstel) leidt tot onnodige en ongerechtvaardigde verkorting van rechten van schuldeisers op deze (mogelijk zeer solvente) derden;
9. Dat de regeling in de WHOA over het verstrekken van noodfinanciering (art. 42a Fw nieuw) ten onrechte is beperkt tot geldleningen en dat deze regeling in voor factoringmaatschappijen negatieve zin afwijkt van het in WCO II voorgestelde artikel.

Vanzelfsprekend zijn wij gaarne bereid om het bovenstaande in een mondeling onderhoud nader toe te lichten.

FAAN heeft geen bezwaar tegen publicatie van deze inbreng.

Namens het Bestuur
Factoring & Asset based financing Association Netherlands,



R. Huisman
Secretaris

H. van Alebeek

Ministerie van Justitie en Veiligheid
T.a.v. De heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Postbus 7984
1008 AD Amsterdam
Antonio Vivaldistraat 2-8
1083 HP Amsterdam
T 020 301 03 01
nba@nba.nl
www.nba.nl

Datum	Onderwerp	Referentie	Bijlage(n)	Doorkiesnummer
28 november 2017	Consultatiereactie Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement	GvlJ	N.v.t.	020-3010299

Geachte heer Dekker,

De Commissie MKB van de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA), hierna Commissie, heeft met belangstelling kennis genomen van het ontwerpvoorstel 'Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement'. De Commissie is van mening dat het wetsvoorstel voorziet in een behoefte en een duidelijke verbetering is ten opzichte van de in 2014 geconsulteerde Wet Continuïteit ondernemingen II. Dit mede door het opnemen van onderdelen uit het voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU (richtlijnvoorstel). Anderzijds constateert de Commissie dat er een aantal nuttige bepalingen uit het richtlijnvoorstel nog niet zijn overgenomen.

Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants

NBA

Anders dan in de paragraaf 'achtergrond en aanleiding' van de Memorie van Toelichting bij het ontwerpvoorstel is vermeld, verwacht de Commissie dat de Wet niet alleen bij ondernemingen van enige omvang maar ook in het midden- en kleinbedrijf (mkb) frequent zal worden gaan toegepast. Hier zal de regeling ook niet altijd een "uiterste redmiddel" zijn, aangezien de poging om een minnelijk akkoord te sluiten in het mkb veelal niet in stilte mogelijk is. Dit heeft te maken met te weinig vertrouwen in een eerlijk proces en de vrees voor misbruik door schuldeisers. Ook is er vaak een machtsverschil tussen de schuldenaar en 'grotere' schuldeisers.

Aangezien in Nederland het grootste aantal ondernemingen in het mkb-segment actief is, lijkt het voor de hand liggend om de wet ook bruikbaar te maken voor de toepassing in het mkb, waarbij het streven naar eenvoud overeind moet blijven. In dat kader zou de Commissie dan ook graag de volgende suggesties voor aanpassing willen doen.

Schorsing van het verzoek tot faillietverklaring
Volgens het voorgestelde artikel 3d van het ontwerpvoorstel kan de schuldenaar een ingediend verzoek tot faillietverklaring laten schorsen, wanneer hij een akkoord heeft aangeboden. Het voorstel Richtlijn geeft in artikel 6 echter aan dat de schorsing behulpzaam kan zijn tijdens de onderhandelingen over een herstructureringsplan en dus al in een eerder stadium kan worden aangevraagd.

De Commissie vreest dat, wanneer een schorsing van het faillissementsverzoek niet mogelijk is op het moment dat de schuldenaar start met onderhandelen, er al een faillissementsverzoek door een van schuldeisers wordt ingediend. Daarom pleit de Commissie voor het overnemen van artikel 6 van het richtlijnvoorstel en het mogelijk te maken in een eerder stadium een verzoek toe faillietverklaring te laten schorsen.

Wel zullen er een aantal waarborgen moeten worden ingebouwd zodat een verzoek tot schorsing van een faillissementsverzoek niet louter als instrument voor uitstel van failliet-verklaring wordt gebruikt:

- De schuldenaar moet verklaren met de voorbereiding van een akkoord te zijn gestart;
- De schuldenaar moet aannemelijk maken dat de *going concern* waarde van de onderneming hoger is dan liquidatiewaarde. De onderbouwing hiervan moet door een accountant zijn beoordeeld. De mededeling hierover en de werkzaamheden van de accountant kunnen naar rato van de omvang en complexiteit van de onderneming zijn;
- Er wordt ambtshalve (volgens artikel 377) een deskundige aangesteld.

Afkoelingsperiode
Het voorgestelde artikel 375 heeft dezelfde basis als het hierboven aangehaalde voorgestelde artikel 3d. Ook hier geeft het voorstel Richtlijn in de artikelen 6 en 7 een ruimere werking. De Commissie is dan ook van mening dat de schuldenaar overeenkomstig onze aanvullingen op artikel 3d en onder dezelfde voorwaarden, ook de gelegenheid moet hebben om bij de start van de herstructureringsplannen een afkoelingsperiode aan te vragen.

Afdeling van toepassing op deskundige
In het voorgesteld artikel 369 wordt in lid 8 aangegeven dat de gehele afdeling ook op de deskundige van toepassing is. Dit zou echter inhouden dat bijvoorbeeld artikel 369 lid 10 ook op een deskundige van toepassing is. Wanneer de deskundige dus voor cliënt A niet slaagt in het aanbieden van een gehomologeerd akkoord mag hij drie jaar lang geen werkzaamheden als deskundige als bedoeld in dit voorstel voor andere cliënten uitvoeren. Dit kan volgens de Commissie niet de bedoeling zijn.

Herhaalde aanbieding van een akkoord
Volgens het voorgestelde artikel 369 lid 10 kan er geen akkoord worden aangeboden, wanneer er in de voorgaande drie jaar een aanbod tot akkoord mislukt is. In artikel 371 lid 2 wordt het daarentegen mogelijk dat bij een mislukt aanbod tot akkoord, een deskundige nogmaals een akkoord aanbiedt namens de schuldenaar. Dit lijkt in tegenspraak met elkaar.

Informatie bij het akkoord
In het voorgestelde artikel 374 is opgenomen welke informatie in het akkoord moet worden opgenomen. De Commissie is van mening dat in aanvulling hierop nog het volgende bij het akkoord moet worden bijgevoegd:

- De schuldenaar moet verklaren dat zijn informatie juist en volledig is, zodat de crediteuren op juiste gronden over het akkoord gestemd hebben;
- Als aanvulling op het voorgestelde artikel 374 lid 3 moet de opgave van de waarden op basis van *going concern* en bij liquidatie onderbouwd zijn door een mededeling van een accountant. De betreffende mededeling en de werkzaamheden van de accountant kunnen naar rato van de omvang en complexiteit van de onderneming zijn.

De deskundige
In de voorgestelde afdeling van de faillissementswet wordt op diverse plaatsen een door de rechtbank te benoemen deskundige aangehaald. Het ontwerpvoorstel voorziet echter niet in de invulling van deze deskundige.

Het voorstel Richtlijn besteed nadrukkelijk wel aandacht aan de deskundige in de artikelen 25, 26 en 27. In artikel 25 wordt de aandacht gevestigd op de vereiste opleiding, deskundigheid en onafhankelijkheid. In artikel 26 wordt ingegaan op de aanstelling waarbij de voorwaarden om in aanmerking te komen tot aanstelling duidelijk en transparant moeten zijn. Tenslotte behandelt artikel 27 het toezicht op de deskundigen.

Het uitgangspunt van het voorstel dat de markt en de rechtbank het benoemen van deskundigen zelf kunnen regelen is mogelijk ingegeven door de in de Memorie van Toelichting uitgesproken verwachting dat vooral omvangrijke bedrijven gebruik zullen maken van de regeling. De Commissie voorziet echter dat de huidige marktpartijen die op dit moment de herstructureringen van grote ondernemingen begeleiden niet altijd passend zijn voor de herstructureringen van mkb-ondernemingen, mede gezien de kosten die door de schuldenaar gedragen moeten worden.

De Commissie zou dan ook graag zien dat als deskundige voor een mkb-onderneming die gebruik wil maken van de voorgestelde wetsaanpassing, in elk geval een onafhankelijke accountant met een passende aanvullende opleiding in aanmerking komt. Dit kan geëffectueerd worden door de betreffende accountants de gelegenheid te geven om zich bij de betreffende rechtbank op een lijst van deskundigen te laten plaatsen. Ook moet het naar de mening van de Commissie mogelijk zijn dat de mkb-ondernemer zelf een onafhankelijke accountant als deskundige aan de rechtbank kan voorstellen, waarbij de rechtbank hierin een toetsende taak heeft.

De accountant zal vanwege de op hem van toepassing zijnde Verordening Gedrags- en Beroepsregels Accountants en aanvullende Verordeningen en Nadere Voorschriften moeten voldoen aan eisen van professionaliteit, integriteit, objectiviteit/onafhankelijkheid, vakbekwaamheid en zorgvuldigheid alsmede geheimhouding. Als gevolg hiervan staat de kwaliteit van de uitgevoerde opdrachten onder toezicht en is het wettelijk tuchtrecht hierop van toepassing.

Vanwege de eis van deskundigheid zal de accountant, indien nodig, andere deskundigen zoals bijvoorbeeld een taxateur door de schuldenaar laten inschakelen. Hierbij zal de accountant in elk geval beoordelen of de betreffende taxateur (of andere deskundige) competent en onafhankelijk is. Bovengenoemde regelgeving regelt ook dat de accountant niet betrokken mag zijn bij misleidende informatie. Dit verhoogt de kwaliteit van een voorgesteld akkoord en de kans van homologatie.

Dit alles maakt de accountant in zijn algemeenheid tot een bij uitstek geschikte deskundige bij ondernemingen met herstructureringsplannen.

Hoogachtend,

S.L. Visser RA
Voorzitter van de Commissie MKB van de NBA

Contactpersoon NBA:
De heer G. Van IJzendoorn AA
g.vanijzendoorn@nba.nl
020-3010299

Ernst & Young Transaction Advisory Services
Cross Towers, Antonio Vivaldistraat 150
1083 HP Amsterdam
Postbus 74746
1070 BS Amsterdam

Tel: +31 88 407 10 00
ey.com

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Amsterdam, 30 november 2017 DBS/17216

Betreft: Consultatiereactie wetsontwerp Wet Homologatie Onderhands Akkoord ter voorkoming van faillissement

Geachte heer, mevrouw,

Bijgaand ontvang u onze consultatiereactie op het Wetsontwerp Wet Homologatie Onderhands Akkoord ter voorkoming van faillissement.

Hoogachtend,
Ernst & Young Transaction Advisory Services



Dolf Bruins Slot
Partner

Ernst & Young Transaction Advisory Services is een handelsnaam van Ernst & Young Accountants LLP. Dit is een limited liability partnership opgericht naar het recht van Engeland en Wales en geregistreerd bij Companies House onder registratienummer OC335594. In relatie tot Ernst & Young Transaction Advisory Services wordt de term partner gebruikt voor een (vertegenwoordiger van een) vennoot van Ernst & Young Accountants LLP. Ernst & Young Accountants LLP is statutair gevestigd te 6 More London Place, London, SE1 2DA, Verenigd Koninkrijk, heeft haar hoofdvestiging aan Boompjes 258, 3011 XZ Rotterdam, Nederland en is geregistreerd bij de Kamer van Koophandel Rotterdam onder nummer 24432944. Op onze werkzaamheden zijn algemene voorwaarden van toepassing, waarin een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen.

1 Inleiding

Wij ondersteunen het initiatief voorontwerp Wet Homologatie Onderhands Akkoord ter voorkoming van faillissement (hierna de “WHOA” of het “Wetsontwerp”). Het Wetsontwerp is een verbetering ten opzichte van het eerdere WCO II voorontwerp en biedt mogelijkheden voor het reorganiserend vermogen van een onderneming, waardoor waarde kan worden behouden en onnodig verlies van werkgelegenheid kan worden voorkomen.

EY is met haar herstructurering praktijk als adviseur actief voor ondernemingen/instellingen (“Onderneming”) en haar belanghebbenden (onder andere management, personeel, schuldeisers en aandeelhouder) om oplossingen te vinden en te realiseren voor de Onderneming met continuïteitsproblemen. Onze ervaring stelt ons in staat om het Wetsontwerp te beschouwen vanuit een praktisch en bedrijfseconomisch perspectief. Wij gaan in deze notitie niet in op de juridische aspecten van de WHOA, aangezien onze deskundigheid vooral financieel en operationeel van aard is. Wij veronderstellen dat de herstructurering en insolventie advocaten de juridische aspecten zullen becommentariëren.

2 Doel en toepassingsbereik

2.1 Rendabele bedrijfsactiviteiten

In het Memorie van Toelichting (“MvT”) van het Wetsontwerp is het doel en omschreven:

> *“De voorgestelde regeling ziet toe op ondernemingen die wel rendabele bedrijfsactiviteiten hebben, maar vanwege een te zware schuldenlast toch insolvent dreigen te raken. Doel is om het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken en te voorkomen dat een kleine groep van schuldeisers of aandeelhouders (EY: hold out positie) de belangen van de overige bij de onderneming betrokken partijen (waaronder andere schuldeisers en werknemers) schaadt door op oneigenlijke gronden een herstructurering tegen te houden waarmee een faillissement nog kan worden afgewend.”*

Het doel en toepassingsbereik in de MvT is naar onze mening op onderdelen te beperkt geformuleerd:

- De definitie van “rendabel” is momenteel onduidelijk, waarbij verwezen kan worden naar de korte en middellange termijn winstgevendheid en/of het kas genererend vermogen van de activiteit(en);
- Op het moment van het aanbieden van een akkoord is mogelijk nog geen sprake van “rendabele activiteiten”, maar is de herstructurering noodzakelijk om activiteiten rendabel te krijgen;
- De term “rendabel” sluit mogelijk de inzet van de WHOA uit bij bijvoorbeeld zorginstellingen of bedrijven zonder direct winstoogmerk;
- De inzet van de WHOA voor een gecontroleerde afwikkeling (liquidatie akkoord) wordt uitgesloten, terwijl een gecontroleerde afwikkeling (liquidatie via de WHOA) meer waarde kan opleveren ten opzichte van een faillissement;
- Als onderdeel van een herstructurering kunnen bepaalde onderdelen van de onderneming via een faillissement worden afgewikkeld. Derhalve dient het criterium “waarmee een faillissement nog kan worden afgewend” te worden genuanceerd.

2.2 Voorwaarde akkoord: aantonen continuïteitsprobleem

Op basis van artikel 370 komt een Onderneming in aanmerking voor de WHOA indien redelijk aannemelijk is dat continuïteitsproblemen zullen ontstaan, doordat de inkomende kasstromen niet meer voldoende zijn om de uitgaande kasstromen te dekken en bestaande activa (waaronder liquide middelen) onvoldoende mogelijkheden bieden om de activiteiten zodanig te herstructureren dat het minimale evenwicht tussen inkomende en uitgaande kasstromen weer bereikt kan worden.

Derhalve vinden wij het wenselijk dat in artikel 374 lid 1 wordt vermeld dat de schuldenaar of deskundige die een akkoord aanbiedt, dient aan te tonen dat zonder een akkoord de verwachte inkomende kasstromen niet meer voldoende zijn om de uitgaande kasstromen te dekken. In de praktijk betekent dit dat de schuldenaar of deskundige een overtuigende liquiditeitsbegroting dient te overleggen als onderdeel van het akkoord, waaruit onomstotelijk blijkt dat de "..schuldenaar voorziet dat hij (EY: de schuldenaar) met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan."

3 Voorkomen van Misbruik

Om in aanmerking te komen van de WHOA wordt in het MvT onder andere het volgende gemeld:

> *"Bedoeling is dat de nieuwe regeling het minnelijke schuldsanerings- en herstructureringstraject versterkt en dat de mogelijkheid van een dwangakkoord zal dienen als 'uiterste redmiddel'. Van de schuldenaar (onderneming) wordt verwacht dat hij eerst via de minnelijke weg probeert om met zijn schuldeisers en aandeelhouders tot een akkoord te komen. Pas als dit niet lukt, komt de mogelijkheid van een dwangakkoord in beeld."*

Wij benadrukken het belang dat het Wetsontwerp vooral gericht moet zijn om een minnelijke schuldsanering- en herstructurering proces te faciliteren. De WHOA moet niet een doel op zich zelf worden, maar een gereedschapsmiddel om zogenaamde *hold out* posities te dwingen om in alle redelijkheid en billijkheid tot een oplossing te komen voor het herstructureren van de Onderneming.

Indien een minnelijke schuldsanering- en herstructurering proces niet mogelijk blijkt te zijn door *hold out* posities, kan een WHOA proces worden opgestart. Om misbruik te voorkomen verdient het naar onze mening dan ook de aanbeveling om in de voorwaarden van het akkoord (artikel 374 lid 1) een additionele voorwaarde op te nemen dat de schuldenaar, schuldeisers en/of aandeelhouders die een WHOA proces wenst aan te vragen, moet aantonen dat redelijke pogingen zijn ondernomen om tot een minnelijke schuldsanering- en herstructurering proces te komen (in casu een inspanningsverplichting[1]).

---

1 De inspanningsverplichting is in lijn met artikel 285 lid 1 sub f FW, waarin ook een inspanningsverplichting geldt voor de schuldenaar die toegelaten wil worden tot de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen.

4 Deskundige

4.1 Deskundige op verzoek van schuldeisers / aandeelhouders

Het uitgangspunt van het Wetsontwerp is dat de schuldenaar in beginsel zelf het initiatief neemt om een akkoord tot stand te brengen. Op verzoek van een schuldeiser kan door de rechtbank een deskundige worden aangesteld, die een akkoord aanbiedt. De huidige drempel om een deskundige op verzoek van een schuldeiser aan te stellen is naar onze mening te hoog:

- Op basis van artikel 371 lid 1 kan een rechtbank pas overgaan tot het aanstellen van een deskundige als ".. geen akkoord is aangeboden waarvan redelijkerwijs verwacht mag worden dat de rechtbank dat zal homologeren..";
- Aangezien de schuldenaar doorgaans een informatie voorsprong heeft over de Onderneming ten opzichte van schuldeisers zal het voor schuldeisers in de praktijk zeer moeilijk zijn om aan te tonen dat (i) het onderliggende herstelplan van het akkoord niet redelijk is en (ii) een akkoord van de schuldenaar niet door de rechtbank zal worden gehomologeerd;
- Het aanbieden van een akkoord door een deskundige nadat het akkoordvoorstel van de schuldenaar niet succesvol bleek te zijn, is meestal geen reële optie aangezien het ontbreekt aan tijd en de onzekerheid wordt vergroot;

Op basis van het uitgangspunt 'gemeenschappelijk belang van de schuldeisers' kan door de rechtbank criteria worden ontwikkeld voor het vroegtijdig benoemen van een deskundige op verzoek van schuldeisers.

Wij merken op dat in het Wetsvoorstel de aandeelhouders geen toegang hebben tot een deskundige. Naar onze mening zou de deskundige ook toegankelijk moeten zijn voor aandeelhouders op basis van dezelfde uitgangspunten als schuldeisers.

4.2 Deskundige op verzoek van schuldenaar

Wij zijn van mening dat de schuldenaar ook de bevoegdheid moet krijgen om de rechtbank te verzoeken een deskundige aan te stellen. Hiermee wordt voorkomen dat de schuldenaar geen voortgang kan maken in een minnelijke schuldsanering- en herstructurering proces, doordat bijvoorbeeld schuldeisers en/of aandeelhouders niet willen meewerken.

4.3 Taken en bevoegdheden deskundigen

Het Wetsontwerp en de MvT geven naar onze mening onvoldoende uitwerking aan de taak en de bevoegdheden van de deskundige:

- Wat is de positie van de deskundige ten opzichte van de schuldenaar, schuldeisers en aandeelhouders?
- Aan wie is de deskundige verantwoording verschuldigd?
- Door wie worden de kosten betaald van de deskundige?
- Kan een deskundige tussentijds van zijn taak worden ontheven en zo ja, op welke gronden?

Het verdient aanbeveling om de taak en de bevoegdheden van de deskundige nader toe te lichten in het Wetsontwerp en/of MvT.

4.4 Aansprakelijkheid deskundige

In de wetgeving dient rekening te worden gehouden met aansprakelijkheidsstellingen van de deskundige, waarmee het werk van de deskundige onmogelijk wordt gemaakt. De deskundige wordt immers geconfronteerd met een Onderneming met liquiditeitstekorten alsmede tegengestelde belangen van schuldenaar, schuldeisers en aandeelhouders die teleurgesteld kunnen worden. Het is van belang dat de aansprakelijkheid van de deskundige wordt uitgesloten of beperkt tot opzet of bewuste roekeloosheid.

5 Liquidatiewaarde en planwaarde

5.1 Definitie

Artikel 374 lid 1 sub c bepaalt dat de bij een akkoord over te leggen informatie inzicht geeft in twee waarderingen:

- *Going concern* waarde (planwaarde) = “de te verwachten waarde van de activa en de activiteiten van de schuldenaar indien het akkoord tot stand komt”
- Liquidatiewaarde = “de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement”

Uit onze praktijk weten wij dat de definitie van deze waarde begrippen resulteren in discussies tussen de verschillende belanghebbenden van de Onderneming. Naar onze mening dient in de MvT een nadere toelichting te worden gegeven van deze waarde begrippen, waaronder:

- Voor de liquidatiewaarde dient ook rekening te gehouden met het eventueel te verkopen organisatorische verband waardoor een kasstroom kan worden gegenereerd, waarmee een (*going concern*) waarde kan worden gegenereerd die hoger is dan de directe opbrengstwaarde van de individuele activa. Oftewel, liquidatiewaarde is niet alleen beperkt tot de directe opbrengstwaarde van de individuele activa;
- *Going concern* waarde heeft betrekking op de waarde van de Onderneming ná homologatie van het akkoord en ná injectie van eventueel nieuw kapitaal.

5.2 Waardering

In de procesgang van de WHOA dient rekening te worden gehouden met een situatie dat de rechtbank twee of meer waarderingen worden voorgelegd inzake de liquidatiewaarde en *going concern* waarde (eventueel beide waarderingen opgesteld / gevalideerd door een derde partij adviseur) van de schuldenaar, schuldeisers en aandeelhouders. In een dergelijk situatie kan de rechtbank besluiten om een onafhankelijke waardering op laten stellen door een derde partij en dient rekening te worden gehouden met een aanzienlijke vertraging van het WHOA proces.

Deze vertraging van het WHOA proces kan worden voorkomen door:

- schuldenaar, schuldeisers en aandeelhouders komen gezamenlijk vooraf overeen dat een onafhankelijke waardering door een derde partij wordt opgesteld; of,
- de rechtbank (eventueel via de deskundige, zie paragraaf 4 hiervoor) een onafhankelijke waardering laat opstellen.

6 Bevoegde rechtbank

Wij adviseren de wetgever om de WHOA procedures (in het begin van haar bestaan) onder te brengen bij één of een beperkt aantal rechtbank(en). De voornaamste redenen hiervoor zijn het waarborgen van de kwaliteit, voorspelbaarheid en snelheid van rechterlijke beslissingen, doordat expertise bij een beperkt aantal rechtbanken beschikbaar is.

7 Tot slot

Het Wetsontwerp voorziet in een leemte binnen ons insolventierecht en is een welkom instrument voor een Onderneming met continuïteitsdreiging, die een reddingspoging wil ondernemen om een surseance of faillissement af te wenden.

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
(ingezonden via www.internetconsultatie.nl)

30 november 2017

Betreft: Reactie PwC op consultatie voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

1. Inleiding

PwC steunt het voorontwerp 'Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement' (hierna: 'voorontwerp'). Het voorontwerp is een verbetering ten opzichte van het eerdere WCO II-voorontwerp en een goede aanvulling voor de Nederlandse herstructureringspraktijk. Een aanvulling die mogelijk ook leidt tot behoud van werkgelegenheid door een kleiner aantal faillissementen. Dat is welkom. Want op het gebied van herstructureringsmogelijkheden loopt Nederland nog achter bij landen om ons heen. Momenteel bestaat *de facto* enkel de keuze tussen een zogenoemde 'consensuele deal' of een faillissement. Met dit voorontwerp wordt een inhaalslag gemaakt en kan worden voorkomen dat waarde onnodig verloren gaat, bijvoorbeeld door een faillissement. Ook kan worden voorkomen dat waarde onevenwichtig of oneerlijk wordt verdeeld.

Binnen onze herstructureringsafdeling zoekt PwC dagelijks naar oplossingen voor bedrijven in nood. Dit betreft niet alleen multinationals, maar ook familiebedrijven en zorginstellingen. Als financieel adviseurs spelen wij een rol in discussies tussen stakeholders over de waarde van de onderneming, hoe deze richting de toekomst kan worden verdeeld en welke partij vandaag de 'pijn' zou moeten nemen.

In de praktijk is het onderhandelen over een herstructurering vaak een zeer moeizaam proces. Partijen hebben ieder een eigen belang en proberen daarnaar te handelen. Hierbij wordt niet altijd gekeken naar wat de beste uitkomst is voor het collectief. Daardoor komt het regelmatig voor dat (i) de onderhandelingen stuklopen of tijd op raakt (niet zelden met faillissement tot gevolg) of (ii) dat een 'oneerlijke' afspraak tot stand komt omdat bepaalde stakeholders een zogenoemde *hold out*-positie hebben waardoor zij een reorganisatieplan kunnen tegenhouden als niet aan hun eisen wordt voldaan.[1] Kortom, waarde kan verloren gaan of onevenwichtig worden verdeeld: niet in lijn met de economische en juridische realiteit.[2] Daar komt bij dat sommige Nederlandse bedrijven momenteel uitwijken naar

[1] Momenteel hebben veel partijen een *hold out*-positie omdat unanimiteit vereist is voor een onderhandsakkoord. Dit betekent onder meer dat een crediteur die veel te verliezen heeft en de onderneming als collectief wil ondersteunen, kan worden gedwongen een crediteur met een klein, individueel belang volledig tegemoet te komen.

[2] Met de verwijzing naar de term 'economische en juridische realiteit' wordt bedoeld dat wordt gekeken naar de totale waarde die kan worden verdeeld en wie daar recht op heeft op basis van de rangorde in een faillissement. Een voorbeeld van onevenwichtige waardeverdeling wordt gevonden in de situatie waarin een crediteur zijn

PricewaterhouseCoopers Advisory N.V., Thomas R. Malthusstraat 5, 1066 JR Amsterdam, Postbus 9616, 1006 GC Amsterdam
T: 088 792 00 20, F: 088 792 96 40, www.pwc.nl

'PwC' is het merk waaronder PricewaterhouseCoopers Accountants N.V. (KvK 34180285), PricewaterhouseCoopers Belastingadviseurs N.V. (KvK 34180284), PricewaterhouseCoopers Advisory N.V. (KvK 34180287), PricewaterhouseCoopers Compliance Services B.V. (KvK 51414406), PricewaterhouseCoopers Pensions, Actuarial & Insurance Services B.V. (KvK 54226368), PricewaterhouseCoopers B.V. (KvK 34180289) en andere vennootschappen handelen en diensten verlenen. Op deze diensten zijn algemene voorwaarden van toepassing, waarin onder meer aansprakelijkheidsvoorwaarden zijn opgenomen. Op leveringen aan deze vennootschappen zijn algemene inkoopvoorwaarden van toepassing. Op www.pwc.nl treft u meer informatie over deze vennootschappen, waaronder deze algemene (inkoop)voorwaarden die ook zijn gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel te Amsterdam.

andere landen (met name het Verenigd Koninkrijk) om een financiële herstructurering te implementeren, omdat daar de *hold out* posities kunnen worden doorbroken. Met dit voorontwerp kan waarde bij een herstructurering evenwichtig worden verdeeld naar gelang de economische realiteit en de positie van de betrokkenen. Hierbij kan worden voorkomen dat een dwarsliggende minderheid een oplossing tegenhoudt voor het collectief. PwC verwacht bovendien dat de mogelijkheid tot een 'WHOA-traject' ook het gangbare consensuele traject zal faciliteren doordat partijen, onder de dreiging van de WHOA, zich constructiever opstellen.

Naast het positieve effect bij de vormgeving en implementatie van herstructureringen, verwacht PwC een aantal positieve en economische neveneffecten. Verwacht wordt dat het aantal faillissementen zal afnemen. Er is immers een extra alternatief om een noodlijdend bedrijf van de ondergang te redden. Een ander verwacht neveneffect is dat de secundaire markt voor schuld, meer liquide wordt. Met dit voorontwerp ontstaat een betere bescherming voor financiers bij herstructureringen; waarde van *in-the-money* crediteuren gaat minder snel naar *out-of-the-money* crediteuren of aandeelhouders. Daarnaast biedt dit voorontwerp partijen de mogelijkheid om, wanneer de onderneming de financiering niet meer kan dragen, eenvoudiger hun schuld om te zetten naar aandelen en de kapitaalstructuur weer dragelijk te maken zonder dat dit leidt tot een herverdeling van waarde van *in-the-money* partijen naar *out-of-the-money* partijen. Deze elementen zorgen ervoor dat de verhandelbaarheid én de waarde waartegen de schuld wordt verhandeld, verbeteren. Voor banken helpt dit bij het oplossen van de problematiek rondom *non-performing loans* ('NPLs') en de negatieve impact op het kapitaalbeslag van dit type leningen. Het zal naar verwachting eenvoudiger worden deze NPLs te verkopen tegen een betere prijs wanneer de secundaire markt meer liquide wordt. Tot slot krijgen aandeelhouders met dit voorontwerp mogelijkheden om ruimte te creëren in de kapitaalstructuur voor nieuwe geldinjecties bij situaties waarin zij dat normaal niet zou doen (bijvoorbeeld omdat er zelfs na de kapitaalinjectie geen eigen vermogen voor de aandeelhouder zou zijn). Deze verwachte positieve neveneffecten kunnen bijdragen aan de verbetering van het vestigings- en investeringsklimaat in Nederland en behoud van Nederlandse werkgelegenheid. In deze consultatiereactie wordt allereerst stilgestaan bij enkele belangrijke pijlers voor een goed dwangakkoord. Vervolgens wordt gekeken naar diverse thema's die in het voorontwerp aan bod komen. Daarna worden de pijlers en de thema's aan elkaar gekoppeld. Gelet op onze achtergrond (financieel adviseurs bij herstructureringen) zal de focus niet liggen op de juridische en technische aspecten van het voorontwerp, maar de praktische en economische uitwerking in de praktijk.

2. Belangrijke pijlers voor een dwangakkoord

Voordat enkele thema's uit het voorontwerp worden besproken, wordt kort stilgestaan bij enkele elementen waarvan wij geloven dat deze essentieel zijn voor een goed functionerend dwangakkoord. De (niet uitputtende) lijst is gebaseerd op onze ervaringen bij (internationale) herstructureringen en lessen die zijn geleerd in het buitenland.

2.1 Deal certainty / voorspelbaarheid

De effectiviteit en efficiëntie van onderhandelingen nemen toe wanneer het voor de betrokken partijen al op voorhand duidelijk is hoe het akkoord zal worden beoordeeld wanneer het via een dwangakkoord-regeling wordt geïmplementeerd. Als voor een *hold out*-crediteur op voorhand duidelijk is dat zijn positie geen stand zal houden, zal zijn opstelling bij de onderhandelingen over een oplossing navenant veranderen. Daarnaast is bij de onderneming waarschijnlijk maar zeer beperkte liquiditeit beschikbaar, wat vergt dat geen tijd verspild wordt; als onderneming heb je vaak maar één kans. De mogelijkheid tot een snel proces is dus van groot belang. Een ander belangrijk element is

vordering volledig moet afschrijven, maar de aandeelhouder kan blijven zitten en aanspraak kan maken op de waarde die wordt gecreëerd door de afschrijving van de crediteur. Dit terwijl een aandeelhouder bij een faillissement van de onderneming juist helemaal achteraan de rij zou staan.

voorspelbaarheid. Dit mes snijdt aan meerdere kanten: voorspelbaarheid is een eerste filter voor geschillen die worden voorgelegd aan de rechter (kan het proces mogelijk vertragen) en tegelijkertijd schept het de kaders waarbinnen de betrokken partijen hun onderhandelingen voeren. In het Verenigd Koninkrijk wordt de voorspelbaarheid vormgegeven door enerzijds de jarenlange ervaring en jurisprudentie die is ontwikkeld en anderzijds het onderbrengen van alle *Scheme of Arrangements* bij een kleine groep gespecialiseerde rechters. In het Verenigd Koninkrijk bestaat in feite een gespecialiseerde rechtbank voor *Schemes*. Via bijvoorbeeld specialisatie binnen de rechterlijke macht kan de *deal certainty* worden vergroot. Een belangrijk aspect van de Britse *Scheme* dat de *deal certainty* bevordert, bestaat eruit dat indien de rechter heeft vastgesteld dat het akkoord procedureel op de juiste wijze tot stand is gekomen, hij het besluit van de meerderheid volgt en de financiële inhoud van het akkoord niet aan een eigen herbeoordeling onderwerpt. Dit betekent dat, indien men met de vereiste meerderheden een deal heeft bereikt en zich ervan heeft verzekerd dat procedureel de juiste weg is gevolgd, men geen vrees hoeft te hebben dat de rechter de financieel-inhoudelijke beoordeling nog een keer over gaat doen (met alle kosten en vertraging van dien) met de mogelijkheid dat hij zijn eigen oordeel in de plaats stelt van de reeds bereikte overeenstemming.

Een meer overkoepelend en belangrijk element om de voorspelbaarheid te vergroten, is eenvoud. Een simpele regeling zorgt ervoor dat partijen kunnen inschatten waar ze aan toe zijn. Daarom is het van belang dat de uiteindelijke wet niet te complex wordt.

2.2 Flexibiliteit

Elke herstructurering is maatwerk. Bovendien is de dynamiek waarin de onderneming opereert tijdens een herstructurering vaak erg instabiel. Het is daarom essentieel dat een dwangakkoord-regeling flexibiliteit biedt. Zowel op het vlak van wie er betrokken wordt (hoe kleiner de betrokken groep, hoe kleiner de onrust) als voor welke oplossing wordt gekozen. Daarnaast is flexibiliteit in de doorlooptijden belangrijk. Liquiditeit is over het algemeen schaars, en daarmee ook de beschikbare tijd om tot een oplossing te komen. Bovendien zijn partijen vaak al langere tijd met elkaar in onderhandeling en dient het dwangakkoord soms enkel als implementatiemiddel. De Britse *Scheme of Arrangements* is hiervan het schoolvoorbeeld. Lange doorlooptijden om het plan vervolgens via een dwangakkoord te implementeren zijn in dat geval niet nodig. Uiteraard zijn ook ingewikkelde akkoorden denkbaar waar nu eenmaal meer tijd moet worden besteed met de betrokken partijen om tot een oordeel over het voorstel te komen. Daarom is flexibiliteit het sleutelwoord.

2.3 Elimineren van hold out posities van belanghebbenden

Een dwangakkoord zou aan het collectief ten dienste moeten staan om de waarde van een onderneming conform ieders economische en juridische positie te verdelen. Hiermee kan een evenwichtige en eerlijke waardeverdeling worden bewerkstelligd. Primair moet een dwangakkoord daarom op een effectieve manier *hold out* posities (zonder economische grondslag) van individuen kunnen doorbreken. Dit betekent eveneens dat de regeling zo moet worden vormgegeven dat het proces tot het komen van een gehomologeerd dwangakkoord zelf geen nieuwe *hold out* posities creëert en daarmee *nuisance value* aan bepaalde betrokkenen geeft.

2.4 Waarborgen tegen misbruik en bescherming tegenstemmende crediteuren

Een dwangakkoord kan zeer ingrijpende gevolgen hebben voor betrokken partijen (bijvoorbeeld indien de aandeelhouder zijn aandelen verliest, de gezekerde crediteur moet een deel van de vordering afschrijven of zekerheden inleveren etc.). Het is daarom van groot belang dat er voldoende waarborgen in de regeling zijn ingebouwd om misbruik te voorkomen en tegenstemmende crediteuren te beschermen, mits daar een economische grond aanwezig is. Zo mag een *out-of-the-money* aandeelhouder geen waarde voor zichzelf kunnen creëren ten koste van de *in-the-money* crediteur, tenzij daarvoor uitdrukkelijke toestemming is verkregen. Het gemis aan een dergelijke waarborg was één van de grootste kritiekpunten op het voorstel voor de WCO II.

In het volgende onderdeel worden enkele thema's besproken, alsook de wijze waarop deze zijn verwerkt in het voorontwerp. Vooraf is het goed om op te merken dat PwC van mening is dat het voorontwerp bovenstaande pijlers al in grote mate tot uiting brengt. Waar wij dit in het voorontwerp onvoldoende terugzien, wordt dat hieronder benoemd.

3. Thema's

3.1. Doel en toepassingsbereik

In de Memorie van Toelichting ('MvT') van het voorontwerp wordt het doel en toepassingsbereik betrekkelijk eng geformuleerd. Voorstel is om deze definitie te verruimen.

Momenteel worden termen gebruikt als "rendabele bedrijfsactiviteiten" en "ter voorkoming van faillissement". Onze zorg is dat het toepassingsbereik hiermee onnodig wordt beperkt. Zo is het zeer waarschijnlijk dat de onderneming op het moment van het aanbieden van het akkoord nog geen "rendabele bedrijfsactiviteiten" heeft, maar dat juist de herstructurering hiervoor noodzakelijk is. Daarnaast lijkt de term "rendabel" uit te sluiten dat het voorontwerp kan worden ingezet voor bijvoorbeeld zorginstellingen of andere bedrijven zonder direct winstoogmerk. Ook kan het voorontwerp hierdoor niet worden ingezet om een onderneming gecontroleerd af te wikkelen (hetgeen de voorkeur zou kunnen genieten boven een faillissement, omdat hiermee meer waarde kan worden gerealiseerd). Ook onwenselijk lijkt de formulering "ter voorkoming van faillissement". Het is immers denkbaar dat het dwangakkoord onderdeel is van een grotere herstructurering waarbij bepaalde onderdelen van de onderneming via een faillissement worden afgewikkeld.

Het elimineren van *hold out*-posities en het eerlijk verdelen van de waarde onder de stakeholders, belangrijke pijlers voor een goed dwangakkoord, worden terecht genoemd in de MvT. Een belangrijk kernelement wat nog wel mist is het streven naar waardemaximalisatie.

Het criterium dat de onderneming met faillissement wordt bedreigd, lijkt ons voldoende om voor de WHOA in aanmerking te komen.

3.2. Bevoegdheid aanbieden akkoord

In het voorontwerp wordt de bevoegdheid tot het aanbieden van een akkoord gegeven aan de schuldenaar en, mits voldaan aan bepaalde voorwaarden, een deskundige (op verzoek van een schuldeiser).

De huidige aanbiedingsbevoegdheid van de deskundige via de schuldeiser, lijkt onvoldoende effectief. Onder het toetsingscriterium in artikel 371 lid 1, kan de rechtbank pas overgaan tot het aanstellen van een deskundige wanneer "geen akkoord is aangeboden waarvan redelijkerwijs verwacht mag worden dat de rechtbank dat zal homologeren". In de praktijk zal het voor de rechter in het begin van het WHOA-traject erg lastig zijn om hierover een oordeel te vellen, waardoor het voor de hand ligt dat de schuldenaar het voordeel van de twijfel krijgt ook in gevallen waarin dat niet wenselijk is. PwC raadt daarom aan de aanbiedingsbevoegdheid door een ander partij dan de schuldenaar, effectiever te maken. Dit is noodzakelijk om te voorkomen dat schuldeisers worden gedwongen met een minder evenwichtig plan genoegen te nemen, simpelweg omdat de schuldenaar weigert een 'eerlijker' plan voor te leggen en faillissement het alternatief is. Het laten aanbieden van een akkoord door een deskundige nadat het akkoordvoorstel van de schuldenaar heeft gefaald, is vanwege het gebrek aan tijd en de onzekerheid die een tweede akkoordtraject met zich brengt, meestal geen reële optie. Dat het voorontwerp het initiatief om een akkoord aan te bieden eerst bij de schuldenaar legt, is goed te begrijpen, maar de huidige drempel voor schuldeisers om de formulering van het voorstel in onafhankelijke handen te leggen, is te hoog om als motivatie te dienen voor de schuldenaar om een evenwichtig akkoord voor te stellen.

Een alternatief waaraan de wetgever zou kunnen denken, is een criterium waarin de rechter vaststelt dat het 'gemeenschappelijk belang van de crediteuren' gediend is met de benoeming van een onafhankelijke deskundige. Dit zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn wanneer een onafhankelijk akkoord niet gewaarborgd is, omdat de scheiding tussen leiding en eigendom beperkt is (bijvoorbeeld bij DGA-ondernemingen). Hoewel in beginsel onwenselijk, kan in het uiterste geval worden besloten dat altijd een deskundige moet worden benoemd. Dit is echter niet nodig indien het recht van crediteuren om de voorstelformulering in onafhankelijke handen te leggen, voldoende effectief is.

Naast de bevoegdheid voor de schuldeiser om te verzoeken een deskundige te benoemen, kan het management worden geholpen door zelf ook deze bevoegdheid te bezitten. Het management kan hiermee al in een vroeg stadium voorkomen dat ze vast komt te zitten in de *squeeze* tussen crediteuren en aandeelhouders. Ook kunnen zij op die manier een impuls geven aan het vertrouwen van alle partijen in het proces. Mogelijk kan dit al via de opgenomen maatwerkbepaling, maar het zou goed zijn dit te expliciteren.

De combinatie van de verlaging van bovengenoemde drempel en de mogelijkheid voor het management om te verzoeken een deskundige te benoemen, kan de effectiviteit en kwaliteit van aangeboden akkoorden enorm ten goede komen.

Wij zijn voorstander van het gegeven, zoals momenteel opgenomen in het voorontwerp, dat er geen concurrerende akkoorden kunnen zijn. Concurrerende akkoorden brengen allerlei nieuwe complexiteiten met zich mee (zoals de vraag welk akkoord voorrang krijgt) en verlagen daarmee de voorspelbaarheid van het proces.

Wij willen de wetgever ook in overweging meegeven dat, alvorens de schuldenaar de bevoegdheid krijgt een akkoord aan te bieden, hij een redelijke inspanningsverplichting moet hebben om tot een consensuele deal te komen met alle stakeholders. Dit komt al tot uitdrukking in de MvT, maar zou mogelijk ook in de wettekst kunnen worden opgenomen. Het is dan wel van belang dat het geen zware toets wordt waarmee een *hold out*-positie voor dwarsliggende crediteuren wordt gecreëerd.

3.3. Forum & hoger beroep

Zoals eerder aangegeven zijn voorspelbaarheid en de mogelijkheid tot een snelle doorlooptijd, randvoorwaarden voor een goed functionerend dwangakkoord. Daarom is de in het voorontwerp opgenomen uitsluiting van hoger beroep een goede zaak. Dit is een essentieel onderdeel om de WHOA in de praktijk te laten slagen. Hoger beroepsmogelijkheden vergroten de onzekerheid over de uitkomst van het proces en kosten veel tijd. Tijd waarvoor vaak geen financiering beschikbaar is. Bovendien sluit dit aan bij de huidige praktijk van executieprocedures, waar ook geen hoger beroep mogelijk is.[3]

Momenteel is opgenomen dat de rechtbank die bevoegd is om over het faillissement te beslissen, de bevoegde rechtbank is. Dit betekent dat de groep rechters die met de WHOA in aanraking kan komen, groot is. Afhankelijk van hoeveel WHOA-zaken jaarlijks worden behandeld, kunnen rechters hierdoor maar beperkt ervaring opdoen met de WHOA.[4] Dit wordt versterkt door de interne roulatie binnen de rechtbank. Om ervaring op te kunnen bouwen en de kwaliteit, voorspelbaarheid en snelheid van beslissingen te bevorderen, zou het goed zijn dat WHOA-zaken worden geconcentreerd bij één rechtbank of een beperkt aantal rechtbanken. Hierdoor kan expertise worden opgebouwd en geconcentreerd. Dit komt de kwaliteit en voorspelbaarheid ten goede komt. Als we kijken naar het succes van de Engelse *Scheme of Arrangements* dan is dit voor een groot deel te danken aan de

[3] In zekere zin kan de WHOA ook als executieprocedure worden beschouwd.

[4] Onze verwachting is dat het aantal WHOA-zaken beperkt zal zijn, vanwege de preventieve werking.

expertise en voorspelbaarheid van een beperkte groep gespecialiseerde rechters door wie deze zaken worden behandeld.

De wetgever zou tevens kunnen overwegen een hoger griffierecht te vragen om hiermee de investeringen in de rechterlijke macht ten behoeve van deze specialisatie te bekostigen (bijvoorbeeld door het griffierecht afhankelijk te maken van omzetcategorie). Dit griffierecht zal dusdanig moeten worden opgebouwd, dat ook het MKB gebruik kan maken van deze regeling.

Tot slot is het welkom als het WHOA-traject ook in het Engels kan worden afgelegd. Dit vanwege het internationale karakter waarin we in Nederland opereren en het feit dat de WHOA ook bij grote internationale ondernemingen met internationale financiers zal worden toegepast.

3.4. Flexibiliteit geboden in de regeling

PwC is tevreden met de door het voorontwerp geboden flexibiliteit. Het feit dat het voorontwerp is opgesteld als een kaderregeling helpt hierbij.

Het voorontwerp biedt momenteel de mogelijkheid om bepaalde schuldeisers wel, en bepaalde schuldeisers niet te betrekken bij het plan. Dit zal in de praktijk helpen om een maatwerkoplossing te vinden voor de onderneming, welke zoveel als mogelijk in de luwte kan worden voorbereid. De operatie kan in dat geval (met partijen die verder buiten het akkoord blijven) zoveel mogelijk doorgaan.

Ook de flexibiliteit in de doorlooptijd van het WHOA-traject is verstandig. In veel gevallen wordt al geruime tijd onderhandeld tussen partijen en is een lang WHOA-traject om het plan te implementeren niet nodig, of zelfs schadelijk. Omdat de termijnen zijn opgenomen als minimumtermijnen, is er voldoende flexibiliteit om langere termijnen te hanteren wanneer nodig.

3.5. Homologatie van het akkoord

In het huidige voorontwerp komt een akkoord voor homologatie in aanmerking wanneer één klasse heeft voorgestemd. Alhoewel wij voorstander zijn van een lage drempel om homologatie te kunnen aanvragen, hebben wij de zorg dat deze lage drempel mogelijk leidt tot misbruik door een aandeelhouder of gelieerde partij. Een mogelijkheid kan zijn om in het voorontwerp op te nemen dat de voorstemmende klasse niet een aandeelhoudersklasse of (in)direct gelieerde partij van de vennootschap of aandeelhouder mag zijn, tenzij dit de enige klassen zijn die in het akkoord betrokken zijn. Andere alternatieven zijn ook denkbaar, waarbij het wel eenvoudig en effectief moet blijven.

Onze zorg ten aanzien van dit punt hangt sterk samen met de mogelijkheid voor crediteuren om te kunnen verzoeken om een deskundige die het akkoord kan aanbieden. Wanneer de drempel op dit punt niet omlaag gaat (zie ook paragraaf 3.2 hierboven), zal extra bescherming nodig zijn voor *in-the-money* crediteuren en zijn mogelijk verdergaande aanpassingen nodig.

3.6. Waarborgen voor misbruik en bescherming van tegenstemmende klassen

Het huidige voorontwerp lijkt de juiste waarborgen tegen misbruik en voor de bescherming van tegenstemmende schuldeisers te bieden, terwijl het belang van het collectief in het oog wordt gehouden.[5]

[5] Dit blijkt bijvoorbeeld uit de weigeringsgronden voor homologatie. Deze zijn opgesplitst in algemene weigeringsgronden voor elke tegenstemmer en weigeringsgronden voor tegenstemmers in een klasse die tegen het akkoord heeft gestemd.

Dit punt is een grote verbetering ten opzichte van het eerdere voorontwerp (WCO II). In het bijzonder de verwerking van (het principe achter) de *absolute priority rule*, het gegeven dat bezwaren kenbaar moeten worden gemaakt door een schuldeiser wanneer ze het konden weten en de mogelijkheid tot het benoemen van een deskundige of monitor door de rechtbank, bieden vergaande waarborgen. De mogelijkheid tot *cross-class cram down,* waarbij naast de *out-of-the-money* ook de *in-the-money* en gezekerde crediteuren kunnen worden gedwongen het akkoord te aanvaarden, maakt het een krachtig instrument.[6]

Een ander interessant element van het voorontwerp, is dat de schuldenaar een schuldeiser in een klasse die heeft tegengestemd de optie moet bieden te kunnen kiezen voor betaling in contanten van zijn vordering tegen faillissementswaarde. Dit biedt een goed vangnet voor *in-the-money* crediteuren, terwijl de belangen van het collectief niet uit het oog worden verloren. Het feit dat dit mogelijk extra financiering vergt voordat een plan kan worden geïmplementeerd, biedt een extra waarborg. Het zal niet mogelijk zijn een nieuwe financier te vinden wanneer de reorganisatiewaarde niet daadwerkelijk hoger ligt dan de liquidatiewaarde. Vice versa zal het financieren van de liquidatiewaarde in contanten makkelijker zijn (of zelfs onnodig) als de reorganisatiewaarde wel significant hoger is dan de liquidatiewaarde. Daarmee introduceert de regel indirect een marktmechanisme om te toetsen of reorganisatiewaarde (boven de liquidatiewaarde) daadwerkelijk aanwezig is. Dit voorkomt ook dat niet-levensvatbare ondernemingen ten onrechte worden voortgezet en concurrentievervalsing ontstaat doordat ondernemingen financiering kunnen afdwingen tegen condities die de rechter vaststelt en niet door de markt worden gedragen. Bovendien is de mogelijkheid tot betaling in contanten nodig om de gezekerde crediteurenklasse bescherming te bieden wanneer hen een akkoord wordt opgelegd waarbij zij hun zekerheden moeten opgeven. Dit artikel is een waarborg dat zij in elk geval niet slechter af zijn dan bij faillissement (het alternatief ten opzichte van het akkoord).

Alhoewel het huidige artikel 381 lid 4 naar ons idee de juiste principes uiteenzet (ook in samenhang met de MvT), hebben wij de zorg dat in de praktijk behoefte zal zijn aan uitzonderingen die momenteel nog niet vervat zijn. Er lijken ook nog een aantal inconsistenties te zijn tussen de sub-paragrafen. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk waarom de uitzondering waarmee lid 4 sub a eindigt (nieuw geld uitzondering) niet terugkomt bij lid 4 sub c. Daarnaast lijkt de tegenstrijdigheid in de huidige formulering van artikel 381 lid 4 sub a en sub d ervoor te zorgen dat de mogelijkheid om dwangcrediteuren te betalen, ten faveure van een hoger gerangschikte klasse, niet mogelijk is. Dwangcrediteuren (over het algemeen handelscrediteuren, zoals een essentiële leverancier) zijn in de praktijk cruciaal om de planwaarde te kunnen realiseren. De mogelijkheid om hen buiten het akkoord te houden en volledig te voldoen (inclusief achterstallige betalingen), waarbij het bestuur ook niet achteraf het risico op verwijt krijgt van selectieve betaling wanneer een faillissement volgt, is daarom essentieel. In de huidige opzet van artikel 381 lid 4, kunnen tegenstemmers in een tegenstemmende klasse het akkoord tegenhouden in het geval een dwangcrediteur volledig (of nagenoeg volledig) wordt betaald of buiten het plan blijft, terwijl de tegenstemmer in een hoger gerangschikte klasse zit en niet volledig wordt voldaan. Dit creëert een *hold-out* positie voor deze tegenstemmers en dat is onwenselijk. Maar zelfs als dit probleem is opgelost, zullen bestuurders terughoudend zijn met het betalen van achterstallige bedragen gedurende het akkoordtraject omdat zij, wanneer het akkoord niet tot stand komt en faillissement volgt, achteraf het verwijt kunnen krijgen crediteuren selectief te hebben betaald. Om onze zorg op dit punt weg te nemen, stellen wij voor om ofwel artikel 381 lid 4 hiervoor aan te passen, ofwel een apart artikel op te nemen waarin betaling (van achterstallige bedragen) aan dwangcrediteuren expliciet wordt geregeld.

[6] De ingrijpende mogelijkheid tot *cross-class cram down* versterkt het belang van de eerder genoemde punten ten aanzien van de bevoegdheid tot het aanbieden van een akkoord (paragraaf 3.2) en de drempel wanneer een akkoord voor homologatie in aanmerking komt (paragraaf 3.5).

De hierboven geschetste situaties zijn slechts twee voorbeelden van vele mogelijke uitzonderingen. De wetgever zou kunnen onderzoeken of er een mogelijkheid is om in de wet, wanneer met de WHOA wordt gewerkt in de praktijk, ruimte te maken om deze uitzonderingen toe te voegen. Een alternatief kan zijn om een meer *principle based* artikel 381 lid 4 te formuleren.

Centraal in de waarborgensystematiek van dit voorontwerp staan de termen "liquidatiewaarde" en "planwaarde".[7] Onze zorg is dat deze termen in de praktijk tot discussie gaan leiden als zij vanuit de wetgever niet verder worden toegelicht. Het lijkt ons bijvoorbeeld verstandig in de MvT expliciet op te nemen dat de "liquidatiewaarde" niet de waarde is wanneer bijvoorbeeld de tafels en stoelen verkocht worden, maar de waarde die de onderneming zou opbrengen wanneer deze via een faillissement zou worden verkocht, waarbij ook (delen van) de onderneming als *going concern* kan worden verkocht. Het uitgangspunt bij faillissement is immers waarde-maximalisatie voor alle stakeholders. Een concept wat uitgaat van de verkoop van stoelen en tafels, doet hier geen recht aan. Voor de planwaarde denken wij dat het goed zou zijn om expliciet te maken dat het hier gaat om de waarde van de onderneming na homologatie/implementatie van het akkoord en na injectie van eventueel nieuw geld. Verduidelijking van deze concepten zal overigens niet de discussie wegnemen over de daadwerkelijke getallen, maar het draagt er wel aan bij dat de discussie tot de getallen beperkt kan blijven.

4. Conclusie

De regeling is weliswaar nog niet perfect, maar verdient steun. Met de komst van de WHOA zal er een inhaalslag gemaakt worden in Nederland en tegelijkertijd een achterstand op het internationale speelveld inhalen. Al is het voorontwerp geen wondermiddel waarmee elke herstructurering kan worden geëffectueerd, kan worden verwacht dat de enkele dreiging van de WHOA helpt om herstructureringen efficiënter vorm te geven en de waarde eerlijker te verdelen. Dit conform de economische en juridische realiteit. Daarnaast kan Nederland profiteren van het behoud van waarde en werkgelegenheid, naast de andere in de inleiding genoemde positieve economische neveneffecten. De WHOA zal een impact hebben op de herstructurerings- en financieringsmarkt. Vanuit de ervaring die met de WHOA wordt opgedaan kan de wet verder geoptimaliseerd worden.

Wel raden wij aan om het toepassingsbereik van de regeling te verruimen en de zaken in beginsel zoveel als mogelijk te concentreren in één of een beperkt aantal fora. Dit laatste zal de voorspelbaarheid van het proces voor alle betrokkenen ten goede komen. Daarnaast is het essentieel voor een functionerend dwangakkoord dat hoger beroep blijft uitgesloten om *deal certainty* en snelheid te verzekeren. Wij vrezen dat het invoeren van beroep, de werking van de WHOA in de praktijk ernstig kan belemmeren. Bij een herstructurering bij dreigend faillissement is hiervoor simpelweg geen tijd beschikbaar. Ook is het van belang dat in het uiteindelijke wetsvoorstel het aanbiedingsrecht voor een ander dan de schuldenaar effectiever wordt vormgegeven en dat een oplossing wordt bedacht voor uitzonderingen op de geformuleerde weigeringsgronden in artikel 381 lid 4 komt (zoals betaling dwangcrediteuren).

Vanzelfsprekend zijn wij te allen tijde bereid onze zienswijze nader toe te lichten en met u mee te denken over praktische oplossingen.

[7] Elke crediteur moet tenminste liquidatiewaarde krijgen onder het plan, of zelfs in contanten uitbetaald kunnen worden uitbetaald onder bepaalde omstandigheden, en spreekt het voorontwerp op verschillende punten over het eerlijk verdelen van de planwaarde. De planwaarde is ook de lat waarlangs de weigeringsgronden worden gelegd voor homologatie van artikel 381 lid 4.

Met vriendelijke groet,
PricewaterhouseCoopers Advisory N.V.

drs. P.R.H. Wolterman
Partner Deals
peter.wolterman@pwc.com
T: 088 792 50 80

mr. drs. K.F.G. Beke
Senior manager Deals
koos.beke@pwc.com
T: 088 792 70 68

Kruger

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Mevrouw I. Wolffram-Van Doorn
Turfmarkt 147
2511 DP DEN HAAG

Rotterdam, 29 november 2017
Referentie 6271/CL/fo

Betreft: voorgenomen Wet Homologatie Onderhands Akkoord

Geachte mevrouw Wolffram,

Hierbij sturen we u in het kader van de lopende consultatieperiode onze reactie, inzake de voorgenomen Wet Homologatie Onderhands Akkoord (hierna te noemen: 'WHOA').

Kruger

Opgericht in 1988, is onder meer gespecialiseerd in dienstverlening aan middelgrote bedrijven (omzet € 3 - € 300 mln./jaar) welke in een (potentieel) continuïteit bedreigende situatie verkeren. Dit betreft: analyse, planvorming hoe de problemen op te lossen, stakeholders overtuigen, eventueel financiering regelen bij al dan niet reeds betrokken partijen, indien noodzakelijk verkoop van bedrijf of (deel van de) activiteiten of wanneer het niet anders kan de schade beperken.
In deze bijna 30 jaar hebben wij circa 2.000 bedrijven in een zogenaamde 'restructuring' situatie geadviseerd veelal op recommandatie van betrokken stakeholders als financiers, aandeelhouders, bestuurders, commissarissen, accountants of andere (juridische) adviseurs.
Kruger is in Nederland toonaangevend in haar marktgebied.

Algemeen

Het is iedere betrokkene bij herstructureringen duidelijk, dat (kostenbesparende) aanpassingen in het rigide Nederlandse arbeidsrecht dringend noodzakelijk zijn. Met name de laatste wetswijzigingen (WWZ) hebben, door de invoering van de transitievergoeding en de afschaffing van de voormalige UWV ontslagroute, het reorganiserend vermogen van het kleine tot middelgrote bedrijf immers enorm aangetast of zelfs onmogelijk gemaakt.
Helaas voorziet de voorliggende tekst van de WHOA niet in een oplossing voor dit probleem. Het uiteindelijke te verwachten positieve effect van de WHOA zou hierdoor nog veel groter kunnen zijn.

Het is gegeven het belang van het MKB, het kleine tot middelgrote bedrijf, voor onze economie essentieel dat de WHOA ook voor deze categorie bedrijven werkbaar is en tot de zeker gewenste effecten leidt. Hiervoor zijn van belang voor de schuldenaar: eenvoud, eenduidige uitleg, snelheid en relatief beperkte kosten. Voor de schuldeisers zijn dezelfde aspecten van belang waarbij rekening moet worden gehouden, dat naast de financiers met zekerheden (en vaak een voorsprong in informatie) en preferente crediteuren er veelal sprake is van veel concurrente crediteuren zonder tijdige informatie en geen middelen om controle op het proces te houden.
Gezien bovengenoemde punten hebben wij de voorliggende regeling ook bekeken op eventuele ongewenste misbruikaspecten.

t. +31 (0)10 21 21 922
f. +31 (0)10 21 22 409
e. office@kruger.eu
w. kruger.eu
postadres: Postbus 8677 3009 AR Rotterdam
adres: Steupelstraat 50 3065 JE Rotterdam

Kruger is een maatschap van besloten vennootschappen ('praktijkvennootschappen') en is ingeschreven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel te Rotterdam. Op onze werkzaamheden zijn de algemene voorwaarden van Kruger van toepassing, gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel te Rotterdam onder nummer 56342985.
IBAN NL87 FVLB 0226 2191 35 BIC FVLBNL22 – BTW nr. NL0096.34.253B01

Wij hebben, als niet-juristen, op basis van onze ervaring getracht de voorliggende regeling zoveel mogelijk te beoordelen op het mogelijke en verwachte gebruik in de praktijk.

Het Voorontwerp is een uitstekend initiatief en is op hoofdlijnen goed

- Zonder volledigheid te willen pretenderen zien we een aantal grote voordelen voor de herstructureringspraktijk van het kleine tot middelgrote bedrijf of instelling.
- Het huidige alternatief voor faillissement, de surseance, functioneert in de praktijk eigenlijk niet. De WHOA voorziet in een veelbelovende alternatieve oplossingsroute door duidelijke toepasbare oplossingsgerichtheid en het vermijden van schade berokkenende publiciteit.
- De schuldenaar houdt, in de praktijk veelal met vakkundige ondersteuning, exclusieve controle over de normale bedrijfsuitoefening en heeft via samenwerking met de deskundige invloed op het proces.
- De opgenomen mogelijkheid om een externe objectieve deskundige te benoemen is essentieel. Juist in dit deel van het bedrijfsleven (veel directeur-groot-aandeelhouder situaties en familie-bedrijven) is in lastige omstandigheden emotie te vaak een te grote drijfveer.
- Door de vrijheid in de inrichting van de inhoud van het akkoord waarin, indien noodzakelijke, alle vermogensverschaffers, medeschuldenaren en borgen gebonden kunnen worden is maatwerk mogelijk. Iedere situatie is anders.
- Bezwaren moeten vroegtijdig kenbaar worden gemaakt waardoor (noodzakelijke) snelle aanpassing eventueel nog kan.
- Het criterium voor instemming (2/3 van het bedrag dat heeft gestemd) is redelijk en werkbaar.
- De WHOA kent de mogelijkheid voor het faciliteren van een noodfinanciering. Deze is in een belangrijk percentage van de discontinuïteit situaties nodig om tijd te overbruggen.
- Formaliteiten en voorschriften zijn zoveel mogelijk beperkt, geen onnodig lange termijnen en zoals we begrijpen geen onnodige rechterlijke betrokkenheid, dus een snelle procedure lijkt mogelijk.
- Juist bij het kleine tot middelgrote bedrijf zijn bestuur en aandeelhouder(s) vaak (deels) dezelfde personen. In de huidige praktijk kunnen daardoor tegenstrijdige belangen en begrijpelijke emoties goede en voor schuldeisers acceptabele oplossingen tegenwerken. Door de inschakeling van de externe objectieve deskundige komt het voorstel voor een akkoord uit handen van een onafhankelijke partij die geen eigen belang heeft.

Belangrijkste voordelen en noodzakelijk voor het realiseren van de gewenste doelstellingen zijn snelheid en zekerheid.

- Het formele traject kan met de WHOA, na een goede voorbereiding, worden doorlopen in 1-2 maanden. Langer mag en kan het in de praktijk niet duren.
- Geen hoger beroep mogelijk waardoor duidelijkheid en zekerheid ontstaat in stressvolle situaties en noodzakelijke besluitvorming kan plaatsvinden welke later niet kan worden teruggedraaid.

Vragen en opmerkingen naar aanleiding van toelichting Ontwerp

Er wordt aangegeven dat de WHOA is bedoeld voor ondernemingen met rendabele bedrijfsactiviteiten. Wat is de definitie van rendabel?

- Is rendabel minimaal een onderbouwd verwacht nul resultaat of moet er sprake zijn van een positieve cashflow of dienen de resultaten afgezet te worden tegen de gemiddelde resultaten uit de sector. Gedachte kan zijn, dat het de moeite waard is een bedrijf weer een serieuze kans te geven indien er minimaal zicht is op een break-even resultaat (voor afschrijving immateriële vaste activa) en de overbruggingsperiode daar naartoe kan worden gefinancierd.
  Uiteraard dienen de uitgangspunten reëel te zijn en dient externe en objectieve toetsing van deze uitgangspunten te hebben plaatsgevonden.

- Betreft dit alle activiteiten van een onderneming of is één te continueren separate activiteit ook voldoende? Met name bij kleine tot middelgrote bedrijven komt het immers regelmatig voor, dat verschillende activiteiten zijn ondergebracht in één vennootschap.
- Veelal is reorganisatie noodzakelijk om tot rendabele bedrijfsresultaten te komen. Hiervoor is additionele financiering nodig die dan alleen financierbaar is door of na schuldsanering. Rendabel houdt dus nemen we aan: na schuldsanering.
- Ondernemers hebben vaak een (te) optimistische visie op de te realiseren rendabele toekomst. Zij wijzen vaak naar externe oorzaken waarvan men verwacht dat die in de toekomst niet meer plaatsvinden. Adviseurs gaan daar soms in mee. In de praktijk zijn echter bijna altijd interne oorzaken minstens zo belangrijk. De mogelijkheid een onafhankelijke derde te benoemen die het akkoord aanbiedt in artikel 381 lid 4 onder e, dat een herfinanciering door de markt vereist indien een batig gerangschikte klasse tegenstemt, ondervangen hopelijk dat te optimistische plannen het effect en de blijvende acceptatie van de WHOA teniet doen.
- Een akkoord kan ook nuttig zijn om een onderneming op een doelmatige wijze af te wikkelen (liquidatie-akkoord). Het zal dan bijna per definitie gaan om een niet-levensvatbare onderneming.

Vragen en opmerking naar aanleiding van Ontwerp

– *42a ... wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed dat...*
Te zwakke tekst in verband met vrees voor bestuurdersaansprakelijkheid c.q. voor benadeling boedel door lening verstrekker.

– *369 lid 9*
We begrijpen dat dit om pragmatische redenen gebeurt, maar afvloeiings-/transitievergoedingen zouden toch moeten worden meegenomen. Juist bij het kleine tot middelgrote bedrijf zijn reorganisatiekosten een minstens zo grote bottleneck als schulden aan andere schuldeisers.

– *370 lid 1*
Een schuldenaar die voorziet ...
Wanneer is dit van toepassing? Als slechts een kans op insolventie bestaat (en dus ook nog een reële kans bestaat dat insolventie zonder een akkoord is af te wenden) of alleen indien insolventie (zonder akkoord) niet meer is af te wenden? Alleen wanneer dit laatste voldoende duidelijk is vast te stellen, bestaat naar ons oordeel voldoende rechtvaardiging om de ingrijpende gevolgen van de regeling in te roepen (net zoals in faillissement).

– *370 lid 2*
De mogelijkheid derden in het akkoord te betrekken, zou zich ook moeten uitstrekken tot de natuurlijke persoon ondernemer. Zonder een oplossing voor eventueel persoonlijk afgegeven garanties kan de vereiste medewerking van de ondernemer uitblijven en is een totaaloplossing mogelijk niet te bereiken.

– *371 lid 1*
Indien redelijkerwijs aannemelijk is:
Hier geldt dezelfde vraag als ten aanzien van het criterium onder artikel 370 lid 1 (schuldenaar voorziet ....). Het zal vast moeten staan dat de toestand van 'zonder akkoord onvermijdbare insolventie' daadwerkelijk bestaat of onafwendbaar is, anders is het inschakelen van een derde niet op zijn plaats.

Wij wijzen erop dat het Voorontwerp niet uitsluit, dat een schuldeiser met een zeer geringe vordering (onnodig/ongewenst) om de benoeming van een deskundige kan verzoeken.

Mogelijk biedt het leerstuk misbruik van bevoegdheid een voldoende instrument om onevenredig gebruik tegen te gaan.

Het is van belang dat aansprakelijkheid van de deskundige wettelijk wordt uitgesloten of sterk beperkt (opzet of bewuste roekeloosheid). De deskundige opereert in een krachtenveld met een te kort waarin altijd teleurgestelde partijen zijn. Lichtvaardige aansprakelijkheidsstellingen vallen in zo'n situatie te verwachten en kunnen de deskundige het werk onmogelijk maken of deze voor latere situaties doen afhaken.

Het criterium dat redelijkerwijs niet verwacht mag worden dat de rechtbank het door de schuldenaar aangeboden akkoord niet zal homologeren, lijkt een wel erg hoge drempel op te werpen voor de benoeming van een deskundige. Een schuldeiser zal vaak met de andere schuldeisers onbekend zijn, laat staan weten hoe zij voornemens zijn te stemmen, en de homologeerbaarheid is onder meer afhankelijk van waarderingsvragen die zich vooraf niet eenvoudig laten beantwoorden.

Competenties en criteria waaraan deskundige moet voldoen:
Door rechtbank geaccepteerde deskundige, bijvoorbeeld partner bij gerenommeerd register accountantskantoor of andere deskundige. Zo is er bijvoorbeeld een internationaal netwerk van adviseurs die zich richten op het ondersteunen van bedrijven in problemen, Turnaround Management Association. Binnen de TMA zijn inmiddels een fors aantal leden gecertificeerd als EACTP (European Association of Certified Turnaround Professionals).

- *372*
  Ook voor de bevoegdheid van de schuldenaar om een overeenkomst te beëindigen en om te zetten in een concurrente verplichting tot schadevergoeding die vervolgens kan worden geherstructureerd zal moeten gelden, dat de toestand van insolventie daadwerkelijk bestaat of onafwendbaar is. Anders kan deze bevoegdheid te lichtvaardig worden ingeroepen.

- *375*
  Als een afkoelingsperiode is gelast, ook indien deze zich slechts richt tegen een enkele crediteur, zullen de financiële problemen snel rondzingen. Dit onderstreept het belang om het akkoord snel tot stand te kunnen brengen.

- *376*
  De rechtbank zal met spoed moeten beslissen anders heeft het geen zin meer. Het is een verstandige keuze, dat de behandeling in raadkamer plaatsvindt en daarmee besloten is.

- *378 lid 1*
  Het verdient aanbeveling, dat de wet duidelijk maakt op welke wijze de oproeping dient te geschieden. Onduidelijkheid over de geldigheid van de oproeping kan tot grote rechtsonzekerheid leiden.

- *381 lid 3*
  Wij vragen ons af of de vermogensvergelijking onder artikel 381 lid 3 onder d nodig is indien alle klassen met het akkoord hebben ingestemd. De vermogensvergelijkingstoets vereist een ingewikkelde analyse met grote onzekerheidsmarges.

  Dit gaat tot veel juridische discussie leiden, dat een aanzienlijke belasting in termen van kosten en

tijd met zich gaat brengen en de regeling voor het MKB, het kleine tot middelgrote bedrijfsleven, veel minder inzetbaar zal maken.

- *381 lid 4*
  De regels onder artikel 381 lid 4 zijn bijzonder ingewikkeld en vormen ons inziens een bron van juridische geschillen met alle kosten en vertraging van dien. Dit maakt de regeling minder inzetbaar voor het kleine tot middelgrote bedrijfsleven. Om de regeling voor hen hanteerbaar te maken, geven wij u in overweging deze regels drastisch te vereenvoudigen.

  Bij MKB bedrijven is vaak sprake van een of meer ondernemers, tevens directeur-groot-aandeelhouders (DGA), die voor de bedrijfsuitoefening essentieel is of zijn. Het is vaak van zeer groot belang voor alle belanghebbenden, dat de ondernemer(s) zich voor de onderneming blijft of blijven inzetten en een aandelenpositie behouden ook indien door hen geen nieuw geld wordt ingebracht (het gaat dan vaak om specifieke know-how, vakmanschap, klantrelaties, verkoop-kracht, motivatie van sleutelfunctionarissen e.d.). De ondernemer is doorgaans alleen bereid bij de onderneming betrokken te blijven indien hij een substantieel aandelenbelang kan behouden. Als er een tegenstemmende klasse is die onder het akkoord niet volledig wordt voldaan, staat de zogenaamde *absolute priority rule* van artikel 381 lid 4 onder a dit nu in de weg.
  Voor het MKB, waar vaak sprake is van een ondernemer-aandeelhouder die voor de bedrijfs-voortzetting onmisbaar is, vormt dit een wezenlijke belemmering. In de Verenigde Staten is dit probleem voor 'SME's' onderkend en zijn voorstellen gedaan om dit te verhelpen (SME Equity Retention Plan). Ook in de voorgestelde Nederlandse regeling is hiervoor een oplossing vereist.

- *381 lid 6*
  De uitsluiting van hoger beroep is voor de inzetbaarheid voor het kleine tot middelgrote bedrijf essentieel. Met de mogelijkheid van een rechtsgang in twee of drie instanties wordt de regeling voor het MKB een louter theoretische mogelijkheid.

Wij vertrouwen hiermee mogelijk een bijdrage te leveren aan de totstandkoming van het goede initiatief om te komen tot een zo doordacht mogelijke WHOA.

Hoogachtend,
Kruger

drs C.A. Lieve

Boels
Zanders
Advocaten

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 buitengerechtelijke akkoord niet van toepassing zijn op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar. Politiek bezien is dat een begrijpelijke (en veilige) keuze, maar het is juridisch en economisch bezien 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 buitengerechtelijk 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 gevergd 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 buitengerechtelijk 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 genoegen 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 klemt 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.

Boels
Zanders
Advocaten

Met vriendelijke groet,

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

Reactie Clifford Chance LLP inzake het voorontwerp voor de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

1. Inleiding

Clifford Chance is al vele jaren betrokken bij omvangrijke, veelal internationale, faillissementen en herstructureringen. Wij maken dan ook graag van de mogelijkheid gebruik om onze zienswijze naar voren te brengen met betrekking tot het 5 september 2017 ter consultatie neergelegde voorontwerp voor de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (de "**WHOA**").

Met de WHOA doet de Nederlandse wetgever een tweede poging om een regeling in te voeren op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de sanering en herstructurering van schulden kan goedkeuren om zodoende het faillissement van de schuldenaar te voorkomen. De wetgever laat onzes inziens zien dat goed is gekeken en geluisterd naar alle reacties op het eerste consultatievoorstel, de Wet Continuïteit Ondernemingen II, en wij zijn dan ook positief gestemd over de WHOA.

In deze reactie bespreken wij de volgende elementen die naar onze mening bijzondere aandacht verdienen:

i. Wederkerige overeenkomsten (paragraaf 2);
ii. *Cram down* van schuldeisers en aandeelhouders (paragraaf 3);
iii. Homologatie van het akkoord (paragraaf 4); en
iv. Internationale bepalingen (paragraaf 5).

2. Wederkerige overeenkomsten

2.1 Het wijzigen of beëindigen van lopende overeenkomsten

Het voorgestelde art. 372 introduceert de mogelijkheid voor een schuldenaar die insolvent dreigt te raken en zijn schuldeisers en aandeelhouders daarom een akkoord aanbiedt, om – naast zijn bestaande schulden – ook toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit lopende overeenkomsten te herstructureren. Op grond van lid 1 van art. 372 is de schuldenaar bevoegd om zijn wederpartij bij een lopende overeenkomst een voorstel te doen tot aanpassing van die overeenkomst. Stemt de wederpartij daarmee niet in, dan heeft de schuldenaar het recht de overeenkomst op te zeggen. De opzegging dient te geschieden tegen een tijdstip dat naar plaatselijk gebruik gangbaar is, met dien verstande, dat een termijn van drie maanden in elk geval voldoende zal zijn.[1] Na de wijziging dan wel beëindiging, resteert voor de wederpartij ex art. 372 lid 2 een vordering tot schadevergoeding jegens de schuldenaar.

Volgens de memorie van toelichting kan men bij art. 372 denken aan een huurovereenkomst voor een bedrijfsruimte, leaseovereenkomsten of doorlopende leveringsovereenkomsten.[2] Door de niet

[1] Art. 372, lid 1 van de WHOA.

[2] MvT p. 28.

limitatieve opsomming van de wetgever in de Memorie van Toelichting vermoeden wij dat art. 372 ziet op *alle* soorten wederkerige overeenkomsten. Dit lijkt ons een ongelukkige uitkomst.

Wij merken op dat ook in een Amerikaanse *Chapter 11* procedure de mogelijkheid bestaat tot het opzeggen van wederkerige overeenkomsten. *11 U.S.C. §1123(b)(2)* jo. *§365(a)* bepaalt dat een schuldenaar ten tijde van een *Chapter 11* procedure kan aangeven wederkerige overeenkomsten gestand te doen of kan opzeggen (*"may assume or reject*"), dit echter pas ná voorafgaande goedkeuring van een rechter. In Amerika geldt hierbij dat de rechter zal oordelen op basis van de enigszins liberale "*business judgment rule*", met andere woorden met een zekere mate van terughoudendheid. Jurisprudentie laat evenwel zien dat een rechter desondanks geen goedkeuring zal geven indien dit naar alle waarschijnlijkheid zal resulteren in een grote claim jegens de schuldenaar of indien het opzeggen van een wederkerige overeenkomst te kwader trouw geschiedt, in de zin van misbruik van recht.[3]

Daarnaast is het zo dat tijdens een WHOA procedure zogenoemde *ipso facto*-clausules ex art. 372 lid 3 geen werking toekomen. Dit in combinatie met een afgekondigde afkoelingsperiode zoals bedoeld in art. 375 lid 1 zet schuldeisers in beginsel voor minimaal twee, maar doorgaans vier maanden, volledig buitenspel wanneer een schuldenaar besluit om eenzijdig een bepaalde overeenkomst op te zeggen. Schuldeisers komen immers niet de bevoegdheid toe om tussentijdse geschillen te laten beslechten door de rechtbank.[4] De enige mogelijkheid die schuldeisers in dergelijke gevallen lijken te hebben is de rechtbank verzoeken om met machtiging, ondanks de afgekondigde afkoelingsperiode, alsnog verhaal te mogen nemen op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren.

2.2 Conclusie en aanbeveling

Onzes inziens zou een rechterlijke toets niet misstaan in art. 372 van de WHOA. Voor een vrije ruimte zoals thans gecreëerd in art. 372 WHOA zijn de (financiële) belangen doorgaans simpelweg te groot en in het kader van een systeem van *checks & balances* is een rechtelijke toets daarom onmisbaar. Wij stellen daarom voor om art. 372 lid als volgt te wijzigen:

1. Een schuldenaar als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan aan een wederpartij met wie hij een wederkerige overeenkomst heeft gesloten, ook een voorstel doen tot wijziging van die overeenkomst. Stemt de wederpartij niet in met het voorstel, dan kan de schuldenaar, na voorafgaande goedkeuring door de rechtbank, de overeenkomst tussentijds doen eindigen, mits de opzegging plaatsvindt tegen een tijdstip waarop dergelijke overeenkomsten naar plaatselijk gebruik eindigen en daarbij de daarvoor overeengekomen of gebruikelijke termijn in acht genomen wordt, met dien verstande, dat een termijn van drie maanden in elk geval voldoende zal zijn.

Indien de invoering van rechterlijke goedkeuring niet is gewenst, zouden wij in ieder geval pleiten voor een uitzondering voor financieringsovereenkomsten, zoals leningsovereenkomsten, *intercreditor agreements*, *cash pooling arrangements* en nadrukkelijk ook *ISDA Master Agreements*, een standaarddocument voor derivatentransacties.

[3] Zie bijvoorbeeld *In re Audra-John Corporation, 140 B.R. 752, 755 (Bankr. Minnesota 1992)* en *In re G Survivor Corporation, 171 B.R. 755, 757-58 (Bankr. Southern District of New York 1994).*

[4] Art. 376, lid 1. Zie ook MvT, p. 32 waarin nog eens expliciet wordt genoemd dat de mogelijkheid om een rechter te laten oordelen over tussentijdse geschillen niet is opengesteld voor schuldeisers en aandeelhouders.

3. *Cram down* van schuldeisers en aandeelhouders

3.1 Achtergrond

De WHOA voorziet in zogenoemde *cram down* bepalingen, het opleggen van een akkoord aan individuele of complete klassen van schuldeisers ondanks een stem tegen het akkoord van een dergelijke individu of klasse. Een *cram down* kent dan ook twee variaties:

i. Een individuele schuldeiser stemt tegen het akkoord terwijl de klasse waartoe deze individuele schuldeiser behoort vóór het akkoord stemt (zie art. 378 lid 4 WHOA) (horizontale *cram down*).

ii. Een bepaalde klasse stemt tegen het akkoord maar het akkoord wordt op grond van art. 380 lid 1 WHOA door de schuldenaar voorgelegd aan een rechter omdat ten minste één andere klasse wel vóór het akkoord heeft gestemd en het akkoord vervolgens door een rechter wordt gehomologeerd (verticale *cram down* of *cross class cram down*).

De horizontale *cram down* (gebaseerd op de Engelse s*cheme* regeling) is wat ons betreft een zeer wenselijk instrument dat onzes inziens over het algemeen goed is neergelegd in het wetsontwerp. Naar onze ervaring is het ontbreken van deze regeling in veel herstructureringen een van de grootste problemen geweest, waarvoor we naar Engeland moesten uitwijken.

De verticale *cram down* ligt veel ingewikkelder. De verticale *cram down* is geïmporteerd uit het Amerikaanse recht en is daar een gecompliceerd, tijdrovend en duur instrument. Het kan zeer effectief zijn maar leidt in de praktijk ook tot veel geschillen en procedures. Er zijn in Amerika dan ook aparte, gespecialiseerde, rechtbanken en rechters die dit soort zaken behandelen.

3.2 Conclusie en aanbeveling

De gedachte dat wij in Nederland met een allesomvattende en tevens simpele en effectieve regeling alle mogelijke problemen tussen verschillende klassen van schuldeisers kunnen oplossen zonder een daarop gerichte infrastructuur en instrumentarium, is wat ons betreft te ambitieus. Het instrumentarium van de Amerikaanse rechter is in dit soort zaken bijna oneindig (en wordt daarom ook wel aangeduid met "*bankruptcy magic*"). Hierbij draait de schuldenaar bovendien op voor alle kosten van alle adviseurs.

Wat ons betreft moeten we daarom in Nederland een systeem opzetten dat óf dit soort complexe zaken aankan (inclusief gespecialiseerde rechters, instrumentarium en rechtbanken) óf we moeten de werking van de verticale *cram down* beter beheersbaar maken.

Een verticale *cram down* regeling kan in veel gevallen nuttig zijn, maar wij merken graag op dat er in de praktijk vaak al een mogelijkheid bestaat om *cross class* problematiek te doorbreken. Dit speelt bijvoorbeeld in gelaagde financieringstransacties waarbij schuldeisers er vooraf (en zonder dwang van een andere partij) voor kiezen om in een bepaalde financieringslaag deel te nemen (waarbij geldt hoe meer risico, hoe meer rendement en andersom). Zogenoemde *intercreditor agreements* vormen meestal onderdeel van dergelijke transacties.

Intercreditor agreements maken dat de schuldeisers onderling precies weten waar ze aan toe zijn bij een herstructurering en geven de hoogst gerangschikte crediteur het recht om, binnen vooraf afgesproken grenzen (zoals bijvoorbeeld met rechterlijk toezicht, met gebruik van onafhankelijke waarderingsrapporten en/of begeleiding van een financieel adviseur of accountant), herstructureringen door te voeren. Dit middel is in de praktijk effectief toegepast en leidt tot veel rechtszekerheid voor investeerders. Wij pleiten er daarom voor dat het voor groepen crediteuren mogelijk moet blijven om

onderling bindende afspraken te maken over onderlinge herstructureringen die niet door de WHOA worden doorkruist.

De WHOA zou daarom specifiek moeten toestaan dat groepen crediteuren zich onderling verbinden als een klasse (bijvoorbeeld door middel van *intercreditor agreements*) en dat de WHOA dergelijke zakelijke en op basis van gelijkheid gemaakte afspraken (en zekerheden) niet doorkruist. Dit heeft het bijkomende (positieve) effect dat handelscrediteuren makkelijker buiten de herstructurering kunnen worden gehouden (zoals dit nu in onze ervaring in 95% van de gevallen zo is). Dit komt bovendien het zelf oplossende vermogen van gecombineerde klassen van schuldeisers ten goede.

Waar er geen afspraken zijn gemaakt of gemaakte afspraken onvoldoende blijken om tot een afdoende herstructurering te komen, kan de *cross class cram down* uitkomst bieden maar ook ruimte tot misbruik geven.

Vanuit de internationale financieringspraktijk (en rechtszekerheid) is het onwenselijk dat een laag gerangschikte klasse van schuldeisers (of aandeelhouders) vóór een akkoord stemt, de schuldenaar het akkoord vervolgens ter homologatie aanbiedt bij de rechtbank en de rechter het akkoord homologeert, terwijl een hoger gerangschikte klasse tegen het akkoord heeft gestemd. Zonder een dergelijke regeling kunnen schuldeisers en aandeelhouders die, al dan niet deels, *out-of-the-money* zijn (en alleen *hope value* hebben), samenspannen om een hoger gerangschikte schuldeiser mee te trekken in een onzeker plan. De beslissing of een dergelijk akkoord moet worden gehomologeerd moet wat ons betreft altijd aan een (zware) rechterlijke toets worden onderworpen en dat oordeel kan niet alleen aan een benoemde expert worden overgelaten. Wij begrijpen echter dat het de wens is om de belasting van rechterlijke macht niet noemenswaardig te gaan verzwaren en daarom zou dit soort *upstream cram down* niet mogelijk moeten zijn zonder voldoende steun van boven.

Wij pleiten er daarom voor om in de WHOA de eis op te nemen dat een voldoende aantal crediteuren die *in the money* zijn vóór het akkoord hebben gestemd alvorens het kan worden gehomologeerd en dat er moet worden aangetoond dat er in voldoende mate is gepoogd met de diverse *stakeholders* tot overeenstemming te komen. De stap naar de WHOA mag niet te lichtvaardig kunnen worden gezet.

Wanneer er sprake is van 'voldoende' en/of hoe dit verder vormgegeven kan worden, is iets waar wij graag nadere input op geven, bijvoorbeeld door het doen van tekstuele voorstellen. Voor nu is het echter van belang dat er aandacht komt voor deze situatie.

4. Homologatie van het akkoord

4.1 Inleiding

Het voorgestelde artikel 381 is misschien wel de meest in het oog springende nieuwe bepalingen van de WHOA. Duidelijk geïnspireerd door de Amerikaanse c*hapter 11* en de Engelse *schemes of arrangement* schrijft dit artikel de algemene en bijzondere weigeringsgronden voor homologatie van een aangeboden akkoord voor. De algemene weigeringsgronden zijn voornamelijk formeel van aard en zijn voor een groot deel afgeleid van de weigeringsgronden zoals deze gelden voor het surseanceakkoord (vgl. art. 272 Fw). De aanvullende weigeringsgronden bevatten, onder meer, de codificatie van de Nederlandse variant van de *absolute priority rule*, een regel afkomstig uit de Amerikaanse *chapter 11* procedure. Voor een uitvoerige bespreking van de achtergrond, uitwerking en knelpunten van de *absolute priority rule* in de WHOA verwijzen wij graag naar een artikel van onze advocaten Charlotte Spierings en Jeroen Kolthof in het Tijdschrift voor Insolventierecht.[5] In deze

[5] C. Spierings en J.V. Kolthof, 'De *absolute priority rule* in de WHOA: achtergrond, uitwerking en knelpunten', *TvI* 2017/6, p. 243-250.

reactie maken wij echter graag nog van de mogelijkheid gebruik om twee specifieke elementen van de homologatiegronden te bespreken.

4.2 Onduidelijke verhouding tussen de liquidatietoets en art. 381 lid 4 van de WHOA

Art. 381 lid 4 sub e van de WHOA bepaalt dat een van de weigeringsgronden is dat een schuldeiser op basis van het akkoord geen aanspraak kan maken op een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat hij in faillissement naar verwachting in geld zou ontvangen. Blijkens de toelichting is deze bepaling erop gericht om schuldeisers slechts te kunnen onderwerpen aan – bijvoorbeeld – een *debt for equity swap*, indien een ruime meerderheid van de klasse daarmee akkoord is gegaan.[6]

Art. 381 lid 4 sub e van de WHOA kan, menen wij, ook worden gelezen als een liquidatietoets, in het bijzonder door het gebruik van de woorden 'ter hoogte van'. Strikt gelezen kan een schuldeiser homologatie dwarsbomen indien hij op grond van het akkoord geen uitkering in geld krijgt *ter hoogte van* het bedrag dat hij naar verwachting in faillissement zou ontvangen. Mogelijk problematisch is de verhouding tot de liquidatietoets die als algemene weigeringsgrond is opgenomen in art. 381 lid 3 sub d, op grond waarvan de rechter homologatie weigert indien de protesterende schuldeiser of aandeelhouder op basis van het akkoord rechten krijgt met een *aanmerkelijk* lagere waarde dan hij in faillissement zou krijgen. In de huidige formulering is het doel van art. 381 lid 4 sub e van het wetsvoorstel ambivalent en is de verhouding tussen beide artikelleden niet geheel duidelijk.

4.3 De positie van aandeelhouders

Artikel 381 lid 4, sub a en sub b geeft aan dat (i) schuldeisers die op basis van het akkoord rechten zouden krijgen die een lagere waarde hebben dan het bedrag van de vorderingen en (ii) aandeelhouders die op basis van het akkoord rechten zouden krijgen die een lagere waarde hebben dat het nominale bedrag van de aandelen waarvoor zij in die klasse behoren te zijn ingedeeld tegen het akkoord, op kunnen komen indien is voldaan aan de in sub a en b genoemde gronden. Opvallend is dat de wetgever ten aanzien van aandeelhouders aansluiting zoekt bij de nominale waarde van de aandelen.

Wij merken op dat, zeker bij beursgenoteerde bedrijven, de nominale waarde van een aandeel doorgaans sterk afwijkt van de marktwaarde. De huidige formulering van art. 381 lid 4 lijkt echter voor een schuldenaar de mogelijkheid te creëren om enkel de nominale waarde aan te bieden bij het akkoord. Stel dat van een bepaald (beursgenoteerd) bedrijf de aandelen, ondanks de financiële moeilijkheden nog, worden verhandeld voor € 50,- per stuk terwijl de nominale waarde van een aandeel € 1,- is. Op basis van het voorgestelde art. 381 lid 4 staat het een schuldenaar vrij om de aandeelhouders per aandeel € 1,01 aan te bieden zonder dat een aandeelhouder zich hier tegen kan verzetten. De klasse aandeelhouders ontvangt immers een bedrag dat hoger is dan de nominale waarde. Een ander handvat lijken de aandeelhouders bovendien ook niet te hebben. Art. 381 lid 3 sub d (de liquidatietoets) schrijft namelijk voor dat de rechter een aangeboden akkoord zal weigeren op verzoek van één of meer aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd en op basis van het akkoord rechten zouden krijgen die een aanmerkelijk lagere waarde hebben dan de betaling die zij naar verwachting zouden ontvangen bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement. De waarde van een aandeel in een failliet bedrijf zal doorgaans nihil zijn. In dat geval lijken de aandeelhouders in bovenstaand voorbeeld zich met € 1,01 nog in een riante positie te bevinden.

Bovenstaande situatie lijkt ons onwenselijk en wij vragen ons af in hoeverre de wetgever hier rekening mee heeft gehouden. De enige oplossing die aandeelhouders hier lijken te hebben is het wijzigen van

[6] Concept-memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, p. 40-41.

de statuten van een bedrijf door het aanbieden van een akkoord zoals bedoeld in de WHOA te onderwerpen aan voorafgaande goedkeuring. Aandeelhouders kunnen in dat geval voorkomen dat een schuldenaar-bestuurder een dergelijk akkoord aanbiedt. De minder oplettende aandeelhouders zullen daarentegen wel eens onaangenaam verrast kunnen worden door deze bepaling.

4.4 Conclusie en aanbeveling

Het lijkt ons raadzaam dat de wetgever de gebruikte bewoordingen van deze bepalingen nog eens nader bekijkt om te bezien of er aanpassingen mogelijk zijn te verduidelijking.

5. Internationale bepalingen

Bij gebrek aan effectieve herstructureringsmechanismen in eigen land en door relatief lage drempels voor de *schemes of arrangement* en de *chapter 11* hebben diverse grote ondernemingen door de loop der jaren heen gekozen om door middel van een van deze twee methoden een problematische schuldenlast te herstructureren. Ook diverse Nederlandse ondernemingen zijn reeds op deze manier geherstructureerd. Wij merken op dat de WHOA momenteel lijkt uit te gaan van puur nationale ondernemingen. De invoering van de WHOA is onzes inziens evenwel een mooie kans om Nederland te presenteren als jurisdictie waar ook buitenlandse ondernemingen geherstructureerd kunnen worden. Zeker met het oog op de Brexit is niet ondenkbeeldig dat de Engelsrechtelijke *scheme of arrangement* die voorloperspositie zal verliezen.

De WHOA kent echter geen ruime bevoegdheidsbepalingen zoals in Engeland of Amerika. Derhalve dient te worden beschouwd op basis waarvan een gehomologeerd akkoord in het buitenland zal worden erkend ingeval van grensoverschrijdende herstructureringen.

Voor een uitvoerige uiteenzetting van de voor- en nadelen over toepasselijkheid van de herziene Insolventieverordening wijzen wij graag op het Preadvies van de Vereniging Handelsrecht met daarin beschouwingen over de WHOA alsmede naar overige ingezonden reacties op de WHOA waarin het belang wordt benadrukt van duidelijke internationale bepalingen.

Wij willen evenwel nog graag opmerken dat het niet ondenkbeeldig is, en in de praktijk veel zal voorkomen, dat een Nederlands concern vennootschappen heeft in niet-Europese landen, of bijvoorbeeld in Denemarken. De WHOA zou ook in die situaties moeten voorzien. Het verdient daarom aanbeveling, en onzes dient de wetgever er zelfs naar te streven, om in de WHOA zelf expliciet *niets* te zeggen over een COMI eis voor de schuldenaar die een akkoord wenst aan te bieden om zo de mogelijkheid open te houden van toepasselijkheid van het commune Nederlandse IPR. Artikel 3 van het Wetboek van Rechtsvordering schrijft namelijk voor dat de Nederlandse rechter in verzoekschriftprocedures al rechtsmacht kan aannemen indien de zaak voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden is. Naar Engels voorbeeld zouden overeenkomsten waarin in de jurisdictieclausule voor Nederlandse recht als het toepasselijke recht is gekozen dan voldoende kunnen zijn om rechtsmacht aan te nemen.

***

DE BRAUW
BLACKSTONE
WESTBROEK

Minister van Justitie en Veiligheid
t.a.v. mr A.M. Wolffram-van Doorn
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Tevens per email en via https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie

mr R. van den Sigtenhorst
prof. mr R.D. Vriesendorp
mr drs. R.M. Hermans
Datum 30 november 2017
Onze ref. sigtenhr\Desktop\20171130 Reactie Consultatie WHOA\RvdS

Betreft: Internetconsultatie WHOA

Excellentie,

1 INLEIDING

1.1 Een goed voorstel dat spoedige invoering verdient

1.1.1 Op 5 september 2017 heeft u via internet een openbare consultatie uitgezet voor het bijgewerkte tweede wetsvoorstel (het "**Wetsvoorstel**") van de tweede pijler van het wetgevingsprogramma "Herijking faillissementsrecht" tot invoering van de *Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement* ("**WHOA**"). Evenals eerder bij de internetconsultatie over het concept-voorstel Wet continuïteit ondernemingen II ("**WCO II**"), waarop de WHOA voortborduurt, geven wij graag onze zienswijze op het Wetsvoorstel gezien de betrokkenheid van ons kantoor bij tal van grote (inter-)nationale herstructureringen waarbij grote economische belangen en geregeld ook veel werkgelegenheid op het spel staan.

Inhoudsopgave

1 Inleiding 1
1.1 Een goed voorstel dat spoedige invoering verdient 1
1.2 Belangrijke gerealiseerde verbeteringen 3
1.3 Nog te realiseren verbeterpunten: beperkte aanpassingen en aanvullingen 5
1.4 "Beter" als grootste vijand van "goed" – belangrijk om de WHOA niet meer ingrijpend te wijzigen 6
2 Belangrijkste punten om ongewijzigd te behouden 7

De Brauw Blackstone Westbroek N.V. is gevestigd in Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nr. 27171912.

Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met De Brauw Blackstone Westbroek N.V. Op de overeenkomst zijn de Algemene Voorwaarden van toepassing, die zijn gedeponeerd ter griffie van de rechtbank in Amsterdam en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Kwaliteitsrekening notarissen ING Bank IBAN NL83INGB0693213876 BIC INGBNL2A.

2.1 Essentie van de WHOA: no *holdouts* 7
a. Nut en noodzaak van cram-down 7
b. WHOA kent terecht beide vormen van cram-down 8
2.2 De nodige, maar ook voldoende bescherming voor tegenstemmende schuldeisers/aandeelhouders en -klassen 9
a. Bescherming door de homologatiecriteria 9
b. Gepercipieerde risico's cross-class cram down in de praktijk beperkt 11
c. Bescherming ook door de rechterlijke toetsing, die meeveert met de mate van steun voor het akkoord 12
d. Cash-out option: liefst schrappen, anders ongewijzigd behouden 13
e. Voldoende (vangnet-)bescherming tegen misbruik, chicanes, of (economisch) onaanvaardbare uitkomsten: binnen de WHOA door (specifieke en algemene) homologatieweigeringsgronden en daarbuiten. 15
Algemene weigeringsgrond eventueel ambtshalve toets maken 15
2.3 Geen, of in ieder geval geen zwaardere toegangstoets 16
2.4 Het akkoord kan ook na aanbieding nog worden gewijzigd 19
2.5 Akkoord op initiatief van de schuldeisers, via een deskundige 20
2.6 Alleen de schuldenaar kan vroege beslissingen vragen over essentiële elementen van het akkoord 21
2.7 Behoud en versterk de bescherming van het akkoord tegen ipso facto-clausules en bepalingen met een vergelijkbaar effect 22
2.8 Geen rechtsmiddelen: essentieel dat geen hoger beroep wordt opengesteld 23
2.9 Vereiste van minnelijk voortraject niet formaliseren 24
2.10 Afschaffing van het getalscriterium bij stemming dient te worden gehandhaafd 26
2.11 Overige te behouden sterke punten van het Wetsvoorstel 27
3 Een enkel fundamenteel (verbeter)punt 29
3.1 Gespecialiseerde rechters 29
a. WHOA-akkoorden horen thuis bij één – gespecialiseerd en deskundig – gerecht 29
b. Welke rechter is de meest aangewezen instantie? Financiering door gedifferentieerd griffierecht 31
3.2 (Niet-)toepasselijkheid van de Europese insolventieverordening 31

a. Het Wetsvoorstel moet kiezen: WHOA komt wel of niet op Annex A van de herschikte Europese Insolventieverordening ("**InsVo**")..... 31

4 Overige knelpunten en mogelijkheden tot verbetering 33

4.1 Overzicht 33

4.2 Schorsing faillissementsverzoeken en afkoelingsperiode dienen ruimer / meer flexibel te zijn (art. 3d / 375) 33

4.3 *Safe haven* voor herstructureringskrediet: bescherming is niet sterk genoeg/verkeerd ingestoken 36

4.4 Akkoord in surseance of schuldsanering na mislukt WHOA-akkoord dient wel mogelijk te zijn (art. 252 / 287a) 39

4.5 De exclusieve bevoegdheid van economisch belanghebbenden boven juridische schuldeisers (art. 369 lid 4) is niet altijd juist 41

4.6 Het Wetsvoorstel regelt ten onrechte niet de positie van de pandhouder van aandelen en vorderingen en kan verbeterd worden waar het de certificaathouders van aandelen betreft 42

4.7 De opsomming van aansprakelijke derden in het kader van de mogelijkheid om rechten tegen borgen, medeschuldenaren etc. aan te tasten (art. 369 lid 7 en 370 lid 2) is onvolledig 43

4.8 Uitzonderingen op de *absolute priority rule*: *gifting* ontbreekt 44

5 Tot besluit 47

1.1.2 Waar het wetsvoorstel voor WCO II al een grote stap in de juiste richting was, is het Wetsvoorstel WHOA op een aantal punten nog belangrijk verbeterd. Het Wetsvoorstel is duidelijk 'volwassener' geworden. Wanneer het zou worden ingevoerd zoals het nu voorligt, kan het een belangrijk middel zijn om in financiële moeilijkheden verkerende, maar potentieel levensvatbare ondernemingen te redden en zo waarde en werkgelegenheid te behouden in het belang van alle bij de onderneming betrokken stakeholders: onder meer schuldeisers, werknemers en leveranciers, en meer in het algemeen de Nederlandse samenleving.

1.2 Belangrijke gerealiseerde verbeteringen

1.2.1 In het Wetsvoorstel is een aantal concepten uit het voorstel WCO II nog beter uitgewerkt, op belangrijke punten in lijn met onze reactie op de consultatie over dat wetsvoorstel,[1] met andere reacties uit praktijk en wetenschap, en met bestaande en komende internationale wet- en regelgeving, waaronder de het voorstel van de Europese Commissie voor een Richtlijn inzake Preventieve

[1] Reactie De Brauw Blackstone Westbroek N.V. Consultatie WCO 2, 15 december 2014, zie ook http://www.debrauw.com/wco2.

Herstructureringen[2] (de "**Concept Richtlijn**"). Daarnaast hebt u een aantal belangrijke bepalingen toegevoegd en obstakels geschrapt, eveneens vaak in lijn met de hiervoor aangehaalde reacties en regelingen. Bijna steeds hebt u zo een nog betere balans bereikt tussen de belangen van betrokken stakeholders en de vereiste doelmatigheid, effectiviteit en efficiëntie van de WHOA, c.q. tussen belangen van stakeholders onderling. Wij doelen onder meer op:

- De *safe haven* voor herstructureringskrediet (art. 42a)
  → Zie echter ook onze opmerkingen / aanvullingen daarbij in 4.3)
- De mogelijkheid om rechten tegen borgen, medeschuldenaren etc. in het akkoord te betrekken (art. 369 lid 7 en 370 lid 2)
  → Zie echter ook onze opmerkingen / aanvullingen daarbij in 4.7
- De mogelijkheid om wederkerige overeenkomsten te herstructureren (art. 372 lid 1 en 2)
- De bescherming van het akkoord tegen ipso facto-clausules en bepalingen met een vergelijkbaar effect (art. 372 lid 3)
  → Zie echter ook onze opmerkingen / aanvullingen daarbij in 2.7
- Het verbeterde criterium voor klassenindeling (art. 373)
- De bescherming van het akkoord tegen faillissementsverzoeken en andere individuele verhaalsacties door opschorting / een afkoelingsperiode (art. 375)
  → Zie echter ook onze opmerkingen / aanvullingen daarbij in 4.2)
- De geschillenregeling om snel duidelijkheid te krijgen over essentiële elementen van het akkoord (art. 376)
  → Zie onze opmerkingen daarover in 2.6
- De beperking van het instellen van rechtsmiddelen (art. 371 lid 6, 375 lid 5, 376 lid 6 en 381 lid 6)
  → Zie onze opmerkingen daarover in 2.8
- Afschaffing van het getalscriterium bij stemming (art. 378 lid 4)
  → Zie onze opmerkingen daarover in 2.10
- De maatwerkbepaling (art. 377)
- De verbeterde homologatiecriteria (artt. 380 en 381)
  → Zie echter ook onze opmerkingen / aanvullingen daarbij in 4.8

1.2.2 Gezien het voorgaande is de balans sterk positief. Wij bevelen invoering van de WHOA op korte termijn dan ook van harte aan, om aan het Nederlandse insolventierecht een modern herstructureringsinstrument toe te voegen, dat nu node wordt gemist en zonder welk middel Nederland internationaal uit de pas blijft lopen. Het reorganiserend vermogen van ondernemingen zal met de WHOA worden versterkt, zonder dat wordt afgedaan aan de thans gegroeide praktijk van informele, (min of meer) consensuele buitengerechtelijke herstructureringen. Die

[2] Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD).

praktijk zal door de WHOA juist worden versterkt. Het wetsvoorstel kent namelijk het heldere uitgangspunt dat de onderneming in de problemen eerst met de relevante stakeholders een oplossing moet proberen te bereiken, alvorens een WHOA-akkoord wordt aangeboden.

1.2.3 De WHOA dient hierbij als een stok achter de deur: mits de essentie van het Wetsvoorstel wordt behouden, loont het voor schuldeisers of andere stakeholders niet meer, of veel minder, om in onderhandelingen over de redding van een onderneming een onredelijk minderheidsstandpunt in te nemen of die onnodig te vertragen. Voor de schuldenaar geldt hetzelfde, gezien de mogelijkheid voor schuldeisers om een deskundige te laten benoemen die een akkoord kan aanbieden. Voorts raken ook aandeelhouders hun vetorecht kwijt, aangezien zij in het akkoord kunnen worden betrokken en de WHOA de ruimte biedt om in geval van een onredelijke opstelling statutaire of obligatoire blokkeermogelijkheden buiten werking te stellen. Deze, en een aantal andere belangrijk hiervoor al (1.2.1) genoemde obstakels worden in het Wetsvoorstel aangepakt, waar nu in herstructureringen 'omheen moet worden gewerkt of -gestructureerd' – wat onnodig tijd en geld kost, onzekerheid met betrekking tot de uitkomst oplevert, en in verband daarmee stakeholders ongerechtvaardigd *leverage* / *nuisance value* oplevert (zie daarover in het algemeen, en waarom het moet worden vermeden, 2.1.4 e.v.). Gezien het voorgaande, en de grote nadelen die daaraan zouden zijn verbonden, pleiten wij ertegen om het vereiste van (een poging tot) een minnelijk voortraject te formaliseren: zie hierna 2.9.

1.3 Nog te realiseren verbeterpunten: beperkte aanpassingen en aanvullingen

1.3.1 In het vervolg gaan wij op een aantal van de hiervoor bedoelde aanpassingen nader in. Daarnaast stellen wij nog een aantal aanvullingen en aanpassingen voor, waarbij wij wederom aanhaken bij de uitgangspunten die – zoals in onze reactie op het wetsvoorstel WCO II meer uitgebreid toegelicht – ten grondslag zouden moeten liggen aan een goede regeling van het buitengerechtelijk akkoord:

(a) Discretie en snelheid
(b) *Deal certainty*
(c) Snel definitieve duidelijkheid over de belangrijkste uitgangspunten, zoals akkoordvoorstel, klassen en stemming
(d) Ter zake kundige rechters
(e) Het volgen van buitenlandse voorbeelden en de internationale ontwikkelingen in het algemeen (met vermijding van nadelen)

1.3.2 Wij verwachten opnieuw dat met onze aanvullingen en aanpassingen het Wetsvoorstel, dat al goed is, nog beter kan worden. Daarbij is onze aanpak overigens geweest, ons zoveel mogelijk te beperken. Wij bevelen ook u sterk aan om wijzigingen aan het Wetsvoorstel na de consultatie zo beperkt mogelijk te houden.

1.4 "Beter" als grootste vijand van "goed" – belangrijk om de WHOA niet meer ingrijpend te wijzigen

1.4.1 Het is u thans goed gelukt om voor een ingewikkelde materie een relatief eenvoudige, flexibele kaderregeling voor te stellen,[3] die toch welhaast alle essentiële kwesties voldoende adresseert en waarvan mag worden verwacht dat die in de praktijk goed zal functioneren en de gestelde doelen zal bereiken. Er moet nu voor worden gewaakt de regeling toch nog weer uit te breiden of fijnmaziger te maken, bijvoorbeeld met gedetailleerde uitzonderingen of regelingen voor op dit moment – dat wil zeggen aan de tekentafel – wellicht (door bepaalde stakeholders) gepercipieerde problemen. Het is namelijk welhaast onvermijdelijk dat de wet daardoor alleen maar minder flexibel zou worden en dat eerder aanvullende problemen zouden worden gecreëerd, dan significante verbeteringen bereikt. "Beter" is in dit opzicht de grootste vijand van "goed".

1.4.2 Vanuit dit perspectief zou het een optie kunnen zijn om de regeling in grofweg de huidige vorm spoedig in werking te laten treden en vervolgens in de praktijk te bezien, welke knelpunten er daadwerkelijk blijken te zijn. Die kunnen dan in eerste instantie worden geadresseerd door de rechter die – in gevallen waar homologatie met *cram down* van tegenstemmers nodig is, en er dus blijkbaar serieuze verschillen van inzicht tussen stakeholders bestaan over de juiste uitkomst onder de WHOA – een belangrijke rol heeft. Als de beoordeling van geschillen over en homologatieverzoeken van WHOA-akkoorden (en aanpalende kwesties zoals pre-akkoordgeschillen en de maatwerkbepaling) wordt opgedragen aan gespecialiseerde, ter zake kundige, actieve, daadkrachtige rechters (zie hierna 3.1), dan zullen zij de door de wet gestelde *flexibele* kaders op een praktijkgerechte wijze invullen.

1.4.3 Voor dan toch nog overblijvende, daadwerkelijke knelpunten die niet zonder wetswijziging kunnen worden opgelost, zoals bijvoorbeeld de werknemersproblematiek die nu – uit een oogpunt van politieke haalbaarheid van het wetsvoorstel terecht – buiten beeld is gehouden (art. 369 lid 9), kan reeds nu een evaluatie- of horizonbepaling in de wet worden opgenomen, op basis waarvan de WHOA bijvoorbeeld na 5 jaar kan worden geëvalueerd en zo nodig aangepast. Wat dit betreft verdient de aanpak van de Belgische wetgever navolging, waar men naar verluidt bewust en openlijk voor deze aanpak kiest bij de invoering van moderne herstructureringsinstrumenten en de wet desnoods na een jaar repareert, in plaats van nodeloos lang over invoering te doen.[4] Ook de Nederlandse wetgever zou, zelfs als wordt uitgegaan van evaluatie na 5 jaar, eerder kunnen ingrijpen als de wet onverwacht na invoering in de praktijk toch zeer nijpende onvolkomenheden of lacunes zou bevatten.

---

[3] MvT, p. 4.

[4] Aldus toegelicht door S. Brijs (NautaDutilh Brussel) tijdens de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend en Internationaal Insolventierecht (NVRII) op 9 november 2017.

2 BELANGRIJKSTE PUNTEN OM ONGEWIJZIGD TE BEHOUDEN

2.1 Essentie van de WHOA: no *holdouts*

a. Nut en noodzaak van cram-down

2.1.1 De essentie van het Wetsvoorstel zoals dit er nu ligt, is dat wanneer een onderneming tevergeefs heeft geprobeerd via de minnelijke weg een akkoord te bereiken met (het relevante deel van) haar schuldeisers en/of aandeelhouders om de onderneming te behoeden voor faillissement, een akkoord dwingend kan worden opgelegd aan een relatief kleine groep die daaraan op onredelijke gronden in de weg staat.[5] Dat kan wanneer de vereiste meerderheid van schuldeisers c.q. aandeelhouders (zie art. 378 lid 4 resp. 5 en art. 380 lid 1) wél heeft voorgestemd – een sterke indicatie, dat instemmen met het akkoord economisch rationeel is –, iedereen meer krijgt dan bij liquidatie in faillissement, de behouden waarde van de onderneming eerlijk wordt verdeeld, en er ook overigens geen (dwingende) gronden zijn om homologatie te weigeren. De redelijkheid wordt met name ingevuld aan hand van economische maatstaven: de homologatiecriteria in art. 381 lid 3 onder d en lid 4.

2.1.2 Het verbindend opleggen van het akkoord aan tegenstemmers staat in de internationale herstructureringspraktijk bekend als '*cram-down*' van die tegenstemmers. Dit kent twee vormen:[6]

(i) *'simple'* of *intra class cram-down*,[7] het opleggen van het akkoord aan de tegenstemmers binnen een bepaalde klasse terwijl in die klasse de benodigde meerderheid wel heeft voorgestemd; vergelijk het verbindend worden van de huidige insolventieakkoorden in faillissement (art. 157 Fw), surseance van betaling (art. 273 Fw) en Wsnp (art. 340 lid 2 Fw), en

(ii) *cross-class cram-down*, het opleggen van het akkoord aan bepaalde klassen schuldeisers of aandeelhouders waarin niet de benodigde meerderheid heeft voorgestemd, en die dus als klasse hebben tegengestemd, terwijl door een of meer andere klassen wel is voorgestemd. In die gevallen worden, mede gelet op bepaalde sterke waarborgen die het Wetsvoorstel bevat en waaraan ook moet zijn voldaan (waarover hierna meer), de belangen en rechten van de tegenstemmers niet onredelijk geschaad, gemeten aan hun daadwerkelijke economische positie (al dan niet *out of the money*)in de precaire situatie waarin de onderneming verkeert en afgezet tegen die belangen de worden gediend met een redding van de onderneming. Bij dat laatste gaat het niet zozeer om de belangen van de voorstemmers,

[5] MvT, p. 3.

[6] Vgl. Concept Richtlijn, Article 2 (7) en (8).

[7] De Engelse Scheme of Arrangement praktijk spreekt hier ook wel van 'cram-in'.

maar om de belangen van de onderneming en alle daarmee verbonden stakeholders.

b. WHOA kent terecht beide vormen van cram-down

2.1.3 De WHOA bevat zowel de *intra-class* als de *cross-class cram-down* (art. 380 lid 1, zie ook 381 lid 1 en 4). Beide vormen zijn onontbeerlijk voor een effectief herstructureringsinstrument. Doordat de WHOA ook een *cross-class cram-down* bevat, kan zo nodig de *gehele* kapitaalstructuur van de onderneming worden geherstructureerd en kan die worden gered ook als een bepaalde klasse schuldeisers of aandeelhouders als geheel zich daartegen op onredelijke gronden verzet. Dit is in de praktijk eerder regel dan uitzondering, vooral bij klassen die gezien de economische realiteit geheel of gedeeltelijk *out of the money* zijn, dat wil zeggen aan wie geen aanspraak toekomt op enige waarde van de geherstructureerde onderneming gezien hun rang en het totale bedrag van alle hoger gerangschikte vorderingen, dat die waarde reeds overstijgt. Het plan zal hen dus weinig of niets toebedelen. Dan is er weinig *incentive* om vóór te stemmen.

2.1.4 Zonder de mogelijkheid dat de rechter een voor het overige gerechtvaardigd akkoord ook in zo een geval alsnog verbindend verklaart, zouden dergelijke klassen van schuldeisers of aandeelhouders een *'holdout'*-positie krijgen. Zij zouden door hun tegenstem of onthouding het reddingsplan kunnen frustreren en die positie aan de onderhandelingstafel kunnen misbruiken om meer te bedingen dan hen toekomt – ten nadele van de overige stakeholders, of in het ergste geval, met faillissement tot gevolg met het daarbij horende grote verlies aan waarde en werkgelegenheid.[8] In de (internationale) herstructureringspraktijk is het schering en inslag, dat wanneer een bepaald rechtssysteem een *holdout*-positie in het leven roept of toestaat, bepaalde schuldeisers die positie opzoeken en maximaal in waarde proberen om te zetten. Dit staat bekend als '*leverage*' die *nuisance value* oplevert: de waarde die in de herstructurering aan de betreffende schuldeiser(s) moet worden toegeschoven om diens blokkeergedrag (letterlijk: overlast) af te kopen. De WHOA dient een dergelijke majeure weeffout te vermijden.

[8] Ook in de huidige praktijk zijn er vaak (maar niet altijd) wel middelen om tegenwerkende schuldeisers of aandeelhouders buitenspel te zetten (bijvoorbeeld aandeelhouders door een pandrecht op aandelen uit te winnen als onderdeel van de herstructurering of via een voorziening van de Ondernemingskamer), maar dit brengt onnodige vertraging, moeite, kosten, en risico's/onzekerheid over de uitkomst met zich. Daardoor gaat onnodig waarde verloren: overigens niet alleen voor de stakeholders van de onderneming, maar ook in directe zin voor de samenleving als geheel, bijvoorbeeld door onnodige betrokkenheid van de rechterlijke macht. Tegelijk relativeert dit alles een eventueel gepercipieerde zwaarte van het middel *cross-class cram-down* – het is niet zo dat thans onredelijke tegenstemmers in het geheel niet kunnen worden gedwongen.

2.1.5 Het kan ook zo zijn dat een klasse gezien zijn economische positie nog wel iets toekomt onder het akkoord, maar dat minder dan twee derde van de leden zich kan vinden in de vorm of hoeveelheid van de voorgestelde aanpassing van rechten onder het akkoord. Ook dan is het gerechtvaardigd die klasse de mogelijkheid te ontnemen het hele akkoord te frustreren c.q. *nuisance value* te realiseren. Intuïtief lijkt dit in eerste instantie minder voor de hand te liggen dan bij klassen die geen of zeer weinig aanspraak op waarde hebben. Toch geldt hetzelfde, maar voor zulke tegenstemmers dient er dan wel extra bescherming te zijn – en de WHOA bevat die. Men moet zich steeds blijven realiseren dat het gaat om het vermijden van het faillissement met daaropvolgende ontbinding van de rechtspersoon en liquidatie van het vermogen van een – in de (operationele) kern – levensvatbare onderneming.

2.1.6 Door de voorgestelde bescherming in de WHOA van schuldeisers of aandeelhouders als hier bedoeld kunnen deze nooit slechter af zijn dan wanneer het plan niet door zou gaan en de onderneming failliet zou gaan. Doordat het onderhands akkoord toch verbindend kan worden verklaard, zijn zij en andere schuldeisers, aandeelhouders, werknemers en overige stakeholders juist beter af dan bij een faillissement (als zij niet *out of the* money zijn, anders in ieder geval niet slechter). Daarom is ook de *cram-down* van *in the money* klassen onder omstandigheden gerechtvaardigd, waarbij het niet ter zake doet of de tegenstemmende klasse hoger of lager gerangschikt is dan de klasse(n) die wel voorstemmen, of dat het een klasse van preferente of gezekerde schuldeisers betreft.

2.1.7 Met de nu opgenomen mogelijkheden is de WHOA ook in lijn met internationale ontwikkelingen, zoals bijvoorbeeld het Amerikaanse chapter 11,[9] de Engelse Scheme of Arrangement[10] en de Europese Concept Richtlijn.[11] Samen met de mogelijkheid om het akkoord te beperken tot die stakeholders waarvan het werkelijk nodig is om de rechten te wijzigen teneinde de onderneming te redden (art. 370 lid 1), loopt de WHOA internationaal zelfs voorop: in andere relevante jurisdicties is nog niet zo een krachtig precisie-instrument voor *going concern* reorganisatie te vinden. Nog niet, want ook andere rechtsstelsels zetten in op aanpassingen in dezelfde richting, met dezelfde kernelementen.

2.2 De nodige, maar ook voldoende bescherming voor tegenstemmende schuldeisers/aandeelhouders en -klassen

a. Bescherming door de homologatiecriteria

2.2.1 De WHOA bevat bij dit alles de nodige, maar ook voldoende bescherming voor tegenstemmers, eveneens in lijn met de hiervoor genoemde internationale

[9] M.n. § 1129(b) Bankruptcy Code.

[10] Al kent de Scheme of arrangement uit zijn aard geen cross-class cram-down.

[11] Zie m.n. Overwegingen 26-29 en Articles 9-11.

(voorbeeld-)regelingen. Ten eerste worden zij beschermd door de procedurele vereisten en de vereisten aan de eventuele klassenindeling, het akkoord zelf, en de informatie daarover (m.n. art. 373, 374, 378, 379 en 380 lid 1 in verband met de weigeringsgronden in art. 381 lid 2 en lid 3 a, b en c). Ten tweede worden tegenstemmers goed beschermd tegen onredelijke aantasting van hun (daadwerkelijke)[12] economische positie door:

(i) De *best interest of creditors test* (art. 381 lid 3 onder d, lid 4 onder e),
(ii) De *absolute priority rule* (art. 381 lid 4 onder a),
(iii) De *not more than 100% rule* (art. 381 lid 4 onder b), en
(iv) De *unfair discrimination test* (art. 381 lid 4 onder c en d).

2.2.2 Wij gaan hier nog nader op in bij 2.2.6 e.v. en 4.8. Waar het ons hier om gaat, is dat het Wetsvoorstel de juiste balans heeft gevonden tussen bescherming van (individuele) belangen van stakeholders en de mogelijkheid om effectief te herstructureren ten behoeve van het collectief van alle betrokkenen. Een redelijk akkoord dat voldoende steun heeft, voldoet aan formele en procedurele vereisten, aan de *best interest of creditors test* en aan de *absolute priority rule*, en geen onredelijk onderscheid maakt tussen schuldeisers in vergelijkbare posities, wordt gehomologeerd. Hieraan moet niet getornd worden. Terecht zijn de criteria die het wetsvoorstel WCO II bevatte verlaten, die selectief en onevenwichtig (en ineffectief) bepaalde belangen leken te beschermen met veel te ingewikkelde, fijnmazige bepalingen. Er moet voor worden gewaakt, dat dergelijke bepalingen weer worden toegevoegd aan de uiteindelijke wettelijke regeling: regering en parlement moeten weerstand bieden aan dergelijke voorstellen, zo die in de consultatie of de daarop volgende parlementaire behandeling worden gedaan. Daarmee zou namelijk de essentie van het evenwichtige Wetsvoorstel worden aangetast.[13]

2.2.3 Uitzonderingsposities die worden gecreëerd, of zwaardere eisen die worden gesteld, doen af aan de beoogde flexibiliteit en effectiviteit van de WHOA als simpele, relatief begrijpelijke en in de praktijk goed toepasbare kaderregeling (MvT, p. 4) met *algemene* beschermingsnormen. Bovendien creëren die daarmee dat bedoeld of onbedoeld *holdout*-posities in het leven worden geroepen zoals kan worden geïllustreerd als men bijvoorbeeld zou pleiten voor het vereisen van meer steun dan die van één instemmende klasse om tot homologatie te komen (art. 380 lid 1). Op het eerste gezicht doet deze drempel wellicht laag aan, maar het is precies de juiste, omdat de gepercipieerde risico's beperkt zijn en een hogere drempel de regeling aan haar doel voorbij laat schieten.

[12] Dat wil zeggen gemeten aan hun verwachte *recovery* in faillissement, in plaats van (puur) aan de rang van hun vordering(en) en andere rechten.

[13] Dit geldt overigens niet alleen voor de homologatiecriteria, die het hart van de regeling vormen, maar ook in het algemeen, zoals hiervoor in de inleiding opgemerkt

b. Gepercipieerde risico's cross-class cram down in de praktijk beperkt

2.2.4 De vrees zou kunnen bestaan, dat als bijvoorbeeld slechts één voorstemmende klasse voldoende is om het akkoord ter homologatie aan de rechtbank voor te leggen, bijvoorbeeld die van de aandeelhouders (die vermoedelijk *out of the money* zijn), het akkoord tegen de wens van de (gesecureerde) schuldeisers wordt doorgedrukt. Het wil ons voorkomen dat in een dergelijk geval de kans zeer groot is dat de rechtbank homologatie achterwege laat, al dan niet op basis van de 'restgrond' in art. 381 onder h. In het tegenovergestelde geval waarin alleen de klasse van bijvoorbeeld de gesecureerde schuldeisers voorstemt en alle andere klassen (die *out of the money* zijn) tegenstemmen, zou de eis dat meer dan één klasse moet hebben voorgestemd de homologatie van het onderhands akkoord – en daarmee de herstructurering – ten onrechte tegenhouden.

2.2.5 Denkt men het systeem zoals voorgesteld dus goed door, dan blijkt dat er weinig of geen praktische gevallen zijn voor te stellen waarbij het nu gestelde vereiste daadwerkelijk tot onwenselijke uitkomsten c.q. onvoldoende bescherming voor stakeholders zou leiden. Men moet zich realiseren, dat – anders dan in bijvoorbeeld chapter 11, waar steeds alle klassen door het *plan of reorganisation* worden bestreken – alleen die klassen aan een WHOA-akkoord meedoen, waarvan de rechten worden aangetast. Het gaat dus alleen om schuldeisers en aandeelhouders die onder het akkoord minder krijgen dan zonder het akkoord, of in het geheel niets. Het risico bestaat dus niet, dat een klasse voorstemt die het volle pond ongewijzigd behoudt: die doet namelijk niet mee aan het akkoord (zie art. 378 lid 2). De instemmende klasse is dus per definitie een klasse van belanghebbenden, die iets inleveren onder het akkoord: een sterke aanwijzing dat het akkoord economisch rationeel is.

2.2.6 Tegenstemmende klassen die door de homologatie op grond van art. 380 lid 1 worden overstemd (alsmede tegenstemmers in de vóórstemmende klasse), worden bovendien in sterke mate beschermd door de in het Wetsvoorstel nieuw toegevoegde homologatievereisten, met name de *best interest of creditors test* (art. 381 lid 3 onder d en lid 4 onder e), de *absolute priority rule* / *not more than 100% rule* (art. 381 lid 4 onder a en b), *unfair discrimination* (art. 381 lid 4 onder c en d) én door de rechterlijke toetsing zoals die onder de WHOA behoort te gaan werken.

2.2.7 Om met het eerste te beginnen: het akkoord zal slechts kunnen worden goedgekeurd, als de tegenstemmende klassen niet minder krijgen dan in faillissement. Een akkoord, waarvan de aandeelhouders beter worden maar de banken en andere schuldeisers slechter dan zij in faillissement af zouden zijn, is dus niet mogelijk.

2.2.8 Het belangrijkste is echter dat geen klasse met lager gerangschikte belanghebbenden waarde kan krijgen of behouden, tenzij alle hoger gerangschikte schuldeisers en aandeelhouders volledig zijn voldaan (*absolute*

priority rule); en als lager gerangschikte klassen worden gekort, mogen hoger gerangschikte schuldeisers c.q. aandeelhouders niet méér krijgen of behouden dan waar zij recht op hebben (*not more than 100% rule)*. Met andere woorden: schuldeisers kunnen pas worden gekort, als aandeelhouders helemaal niets meer krijgen. Gezekerde schuldeisers pas, als concurrente crediteuren niets krijgen (behoudens de *trade creditors*, zie ook 4.8).

2.2.9 Het gevreesde voorbeeld, waarbij de aandeelhouders de overige schuldeisers overstemmen, is dus in theorie wel bestaanbaar – maar homologatie is behoudens het in de volgende alinea genoemde voorbeeld in de praktijk uitgesloten, want als schuldeisers worden gedwongen in te leveren, houdt dat per definitie in dat de aandeelhouders hun hele kapitaal moeten inleveren onder het akkoord.

2.2.10 De enige situatie waarin dit voorbeeld denkbaar is, is die van de *new money exception* (art. 381 lid 4 onder a, slot). Op basis daarvan zouden de aandeelhouders nieuw kapitaal kunnen inbrengen en, tot de waarde daarvan, hun aandelenkapitaal kunnen behouden (of nieuwe aandelen krijgen), terwijl het akkoord alle andere klassen een *haircut* oplegt – en dat dit werkt, is nu ook precies de bedoeling. De bescherming voor de hoger gerangschikte klassen, die worden gekort, is dan dat zij alsnog beter af zijn dan in faillissement. Zo eEen dergelijk akkoord dient de WHOA, gelet op het doel daarvan om levensvatbare bedrijven te redden, inderdaad te sanctioneren.

c. Bescherming ook door de rechterlijke toetsing, die meeveert met de mate van steun voor het akkoord

2.2.11 Bij het voorgaande is wel van belang dat de tegenstemmende klassen dan wél goed moeten worden beschermd door de rechterlijke toetsing. Bij het toepassen van de homologatietests dient de rechter mee te wegen, hoe groot de steun voor het akkoord is. Geconfronteerd met een akkoord waar slechts één klasse voor heeft gestemd, zeker als dat een klasse van (*out of the money*) aandeelhouders is, dient de rechter bijzonder goed te toetsen of alle stakeholders daadwerkelijk beter af zijn dan in faillissement. Hetzelfde geldt voor de vraag, of de *new money* die die aandeelhouders inbrengen, ook inderdaad overeenkomt met de waarde die zij toebedeeld krijgen. Daarbij kan zelfs rekening worden gehouden met de verwachtingswaarde van het aandelenkapitaal na herstructurering (*upside*): vgl. MvT p. 4, bij 3. b).

2.2.12 Net zo dient de rechter te werk te gaan bij het toetsen van de vragen of een onderscheid in behandeling binnen het akkoord tussen gelijk gerangschikte schuldeisers een redelijke grond heeft (art. 381 lid 4 onder c) of dat er een redelijk grond is om bepaalde schuldeisers buiten het akkoord te laten, terwijl gelijk of lager gerangschikte schuldeisers niet buiten het akkoord blijven (art. 381 lid 4 onder d). De gekozen invalshoek van de wetgever is nu juist dat deze vragen slechts aan de orde komen indien ze door een tegenstemmer worden

gesteld in een geval van *cross-class cram-down* van (in ieder geval ook) de klasse waartoe die tegenstemmer behoort. De schuldenaar die het akkoord aanbiedt moet voor elk onderscheid zoals hiervoor bedoeld, dat hij in het akkoord maakt, een redelijke, dat wil zeggen zakelijke, reden geven. Wordt die op grond van art. 381 lid 4 aan de rechter ter beoordeling voorgelegd, dan dient de rechter des te indringender naar de gegeven reden te kijken, naarmate de steun voor het akkoord geringer is. Daarbij gaat het zowel om de stempercentages binnen klassen, als om hoeveel klassen voor en tegen hebben gestemd, welke bedragen daarmee gemoeid zijn, welke rang en soort van de schuldeisers/aandeelhouders het betreft en hun voorgestelde behandeling onder het akkoord.

d. Cash-out option: liefst schrappen, anders ongewijzigd behouden

2.2.13 Het sluitstuk van de bescherming van tegenstemmers wordt gevormd door art. 381 lid 4 onder e: de *cash out option*. Deze houdt in dat schuldeisers die in een faillissement naar verwachting een betaling in geld zouden ontvangen, de keuze voor een dergelijke betaling moet worden geboden in het akkoord. Ook als hen daarin iets anders wordt aangeboden, moeten zij volgens de WHOA ervoor kunnen kiezen om in geld uitgekeerd te krijgen het bedrag dat zij naar verwachting in de faillissementsvereffening zouden krijgen. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is de separatist (vaak: de bank), die een *debt for equity swap* krijgt aangeboden. Hiertoe is de werking van art. 381 lid 4 onder e echter terecht niet beperkt; het gaat potentieel om elke schuldeiser of – in theorie – aandeelhouder die waar kan maken dat hij in faillissement een uitkering in contanten zou krijgen. Ondanks de hierna te bespreken fundamentele bezwaren en praktische haken en ogen dient deze bepaling in de kern te worden behouden. Zij vormt de rechtvaardiging voor *cross-class cram down*, ook van hoger gerangschikte schuldeisers die niet voorstemmen, met inbegrip van preferente of gezekerde schuldeisers. Want zulke schuldeisers kunnen het akkoord dus niet blokkeren, maar zij zijn tenminste niet slechter af dan in faillissement, doordat zij dan geld zouden krijgen maar door het akkoord worden gedwongen de onderneming door te financieren.

2.2.14 De belangrijkste fundamentele bezwaren zijn, dat zo toch een soort van *holdout*-positie wordt gecreëerd. Schuldeisers kunnen zich namelijk op het standpunt stellen dat zij zich op de *cash out option* zouden kunnen beroepen, en dreigen dit te zullen doen, tenzij het aanbod in het akkoord wordt verbeterd. Dat laat meteen zien wat het tweede fundamentele bezwaar is. Art. 381 lid 4 onder e schept een herfinancieringsprobleem voor de schuldenaar. Om het akkoord te kunnen uitvoeren, zal hij immers moeten voorzien in (*cash*) financiering van het totaalbedrag aan *cash out*-kiezers (wat een rol speelt bij de homologatietoets van art. 381 lid 3 onder e, dat de nakoming van het akkoord voldoende moet zijn gewaarborgd). Financiering vinden zal in een herstructureringssituatie vaak principieel al lastig zijn; daarbij is wellicht moeilijk te voorzien, hoeveel *cash out*-tegenstemmers er zullen zijn.

2.2.15 De praktische bezwaren sluiten hierbij aan. Hoe moet worden vastgesteld of een schuldeiser bij vereffening (in faillissement) een uitkering in geld zou krijgen? En hoe hoog die dan zou zijn? Speelt het een rol wanneer die uitkering zou worden verkregen, relatief snel na faillietverklaring of mag het ook na jaren zijn, bij de uitdeling? In wezen vergt de bepaling dat de boedel – virtueel – wordt afgewikkeld, want alleen zo kan dit alles worden vastgesteld. Dat is haast ondoenlijk ingewikkeld en bezwaarlijk, en de uitkomst is noodzakelijkerwijs een zeer grove schatting (grote bandbreedte), gezien de grote hoeveelheid informatie die daarvoor nodig is en de vele factoren die daarbij een rol spelen. Bovendien zijn veel hiervan (juridisch of feitelijk) onzeker: bijvoorbeeld afhankelijk van de nog niet te voorspellen feiten en omstandigheden op dat moment, de opstelling en keuzes van de verschillende betrokkenen (de curator!), de wijze van afwikkeling, of de uitkomst van geschillen over verificatie, zekerheden en dergelijke. Kortom, praktisch ondoenlijk en niet uitvoerbaar.

2.2.16 Deze bezwaren zouden aanleiding kunnen geven de bepaling af te schaffen. Naar onze mening zou dit kunnen, met behoud van de *cross-class cram down*, want de overige vormen van bescherming zijn ook voldoende voor de schuldeisers die zich op deze bepaling zouden kunnen beroepen. De vraag of van zulke schuldeisers kan worden gevergd door te financieren en genoegen te nemen met een *non-cash* uitkering dient echter wel in aanmerking te worden genomen. Dat kan bijvoorbeeld ook als onderdeel van de homologatietoets waarin moet worden vastgesteld of zij niet minder krijgen dan in faillissement. Dan moet namelijk het aandeel of de (in voorwaarden bijgestelde) vordering die de schuldeisers op grond van het akkoord krijgen, ook worden gewaardeerd. De vast te stellen waarde, is de waarde in het economisch verkeer. Daarbij wordt noodzakelijkerwijs rekening gehouden met het *non-cash* karakter. Als aan deze toets wordt voldaan zal de schuldeiser met andere woorden, datgene wat hij onder het akkoord krijgt direct na nakoming van het akkoord op de markt kunnen verkopen voor ten minste de waarde de hij in faillissement zou hebben gekregen. Om het doel van deze bepaling (art. 381 lid 4 onder e) te bereiken, is de '*hardwired cash out option*' dus niet strikt noodzakelijk – hooguit biedt zij een meer rechtstreekse en daardoor sterkere bescherming. Schrapping heeft dan het voordeel dat de eerder gesignaleerde herfinancieringsproblemen en *holdout*-risico's niet spelen.

2.2.17 Mocht de uitkomst toch zijn, dat een bepaling als 381 lid 4 onder e nodig wordt geacht om een *cross-class cram-down* te rechtvaardigen, dan stellen wij voor de bepaling ondanks de genoemde bezwaren in grofweg de huidige vorm te behouden, met hooguit enkele *tweaks*. De genoemde bezwaren en nadelen wegen niet op tegen behoud van de cross-class cram down als onderdeel van de WHOA.

e. Voldoende (vangnet-)bescherming tegen misbruik, chicanes, of (economisch) onaanvaardbare uitkomsten: binnen de WHOA door (specifieke en algemene) homologatieweigeringsgronden en daarbuiten.

Algemene weigeringsgrond eventueel ambtshalve toets maken

2.2.18 Tegen daadwerkelijk misbruik, chicanes, of (economisch) onaanvaardbare uitkomsten die al niet door alle in het voorgaande behandelde vormen van bescherming van tegenstemmers worden bestreken, worden de schuldeisers en aandeelhouders ten slotte ook nog beschermd door de specifieke weigeringsgrond van art. 381 lid 3 onder f en de algemene weigeringsgrond van art. 381 lid 3 onder h. Al met al moet er dus niet meer worden getornd (behalve *fine tuning*) aan de homologatietoetsen in het Wetsvoorstel, die ook in lijn zijn met internationale voorbeeldwetgeving en de Concept Richtlijn.

2.2.19 In dit verband gaat de WHOA er terecht vanuit dat ook de in de vorige paragraaf genoemde toetsen alleen door de rechter worden gedaan, als een tegenstemmende schuldeiser of aandeelhouder zich erop beroept ('piepsysteem'). De WHOA hanteert deze insteek waarbij het initiatief wordt gelegd bij degene die mogelijk nadeel ondervindt vrij consequent. Dit moet worden behouden. Het vergroot de effectiviteit (*deal certainty*) ten zeerste en voorkomt dat de WHOA een onnodig groot en tijdrovend beslag legt op kostbare capaciteit van de rechterlijke macht. Bovendien dwingt het de onderneming/schuldenaar (maar ook de stakeholders) om onenigheid omtrent het akkoord zoveel én zo vroeg mogelijk, waar nodig met gebruikmaking van de geschillenregeling van art. 376, aan de orde te stellen. Zo niet, dan neemt men immers het risico dat het op de voet van art. 381 (pas) bij homologatie aan de orde wordt gesteld; oordeelt de rechter het bezwaar dan gegrond, lijdt het akkoord schipbreuk en is het verre van denkbeeldig dat alsnog toch een faillissement volgt.

2.2.20 Aangezien schuldeisers en aandeelhouders wel tijdig en behoorlijk moeten worden opgeroepen en voldoende geïnformeerd zijn, worden zij door deze benaderingswijze ook niet onnodig in hun belangen geraakt. Wanneer de onderneming in zwaar weer verkeert, mag ook van hen worden verwacht dat zij actief en betrokken deelnemen aan een herstructurering.

2.2.21 Alleen voor wat betreft de algemene weigeringsgrond die nu op grond van art. 381 lid 3 onder h alleen kan worden gebruikt als er ten minste één tegenstemmende klasse is, kunnen wij ons voorstellen dat die aan de rechter wordt opgedragen om daaraan in alle gevallen ambtshalve te toetsen, telkens wanneer een akkoord ter homologatie wordt voorgelegd. Dus ook als er geen enkele tegenstemmende klasse is. Daarmee wordt de bescherming van de stakeholders tegen misbruik, chicanes, of (economisch) onaanvaardbare uitkomsten versterkt. De rechter dient dan als uitgangspunt marginaal te

toetsen;[14] ook hier dient de toetsing echter mee te veren met de steun en de inhoud van het akkoord (en alle overige omstandigheden van het geval). Als er slechts zeer weinig steun binnen de voorstemmende klasse(n) en/of slechts één voorstemmende klassen is en/of *cram-down* van tegenstemmende hoger gerangeschikte klassen wordt gevraagd, kan de rechter – ook als hij daar niet specifiek door schuldeisers of aandeelhouders om wordt gevraagd – zwaarder toetsen en meer toelichting en rechtvaardiging van de schuldenaar vragen voordat hij homologeert (zie ook 2.2.11 - 2.2.12).

2.2.22 Als van de algemene weigeringsgrond een ambtshalve toets wordt gemaakt, vormt dat (zo men dit nodig heeft) bovendien een verdere rechtvaardiging voor het niet openstellen van rechtsmiddelen (hoger beroep), waarvoor nu terecht is gekozen in het Wetsvoorstel en waarvan het essentieel is, dat dit ook in het definitieve voorstel behouden blijft; zie hierna 2.8.

2.2.23 Ten slotte zijn er nog voldoende andere remedies, in het civiele, vennootschaps- en faillissementsrecht, wanneer achteraf mocht blijken dat de schuldenaar onjuiste of onvoldoende informatie heeft verschaft, of dat er anderszins sprake is van chicanes of misbruik, waardoor schuldeisers of aandeelhouders ten onrechte niet bij homologatie tegen het akkoord zijn opgekomen. Wanneer het niet (juist, volledig, tijdig) wordt nagekomen, kunnen stakeholders ontbinding vorderen (art. 384), wat in het akkoord met het oog op *deal certainty* overigens ook kan worden uitgesloten.[15] Ook vorderingen op basis van onrechtmatige daad / (bestuurders-) aansprakelijkheid kunnen een remedie zijn: het is denkbaar dat bestuurder(s), aandeelhouder(s) of ander(n), die betrokken zijn bij een chicaneus akkoord, aansprakelijk zijn jegens de onderneming (vennootschap), de curator, of individuele schuldeisers of aandeelhouders voor door hen geleden schade als gevolg van hun handelen.

2.3 Geen, of in ieder geval geen zwaardere toegangstoets

2.3.1 Wij pleiten ervoor om elke toegangstoets, die vereisten stelt aan de (financiële) toestand van de schuldenaar als voorwaarde om een WHOA-akkoord te mogen indienen, af te schaffen. Een toegangstoets verkleint de effectiviteit van de WHOA als preventief herstructureringsinstrument, doordat schuldenaren daardoor kunnen worden afgeschrikt om vroeg (genoeg) aan een herstructurering

[14] Dit kan in de MvT worden verduidelijkt of in het artikel zelf, waar al staat dat het moet gaan om "zwaarwegende" redenen om homologatie te weigeren. Dat ziet echter meer op de inhoud van de weigeringsgrond. Door "kennelijk" of "klaarblijkelijk" toe te voegen, wordt de marginale toetsing nog duidelijker tot uitdrukking gebracht.

[15] Dat volgens art. 384, slot, ook vernietiging in het akkoord kan worden uitgesloten lijkt te wijzen op een abusievelijke – althans ongemotiveerde – afwijking van het reguliere akkoord in de bestaande insolventieprocedures. Reeds in de aanloop naar de huidige Faillissementswet eind 19e eeuw werd de mogelijkheid om een akkoord te laten vernietigen door het parlement geschrapt; zie Van der Feltz II, p. 195-199.

te beginnen. Voert dat te ver, dan dient het huidige criterium van art, 370 lid 1 (371 lid 1) te worden gehandhaafd zonder verzwaring of het toevoegen van andere eisen.

2.3.2 Onder het Wetsvoorstel dient een schuldenaar, om bevoegd te zijn een WHOA-akkoord aan te bieden, te voorzien dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan (art. 370 lid 1). Idealiter zou zo een eis in het geheel niet worden gesteld. In veel gevallen in de praktijk beginnen ondernemingen in financiële problemen te laat aan een herstructurering; zelfs aan (serieuze) onderhandelingen met hun schuldeisers,[16] maar zeker aan een 'formele' procedure. Bestuurders zijn er doorgaans op ingesteld om problemen zelf op te lossen, waarbij zij denken vanuit hun onderneming en hoe zij de – operationele – resultaten daarvan voldoende op peil kunnen brengen. Bovendien hebben zij (op zijn minst deel terecht) de vrees dat de onderneming op een hellend vlak terecht komt, dat leidt naar discontinuïteit, als naar buiten komt dat er serieuze operationele en/of financiële problemen zijn (*insolvency blight*, zie hierna 4.2.3).[17] Wordt te lang gewacht, dan is echter vaak de liquiditeit al dusdanig gedaald, c.q. stapelen de problemen (niet meer voldoen aan bankconvenanten, afbouw van dekking door kredietverzekeraars, stringentere betalingscondities van leveranciers, etc.) dat er niet meer voldoende tijd is om de onderhandelingen tot een goed eind te brengen.

2.3.3 De WHOA mitigeert dit probleem tot op zekere hoogte, doordat de schuldenaar het akkoord kan beperken tot die schuldeisers of aandeelhouders waarvan het daadwerkelijk nodig is de rechten aan te tasten. Anderen hoeven niet op de hoogte te worden gebracht van de akkoordonderhandelingen of daarbij te worden betrokken. Zo zullen bijvoorbeeld doorgaans de markt in het algemeen, handelscrediteuren en klanten het beeld kunnen behouden van 'business as usual', omdat de schuldenaar onderneming kan voortgaan met zijn verplichtingen jegens hen nakomen (en nieuwe verplichtingen aangaan) zoals gebruikelijk. Andere belangrijke elementen hierin zijn, dat de betrokkenheid van de rechter zo beperkt mogelijk wordt gehouden en dat belangrijke, gevoelige zittingen in raadkamer zijn (372 lid 5, verzoek schuldeiser tot benoeming van een deskundige; 376 lid 5, behandeling geschillen in de onderhandelingsfase).

2.3.4 Toch zou het nog beter zijn geen toegangstoets aan te leggen. Chapter 11 en de Scheme of Arrangement kennen deze bijvoorbeeld ook niet, zonder dat dat daar tot grote problemen leidt. De Concept Richtlijn legt, terecht, grote nadruk erop dat:

[16] Kredietverstrekkers vervullen hier vaak een belangrijke rol, door juist wel tijdig bij de schuldenaar aan de bel te trekken, wanneer uit hun *monitoring* blijkt dat er mogelijk dusdanige problemen zijn dat ingrepen nodig zijn.

[17] Vgl. MvT, p. 27 en 34.

> "The elements of preventive restructuring procedures affecting their effectiveness and consequently the number of businesses rescued and their long-term viability diverge significantly between Member States. For example, an effective framework should require that a business in difficulty has access as early as possible to preventive restructuring. However, in several Member States debtors cannot restructure debts with their creditors before they are actually insolvent or if they do, they face very strict or expensive access conditions."[18]

De toegangstoets zoals nu opgenomen in het Wetsvoorstel lijkt hiermee op gespannen toets te staan, met name met de laatste zin van het citaat hierboven. Zij is immers ontleend aan art. 214 Fw, de huidige regeling van de surseance. Surseance wordt door ondernemingen in de huidige praktijk pas aangevraagd wanneer er nagenoeg geen redden meer aan is: slechts een zeer klein percentage van de surseances eindigt niet in faillissement (maar in een akkoord). Op zijn minst is daarom het beeld dat het WHOA-akkoord openstaat in dezelfde situatie als waarin doorgaans surseance wordt aangevraagd ongelukkig. Overweging 17 van de Concept Richtlijn merkt op:

> "A restructuring framework should be available to debtors to enable them to address their financial difficulties at an early stage, when it appears likely that their insolvency may be prevented and the continuation of their business assured. *A restructuring framework should be available* (…) *before the debtor fulfils the conditions for entering collective insolvency procedure which entail normally a total divestment of the debtor and the appointment of a liquidator.*"

Dat laatste is bij de surseance formeel gezien vanzelfsprekend nog niet het geval, maar in de praktijk dus wel.

2.3.5 Met schrapping van de toegangstoets wordt bereikt dat er geen vrees bij bestuurders hoeft te bestaan, dat zij 'te vroeg' aan de herstructurering beginnen en kan dat ook geen juridische belemmering vormen. In de huidige opzet zullen dwarsliggende schuldeisers bestuurders daar zeker van betichten om hen onder druk te zetten (in de onderhandelingen), dan wel dit aanvoeren als reden om homologatie te weigeren (art. 381 lid 3 onder a). Vermeden moet worden dat bestuurders kopschuw zijn om de WHOA tijdig in te zetten. Verder is nu wellicht minder goed mogelijk, verplichtingen te herstructureren waarvan zo goed als zeker is dat de onderneming die, wanneer ze opeisbaar worden, niet zal kunnen dragen, maar waarbij dit moment ver in de toekomst ligt. Te denken valt aan productaansprakelijkheids-/massaschadeclaims.[19] Dit hangt ervan af hoe men art. 370 lid 1 wil begrijpen: wij zouden de ruime uitleg bepleiten, waarbij ook de hier bedoelde voorbeelden zijn begrepen onder het "voorzien" de – dat wil zeggen, tegen die tijd – opeisbare schulden niet te kunnen betalen.

[18] Zie verder o.m. Concept Richtlijn bij 1. Context of the proposal, 2e en 4e alinea onder "Objective of the proposal"; uitleg bij art. 18 bij 5. Other elements, Detailed explanation of the specific provisions of the proposal; Whereas (2) en (17); vgl. ook art. 3.

[19] Een bekend voorbeeld uit de VS is de Dow/Corning chapter 11, waar de chapter 11 werd gebruikt om een regeling te treffen voor massaschadeclaims in verband met schadelijke borstimplantaten.

2.3.6 Wij achten daarbij het risico beperkt, dat de WHOA zonder een toegangstoets door schuldenaars lichtzinnig of chicaneus zou worden ingezet. Schuldeisers aan wie de schuldenaar niet duidelijk kan maken, dat en waarom het daadwerkelijk dringend nodig is in te stemmen met een (per definitie ingrijpende) wijziging van hun rechten, zullen dit niet doen; zij zullen zich met hand en tand verzetten tegen zo een akkoord. Daarnaast lijkt het zeer waarschijnlijk dat in een dergelijk geval de rechtbank homologatie afwijst, al dan niet op basis van art. 381 onder f of de 'restgrond' in art. 381 onder h.

2.3.7 Als schrapping van elk toegangscriterium een brug te ver mocht zijn, bijvoorbeeld omdat men meent dat als rechtvaardiging voor het kunnen ingrijpen in rechten van schuldeisers en aandeelhouders onontbeerlijk is dat een faillissement voorzienbaar is, dan pleiten wij voor een differentiatie ten opzichte van het criterium van art. 214 Fw. Dit kan bijvoorbeeld al door schrapping van “opeisbare” uit de tekst, gekoppeld aan een toelichting in de MvT die aansluit bij de Concept Richtlijn.

2.3.8 Hoe dan ook dient de toegangstoets niet te worden verzwaard of uitgebreid. Dit zou de effectiviteit van de WHOA, om de hiervoor genoemde redenen, wezenlijk aantasten. Elke onzekerheid die in dat opzicht wordt toegevoegd, verkleint de kans dat ondernemers op tijd – wanneer de onderneming daadwerkelijk nog levensvatbaar is en er genoeg liquiditeit en (dus) tijd is om te een akkoord in elkaar te zetten en uit te onderhandelen – pogen een herstructurering in te zetten en zo de onderneming te redden in het belang van alle stakeholders.

2.4 Het akkoord kan ook na aanbieding nog worden gewijzigd

2.4.1 Het is belangrijk om de constateren, dat het akkoord na aanbieding op de voet van art. 370 nog kan worden aangepast aan de hand van de (voortgaande) onderhandelingen tussen schuldenaar en schuldeisers / aandeelhouders. Zie MvT, p. 24, bij art. 370 lid 1 j° art. 378 lid 1 en daarnaast onder meer het opschrift en lid 1 van 376, alsmede de MvT bij art. 3d. Uiterlijk acht dagen voor de geplande stemming moet het definitieve akkoord worden neergelegd (art. 378 lid 1). De wetgever heeft deze insteek terecht gekozen. De herstructureringspraktijk leert, dat de onderhandelingen voortduren, totdat de tijd op is – hetzij vanwege een *hard stop* zoals het opraken van de liquiditeit, het in behandeling komen van een faillissementsverzoek, het aflopen van een *waiver*, en dergelijke, hetzij omdat de voldoende omzichtige en oplettende schuldenaar teneinde een *hard stop* en deconfiture van de onderneming te vermijden op een gegeven moment een datum voor de stemming aankondigt.

2.4.2 In de huidige surseancepraktijk betwijfelen sommigen (onterecht) of het (concept-)akkoord na aanbieding nog (substantieel) kan worden gewijzigd, met in het achterhoofd de “*one shot*”-gedachte (waarover meer in 4.4). In surseance kan het akkoord nog worden gewijzigd, totdat het in stemming wordt gebracht. De WHOA beperkt dit terecht en kiest de juiste middenweg. Het doet recht aan de hierboven

aangehaalde praktijk, om ook na aanbieding nog mogelijk te maken het akkoord geheel of gedeeltelijk te wijzigen. Er is – zie onze uiteenzetting bij 4.4 – geen overtuigende reden om niet toe te staan, terwijl dat het proces wel zeer zou bemoeilijken. Pas nadat de eindfase is ingegaan, doordat de stemming is aangekondigd, tonen partijen het achterste van hun tong en worden de pijnlijke compromissen gesloten: alles wordt onder die druk (pas) vloeibaar, zoals men zegt. Tegelijk moeten de schuldeisers en aandeelhouders voldoende tijdig (en acht dagen is dat) weten waarover zij definitief worden gevraagd te stemmen. Op die termijn kunnen zij zich nog een voldoende beeld vormen.

2.4.3 De regeling zoals het Wetsvoorstel die nu op dit vlak bevat, dient dus wat ons betreft te worden behouden.

2.5 Akkoord op initiatief van de schuldeisers, via een deskundige

2.5.1 Het Wetsvoorstel kent geen mogelijkheid voor schuldeisers om een WHOA akkoord op te tuigen en in stemming te brengen. Het initiatief ligt duidelijk bij de schuldenaar. Wel is er de mogelijkheid voor schuldeisers om (via een deskundige) aanbieding van een akkoord af te dwingen (art. 371). Als de schuldenaar geen akkoord aanbiedt kan de schuldeiser daarop aandringen, mits redelijkerwijs aannemelijk is dat schuldenaar niet met het betalen van zijn schulden kan voortgaan. Vervolgens kan de schuldeiser aan de rechtbank verzoeken om in te grijpen als de schuldenaar schriftelijk verzocht is om akkoord aan te bieden én niet binnen één week daarop een positieve reactie is verzonden, of dit wel is gebeurd maar niet binnen één maand een ‘homologatiewaardig’ akkoord is aangeboden. Dan kan rechtbank een deskundige benoemen, die in de plaats van de schuldenaar een akkoord kan aanbieden.

2.5.2 Wij pleiten ervoor deze regeling in de kern zo te behouden als nu voorgesteld, omdat aldus een goed evenwicht wordt bereikt tegen het primaat bij de schuldenaar, die bij uitstek aangewezen en in staat is om een herstructurering voor te stellen en vorm te geven die past bij de onderneming en de situatie waarin die verkeert. Het zou veel te ver strekken om schuldeisers zelf de bevoegdheid te geven een akkoord aan te bieden. Ook de mogelijkheden om via een deskundige een akkoord af te dwingen, zoals nu voorgesteld dienen niet te worden aangescherpt of uitgebreid.

2.5.3 Wel is de ‘van overeenkomstige toepassing verklaring’ van het in het Wetsvoorstel voor de schuldenaar bepaalde op die deskundige (art. 369 lid 8) in het Wetsvoorstel nog onvoldoende doordacht en uitgewerkt. Zo miskent de ‘van overeenkomstige toepassing verklaring’ het fundamentele verschil in positie tussen beiden (schuldenaar en deskundige), onder meer op het punt van taken, bevoegdheden, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden. Dit behoeft nog nadere uitwerking. Ten slotte achten wij de termijnen, waarop de schuldenaar moet meedelen of hij een akkoord zal aanbieden (een week) en (daarna) het

akkoord daadwerkelijk moet aanbieden (een maand) onrealistisch kort, zeker voor grote / complexe ondernemingen (maar zelfs voor kleinere). Inderdaad moet de schuldeisers een middel worden geboden om een schuldenaar zo nodig aan te sporen, maar dit middel zal door bepaalde schuldeisers ook zeker als breekijzer worden ingezet – vergelijk de praktijk rondom de enquêteprocedure. Daartussen moet een balans worden bewaard. Wij zouden ons termijnen van twee weken resp. twee maanden goed kunnen voorstellen.

2.6 Alleen de schuldenaar kan vroege beslissingen vragen over essentiële elementen van het akkoord

2.6.1 Zoals wij en anderen hebben aangeraden in de consultatie over het wetsvoorstel WCO II, is in het Wetsvoorstel de mogelijkheid opgenomen om reeds in de onderhandelingsfase de rechter te vragen geschillen over bepaalde essentiële elementen van het akkoord te beslechten (art. 376). Aldus wordt voorkomen, dat deze pas bij homologatie op tafel komen en dan mogelijk een onoverkomelijk obstakel voor homologatie vormen – met goed mogelijk deconfiture tot gevolg.

2.6.2 Terecht is ervoor gekozen, alleen de schuldenaar deze mogelijkheid toe te kennen. Zouden ook de schuldeisers deze mogelijkheid krijgen, dan komt dat neer op het opnemen van niet één, maar twee inhoudelijke rechtsgangen in de WHOA, die dan ook welhaast altijd zullen plaatsvinden. De opzet zoals die nu is, legt een zware verantwoordelijkheid om de schuldenaar om de essentialia van het akkoord juist te doen en op een wijze waarmee hij zich van voldoende steun onder de betrokken schuldeisers / aandeelhouders verzekert. Zo niet, loopt hij het hierboven bedoelde risico dat het akkoord in zijn geheel faalt, met desastreuze gevolgen. Twijfelt de schuldenaar, of komt hij er op essentiële punten in de onderhandelingsfase daadwerkelijk niet uit, dan zal de verstandige schuldenaar niet schromen om art. 376 te benutten om die geschillen op tijd op te lossen. Daarbij zal hij echter de balans zoeken tussen het compromis zoeken in de onderhandeling en alleen als dat echt niet lukt de rechter opzoeken.

2.6.3 Zou art. 376 ook voor de schuldeisers of aandeelhouders worden opengesteld, staat de valkuil van chapter 11 wijd open: een *court driven* proces, dat wil zeggen een proces waarbij partijen om de haverklap bij de rechter staan. Het ligt in de rede dat dan in elke WHOA-casus schuldeisers niet zullen wachten tot op de homologatiezitting, om de door art. 376 bestreken punten bij de rechter aan de orde te stellen: door dit zo vroeg mogelijk te doen, hebben zij een extra kans gelijk te krijgen, althans druk op de onderhandelingen uit te oefenen; lukt het in die fase niet, is er een *second bite at the apple* bij de homologatiezitting. Met andere woorden, alle in art. 376 genoemde kwesties zullen in elke WHOA-casus tweemaal aan de rechter worden voorgelegd. Dit alles zou zeer afdoen aan de doelstellingen van de WHOA van effectiviteit, een zo gering mogelijk beslag op de rechterlijke macht, en een beheersbaar proces dat zoveel mogelijk aan de partijen wordt overgelaten. Eén hap van de appel is voldoende.

2.7 Behoud en versterk de bescherming van het akkoord tegen ipso facto-clausules en bepalingen met een vergelijkbaar effect

2.7.1 Art. 372 lid 3 van het Wetsvoorstel bevat de onontbeerlijke bescherming van de WHOA-akkoordprocedure tegen clausules, die getriggerd worden door het aanbieden van het akkoord of wat daarmee verband houdt, en als gevolg waarvan de schuldenaar belangrijke rechten of overeenkomsten zouden ontvallen. Het gaat daarbij in eerste instantie om bepalingen die aan insolventie, en alles wat daar in de meest brede zin naar riekt, automatisch of naar keuze van de wederpartij het einde van de overeenkomst met zich brengt, of anderszins aanpassing van de verplichtingen van de wederpartij ten nadele van de schuldenaar.

2.7.2 Dat soort bedingen is in de commerciële praktijk (door opname in welhaast alle standaardvoorwaarden en (model-)overeenkomsten) eerder regel dan uitzondering. Daarom zouden zonder een bepaling als art. 372 lid 3 de meeste reddingspogingen van ondernemingen die de WHOA wil faciliteren nagenoeg kansloos zijn: zodra de schuldenaar het akkoord aanbiedt, of afhankelijk van de formulering van de bedingen reeds wanneer hij onderhandelingen daarover begint, ontvallen de onderneming al haar belangrijke (en onbelangrijke) contracten met leveranciers en andere wederpartijen. Dat is vanzelfsprekend dodelijk, maar zelfs als partijen bereid zijn om door te leveren, zouden dit soort clausules hen een belangrijk drukmiddel jegens de schuldenaar verschaffen – wat nu juist niet de bedoeling is in het kader van een herstructureringsmiddel als de WHOA, dat een zo evenwichtig mogelijke uitkomst voor de schuldenaar en *alle* schuldeisers beoogt.

2.7.3 Het is dus terecht, en niet voor niets in lijn met o.a. chapter 11[20] en de Concept Richtlijn[21] dat het Wetsvoorstel ipso facto clausules buiten werking stelt. Wil de bescherming echter daadwerkelijk effectief zijn, dan dient art. 372 lid 3 zich ook uit te strekken tot bedingen die niet rechtstreeks aanhaken op aanbieding van het akkoord, maar effectief hetzelfde gevolg hebben. Opnieuw terecht is daarom bepaald dat het ook gaat om bedingen die aanhaken bij “gebeurtenissen die daarmee rechtstreeks verband houden”. Zo zouden anders bankfinancieringen dikwijls opzegbaar worden, wanneer de schuldenaar interimfinanciering (zie 4.3 voor wat daarmee wordt bedoeld) aantrekt – terwijl de WHOA dit beoogt te faciliteren en te stimuleren. Immers, veel bankfinancieringen bevatten een verbod tot het aantrekken van aanvullend krediet (*no financial indebtedness*) en/of een verbod tot het stellen van zekerheid (*negative pledge*). Zou dit niet buiten werking worden gesteld, heeft de financier in de praktijk toch een veto op herstructureringskrediet, dan wel kan dit niet worden aangetrokken zonder dat de

[20] § 365(e) Bankruptcy Code.

[21] Concept Richtlijn, whereas (22), Article 7 section 5.

bestaande bankfinanciering vervalt en deze dus óók direct moet worden geherfinancierd. Dat zal doorgaans niet mogelijk zijn.

2.7.4 De redactie kan nog iets worden aangepast om te verzekeren, dat het beoogde effect wordt bereikt:

> **Artikel 372** [Wederkerige overeenkomsten]
>
> (…)
>
> 3. Het voorbereiden van, onderhandelen over, aanbieden of uitvoeren van een akkoord als bedoeld in het eerste lid, alsmede gebeurtenissen en (rechts-)handelingen die daarmee rechtstreeks verband houden of daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn, zijn geen grond voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen van of jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.

2.7.5 Men zou bevreesd kunnen zijn, dat dit schuldeisers in te grote mate van hun rechten beroofd. Kan een financier bijvoorbeeld nog wel opeisen, als de kredietdocumentatie hem dat recht geeft omdat de schuldenaar tekortschiet, en andere daarmee verband houdende rechten uitoefenen? Wat ons betreft is het antwoord daarop bevestigend (behoudens een eventuele afkoelingsperiode), en is de bepaling zoals nu opgenomen (dan wel aangepast zoals door ons voorgesteld) niet onredelijk bezwarend voor wederpartijen van de schuldenaar. De juiste balans wordt precies bereikt doordat het moet gaan om gebeurtenissen of (rechts-)handelingen die *rechtstreeks* verband houden met het akkoord. Dat is bij ander tekortschieten van de schuldenaar niet het geval en zelfs niet bij andere insolventiegerelateerde triggers.

2.8 Geen rechtsmiddelen: essentieel dat geen hoger beroep wordt opengesteld

2.8.1 Mede met het oog op *deal certainty* en de gedachte dat een akkoord zo snel mogelijk duidelijkheid moet bieden en in beginsel niet kan worden vernietigd (en ontbinding eventueel kan worden uitgesloten, zie art. 384)[22] heeft het Wetsvoorstel de mogelijkheid van rechtsmiddelen tegen beslissingen van de rechtbank sterk beperkt. Deze zijn terecht uitgesloten voor beslissingen van de rechtbank waarin zij:

(i) op verzoek van een schuldeiser een deskundige benoemt in de zin van art. 371 (art. 371 lid 6);
(ii) een afkoelingsperiode gelast (art. 375 lid 5);
(iii) tal van geschillen beslecht die haar hangende de onderhandelingen over het akkoord (art. 376 lid 6); en

[22] Zie over de onjuiste verwijzing naar uitsluiting van vernietiging in de zin van deze bepaling hierboven: 2.2.23.

(iv) het verzoek tot homologatie honoreert (art. 381 lid 6).[23]

2.8.2 Het is ons bekend dat vanuit de rechterlijke macht is geopperd om toch hoger beroep en cassatie open te stellen, maar dat raden wij ten stelligste af. Deze rechtsmiddelen kunnen ertoe leiden dat een finale beslissing voor de verbindendheid van het WHOA-akkoord voor grote vertraging in de uitvoering daarvan kan zorgen: als het even tegenzit 6 maanden tot een jaar, zoals nu al het geval is bij het instellen van rechtsmiddelen in surseance- en faillissementsaangelegenheden.[24] Een dusdanig lange vertraging biedt bepaalde stakeholders weer een *holdout*-positie die het Wetsvoorstel nu juist beoogt te voorkomen. Een succesvolle herstructurering buiten een insolventieprocedure vereist doortastendheid.

2.8.3 Daarbij is de WHOA-procedure zoals nu voorgesteld met voldoende waarborgen omkleed. Dit zou nog kunnen worden versterkt, door van de algemene weigeringsgrond voor homologatie van art. 381 lid 3 onder h een ambtshalve toe te passen toets te maken (zie ook 2.2.21). Voor de rechtsvorming zijn hogere voorzieningen ook niet nodig, omdat de rechtbank in voorkomend geval bij twijfel de weg van de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad kan volgen om richting te krijgen.

2.8.4 Voor rechtsbescherming is een beroepsmogelijkheid evenmin nodig als een van de betrokken partijen (schuldenaar of schuldeiser) door haar gedrag aanleiding zou geven voor een correctiemogelijkheid. Dan staat de gedupeerde partij immers de mogelijkheid van een onrechtmatigedaadvordering ten dienste waarmee zijn schade vergoed wordt. Ook de weg naar de civiele (kort-geding)rechter staat open.

2.9 Vereiste van minnelijk voortraject niet formaliseren

2.9.1 In 1.2.2-1.2.3 merkten wij reeds op, dat de thans gegroeide praktijk van informele, (min of meer) consensuele buitengerechtelijke herstructureringen door de WHOA niet zal worden ondergraven, maar juist worden versterkt. Het is dan ook niet nodig en zou onjuist zijn om het vereiste dat aan het aanbieden van een WHOA-akkoord een minnelijk traject vooraf dient te gaan in de wet te formaliseren.

2.9.2 Het is niet nodig, omdat ook zonder een daarop gerichte bepaling niet goed denkbaar is dat schuldenaars in de praktijk ‘rauwelijks’ een akkoord zullen gaan

[23] NB: door het ontbreken van de gewone rechtsmiddelen tegen een homologatie verwijst art. 381 lid 5 ten onrechte naar het in kracht van gewijsde gaan van de beschikking tot homologatie. Dit moet derhalve geschrapt worden.

[24] Zie bijv. de casus en procedure die ten grondslag lagen aan de twee uitspraken van de Hoge Raad in de Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A. en Portugal Telecom International Finance-zaken van 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1280 en 1281

aanbieden, behoudens als daarvoor dwingende (en dan dus ook te billijken) redenen zijn of in gevallen van (beoogd) misbruik van de WHOA. Schuldeisers of aandeelhouders die daarmee geconfronteerd zouden worden, zouden zich danig verzetten tegen de schuldenaar. De homologatie zou dan een *uphill battle* zijn, zeker wanneer de rechter, zoals wij voorstaan, in zijn toetsing en beslissing om al dan niet te homologeren rekening houdt met de mate van steun voor en de inhoud het akkoord alsmede de overige omstandigheden waaronder dat is aangeboden (zie 2.2.11 e.v.). Een 'rauwelijks' aangeboden akkoord waartegen de schuldeisers c.q. aandeelhouders te hoop lopen, dient door de rechter met grote omzichtigheid te worden benaderd. Zelfs als het akkoord dan voldoet aan de formele en inhoudelijke homologatiecriteria, kan de rechter (in voorkomend geval) terugvallen op de specifieke weigeringsgrond van art. 381 lid 3 onder f en (in ieder geval) de algemene weigeringsgrond van art. 381 lid 3 onder h – voor wat betreft die laatste des te meer, als die zoals wij ons kunnen voorstellen tot ambtshalve toe te passen toets wordt gepromoveerd (zie 2.2.21).

2.9.3 Hetzelfde zou gelden voor het traject tussen het aanbieden en de beoogde homologatie van een zonder voldoende vooroverleg neergelegd akkoord: ook dat zou een *uphill battle* zijn als de schuldeisers met het akkoord worden verrast. Het risico is dan groot dat de schuldenaar uit de loopt, omdat schuldeisers overgaan tot het nemen van individueel verhaal, mogelijk zelfs het aanvragen van faillissement – en dat alles niet per se in stilte / buiten de publiciteit, waardoor de schuldenaar het grote risico loopt dat ook klanten, leveranciers en andere wederpartijen weglopen of maatregelen nemen en de onderneming versneld op faillissement afstevent. De rechter die vervolgens door de schuldenaar wordt verzocht zulke acties te schorsen (art. 3d resp. 375) zal daar in een geval als hier bedoeld niet al te welwillend tegenover staan (ook niet, als die artikelen worden aangepast zoals wij voorstellen, zie 4.2).

2.9.4 Bovendien valt niet uit te sluiten dat bestuurders van een onderneming en eventuele andere nauw betrokkenen, het serieuze risico van (bestuurders-)aansprakelijkheid lopen wanneer het 'rauwelijks' aanbieden van een akkoord leidt tot schade door het hierboven beschreven tumult met stakeholders, (daardoor) onnodige vertraging, en in het ergste geval deconfiture. Schuldeisers en aandeelhouders zullen zeker niet nalaten degenen aan te spreken die zonder redelijke grond achterwege laten om de relevante schuldeisers en aandeelhouders tijdig en voldoende te betrekken en toch via WHAO een akkoord gehomologeerd te krijgen.

2.9.5 Het zou onjuist zijn het vereiste van een minnelijk voortraject te formaliseren, omdat dit afdoet aan het beoogde karakter (in overeenstemming met de vereisten van de Concept Richtlijn, zie 2.3.4) van een effectieve, zo vroeg mogelijk en laagdrempelig toegankelijke herstructureringsprocedure, gegoten in een flexibele kaderregeling (zie 1.4). Toevoeging van een nog een ingangstoets (naast art. 370 lid 1) zou een extra rechtsingang / mogelijkheid van oppositie creëren voor schuldeisers. In het ergste geval, indien zelfs zou worden opgenomen dat de

rechter bij aanbieding moet toetsen, loopt het proces reeds dan vertraging op met groot risico van publiciteit, waardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar wordt gebracht.

2.9.6 Maar ook als een verplicht minnelijk traject als extra homologatiecriterium zou worden toegevoegd, biedt dat schuldeisers en aandeelhouders een oneigenlijk extra drukmiddel. Individuele schuldeisers die niet tevreden zijn met wat hen wordt aangeboden zullen niet nalaten bestuurders onder druk te zetten om nog te wachten met het aanbieden van een WHOA-akkoord, omdat "er nog niet genoeg minnelijk voortraject" is geweest. Dit zou dus een extra punt van "*leverage*" toevoegen, wat in het algemeen moet worden vermeden (zie 2.1.4 e.v.), omdat het afbreuk doet aan de beoogde effectiviteit en de kern van de WHOA: *no holdouts* (zie 2.1).[25] Bovendien zou het beslag op de rechterlijke macht navenant toenemen, wat in strijd zou zijn met een ander belangrijk uitgangspunt van de WHOA.

2.9.7 Ten slotte: wat is genoeg minnelijk voortraject? Gaat het daarbij alleen om de duur van het minnelijke traject, of ook om de frequentie en de invulling daarvan? De aan al die factoren te stellen eisen hangen volledig af van de omstandigheden van het geval, waaronder de ernst van de situatie waarin de onderneming verkeert, de mate van steun voor het akkoord, de reikwijdte van het akkoord (één of vele klassen?), de hoeveelheid en hoedanigheid van de in het akkoord betrokken schuldeisers of aandeelhouders (professionele kredietverstrekkers / investeerders? Enkelen of vele tientallen? Oorspronkelijke schuldeisers of *distressed debt traders?*) en hun opstelling (kritisch coöperatief, strikt afwijzend of iets daartussenin? Kaarten tegen de borst of transparant over de eigen belangen? Het kan zeer snel duidelijk zijn, hoe de verschillende partijen tegen het voorgestelde akkoord aankijken – of vaag blijven tot aan een stemming). Er zijn zelfs gevallen denkbaar, dat het neerleggen van een akkoord met amper of geen vooroverleg wel gerechtvaardigd is, of zelfs van juist handelende bestuurders moet worden gevergd – namelijk als de onderneming door onverwachte gebeurtenissen tegen een dusdanig liquiditeitstekort aanloopt, dat geen tijd kan worden verloren. Dit alles zou moeilijk op een juiste, werkbare wijze te vangen zijn in een bepaling; welke bepaling men ook verzint, zij zou altijd de deur openzetten naar uitvoerige discussie bij de rechter. Het terechte – om die hiervoor benoemde redenen terechte – uitgangspunt van de WHOA is nu juist dat dit moet worden vermeden.

2.10 Afschaffing van het getalscriterium bij stemming dient te worden gehandhaafd

2.10.1 Bij de vaststelling, of een klasse van schuldeisers heeft voorgestemd (art. 378 lid 4) is in het Wetsvoorstel terecht slechts nog aangesloten bij de meerderheid in

[25] Al zou de schuldenaar daarover dan wellicht op de voet van art. 376 lid 1 onder a daarover een beslissing kunnen uitlokken.

bedrag. Een getalscriterium is losgelaten. Daarmee wordt het beste recht gedaan aan de economische realiteit; niet voor niets is deze opzet in lijn met de Concept Richtlijn:

> "To ensure that parties have a say on the adoption of restructuring plans proportionate to the stakes they have in the business, the required majority should be based on the amount of the creditors' claims or equity holders' interests in any given class."[26]

De praktijk leert, dat een getalscriterium weinig rechtvaardiging toevoegt aan de uitkomst van stemmingen over akkoorden, maar juist wel tot vertekende uitkomsten kan leiden en het leent zich voor manipulatie, waartegen bij een ander systeem weer waarborgen zouden moeten worden ingebouwd.

2.10.2 Evenzeer is het terecht dat alleen acht wordt geslagen op de daadwerkelijk uitgebrachte stemmen. Zoals wij in 2.2.20 al opmerkten, mag wanneer de onderneming in zwaar weer verkeert ook van de schuldeisers worden verwacht dat zij actief en betrokken deelnemen aan een herstructurering – vanzelfsprekend mits zij conform de vereisten van de WHOA tijdig en behoorlijk worden opgeroepen en voldoende geïnformeerd. Absenteïsme mag dan niet aan de aanneming of homologatie van het akkoord in de weg staan.

2.11 Overige te behouden sterke punten van het Wetsvoorstel

2.11.1 Zonder uitgebreide nadere toelichting merken wij hier nog graag op, dat ook de volgende kwesties in het Wetsvoorstel wat ons betreft op een goede wijze zijn geregeld, zodat wij ervoor pleiten deze regelingen te behouden zoals nu voorgesteld:

- De mogelijkheid om wederkerige overeenkomsten te herstructureren (art. 372 lid 1 en 2). Dit is een voor een geslaagde herstructurering essentiële toevoeging. De voorgestelde regeling blinkt uit in eenvoud, mede door het niet make van onderscheid in soorten overeenkomsten, maar bereikt een zeer goede balans tussen de betrokken belangen.

- Het verbeterde criterium voor klassenindeling (art. 373). Het criterium zoals nu voorgesteld is juist, in overeenstemming met internationale voorbeelden, en zal goed werkbaar zijn.

- De maatwerkbepaling (art. 377). Ook deze toevoeging is essentieel. Zeker wanneer ons advies wordt gevolg de beoordeling van de WHOA op te dragen aan één, gespecialiseerd en kundig gerecht met een actieve opstelling, zal de maatwerkbepaling die rechters in staat stellen de WHOA te hanteren op een wijze die de praktijk het meest recht doet. Het karakter van flexibele kaderregeling komt dan tot zijn volle recht, doordat de rechterlijke macht die kaders invult zoals dat het beste past bij het geval, met het oog op het doel

[26] Concept Richtlijn, Whereas (26); zie ook article 2 section 7 en article 9 section 4.

van de WHOA en de concreet betrokken gevallen: zie eerder 1.4.2. Met enig recht zou kunnen worden gesteld dat chapter 11 veel van zijn succes ontleend aan § 105(a) Bankruptcy Code – de zeer sterke en brede maatwerkbepaling, die die wet kent.

Overigens is het hierbij wel zeer van belang dat art. 377 niet wordt opengesteld voor anderen, dan de schuldenaar. Dan liggen dezelfde risico's op de loer, als die welke we aanstipten bij het (niet) openstellen van rechtsmiddelen: zie 2.8, en bij de mogelijkheid voor de schuldenaar om reeds in de onderhandelingsfase de rechter te vragen geschillen over bepaalde essentiële elementen van het akkoord te beslechten (art. 376): zie 2.6.

3 EEN ENKEL FUNDAMENTEEL (VERBETER)PUNT

3.1 Gespecialiseerde rechters

a. WHOA-akkoorden horen thuis bij één – gespecialiseerd en deskundig – gerecht

3.1.1 Het Wetsvoorstel kent de nodige bepalingen waarin aan de rechter taken en bijbehorende bevoegdheden zijn opgedragen in de procedure, althans, wanneer op hem een beroep wordt gedaan. Zie in dit verband:

- Art. 369 lid 3: aanwijzing bevoegde rechtbank
- Art. 371: benoeming deskundige
- Art. 375: afkoelingsperiode
- Art. 376: behandeling diverse geschillen voorafgaand aan stemming
- Art. 377: maatwerkbepaling
- Art. 380-381: homologatie

3.1.2 Volgens het Wetsvoorstel is de bevoegde rechter de rechtbank die op grond van art. 2 Fw bevoegd zou zijn om de schuldenaar in staat van faillissement te verklaren (art. 369 lid 3). Deze keuze is in de MvT verder niet toegelicht. Gezien de complexe materie waarmee die rechtbank en haar rechters-commissarissen te maken krijgen bij een akkoordprocedure onder de WHOA verdient het echter aanbeveling om gebruik te maken van specialisatie en de rechtspraak te concentreren bij één kundige instantie, mede tegen de achtergrond van de beperking van hogere voorzieningen. De rechter die zich met WHOA-akkoorden moet gaan bezighouden, moet van vele markten thuis zijn: naast goede kennis van het insolventierecht dient hij/zij te beschikken over inzicht in cijfermatige processen, financiële documenten, zoals solvabiliteits- en liquiditeitsprognoses en waarderingsvraagstukken. Dit past in het streven naar specialisatie zoals herhaaldelijk bepleit door het ministerie, de Raad voor de Rechtspraak maar ook bijvoorbeeld VNO-NCW en in het Voorontwerp Insolventiewet:

- *MvT (p. 12) bij het Voorontwerp Insolventiewet (2007)*

> "c. Professionele kwaliteit rechters-commissarissen en ondersteunend personeel
>
> De (verdere) verbetering van de professionele kwaliteit van rechters-commissarissen en hun juridisch ondersteunend personeel verdient aandacht. De commissie heeft in haar advies van 13 april 2005 geschreven dat zij denkt aan (een combinatie van) de volgende maatregelen:
>
> • concentratie van de insolventierechtspraak (één rechtbank per ressort);
> • opleidingseisen voor rechters-commissarissen. Als voorbeeld kunnen de (mede) door Insolad geïnitieerde specialisatieopleidingen en de daarbij behorende vervolgopleidingen worden genoemd. Overigens vraagt onze commissie zich af of het gewenst is voor rechters-commissarissen een aparte specialisatieopleiding te ontwikkelen. Een opleiding waaraan niet alleen rechters-commissarissen, maar ook bewindvoerders deelnemen voorziet wellicht in een betere vorming.
>
> • opleidingseisen voor het juridisch ondersteunend personeel;

> • voldoende ervaringsjaren; de functie van rechter-commissaris zou daarom voor langere tijd vervuld moeten worden.
>
> • carrièremogelijkheden binnen de rechterlijke macht voor rechters-commissarissen.
>
> Met het oog op (verdere) professionalisering van het rechter-commissariaat gaat het voorontwerp uit van concentratie van insolventiezaken in de hoofdplaatsen van de hofressorten. Daarmee wordt een gedachte gevolgd uit het MDW-rapport modernisering faillissementsrecht. Voor de behandeling van insolventies van natuurlijke personen kan, indien dit nodig wordt geacht, via de bestaande mogelijkheden van aanwijzing van nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen worden voorzien in behandeling op daarvoor geëigende (decentrale) locaties."

- Zie rond die tijd ook *Kamerstuk 31 200 VI (Begroting van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2008):*

  > "De toenemende complexiteit van de samenleving vraagt hoogwaardige expertise. In vervolg op de evaluatie van de modernisering van de rechtspraak (commissie-Deetman) zal het eenvoudiger worden specialisaties binnen de rechtspraak te organiseren. […] Binnen en tussen gerechten zal specialisatie een bijdrage leveren aan het verhogen van de deskundigheid."

- Voorts *MvT Wet modernisering faillissementsprocedure (Kamerstukken 2016-2017, 34740, nr. 3, par. 1 en 3d):*

  > "Tot slot draagt het wetsvoorstel bij aan de verdere specialisatie van de insolventierechter en biedt het ondersteuning voor verdere ontwikkelingen in de uitvoering van wetgeving."

- Vgl. *Advies VNO-NCW (p. 8):*

  > "Wij zijn voorstander van het terugbrengen van het aantal 'insolventiekamers', waardoor er meer rechters-commissarissen en hun staf op één locatie zitten en de regio's waarin zij curatoren benoemen groter. Bepaalde rechtbanken zouden wellicht kunnen samenwerken (al dan met per Hofressort). Dit is efficiënter, geeft meet mogelijkheden tot specialisatie van rechters, leidt tot een hogere kwaliteit en verminderde kwetsbaarheid (bij ziekte, vakantie e.d.)"

- *Agenda van de Rechtspraak 2015-2018 (Speerpunt /Doelstelling 3):*

  > "De Rechtspraak werkt systematisch aan de aansluiting van haar deskundigheid bij de vraag vanuit de samenleving. Die aansluiting wordt gezocht in de wijze van behandeling van iedere zaak: snelheid waar het kan, maatwerk waar dat nodig is. De deskundigheid wordt bevorderd door uitbouw van specialisatie. Op specialistische rechtsgebieden zorgen we voor voldoende specialistische capaciteit, waar nodig met inzet van multidisciplinaire deskundigheid. […] In de periode tot 2018 maken we gezamenlijk afspraken over: 1 het door rechters gezamenlijk vaststellen en actueel houden van professionele standaarden. De standaarden zien ook op deskundigheid die nodig is om bepaalde zaakstypen – bijvoorbeeld op forensisch gebied – goed te kunnen behandelen; 2 de ontwikkelingsfaciliteiten die nodig zijn om te werken volgens de professionele standaarden; 3 de verdergaande invulling en inrichting van specialisatie binnen de gerechten en – waar dat nodig is – tussen de gerechten; […]."

3.1.3 De noodzaak tot specialisatie in de rechterlijke macht op het terrein van het insolventierecht is door een van ondergetekenden al veel langer geleden in TvI bepleit[27] en blijkt tijdens menige bijeenkomst van Insolad (Grotius (vervolg) cursussen, workshops, jaarvergaderingen etc.) in uitingen door curatoren en

[27] R.D. Vriesendorp, De R-C als trendvolger?, *TvI* 1995/2. Zie voorts bijv.: Uitgebalanceerd (Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, 2006), § 8.6.

rechters breed gedragen. De daadwerkelijke effectiviteit van de WHOA is minstens even zozeer afhankelijk van de uitvoering die daaraan wordt gegeven door de rechters aan wie deze wordt opgedragen. Het belang van het aanwijzen van één gespecialiseerd en deskundig gerecht kan dus niet worden onderschat.

b. Welke rechter is de meest aangewezen instantie? Financiering door gedifferentieerd griffierecht

3.1.4 Als de keuze gemaakt wordt om in het Wetsvoorstel één gespecialiseerde rechterlijke instantie aan te wijzen om zich met de WHOA bezig te houden, op vergelijkbare wijze als bijvoorbeeld de Haagse rechter in IE-zaken en de Pachtkamer in Arnhem, rijst de vraag wie dat zou moeten zijn bij de onderhavige problematiek. Hiervoor komen volgens ons twee instanties in aanmerking: de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam of één specifiek daartoe aangewezen rechtbank in Nederland. De formatie voor een dergelijke uitbreiding van taken moet worden aangepast aan de te verwachten extra belasting. Financiering hiervan is mogelijk met behulp van een gedifferentieerd stelsel van – zo mogelijk – kostendekkend griffierecht afhankelijk van de omvang van het te saneren passief. Hiermee komen de zwaarste lasten te rusten op de schouders van de grootst herstructureringen, terwijl het griffierecht voor kleinere ondernemingen zodanig laag kan worden gehouden, dat ook voor hen de WHOA een daadwerkelijk laagdrempelig, goed toegankelijk herstructureringsmiddel wordt.

3.2 (Niet-)toepasselijkheid van de Europese insolventieverordening

*a. Het Wetsvoorstel moet kiezen: WHOA komt wel of niet op Annex A van de herschikte Europese Insolventieverordening ("**InsVo**")*

3.2.1 Het valt op dat tekst noch toelichting bij het Wetsvoorstel een verwijzing naar de Europese Insolventieverordening bevatten. In het vervolgtraject moet hieromtrent echter wel een keuze worden gemaakt. Voor beide mogelijkheden valt wat te zeggen.

3.2.2 Plaatsing van de WHOA op Annex A vereist dat de procedure voldoet aan de daarvoor gestelde vereisten, maar dat hoeft gezien de omschrijving daarvan in art. 1 lid 1 en art. 2 lid 4 herschikte InsVo geen probleem te zijn, behalve wellicht dat er geen duidelijk beginpunt van een procedure valt aan te wijzen. Als Nederland er echter in slaagt om de WHOA op Annex A geplaatst te krijgen, dan is daarmee de herschikte InsVo op de WHOA en zijn uitkomsten van toepassing. Wil een schuldenaar gebruikmaken van de mogelijkheden van de WHOA, dan dient hij zijn 'centrum van voornaamste belangen' (COMI) wel in Nederland te hebben (art. 3 e.v. herschikte InsVo). Buitenlandse rechtspersonen hebben dan in beginsel geen herstructureringsmogelijkheden via de WHOA, zodat het binnenhalen van dergelijke saneringen zoals de UK thans doet via de Scheme of Arrangement, dan niet mogelijk is. Voordeel is dan wel dat de WHOA in de hele

Europese Unie (behalve Denemarken) automatisch erkend wordt (art. 19 herschikte InsVo).

3.2.3 Het achterwege laten van plaatsing van de WHOA op Annex A is op zichzelf ook mogelijk, maar dan is de WHOA niet onderworpen aan de regels en bescherming van de herschikte InsVo. Dan is het weliswaar niet uitgesloten, maar minst genomen toch wel onduidelijk – en vanuit een oogpunt van *deal certainty* daarmee tamelijk onhanteerbaar – of een homologatie van een WHOA-akkoord door de Nederlandse rechter elders erkend gaat worden. Hoewel het EU Hof van Justitie de naadloze aansluiting tussen InsVo en EEX-Vo herhaaldelijk heeft uitgesproken,[28] lijkt de uitsluiting van de werkingssfeer van de EEX-Vo van – onder meer – akkoorden (art. 1 lid 2 sub b EEX-Vo) een automatische erkenning van een WHOA-akkoord dan onder beide verordeningen in de weg te staan. Voor een effectief onderhands akkoord lijkt dit een ongewenst resultaat. Dit nadeel zal moeten worden afgewogen tegen de voordelen van de mogelijkheid de WHOA open te stellen voor herstructureringen van buitenlandse ondernemingen zonder COMI in Nederland.

[28] HvJEU 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition, C-157/13, r.o. 21; en recent weer herhaald in HvJEU 9 november 2017, Tünkers France c.a./Expert France, C-641/16, r.o. 16 e.v.

4 OVERIGE KNELPUNTEN EN MOGELIJKHEDEN TOT VERBETERING

4.1 Overzicht

4.1.1 Naast wat hiervoor in 2 en 3 is besproken, hebben wij de volgende meer specifieke knelpunten en mogelijkheden tot verdere verbetering van het Wetsvoorstel gesignaleerd.

1. Schorsing faillissementsverzoeken na aanbieding akkoord en afkoelingsperiode maximaal 2x2 maanden (art. 3d / 275): dit is in ieder geval te kort, maar de regeling is vooral te inflexibel (4.2).
2. *Safe haven* voor herstructureringskrediet (art. 42a): de geboden bescherming is niet sterk genoeg/verkeerd ingestoken; de omschrijvingen van het beschermde krediet en beschermde zekerheidsrechten zijn onvolledig (4.3).
3. Geen akkoord in surseance indien in de drie voorafgaande jaren een WHOA akkoord is verworpen of niet gehomologeerd (art. 252 / 287a): dit verdient schrapping (4.4).
4. De exclusieve bevoegdheid van economisch belanghebbenden boven juridische schuldeisers (art. 369 lid 4) is niet altijd juist: het artikel dient beter aan te sluiten bij de praktijk (4.5)
5. Het Wetsvoorstel regelt ten onrechte niet de positie van de pandhouder van aandelen en vorderingen en kan verbeterd worden waar het de certificaathouders van aandelen betreft (4.6)
6. Mogelijkheid om rechten tegen borgen, medeschuldenaren etc. aan te tasten (art. 369 lid 7 en 370 lid 2): de opsomming van aansprakelijke derden is onvolledig (4.7).
7. Uitzonderingen op de absolute *priority rule* (art. 381 lid 4 onder c en d) zijn incompleet (4.8)

Hieronder komen deze knelpunten kort aan bod met waar mogelijk een aanzet voor een oplossing daarvan.

4.2 Schorsing faillissementsverzoeken en afkoelingsperiode dienen ruimer / meer flexibel te zijn (art. 3d / 375)

4.2.1 Artikel 3d (nieuw) bepaalt, dat behandeling van faillissementsverzoeken tegen de schuldenaar-onderneming die reeds een (voldoende uitgewerkt ontwerp-) akkoord heeft ingediend, kan worden opgeschort voor maximaal twee maanden, met een mogelijke verlenging van nog eens maximaal twee maanden. Hetzelfde geldt voor de afkoelingsperiode voor (andere) individuele verhaalsacties die op grond van art. 375 kan worden verzocht. Een en ander is uit de bestaande regelingen in de Faillissementswet overgenomen, maar leent zich daar niet voor. Voor beide gevallen zijn de voorgestelde termijnen echter te kort, althans is de

regeling te inflexibel. Een herstructureringssituatie zoals de WHOA beoogt te faciliteren is bepaald anders dan een faillissement en de WHOA kiest op veel punten terecht juist een flexibele insteek gericht op maatwerk. Dat is ook hier gewenst.

4.2.2 Tenzij het akkoord toevallig al bijna gereed is wanneer een en ander speelt, is een periode van vier maanden hoe dan ook te kort, alleen al gelet op de verwachte (minimale) doorlooptijd van een akkoordprocedure en de in dit verband door het Wetsvoorstel zelf gehanteerde termijnen. Daarnaast leert de praktijk, dat onderhandelingen over een akkoord dikwijls meer tijd in beslag nemen dan vier maanden, zeker bij "ondernemingen van enige omvang"[29] waarvoor de WHOA hoofdzakelijk is bedoeld.

4.2.3 De aandacht moet er ook niet op zijn gericht welke (maximale) termijn voor een WHOA-traject gewenst is (en een faillissementsverzoek dus wordt opgeschort). Het is beter een andere invalshoek te kiezen. Starre bepalingen zoals nu voorgesteld brengen onnodig grote risico's met zich: als de maximale periode van opschorting voorbij is, moet in het geval van art. 3d het verzoek tot faillietverklaring worden behandeld c.q. zijn in het geval van art. 375 schuldeisers weer vrij verhaalsacties door te zetten. Behandeling van een faillissementsverzoek heeft doorgaans een "besmettingseffect" ("*insolvency blight*"): zodra wederpartijen c.q. de openbaarheid in het algemeen daarvan weet krijgen, is het met een onderneming vaak snel afgelopen omdat iedereen alle middelen ter zijner beschikking inzet om nog te (ver)halen wat er te (ver)halen valt voordat het te laat is (de concursus). Bij de behandeling van het faillissementsverzoek, als die dan doorgaat, is hooguit beperkt ruimte om in aanmerking te nemen, dat wellicht nog vruchtbare WHOA-akkoordonderhandelingen tussen de schuldenaar en de (andere) schuldeisers c.q. aandeelhouders lopen. Als is voldaan aan de toets van art. 1 Fw, moet de schuldenaar in beginsel failliet worden verklaard. Bij individuele verhaalsacties is deze ruimte er welhaast helemaal niet.

4.2.4 Gezien het voorgaande zijn art. 3d / 375 zoals nu voorgesteld een *hair trigger*, een te gemakkelijk (door één onwillige schuldeiser) te activeren valkuil, die het gehele herstructureringsproces kan verstoren met grote schade voor de overige stakeholders tot gevolg. Om die reden zouden art. 3d / art. 375 in hun huidige vorm zulke schuldeisers ook ongerechtvaardigde *leverage* / *nuisance value* opleveren (zie daarover in het algemeen, en waarom het moet worden vermeden, 2.1.4 e.v.). Door de tijd te laten te verstrijken en te dreigen met (het doorzetten van) een faillissementsverzoek of andere verhaalsacties, kunnen schuldeisers (te) grote druk op het proces zetten. Het proces dient van zichzelf zo te zijn ingericht dat de schuldenaar voortvarend te werk gaat; stakeholders moeten echter geen onbedoelde breekijzers in handen krijgen.

[29] MvT, p. 2, onder 2.

4.2.5 Overigens kunnen de nu voorgestelde periodes evengoed te lang uitpakken. In sommige gevallen ligt het juist eerder voor de hand om de schuldenaar nog slechts een kort respijt te gunnen, gelet op diens houding, omdat het allemaal al te lang heeft geduurd, of gelet op de grote belangen van de schuldeiser(s) die willen uitwinnen, zeker als het een belangrijk deel van hen is, vergeleken met de verwachte kansen dat het akkoord er nog zal kunnen komen. Natuurlijk kán de rechter de behandeling van het faillissementsverzoek korter dan twee maanden opschorten, maar gezien wat wij hiervoor opmerken is het onze verwachting dat een schuldenaar maar zelden korter dan twee maanden zal verzoeken; nu die termijn genoemd staat, wordt deze wellicht ook door de rechter als de 'default'-optie ervaren. Bovendien weet de rechter dat hij maar één keer kan verlengen en dan weer met slechts de maximale termijn; als hij dus te kort opschorting verleent, loopt hij het risico dat hij de schuldenaar uiteindelijk in totaal niet voldoende respijt kan geven, ook niet als dat gezien de voortgang van het proces en de belangen van alle stakeholders in een later stadium gerechtvaardigd of zelfs geboden is.

4.2.6 Ten slotte is een inflexibele regeling zoals nu voorgesteld in strijd met het door de wetgever terecht gekozen algemene uitgangspunt van een flexibele kaderregeling. Dat is geenszins nodig om de gerechtvaardigde belangen van schuldeisers te beschermen. Er moet namelijk wel degelijk een grens zijn aan de opschorting van individuele verhaalsrechten, waaronder het aanvragen van het faillissement, maar ook die kan heel goed flexibel zijn. Ook op dit punt (zie eerder o.m. 1.4.2, 2.2.11 e.v.) dient vertrouwen te worden gesteld in de rechterlijke macht, zeker als de WHOA wordt opgedragen aan (specifiek) ter zake kundige, gespecialiseerde rechters, met de opdracht zich actief op te stellen, zoals uiteengezet in 3.1.

4.2.7 Dan kan zowel voor de opschorting van faillissementsverzoeken (art. 3d) als van (andere) individuele verhaalsacties aan de rechter worden overgelaten, of opschorting wordt verleend en (telkens) voor hoe lang, en of wordt verlengd en hoe vaak. Dit biedt de rechter de mogelijkheid om met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, zoals door schuldenaar en (verhaal zoekende en andere) schuldeiser(s) te berde gebracht, en gelet op alle betrokken belangen en de stand en voortgang van het aanbieden van het akkoord en de onderhandelingen daarover, de meest passende regeling te treffen. Wil slechts één schuldeiser verhaalsacties treffen, terwijl de schuldenaar een sterk verhaal heeft, dat en waarom het proces voor het bereiken van een akkoord goed loopt, maar nog wel enige tijd nodig heeft, daarin gesteund door vele/belangrijke andere schuldeisers, dan zal de rechter eerder geneigd zijn een langere periode te gunnen. Is het tegendeel waar, zal hij niet of nog slechts kort opschorten. Ligt het geval gecompliceerd, dan kan de rechter eerst, en zo nodig steeds, een relatief korte periode opschorten, en die steeds verlengen zolang dat opportuun is – waarbij telkens de opponenten weer aan het woord kunnen komen en hun

belangen dus maximaal in acht worden genomen. Maatwerk dus, zoals herstructureringssituaties vereisen.

4.2.8 Voorstel:

Artikel 3d [Schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring in geval van de aanbieding van een akkoord]

1. Indien de schuldenaar een akkoord heeft aangeboden als bedoeld in artikel 370 wordt de behandeling van elk jegens hem ingediend verzoek tot faillietverklaring op zijn verzoek geschorst gedurende een door de rechter met het oog op onder meer de stand van de onderhandelingen over het akkoord en de belangen van de schuldenaar en de betrokken de schuldeisers en aandeelhouders te bepalen termijn, die telkens kan worden verlengd met een door de rechter op dezelfde voet te bepalen termijn, tenzij:
   a. ~~de schuldenaar~~ redelijkerwijs niet verwacht mag worden [in overeenstemming gebracht met art. 375, RvdS] dat de rechtbank zal overgaan tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 381, of
   b. er andere zwaarwegende redenen zijn die zich tegen een (verdere) schorsing verzetten.

   (…)

5. Tegen de beslissingen van de rechtbank als bedoeld in dit artikel staat geen rechtsmiddel open.

Artikel 375 [Afkoelingsperiode]

4. Heeft een schuldenaar een akkoord aangeboden als bedoeld in artikel 370, dan kan hij de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen gedurende een door de rechter met het oog op onder meer de stand van de onderhandelingen over het akkoord en de belangen van de schuldenaar en de betrokken de schuldeisers en aandeelhouders te bepalen termijn. Tijdens de afkoelingsperiode, ~~van ten hoogste twee maanden,~~ kan elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank. De rechtbank kan deze periode telkens verlengen met een door de rechter op dezelfde voet te bepalen termijn.

4.3 *Safe haven* voor herstructureringskrediet: bescherming is niet sterk genoeg/verkeerd ingestoken

4.3.1 Het is juist, en uitermate belangrijk, dat de WHOA een *safe haven* bevat voor herstructureringskrediet (art. 42a). Dit is in lijn met chapter 11; in de Scheme of arrangement wordt het node gemist en zoekt men mogelijkheden iets dergelijks in te voeren. Ook de Concept Richtlijn bevat uitgebreide bescherming voor zowel "new financing" als "interim financing", in Chapter 4 (articles 16, 17):

> "'new financing' means any new funds, whether provided by an existing or a new creditor, that are necessary to implement a restructuring plan that are agreed upon in that restructuring plan and confirmed subsequently by a judicial or administrative authority (article 2 at (11) Concept Richtlijn)
>
> 'interim financing' means any funds, whether provided by an existing or new creditor, that is reasonably and immediately necessary for the debtor's business to continue operating or to survive, or to preserve or enhance the value of that business pending the confirmation of a restructuring plan (article 2 at (11))"

4.3.2 De WHOA gaat echter niet ver genoeg, zoals goed te zien is aan de Concept Richtlijn. Art. 42a zou in de huidige vorm dan ook goed mogelijk bij voorbaat niet richtlijnconform kunnen zijn. De transacties die art. 42a beschermt, zijn te beperkt. Daarnaast werkt de huidige redactie niet goed, zelfs als men de reikwijdte niet zou willen vergroten. Art. 42a probeert aan te sluiten bij de pauliana-regeling, maar dat leidt niet (voldoende) tot het juiste resultaat. De huidige redactie beschermt verder slechts zakelijk zekerheidsrechten, terwijl de financiering in het algemeen dient te worden beschermd alsmede alle daarmee verband houdende zekerheidsstellende en andere transacties.

4.3.3 Die beperking is arbitrair en maakt dat de bescherming 'lek' is; als pand- en hypotheekrechten niet, maar garanties, de onderliggende financiering zelf, en flankerende transacties wel kunnen worden vernietigd, dan is het alsnog risicovol dergelijke financiering te verstrekken. De regeling schiet dan zijn doel voorbij, want herstructureringskrediet (interimfinanciering of nieuwe financiering) zal dan niet in de gewenste mate beschikbaar komen in de markt, dan wel worden de risico's in de prijs verdisconteerd. Dit maakt de financiering duurder dan nodig is, waardoor het minder mogelijk zal zijn voor een onderneming die toch al in de problemen zit om deze aan te trekken. Ten slotte zullen bestuurders van de schuldenaar dan huiverachtig blijven dergelijke transacties aan te gaan, want – als deze in het faillissement succesvol worden aangetast door de curator – lopen zij het risico van bestuurdersaansprakelijkheid, of in ieder geval het risico daarop te worden aangesproken.

4.3.4 Aanhaken bij de pauliana zoals nu wordt gedaan, met een bewijsvermoeden dat de zekerheid voor de herstructureringskrediet (i) niet benadelend was voor de schuldeisers en (ii) dat schuldenaar en financier van benadeling geen wetenschap hadden, werkt niet. Zekerheid stellen is immers als uitgangspunt per definitie benadelend voor de (overige) schuldeisers. Behoudens uitzonderingsgevallen biedt de oplossing van art. 42a op dat punt bewijsrechtelijk geen comfort waar de schuldenaar en de financier veel van mogen verwachten: ten eerste ligt ook in het huidige stelsel de bewijslast in beginsel bij de curator (behoudens de vermoedens van art. 43 Fw), ten tweede zal de curator evenzoveel of weinig als nu het geval is wel slagen in zijn bewijs dat sprake is van benadeling. Voor het negatieve vermoeden van wetenschap geldt hetzelfde; het zal aanleiding geven tot ingewikkelde discussies of een schuldenaar die bezig is een akkoord aan te bieden en een financier die in dat kader financiering verschaft het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid konden voorzien – dus of zij geobjectiveerd beoordeeld mochten verwachten dat het akkoord zou slagen. Zo zou de huidige onzekerheid in de markt omtrent het verschaffen van (gezekerde) financiering in het kader van reddingspogingen als gevolg van de arresten van de Hoge Raad inzake ABN

AMRO/Van Dooren q.q.[30] één-op-één worden getransponeerd naar de WHOA. Dit is niet wenselijk met het oog op de beoogde *deal certainty*.

4.3.5 Wij bevelen aan om aan te sluiten bij de Concept Richtlijn (en in brede zin moderne herstructureringsregimes wereldwijd, waaronder chapter 11). De *safe haven* dient te worden uitgebreid zodat die alle herstructureringskrediet en nieuwe financiering in het kader van het akkoord omvat. Deze dient vervolgens, inclusief alle daarbij behorende transacties, algeheel te worden beschermd tegen nietigheid, vernietiging of onafdwingbaarheid wegens benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in een opvolgend faillissement, tenzij sprake is van fraude of kwade trouw.

> "Member States shall ensure that new financing and interim financing are adequately encouraged and protected. In particular, new and interim financing shall not be declared void, voidable or unenforceable as an act detrimental to the general body of creditors in the context of subsequent insolvency procedures, unless such transactions have been carried out fraudulently or in bad faith." (Article 16 section 1 Concept Richtlijn)

Wederpartijen en bestuurders van de schuldenaar dienen tevens te worden beschermd tegen aansprakelijkheid (Article 16 Section 3 Concept Richtlijn). Daarbij moeten fraude en kwade trouw dan wel beperkter worden verstaan dan "benadeling van schuldeisers en de wetenschap daarvan" (het criterium van art. 42 Fw). Aansluiting bij een criterium als dat van art. 47 Fw, (vooral het tweede) ligt dan voor de hand, waarbij het aanbeveling verdient in de tekst van het wetsvoorstel te volstaan met een open norm als "fraude of kwade trouw", maar in de toelichting het bovenstaande te verduidelijken.

4.3.6 Voorstel:

Artikel 42a

1. Indien de schuldenaar voor de faillietverklaring interimfinanciering of nieuwe financiering heeft aangetrokken, of herstructureringstransacties heeft verricht, kunnen die financiering en herstructureringstransacties niet worden nietig worden verklaard, worden vernietigd of anderszins worden aangetast wegens benadeling van schuldeisers, tenzij aan de kant van de schuldenaar, een kredietverstrekker, of een wederpartij bij een herstructureringstransactie sprake is van fraude of bedrog. In dit artikel wordt verstaan onder:
   a. interimfinanciering, nieuw krediet (in welke vorm ook), daadwerkelijk verstrekt door een nieuwe of bestaande schuldeiser, redelijkerwijs noodzakelijk voor de voorzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming of om de waarde van die onderneming te behouden of te vergroten in het kader van de totstandkoming van een akkoord als bedoeld in artikel 370, alsmede zakelijke of persoonlijke zekerheden door de schuldenaar of derden verstrekt tot zekerheid daarvan, en alle rechtshandeling die daarmee redelijkerwijs verband houden;
   b. nieuwe financiering, nieuw krediet (in welke vorm ook), daadwerkelijk verstrekt door een nieuwe of bestaande schuldeiser, redelijkerwijs noodzakelijk voor de uitvoering van een akkoord dat overeenkomstig artikel 381 door de rechtbank is gehomologeerd en in dat akkoord is opgenomen, alsmede zakelijke of persoonlijke zekerheden door de schuldenaar of derden verstrekt tot zekerheid daarvan, en alle rechtshandeling die daarmee redelijkerwijs verband houden;

[30] Recent bevestigd in HR 7 april 2017, *NJ* 2017, 177 (Jongepier q.q./Drieakker).

c. herstructureringstransacties, elke rechtshandeling redelijkerwijs noodzakelijk om de onderhandelingen over of de uitvoering van een akkoord mogelijk maken of te bevorderen, waaronder begrepen (i) de betaling van redelijke vergoedingen en kosten voor het onderhandelen over, of het goedkeuren, bevestigen of uitvoeren van een herstructureringsplan; (ii) de betaling van redelijke vergoedingen en kosten om een beroep te doen op professioneel advies in verband met een aspect van een herstructureringsplan; (iii) de betaling van loon voor werk dat al werd uitgevoerd; (iv) alle overige noodzakelijke en redelijke betalingen en uitgaven die tijdens de normale bedrijfsuitoefening worden gedaan;
(v) transacties zoals nieuw krediet, financiële bijdragen of gedeeltelijke overdrachten van activa buiten de normale bedrijfsuitoefening, die zijn verricht met het oog op en in nauw verband met onderhandelingen over het akkoord.

2. Verstrekkers van interimfinanciering of nieuwe financiering, de schuldenaar, en wederpartijen bij herstructureringstransacties, alsmede hun bestuurders en werknemers en hulppersonen, kunnen niet aansprakelijk of strafbaar zijn in verband met het aangaan van zulke financiering of het verrichten van herstructureringstransacties.

De belangrijkste detailverschillen (dus afgezien van de principieel bredere insteek) tussen ons voorstel hierboven en de huidige regeling zijn, dat alle vormen van zekerheid worden beschermd (met name garanties en borgstellingen worden nu niet genoemd), ook wanneer die door derden worden gesteld, alsmede met het krediet samenhangende transacties en dat de rechtsgronden voor vernietiging niet zijn beperkt tot de pauliana. Vernietiging wegens benadeling kan immers ook op de onrechtmatige daad worden gegrond. Deze aanpassingen betreffen onvolkomenheden die hoe dan ook dienen te worden gerepareerd, ook als men in het Wetsvoorstel dichter bij de huidige reikwijdte zou willen blijven.

4.3.7 Indien in ieder geval de technische correcties die wij hierboven aandragen, alsmede de categorische bescherming van de relevante transacties en de daarbij betrokkenen worden overgenomen, is ook een systeem aanvaardbaar waarbij een ‘monitorend’ functionaris wordt aangesteld en herstructurerings- en nieuwe financiering worden beschermd wanneer de monitor deze heeft goedgekeurd. Onze oplossing heeft van beide echter de voorkeur omdat deze Concept Richtlijnconform is en voorkomt dat een extra functionaris bij het proces moet worden betrokken met alle moeite en kosten van dien.

4.4 Akkoord in surseance of schuldsanering na mislukt WHOA-akkoord dient wel mogelijk te zijn (art. 252 / 287a)

4.4.1 De regeling van art. 252 berust op een misvatting. Het huidige Nederlandse faillissementsrecht kent, waar het de aanbieding van een akkoord in een van de drie procedures betreft, de "*one shot*" regel. Men mag slechts eenmaal een akkoord aanbieden, dat dan wel naar aanleiding van de onderhandelingen mag worden gewijzigd tot en met op de schuldeisersvergadering waar de stemming geagendeerd staat. Is er echter eenmaal gestemd, dan mag niet meer worden gewijzigd, en is het akkoord verworpen, dan mag de schuldenaar niet nogmaals een akkoord aanbieden, ook niet in een opvolgend faillissement (art. 281 Fw).

4.4.2 De voorstanders van deze regel menen, dat de schuldenaar zo wordt gedwongen meteen zijn "beste bod" op tafel te leggen; is het akkoord te mager en wordt het weggestemd, dan staat daarop de draconische sanctie van (als het in surseance was) faillietverklaring die per definitie tot liquidatie lijdt. Het klinkt wellicht mooi om zo een stevige stok achter de deur te hebben, maar over de werkelijke wijsheid hiervan kan men zeer twijfelen.

> De schuldenaar (diens bestuurders, gelet op hun taak) die een akkoord aanbiedt dient juist te balanceren tussen de schuldeisers genoeg bieden, zodat het voor hen fair is en economisch rationeel om het akkoord te aanvaarden, maar niet teveel, aangezien alles wat aan de schuldeisers wordt uitgekeerd, niet meer de continuïteit van de onderneming kan dienen.
>
> Het akkoord in een onderhandelingsspel, waarbij de schuldenaar het belang van de onderneming (continuïteit!) en *alle* met haar verbonden stakeholders moet verdedigen, en dat is niet per se gebaat bij een zo hoog mogelijke uitkering voor schuldeisers. Die schuldeisers zullen zelf wel hun belang verdedigen en op het scherpst van de snede onderhandelen voor een zo hoog mogelijke uitkering – waarbij ook zij erbij gebaat zijn, dat de onderneming levensvatbaar blijft. Nu al komt het in de herstructureringspraktijk voor, dat dit niet goed uitpakt, de onderneming van de regen in de drup geraakt, en de volgende herstructurering slechts korte tijd later alweer nodig is.
>
> Daarbij is er ook zonder de expliciete *one shot* regeling voldoende grote druk op de schuldenaar om een serieus te nemen akkoord aan te bieden. Doet hij dat niet, dan speelt hij hoe dan ook met vuur, want het gaat niet goed met de onderneming, liquiditeit – en dus tijd – is doorgaans schaars en als het akkoord wordt weggestemd, is het faillissement dus hoe dan ook nabij. Vanzelfsprekend kan de schuldenaar die druk ook tegen de schuldeisers inzetten ("als ze niet snel akkoord gaan met het gebodene, volgt faillissement en krijgen ze helemaal niets"). De WHOA ondervangt dit met de voorgestelde regeling van art. 371, op grond waarvan een deskundige namens de schuldeisers een akkoord kan aanbieden.

4.4.3 Maar wat daar ook van zij, de redenering past niet op (een verbod op) het aanbieden van een surseance- of schuldsaneringsakkoord na een mislukt WHOA-akkoord. Een akkoord in surseance of schuldsanering na een mislukt WHOA-akkoord, is een heel ander geval dan een akkoord in faillissement of schuldsanering na surseance. Het gaat immers om een heel ander akkoord, aangeboden aan andere stakeholders, in een heel andere situatie. Is de onderneming in surseance terechtgekomen na een WHOA-poging dan is het niet meer vijf voor twaalf, maar één over. Niet meer wordt in zoveel mogelijk stilte, terwijl de onderneming van de schuldenaar *going concern* is, een buitengerechtelijke herstructureringspoging ondernomen: de onderneming is in een formele insolventieprocedure en van werkelijk *going concern* is (in de praktijk, niettegenstaande de bedoeling van de surseance) vaak geen sprake meer – vooral ook gelet op *insolvency blight*, zie hiervoor 4.2.3. Het gepoogde WHOA-akkoord richtte zich tot één of meer klassen van (al dan niet gezekerde of preferente) schuldeisers en aandeelhouders; het surseanceakkoord kan alleen de concurrente schuldeisers binden. Er kan dus (alleen al om die laatste reden) geen sprake zijn van de vrees dat de schuldenaar een voor misbruik vatbare mogelijkheid zou hebben om eerst een te mager WHOA-akkoord aan te beiden, en vervolgens in surseance alsnog hetzelfde (iets betere) akkoord.

4.4.4 Gezien het praktische verloop van >95% van de surseances van betaling zullen zowel de schuldenaar die wil herstructureren, als alle stakeholders die rationeel zijn/geen bijbedoelingen (*ulterior motives*) hebben, tegen elke prijs willen vermijden dat de schuldenaar in surseance komt. Gebeurt dat echter toch, dan moet het *nu juist wel* mogelijk zijn alsnog een akkoord aan te bieden. Gezien het voorgaande is in de praktijk moeilijk voor te stellen, dat dit alsnog tot redding van de onderneming zal leiden; maar als die mogelijkheid er toch nog is, moet dat zeker niet worden voorkomen door een regel zoals nu voorgesteld, maar juist worden bevorderd. Dat past bij de opkomst van de *rescue culture* in de internationale insolventiepraktijk en -regelgeving, waaronder de Concept Richtlijn, en het gestelde doel van de WHOA zelf: het mogelijk maken levensvatbare ondernemingen te redden en de grote schade van faillissement voor alle stakeholders te vermijden.

4.5 De exclusieve bevoegdheid van economisch belanghebbenden boven juridische schuldeisers (art. 369 lid 4) is niet altijd juist

4.5.1 Niet iedere financiering via de kapitaalmarkt (in de vorm van *notes/bonds*: dat wil zeggen obligaties) verleent stemrechten over aangelegenheden betreffende de opeising en uitwinning aan individuele beleggers (*note-/bondholders*). Dikwijls kanaliseert de rechtsverhouding die de obligaties beheerst – al dan niet via bepaalde quorum- of unanimiteitsvereisten – het uitoefenen van dat soort rechten via een zogenaamde 'trustee' of 'agent' die de juridisch eigenaar/schuldeiser van de vordering op de uitgevende instelling is. Soms kent de financieringsdocumentatie dan ook een zogenaamde 'no action-clause' die een individuele *note-/bondholder* zelfs verbiedt (niet-ontvankelijk maakt) om zelfstandig vorderingen in te stellen of (partiële) kwijtschelding te verlenen. In een dergelijk geval betekent de toekenning van een exclusieve bevoegdheid aan de economisch belanghebbende (*note-/bondholder*) dat niemand bevoegd is te stemmen, zodat een WHOA-akkoord in die situaties is uitgesloten. Dit kan niet de bedoeling zijn.

4.5.2 Dit valt betrekkelijk gemakkelijk op te lossen. Wij stellen voor de bepaling als volgt aan te passen:

> **Artikel 369** [Geschillen in de fase waarin nog over het akkoord wordt onderhandeld]
>
> 4. Biedt de schuldenaar een akkoord aan als bedoeld in artikel 370, eerste lid, dat mede betrekking heeft op vorderingsrechten waarvoor geldt dat het economisch belang geheel of in overwegende mate ligt bij een ander dan de schuldeiser, dan is deze ander, in plaats van de schuldeiser, bevoegd overeenkomstig artikel 378, tweede lid, naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen, tenzij tussen de schuldeiser en deze ander uitdrukkelijk anders is overeengekomen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van schuldeiser bepaalde van toepassing op de ander.

Aldus zal worden bereikt, dat de markt waar dat gewenst is expliciet in de documentatie van obligaties kan regelen, aan welke partij (note-/bondholder, trustee/agent, of nog iemand anders) in een voorkomend geval de WHOA-bevoegdheden met betrekking tot die obligaties toekomen. Daar is principieel

niets op tegen; sterker nog, het geeft geen pas dat de wetgever dit dwingend voor marktpartijen regelt. Zonder deze oplossing zal de markt een en ander overigens naar verwachting ook zoals gewenst oplossen – maar dan via nodeloos ingewikkelde (volmachts-/vertegenwoordigings-)constructies die dan toch mogelijk enige rechtsonzekerheid met zich brengen. Tegelijk blijft bij deze oplossing behouden, dat als er niets is geregeld, óók duidelijk is bij wie de bevoegdheden liggen: de (in overwegende mate) economisch gerechtigde.

4.6 Het Wetsvoorstel regelt ten onrechte niet de positie van de pandhouder van aandelen en vorderingen en kan verbeterd worden waar het de certificaathouders van aandelen betreft

4.6.1 Het Wetsvoorstel bevat wel een regeling van de positie van de vruchtgebruiker van aandelen (art. 369 lid 5; deze heeft een exclusief stemrecht). Vruchtgebruik van vorderingen is daarentegen niet geregeld, maar naar analogie lijkt het stemrecht eveneens exclusief bij de vruchtgebruiker. Het Wetsvoorstel bevat echter een lacune waar het de positie van de pandhouder van aandelen en vorderingen betreft. Wie heeft het stemrecht bij verpanding van aandelen of vorderingen: pandgever of pandhouder? Regeling hiervan in het Wetsvoorstel is van belang tegen de achtergrond van HR 21 februari 2014, NJ 2015/82 (Immum'Âge/Neo-River), r.o. 3.5.1:

> "[…] De pandgever blijft derhalve bevoegd handelingen te verrichten zoals het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van de vordering tot nakoming in een tot schadevergoeding. […]"

4.6.2 Overigens behoeft hierbij aandacht, dat financiers met een pandrecht op aandelen in een BV of NV in de praktijk welhaast altijd bedingen, dat zij het stemrecht op de aandelen mogen uitoefenen (art. 2:89 lid 3 / 2:198 lid 3 BW): soms direct, doorgaans voorwaardelijk als zij dit recht inroepen, bijvoorbeeld wanneer wordt tekortgeschoten in de nakoming van de kredietovereenkomst. De wetgever zou moeten overwegen deze bevoegdheden in het kader van de WHOA buiten werking te stellen. Het Wetsvoorstel zoekt immers een balans tussen de – in beginsel exclusieve – bevoegdheid van de schuldenaar om het akkoord aan te bieden en bescherming van de schuldeisers tegen een schuldenaar die dat onterecht weigert te doen. De schuldeisers kunnen dan een deskundige vragen te benoemen, die in de plaats van de schuldenaar een akkoord aanbiedt (art. 371).

4.6.3 Een schuldeiser met pandrecht op de aandelen kan echter door de bij die aandelen behorende stemrechten uit te oefenen (mits hij gezien de hoeveelheid aandelen en de statuten die bevoegdheid heeft, wat vaak zo zal zijn) de bestuurders van de schuldenaar onderneming ontslaan en eigen bestuurders benoemen. Dat is dus een alternatieve route om de macht in het WHOA-traject over te nemen en, in een extreem geval, een akkoord door te drukken dat in het eigen belang is, vanaf twee kanten van de tafel. Dit zou niet mogelijk moeten zijn. Wanneer dus, zoals wij voorstaan, de regeling van art. 371 wordt behouden,

maar zeker wanneer de mogelijkheid voor schuldeisers om een akkoord aan te bieden op enige wijze zou worden versterkt, dan dient sterk te worden overwogen de balans te waarborgen door uitsluiting van het stemrecht van pandhouders op aandelen waarop zij pandrecht hebben in het kader van het WHOA-traject.

4.6.4 Aandeelhouders worden op hun beurt in het Wetsvoorstel aan banden gelegd door de toekenning van een exclusieve stembevoegdheid aan certificaathouders (art. 369 lid 5) en – met leden bij verenigingen – door inperking van wettelijke, statutaire en contractuele besluitvormingsbepalingen (art. 370 lid 3). Vraag is waarom dit alleen gebeurt bij vereniging en NV en niet bij aandeelhouders in een BV? Dit lijkt ons een verschrijving. Art. 2:38/107a waarnaar verwezen wordt zijn niet equivalenten van bepalingen in afdeling 5.3 voor de BV. Hiertegenover wordt aan aandeelhouders met de zinsnede "aandeelhouders die in faillissement een verschillende rang hebben" (in art. 373) een positie toegedicht die zij daarin niet hebben. Dit behoeft herijking en aanpassing.

4.7 De opsomming van aansprakelijke derden in het kader van de mogelijkheid om rechten tegen borgen, medeschuldenaren etc. aan te tasten (art. 369 lid 7 en 370 lid 2) is onvolledig

4.7.1 Het Wetsvoorstel maakt het terecht mogelijk om met het akkoord rechten aan te tasten van schuldeisers jegens partijen, die mede in de wind staan voor de schulden van de schuldenaar de het akkoord aanbiedt. Zonder deze bepaling zou het niet goed mogelijk zijn om ondernemingen te herstructureren die als groep van vennootschappen zijn georganiseerd. Tegenwoordig is dat eerder regel dan uitzondering, zelfs bij kleinere ondernemingen. Wanneer aan zo een onderneming financiering wordt verstrekt, worden dikwijls persoonlijke of zakelijke zekerheden, waaronder borgstellingen, garanties of (technisch juridisch bezien) andere vormen van (mede-)aansprakelijkheid gevraagd van groepsvennootschappen of aandeelhouders. Dat houdt er verband mee dat vaak een vennootschap als 'interne bank' optreedt of anderszins de financiering aan de hele groep ten goede komt, en dat de waarde die daarmee wordt gerealiseerd of gefinancierd, zich dus niet per se in de schuldenaar-vennootschap bevindt.

4.7.2 Wil men zo een groep succesvol herstructureren, dan zal in het akkoord (direct of indirect) de waarde van de hele groep worden betrokken, maar moeten ook alle aansprakelijkheden kunnen worden aangepakt. Dat kan per definitie door voor elke vennootschap een aparte WHOA-akkoordprocedure op te tuigen (reden alleen al waarom er geen principieel bezwaar tegen deze bepaling kan zijn). Zou dat niet mogelijk zijn, zou men de schuldenaar-vennootschap kunnen herstructureren, maar zou de onderneming als geheel alsnog kunnen omvallen. In gevallen waar bij de andere groepsvennootschappen alleen de aansprakelijkheid voor de schulden van de WHOA-schuldenaar het probleem zijn, en er dus overigens geen aanleiding is een eigen akkoord aan te bieden, kunnen onnodige kosten en moeite bij alle betrokkenen, en onnodig beslag op de

capaciteit van de rechterlijke macht, worden vermeden door de bepalingen zoals nu voorgesteld.

4.7.3 Deze dienen dan echter wel te worden verbeterd, als volgt:

Artikel 369 [Toepassingsbereik]

7. Het in deze afdeling ten aanzien van schuldeisers bepaalde is van overeenkomstige toepassing op personen die tevens aansprakelijk zijn voor schulden van de schuldenaar ~~rechten kunnen uitoefenen, en medeschuldenaren met rechten jegens de schuldenaar op basis van de artikelen 10 of 13 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek dan wel een contractuele regeling~~. Onder personen die tevens aansprakelijk zijn voor schulden van de schuldenaar worden in ieder geval ook verstaan borgen, garantiegevers, medeschuldenaren, en andere personen die primair of subsidiair, voorwaardelijk of onvoorwaardelijk, direct of indirect kunnen worden aangesproken tot betaling van die schulden of met goederen waarop schuldeisers rechten kunnen uitoefenen in verband met die schulden, op basis van de artikelen 10 of 13 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, een contractuele regeling of anderszins.

Artikel 370 [Aanbieden van een akkoord door de schuldenaar]

(…)

2. Indien redelijkerwijs aannemelijk is dat ~~borgen, derden met goederen waarop schuldeisers rechten kunnen uitoefenen, of medeschuldenaren~~ personen die tevens aansprakelijk zijn voor schulden van de schuldenaar als bedoeld in artikel 369 lid 7 na de homologatie van het akkoord, bedoeld in het eerste lid, in de toestand kunnen komen te verkeren dat zij met het betalen van hun opeisbare schulden niet zullen kunnen voortgaan, kan het akkoord ook voorzien in de wijziging van rechten van schuldeisers jegens deze personen ~~borgen, derden of medeschuldenaren~~. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de schuldenaar bepaalde eveneens van toepassing op deze personen ~~borgen, derden of medeschuldenaren~~, met dien verstande dat de schuldenaar bij uitsluiting bevoegd blijft om een verzoek in te dienen als bedoeld in de artikelen 376, eerste lid, 377, en 380, eerste lid.

4.8 Uitzonderingen op de *absolute priority rule*: *gifting* ontbreekt

4.8.1 Onze laatste voorgestelde verbetering betreft de *absolute priority rule* zoals opgenomen in art. 381 lid 4 onder a. Zoals eerder uiteengezet (2.2) zorgt deze samen met de andere homologatiecriteria voor de nodige, maar ook voldoende bescherming voor tegenstemmende schuldeisers/aandeelhouders en -klassen in alle praktisch denkbare gevallen (samen met vooral de *cash out option*, de algemene / vangnetweigeringsgronden voor homologatie en de rechterlijke toetsing). Op grond van de regel kan, kort gezegd, geen klasse met lager gerangschikte stakeholders waarde krijgen of behouden, tenzij alle hoger gerangschikte schuldeisers en aandeelhouders volledig zijn voldaan.

4.8.2 Zoals al kort aangestipt in 2.2.10 dienen er echter wel uitzonderingen op die regel mogelijk te zijn om in de praktijk werkende akkoorden mogelijk te maken. Deze uitzonderingen zijn met name in de Amerikaanse praktijk ontwikkeld, waar ze in de decennia waarin die regeling inmiddels bestaat inderdaad nodig en nuttig zijn gebleken. Het Wetsvoorstel bevat van de twee belangrijkste uitzonderingen op de *absolute priority rule* die nodig zijn, slechts één: de *new money exception* (art. 381 lid 4 onder a, slot). Op basis daarvan kan een lager gerangschikte klasse nieuw kapitaal inbrengen en, tot de waarde daarvan, op grond van het

akkoord toch iets krijgen of behouden, zelfs terwijl hoger gerangschikte klassen niet volledig worden voldaan.

4.8.3 De tweede uitzondering is het zogenoemde "*gifting*". Deze bevat het Wetsvoorstel nog niet (expliciet).[31] Daarbij behoudt of krijgt een lager gerangschikte klasse waarde, terwijl hoger gerangschikte klassen niet volledig worden voldaan, zonder dat die schuldeisers of aandeelhouders nieuw kapitaal inbrengen. Dit wordt mogelijk gemaakt doordat een klasse aan welke onder het akkoord in overeenstemming met de *absolute priority rule* wél waarde toekomt, een deel van die waarde in wezen overdraagt aan de lager gerangschikte klasse.

4.8.4 Te denken valt ook hier aan een aandeelhouder, van wie men het essentieel vindt dat die ook na uitvoering van het akkoord als aandeelhouder bij de onderneming betrokken blijft, maar die zelf geen kapitaal heeft om – via de *new money exception* – zich weer in de kapitaalstructuur in te kopen. Indien dan bijvoorbeeld aan de gesecureerde klasse onder het akkoord het gehele aandelenkapitaal van de geherstructureerde onderneming toekomt, met een waarde van 100, staat er niets aan in de weg dat het akkoord bepaald dat de gesecureerde klasse 90 krijgt, de klasse van aandeelhouders 10, en de (in rang) tussenliggende klassen niet. Het spreekt namelijk voor zich, dat die tussenliggende klassen hier niet door worden benadeeld en hier dus geen bezwaar tegen kan bestaan.

4.8.5 Art. 381 4 onder a zou als volgt kunnen worden aangepast:

Artikel 381 [Homologatie]

4. (…)
   a. schuldeisers of aandeelhouders die op basis van het akkoord rechten zouden krijgen die een lagere waarde hebben dan het bedrag van de vorderingen of het nominale bedrag van de aandelen waarvoor zij in die klasse behoren te zijn ingedeeld, terwijl er één of meer andere klassen zijn van schuldeisers of aandeelhouders met een lagere rang die op basis van het akkoord rechten krijgen of behouden, tenzij (i) de verkrijging van deze rechten een marktconforme tegenprestatie vormt voor de verschaffing van een krediet in de vorm van een geldlening of van nieuw kapitaal door de laatst genoemde schuldeisers of aandeelhouders, of (ii) de waarde van deze rechten in mindering is gekomen op hetgeen één of meer andere klassen van schuldeisers of aandeelhouders met een hogere rang op basis van het akkoord krijgen of behouden;

4.8.6 Overigens is het een misvatting, dat het volledig voldoen van handelscrediteuren (of in ieder geval de dwangcrediteuren / die, welke voor het voortzetten van de onderneming onontbeerlijk zijn) – wat bijna in elke herstructurering gebeurt – in het stelsel van de WHOA een uitzondering op de *absolute priority rule* is of zou moeten zijn (ook als hoger dan concurrent gerangschikte schuldeisers niet geheel worden voldaan). Dit is fundamenteel anders dan in chapter 11, waar steeds *alle*

[31] Wij hebben begrepen dat de wetgever wel beoogt dit mogelijk te maken; het gaat dus als het goed is om een kwestie van redactie.

schuldeisers en aandeelhouders in het akkoord (*plan of reorganization*) zijn betrokken.

4.8.7 In het systeem van de WHOA laat men de (handels-)crediteuren die men volledig wil blijven voldoen eenvoudigweg geheel buiten het akkoord: art. 370 lid 1. Daartegen verzet de *absolute priority rule* zoals die in het Wetsvoorstel correct is geformuleerd (behoudens het hiervoor opgemerkte) zich in het geheel niet. Niet voor niets spreekt de redactie van art. 381 lid 4 onder a van:

> "schuldeisers of aandeelhouders die op basis van het akkoord rechten zouden krijgen die een lagere waarde hebben dan het bedrag van de vorderingen of het nominale bedrag van de aandelen waarvoor zij in die klasse behoren te zijn ingedeeld, terwijl er één of meer andere **klassen zijn** van schuldeisers of aandeelhouders met een lagere rang **die op basis van het akkoord rechten krijgen of behouden** (nadruk RvdS) (…)"

De handels- of andere crediteuren of aandeelhouders die men buiten het akkoord laat, zijn nu juist géén klasse, en het is dus ook niet *op basis van het akkoord* dat zij rechten krijgen of behouden.

4.8.8 Natuurlijk kan men er wel tegen opkomen, als bepaalde schuldeisers of aandeelhouders zonder goede, redelijke – dat wil zeggen: zakelijke – reden buiten het akkoord worden gehouden en dus volledig voldaan. De wetgever heeft dit goed doordacht. De tegenstemmer die hiertegen wil opkomen, kan zich beroepen op art. 381 lid 4 onder d.

5 TOT BESLUIT

5.1.1 Bij wijze van slotopmerking verwijzen wij graag opnieuw naar de website die De Brauw heeft ingericht, speciaal gewijd aan de WCO II en het Wetsvoorstel, waarop allerlei bronnen zijn samengebracht: http://www.debrauw.com/wco2.

5.1.2 Al met al bevelen wij spoedige invoering van het Wetsvoorstel van harte aan, bij voorkeur met inachtneming van door ons aangedragen oplossingen voor een aantal van de hierboven behandelde knelpunten. Hiermee zal de Nederlandse insolventiepraktijk gebaat zijn, aangezien zij er een goed, flexibel inzetbaar instrument bij krijgt om levensvatbare ondernemingen, de werkgelegenheid die zij bieden en hun inbreng in de Nederlandse economie te redden. Daarmee is ook het nut voor de Nederlandse samenleving in het algemeen gegeven.

Met vriendelijke groet,
De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

Rob van den Sigtenhorst
Reinout Vriesendorp
Ruud Hermans

HOUTHOFF

Alleen per e-mail
Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Houthoff
Praktijkgroep Restructuring & Insolvency

Postbus 75505 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

Amsterdam, 29 november 2017
Inzake: Consultatie wetsontwerp Wet Homologatie Onderhands Akkoord ter voorkoming van faillissement
Onze ref: 450/10573172.1.1

Excellentie,

1. Inleiding

1.1. Houthoff heeft met belangstelling kennis genomen van het ontwerp voor de Wet Homologatie Onderhands Akkoord ter voorkoming van faillissement.

1.2. Houthoff is een onafhankelijk Nederlands advocatenkantoor met 300 advocaten, notarissen en belastingadviseurs. Het Herstructurering & Insolventieteam van Houthoff is in verschillende rollen betrokken geweest bij kleine en grote spraakmakende complexe (financiële) insolventies, waaronder Oi, OSX/OGX, Swiss Air, Van der Hoop bankiers, DSB Bank, Lehman Brothers, Yukos, Joh. Enschedé en Landsbanki. Een aantal van onze teamleden wordt ook regelmatig benoemd als bewindvoerder en als curator, in grote en kleine surseances en faillissementen. Onze ervaring stelt ons in staat om het wetsontwerp te beschouwen vanuit meerdere perspectieven: dat van de (grote en kleine) schuldenaar en dat van schuldeisers, en vanuit nationaal en internationaal perspectief.

1.3. De behoefte aan versterking van het reorganiserend vermogen van ondernemingen die weliswaar (potentieel) rendabele bedrijfsactiviteiten hebben, maar vanwege een te zware schuldenlast toch in een formele insolventieprocedure dreigen te raken, staat in de belangstelling van de rechtspraktijk. Met aanvankelijk het ontwerp voor de WCO II, alsook haar opvolger, het "*Wetsontwerp Homologatie Onderhands Akkoord ter voorkoming van faillissement*" (hierna: de "WHOA", of het "Wetsontwerp")[1] ontplooit de Nederlandse wet-

[1] https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie

Houthoff is de handelsnaam van Houthoff Coöperatief U.A., statutair gevestigd te Amsterdam (KvK Amsterdam nr. 34216182). De algemene voorwaarden van Houthoff, waarin een beperking van aansprakelijkheid, de toepasselijkheid van Nederlands recht en de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank te Amsterdam zijn bedongen, zijn op alle opdrachten van toepassing. De algemene voorwaarden worden op verzoek toegezonden, maar zijn eveneens te vinden op www.houthoff.com
Houthoff is the trade name of Houthoff Coöperatief U.A. with registered office in Amsterdam (Chamber of Commerce Amsterdam no. 34216182). Houthoff's general terms and conditions, which stipulate a limitation of liability, the applicability of Dutch law and the exclusive jurisdiction of the District Court of Amsterdam, the Netherlands, are applicable to all services performed. A copy of the general terms and conditions is available on request or at www.houthoff.com

gever initiatieven om tot invoering van maatregelen te komen die erop gericht zijn het reorganiserend vermogen van bedrijven te verbeteren. Dat de behoefte aan efficiënte herstructureringsprocedures ook in Europees verband gevoeld wordt, blijkt uit de concept "*Richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurering, insolventie- en kwijtingprocedures, en tot wijziging van de Richtlijn 2012/30/EU*" van de Europese Commissie van 22 november 2016 (hierna: de concept "Herstructureringsrichtlijn")[2].

1.4. Het Wetsontwerp voorziet in een regeling op grond waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord. Aan dit onderhands akkoord, dat bepaalde of alle schulden en verbintenissen van een schuldenaar saneert en herstructureert, kunnen schuldeisers of aandeelhouders die niet met een dergelijk akkoord hebben ingestemd, toch aan het akkoord worden gebonden[3]. Daarmee wordt tegemoet gekomen aan een behoefte uit de rechtspraktijk. Het kader van de huidige Faillissementswet biedt onvoldoende slagingskans voor reorganisaties van ondernemingen die in financieel zwaar weer verkeren.

1.5. De WHOA neemt een "stand alone" akkoordprocedure buiten surseance van betaling en faillissement als uitgangspunt, waarbij de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment van homologatie in beginsel beperkt is. De regeling is zoveel mogelijk vormgegeven als een kaderregeling. Dat is logisch, nu het akkoord kan worden gekarakteriseerd als een overeenkomst waarbij partijen binnen de door de wet en rechtspraak gestelde grenzen, vrij zijn met elkaar af te spreken wat zij willen. Een kaderregeling is ook wenselijk, omdat gedetailleerde voorschriften de kans op het slagen van een akkoord kan verminderen.

1.6. Het voorliggende initiatief tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van het onderhands dwangakkoord biedt in de praktijk een welkom instrumentarium voor de versterking van het reorganiserend vermogen van levensvatbare ondernemingen die als gevolg van een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken. Ook kan daarmee worden voorkomen dat een kleine groep schuldeisers of aandeelhouders de belangen van de overige *stakeholders* bij de onderneming schaadt door op oneigenlijke gronden een noodzakelijke herstructurering tegen te houden.

1.7. In dit advies staan wij bij enkele onderwerpen van het wetsontwerp stil en doen wij suggesties voor een aantal aanpassingen.

---

2 COM(2016) 723 final

3 Ontwerp Toelichting, p. 3

2. De aanbieding van het akkoord door de schuldenaar

2.1. Uitgangspunt van de WHOA is dat het initiatief tot het aanbieden van een akkoord in beginsel bij de schuldenaar zelf ligt[4]. Indien de schuldenaar niet zelf een akkoord voorstelt aan zijn schuldeisers en aandeelhouders, terwijl dit een mogelijkheid is om een dreigend faillissement af te wenden, dan stelt de regeling schuldeisers in staat de totstandkoming van een akkoord te initiëren, aldus de ontwerp memorie van toelichting (de "Ontwerp Toelichting")[5].

2.2. Het tiende lid van artikel 369 WHOA bepaalt dat een schuldenaar geen gebruik kan maken van de voorgestelde regeling indien hij in de drie voorgaande jaren al eens een mislukte poging heeft gedaan om een dwangakkoord tot stand te brengen, of als hij in de drie voorgaande jaren al eens heeft geprobeerd een faillissements- of surseance akkoord tot stand te brengen. In het midden blijft of de schuldenaar na een mislukte poging tot het aanbieden van een onderhands dwangakkoord ex artikel 370 WHOA in een opvolgende surseance of faillissement nog een akkoord zou mogen aanbieden.

2.3. Volgens de Ontwerp Toelichting beoogt het voorgestelde tiende lid van artikel 369 WHOA te voorkomen dat er een keten van procedures ontstaat. Om die redenen wordt aangesloten bij de artikelen 138 en 252 Fw inzake het faillissements- en surseance akkoord. In faillissement en surseance kan slechts eenmaal een akkoord worden aangeboden en in stemming worden gebracht. Gelet daarop ligt het voor de hand dat een mislukte poging tot het aanbieden van een onderhands dwangakkoord op grond van de WHOA het aanbieden van een akkoord in surseance of faillissement eveneens blokkeert.

2.4. Het verdient aanbeveling om in de wettekst of in de toelichting te verduidelijken of na een dergelijke mislukte poging tot het aanbieden van een onderhands dwangakkoord nog een akkoord in surseance of faillissement kan worden aangeboden. Wij zien geen reden om op voorhand de mogelijkheid om alsnog in surseance of faillissement een akkoord aan te bieden, uit te sluiten.

3. Het initiëren van een akkoord door een schuldeiser

3.1. Het Wetsontwerp geeft in artikel 371 ook schuldeisers de mogelijkheid de totstandkoming van een akkoord te initiëren. Wij juichen het toe dat die mogelijkheid wordt geboden aan schuldeisers omdat hiermee de kans op een succesvol herstructureringsproces toeneemt. Dit legt ook druk op de schuldenaar om zelf tijdig maatregelen te treffen zodat hij het initiatief tot het aanbieden van een akkoord in eigen hand kan houden.

---

4 Artikel 370 WHOA

5 Ontwerp Toelichting, p. 5

4. De deskundige

4.1. Dat het Wetsontwerp voorziet in de mogelijkheid voor een schuldeiser om de rechtbank te verzoeken een deskundige aan te wijzen, achten wij een goed voorstel. Wel verdient het aanbeveling om de taak en de bevoegdheden van de deskundige te concretiseren. De regeling met betrekking tot de deskundige is nog niet voldoende uitgewerkt en roept vragen op.

4.2. Het Wetsontwerp maakt bijvoorbeeld niet duidelijk hoe de deskundige en de schuldenaar zich tot elkaar verhouden. Gelet op het uitgangspunt van de WHOA dat de schuldenaar "in possession" blijft, moet het niet zo zijn dat de deskundige zich als een bewindvoerder of curator gaat opstellen. Ook het feit dat artikel 369 lid 8 WHOA de bepalingen van de tweede afdeling van het ontwerp van overeenkomstige toepassing verklaart op de deskundige, roept vragen op nu de positie van schuldenaar en deskundige wezenlijk van elkaar verschillen. Dient een deskundige verantwoording af te leggen en zo ja, aan wie? Kan een deskundige tussentijds van zijn taak worden ontheven en zo ja op welke gronden? Het is om deze redenen wenselijk dat de rol van de deskundige wordt verduidelijkt.

4.3. Een ander punt betreft de kosten van de deskundige. Het Wetsontwerp vermeldt niet wie deze moet dragen, al lijkt de Ontwerp Toelichting te suggereren dat die kosten moeten worden gedragen door de schuldenaar. Het verdient aanbeveling om uitdrukkelijk te bepalen dat de kosten die de deskundige maakt in beginsel moeten worden gedragen door de schuldenaar tenzij hiervan wordt afgeweken in het akkoord. Het ontbreken van een wettelijke grondslag geeft aanleiding tot discussies over de vraag wie die kosten zou moeten dragen.

5. Termijnen

5.1. De termijnen die in het Wetsontwerp worden genoemd zijn in het algemeen aan de korte kant. Zo is de in artikel 371 lid 1 WHOA vermelde termijn van een week waarbinnen de schuldenaar moet reageren op een verzoek van een schuldeiser om over te gaan tot het aanbieden van een akkoord, erg kort. Hetzelfde geldt voor de termijn van een maand waarbinnen hij een akkoord dient te hebben aangeboden. De bepaling lijkt te veronderstellen dat de schuldenaar zelf al bezig is geweest met het voorbereiden van een ontwerp akkoord en dat hij daarover al uitgebreid overleg heeft gevoerd met zijn schuldeisers. Dat is uiteraard niet steeds het geval. De schuldenaar kan zich overvallen voelen door een schuldeiser en zich gedegen willen laten adviseren.

5.2. Ook de termijn van (minimaal) acht dagen waarbinnen de schuldenaar het definitieve akkoord voor de stemming aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dient voor te leggen (artikel 378 WHOA), is in de praktijk in het algemeen moeilijk haalbaar. Volgens de Ontwerp Toelichting moeten de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voldoende gelegenheid krijgen om een goed geïnformeerd oordeel te kun-

nen vormen over het akkoord voordat zij hun stem uitbrengen. Gelet op de hoeveelheid informatie die het akkoord op grond van artikel 374 WHOA dient te bevatten en de overweging in de Ontwerp Toelichting dat er vrijwel altijd aanvullende informatie zal moeten worden verschaft om aan het genoemde uitgangspunt te voldoen[6], is een termijn van 8 dagen niet realistisch. Ook hier lijkt te worden verondersteld dat er al uitgebreid overleg tussen schuldenaar en schuldeisers is gevoerd, waarvan, zoals gezegd, niet altijd sprake is. Schuldeisers zullen zich ook willen laten adviseren over het akkoord en zo nodig met hun klassegenoten en vertegenwoordigers van andere klassen willen overleggen. Bovendien zal het in het geval van buitenlandse schuldeisers nodig zijn dat stukken vertaald worden en dat zal zeker in geval van grote aantallen schuldeisers die verspreid zijn over meerdere jurisdicties de nodige vertraging meebrengen. Het is dan ook onze aanbeveling om de termijn waarbinnen het definitieve voorstel voor stemming aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders wordt voorgelegd, te bepalen op minimaal 30 dagen.

6. Afkoelingsperiode

6.1. De WHOA voorziet in artikel 375 in de mogelijkheid voor de schuldenaar om, als hij een akkoord heeft aangeboden, de rechtbank te verzoeken een afkoelingsperiode te gelasten. Deze periode bedraagt ten hoogste twee maanden en kan met een periode van twee maanden worden verlengd. Gedurende deze periode kunnen derden geen enkele bevoegdheid tot verhaal of opeising van goederen uitoefenen zonder machtiging van de rechtbank. Deze afkoelingsperiode werkt in beginsel tegen alle categorieën schuldeisers, maar de rechtbank kan de werking beschikking beperken tot bepaalde derden en daaraan voorwaarden verbinden.

6.2. De gelasting van een afkoelingsperiode, die bovendien kan werken jegens alle schuldeisers, draagt bij aan de slagingskans van een akkoord omdat dit verhindert dat schuldeisers die niet mee willen werken aan een herstructurering, met individuele verhaalsacties de totstandkoming van een akkoord in een vroeg stadium torpederen. Wel dient een afkoelingsperiode niet langer te duren dan strikt noodzakelijk omdat dit leidt tot een schorsing van en daarmee een inbreuk op de verhaalsacties van de gesecureerde schuldeisers. De voorgestelde duur van maximaal twee maal twee maanden komt ons redelijk voor. De vraag rijst of het in een surseance van betaling of een faillissement die volgt op een mislukt onderhands akkoord opnieuw mogelijk zou moeten zijn een afkoelingsperiode af te kondigen. Dat zou er immers toe kunnen leiden dat schuldeisers gedurende een aanzienlijke periode hun (zekerheids-)rechten niet kunnen uitoefenen. Niettemin achten wij het wenselijk dat de bewindvoerder c.q. curator ook na een mislukt onderhands akkoord een afkoelingsperiode kan verzoeken. Ook na een mislukte poging tot het tot-

[6] Ontwerp Toelichting, p. 31

standbrengen van een akkoord zal de bewindvoerder c.q. curator tijd nodig hebben om de boedel en de daarmee verband houdende rechten en verplichtingen te inventariseren.

6.3. In het Wetsontwerp is niet geregeld in hoeverre de schuldenaar bevoegd is om tijdens de afkoelingsperiode goederen waar zekerheidsrechten op rusten te gebruiken, verbruiken of vervreemden. Dit is een gemiste kans: de mogelijkheid voor de schuldenaar om tijdens de afkoelingsperiode goederen waar zekerheidsrechten op rusten te gebruiken, verbruiken en vervreemden, vergroot de levenskansen van de onderneming; de onderneming moet immers doordraaien. Wij zouden er dan ook voor willen pleiten dat voor deze mogelijkheid een wettelijke basis wordt gecreëerd. De vervreemding van goederen in het licht van de voortzetting van de onderneming in het kader van de totstandkoming van een akkoord, zou dan bovendien de bescherming moeten genieten die het voorgestelde artikel 42a WHOA beoogt te bieden tegen de Actio Pauliana. Wel dient de afkoelingsperiode met voldoende waarborgen voor de (gesecureerde) schuldeisers te zijn omgeven. De rechter zou in dat verband op grond van de maatwerkbepaling van artikel 377 WHOA bepaalde voorwaarden kunnen stellen bij het afkondigen van de afkoelingsperiode.

6.4. Om te voorkomen dat de schuldenaar door het verzoeken om een afkoelingsperiode al te makkelijk uitstel van betaling krijgt, zal het verzoek (volgens het tweede lid van artikel 375 WHOA) worden afgewezen indien redelijkerwijs niet verwacht mag worden dat de rechtbank zal overgaan tot homologatie van het akkoord. Hoewel het gelet op de belangen van de schuldeisers goed is dat er een rem wordt gezet op het te snel afkondigen van een afkoelingsperiode, vragen wij ons af hoe de rechtbank in de praktijk invulling moet geven aan deze eis. Het verdient aanbeveling daarvoor concrete handvatten aan te reiken. Als alternatief kan deze eis worden verlaten en vervangen door een algemener criterium; bijvoorbeeld de eis dat de afkoelingsperiode niet wordt afgekondigd indien deze een onevenredig nadeel toebrengt aan de getroffen schuldeisers. Dit nadeel kan zich onder omstandigheden voordoen als gevolg van het recht van gebruik, verbruik en vervreemding van de onderneming. Dit algemene criterium geeft de rechter de ruimte om naar bevind van zaken te oordelen bij het nemen van een beslissing over een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode.

7. De herstructurering van vorderingen op en rechten van borgen en andere derden ten opzichte van wie schuldeisers rechten kunnen uitoefenen

7.1. Op grond van artikel 370 lid 2 WHOA kan het onderhands akkoord ook voorzien in de wijziging van rechten van schuldeisers jegens borgen, derden met goederen waarop schuldeisers rechten kunnen uitoefenen of medeschuldenaren van de schuldenaar. Daarvan kan sprake zijn indien redelijkerwijs aannemelijk is dat deze borgen, derden of medeschuldenaren na de homologatie van het akkoord in de toestand zullen komen te

verkeren dat zij met het betalen van hun opeisbare schulden niet zullen kunnen voortgaan. Volgens de Ontwerp Toelichting biedt dat deze bepaling de mogelijkheid om de herstructurering van een groep van ondernemingen in één keer af te wikkelen door naast de hoofdschuldenaar ook de ondernemingen binnen de groep die hoofdelijk aansprakelijk zijn of zakelijke zekerheid hebben verschaft ten behoeve van de hoofdschuldenaar in het akkoord te betrekken.

7.2. Gelet op het doel van het Wetsontwerp om het reorganiserend vermogen van bedrijven te verbeteren, is de mogelijkheid die artikel 370 lid 2 biedt om de rechten en verplichtingen van borgen of andere derden in het akkoord te betrekken, gewenst. Wel zijn wij van mening dat de bepaling van artikel 370 lid 2 onvoldoende is uitgewerkt. Zo is onduidelijk in hoeverre het vermogen van de hoofdelijk (mede)schuldenaren en andere derden moet worden meegenomen in het voorstel aan de schuldeisers.

7.3. Ook zwijgt het ontwerp over de vraag of in het geval de rechten en verplichtingen van hoofdelijk medeschuldenaren of andere derden in het akkoord worden betrokken, de informatieverplichting van artikel 374 WHOA zover strekt dat er op de aanbieder van het akkoord de verplichting rust om de in die bepaling genoemde gegevens met betrekking tot de medeschuldenaren te verstrekken. Gelet op het doel van die bepaling dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zich een geïnformeerd oordeel kunnen vormen over het akkoord, ligt het in de rede dat de aanbieder van het akkoord die gegevens verstrekt. Het verdient naar onze mening dan ook aanbeveling om dit uitdrukkelijk op te nemen.

8. Mogelijkheid van rechterlijke interventie

8.1. Dat uiteindelijk de rechtbank het akkoord moet homologeren (zie de artikelen 380 – 381 WHOA), achten wij juist en logisch. Inherent aan het karakter van een onderhands (dwang)akkoord is immers dat schuldeisers genoegen moeten nemen met minder dan zij aanvankelijk met de schuldenaar hebben afgesproken; er zullen dus zonder meer schuldeisers zijn die tegen een dergelijk akkoord zullen stemmen. Daarnaast zal er gestemd worden in klassen. Hoewel de besluitvorming binnen iedere klasse democratisch tot stand komt, kan het resultaat van deze democratische besluitvorming de verschillende klassen onderling niet binden. Dit resultaat moet dan ook worden gesanctioneerd met een rechterlijke beslissing, waarvoor deze regeling een wettelijke grondslag biedt.

8.2. De betrokkenheid van de rechter is in beginsel pas aan de orde op het moment waarop het homologatieverzoek wordt ingediend. Naast deze - voor de hand liggende - rechterlijke bemoeienis, voorziet het Wetsontwerp ook in betrokkenheid van de rechter in een eerder stadium, namelijk indien er in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord, onzekerheid bestaat over de vraag of er sprake is van een weigeringgrond die,

zelfs als alle klassen van schuldeisers of aandeelhouders zouden instemmen met het akkoord, aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan.

8.3. De momenten waarop rechterlijke tussenkomst denkbaar of noodzakelijk is, betreffen de benoeming op verzoek van een schuldeiser van de deskundige die in de plaats van de schuldenaar een akkoord aanbiedt (artikel 371 WHOA); de afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 375 WHOA); de behandeling van diverse geschillen voorafgaand aan de stemming (artikel 376 WHOA) en de maatwerkbepaling van artikel 377 WHOA. De mogelijkheid om al voor de behandeling van een homologatieverzoek geschillen aan de rechter voor te leggen staat volgens het ontwerp alleen ter beschikking van de schuldenaar om te voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering deze mogelijkheid oneigenlijk zouden gebruiken om het proces te blokkeren of vertragen[7].

8.4. Wij zijn voorstander van de mogelijkheid om in een vroeg stadium geschillen aan de rechter te kunnen voorleggen. De reden daarvoor ligt voor de hand. Indien het gehele proces van opstelling en aanbieding van het akkoord eerst doorlopen moet worden om uiteindelijk pas bij de homologatie te constateren dat belangrijke feiten toch anders liggen dan schuldeisers zich hadden voorgesteld, zal het ontwerp akkoord niet gehomologeerd worden. Wij verwachten dan ook dat het bevorderlijk is voor de slagingskans van een onderhands akkoord indien de rechter al in een vroeg stadium bij de totstandkomingprocedure kan worden betrokken.

8.5. Het recht om de rechter in een vroeg stadium om een beslissing te kunnen vragen, zou ook aan schuldeisers ter beschikking moeten staan. Omdat in het kader van de aanbieding en totstandkoming van het akkoord zich allerlei complexe financiële waarderingsvraagstukken zullen voordoen en de uitkomst daarvan voor schuldeisers ingrijpende gevolgen kan hebben, achten wij het niet juist dat schuldeisers niet in een eerder stadium geschillen aan de rechter kunnen voorleggen. Bovendien lijkt het niet efficiënt om eerst alle fasen van de totstandkoming van het akkoord te doorlopen om vervolgens pas aan het einde van dat traject de waarderingsdiscussie te beslechten. Schuldeisers die in beginsel bevoegd zijn een akkoord aan te bieden, zouden de rechter al in een eerder stadium om een oordeel moeten kunnen vragen.

8.6. Bovendien zal de rechter op dergelijke vragen in de regel snel moeten beslissen. Om vertraging te voorkomen zou in het proces een tijdvak moeten worden geopend waarbinnen schuldenaar en schuldeisers de rechtbank kunnen vragen te beslissen over de zaken die staan opgesomd in artikel 376 WHOA, waarna al die verzoeken in één zitting worden behandeld en afgedaan.

---

[7] Ontwerp Toelichting, p. 12

9. Stemgerechtigdheid

9.1. Alleen schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd, zijn stemgerechtigd (artikel 378 lid 2 WHOA). Ten aanzien van de vaststelling of de rechten van een schuldeiser of aandeelhouder op basis van het akkoord worden gewijzigd en daarmee of zij stemgerechtigd zijn, merken wij op dat dit een waarderingsvraagstuk is, waarbij niet alleen een waardering van de onderneming van belang is, maar ook de vraag of er een geschil bestaat over de omvang van de vorderingen, de rangorde van de schulden en de soort vergoeding (contanten of een andersoortige aanspraak). Het valt dan ook toe te juichen dat al in een vroeg stadium, en ieder geval voordat de stemprocedure plaatsvindt, de rechtbank verzocht kan worden te beslissen over een geschil omtrent (onder meer) de toelating tot de stemming, de klassenindeling, en de procedure voor de stemming.

9.2. Artikel 369 lid 4 WHOA houdt rekening met het feit dat er situaties denkbaar zijn waarin het economisch belang bij een vordering berust bij een ander dan de juridisch rechthebbende. Artikel 369 lid 4 WHOA bepaalt dat als de schuldenaar een akkoord aanbiedt dat mede betrekking heeft op vorderingsrechten waarvoor geldt dat het economisch belang geheel of in overwegende mate bij een ander dan de schuldeiser ligt, deze ander in plaats van de schuldeiser bevoegd is om overeenkomstig artikel 378 lid 2 WHOA naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen.

9.3. Deze bepaling is geschreven voor situaties waarin de schuldenaar financiële instrumenten zoals obligaties heeft uitgegeven. In de Ontwerp Toelichting is te lezen dat de Hoge Raad in de UPC uitspraak van 26 augustus 2003 (JOR 2003/211) zou hebben beslist dat dergelijke '*beneficiaries*' vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid op één lijn zouden moeten worden gesteld met de schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet. Deze uitleg berust echter op een onjuiste interpretatie van het UPC beschikking. In die uitspraak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de economisch gerechtigden tot de financiële instrumenten vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid in *dat* geval op één lijn moesten worden gesteld met de schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet. Dit oordeel baseerde de Hoge Raad op de specifieke omstandigheden van het geval. Zowel volgens de contractuele documentatie die ten grondslag lag aan de uitgifte van de obligatieleningen, als volgens het daarop toepasselijke recht, kwam het stemrecht toe aan de economisch gerechtigden en niet aan de juridisch gerechtigde. In de Ontwerp Toelichting wordt ten onrechte geen rekening gehouden met het feit dat volgens de Hoge Raad van geval tot geval beoordeeld moet worden wie gerechtigd is om te stemmen over een akkoord.

9.4. Rekening houdend met de regel uit de UPC uitspraak, verdient het aanbeveling te bepalen dat de hoofdregel is dat het stemrecht toekomt aan de *beneficial owners*, tenzij uit

een contractuele regeling (zoals een zogeheten *no action clause*) en/of het op de rechtsverhouding toepasselijk recht iets anders voortvloeit.

10. Stemverhoudingen

10.1. Wat betreft de stemuitslag schrijft artikel 378 lid 4 WHOA voor dat een klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd indien het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht. Daarmee kent het ontwerp andere stemverhoudingen dan het dwangakkoord in surseance van betaling. Hoewel wij toejuichen dat er geen "*headcount*" is vereist zoals bij het surseance akkoord, vinden wij het een gemiste kans dat er voor de drempel niet wordt aangesloten bij het percentage van de surseance (zijnde een gewone meerderheid).

11. Vorming klassen

11.1. In het ontwerp wordt met artikel 373 WHOA een wettelijke basis gecreëerd voor de indeling van schuldeisers en aandeelhouders in klassen.

11.2. Wij vinden het systeem van het aanleggen van klassen van schuldeisers en aandeelhouders positief. Op die wijze wordt bereikt dat verschillende voorstellen kunnen worden gedaan aan onderling verschillende groepen van schuldeisers, of zelfs aan onderling gelijkgerechtigde schuldeisers, waarbij als uitgangspunt geldt dat vergelijkbare vorderingen op eenzelfde wijze worden behandeld.

11.3. Door het creëren van klassen wordt de door de praktijk gewenste flexibiliteit gecreëerd. Doordat het systeem van de indeling in klassen bovendien gecombineerd wordt met de mogelijkheid om in een vroeg stadium eventuele geschillen over de indeling in klassen en de waardering van vorderingen aan de rechter voor te leggen, wordt de kans op het slagen van het akkoord en daarmee van het saneren en herstructureren van de schulden vergroot.

11.4. Het betrekken van de aandeelhouders in een stemklasse verbetert de mogelijkheden om de schuld om te zetten in kapitaal, omdat blokkades uit het rechtspersonenrecht op deze manier worden vermeden c.q. opgelost.

12. Maatwerkbepaling

12.1. Op grond van de maatwerkbepaling van artikel 377 WHOA kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt.

12.2. De ambtshalve betrokkenheid van de rechtbank is alleen aan de orde wanneer de rechtbank op enig moment in het proces betreffende de totstandkoming van het akkoord wordt betrokken. Hiervan is volgens de Ontwerp Toelichting in ieder geval sprake wanneer de schuldenaar de rechtbank vraagt (i) de behandeling van een ingediende faillissementsaanvraag te schorsen (artikel 3d WHOA); (ii) een afkoelingsperiode af te kondigen (artikel 375 WHOA) of (iii) een beslissing te nemen over een geschil dat is opgekomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming (artikel 376 WHOA).[8] In de gevallen waarin de rechtbank in het proces betreffende de totstandkoming van het akkoord betrokken is, kunnen ook betrokken schuldeisers of aandeelhouders de rechtbank verzoeken voorzieningen te treffen of nadere bepalingen te maken.[9]

12.3. De maatwerkbepaling is vergelijkbaar met de regeling in (artikel 225 Fw betreffende de) surseance van betaling. Volgens de Ontwerp Toelichting is omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid nauw aangesloten bij deze regeling. Een akkoord is maatwerk. De kans van slagen wordt naar onze mening vergroot als de regeling flexibel is en een kaderregeling behelst, waarin niet op voorhand alles tot in detail is geregeld. Door een maatwerkbepaling als die van artikel 377 WHOA kunnen niet voorziene situaties op een praktische wijze worden opgelost. Wij staan dan ook positief tegenover de maatwerkbepaling.

13. Weigeringgronden ex artikel 381 lid 4 WHOA

13.1. Het voorgestelde artikel 381 WHOA somt een aantal gronden op waaronder de rechter een verzoek tot homologatie van een aangeboden akkoord, dat wordt ondersteund door tenminste één klasse, moet weigeren.

13.2. Het derde lid van artikel 381 WHOA bevat de algemene weigeringgronden, waarvoor geldt dat als daarop met succes een beroep wordt gedaan, de rechtbank het homologatieverzoek moet weigeren, zelfs indien alle klassen van schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord hebben ingestemd. In lid 3 ontbreekt een bepaling dat de rechtbank de homologatie moet weigeren indien de rechtbank geen internationale rechtsmacht heeft. Een dergelijke bepaling dient te worden opgenomen. Naar onze mening dient de wet tevens te bepalen dat schuldeisers de bevoegdheid hebben om de internationale rechtsmacht te betwisten.

13.3. Het vierde lid van artikel 381 WHOA bevat de aanvullende weigeringgronden. Deze gronden spelen alleen een rol indien tenminste één klasse zijn instemming aan het akkoord heeft onthouden en indien een schuldeiser uit die klasse die zelf daadwerkelijk heeft tegengestemd tijdig een verzoek tot weigering van homologatie indient. De rechtbank zal de homologatie van het akkoord op deze gronden moeten weigeren als de ho-

[8] Ontwerp Toelichting p. 34

[9] Ontwerp Toelichting p. 35

mologatie ertoe zou leiden dat de herstructureringslasten of de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd niet eerlijk onder de klassen van schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld.[10]

13.4. Bij de beantwoording van de vraag of hiervan sprake is, wordt in de onderdelen a tot en met d van het vierde lid van artikel 381 WHOA een aantal criteria gehanteerd, te weten: (i) de "*absolute priority rule*" zoals geformuleerd in onderdeel (a); (ii) de "*not more than 100% rule*", zoals geformuleerd in onderdeel (b), de "*no unfair discrimination test*" zoals verwoord in de onderdelen (c) en (d). Een laatste verplichte weigeringgrond is neergelegd in onderdeel (e), welke bepaling een "*cash out optie*" voor de gesecureerde schuldeiser betreft.

13.5. Wij staan positief tegenover de opname van deze aanvullende weigeringgronden. De verschillende gronden zijn echter onnodig complex geformuleerd. Wij vragen ons af of de praktijk hier voldoende sturing aan kan ontlenen. Een meer uitgebreide bespreking – mede gelet op de Amerikaanse herkomst van de regel – in de memorie van toelichting kan aan dat begrip bijdragen.

13.6. Volgens de Ontwerp Toelichting volgt uit de zogeheten *cash out optie* van artikel 381 lid 4 sub e WHOA dat schuldeisers die in faillissement aanspraak zouden kunnen maken op een uitkering in geld - waarbij met name gedacht moet worden aan financiers met een zekerheidsrecht - slechts gedwongen kunnen worden om genoegen te nemen met een uitkering op basis van het akkoord in andere vorm dan contanten, als de klasse waartoe zij behoren daarmee in ruime meerderheid heeft ingestemd, waarbij overigens niet duidelijk is of die ruime meerderheid de tweederde meerderheid van artikel 378 lid 4 WHOA is.

13.7. Naar wij begrijpen dient bovengenoemde bepaling zodanig te worden opgevat, dat schuldeisers die de voorkeur geven aan een uitkering in contanten, daarvoor moeten kunnen kiezen, maar dat dit bedrag beperkt is tot het hypothetische uitkeringspercentage dat aan deze schuldeisers zou worden uitgekeerd bij liquidatie of faillissement. Voor het overige dient de waarde die aan een klasse van schuldeisers wordt aangeboden gerelateerd te worden aan het bedrag van de vorderingen verminderd met het cash out deel. Het verdient naar onze mening hoe dan ook aanbeveling om de bedoeling van deze bepaling te verduidelijken.

14. Wederkerige overeenkomsten

14.1. Op grond van de bepaling van artikel 372 WHOA wordt de mogelijkheid gecreëerd om ook toekomstige verplichtingen uit lopende overeenkomsten (voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd), zoals huur – of leasetermijnen, te herstructureren. Anders dan bij het

[10] Ontwerp Toelichting, p. 40

herstructureren van schulden, doet de schuldenaar een voorstel aan elk van zijn contractuele wederpartijen, die elk de keuze hebben om het wijzigingsvoorstel wel of niet te aanvaarden. Aanvaarden zij dit, dan kunnen zij het nadelige verschil tussen de oude en de nieuwe contractswaarde als schadevergoeding vorderen. Die vordering tot schadevergoeding kan ook weer worden beperkt door het akkoord. Wij begrijpen dat die vordering dan wel in een klasse kan worden ingedeeld waarin meerdere schuldvorderingen worden opgenomen.

14.2. Ook regelt het artikel dat zogenaamde *eo ipso* of *ipso facto* clausules zonder gevolg blijven. Het artikel bepaalt dat het aanbieden van een akkoord en de gebeurtenissen die daarmee nauw verband houden geen grond voor de contractuele wederpartij zijn om de nakoming van zijn verbintenissen op te schorten of om de overeenkomst te ontbinden.

14.3. Wij denken dat deze bepaling kan bijdragen aan de flexibiliteit van de regeling en daarmee de kans van slagen van een onderhands akkoord bevordert. Of de bepaling effectief is valt te bezien, omdat de contractuele wederpartij het recht heeft c.q. kan bedingen om de nakoming van zijn verbintenissen op te schorten en/of om nadere zekerheid te vragen indien niet-nakoming door de schuldenaar dreigt. Het zou naar onze mening ook te ver gaan om contractuele wederpartijen te verplichten om de overeenkomst verder uit te voeren nadat de schuldenaar heeft verklaard dat hij zijn schuld niet (geheel) zal voldoen.

14.4. Verder merken wij op dat niet duidelijk is hoe lid 3 van artikel 372 WHOA zich verhoudt tot lid 1 en lid 2. Op grond van lid 3 blijft een beding dat bepaalt dat het aanbieden van een akkoord de wederkerige overeenkomst automatisch doet eindigen of de wederpartij het recht geeft de overeenkomst te beëindigen, dan wel te wijzigen buiten toepassing. Het doel van deze bepaling zou zijn te voorkomen dat een schuldeiser met een beroep op een dergelijk beding alsnog de totstandkoming van het akkoord op oneigenlijke gronden zou kunnen frustreren. De schuldenaar zelf kan op grond van de eerste twee leden de overeenkomst echter wel wijzigen dan wel beëindigen. Naar wij begrijpen wordt dus eigenlijk bedoeld dat een schuldenaar zolang het proces van totstandkoming van het akkoord hangende is zelf wel een beroep zou moeten kunnen doen op een *ipso facto* clausule, maar de schuldeiser niet. Het verdient naar onze mening aanbeveling dit te verduidelijken in de tekst van het ontwerp.

15. Actio Pauliana

15.1. Het Wetsontwerp beoogt met de introductie van artikel 42a WHOA de verstrekking van zekerheid ten behoeve van de financiering van een akkoord te bevorderen. Wij achten een bepaling als deze een welkome aanvulling, omdat het de schuldenaar en diens wederpartij beschermt bij de akkoordprocedure. Wij bevelen aan om de reikwijdte van de bepaling uit te breiden. Thans beperkt artikel 42a WHOA zich tot het vestigen van pand-

en hypotheekrechten als zekerheid voor nakoming van verplichtingen uit hoofde van geldleningen. Dit staat de schuldenaar slechts toe om geldleningen aan te gaan, terwijl het wellicht sneller en goedkoper is om - bijvoorbeeld - leverancierskrediet te verkrijgen. Ook kan het vestigen van pand- en hypotheekrechten uitgesloten zijn in bestaande (krediet-) overeenkomsten door middel van een negatieve pand- of hypotheekverklaring, of zijn er geen voor verpanding of verhypothekering vatbare vermogensbestanddelen. Deze bepaling zou aan belang winnen indien zij het mogelijk maakt om zekerheid te bedingen voor de nakoming van verbintenissen, zonder beperkingen op te leggen aan de aard van het zekerheidsrecht en de aard van de verbintenis. Dit zal de continuïteit van de onderneming van de schuldenaar kunnen bevorderen.

15.2. Het Wetsontwerp vestigt met het voorgestelde artikel 42a WHOA een vermoeden dat *geen* sprake is van benadeling en wetenschap daarvan bij de vestiging van zekerheden tegenover de verstrekking van 'nieuw' geld voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar tijdens het traject. Wij vragen ons af of met de tekst van het ontwerp het beoogde resultaat wordt bereikt, namelijk het beschermen van transacties die dienen ter overbrugging/financiering van de akkoordprocedure. Voor het instellen van een Actio Pauliana rust de bewijslast uit hoofde van artikel 150 Rv in beginsel op de curator. De vestiging van een vermoeden zoals artikel 42a WHOA beoogt, brengt in dit processuele uitgangspunt geen verandering. De Ontwerp Toelichting vermeldt dat de curator onder meer moet aantonen dat de lening, kort gezegd, niet is aangewend om de totstandkoming van het onderhandse akkoord te overbruggen; uit de tekst van het Wetsontwerp zelf volgt dat echter niet.[11] Wij bevelen aan om de toets zoals die is verwoord in de Ontwerp Toelichting duidelijk vast te leggen in de wettekst.

15.3. Een andere vraag die in dit verband rijst, is of de bestuurder van de schuldenaar beschermd is, indien achteraf blijkt dat het akkoord niet wordt aangeboden of wordt gehomologeerd. In dat geval zouden de schuldeisers die met de schuldenaar hebben gecontracteerd tijdens de akkoordprocedure de bestuurders van de schuldenaar kunnen aanspreken voor het onbetaald gebleven deel van de schulden die daaruit zijn voortgevloeid. Wij bepleiten dat in die gevallen alleen bestuurdersaansprakelijkheid kan bestaan indien de schuldeiser bewijst dat de bestuurder op het moment dat de rechtspersoon de verbintenis aanging redelijkerwijs niet mocht verwachten dat de rechtbank zou overgaan tot homologatie van het akkoord

16. Erkenning van het akkoord in het buitenland

16.1. De werking van de WHOA is in de huidige opzet in beginsel beperkt tot Nederlands grondgebied en zal alleen in andere landen worden erkend indien het internationaal privaat recht van die landen of een verdrag in erkenning voorziet.

[11] P.16-17 Ontwerp Toelichting

16.2. Uit de Ontwerp Toelichting volgt niet dat Nederland de homologatieprocedure wil doen opnemen in Bijlage A bij de (herschikte) Europese Insolventieverordening ("IVO"). Om de aantrekkingskracht van het Nederlandse buitengerechtelijke akkoord te bevorderen, verdient het aanbeveling om de homologatieprocedure te laten opnemen in de eerder genoemde Bijlage A. Daarmee zou het akkoord automatisch worden erkend in de EU Lidstaten (met uitzondering van Denemarken). De IVO staat toe dat naast liquidatieprocedures ook herstructureringsprocedures onder haar werking worden gebracht.

16.3. Bijlage A IVO kan alleen worden gewijzigd door middel van de reguliere Europese wetgevingsprocedure. Dit betekent dat de wijziging door de Europese Commissie zal moeten worden geïnitieerd. Het is raadzaam om hierop te anticiperen in het definitieve Wetsontwerp.

16.4. Daarnaast knelt het Wetsontwerp op dit moment op twee belangrijke punten in verband met de IVO. Het eerste punt is dat de bevoegdheid van de rechter die het akkoord kan homologeren, moet worden gebaseerd op de zogeheten *COMI* (centrum van voornaamste belangen, meestal in het Engels aangeduid als *centre of main interests*), artikel 3 lid 1 IVO), dan wel de plaats waar de schuldenaar een vestiging heeft (artikel 3 lid 3 IVO). De IVO schept geen internationale bevoegdheid voor de opening van insolventieprocedures voor concerns. De internationale bevoegdheid dient per (rechts-)persoon te worden vastgesteld aan de hand van het COMI- of vestigingscriterium (*entity-by-entity approach*).

16.5. Het Wetsontwerp opent in artikel 370 lid 2 WHOA de mogelijkheid dat de schuldenaar het akkoord mede aanbiedt ten behoeve van medeschuldenaren. Dat zou de vraag oproepen of het akkoord ook geacht moet worden namens die medeschuldenaren te zijn aangeboden. Dat hoeft niet zo te zijn.

16.6. Wij bevelen aan om te verduidelijken dat een zodanig aanbod moet worden opgevat als een beding ten behoeve van een derde waarvan de nakoming gevorderd kan worden door de schuldenaar en door de derde indien hij dat beding aanvaardt. Op die wijze wordt vermeden dat - indien de procedure op Bijlage A wordt gebracht - de rechtbank een verzoek om homologatie van het akkoord niet in behandeling kan nemen wegens het ontbreken van internationale rechtsmacht ten aanzien van de medeschuldenaren. Of een dergelijk "medeschuldenaren-akkoord" ook ten aanzien van de medeschuldenaren op grond van de IVO in de andere EU Lidstaten wordt erkend is een vraag die door het Hof van Justitie van de Europese Unie zal moeten worden beantwoord. Maar de omstandigheid dat het akkoord ten aanzien van de medeschuldenaren wellicht niet in andere EU-lidstaten wordt erkend is geen reden om het akkoord als zodanig niet vatbaar voor erkenning onder de IVO te maken.

16.7. Indien het voornemen bestaat om het buitengerechtelijk akkoord binnen de reikwijdte van de IVO te brengen, zullen schuldeisers de bevoegdheid moeten krijgen om de be-

voegdheid van de Nederlandse rechter te betwisten nadat een akkoord is aangeboden. Artikel 5 van de Insolventieverordening stelt die mogelijkheid verplicht.[12] Dat is geen bezwaar omdat ook nu de rechtbank zijn internationale bevoegdheid moet vast stellen.

16.8. Een tweede punt is dat de publicatievereisten van artikel 24 IVO in acht moeten worden. Het Wetsontwerp stelt vooralsnog geen publicatie-eisen.

16.9. Wij begrijpen dat het in een aantal gevallen voldoende kan zijn dat het akkoord alleen in Nederland werkt. Indien de schuldenaar activiteiten in meerdere EU-lidstaten heeft, dan heeft het akkoord aanzienlijk meer kracht indien het in de EU-lidstaten zonder meer erkend wordt en afdwingbaar is.

16.10. De publicatie-eisen van de IVO hoeven niet bezwaarlijk te zijn, omdat de akkoordprocedure kort kan zijn en de schuldnaar bij aanvang duidelijkheid kan verschaffen over welke schuldeisers wel en welke niet door het akkoord worden geraakt. In ieder geval vormen de publicatie-eisen geen reden om in de WHOA niet de deur naar IVO-erkenning te openen.

16.11. Het is mogelijk dat de WHOA aan de schuldenaar bij aanvang van de procedure de mogelijkheid biedt te kiezen voor een procedure met lokaal effect of voor een procedure die voldoet aan de eisen die de IVO stelt (waarbij vanzelfsprekend geldt dat die procedure dan ook in Bijlage A van de IVO is vermeld). De keuze voor het laatste betekent in de kern dat de schuldenaar formeel om opening van de procedure verzoekt bij de rechter die op grond van artikel 3 IVO internationale rechtsmacht heeft. Die rechtbank opent vervolgens de procedure en publiceert die openingsbeslissing en schrijft deze in de daartoe bestemde insolventieregisters in. De communicatie door de schuldenaar (als *debtor in possession*) met de schuldeisers geschiedt in overeenstemming met de eisen van de IVO.[13]

16.12. Dit brengt met zich dat artikel 369 lid 3 WHOA niet alleen naar de commune bevoegdheidsbepaling in artikel 2 Fw moet verwijzen, maar ook naar artikel 3 van de IVO. Tevens zou in artikel 370 WHOA een regeling moeten worden opgenomen dat de schuldenaar om de opening van de akkoordprocedure vraagt en dat de rechtbank die opening uitspreekt. Voorts zullen voor die procedure de publicatie- en communicatievoorschriften moeten worden vastgesteld zodanig dat deze voldoen aan de IVO.

17. Geen hoger beroep

17.1. Om de snelheid van het homologatieproces te bevorderen, beperkt de WHOA de mogelijkheid tot het instellen van rechtsmiddelen. Zo kan geen hoger beroep worden ingesteld

---

[12] Vgl. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 728, nr. 5, p. 4-5 over de invoering van deze betwistingmogelijkheid voor de surseance van betaling.

[13] Artikel 53 e.v. IVO

tegen de benoeming van een deskundige (artikel 371 lid 6 WHOA); het afkondigen van een afkoelingsperiode (artikel 375 lid 5 WHOA); beslissingen van de rechtbank over geschillen als bedoeld in artikel 376 WHOA en de homologatiebeslissing (artikel 381 lid 6 WHOA). Hoewel wij onderschrijven dat de homologatieprocedure voortvarend moet verlopen, is de keuze om hoger beroep uit te sluiten minder gelukkig. Een buitengerechtelijk akkoord resulteert in (een soms drastische) wijziging van rechten van schuldeisers die in zijn gevolgen niet veel verschilt van een onteigening. Om die reden is het van belang dat schuldeisers in de gelegenheid worden gesteld zich daartegen in rechte voldoende te verweren.

17.2. Het openstellen van hoger beroep hoeft bovendien niet aan de voortvarendheid in de weg te staan, indien net als het geval is in surseance en faillissement, zeer korte termijnen worden gehanteerd.

18. Tot slot

18.1. Het Wetsontwerp voorziet in een leemte binnen ons insolventierecht.

18.2. Het Wetsontwerp biedt een welkom instrument is voor noodlijdende ondernemingen die een reddingspoging willen ondernemen om een surseance of faillissement af te wenden.

18.3. Wij hopen dat de in deze brief genoemde aandachtspunten, die bijdragen aan een goede wettelijke regeling, worden meegewogen bij de nadere uitwerking van het (concept) Wetsontwerp. Wij zijn gaarne tot een nadere toelichting bereid.

Hoogachtend,

Houthoff

Frauke van der Beek

Barbara van Gangelen

Gerhard Gispen

Bert Verburg

Frédéric Verhoeven

Clark Warren

Christiaan Zijderveld

VAN CAMPEN / LIEM

23 Boulevard Joseph II
1840 Luxembourg
Grand Duchy of Luxembourg

T +352 278 60 668
info@vancampenliem.com
www.vancampenliem.com

VAN: Mr. H.A. Schuurman,
Advocaat bij de Balies te Amsterdam en Luxemburg

DATUM: Luxemburg, 16 oktober 2017

BETREFT: **Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement**

1. INLEIDING

1.1 In 2014 is een voorontwerp van de Wet Continuïteit ondernemingen II ter consultatie op internet gepubliceerd. Naar aanleiding van de ingekomen reacties op de consultatie zijn de conceptwetstekst en de bijbehorende toelichting bijgewerkt en is besloten opnieuw een ambtelijk voorontwerp van wet ter consultatie voor te leggen.

1.2 Net als het voorgaande voorontwerp, beoogt ook het voorontwerp van de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement een onderneming in financiële moeilijkheden in staat te stellen om, buiten faillissement en surseance, een akkoord aan haar schuldeisers en aandeelhouders aan te bieden, om daarmee problematische schulden te herstructureren.

1.3 Het voorontwerp beoogt het proces van herstructurering van problematische schulden bij ondernemingen te flexibiliseren en met een minimum aan formaliteiten, kosten en onzekerheden te bespoedigen. Indien een akkoord door de meerderheid van de schuldeisers en aandeelhouders wordt ondersteund, moeten schuldeisers en aandeelhouders die zich er op onredelijke gronden tegen verzetten tot medewerking kunnen worden gedwongen door een algemeen verbindend verklaring door de rechter.

1.4 Met andere woorden, het onderhavige voorontwerp van wet strekt ertoe in de Faillissementswet een regeling in te voeren voor de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement en surseance. In dit verband wordt in de conceptmemorie van toelichting opgemerkt dat in de praktijk en in de literatuur al langer wordt gepleit voor de invoering van een dwangakkoord om te voorkomen dat een weigerachtige schuldeiser volledige betaling van zijn vordering zal kunnen afdwingen of dat de rechten van aandeelhouders ongemoeid worden gelaten en dat de schuldeisers die wel aan een akkoord willen meewerken een onevenredig deel van de herstructureringslasten voor hun rekening zullen moeten nemen.

1.5 De conceptmemorie merkt bij het voorontwerp van de Wet Continuïteit ondernemingen II eveneens op dat een dergelijk dwangakkoord al geruime tijd bestaat in het Verenigd Koninkrijk. Sterker, blijkens de conceptmemorie is, vermoedelijk ook ten aanzien van het

Van Campen Liem Luxembourg is a *société à responsabilité limitée* under the laws of Luxembourg with a share capital of €12,500.
Admitted to the *Barreau de Luxembourg* and registered in the *Registre de commerce et des sociétés, Luxembourg* under number B197002.
Affiliated with Van Campen & Partners N.V., a *naamloze vennootschap* under the laws of the Netherlands.

onderhavige voorontwerp van wet, inspiratie gevonden in de wettelijke regeling van het akkoord buiten faillissement zoals die in het Verenigd Koninkrijk geldt, het zogeheten *scheme of arrangement*. Dit is de oudste en bekendste regeling in de Europese Unie, zo stelt de conceptmemorie bij het voorontwerp van de Wet Continuïteit ondernemingen II. Het is een procedure die reeds sinds meer dan honderd jaar wordt gebruikt voor het reorganiseren van ondernemingen en ook een belangrijke rol speelt bij veel herstructureringen van internationale concerns.

2. INSPIRATIE BRITSE SCHEME OF ARRANGEMENT

2.1 De opmerkingen in beide concepttoelichtingen met betrekking tot de wettelijke regeling in het Verenigd Koninkrijk worden door ons volledig omarmd. Het ligt inderdaad in de rede om aansluiting te zoeken bij een regeling die door menigeen als doeltreffend wordt ervaren en er lijkt geen enkele noodzaak om in ons land te trachten het wiel (geheel) opnieuw uit te vinden.

2.2 Vergelijken wij nochtans de Britse regeling met het onderhavige voorontwerp dan valt op dat twee kenmerkende bepalingen van de Britse wettelijke regeling, te weten secties 900(2)(a) en 900(4) van de *Companies Act 2006*, die voorzien in een overgang onder algemene titel van het vermogen van de betreffende onderneming of een deel daarvan alsmede in het tenietgaan en vervallen van zekerheidsrechten en beslagen, niet zijn overgenomen. Van de meeste andere bepalingen van Deel 26 van de *Companies Act 2006* is weldegelijk een equivalent terug te vinden in het onderhavige voorontwerp.

2.3 Het is niet duidelijk waarom de twee bepalingen niet zijn overgenomen. Wellicht zijn de bepalingen aan de aandacht van het ministerie ontglipt. Wij zijn in ieder geval van mening dat het niet overnemen van de bepalingen een gemiste kans oplevert en wij pleiten er dan ook voor om inspiratie te putten uit secties 900(2)(a) en 900(4) van de *Companies Act 2006* en om de concepttekst van artikel 381, vijfde lid, van de Faillissementswet te wijzigen overeenkomstig het volgende.

2.4 Het nut van de twee bepalingen is zelfevident.

3. SUGGESTIE TEN AANZIEN VAN ART. 381, LID 5 FW

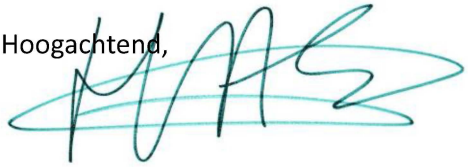
Wij stellen voor de rode volzin aan lid 5 van de concepttekst van artikel 381 van de Faillissementswet toe te voegen:

In de beschikking tot homologatie van het akkoord kan worden bepaald dat deze, nadat zij in kracht van gewijsde is gegaan, in de plaats treedt van een voor de uitvoering van het akkoord vereist besluit van de algemene vergadering van de schuldenaar. ***Eveneens kan worden bepaald dat, door het in kracht van gewijsde gaan van de beschikking, het vermogen van de schuldenaar of een deel daarvan overeenkomstig het akkoord onder algemene titel overgaat op een of meer rechtspersonen en dat beperkte rechten en***

beslagen rustende op tot het vermogen behorende en in de beschikking geduide goederen tenietgaan en vervallen. Artikel 334c, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is van overeenkomstige toepassing.

Wij hopen met deze reactie een zinvolle bijdrage te hebben geleverd aan het wetgevingsproces.

Hoogachtend,



Van Campen Liem Luxembourg
Société à responsabilité limitée
Mr. H.A. Schuurman

Van den Herik
& Verhulst
ADVOCATEN

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Mevrouw mr. drs. A.G. van Dijk
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Ministerie van Veiligheid en Justitie
Per email: DWJZ.Bedrijfsvoering@minvenj.nl

Van den Herik & Verhulst
Advocaten N.V.
Postbus 50535
3007 JA Rotterdam

Wilhelminaplein 16
3072 DE Rotterdam

t (+31)(0)10 410 00 55
f (+31)(0)10 481 51 72
www.herikverhulst.nl

St. Beheer Derdengelden
Van den Herik & Verhulst
NL11ABNA0503055166

Rotterdam, 30 november 2017

Betreft : Voorontwerp homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

Zijne Excellentie, Geachte mevrouw Van Dijk,

Bankenbonus moet verdeeld worden

Wet dient te zorgen voor een eerlijke verdeling van de meeropbrengst die ontstaat door toepassing van de WHOA

1. Het wetsvoorstel "Wet Homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement" en het doel van het wetsvoorstel is in één woord uitstekend maar – als de WHOA er geen stokje voor steekt – wordt het voordeel van de toepassing van deze wet niet eerlijk verdeeld over de schuldeisers. Ik licht dat toe.

2. Het woord "eerlijk" is tot vijf maal toe in de Memorie van Toelichting genoemd en wordt met zoveel woorden ingevuld door te verwijzen naar de Amerikaanse "*absolute priority rule*". Dat is de regel dat iemand met een lagere rang alleen kan worden voldaan als degene met een hogere rang volledig is voldaan.

3. Het is aan te nemen dat bij de totstandkoming van een WHOA-akkoord in veel gevallen alleen de zekerheidsgerechtigden (hierna gemakshalve: de banken) aanspraak kunnen maken op de gehele of nagenoeg gehele "opbrengst" wanneer er in klassen wordt gestemd en de andere schuldeisers hun aanspraken definitief gaan verliezen (door de gerechtelijke homologatie via de WHOA).

4. Het afschudden van de andere schuldeisers via de WHOA en het daarmee voorkomen van een faillissement creëert echter een meeropbrengst, welke meeropbrengst eveneens geheel of grotendeels wordt uitbetaald aan de banken. Dat is niet terecht omdat:

Member of **EuréseaU**, an international network of law firms.

Van den Herik & Verhulst Advocaten N.V. is gevestigd te Rotterdam en ingeschreven in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel onder nummer 24452478. Op onze dienstverlening zijn van toepassing de algemene voorwaarden afgedrukt op de achterkant van deze pagina en ook te raadplegen op onze website: **www.herikverhulst.nl.**

Van den Herik & Verhulst Advocaten N.V. has its registered seat in Rotterdam (listed in the Commercial Register of the Chamber of Commerce number 24452478). Our services are rendered subject to our general terms and conditions which are printed overleaf and can also be found at our website: **www.herikverhulst.nl.**

Van den Herik & Verhulst ADVOCATEN

a) het bestaan en voortbestaan van de onderneming een resultaat is van de inspanningen van alle schuldeisers, en zeker niet een prestatie van de banken alleen;
b) het juist die andere schuldeisers zijn die hun vordering geheel of grotendeels moeten inleveren terwijl de banken bij een akkoord geheel of vrijwel geheel worden voldaan.

5. Daarom moet worden opgenomen hoe de meeropbrengst die ontstaat *door* het akkoord (de waarde van de onderneming door het voorkomen van faillissement – de reorganisatiewaarde – afgezet tegen de liquidatiewaarde) en met name de gerechtelijke homologatie evenrediger wordt verdeeld.

6. Als de wetgever geen norm dwingend wil opleggen dan zou, mijns inziens, als alternatief homologatie alleen kunnen plaatsvinden als het akkoord duidelijk maakt waarom, in afwijking van de nog in de wet op te nemen hoofdregel over een echt eerlijke verdeling, de meeropbrengst in dat specifieke geval per sé alleen of grotendeels terecht mag komen bij de banken (*"comply or explain"*).

7. Als de WHOA daarover géén bepaling bevat – wat nu nog het geval is –, dan heeft de rechter onder de WHOA niet de mogelijkheid om op die grond een akkoord af te wijzen.

8. De WHOA zoals deze er nu voor staat is daarmee vooral een maximerings"*tool*" voor de banken en mist dan in de praktijk een toegevoegde waarde voor de verhaalsmogelijkheden van de overige schuldeisers.[1]

9. Mijn aanbeveling is dan ook om in de WHOA op te nemen dat het positieve *verschil* tussen de liquidatiewaarde in geval van een faillissement enerzijds en de reorganisatiewaarde anderzijds, op zijn minst dient te worden verdeeld over de navolgende drie categorieën tot maximaal het beloop van hun vordering:[2]

    a. de klasse "zekerheidsgerechtigen" (die al het grootste voordeel van het akkoord meekrijgen door het "scoopen" van de liquidatiewaarde tegen lage kosten) ontvangt daar bovenop maximaal 35% van die meeropbrengst,[3]
    b. de klasse "bevoorrechte crediteuren" (w.o. de Belastingdienst) ontvangt maximaal 40% van die meeropbrengst,
    c. de klasse "concurrente crediteuren" ontvangt minimaal 25% van die meeropbrengst (waar aan de orde, te vermeerderen met BTW).[4]

---

[1] In de praktijk komt het voor dat kleinere crediteuren wel geheel of deels betaald worden, maar dit heeft vooral een praktisch motief en geschiedt niet uit naastenliefde. Een voordeel van het akkoord is dat de onderneming economisch actief blijft en *kan* blijven bestellen bij leveranciers, maar dat onzekere voordeel is geen verhaalsvoordeel en van dat voordeel genieten de banken evenzeer.

[2] Wat nu volgt is slechts een voorbeeld van een oplossing om de onevenredige verhaalsbevoordeling te adresseren. Andere oplossingen zijn ook denkbaar.

[3] Deze 35% stimuleert de banken om de weg van de WHOA te kiezen, die overigens relatief nu al veel aantrekkelijker is dan oorspronkelijk bedacht vanwege de problemen (in *hun* ogen) verbonden aan de pre-pack.

[4] Daarnaast dient de WHOA de intra-concern vorderingen achter te stellen bij de concurrente crediteuren.

Van den Herik
& Verhulst
ADVOCATEN

10. De omstandigheid dat er over de meerwaarde evenrediger wordt afgerekend bevordert overigens ook dat alle schuldeisers zich kunnen vinden in het akkoord, waarmee een gedwongen "cram down" zoveel mogelijk kan worden voorkomen.

11. Daarenboven vergroot een wettelijke normering de kans dat er een akkoord buiten de rechter tot stand komt waardoor ook de rechterlijke macht wordt ontlast. De beide waarden (de liquidatie- en reoganisatiewaarde) dienen volgens de concept tekst van de WHOA nu al berekend te worden en te worden overgelegd.[5] Er is dus geen extra taak- en lastenverzwaring.

Het faillissement, een paradijs voor banken.

12. Zo luidde de titel van het recente afscheidscollege van prof. S.C.J.J. Kortmann d.d. 29 september jl. Prof. Kortmann constateerde in zijn afscheidscollege dat de banken in Nederland zeer succesvol zijn in het realiseren van een optimaal resultaat tijdens het faillissement. *Ook* in vergelijking tot de recovery rates van banken in het buitenland.

13. De banken krijgen naar zijn schatting in Nederland maar liefst 89,3% tijdens faillissement, tegenover 1,6 - 5,3% voor de concurrente crediteuren. Volgens hem leven deze laatsten in een "pauperparadijs".

14. De WHOA optimaliseert dit voordeel nog eens extra, van de één ten koste van de ander.

15. De banken zijn al genoeg geholpen op kosten van het collectief. Het is dus hoog tijd dat de wetgever de andere schuldeisers met dit overigens verder excellente wetsvoorstel WHOA een eerlijke positie gaat toebedelen. Het paradijs is immers niet alleen voor de sterken.

Hoogachtend,

R.C.M. van Moorsel
curator

[5] het voorgestelde artikel 374 lid 1 sub c Fw.

Consultatie WHOA
reactie NautaDutilh

Reactie NautaDutilh op het Conceptvoorstel Wet homologatie onderhands akkoord

NautaDutilh N.V.

Leden van het Restructuring & Insolvency team

Robert van Galen (team leader)

Barbara Rumora-Scheltema

Teun Struycken

Marc Orval

David Viëtor

Willem Keukens

Jochem Hummelen

Tom de Clerck

Robert Woudenberg

Bart Wijnstekers

29 november 2017

NautaDutilh

Reeds in 1932 schreef de Amsterdamse hoogleraar Prof. F.G. Scheltema in de Groene Amsterdammer:

> *Gegeven nl. het feit, dat een zeker schuldenaar niet in staat is, zijn schulden ten volle te betalen, moet men zich afvragen, hoe op de meest doelmatige wijze uit de activa, die er wèl zijn, de crediteuren kunnen worden bevredigd. Die meer doelmatige wijze nu is lang niet altijd de afwikkeling door middel van faillissement. Want faillissement beteekent voor den schuldenaar de totale afbraak van zijn onderneming en het verlies van zijn broodwinning: het beteekent voor de schuldeischers een veelal overhaaste verkoop van de activa van hun schuldenaar, waardoor de opbrengst wordt gedrukt, welke opbrengst hun dan eerst ten goede komt na aftrek van de betrekkelijk hooge faillissementskosten. Aangenomen, dat de schuldenaar niet te kwade trouw is, - is dat wèl het geval, dan is liquidatie door middel van een faillissements-curator onvermijdelijk -, zal dus menigmaal zoowel het belang van den schuldenaar als dat van de schuldeischers meebrengen, dat faillissement wordt vermeden door middel van een regeling tusschen den schuldenaar en zijn crediteuren: een akkoord, waardoor de schuldeischers een zeker percentage van hun vorderingen ontvangen, en aan den anderen kant de schuldenaar in staat wordt gesteld, het leven van zijn onderneming te redden. Het beste bewijs voor de juistheid dezer stelling is, dat in de praktijk dergelijke regelingen herhaaldelijk tot stand komen. Maar wanneer die stelling juist is, wanneer werkelijk het algemeen belang onder bepaalde omstandigheden zulk een akkoord gewenscht doet zijn, dan mag de wetgever ook niet langer dulden, dat één onwillige schuldeischer dat akkoord kan breken; dan moet de wet de mogelijkheid scheppen, dat zulk een akkoord - mits natuurlijk onder rechterlijk toezicht tot stand gekomen - door den rechter voor de minderheid wordt bindend verklaard*[1].

Deze tekst is nog steeds verrassend actueel en de leden van het Restructuring & Insolvency Team van NautaDutilh hebben dan ook met belangstelling kennis genomen van het Conceptwetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord. Wij maken hierdoor graag gebruik van de geboden mogelijkheid om op het voorstel te reageren.

Vooropgesteld zij dat wij over het geheel genomen enthousiast zijn over de voorgestelde regeling. We beschouwen het onderhands dwangakkoord als een welkome toevoeging aan de praktijk. Eén van de elegante aspecten van het voorstel (maar zeker niet het enige) is wat ons betreft het feit dat het voorgestelde akkoord is in te zetten in een veelheid van situaties: van MKB tot internationale concerns. Het akkoord biedt daarmee een extra mogelijkheid in de internationale herstructureringspraktijk (naast alternatieven als de Amerikaanse Chapter 11 of de Engelse Scheme of Arrangement), hetgeen belangrijk is voor Nederland als vestigingsland van talloze vennootschappen die deel uitmaken van internationale groepen. Een ander belangrijk punt vinden wij de - zeker ten opzichte van het eerdere voorstel - evenwichtige rol van de rechter die betrokken wordt waar nodig, evenwel zonder dat de drempel voor de procedure te hoog zal zijn ook voor kleinere ondernemingen of herstructureringen.

Het R&I team van NautaDutilh houdt zich bezig met faillissementen en herstructureringen in alle soorten en maten. Een groot deel van de praktijk betreft zaken met een grensoverschrijdend aspect. Vanuit die internationale oriëntatie hebben leden van ons team ook veel overleg gevoerd over het conceptwetsvoorstel met internationale insolventiespecialisten, met name in het Verenigd Ko-

[1] Prof.Mr. F.G. Scheltema, "Een dwangakkoord buiten faillissement", in: De Groene Amsterdammer, no. 2864, 23 april 1932, p. 1. Een scan van dit artikel is aan het einde van deze consultatiereactie opgenomen.

ninkrijk en de Verenigde Staten. Ook zij kijken met belangstelling naar dit voorstel en waren in overgrote meerderheid positief over de mogelijkheden die het voorstel voor grensoverschrijdende situaties zou kunnen bieden.

Wij achten het weinig zinvol om een gedetailleerd commentaar per wetsartikel te geven en willen ons in het navolgende graag beperken tot een drietal onderwerpen.

Internationale erkenning

In de eerste plaats vragen wij graag aandacht voor het niet te overschatten belang dat bestaat bij een zo breed mogelijke internationale erkenning van een akkoord als voorzien in het conceptwetsvoorstel. De vraag of een herstructureringsregeling, althans de rechterlijke beslissing waarmee een dergelijk regeling wordt gesanctioneerd, in andere landen wordt erkend bepaalt mede de effectiviteit van de regeling maar ook haar aantrekkelijkheid in internationale context. Dat geldt overigens ook voor meer "nationale" situaties waar regelmatig niettemin grensoverschrijdende aspecten een rol spelen (bijvoorbeeld een actief in het buitenland, of buitenlandse schuldeisers). Wij menen dat de regeling zoals die thans is voorgelegd niet valt onder de (Herschikte) Insolventieverordening[2] ("IVO"), onder meer omdat zij geen openingsbeslissing kent in de zin van artikel 3 IVO. Ook de (Herschikte) EEX-Verordening[3] is, zo volgt uit artikel 1 lid 2 sub b daarvan, niet van toepassing. Tegelijkertijd mag, gezien de concept Insolventierichtlijn[4], worden aangenomen dat ook de Europese wetgever voorstaat dat herstructureringsoplossingen EU-wijde werking zullen hebben. Wij zouden dan ook in overweging willen geven dat de Nederlandse wetgever zich inspant voor EU-regelgeving waaronder ook het akkoord uit het conceptwetsvoorstel na homologatie althans de homologatiebeslissing automatisch en integraal wordt erkend in de EU.

Cash consideration

In de tweede plaats hebben de leden van ons team ernstige twijfels over de wenselijkheid van het voorgestelde artikel 381 lid 4 sub e (de "cash consideration"). Deze bepaling houdt, kort gezegd, in dat homologatie van een akkoord zal worden geweigerd op verzoek van schuldeisers uit een tegenstemmende klasse die onder het akkoord geen uitkering in geld ontvangen of een lagere uitkering in geld ontvangen dan zij in een faillissement zouden ontvangen. Deze regel, die bijvoorbeeld een uitgestelde betalingsregeling onmogelijk maakt en die in vergelijkbare regelingen in andere rechtsstelsels niet voorkomt, is niet goed te begrijpen (en zou wat ons betreft moeten worden heroverwogen) nu zij in een situatie van liquiditeitstekorten een voorwaarde inbouwt die liquiditeiten vereist. Maar daarnaast zien wij de volgende bezwaren:

- Voorop staat dat vrij snel aan de toegangsvoorwaarden voor toepasselijkheid van artikel 381 lid 4 sub e zal zijn voldaan. Immers, er zal vrij snel ten minste één klasse niet hebben ingestemd en de drempel voor instemming in tegenstemmen is laag (immers, 2/3e van het bedrag aan vorderingen moet hebben voorgestemd; 66,5% - oftewel een ruime gewone meerderheid - kan dus voorstemmen en dan is er wel sprake van een tegenstem voor de hele klasse);

---

[2] Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures.

[3] Verordening (EU) Nr. 1215/2012 betreffende rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

[4] Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van deefficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU - 2016/0359 (COD)

- Daarnaast vloeit het idee van artikel 381 lid 4 sub (e) voort uit een verkeerde gedachte/toepassing van de creditors' bargain theory. Noodzakelijk, maar ook voldoende is dat een schuldeiser ten minste de relatieve waarde van zijn recht krijgt. Hij heeft geen recht op het respecteren van zijn absolute rechten. Correct daarbij is dat een uitkering in cash niet dezelfde waarde heeft als een vordering met dezelfde nominale waarde. Die waarde zou dan ook eigenlijk in de vordering moeten worden verdisconteerd via een opslag. De rechtvaardiging voor het afpakken van het recht op cash ligt daarbij in de hogere waarde van de totale pool of assets ten opzichte van een liquidatie (de groep van schuldeisers als geheel gaat er onder het akkoord op vooruit ten opzichte van een vereffening);
- Spiegelbeeldig geldt ook dat als slechts een bepaalde klasse een recht op cash heeft en de overige klassen die uitbetaald krijgen in vorderingsrechten niet worden gecompenseerd voor dit verschil in uitdelingswijze, de facto een ongerechtvaardigde herverdeling tot stand komt;
- Verder is de non-cash uitkering consistent met de figuur van het akkoord als hypothetische verkoop van de activa aan de schuldeisers. De verkoop is hypothetisch en logischerwijs daarmee de koopprijs ook;
- Het vereiste van een cash consideration zal een zeer serieus obstakel opleveren om bij grote herstructureringen de akkoordprocedure in Nederland te laten plaatsvinden en zal Nederland daarmee op achterstand zetten. Regels die niet vergelijkbaar zijn met regels in andere rechtsstelsels en die bij voorbaat al niet worden gesteund door de toonaangevende adviseurs moeten niet in onze akkoordwetgeving terechtkomen omdat dit afdoet aan het uiteindelijke succes van de voorgestelde akkoordregeling;
- Er is ook geen goede reden voor de bepaling. Enerzijds zal de rechter op consciëntieuze wijze kunnen bepalen of het equivalent beter is dan een liquidatie-uitkering, anderzijds zijn vorderingen uit een akkoord doorgaans goed verhandelbaar zodat de schuldeiser die er vanaf wil hem kan verkopen;
- Door deze regel verwordt het herstructureringsplan tot een soort liquidatieakkoord, omdat altijd op een of andere manier (door verkoop assets of binnenhalen extra schuld) cash beschikbaar moet zijn. Dat gaat uit van een te beperkte opvatting van de mogelijkheden van een akkoord en staat volledig haaks op de bedoeling van dit plan, te weten met minder schuld de onderneming continueren, en doet daardoor af aan de kans van slagen van zo'n plan;
- Het risico bestaat dat het akkoord aldus verwordt tot een lawyers' paradise dankzij deze regel (wat nu juist niet de bedoeling is). Enerzijds zal het een waarderingsdiscussie worden (wel of niet in the money en indien wel voor hoeveel dan), maar anderzijds wordt het opstellen van het plan ook heel ingewikkeld omdat - wil een plan kans van slagen hebben - ook alvast een plan B moet worden voorbereid voor het geval er wel cash uit moet. Dat zal ertoe leiden dat de voorwaarden voor andere crediteuren ook zullen wijzigen omdat de situatie anders wordt. Dat bevordert niet een eenvoudig en efficiënt proces;
- Daar komt nog bij dat de bepaling een veel breder toepassingsbereik lijkt te hebben dan de situatie waarvoor zij kennelijk is geschreven volgens de toelichting (debt for equity swap ten aanzien van een klasse gesecureerde schuldeisers). Niet ondenkbaar is dus dat een ongesecureerde schuldeiser het akkoord gijzelt indien in de betreffende klasse nipt geen super majority is gehaald. Die schuldeiser zal dan met sub e in de hand homologatie kunnen tegenhouden. Daarbij is waardering een groot struikelblok; waarbij het overigens überhaupt de vraag is met alle variabelen of daar een betrouwbare waardering op is te plakken. De gedachte van de WHOA is juist dat specifieke schuldeisers de meerderheid niet langer kunnen gijzelen;

- De vraag is overigens of de toelichting bij de bepaling juist is. Die toelichting lijkt er van uit te gaan dat in faillissement de financiering wel "zal komen te eindigen" en de financier dan zijn pandrecht te gelde zal kunnen maken. Vaak zal echter sprake zijn van een syndicaatsfinanciering, waarbij een minderheid niet tot "actie" (opzegging en uitwinning) zal kunnen overgaan op grond van de contractuele bepalingen. Daarvoor is doorgaans 66 ⅔% nodig. Dus als een schuldeiser bijvoorbeeld 40% van de financiering verschaft, dan kan hij niet forceren dat de financiering wordt opgezegd en wordt uitgewonnen. Wanneer dus sprake is van een contractuele regeling op basis waarvan een schuldeiser niet de vereiste meerderheid heeft om op te zeggen en uit te winnen (en dus geen cash te krijgen op de secured assets), zou deze schuldeiser niet een akkoord moeten kunnen frustreren waarbij hij ook geen cash krijgt.

Nieuw geld en oude zekerheden

In de derde plaats begrijpen wij dat de regeling thans geen bepalingen bevat over de verhouding tussen "oude" en "nieuwe" financiers, waar dit in onze optiek wel wenselijk zou zijn. Wij zouden dan in overweging willen geven om aandacht te schenken aan de positie van verstrekkers van nieuwe financiering. Het gaat dan niet alleen om overbruggingsfinanciering in de zin van (het voorgestelde) artikel 42a, maar ook om partijen die nieuwe financiering verstrekken. In de praktijk zal het wenselijk zijn dat nieuwe of overbruggingsfinanciers een positie krijgen, in rangorde en/of zekerheden, die voor gaat op de oude financiers. Immers, zij maken in feite mogelijk dat een akkoord gerealiseerd kan worden en daarmee dat schuldeisers uitzicht krijgen op een hogere opbrengst dan in het alternatieve scenario, te weten faillissement. Daarbij past een sterkere positie en in elk geval niet een positie waarbij zij een lagere rang hebben dan de oude financiers. Van belang in dit verband is ook om te onderzoeken of en in hoeverre een dergelijke regeling in onze akkoordregeling zou kunnen passen zonder af te doen aan de flexibiliteit die het huidige voorstel geeft en met behoud van de 'light touch' aanpak om te komen tot homologatie van een akkoord. Zo gaat een 'priming DIP financing' in de US Chapter 11 gepaard met de nodige additionele voorwaarden om een zekere bescherming voor de oude schuldeisers in te bouwen, zoals supervisie door de rechter en de mogelijkheid voor de oude schuldeisers om hiertegen op te komen.

Daarnaast geldt meer in het algemeen dat een wijziging in ons Nederlandse zekerheidsregime gevolgen zou kunnen hebben voor de verstrekking van leningen aan kredietnemers, iets dat wellicht nader onderzoek zou behoeven.


DE GROENE AMSTERDAMMER
Weekblad voor Nederland
Een dwangakkoord
buiten faillissement
Viooltjes
RINGERS

Begrijpelijk is de wens in de praktijk om een 'rescue financing' te faciliteren. Daarbij dient wel aandacht te worden geschonken aan de mogelijke gevolgen daarvan voor de bestaande schuldeisers.

Contact details



Robert van Galen
Partner
T +31 20 7171 677
M +31 6 5186 9698
E robert.vangalen@nautadutilh.com



Barbara Rumora-Scheltema
Partner
T +31 20 7171 449
M +31 6 5377 5828
E barbara.rumora-scheltema@nautadutilh.com



Teun Struycken
Partner
T +31 20 7171 461
M +31 6 2021 0517
E teun.struycken@nautadutilh.com



Marc Orval
Local Partner | London
T +44 20 7786 9114
M +44 7960 778 790
E marc.orval@nautadutilh.com



David Viëtor
Partner
T +31 20 7171 464
M +31 6 2021 0522
E david.vietor@nautadutilh.com

NautaDutilh N.V.
Beethovenstraat 400, 1082 PR Amsterdam
P.O. BOX 7113, 1007 JC Amsterdam
The Netherlands

T +31 (0)20 71 71 000
F +31 (0)20 71 71 111
E info@nautadutilh.com
I www.nautadutilh.com

Verbeteringen Wet & regelgeving voor ZZP-ers en parttime ondernemers

Inleiding
Op dit moment wordt er gewerkt aan verbeteringen in de faillissementswet. De voorstellen bevatten een aantal goede verbeteringen voor het bv-faillissement. Echter voor de IB-ondernemer met een eenmanszaak, V.O.F. of CV hebben deze wijzigingen weinig effect. Dat terwijl van de 1,65 miljoen bedrijven 1,25 miljoen IB-ondernemingen zijn (75%). Over Rood begeleid IB-ondernemers die om financiële redenen hun bedrijf moeten staken. Door de huidige wet en regelgeving gaat hierbij helaas ontzettend veel arbeidspotentieel verloren. Voor de meesten is het vrijwel onmogelijk weer een nieuw bedrijf te starten.

Faillissementswet werkt niet voor de IB-Ondernemer.
Het faillissement voor de IB-ondernemer heeft feitelijk geen werking. Als een eenmanszaak of VOF failliet gaat zal de curator alle bezittingen te gelde maken en na aftrek van zijn kosten verdelen onder de schuldeisers. In de meeste gevallen zijn er echter onvoldoende opbrengsten om überhaupt de kosten van de curator te betalen. Aangezien de ondernemer persoonlijk aansprakelijk is voor zijn schulden worden dit persoonlijke schulden van de ondernemer. Meestal verhoogd met een groot deel van de curatorkosten.

Meestal heeft de ondernemer niet genoeg privébezittingen om de schulden te betalen en belandt in de schuldsanering. Hij mag vervolgens geen bedrijf meer uitoefenen (beleid gemeenten) en komt in veel gevallen op kosten van de belastingbetaler voor jaren in de bijstand. Voor de IB-ondernemer zit er dus niets anders op dan zijn bedrijf te staken om vervolgens de schuldsanering in te gaan. In de praktijk is de faillissementswet voor de IB-ondernemers daarmee nutteloos. Failliet gaan brengt voor hen geen enkele oplossing.

Verbeter voorstellen
Om de faillissementswet ook voor IB-ondernemers effectief te maken én recht te doen aan de privé aansprakelijkheid zou de wet als volgt aangepast kunnen worden:

- De curator krijgt het recht niet alleen de zakelijke maar ook de privébezittingen te gelde te maken;
- Na het te gelde maken van alle zakelijke en privébezittingen en de verdere afwikkeling van het faillissement wordt het faillissement opgeheven en worden de boeken gesloten;
- Bij opheffing van het faillissement worden alle overgebleven vorderingen kwijtgescholden zoals ook bij de schone lei gebeurt.

De voordelen zijn:

- Oplossing voor probleem uitsluiting van zelfstandigen in de schuldhulp;
- De ondernemer kan de draad weer oppakken. Indien hij wil kan hij weer een bedrijf beginnen;
- Ondernemer komt niet onnodig op kosten van de belastingbetaler in de bijstand terecht;
- Ondernemer en schuldeiser weten sneller waar ze aan toe zijn;
- Schuldeiser weet zeker dat alle privé middelen ook aangewend zijn om de schulden te betalen;
- Geen onnodige en kostbare schuldsaneringen;
- Nieuwe maatregelen faillissementswet zoals vroegtijdig aanwijzen curator ook effectief voor IB-ondernemers.
- De wet krijgt zo ook in de praktijk daadwerkelijk werking.

Uiteraard kan ook nu, net als bij een BV-faillissement, de curator in gevallen waarin ondernemers zelf niet te goeder trouw hebben gehandeld of grove schuld hebben aan het faillissement aanvullende maatregelen nemen zoals bestuurdersaansprakelijkheid of melding bij het OM. Ligt de oorzaak van de schulden in het privédomein en niet in het zakelijk dan kan alsnog een schuldsanering worden gestart. Het gaat er om de ondernemers die te goeder trouw handelen een kans te geven de draad weer op te pakken. Dat is goed voor het ondernemersklimaat, de economie en de ondernemer. Het bespaart de maatschappij bovendien heel veel onnodige kosten.

Advies: IB-onderneming nooit failliet laten verklaren
Binnen Over Rood en andere advies organisaties geldt als stelregel nummer één voor IB-ondernemers: Zorg dat je klant niet zelf het faillissement aanvraagt. Indien iemand anders faillissement aanvraagt zorg dan dat de ondernemer het faillissement direct om laat zetten in een schuldsaneringstraject (WSNP). Het faillissement van een IB-ondernemer is het slechts denkbare scenario. Het lost niets op maar vergroot slechts de problemen voor ondernemer, schuldeiser en maatschappij. De faillissementswet werkt niet voor IB Ondernemers en kan voor hen beter helemaal afgeschaft worden.

In de praktijk van Over Rood zijn vele voorbeelden van ondernemers die na failliet te gaan vele jaren bezig zijn überhaupt weer deel te kunnen nemen aan het arbeidsproces. En het wel uit hun hoofd laten ooit weer een bedrijf te starten. De ex-ondernemers waar het hier om gaat hebben te goeder trouw gehandeld en willen niets liever dan weer aan het werk. Ze zitten in plaats daarvan totaal ontredderd thuis op de bank met een bijstandsuitkering en zien geen toekomst meer voor zichzelf.

Na het faillissement is de IB-Ondernemer niet alleen persoonlijk verantwoordelijk voor de schulden maar ook voor de administratieve afwikkeling. Aangezien ze dan geen cent meer hebben beschikken ze niet over de mogelijkheid de administratie af te (laten) sluiten. Meestal is de boekhouder ook niet betaald en zijn de laatste aangiften niet gedaan. Het duurt vaak jaren voor het hen lukt de administratieve problemen op te lossen. Zodat de (belasting)schulden dan eindelijk vastgesteld kunnen worden. In de tussentijd kunnen ze geen kant op. Mensen branden volledig af. Regelmatig komen wij ondernemers tegen die te goeder trouw gehandeld hebben en toch al meer dan 5 jaar bezig zijn überhaupt de schuldsanering in te komen.

Ongeacht de reden geen kans opnieuw te beginnen.
Het huidig systeem houdt geen enkele rekening met de omstandigheden waardoor iemand in faillissement is gekomen. De zeer drastische gevolgen van een faillissement voor de IB-ondernemer zijn voor allen hetzelfde. Of de ondernemer nu schuld heeft aan het faillissement of niet. Voor elke failliete IB-ondernemer wacht de schuldsanering. Geen van hen krijgt de kans een nieuw bedrijf te starten. Waar in andere landen een faillissement als een goede leerschool wordt gezien geldt in Nederland een keihard afrekenregime. Niet voor niets begint 80% van hen nooit meer een bedrijf.

Vergelijken we de consequenties met een economisch delict zoals verduistering of oplichting dan is het wat ons betreft helemaal niet meer uit te leggen. In de meeste gevallen krijgen mensen die een economisch delict plegen niet veel meer dan een paar weken werkstraf. De hardwerkende ondernemer die de pech heeft dat zijn opdrachtgever failliet gaat zit voor jaren in diepe problemen en zal in armoede moeten leven.

Verschil met BV-faillissement gaat veel verder dan privé vermogen
Ook als het effect van het faillissement voor de BV-ondernemer wordt vergeleken met het effect voor de IB-ondernemer zijn de verschillen – enkel veroorzaakt door de keuze van de rechtsvorm – in

onze ogen onrechtvaardig. Natuurlijk is een IB-ondernemer persoonlijk aansprakelijk. Hij raakt dus niet allen zijn bedrijf maar ook zijn huis, auto, spaargeld en andere bezittingen kwijt. Voor zover een logisch gevolg van de rechtsvorm keuze. Echter bij het BV-faillissement blijft niet alleen het privé kapitaal buiten schot maar wordt bij faillissement ook het bedrijf afgewikkeld.

Er wordt een slotbalans gemaakt door de curator, de belastingzaken worden afgewikkeld en er komt een streep onder de schulden. Dit alles gebeurt niet bij het faillissement van de IB-ondernemer. Voor hen maar ook voor zijn schuldeisers zou het beter zijn als er überhaupt geen faillissementswet zou zijn.

Wij zouden het veel logischer vinden als de privé aansprakelijkheid daadwerkelijk het verschil tussen de rechtsvormen zou zijn en de effecten van een faillissement verder voor de verschillende rechtsvormen gelijk zouden zijn. Dus afwikkelen door een curator waarbij de zaak ook echt afgewikkeld is bij opheffing van het faillissement.

Voorbeeldcase
Ondernemer Piet start een nieuw tuincentrum. Piet vraagt een krediet aan om zijn assortiment bloemen, planten, tuingereedschap ed. aan te kunnen schaffen. De bank kent hem echter slechts de helft van het aangevraagde bedrag toe en geeft hem het advies zijn assortiment uit te breiden met de te maken winst. Piet heeft zijn bedenkingen en deelt deze met de bank. Samen besluiten ze het toch te proberen. Over het krediet betaalt Piet 9% rente. Deze rente is inclusief een risico-opslag. Die is voor hem 5%.

Piet besluit zich in eerste instantie te focussen op bloemen en het goedkoper segment planten. De winkel heeft een goede start. De ondernemer werkt hard en maakt na een half jaar winst. Dan komt er een nieuwe bloemenwinkel in dezelfde straat. De omzet zakt met 40%. Piet neemt direct in contact met zijn bank en zijn verhuurder. De bank plaatst hem in bijzonder beheer. Piet probeert op alle mogelijke manieren zijn omzet te verhogen. Folders, assortimentsaanpassing, advertenties etc. Ook verhuurt hij een deel van de winkel aan een andere ondernemer om zo zijn assortiment te verbreden en op de huurkosten te besparen. Het Shop in Shop concept werkt maar het is uiteindelijk niet genoeg.

De bank ziet de voorraad slinken en eist dat de ondernemer stopt en zijn winkelvoorraad uitverkoopt. Het krediet wordt ingetrokken. Piet heeft inmiddels een huurschuld van 2 maanden (15.000 euro), een schuld bij het energiebedrijf van 3 maanden (900 euro) en zijn schuld bij de bank van 25.000 euro. Piet doet een voorstel voor finale kwijting waarin hij al zijn bezittingen inclusief zijn auto inzet. Hij kan ongeveer 30% van zijn schulden betalen. De bank gaat niet akkoord. Ze hebben uitgerekend dat Piet, als hij een baan vindt, na drie jaar in de schuldsanering ongeveer 3000 euro meer kan afbetalen op de lening dan in het voorstel voor finale kwijting dat hij heeft gedaan.

Piet kan niet anders dan stoppen en gaat op zoek naar een baan. Helaas lukt het hem niet een baan te vinden. Hij is genoodzaakt een bijstandsuitkering aan te vragen. Hij kan wel als ZZP-er aan de slag in zijn branche maar een vaste baan zit er niet in. Omdat hij in de schuldsanering zit mag hij geen bedrijf starten en kan hij dus niet als ZZP-er aan het werk. Piet zit helemaal in de put. Hij wil dolgraag aan de slag maar heeft het gevoel dat hij niets mag. Futloos en uitgeblust zit hij nu thuis op de bank. Hij ziet voorlopig geen toekomst meer voor zichzelf.

Uiteindelijk zit Piet 4 jaar in de bijstand. Een kostenpost voor de maatschappij van zo'n 80.000 euro. En de bank? Die heeft de extra 3.000 euro nooit gekregen. Voor hen geen probleem want de schade is betaald uit de risico-opslag van de andere klanten…

Peter van Bergen,
Algemeen Directeur Over Rood

Overheid.nl
De wegwijzer naar informatie en diensten van alle overheden
MijnOverheid.nl

Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie

Met dit wetsvoorstel wordt de Europese richtlijn betreffende herstructurering en insolventie geïmplementeerd. De richtlijn vereist dat ondernemingen met financiële moeilijkheden toegang hebben tot een stelsel waarmee zij hun schulden kunnen herstructureren. Daarnaast moeten insolvente ondernemers (natuurlijke personen) een tweede kans kunnen krijgen in de vorm van een volledige kwijtschelding van hun schulden. Ook bevat de richtlijn regels om insolventieprocedures efficiënt te laten verlopen.

Consultatie gegevens

Publicatiedatum	02-04-2021
Einddatum consultatie	03-05-2021
Status	Gesloten
Type consultatie	Wet
Organisatie	Ministerie van Justitie en Veiligheid
Keten-ID	10793
Onderwerpen	Burgerlijk recht

Publicatie reacties

Reacties worden gepubliceerd tijdens de loop van de consultatie. Alleen die reacties worden gepubliceerd waarvan is aangeven, door de inzender, dat deze openbaar mogen zijn.

Doelgroepen die door de regeling worden geraakt

Ondernemingen/ondernemers, rechters, curatoren, bewindvoerders, herstructureringsdeskundigen.

Verwachte effecten van de regeling voor de doelgroepen

Aangezien dit wetsvoorstel aansluit bij bestaande regelingen, zijn de effecten naar verwachting zeer beperkt.

Waarop kunt u reageren

U kunt reageren op het implementatiewetsvoorstel en de memorie van toelichting.

Downloads

Concept regeling
Implementatiewetsvoorstel

350 kB

Ontwerp toelichting
Memorie van toelichting

1,3 MB

Zoeken

Vul een zoekterm in

Uitgebreid zoeken

Terug naar overzicht

Consultatie gegevens
Reacties op consultatie [9]

Acties

Notificaties per e-mail
PDF-documenten openen
Afdrukken

Delen regeling

Twitter
Facebook
Linkedin
Google+
Tumblr

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de implementatie van de Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18 (Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie)

VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat de Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie) moet worden omgezet in bepalingen van nationaal recht en dat daartoe de Faillissementswet en Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek moeten worden gewijzigd;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel I

De **Faillissementswet** wordt als volgt gewijzigd:

A

Aan artikel 14 wordt een lid toegevoegd, luidende:

5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de aanstelling van curatoren.

B

In artikel 15, derde lid, wordt na de tweede zin een zin ingevoegd, luidende: Artikel 71, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

C

Aan artikel 16, tweede lid, wordt een zin toegevoegd, luidende: Artikel 71, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

D

Artikel 42a wordt als volgt gewijzigd:

1. Voor de tekst wordt de aanduiding “1.” geplaatst.
2. In het eerste lid (nieuw) wordt in de eerste zin na “ter griffie van” ingevoegd “de” en komt de tweede zin te luiden: De rechter honoreert dit verzoek als op het moment dat de machtiging wordt verstrekt redelijkerwijs valt aan te nemen dat:
    a. het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is om:
        1° de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord als bedoeld in de genoemde artikelen te kunnen blijven voortzetten, of
        2° het akkoord te kunnen voorbereiden, in stemming te kunnen brengen of overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank te kunnen laten homologeren, en
    b. de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.
3. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:
    2. De artikelen 369, zevende tot en met tiende lid, en 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, zijn van overeenkomstige toepassing.

E

Artikel 71 wordt als volgt gewijzigd:

1. Onder vernummering van het derde lid tot vierde lid, wordt een lid ingevoegd, luidende:
    3. Onverminderd artikel 65, neemt de rechtbank geen beslissing als bedoeld in het eerste en tweede lid dan nadat zij de curator, de schuldenaar en de schuldeisers op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.
2. Aan het vierde lid (nieuw) wordt toegevoegd: “, en de vaststelling van zijn salaris”.

F

Aan artikel 215 wordt een lid toegevoegd, luidende:

5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de benoeming van bewindvoerders.

G

In artikel 215a, tweede lid, wordt na de tweede zin een zin ingevoegd, luidende: Artikel 250, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

H

In de artikelen 216, eerste zin, 218, eerste lid, eerste zin, 225, tweede lid, 242, eerste lid en 271, eerste lid, eerste zin, vervalt “zo die is benoemd”.

I

Artikel 223a komt te luiden:

Artikel 223a

1. Bij het voorlopig verlenen van de surseance benoemt de rechtbank een of meer van haar leden tot rechter-commissaris, teneinde de bewindvoerders op hun verzoek van advies te dienen en toezicht te houden op de vervulling door de bewindvoerders van de door hen ingevolge deze titel te verrichten taken.
2. Benoemt de rechtbank meerdere rechters-commissarissen, dan zijn zij zowel afzonderlijk als tezamen bevoegd om de in deze wet genoemde bevoegdheden uit te oefenen.

J

Artikel 224 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, eerste zin, vervalt “zo die is benoemd of, bij gebreke van dien, van de voorzieningenrechter der rechtbank”.
2. In het tweede lid wordt “of van één of meer schuldeisers” vervangen door “, van één of meer schuldeisers of van de schuldenaar” en vervalt “zo die is benoemd”.

K

In de artikelen 227, tweede lid, en 264, eerste lid, vervalt “zo die is benoemd of, bij gebreke van dien, de rechtbank”.

L

In artikel 230, tweede lid, tweede zin, vervalt “of, zo geen rechter-commissaris is benoemd, van de voorzieningenrechter van de rechtbank”.

M

Artikel 241a wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, eerste zin, wordt “de rechtbank of, zo een rechter-commissaris is benoemd, van deze” vervangen door “de rechter-commissaris”.
2. In het tweede lid, tweede zin, wordt “De rechtbank en rechter-commissaris kunnen” vervangen door “De rechter-commissaris kan” en wordt “hen” vervangen door “hem”.

N

In artikel 241c, eerste lid, wordt “de rechtbank of de rechter-commissaris zo die is benoemd,” vervangen door “de rechter-commissaris”.

O

Aan artikel 250 wordt een lid toegevoegd, luidende:

3. De rechtbank beslist niet over het loon van de bewindvoerders dan nadat zij de rechter-commissaris heeft gehoord en de bewindvoerders, de schuldenaar en de schuldeisers op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels gesteld worden omtrent de vaststelling van het loon van de bewindvoerder.

P

Artikel 255 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid vervalt “zo die is benoemd” en “of, bij gebreke van dien, in raadkamer”.
2. In het derde lid wordt ‘de rechter-commissaris zo die is benoemd en,” vervangen door “, de rechter-commissaris en”.

Q

In de artikelen 265, vijfde lid, en 267 vervalt “zo die is benoemd of bij gebreke van dien de rechtbank”.

R

In artikel 268a vervalt “de rechtbank of, zo die is benoemd,”.

S

In artikel 269, eerste lid, tweede zin, vervalt “zo die is benoemd en bij gebreke van dien, door de voorzieningenrechter”.

T

In artikel 269a, eerste zin, vervalt “ten overstaan van een rechter-commissaris is geraadpleegd en beslist en”.

U

Artikel 270 vervalt.

V

In artikel 277, derde zin, vervalt “dan wel in artikel 270”.

W

In artikel 278, eerste lid, vervalt “dan wel van artikel 270”.

X

In artikel 281e, vijfde lid, vervalt “270”.

Y

In artikel 283, eerste lid, vervalt “, 270”.

Z

Aan artikel 287, derde lid, wordt een zin toegevoegd, luidende: Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de benoeming van bewindvoerders.

AA

Aan artikel 320, zesde lid, wordt een zin toegevoegd, luidende: Onverminderd artikel 314, tweede lid, neemt de rechtbank geen beslissing als bedoeld in het eerste en derde tot en met vijfde lid dan nadat zij de bewindvoerder, de schuldenaar en de schuldeisers op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

BB

Artikel 349a wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, tweede zin, wordt “de termijn op ten hoogste vijf jaar stellen, indien” vervangen door “de termijn op ten hoogste vijf jaar stellen als de schuldenaar gedurende een naar verwachting beperkte termijn niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen, onder de voorwaarde dat”.
2. In het tweede lid, wordt na de eerste zin een zin ingevoegd, luidende: De rechter-commissaris kan de termijn verlengen op de grond, bedoeld in het eerste lid, tweede zin, of als schuldenaar toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van een of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen en de rechter-commissaris geen toepassing geeft aan artikel 354, tweede lid.
3. In het tweede lid, vijfde zin (nieuw), wordt na “in de gelegenheid” ingevoegd “te”.

CC

Artikel 369 wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan het eerste lid wordt een zin toegevoegd, luidende: In deze afdeling wordt verstaan onder MKB-onderneming: een onderneming waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.
2. In het tweede lid wordt “artikel 381, derde lid” vervangen door “artikel 381, tweede lid”.

DD

Artikel 371 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het derde lid wordt de tweede zin vervangen door de volgende twee zinnen: Onverminderd het vijftiende lid, wordt een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige in ieder geval toegewezen als het is ingediend door de schuldenaar zelf of gesteund wordt door de meerderheid van de schuldeisers. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de aanwijzing van herstructureringsdeskundigen.
2. Aan het tiende lid worden twee zinnen toegevoegd, luidende: Als de schuldeisers de kosten dragen, neemt de rechtbank geen beslissing als bedoeld in dit lid dan nadat zij de schuldeisers op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de vaststelling van het salaris van de herstructureringsdeskundige.
3. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

    15. De rechtbank kan een verzoek als bedoeld in het eerste lid alleen toewijzen als de schuldenaar hiermee instemt, wanneer:

        a. de schuldenaar of de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een MKB-onderneming drijft, en
        b. er op het moment dat het verzoek wordt gedaan, niet reeds een verklaring als bedoeld in artikel 370, derde lid, ter griffie van de rechtbank is gedeponeerd.

    Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen. Constateert de rechtbank dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan zij bepalen dat haar beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur.

EE

Artikel 373 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het derde lid wordt na “noodzakelijk zijn” ingevoegd “, zoals de afkondiging van een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376”.
2. In het vierde lid wordt “een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór de afkoelingsperiode” vervangen door “een verzuim van de schuldenaar in de voldoening van een schuld die is ontstaan vóór de afkoelingsperiode”.

FF

Artikel 375 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, onderdeel a, wordt toegevoegd “en, als er geen sprake is van een aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, een elektronisch postadres waarop de schuldenaar bereikbaar is”.
2. In het eerste lid, onderdeel b, wordt toegevoegd “en een elektronisch postadres waarop deze bereikbaar is”.
3. In het eerste lid, onderdeel i, vervalt na “de schuldenaar” “het”.
4. In het tweede lid, onderdeel e, onder 3°, wordt toegevoegd “en voor zover van toepassing, de gevolgen van die maatregelen voor de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers”.
5. In het tweede lid, onderdeel e, onder 4°, wordt na “een oplossing” ingevoegd “en de noodzakelijke voorwaarden die hiervoor vervuld moeten zijn”.

GG

Artikel 376 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het vierde lid, onderdeel a, wordt na “kunnen blijven voortzetten” ingevoegd “of om de door de schuldenaar gedreven onderneming door middel van een akkoord gecontroleerd af te kunnen wikkelen”.
2. In het achtste lid wordt na “De artikelen” ingevoegd “212b, tweede lid,”.
3. Onder vernummering van het tiende tot en met dertiende lid tot elfde tot en met veertiende lid wordt een lid ingevoegd, luidende:
    10. De rechtbank kan een machtiging als bedoeld in het tweede lid, onder a, verlenen, als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de derde door het niet kunnen uitoefenen van de bevoegdheid als bedoeld in dat onderdeel, wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.
4. In het twaalfde lid (nieuw) wordt “verzoeken als bedoeld in het vijfde, negende en tiende lid” vervangen door “verzoeken als bedoeld in het vijfde, negende en elfde lid”.

HH

Artikel 378, eerste lid, onderdeel g, komt te luiden:

g. of, als de schuldenaar een rechtspersoon is als bedoeld in artikel 383, tweede lid, het bestuur zonder goede reden weigert instemming te verlenen voor de indiening van het homologatieverzoek.

II

Aan artikel 380, eerste lid, wordt een zin toegevoegd, luidende: Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de aanstelling van een observator.

JJ

Artikel 381 wordt als volgt gewijzigd:

1. Het tweede lid vervalt, onder vernummering van het derde tot en met achtste lid tot tweede tot en met zevende lid.
2. In het derde lid (nieuw), eerste zin, wordt “een schuldeiser als bedoeld in het derde lid” vervangen door “een schuldeiser als bedoeld in het tweede lid”.

KK

In artikel 383, tweede lid, eerste zin, vervalt onderdeel a, onder verlettering van de onderdelen b en c tot onderdelen a en b en komt onderdeel b (nieuw) als volgt te luiden:

b. de schuldenaar of de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een MKB-onderneming drijft.

LL

Artikel 384 wordt als volgt gewijzigd:

1. Het tweede lid, onderdeel f, komt te luiden:
    f. de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord een nieuwe financiering of een bepaalde transactie aan wil gaan, terwijl redelijkerwijs aannemelijk is dat deze niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk zullen worden geschaad;
2. In het vierde lid, onderdeel d, wordt “heeft verstrekt” vervangen door “hebben verstrekt”.

MM

In artikel 385, tweede zin, wordt “artikel 381, vierde of vijfde lid” vervangen door “artikel 381, derde of vierde lid”.

Artikel II

Indien artikel II, onderdeel F, van de Wet van 26 juni 2019 tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in verband met de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen in het Burgerlijk Wetboek, de Handelsregisterwet 2007 en de Wet op de Kamer van Koophandel (Stb. 2019, 280), in werking is getreden of treedt, wordt in artikel 374, tweede lid, onderdeel a, van de Faillissementswet, “ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn” vervangen door “ten aanzien waarvan uit een opgave

krachtens de Handelsregisterwet 2007 een indicatie van het aantal arbeidsverhoudingen blijkt die vijftig of minder bedraagt,”.

Artikel III

Het recht zoals dat gold voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet is van toepassing op:

a. faillissementen die voor het tijdstip van inwerkingtreden van deze wet zijn uitgesproken;
b. surseances van betaling die voor het tijdstip van inwerkingtreden van deze wet voorlopig danwel definitief zijn verleend;
c. schuldsaneringsregelingen die voor het tijdstip van inwerkingtreden van deze wet zijn uitgesproken, en
d. besloten of openbare akkoordprocedures buiten faillissement ten aanzien waarvan voor het tijdstip van inwerkingtreden van deze wet een verklaring als bedoeld in artikel 370, derde lid, Faillissementswet, is gedeponeerd danwel voor het tijdstip van inwerkingtreden van deze wet een verzoek als bedoeld in artikel 371, eerste lid, Faillissementswet, is gedaan.

Artikel IV

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

Artikel V

Deze wet wordt aangehaald als: Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

De Minister voor Rechtsbescherming

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de implementatie van de Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18. (Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie)

MEMORIE VAN TOELICHTING

I Algemeen deel

1. Doel en inhoud van het wetsvoorstel

Op 20 juni 2019 is vastgesteld de Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (hierna: de richtlijn). Deze richtlijn bepaalt dat iedere lidstaat erin moet voorzien dat:

1. een onderneming in financiële moeilijkheden toegang heeft tot een doeltreffend preventief herstructureringsstelsel dat de mogelijkheid biedt insolventie te voorkomen;
2. een natuurlijke persoon die een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent (hierna: ondernemer), een tweede kans kan krijgen in de vorm van een kwijtschelding van zijn schuld en de opheffing van een eventueel bij de faillietverklaring opgelegd beroepsverbod;
3. procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld efficiënter worden en daardoor minder lang duren, en
4. informatie over de effectiviteit van insolventieprocedures wordt verzameld.

Dit wetsvoorstel strekt ter implementatie van de richtlijn. Op 1 januari 2021 is reeds de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (hierna: WHOA) in werking getreden. De WHOA heeft in de Faillissementswet (hierna: Fw) twee nieuwe akkoordprocedures geïntroduceerd: een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid, Fw). Daarmee hebben ondernemers, in overeenstemming met hetgeen de richtlijn vereist, toegang gekregen tot een preventief herstructureringsstelsel. Bij de voorbereiding van de WHOA is ervoor gekozen om deze wet zoveel mogelijk bij de richtlijn aan te laten sluiten. Daarom kan de WHOA nu ook dienen als implementatie van het eerste onderdeel van de richtlijn, betreffende het preventieve herstructureringsstelsel. Verder geldt voor het tweede onderdeel van de richtlijn – de kwijtscheldingsregeling voor ondernemers – dat de Wet

schuldsanering natuurlijke personen (WSNP) reeds voorziet in een dergelijke regeling. In dit wetsvoorstel wordt nog een beperkt aantal aanpassingen doorgevoerd in de WHOA en de WSNP om de omzetting van de genoemde onderdelen uit de richtlijn te vervolmaken. Daarnaast bevat dit wetsvoorstel enkele bepalingen waarmee de overige onderdelen van de richtlijn worden geïmplementeerd.

Het grootste deel van de richtlijn moest in beginsel uiterlijk op 17 juli 2021 in de nationale wetgeving zijn omgezet en worden toegepast. Lidstaten die bijzondere moeilijkheden zouden ondervinden bij het omzetten van de richtlijn, konden op grond van artikel 34 lid 2 van de richtlijn echter aanspraak maken op een verlenging van deze omzettingstermijn met maximaal één jaar. Nederland heeft de Commissie meegedeeld hiervan gebruik te maken, vanwege moeilijkheden bij de implementatie als gevolg van de Corona-pandemie; het grootste deel van de richtlijn dient daarom uiterlijk 17 juli 2022 te zijn geïmplementeerd.
In artikel 28 van de richtlijn is – kort gezegd – bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de betrokkenen bij een insolventieprocedure gebruik kunnen maken van elektronische communicatiemiddelen. De lidstaten krijgen meer tijd om dit artikel te implementeren. Uiterlijk op 17 juli 2024 moeten de volgende verrichtingen via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden gedaan:

- de indiening van vorderingen door schuldeisers in insolventieprocedures;
- het ter stemming voorleggen van herstructurerings- of terugbetalingsplannen door schuldenaren of herstructureringsfunctionarissen aan de betrokken partijen en het indienen van dergelijke plannen bij het gerecht, en
- kennisgevingen aan schuldeisers.

In aanvulling hierop moet het op uiterlijk 17 juli 2026 ook mogelijk zijn voor de betrokkenen bij een insolventieprocedure om via elektronische communicatiemiddelen bij het gerecht bezwaar en beroep aan te tekenen tegen rechterlijke beslissingen.

In de bijlage bij deze memorie van toelichting is een transponeringstabel opgenomen waaruit per richtlijnartikel blijkt of implementatie noodzakelijk is en, zo ja, op welke wijze dit wordt voorgesteld.

2. De richtlijn: een schets op hoofdlijnen

2.1 Inleiding

De richtlijn heeft tot doel bij te dragen aan het goed functioneren van de interne markt en een eind te maken aan de belemmeringen voor het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging, die voortvloeien uit verschillen tussen nationale regelingen en procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld (hierna: insolventieprocedures). Over dit doel en die belemmeringen die voortvloeien uit de verschillende nationale regelingen van de lidstaten, is in de overwegingen bij de richtlijn het volgende opgemerkt.

In veel lidstaten zijn wel procedures beschikbaar om de financiële gezondheid van ondernemingen in financiële moeilijkheden te herstellen of om de onderdelen van die ondernemingen die nog overlevingskansen hebben te redden, maar er zijn ook verschillen tussen deze procedures. Dit betreft onder meer het stadium waarin de procedures toegepast kunnen worden, het formele of juist meer informele karakter van de procedures, de effectiviteit van de procedures en de betrokkenheid van rechterlijke of administratieve instanties of de door deze instanties aangewezen insolventiefunctionarissen. Ook is er veel variatie in de nationale regelingen die ondernemers een tweede kans geven, bijvoorbeeld betreffende het toepassingsbereik van de regelingen en de termijn waarna en de voorwaarden waaronder kwijtschelding kan worden verkregen.

De verschillen tussen de nationale insolventieprocedures werpen belemmeringen op. Investeerders moeten onderzoek doen naar de verschillende insolventieregimes om investeringsrisico's in te kunnen schatten en maken hierdoor extra kosten. Ook wordt een herstructurering van een onderneming of een groep ondernemingen met onderdelen en vestigingen, schuldeisers of activa in andere lidstaten, bemoeilijkt doordat verschillende regimes van toepassing zijn. Verder komt het voor dat ondernemers zich genoodzaakt voelen om naar een andere lidstaat te verhuizen om binnen een redelijke termijn een nieuwe start te kunnen maken. Als zij hiertoe overgaan, brengt ook dit extra kosten mee voor zowel de schuldeisers als de ondernemers zelf. Een andere belemmering is dat insolventieprocedures soms te lang duren en dat mede daardoor sprake is van lage terugvorderingspercentages.

Zowel de verschillen in de insolventieprocedures als de lange duur van deze procedures, kunnen investeerders ervan weerhouden in een onderneming uit een andere lidstaat te investeren of zakelijke betrekkingen aan te gaan buiten de lidstaat waar ze gevestigd zijn. Dat de investeringskosten, investeringsrisico's en terugvorderingspercentages in de lidstaten verschillen, heeft ook tot gevolg dat financiers per lidstaat een ander risico lopen wanneer zij krediet verstrekken. Dit leidt ertoe dat er niet overal in de EU een gelijke toegang is tot krediet.

De richtlijn beoogt deze belemmeringen weg te nemen door de nationale wetgeving van de lidstaten op het terrein van insolventieprocedures verder te harmoniseren en ervoor te zorgen dat "*levensvatbare ondernemingen en ondernemers in financiële moeilijkheden* [in iedere lidstaat] *toegang hebben tot doeltreffende nationale preventieve herstructureringsstelsels die hen in staat stellen hun activiteiten voort te zetten; eerlijke ondernemers die insolvent zijn of een overmatige schuldenlast hebben na een redelijke termijn een volledige kwijtschelding van schuld kunnen krijgen waardoor hen een tweede kans wordt gegeven; en dat de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld efficiënter worden, in het bijzonder om de duur ervan te verkorten.* […]". De genoemde maatregelen moeten leiden tot meer coherentie van insolventieprocedures in de lidstaten en daarmee tot grotere transparantie,

rechtszekerheid en voorspelbaarheid in de Europese Unie (hierna: EU). Het is de bedoeling dat hierdoor de kosten van een herstructurering voor zowel schuldenaren als schuldeisers omlaag gaan, een zo hoog mogelijk rendement gerealiseerd kan worden voor alle soorten schuldeisers en investeerders en dat grensoverschrijdende investeringen worden aangemoedigd. Ook moet hiermee de herstructurering van groepen van bedrijven met onderdelen en vestigingen in verschillende lidstaten van de EU, makkelijker worden (overwegingen 1, 4 – 9 en 15 van de considerans van de richtlijn).

De in de richtlijn voorziene maatregelen zijn van toepassing in zowel grensoverschrijdende als in nationale insolventiesituaties. De richtlijn laat de Insolventieverordening betreffende kwesties als rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging, toepasselijk recht en samenwerking in grensoverschrijdende insolventieprocedures, en de onderlinge koppeling van insolventieregisters, onverlet (overwegingen 11 – 13 van de considerans van de richtlijn).[1]

De hoofdonderdelen van de richtlijn – het preventieve herstructureringsstelsel, de kwijtscheldingsregeling voor ondernemers, de maatregelen ter verhoging van de efficiënte van insolventieprocedures en de monitoring van insolventieprocedures – worden in de volgende paragrafen kort toegelicht.

2.2 Het preventieve herstructureringsstelsel

Het in titel II van de richtlijn voorziene preventieve herstructureringsstelsel is bedoeld om schuldenaren die een onderneming drijven en in financiële moeilijkheden verkeren, in staat stellen hun activiteiten geheel of gedeeltelijk voort te zetten.[2] In dit kader moeten zij ter voorkoming van insolventie in een vroeg stadium de mogelijkheid hebben om wijzigingen aan te brengen in de manier waarop de onderneming is gefinancierd (kapitaalstructuur) en de bedrijfsvoering is ingericht. Als dit nodig is, moeten schuldenaren bedrijfsmiddelen, bedrijfsonderdelen of – als het nationale recht daarin voorziet – de onderneming zelf kunnen verkopen. Het nationale recht kan er in voorzien dat zij ook schuldconversies kunnen doorvoeren en overeenkomsten gemakkelijker kunnen beëindigen of wijzigen. Uiteraard gaat het hierbij om ondernemingen die overlevingskansen hebben. Ondernemingen zonder overlevingskansen moeten zo snel mogelijk kunnen worden afgewikkeld en de baten uit de boedel moeten zo snel mogelijk kunnen worden vereffend om te voorkomen dat schulden verder oplopen (overwegingen 2, 3 en 10 van de considerans van de richtlijn).

Met de invoering van een preventief herstructureringsstelsel in iedere lidstaat wordt beoogd te voorkomen dat het aantal niet-renderende leningen stijgt. Ook moeten de herstructureringsstelsels ertoe leiden dat zoveel mogelijke waarde, werkgelegenheid, knowhow en vaardigheden behouden blijven voor de

[1] Verordening 2015/848 van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, Pb. EU L 141/19.
[2] Het maakt daarbij niet uit in welke rechtsvorm de schuldenaar zijn onderneming drijft.

betrokken schuldeisers, eigenaren en werknemers en de economie in haar geheel. Mede daarom is van belang dat in de preventieve herstructureringsstelsels de rechten van alle betrokken partijen, inclusief die van werknemers, op een evenwichtige manier worden beschermd. Ook moet de herstructurering gebaseerd zijn op een dialoog met de belanghebbenden over de doelstellingen van de herstructureringsoperatie, de maatregelen die in dat kader worden beoogd en eventuele alternatieve opties. Daarbij moet – zoals bepaald in het Unierecht en het nationale recht – eveneens sprake zijn van gepaste betrokkenheid van werknemersvertegenwoordigers.

De richtlijn stelt enkele minimum eisen ten aanzien van:

- de aard en het toepassingsbereik van het preventieve herstructureringsstelsel;
- de introductie van ondersteunende voorzieningen – zoals de schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen;
- de inhoud van het herstructureringsplan dat in het kader van het preventieve herstructureringsstelsel aan de schuldeisers kan worden aangeboden;
- de manier waarop het herstructureringsplan aan de schuldeisers wordt voorgelegd en hoe zij zich daar vervolgens over kunnen uitspreken – o.a. de onderverdeling van de schuldeisers in verschillende categorieën (hierna: klassen) en de stemming over het herstructureringsplan per klasse;
- de voorwaarden waaronder de rechter een aangeboden herstructureringsplan kan bevestigen, en
- de gevolgen van die bevestiging (overwegingen 24 - 71 van de considerans van de richtlijn).

<u>Aard en toepassingsbereik van het preventieve herstructureringsstelsel</u>

Iedere lidstaat moet ervoor zorgen dat '*schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren* [...]' (artikel 4 lid 1 van de richtlijn). Het herstructureringsstelsel moet er – kort gezegd – in voorzien dat:

- ondernemers de mogelijkheid krijgen een herstructureringsplan aan hun schuldeisers en – als de lidstaat dit mogelijk maakt – kapitaalhouders[3] voor te leggen, waarbij de rechten van die schuldeisers en kapitaalhouders worden gewijzigd (bijvoorbeeld door een uitstel van betaling, een gedeeltelijke kwijtschelding van de vordering of een omzetting van een vordering in aandelen);
- een rechterlijke of administratieve instantie het herstructureringsplan kan bevestigen als de besluitvorming over en de inhoud van het plan aan bepaalde eisen voldoet, en
- die bevestiging ertoe leidt dat het plan ook verbindend is voor schuldeisers en kapitaalhouders die daarmee niet hebben ingestemd.

[3] Onder een 'kapitaalhouder' verstaat de richtlijn een persoon die een eigendomsbelang heeft in een schuldenaar of een bedrijf van een schuldenaar, waaronder een aandeelhouder, voor zover die persoon geen schuldeiser is (zie artikel 2 lid 1 onder 3 van de richtlijn).

Het preventieve herstructureringsstelsel mag bestaan uit één of meerdere procedures en moet in ieder geval beschikbaar zijn op aanvraag van de schuldenaar. Daarnaast kunnen de lidstaten bepalen dat het preventieve herstructureringsstelsel ook beschikbaar is op verzoek van schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers. Als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, geldt dan wel als voorwaarde dat de schuldenaar ermee instemt dat gebruik wordt gemaakt van het herstructureringsstelsel (artikel 4 leden 5, 7 en 8 van de richtlijn).

Toegang tot het herstructureringsstelsel is beperkt tot situaties van 'dreigende insolventie'. Verder kunnen de lidstaten ervoor kiezen in de volgende situaties toegang tot het herstructureringsstelsel uit te sluiten of te beperken:

- als een onderneming – kort gezegd – veroordeeld is wegens een ernstig verzuim in accountants- of boekhoudverplichtingen;
- zolang een onderneming zich nog niet aan een levensvatbaarheidstoets heeft onderworpen, of
- als een onderneming al eerder gebruik heeft gemaakt van het preventieve herstructureringsstelsel (artikel 4 leden 2 – 4 van de richtlijn).

De richtlijn gaat ervan uit dat wanneer gebruik wordt gemaakt van het herstructureringsstelsel de schuldenaar geheel of tenminste gedeeltelijk beheers- en beschikkingsbevoegd blijft ("*debtor in possession*") en dat hij zelf de controle kan houden over het herstructureringsproces. Reden is dat hierdoor onnodige kosten kunnen worden vermeden en schuldenaren worden aangezet om in een vroeg stadium gebruik te maken van het herstructureringsstelsel (artikel 5 lid 1 van de richtlijn). Gelet op dit laatste omvat de richtlijn ook een expliciete verplichting voor bestuurders om in geval van dreigende insolventie in ieder geval:

- rekening te houden met de belangen van de schuldeisers, kapitaalhouders en andere belanghebbenden;
- oog te hebben voor de stappen die ondernomen kunnen worden ter voorkoming van insolventie, en
- te vermijden dat opzettelijk handelen of nalaten ertoe leidt dat de levensvatbaarheid van de onderneming wordt bedreigd (artikel 19 van de richtlijn).

Hoewel de schuldenaar dus geheel of tenminste gedeeltelijk beheers- en beschikkingsbevoegd moet blijven, voorziet de richtlijn wel in de mogelijkheid dat er nadat de schuldenaar is toegelaten tot het herstructureringsstelsel, een herstructureringsdeskundige wordt aangesteld. Een herstructureringsdeskundige is een persoon of een instantie die door een rechterlijke of administratieve instantie wordt aangesteld om:

a) de schuldenaar en de schuldeisers te assisteren bij het opstellen van of het onderhandelen over een herstructureringsplan;

b) toezicht te houden op de activiteiten van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen over een herstructureringsplan en verslag uit te brengen aan een rechterlijke of administratieve instantie, of
c) tijdens de onderhandelingen de gedeeltelijke controle uit te oefenen over de activa of zaken van de schuldenaar.

Het is ook mogelijk dat de herstructureringsdeskundige meerdere van deze taken uitoefent. De rechter dient in principe per geval te beoordelen of de aanstelling van een herstructureringsdeskundige nodig is. Alleen in de volgende gevallen moet er altijd een herstructureringsdeskundige worden aangesteld:

- als de rechter ter ondersteuning van de totstandkoming van een herstructureringsplan een algehele schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen afkondigt en besluit dat de aanstelling van een herstructureringsdeskundige nodig is om de belangen van de betrokken partijen te waarborgen;
- als de rechter wordt gevraagd om een herstructureringsplan te bevestigen waarmee niet alle klassen van schuldeisers hebben ingestemd, en
- als de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers daarom vraagt (artikelen 2 lid 1, onderdeel 12, en 5 leden 1 – 3 van de richtlijn en overweging 30 van de considerans van de richtlijn).

Het preventieve herstructureringsstelsel mag geen afbreuk doen aan de individuele en collectieve rechten die aan werknemers zijn toegekend in het Unierecht of het nationale arbeidsrecht. Het gaat dan onder meer om:

- het recht op collectieve onderhandelingen en collectieve actie;
- het recht van werknemersvertegenwoordigers op informatie, raadpleging en goedkeuring;
- de rechten van werknemers bij overgang van onderneming;
- de rechten van werknemers bij insolventie van de werkgever, en
- de rechten van werknemers bij collectief ontslag.

Bevat een herstructureringsplan maatregelen die leiden tot veranderingen in de manier waarop de werkzaamheden binnen de onderneming georganiseerd zijn of in de arbeidsovereenkomsten met werknemers, dan dienen die maatregelen te worden goedgekeurd door de werknemers indien het nationaal recht of collectieve overeenkomsten in die gevallen in die goedkeuring voorzien (artikel 13 van de richtlijn).

<u>Ondersteunende voorzieningen</u>

Schorsing van tenuitvoerleggingsmaatregelen

De lidstaten moeten volgens artikel 6 lid 1 van de richtlijn ervoor zorgen dat '*schuldenaren gebruik kunnen maken van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen om de onderhandelingen over een herstructureringsplan in het kader van een preventief herstructureringsstelsel te ondersteunen*'. Hoofdregel is dat deze schorsing in beginsel alle soorten vorderingen jegens de schuldenaar treft, behalve de vorderingen van de werknemers van de schuldenaar. Daarnaast kunnen de lidstaten onder voorwaarden ook andere vorderingen van de schorsing uitzonderen. Verder kunnen de lidstaten bepalen dat naast een algemene schorsing, ook een beperkte schorsing mogelijk is. Een algemene schorsing ziet dan op alle

vorderingen die door een schorsing getroffen kunnen worden. Bij een beperkte schorsing worden alleen de vorderingen van één of meer individuele schuldeisers of categorieën schuldeisers getroffen. Ten slotte kunnen de lidstaten regelen dat de rechter een schorsingsverzoek kan weigeren als een schorsing niet nodig is of er geen aanleiding is om aan te nemen dat de onderhandelingen over een herstructureringsplan hierdoor ondersteund zouden worden (artikel 6 leden 1 – 5 van de richtlijn).

De rechter moet de schorsing in ieder geval kunnen opheffen als deze niet langer nodig is of als daarom wordt verzocht door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige. Daarnaast kunnen lidstaten opheffing van de schorsing mogelijk maken als één of meer schuldeisers hierdoor op oneerlijke wijze (dreigen te) worden benadeeld of de schorsing leidt tot de insolventie van een schuldeiser (artikel 6 lid 9 van de richtlijn).

De initiële duur van de schorsing is maximaal vier maanden. Lidstaten kunnen de rechter de bevoegdheid geven om de schorsing te verlengen als uit welomschreven omstandigheden blijkt dat dit gerechtvaardigd is, maar de totale duur van de schorsing mag nooit langer zijn dan twaalf maanden (artikel 6 leden 6 – 8 van de richtlijn). Als de schorsing is verstreken zonder dat een herstructureringsplan is goedgekeurd, mag dit niet automatisch leiden tot het faillissement van de schuldenaar (artikel 7 lid 7 van de richtlijn).

Een schorsing moet er niet alleen toe leiden dat schuldeisers geen tenuitvoerleggingsmaatregelen meer kunnen nemen, maar moet er ook voor zorgen dat:

- de opening van een insolventieprocedure die kan eindigen in de vereffening van het vermogen van de schuldenaar, wordt opgeschort;
- als de schuldenaar schulden die vóór de schorsing zijn ontstaan onbetaald heeft gelaten, dit geen grond is voor beëindiging, opschorting of wijziging van een nog uit te voeren essentiële overeenkomst ten nadele van de schuldenaar;
- beëindiging, opschorting of wijziging van een nog uit te voeren overeenkomst met een beroep op een zogenaamde “ipso facto-clausule” niet mogelijk is louter vanwege de (aanvraag tot) opening van de herstructureringsprocedure of schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen (artikel 7 van de richtlijn).

Bescherming van nieuwe en tussentijdse financiering en noodzakelijke transacties

Om een herstructureringsplan tot stand te brengen en te kunnen uitvoeren zijn financiële middelen nodig en moeten mede in dat kader bepaalde transacties kunnen worden verricht. De richtlijn voorziet om deze reden in bescherming van de verlening van nieuwe en tussentijdse financiering. Hetzelfde geldt voor het verrichten van andere transacties die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn voor het onderhandelen over of de uitvoering van een herstructureringsplan. Kort gezegd dient die bescherming in te houden dat de (rechts)handelingen die noodzakelijkerwijs worden verricht in het kader van het tot stand brengen en het

uitvoeren van een herstructureringsplan in geval van latere insolventie niet ongeldig kunnen worden verklaard enkel omdat zij zijn verricht op een moment waarop sprake was van dreigende insolventie. Voor zover aan de orde, mogen de verstrekkers van financiering voorts op geen enkele manier aansprakelijk worden gesteld vanwege het enkele feit dat nadien blijkt dat de financiering voor de gezamenlijke schuldeisers nadelig heeft uitgepakt. De lidstaten kunnen voorwaarden stellen waaronder de genoemde bescherming van toepassing is (artikelen 17 en 18 van de richtlijn).

Inhoud herstructureringsplan

De lidstaten moeten ervoor zorgen dat een herstructureringsplan dat ter stemming aan de schuldeisers en kapitaalhouders wordt voorgelegd, tenminste bepaalde informatie bevat. De voorgeschreven informatie ziet – kort gezegd – op:

- de schuldenaar en de financiële situatie waarin hij verkeert;
- de schuldeisers, werknemers en kapitaalhouders die bij het herstructureringsplan worden betrokken en de klassen waarin zij in het herstructureringsplan zijn onderverdeeld, en
- informatie die deze schuldeisers, werknemers en kapitaalhouders in staat moet stellen te overzien wat voor hen de gevolgen zijn van het herstructureringsplan en of de totstandkoming van het herstructureringsplan noodzakelijk en toereikend is om een dreigend faillissement af te wenden.

Het is de lidstaten toegestaan om de informatievoorschriften aan te vullen (artikel 8 van de richtlijn).

Het voorleggen van het herstructureringsplan en de stemming

De schuldenaar moet een herstructureringsplan ter instemming aan de betrokken partijen kunnen voorleggen. Daarbij wordt onder betrokken partijen verstaan: '*schuldeisers, met inbegrip van, indien toepasselijk krachtens nationaal recht, werknemers, of categorieën schuldeisers en, indien toepasselijk krachtens nationaal recht, kapitaalhouders, wier vorderingen of belangen naargelang het geval door een herstructureringsplan rechtstreeks worden getroffen*' (artikel 2 lid 1, onderdeel 2, van de richtlijn). De betrokken partijen moeten het recht hebben om over het herstructureringsplan te stemmen, met dien verstande dat de lidstaten ervoor kunnen kiezen om de volgende partijen het stemrecht te onthouden:

- kapitaalhouders;
- schuldeisers met een lagere rang dan concurrente schuldeisers; en
- partijen met banden met de schuldenaar of met de onderneming van de schuldenaar die krachtens nationaal recht in een belangenconflict verkeren (artikel 9 leden 1 – 3 van de richtlijn).

Zoals eerder gezegd, moeten de partijen die worden betrokken bij het herstructureringsplan in verschillende klassen worden ingedeeld. In iedere klasse dient een afzonderlijke stemming over het herstructureringsplan plaats te vinden. Een herstructureringsplan is goedgekeurd door een schuldeisersklasse, als het plan wordt gesteund door een groep schuldeisers die samen ten minste de meerderheid vertegenwoordigt van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers binnen die klasse. Voor een

aandeelhoudersklasse geldt dezelfde regel, met dien verstande dat dan bepalend is of het herstructureringsplan wordt gesteund door een groep aandeelhouders die samen ten minste de meerderheid vertegenwoordigt van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders binnen die klasse. Het is aan de lidstaten om vast te stellen welke meerderheden vereist zijn, met dien verstande dat die meerderheden niet meer mogen bedragen dan 75% van het totale bedrag aan vorderingen of geplaatst kapitaal behorend tot de schuldeisers of aandeelhouders binnen de klasse. Lidstaten moeten regels kunnen vaststellen voor het geval dat betrokken partijen hun stemrecht niet of niet op correcte wijze (hebben) kunnen uitoefenen (artikel 9 lid 4 – 6 van de richtlijn en overweging 47 van de considerans van de richtlijn).

De voorwaarden waaronder de rechter een aangeboden herstructureringsplan kan bevestigen

De richtlijn schrijft voor aan welke minimumeisen voldaan moet zijn om een herstructureringsplan te kunnen laten bevestigen. Bevestiging kan zowel plaats vinden door een rechterlijke als een administratieve instantie; de richtlijn laat lidstaten hierin de keuze. Als bevestiging plaats vindt door een administratieve instantie, moeten belanghebbenden echter tegen deze beslissing beroep in kunnen stellen bij de rechter (zie artikel 16 lid 1 van de richtlijn en overweging 65 van de considerans van de richtlijn). Hierna wordt steeds, kortheidshalve, gesproken over bevestiging door de rechter. Na de bevestiging is het plan verbindend is voor alle betrokken partijen. De bevestiging van het herstructureringsplan is onder meer nodig om te waarborgen dat de wijziging van de rechten van de schuldeisers en kapitaalhouders in verhouding staat tot de voordelen van de herstructurering. Verder geldt dat een bevestiging van de rechter in ieder geval vereist is als niet alle betrokken partijen met het herstructureringsplan hebben ingestemd of als het herstructureringsplan nieuwe financiering omvat (artikel 10 lid 1 van de richtlijn, overweging 48 van de considerans van de richtlijn).

Ten aanzien van de rol van de rechter is bepaald dat de lidstaten zijn betrokkenheid in het preventieve herstructureringsstelsel kunnen beperken '*tot situaties waarin die betrokkenheid noodzakelijk en evenredig is*' (artikel 4 lid 6 van de richtlijn). Lidstaten kunnen bepalen dat de rechter al in een eerder stadium, voorafgaand aan de stemming, controleert of de stemgerechtigde schuldeisers op de juiste manier in klassen zijn onderverdeeld en of zij in staat zijn geweest te stemmen. In ieder geval controleert hij dit bij de behandeling van een verzoek tot bevestiging. Voorts is over de rechterlijke toets die plaatsvindt in het kader van een verzoek tot bevestiging van een herstructureringsplan, kort gezegd, voorgeschreven dat:

- het bevestigingsverzoek op efficiënte wijze behandeld moet worden, zodat de rechter daarover voortvarend een beslissing kan nemen;
- het bevestigingsverzoek kan worden afgewezen als het herstructureringsplan geen redelijk vooruitzicht biedt op het afwenden van de insolventie van de schuldenaar of op het waarborgen van de levensvatbaarheid van het bedrijf, en

- de voorwaarden waaronder een herstructureringsplan door de rechter kan worden bevestigd duidelijk gespecificeerd zijn, waarbij ten minste vereist moet zijn dat:
  a) er over het herstructureringsplan is gestemd;
  b) het herstructureringsplan voorziet in een klassenindeling op grond waarvan betrokkenen met vergelijkbare belangen gelijk worden behandeld;
  c) alle betrokkenen naar behoren zijn geïnformeerd over het herstructureringsplan;
  d) betrokkenen die niet hebben ingestemd met het herstructureringsplan, door dit plan niet slechter af zijn dan op grond van de normale rangorde bij vereffening van het vermogen van de schuldenaar (de "*best interest of creditors' test*"), en
- eventuele nieuwe financiering noodzakelijk is om het herstructureringsplan uit te kunnen voeren en de betrokken schuldeisers hierdoor niet op onbillijke wijze in hun belangen worden benadeeld (artikelen 2 lid 1, onderdeel 6, en 10 leden 2 – 4 van de richtlijn).

Verder geldt dat ook een herstructureringsplan waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, door de rechtbank bevestigd moet kunnen worden. Om het herstructureringsplan in dat geval in aanmerking te kunnen laten komen voor bevestiging door de rechter, gelden – naast de hiervoor genoemde algemene eisen – nog de volgende meer specifieke minimum eisen:

- tijdens de stemming heeft:
  a) een meerderheid van de klassen ingestemd met het herstructureringsplan, waaronder tenminste een klasse van schuldeisers met een zekerheidsrecht of een klasse met een hogere rang dan de concurrente schuldeisers, of
  b) ten minste één klasse bestaande schuldeisers ingestemd met het herstructureringsplan en deze bestond uit schuldeisers die bij een waardebepaling aan de hand van ofwel de *going concern* waarde, ofwel de liquidatiewaarde een uitkering in geld zouden krijgen;
- de schuldeisers in de klassen die niet hebben ingestemd met het herstructureringsplan:
  a) worden ten minste even gunstig behandeld als elke andere klasse bestaande uit schuldeisers met dezelfde rang en gunstiger dan een klasse van schuldeisers met een lagere rang, of
  b) krijgen met dezelfde of gelijkwaardige middelen volledige genoegdoening, indien een categorie in een lagere rang enige betaling ontvangt of enig belang aanhoudt (de "*absolute priority rule*"), en
- geen enkele klasse van schuldeisers krijgt op basis van het herstructureringsplan meer dan het volledige bedrag van zijn vordering op de schuldenaar (artikel 11 leden 1 en 2 van de richtlijn).

De lidstaten kunnen van deze voorwaarden afwijken als *"dat nodig is om de doelstellingen van het herstructureringsplan te halen en indien het herstructureringsplan de rechten of belangen van betrokken partijen niet op onbillijke wijze in het gedrang brengt"* (artikel 11 lid 2, tweede alinea, van de richtlijn). Het is lidstaten toegestaan andere voorwaarden voor bevestiging toe te voegen (overweging 50 van de considerans van de richtlijn).

Een niet-instemmende betrokken partij moet een rechtsmiddel kunnen instellen bij de rechter die over de bevestiging oordeelt. Over de waardebepaling van de onderneming van de schuldenaar heeft de rechter alleen te beslissen als:

- een betrokken partij die niet met het herstructureringsplan heeft ingestemd, aanvoert dat niet voldaan wordt aan de *"best interest of creditors' test",* of
- een betrokken partij die niet met het herstructureringsplan heeft ingestemd, betwist dat voldaan is aan de voorwaarde dat tenminste één klasse bestaande uit schuldeisers die bij een waardebepaling aan de hand van ofwel de *going concern* waarde, ofwel de liquidatiewaarde een uitkering in geld zouden krijgen, met het herstructureringsplan heeft ingestemd.

Lidstaten moeten ervoor zorgen dat rechters in het kader van de waardebepaling voldoende gekwalificeerde deskundigen mogen aanstellen of horen (artikel 14 lid 1 – 3 van de richtlijn).

De gevolgen van de bevestiging van het herstructureringsplan

Een herstructureringsplan dat door de rechter is bevestigd, is bindend voor alle schuldeisers die daarbij betrokken zijn (inclusief de schuldeisers die niet met het plan hebben ingestemd). Dit betreft concreet alle schuldeisers die in het plan zijn genoemd of omschreven. Schuldeisers die niet over het herstructureringsplan hebben kunnen stemmen, mogen niet door het plan in hun rechten worden geraakt (artikel 15 van de richtlijn). Het is aan de lidstaten overgelaten om dit nader in te vullen. Lidstaten kunnen bijvoorbeeld zelf bepalen hoe zij omgaan met schuldeisers en kapitaalhouders die correct van de procedure in kennis zijn gesteld, maar hieraan niet hebben deelgenomen (artikel 15 van de richtlijn en overweging 64 van de considerans van de richtlijn).

Ten slotte moeten de lidstaten ervoor zorgen dat het kapitaalhouders niet is toegestaan om de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren (artikel 12 lid 2 van de richtlijn).

2.3 Kwijtscheldingsregeling voor ondernemers

Titel III van de richtlijn omvat de verplichting voor de lidstaten om ervoor te zorgen dat insolvente ondernemers een tweede kans kunnen krijgen in de vorm van een kwijtschelding van hun schuld en de opheffing van eventueel bij een insolventverklaring opgelegde beroepsverboden. De richtlijn stelt enkele eisen ten aanzien van:

- de aard en het toepassingsbereik van de kwijtscheldingsregeling;
- de termijn waarbinnen en de voorwaarden waaronder de ondernemer kwijtschelding van zijn schuld moet kunnen krijgen, en
- de gevallen waarin kan worden afgeweken van de hoofdregel dat een ondernemer een tweede kans moet kunnen krijgen (overwegingen 75 – 84 van de considerans van de richtlijn).

Aard en toepassingsbereik van de kwijtscheldingsregeling

In iedere lidstaat moet sprake zijn van tenminste één procedure waarbinnen ondernemers de mogelijkheid geboden wordt om kwijtschelding te krijgen van hun schuld. Lidstaten kunnen ervoor kiezen deze regeling uit te breiden tot natuurlijke personen die geen ondernemers zijn (artikel 1 lid 4 van de richtlijn).

Bij de kwijtscheldingsregeling kan sprake zijn van:

- een terugbetalingsplan;
- het te gelde maken van de activa behorend tot het vermogen van de ondernemer (hierna: boedel), of
- een combinatie van beide.

Ook mag van de ondernemer verlangd worden dat hij de handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit (hierna: ondernemersactiviteiten) waarop zijn schuld (deels) betrekking heeft, staakt zolang de regeling duurt (artikel 20 lid 1 van de richtlijn en overweging 75 van de considerans van de richtlijn). Wordt aan de kwijtschelding de voorwaarde verbonden dat de ondernemer zijn schuld gedeeltelijk terugbetaalt, dan moet die terugbetalingsverplichting wel gebaseerd zijn op de individuele situatie van de ondernemer. Zo moet de terugbetalingsverplichting in verhouding staan tot de omvang van de boedel op het moment dat de ondernemer wordt toegelaten tot de kwijtscheldingsregeling en het inkomen dat en de activa die de ondernemer nog verkrijgt terwijl die regeling loopt. Tegelijkertijd moeten ook de (billijke) belangen van de schuldeisers in aanmerking worden genomen (artikel 20 lid 2 van de richtlijn).

Ondernemers die kwijtschelding van hun schuld hebben verkregen, moeten kunnen profiteren van nationale regelingen die voorzien in bedrijfssteun voor ondernemers en zij moeten ook toegang hebben tot toepasselijke en actuele informatie hierover (artikel 20 lid 3 van de richtlijn).

Als de ondernemer zowel persoonlijke als bedrijfsmatige schulden heeft die niet redelijkerwijs van elkaar te scheiden zijn, moeten die schulden in één procedure kunnen worden behandeld (artikel 24 van de richtlijn en overweging 84 van de considerans van de richtlijn). De lidstaten kunnen enkele specifieke categorieën van vorderingen geheel of gedeeltelijk buiten het toepassingsbereik van de kwijtscheldingsregeling houden. Is een vordering geheel uitgesloten, dan betekent dit dat de ondernemer deze vorderingen hoe dan ook verschuldigd blijft. Een andere optie is dat er beperkingen worden gesteld aan de toegang tot de kwijtscheldingsregeling met betrekking tot deze vorderingen of dat de kwijtscheldingstermijn wordt verlengd. Daarbij geldt wel steeds als voorwaarde dat er een rechtvaardiging moet zijn voor deze afwijkingen en dat deze gemotiveerd moeten zijn, bijvoorbeeld in de toelichting van de wet (overwegingen 80 en 81 van de considerans van de richtlijn). De categorieën vorderingen die in de richtlijn bij wijze van voorbeeld worden genoemd zijn:

- door zekerheid gedekte schulden;
- schulden die ontstaan uit of verband houden met een strafrechtelijke veroordeling;

- schulden die zijn ontstaan uit aansprakelijkheid vanwege een onrechtmatige daad;
- schulden in verband met onderhoudsverplichtingen die voortvloeien uit familiebetrekkingen, bloedverwantschap, huwelijk of aanverwantschap;
- schulden die zijn ontstaan na de aanvraag tot kwijtschelding van schuld of na de opening van de procedure die tot kwijtschelding van schuld leidt, en
- schulden die ontstaan uit de verplichting tot betaling van de kosten van de kwijtscheldingsprocedure (artikel 23 lid 4 en overweging 81 van de considerans van de richtlijn).

Kwijtscheldingstermijn

De ondernemer moet in principe binnen een termijn van ten hoogste drie jaar kwijtschelding van zijn schuld kunnen krijgen. Onder kwijtschelding van schuld in de zin van de richtlijn valt zowel het wegnemen van de afdwingbaarheid van de schulden (zodat sprake is van natuurlijke verbintenissen), als het teniet doen van deze schulden (artikel 2 lid 1, onderdeel 10, van de richtlijn). Afhankelijk van de aard van de kwijtscheldingsregeling – en in dit verband de vraag of de regeling een afbetalingsplan omvat of niet – moet de termijn beginnen te lopen op het moment waarop:

- het afbetalingsplan wordt bevestigd door de rechter;
- de uitvoering van het afbetalingsplan aanvangt;
- de rechter besluit om de ondernemer toe te laten tot de kwijtscheldingsregeling, of
- de rechter vaststelt dat de ondernemer insolvent is (artikel 21 lid 1 van de richtlijn en overwegingen 75 en 76 van de considerans).

De lidstaten kunnen bepalen dat de insolventieprocedure wordt voortgezet nadat de schuldenaar volledige kwijtschelding van zijn schuld heeft gekregen, als dit nodig is om het proces van tegeldemaking van de activa van de ondernemer en de verdeling van de opbrengst af te ronden (artikel 21 lid 3 van de richtlijn).

Aan de kwijtschelding te stellen voorwaarden

Aan de kwijtschelding kunnen ook voorwaarden worden verbonden. Zo mogen de lidstaten bepalen dat alvorens volledige kwijtschelding van de schuld wordt verleend, een rechterlijke of administratieve instantie ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende toetst of aan alle daarvoor geldende voorwaarden is voldaan. Het niet hebben voldaan aan wettelijke verplichtingen, waaronder de verplichtingen die voortvloeien uit de kwijtscheldingsregeling, kan een grond zijn om de kwijtschelding niet toe te kennen. De lidstaten mogen de ondernemer verplichten om te bewijzen dat hij zijn verplichtingen is nagekomen, maar het mag de ondernemer niet onnodig moeilijk of lastig worden gemaakt om te bewijzen dat hij voor en tijdens de kwijtscheldingsregeling te goeder trouw heeft gehandeld (artikel 21 van de richtlijn en overwegingen 77 tot en met 79 en 82 van de considerans van de richtlijn).

Verplichte en toegestane afwijkingen van de kwijtschelding na drie jaar

De richtlijn verplicht de lidstaten om in bepaalde gevallen af te wijken van de hoofdregel dat een ondernemer na drie jaar volledige kwijtschelding van zijn schulden en opheffing van een eventueel opgelegd beroepsverbod moet kunnen krijgen. Als een ondernemer bij het aangaan van zijn schulden, tijdens de looptijd van de kwijtscheldingsregeling of bij het terugbetalen van zijn schulden oneerlijk of te kwader trouw heeft gehandeld tegenover de schuldeisers of andere belanghebbenden, moeten de lidstaten hier consequenties aan verbinden. Dit kan zijn dat:

- de ondernemer geen of slechts beperkt toegang krijgt tot de kwijtscheldingsregeling;
- de kwijtscheldingsregeling (eventueel tussentijds) wordt beëindigd zonder dat de schuldenaar kwijtschelding verleend wordt;
- een reeds verleende kwijtschelding van schuld wordt ingetrokken, of
- de termijn waarna de ondernemer kwijtschelding van zijn schuld en opheffing van een eventueel opgelegd beroepsverbod kan verkrijgen, wordt verlengd (artikel 23 lid 1 van de richtlijn en overwegingen 79 en 80 van de considerans van de richtlijn).

De rechter mag bij de vaststelling of de ondernemer te kwader trouw heeft gehandeld, rekening houden met verschillende omstandigheden, zoals de aard en de omvang van de schulden, het moment waarop de schulden zijn aangegaan en de inspanningen van de ondernemer om de schulden af te betalen.

De lidstaten kunnen bovengenoemde consequenties ook verbinden aan bepaalde andere, welomschreven omstandigheden, mits afwijking van de hoofdregel gerechtvaardigd is. De richtlijn noemt de volgende voorbeelden:

- de ondernemer heeft de verplichtingen die voortvloeien uit een terugbetalingsplan of uit een wettelijke regeling ter bescherming van de belangen van schuldeisers (zoals de verplichting om het rendement voor de schuldeisers te maximaliseren) wezenlijk geschonden;
- de ondernemer houdt zich niet aan informatie- of medewerkingsverplichtingen uit hoofde van Unierecht en nationaal recht;
- de ondernemer heeft te kwader trouw een toelatingsverzoek ingediend;
- de ondernemer heeft een nieuw toelatingsverzoek ingediend terwijl hem – in een bepaalde termijn voorafgaand aan dat verzoek – al eerder volledige kwijtschelding van zijn schuld is verleend of hem dit is geweigerd vanwege een ernstige schending van de informatie- of medewerkingsverplichtingen;
- de kosten van de kwijtscheldingsprocedure zijn niet gedekt, of
- een afwijking is noodzakelijk om de rechten van de ondernemer en de rechten van één of meer schuldeisers in evenwicht te houden. Een voorbeeld hiervan is dat de financiële situatie van de ondernemer door een onvoorziene omstandigheid – zoals een loterijwinst, erfenis of schenking – aanmerkelijk verbetert (artikel 23 lid 2 van de richtlijn en overwegingen 79 en 80 van de considerans van de richtlijn).

Verder kunnen de lidstaten er in een aantal situaties voor kiezen om een langere periode te hanteren dan de driejaarstermijn waarbinnen de ondernemer in beginsel kwijtschelding behoort te krijgen van zijn schuld. Dit kan wanneer de rechter de voorwaarden van de kwijtscheldingsregeling in het voordeel van de ondernemer heeft versoepeld, zodat de ondernemer:

- in zijn woning kan blijven wonen of de goederen kan blijven gebruiken die hij nodig heeft om zijn ondernemersactiviteiten te kunnen voortzetten, of
- zijn woning kan behouden, omdat deze niet te gelde wordt gemaakt (artikel 23 lid 3 van de richtlijn).

Voor opgelegde beroepsverboden geldt dat de lidstaten, in afwijking van artikel 22 van de richtlijn, mogen bepalen dat deze voor onbepaalde tijd of langer dan drie jaar gelden, als de ondernemer lid is van een beroepsgroep:

- waarvoor specifieke ethische regels of speciale regels inzake reputatie of deskundigheid gelden, en de ondernemer die regels heeft geschonden, of
- die zich bezighoudt met het beheer van de eigendom van anderen (artikel 23 lid 5 van de richtlijn en overweging 83 van de considerans van de richtlijn).

2.4 *Maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van insolventieprocedures*

Titel IV van de richtlijn bevat een aantal bepalingen met als doel om de transparantie en voorspelbaarheid van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld (hierna tezamen: insolventieprocedures) te bevorderen, de duur van deze procedures in sommige lidstaten te verkorten en de professionaliteit van de betrokken functionarissen in de lidstaten op een vergelijkbaar hoog niveau te brengen. Reden is dat een lange duur van insolventieprocedures tot onzekerheid bij schuldeisers en investeerders leidt en lage terugvorderingspercentages tot gevolg heeft (overweging 85 van de considerans van de richtlijn).

Lidstaten dienen ervoor te zorgen dat insolventieprocedures efficiënt en voortvarend verlopen en worden afgewikkeld. Om de efficiëntie van deze procedures te vergroten, stelt de richtlijn eisen aan de deskundigheid van rechters. Rechters in insolventieprocedures dienen een adequate opleiding te krijgen en over de vereiste deskundigheid te beschikken. Dit moet de rechters in staat stellen beslissingen met mogelijk grote economische en sociale gevolgen op efficiënte wijze te nemen (zie artikel 25, onderdeel a van de richtlijn en overweging 86 van de considerans van de richtlijn). De lidstaten kunnen er voor kiezen om gespecialiseerde gerechten of kamers op te richten (artikel 25, onderdeel b, van de richtlijn en overweging 86 van de considerans van de richtlijn).

Ook de in insolventieprocedures door de rechter aangestelde functionarissen – zoals curatoren, bewindvoerders, herstructureringsdeskundigen en observators – dienen adequaat te zijn opgeleid en

deskundig te zijn. Bij de aanstelling van een functionaris moet erop gelet worden of deze, gezien zijn ervaring en deskundigheid, voor de specifieke zaak geschikt is. Zo zal in zaken met grensoverschrijdende elementen een functionaris moeten worden aangesteld die in staat is te communiceren en samen te werken met functionarissen uit andere lidstaten. De voorwaarden voor aanstelling en ontslag van functionarissen dienen duidelijk, transparant en rechtvaardig te zijn. Om belangenconflicten te voorkomen, moeten schuldenaren en schuldeisers bezwaar kunnen maken tegen de aanstelling van een functionaris of om diens vervanging kunnen verzoeken (artikel 26 van de richtlijn en overwegingen 87 – 88 van de considerans van de richtlijn). Voorts dienen de lidstaten te voorzien in voldoende toezicht op deze functionarissen. Doel is te verzekeren dat deze functionarissen hun werk op doeltreffende en bekwame verrichten en daarbij onafhankelijk en onpartijdig opereren. De lidstaten kunnen hiertoe de aansluiting van functionarissen bij gedragscodes stimuleren. Als functionarissen hun werk niet behoorlijk verrichten, moeten er maatregelen genomen kunnen worden om hen ter verantwoording te roepen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan vermindering van hun honorarium, uitsluiting van de lijst van functionarissen die voor benoeming in aanmerking komen of tuchtrechtelijke en/of strafrechtelijke sancties. Informatie over de autoriteiten of organen die toezicht houden op de functionarissen, dient publiek toegankelijk te zijn. De richtlijn stelt ook eisen ten aanzien van de regels die gelden voor de vergoeding die functionarissen voor hun werkzaamheden krijgen. Bij het vaststellen van deze regels dient oog te zijn voor het belang van een efficiënte afwikkeling van procedures. Lidstaten moeten ook voorzien in procedures ter beslechting van eventuele geschillen over vergoeding (artikel 27 van de richtlijn en overweging 89 van de considerans).

Verder kan door gebruik te maken van elektronische communicatiemiddelen de efficiëntie van insolventieprocedures worden vergroot. Bovendien kan dit de drempel voor schuldeisers verlagen om deel te nemen aan deze procedures. De richtlijn verplicht lidstaten daarom ervoor te zorgen dat bepaalde handelingen via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden verricht. Het gaat dan om het indienen van vorderingen door schuldeisers, het aanbieden van een akkoord, het publiceren of versturen van kennisgevingen aan schuldeisers en het aantekenen van bezwaar of beroep tegen rechterlijke beslissingen. De lidstaten kunnen zelf kiezen welk elektronisch communicatiemiddel zij inzetten. Gedacht kan worden aan e-mail, maar ook aan een speciaal ontworpen systeem voor de indiening van documenten (artikel 28 van de richtlijn en overwegingen 90 en 91 van de considerans).

2.5 *Monitoring van insolventieprocedures*

Om na te gaan of de lidstaten in de praktijk voldoen aan hun verplichtingen uit hoofde van de richtlijn, zijn gegevens nodig. Om bijvoorbeeld de efficiëntie van de insolventieprocedures in een bepaalde lidstaat te beoordelen, ook in verhouding tot die in andere lidstaten, is betrouwbare en vergelijkbare informatie vereist. Titel V van de richtlijn bevat daarom een verplichting voor de lidstaten om bepaalde gegevens te verzamelen en te aggregeren. Deze gegevens moeten vervolgens via een mededelingsformulier worden

toegezonden aan de Commissie, die deze gegevens op haar website publiceert. Het gaat onder meer om gegevens over het aantal insolventieprocedures, de gemiddelde duur ervan en de wijze waarop procedures zijn geëindigd. De lidstaten kunnen voor het verzamelen van de gegevens gebruik maken van een steekproeftechniek. De lidstaten dienen de verkregen gegevens in te delen naar de grootte van de schuldenaar, de vraag of de schuldenaar een natuurlijke persoon of rechtspersoon is en – waar het de procedure tot kwijtschelding van schuld betreft – of de schuldenaar een ondernemer is (artikel 29 van de richtlijn, overwegingen 92 en 93 van de considerans van de richtlijn).

2.6 Overige onderdelen van de richtlijn

Titel I van de richtlijn bevat algemene bepalingen. Hierin zijn het onderwerp en het toepassingsgebied van de richtlijn geregeld en is ook een aantal definities opgenomen. Daarnaast bevat deze titel een bepaling over de vroegtijdige waarschuwing van schuldenaren met financiële moeilijkheden (artikel 3 van de richtlijn). Het is van belang dat schuldenaren die in financiële moeilijkheden verkeren, zo snel mogelijk actie ondernemen. Hoe eerder zij dit doen, hoe groter de kans is dat een faillissement kan worden voorkomen. Als de onderneming geen overlevingskansen heeft, kan door het tijdig nemen van maatregelen de vereffening van het vermogen van de schuldenaar ordelijker en efficiënter verlopen. De richtlijn verplicht lidstaten daarom om ervoor te zorgen dat schuldenaren toegang hebben tot instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing waarmee omstandigheden kunnen worden opgespoord die kunnen leiden tot insolventie. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan waarschuwingsmechanismen als de schuldenaar bepaalde betalingen niet heeft verricht of adviesdiensten van publieke of private organisaties. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat actuele informatie over deze instrumenten beschikbaar is voor schuldenaren en werknemersvertegenwoordigers. Met name voor MKB-bedrijven dient deze informatie eenvoudig raadpleegbaar te zijn. Daarnaast dient informatie beschikbaar te zijn voor schuldenaren en werknemersvertegenwoordigers over het in de lidstaat beschikbare preventieve herstructureringsstelsel en de kwijtscheldingsregeling voor ondernemers (artikel 3 van de richtlijn, overwegingen 22 en 23 van de considerans van de richtlijn).

Titel VI bevat slotbepalingen. Hierin is onder meer de verhouding tot andere instrumenten geregeld.

3. Wijze van implementatie

3.1 *Het preventieve herstructureringsstelsel*

In het Nederlandse insolventierecht is op dit moment al sprake van vier akkoordprocedures buiten faillissement; a) de dwangregeling op basis van artikel 287a, vijfde, lid Fw, b) de surseanceakkoord procedure op basis van de artikelen 252 e.v. Fw, alsmede c) de besloten akkoordprocedure buiten

faillissement en de openbare akkoordprocedure buiten faillissement zoals voorzien in Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA).

a) De dwangregeling op basis van artikel 287a Fw maakt onderdeel uit van de Wet schuldsanering natuurlijke personen (hierna: WSNP). Deze wet, die in de volgende paragraaf uitgebreider wordt besproken, biedt de schuldenaar de mogelijkheid om na een schuldsaneringstraject van drie jaar verlost te worden van zijn schulden. Heeft de schuldenaar voor de indiening van zijn verzoek om toegelaten te worden tot de WSNP geprobeerd een schuldregeling te treffen met zijn schuldeisers, maar is dit niet gelukt omdat een aantal schuldeisers geweigerd heeft om hiermee in te stemmen, dan kan hij de rechter bij zijn toelatingsverzoek ook vragen om de schuldregeling dwingend op te leggen aan deze weigerachtige schuldeisers (artikel 287a Fw). De schuldenaar vraagt de rechter in dat geval primair om de schuldregeling dwingend op te leggen en – voor het geval dat dit primaire verzoek wordt afgewezen – subsidiair om toegelaten te worden tot de WSNP. De rechter zal het primaire verzoek toewijzen als "*de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad*" (artikel 287a, vijfde lid, Fw). Zoals al blijkt uit de titel van de wet richt de WSNP zich uitsluitend op natuurlijke personen. Dit kunnen ook ondernemers zijn, maar in ieder geval geen rechtspersonen. Dit maakt het toepassingsbereik van deze regeling te beperkt om daarin het in de richtlijn voorziene preventieve herstructureringsstelsel te implementeren.

b) Afdeling 2 van Titel II van de Faillissementswet geeft de schuldenaar de mogelijkheid om een akkoord aan zijn schuldeisers aan te bieden in het kader van een verleende surseance van betaling. De schuldenaar kan surseance aanvragen als hij voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan. Als het verzoek wordt toegewezen krijgt de schuldenaar een uitstel van betaling jegens zijn concurrente schuldeisers en kan hij de rechter vragen om een tijdelijke schorsing van tenuitvoerleggingsmaatregelen jegens al zijn schuldeisers (artikelen 230 en 241a Fw). Ook wordt er dan een bewindvoerder benoemd, die de schuldenaar ondersteunt bij het beheer van zijn onderneming. Tegelijk met of na het verzoek tot surseance kan de schuldenaar een voorstel doen voor een akkoord waarbij de schulden worden geherstructureerd. Een surseanceakkoord beperkt zich tot één categorie van schuldeisers; de concurrente schuldeisers die betrokken zijn bij de surseanceprocedure. Het akkoord ziet wel steeds op álle concurrente schuldeisers van de schuldenaar, mits zij hun vordering hebben ingediend en zij zijn toegelaten tot de stemming (artikel 252 Fw). De regeling omvat verder niet veel voorschriften over de inhoud van het akkoord en de daarbij te verschaffen informatie. De schuldeisers krijgen tijdens een zitting de gelegenheid om te stemmen over het akkoord. Indien het akkoord met een voldoende meerderheid wordt aangenomen, kan het akkoord ter goedkeuring (homologatie) aan de rechter worden voorgelegd. De schuldeisers kunnen zich daar dan nog tegen verzetten. De rechter toetst het akkoord aan een aantal

homologatievoorwaarden. Als het akkoord voldoet aan deze voorwaarden, zal de rechter het akkoord homologeren. De surseanceregeling omvat kortom een herstructureringsprocedure die kan leiden tot een akkoord met concurrente schuldeisers. Dit akkoord kan ook concurrente schuldeisers binden die hiermee niet hebben ingestemd (zie artikel 273 Fw). Aanvankelijk was het de bedoeling om de in de richtlijn opgenomen bepalingen betreffende het preventieve herstructureringsstelsel in de surseanceregeling te implementeren.[4] Dit bleek echter erg veel aanpassingen te vergen, die de regeling daarmee bovendien zeer complex en in de praktijk moeilijk uitvoerbaar maakten. Daarom is hiervan uiteindelijk afgezien.

c) Op 1 januari 2021 is de WHOA in werking getreden. De WHOA heeft in de Faillissementswet twee nieuwe akkoordprocedures geïntroduceerd: een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid, Fw). Kort gezegd helpt de WHOA schuldenaren die een onderneming drijven om een akkoord met de schuldeisers en aandeelhouders tot stand te brengen waarbij schulden worden geherstructureerd en een faillissement kan worden voorkomen. De rechter kan dit akkoord bevestigen (homologeren) als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde in de WHOA gestelde eisen voldoen. Als het akkoord wordt bevestigd, geldt het voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders en dus ook voor schuldeisers of aandeelhouders die daar niet mee hebben ingestemd. De WHOA kende een vrij lang voorbereidingstraject dat na verloop van tijd parallel begon te lopen met de onderhandelingen over de richtlijn. Op dat moment is ervoor gekozen om de WHOA zoveel mogelijk bij de richtlijn aan te laten sluiten. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is ook steeds toegelicht op welke wijze dit is gebeurd.[5] Dit heeft ertoe geleid dat de WHOA nagenoeg volledig aansluit bij de in de richtlijn opgenomen minimum eisen, zoals beschreven in paragraaf 2.2 van deze toelichting. Daarom is ervoor gekozen om de WHOA te laten dienen als implementatie van de in de richtlijn opgenomen bepalingen betreffende het preventieve herstructureringsstelsel. In dit wetsvoorstel wordt nog een beperkt aantal aanpassingen doorgevoerd in de WHOA om de omzetting van de genoemde bepalingen uit de richtlijn te vervolmaken. De meer materiële aanpassingen worden hierna kort beschreven. Daarnaast wordt kort toegelicht dat het huidige recht al voldoet aan artikel 19 van de richtlijn, dat ziet op verplichtingen van bestuurders in geval van dreigende insolventie.

Totstandkoming akkoord op initiatief van derden

Onder de WHOA kunnen buiten de schuldenaar zelf ook de schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging het initiatief nemen om een akkoordprocedure te starten. Zij kunnen de rechter vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die vervolgens probeert een akkoord tot stand te brengen (artikel 371 Fw). Als sprake is van een MKB-bedrijf, vereist de richtlijn in een dergelijk geval dat de schuldenaar instemt met

[4] *Kamerstukken II 2018 – 2019,* 33 695, nr. 18.
[5] *Kamerstukken II* 2018–2019, 35 249, nr. 3.

de herstructureringsprocedure (zie artikel 4 lid 8 van de richtlijn en overweging 29 van de considerans van de richtlijn). In aansluiting hierop is in de WHOA bepaald dat bij MKB-bedrijven voor het in stemming brengen van een akkoord door een herstructureringsdeskundige de instemming van de schuldenaar nodig is (artikel 381, tweede lid, Fw). Daarbij geldt wel dat de herstructureringsdeskundige de rechter kan vragen zich uit te laten over een weigering van het bestuur om instemming te verlenen. Constateert de rechter dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan hij bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur (artikel 378, eerste lid, onderdeel g, en vijfde lid Fw). Dit betekent dat aandeelhouders het bestuur van de onderneming niet op onredelijke wijze mogen belemmeren om instemming te verlenen, zoals ook expliciet bepaald is in artikel 381, tweede lid, Fw).

Om zeker te stellen dat de door de WHOA geïntroduceerde besloten akkoordprocedure en openbare akkoordprocedure op dit punt inderdaad in overeenstemming zijn met de richtlijn, wordt deze regeling nu aangepast. In gevallen waarin een WHOA-traject start door de aanstelling van een herstructureringsdeskundige op verzoek van een ander dan het MKB-bedrijf zelf, wordt instemming van het MKB-bedrijf al vereist voor deze aanstelling en dus niet langer pas op het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd (zie artikel I, onderdelen DD en JJ). Vanaf de aanstelling van een herstructureringsdeskundige kan gebruik worden gemaakt van de verschillende voorzieningen die de WHOA biedt. Het gaat dan onder meer om de mogelijkheid tot afkondiging van een afkoelingsperiode op grond van artikel 376 Fw, de mogelijkheid om op grond van artikel 42a Fw te verzoeken om een machtiging voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen en de mogelijkheid voor de rechtbank om op grond van artikel 379 Fw bepalingen te maken of voorzieningen te treffen ter beveiliging van de belangen van schuldeisers of aandeelhouders. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de aanstelling van een herstructureringsdeskundige de start van de akkoordprocedure markeert. Overweging 29 van de considerans van de richtlijn bepaalt dat *'lidstaten de start van de procedure [dienen] te binden aan de voorwaarde dat de schuldenaar ermee instemt'.* Het sluit hierbij aan om de instemming van de MKB-onderneming te vereisen op het moment van aanstelling van de herstructureringsdeskundige.

Ook in de gewijzigde regeling wordt expliciet bepaald dat aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren instemming te verlenen. Constateert de rechter dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan hij bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, op grond waarvan lidstaten ervoor dienen te zorgen dat het kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren.

Tussentijdse en nieuwe financiering en andere transacties

De WHOA voorziet al in de mogelijkheid om tussentijdse financiering en andere transacties die noodzakelijk zijn om de onderneming tijdens de voorbereiding een akkoord voort te zetten, te beschermen tegen een vernietiging door de curator als de reddingsoperatie toch niet lukt en er uiteindelijk alsnog een faillissement volgt (artikel 42a Fw). Deze bepaling sluit al grotendeels aan bij de artikelen 17 en 18 van de richtlijn, die onder meer bescherming vereisen van tussentijdse financiering en andere transacties ter ondersteuning van de onderhandelingen over een akkoord. In artikel 18 lid 4 van de richtlijn wordt een aantal transacties genoemd waarvoor deze bescherming in ieder geval moet gelden. Het gaat daarbij onder meer om de betaling van vergoedingen en kosten voor het onderhandelen over, of het goedkeuren of bevestigen van een herstructureringsplan (artikel 18 lid 4, onder a, van de richtlijn) en om de betaling van vergoedingen en kosten om een beroep te doen op professioneel advies dat nauw verband houdt met de herstructurering (artikel 18 lid 4, onder b, van de richtlijn). Het huidige artikel 42a Fw richt zich nu op rechtshandelingen die zien op de voortzetting van de onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord. Om zeker te stellen dat ook een machtiging gevraagd kan worden voor rechtshandelingen die verband houden met de voorbereiding van het akkoord, is artikel 42a Fw aangevuld (artikel I, onderdeel D). Uitdrukkelijk vermeld wordt dat het artikel mede ziet op rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om het akkoord te kunnen voorbereiden, in stemming te kunnen brengen of door de rechtbank te kunnen laten homologeren. De bepaling is ruim geformuleerd en omvat daarmee dus de transacties die expliciet worden genoemd in artikel 18 lid 4 van de richtlijn, maar ook andere transacties die noodzakelijk zouden kunnen zijn in het kader van de voortzetting van de onderneming en de totstandbrenging van het akkoord.

Dit wetsvoorstel vult daarnaast artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw aan (artikel I, onderdeel LL). Deze bepaling voorziet, in overeenstemming met artikel 17 van de richtlijn, nu al in de mogelijkheid van bescherming voor nieuwe financiering tegen een latere vernietiging door de curator als er uiteindelijk alsnog een faillissement volgt. Bij nieuwe financiering gaat het om financiering die wordt verstrekt teneinde het akkoord uit te voeren (vgl. artikel 2 lid 1, onderdeel 7, van de richtlijn). In het kader van de homologatie van een akkoord toetst de rechter of de nieuwe financiering er niet toe leidt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers wezenlijk zullen worden geschaad. Hieraan wordt, gelet op artikel 10 lid 2, onderdeel e, van de richtlijn, toegevoegd dat de rechter ook toetst of de nieuwe financiering noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord. Is niet voldaan aan deze voorwaarden, dan wijst de rechter een verzoek tot homologatie van het akkoord waarbij sprake is van een nieuwe financiering af. Wordt het akkoord door de rechter gehomologeerd, dan volgt hieruit dat de financiering door de rechter is goedgekeurd en niet tijdens een eventueel later faillissement door de curator kan worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Niet voldaan is in een dergelijk geval immers aan de voorwaarde dat de schuldenaar en de financier wisten of behoorden te weten dat benadeling van de schuldeisers hiervan het gevolg zou zijn.

De richtlijn vereist niet alleen bescherming voor nieuwe financiering, maar ook voor andere transacties die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het akkoord (zie artikel 18 lid 5 van de richtlijn). Daarom wordt aan

artikel 384, tweede lid, onder f, Fw toegevoegd dat de rechtbank een verzoek tot homologatie van het akkoord afwijst als de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord een bepaalde transactie aan wil gaan, terwijl redelijkerwijs aannemelijk is dat deze niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk zullen worden geschaad. Gaat de rechter over tot homologatie van het akkoord, dan volgt hieruit dat de voorgenomen transactie is goedgekeurd en niet tijdens een eventueel later faillissement door de curator kan worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Daarmee genieten deze transacties de door de richtlijn vereiste bescherming.

Met de artikelen 42a en 384, tweede lid, onder f, Fw, staat vast dat de verstrekkers van tussentijdse financiering waarvoor een machtiging is verleend of van nieuwe financiering die is benoemd in een door de rechter gehomologeerd akkoord, niet enkel vanwege deze verstrekking civielrechtelijk of strafrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn. Van een onrechtmatige daad is bij dergelijk, door de rechter geaccordeerd, handelen geen sprake, laat staan van een strafbaar feit. Daarmee is voldaan aan artikel 17 lid 1 onderdeel b van de richtlijn.

Verantwoordelijkheid van bestuurders bij dreigende insolventie

Artikel 19 van de richtlijn ziet op de verantwoordelijkheid van bestuurders in geval van dreigende insolventie. Zoals tot uitdrukking komt in overwegingen 70 en 71 van de considerans van de richtlijn is het doel van deze bepaling enerzijds om ervoor te zorgen dat bestuurders van een onderneming die financiële moeilijkheden kent, stappen ondernemen om verliezen te beperken en insolventie te voorkomen. Anderzijds beoogt deze bepaling om in geval van dreigende insolventie schuldeisers en andere belanghebbenden bij de onderneming te beschermen tegen benadelende beslissingen van bestuurders. Hiertoe bevat artikel 19 van de richtlijn een aantal aspecten waarmee bestuurders in geval van dreigende insolventie in ieder geval rekening moeten houden. Het gaat om:

- de belangen van de schuldeisers, kapitaalhouders en andere belanghebbenden;
- de noodzaak stappen te ondernemen ter voorkoming van insolventie, en
- de noodzaak opzettelijke handelingen of grove nalatigheid te vermijden die de levensvatbaarheid van de onderneming bedreigen.

Op grond van het huidige recht bestaat reeds een verplichting voor bestuurders om in geval van dreigende insolventie rekening te houden met de belangen van schuldeisers, kapitaalverschaffers en andere belanghebbenden, zoals werknemers. Deze verplichting volgt uit de artikelen 129 lid 5 en 239 lid 5 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Daarin is bepaald dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen

van het bestendige succes van deze onderneming. Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun)*, r.o. 4.2.1 – 4.2.3). Onder de bij de vennootschap of haar onderneming betrokkenen vallen onder meer schuldeisers, aandeelhouders en werknemers. Deze algemene verplichting voor bestuurders geldt uiteraard ook in geval van dreigende insolventie. In die situatie brengt deze verplichting onder meer mee dat bestuurders niet opzettelijk handelingen mogen verrichten of handelingen achterwege mogen laten die het voortbestaan van de onderneming bedreigen. In overweging 71 van de considerans van de richtlijn worden als voorbeelden hiervan genoemd opzettelijke handelingen of grove nalatigheid die leiden tot persoonlijke winst voor de bestuurder ten nadele van belanghebbenden, het instemmen met transacties onder de marktwaarde of een oneerlijke voorkeursbehandeling van bepaalde belanghebbenden. Dat dergelijke handelingen ontoelaatbaar zijn, komt ook tot uitdrukking in de artikelen 2:129 lid 6 en 2:239 lid 6 BW, op grond waarvan een bestuurder niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dat bestuurders datgene moeten doen wat nodig is om insolventie te voorkomen en dienen af te zien van opzettelijke handelingen of grove nalatigheid, volgt daarnaast uit artikel 2:9 BW, op grond waarvan een bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Komt een bestuurder deze verplichting niet na, dan is sprake van onbehoorlijk bestuur. Uit het tweede lid van artikel 2:9 BW volgt dat de bestuurder in dat geval aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade en zich slechts kan disculperen als hij kan aantonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Dat bestuurders dienen af te zien van opzettelijke handelingen en grove nalatigheid die het voortbestaan van de onderneming bedreigen, volgt verder uit de artikelen 2:138 en 2:248 BW, op grond waarvan bestuurders aansprakelijk zijn in geval van onbehoorlijk bestuur als dit een belangrijke oorzaak is van een faillissement. Bovendien geldt dat bestuurders die één of meer schuldeisers in aanloop naar een faillissement benadelen, aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). Ook kunnen zij bij benadeling van schuldeisers strafrechtelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 342 of 343 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: WvSr). Een bestuurder handelt voorts strafbaar op grond van artikel 347 WvSr als hij buitensporig middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft of vervreemdt en de rechtspersoon ten gevolge daarvan ernstig nadeel ondervindt en het voortbestaan in gevaar komt.

Zoals hierboven is gezegd, volgt uit de plicht van bestuurders om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, zoals deze is neergelegd in de artikelen 2:129 lid 5 BW en 2:239 lid 5 BW, in de regel dat zij het bestendige succes van de aan de vennootschap verbonden onderneming dienen te bevorderen. Dit brengt mee dat zij in de situatie dat insolventie dreigt, zullen moeten bekijken of er een noodzaak is om stappen te ondernemen om insolventie te voorkomen. Dit betekent niet dat bestuurders steeds koste wat kost een faillissement moeten voorkomen. Zoals hierboven is aangegeven en zoals ook tot uitdrukking komt in artikel 19 van de richtlijn, dienen bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang rekening te houden met de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken. Denkbaar is dat het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming niet mogelijk is zonder dat de belangen van bepaalde bij vennootschap of haar de onderneming betrokkenen, zoals werknemers of aandeelhouders, onevenredig worden geschaad. Indien de belangen van betrokkenen er uiteindelijk meer mee gediend zijn dat de vennootschap failliet wordt verklaard en wordt ontbonden, zullen bestuurders daartoe moeten beslissen. Hoewel bestuurders kortom niet onder alle omstandigheden verplicht zijn een faillissement af te wenden, is het hun niet toegestaan hun ogen te sluiten voor de situatie van dreigende insolventie. Zij zijn verplicht om tijdig te bezien of het mogelijk is om insolventie te voorkomen en welke maatregelen hiertoe eventueel genomen kunnen worden. Maatregelen waaraan bestuurders onder meer kunnen denken zijn het inroepen van professioneel advies, het volgen van een traject bij de Ondernemersklankbordgroep (zie ook paragraaf 3.5 van deze toelichting) en/of het aanbieden van een akkoord aan de schuldeisers en/of aandeelhouders in een WHOA-traject. Blijkt het inderdaad mogelijk om insolventie te voorkomen, dan zullen zij hiertoe ook de noodzakelijke maatregelen moeten treffen, dit uiteraard tenzij de belangen van bepaalde betrokkenen hierdoor onevenredig zouden worden geschaad.

3.2 *De schone lei voor ondernemers*

In de Faillissementswet zijn twee insolventieprocedures opgenomen die toegepast kunnen worden wanneer een natuurlijke persoon/ondernemer niet meer in staat is zijn schulden te voldoen: het faillissement (Titel I van de Faillissementswet) en de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (Titel III van de Faillissementswet). Alleen de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (hierna: WSNP) biedt de schuldenaar zicht op een '*schone lei*'. Doel van de WSNP is om te voorkomen dat een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie terecht is gekomen tot in lengte van jaren met zijn schulden kan worden achtervolgd.[6] De WSNP houdt – voor zover relevant in het kader van de implementatie van de richtlijn – het volgende in.

[6] Mocht er gelijktijdig met het toelatingsverzoek van de schuldenaar een verzoek van een schuldeiser tot faillietverklaring van de schuldenaar aanhangig zijn, dan wordt eerst het toelatingsverzoek behandeld. De behandeling van het faillissementsverzoek wordt in de tussentijd geschorst. Als de rechtbank het verzoek van de schuldenaar honoreert en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing verklaart, vervalt het faillissementsverzoek automatisch (artikel 3a Fw).

Aard en toepassingsbereik van de WSNP

De WSNP sluit aan bij de eisen die in de artikelen 20, 23 lid 4 en 24 van de richtlijn worden gesteld betreffende de aard en het toepassingsbereik van de kwijtscheldingsregeling.

Aard van de WSNP

Ten aanzien van de aard van de WSNP is het volgende van belang. De in de WSNP voorziene schuldsaneringsregeling is een kwijtscheldingsregeling in de zin van de richtlijn. Zodra de schuldenaar is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling worden de reeds gestarte verhaalsacties van schuldeisers met vorderingen die vallen binnen het toepassingsbereik van de WSNP geschorst, komen de beslagen die door deze schuldeisers gelegd zijn te vervallen en is de schuldenaar voor deze vorderingen geen rente meer verschuldigd (artikelen 301 lid 2 en 3 en 303 lid 1 Fw). Als de schuldenaar de schuldsaneringsregeling naar behoren doorloopt, kunnen schuldeisers betaling van de schulden – op enkele hierna genoemde uitgezonderde schulden na – niet langer afdwingen en krijgt de schuldenaar dus de kwijtschelding van schuld waar titel III van de richtlijn op ziet.

Verder omvat het WSNP-traject elementen van een liquidatieprocedure; de activa van de schuldenaar (hierna: boedel) worden te gelde gemaakt en de opbrengst wordt verdeeld onder de schuldeisers. Daarnaast is sprake van een inspanningsverplichting; de schuldenaar dient tijdens looptijd van schuldsaneringsregeling namelijk zoveel mogelijk inkomsten te verwerven die uiteindelijk, met uitzondering van het vrij te laten bedrag, ook toekomen aan de schuldeisers.

De schuldenaar kan bij de rechter een verzoek indienen tot toepassing van de WSNP (hierna: toelatingsverzoek), "*indien redelijkerwijs is te voorzien dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden of indien hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen*" (artikel 284 lid 1 en 2 Fw). Besluit de rechter de schuldenaar toe te laten tot de WSNP, dan benoemt hij ook een bewindvoerder en een rechter-commissaris (artikel 287 lid 3 Fw). De bewindvoerder ziet erop toe dat de schuldenaar alle verplichtingen die uit de schuldsaneringsregeling voortvloeien, nakomt. Ook is hij belast met het beheer en de vereffening van de boedel waarop de schuldsaneringsregeling van toepassing is en de verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers (artikelen 316 lid 1, 347 lid 1 en 349 lid 1 Fw)[7]. De rechter-commissaris houdt toezicht op de bewindvoerder en neemt beslissingen in het kader van de schuldsaneringsregeling, waarvan er hierna enkele worden genoemd (artikel 314 lid 1 Fw).

[7] Nadat de schuldenaar is toegelaten tot de WSNP verliest hij de bevoegdheid om te beschikken over de tot de boedel behorende goederen en om ten aanzien van die goederen feitelijke handelingen te verrichten en toe te laten (artikel 296 lid 1 Fw).

De rechter-commissaris kan op verzoek van de schuldenaar of de bewindvoerder, dan wel ambtshalve bepalen dat de schuldenaar zijn ondernemersactiviteiten ten behoeve van de boedel kan voortzetten. De rechter-commissaris stelt een termijn vast waarbinnen de activiteiten kunnen worden voortgezet, die hij steeds kan verlengen. Ook kan hij voorwaarden verbinden aan de voortzetting van de ondernemingsactiviteiten (artikel 311 lid 1 Fw).

Toepassingsbereik WSNP

Wat betreft het toepassingsbereik van de WSNP kan het volgende opgemerkt worden. Toelating tot de schuldsaneringsregeling is niet alleen mogelijk voor privé-schulden, maar ook voor schulden die zijn gemaakt in het kader van de uitoefening van een zelfstandig beroep of bedrijf. De schuldsaneringsregeling staat daarmee dus open voor insolvente ondernemers, zoals ook de bedoeling is van de in de richtlijn voorziene kwijtscheldingsregeling.

De WSNP geldt – op enkele hierna genoemde uitzonderingen na – voor de vorderingen op de schuldenaar die bestaan op het moment dat hij tot de schuldsaneringsregeling wordt toegelaten. Daarnaast geldt de WSNP ook voor vorderingen op de schuldenaar die ontstaan nadat hij tot de regeling is toegelaten, maar verband houden met – kort gezegd – op de schuldenaar rustende verplichtingen die al bestonden voor de toelating. Voor zover vorderingen van schuldeisers gedekt zijn door pand of hypotheek, zijn zij uitgezonderd (artikel 299 Fw). Dit geldt ook voor studie- en belastingschulden (artikelen 299a lid 1 en 301 lid 1 Fw). De reden dat studieschulden zijn uitgezonderd is dat de Wet studiefinanciering 2000 een eigen systematiek van terugbetaling kent. Tijdens de schuldsanering wordt de aflossing van de studieschuld opgeschort en is geen rente verschuldigd (artikel 299a lid 2 Fw). Een schuldeiser die een retentierecht heeft op een zaak die toebehoort aan de schuldenaar, behoudt dit recht als de schuldenaar wordt toegelaten tot de schuldsaneringsregeling.

Verder omvat de boedel in beginsel alle goederen die de schuldenaar in eigendom heeft op het moment dat hij door de rechter wordt toegelaten tot de schuldsaneringsregeling en de goederen die hij tijdens looptijd van die regeling verkrijgt (artikel 295 lid 1 Fw). Van het inkomen en van periodieke uitkeringen die de schuldenaar tijdens de looptijd van de schuldsaneringsregeling ontvangt, wordt nog wel een bedrag aan leefgeld buiten de boedel gelaten. Dit bedrag is gelijk aan de beslagvrije voet, bedoeld in artikel 475d van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (d.w.z. minimaal 90% van de bijstandsnorm) (artikel 295 lid 2 Fw). De rechter-commissaris kan het leefgeld op verzoek van de schuldenaar, de bewindvoerder dan wel ambtshalve verhogen (artikel 295 lid 3 Fw). Daarbij kan de rechter-commissaris rekening houden met financiële verplichtingen van de schuldenaar die niet ten laste van de boedel komen. Hiertoe behoren de normale kosten van het levensonderhoud. Ook kan met bijzondere uitgaven rekening worden gehouden, zoals meer dan normale kosten die de schuldenaar moet maken om zijn inkomen te verwerven (bijvoorbeeld hoge reiskosten) of de kosten in verband met ziekte of gebreken. Aan de verhoging van het

leefgeld kan de rechter-commissaris voorwaarden verbinden. Verder blijft de inboedel van de schuldenaar, bedoeld in artikel 5 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek – voor zover deze niet bovenmatig is – ook buiten de boedel (artikel 295 lid 4, onder b, Fw). Op deze manier is geborgd de schuldenaar tijdens de looptijd van de schuldsaneringsregeling in zijn bestaansminimum kan blijven voorzien.

Kwijtscheldingstermijn en aan de kwijtschelding te stellen voorwaarden

De WSNP is ook in overeenstemming met artikel 21 van de richtlijn betreffende de termijn waarbinnen en de voorwaarden waaronder de ondernemer kwijtschelding van zijn schuld moet kunnen krijgen.

Kwijtscheldingstermijn

Hoofdregel is dat de schuldsaneringsregeling in beginsel een looptijd heeft van drie jaar, waarna de schuldenaar kwijtschelding van zijn schuld wordt verleend (artikelen 349a en 358 lid 1 Fw). De driejaarstermijn begint te lopen op de dag waarop de rechtbank heeft besloten de schuldenaar toe te laten tot de schuldsaneringsregeling (artikel 287 lid 1 Fw).

Voor het verkrijgen van de schone lei is een beslissing nodig van de rechtbank (artikel 354 lid 1 Fw). Uiterlijk drie maanden voordat de driejaarstermijn afloopt, brengt de bewindvoerder een verslag uit aan de rechter-commissaris waarin hij beschrijft of en hoe de schuldenaar zich gedurende de schuldsaneringsregeling aan al zijn verplichtingen heeft gehouden (artikel 351a Fw). Vervolgens bepaalt de rechtbank uiterlijk een maand voor het einde van de driejaarstermijn de zitting waarop de beëindiging van de schuldsaneringsregeling en de vraag of de schuldenaar volledige kwijtschelding van zijn schuld behoort te krijgen, wordt behandeld (hierna: beëindigingszitting) (artikel 352 lid 1 Fw). Bij het inplannen van de beëindigingszitting zorgt de rechtbank ervoor dat nog voor de afloop van de driejaarstermijn een uitspraak kan worden gedaan over de vraag of de schuldenaar in aanmerking komt voor kwijtschelding van zijn schuld (artikel 352 lid 2 Fw).

De afwikkeling van de schuldsaneringsregeling duurt nog even voort nadat de rechtbank deze overeenkomstig artikel 354 lid Fw formeel heeft beëindigd en heeft vastgesteld of de schuldenaar een schone lei krijgt toegekend. Nadat de uitspraak van de rechtbank in kracht van gewijsde is gegaan, moet de bewindvoerder namelijk nog een slotuitdelingslijst opstellen (artikel 356 lid 1 Fw). Tegen de uitspraak van de rechtbank kunnen schuldeisers ook nog rechtsmiddelen inzetten (artikel 355 lid 1 Fw). Dit heeft dan automatisch als gevolg dat de slotuitdelingslijst pas later door de bewindvoerder opgesteld kan worden. Ook tegen de slotuitdelingslijst kan door de schuldeisers nog verzet worden aangetekend (artikel 349aa Fw). De schuldsanering is materieel pas geëindigd zodra de slotuitdelingslijst verbindend is (art. 356 lid 2).

Het is mogelijk dat de schuldsaneringsregeling vereenvoudigd afgewikkeld wordt. De regeling eindigt daarmee voortijdig. Deze mogelijkheid bestaat als er geen of nauwelijks opbrengst voor de schuldeisers

beschikbaar is en ook niet verwacht wordt dat er later alsnog opbrengst te realiseren valt. Gedacht moet worden aan situaties waarin:

- de waarde van het actief lager is dan of gelijk aan de boedelkosten, of
- de schuldenaar niet kan werken – bijvoorbeeld vanwege arbeidsongeschiktheid – en er ook geen of nauwelijks baten voor de schuldeisers te verwachten zijn.

Ook in dat geval kan de rechtbank de schuldenaar bij de beëindiging van de schuldsaneringsregeling kwijtschelding van zijn schuld verlenen (artikel 354a lid 1 en 2 Fw).

Aan de kwijtschelding te stellen voorwaarden

Voordat de schuldenaar kan worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling moet hij eerst met hulp van een daarvoor aangewezen (gemeentelijke) schuldhulpverleningsinstantie een poging hebben gedaan om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen (artikel 285 lid 1, onderdeel f, Fw). Als deze poging niet lukt, kan de schuldenaar bij de rechtbank een toelatingsverzoek indienen. De rechter laat de schuldenaar slechts toe tot de schuldsaneringsregeling als voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar:

a. niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden;
b. in de vijf jaar die aan de indiening van zijn toelatingsverzoek vooraf gingen te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan of het onbetaald laten van zijn schulden; en
c. de verplichtingen uit de schuldsaneringsregeling naar behoren zal nakomen en zich tijdens het schuldsaneringstraject zal inspannen zo veel mogelijk baten voor de boedel te verwerven (artikel 288 lid 1 Fw).

Om deze beoordeling te kunnen maken, is van belang dat de rechter een goed beeld heeft van de vermogens- en de inkomenspositie van de schuldenaar en van de mogelijkheden voor de schuldsanering. Gelet daarop moet het toelatingsverzoek voldoen aan een aantal inhoudelijke eisen (artikelen 285 en 287 lid 2 Fw). Ook moet de schuldenaar daarbij een door de gemeente afgegeven verklaring overleggen waaruit blijkt dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen en over welke aflossingsmogelijkheden de verzoeker beschikt (artikel 285 lid 1, onderdeel f, Fw). Indien nodig kan de rechter de schuldenaar alvast toelaten tot de schuldsaneringsregeling en daarbij tevens één of meer functionarissen benoemen die binnen een bepaalde termijn onderzoek verrichten en verslag uitbrengen over de staat van de boedel en de betrouwbaarheid van de door de schuldenaar overgelegde informatie hierover (artikel 291 Fw).

In het kader van de beslissing of de schuldenaar in aanmerking komt voor volledige kwijtschelding van zijn schuld toetst de rechter of de schuldenaar de schuldsaneringsregeling naar behoren is nagekomen (artikel 354 lid 1 Fw). Als uit het verslag van de bewindvoerder blijkt dat hierover twijfel bestaat, worden de schuldenaar en de bewindvoerder door de rechtbank opgeroepen om tijdens de beëindigingszitting te worden gehoord. Ook schuldeisers kunnen zich bij de rechtbank melden en worden dan in de gelegenheid gesteld om tijdens de beëindigingszitting het woord te voeren (artikel 353 lid 2 Fw). De rechtbank beslist in

haar uitspraak volgend op de beëindigingszitting of de schuldenaar in de nakoming van één of meer uit de schuldsanering voortvloeiende verplichtingen tekortgeschoten is en, als daarvan sprake is, of dit aan de schuldenaar kan worden toegerekend (artikel 354 lid 1 Fw). Ook als sprake is van een toerekenbare tekortkoming kan de rechtbank nog steeds besluiten om deze buiten beschouwing laten en de schuldenaar toch kwijtschelding van zijn schuld verlenen. Dit kan zij doen bij een tekortkoming van "*bijzondere aard of geringe betekenis*" (artikel 354 lid 2 Fw).

Afwijkingen

Tot slot voldoet de WSNP ook aan artikel 23 van de richtlijn waarin is geregeld wanneer afgeweken mag worden van de hoofdregel dat een ondernemer toegang heeft tot een procedure waarbij hij na maximaal drie jaar een kwijtschelding van schuld kan verkrijgen en opgelegde beroepsverboden na die periode vervallen.

Geen toegang tot de WSNP

De rechter kan een verzoek van de schuldenaar om toegelaten te worden tot de WSNP, afwijzen als:

a. de schuldenaar in de vijf jaar voorafgaand aan de indiening van zijn toelatingsverzoek niet te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden;
b. niet aannemelijk is dat de schuldenaar de uit het WSNP-traject voortvloeiende verplichtingen naar behoren zal nakomen en zich zal inspannen zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven;
c. de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen al van toepassing is op de schuldenaar;
d. niet eerst een poging is gedaan om tot een buitengerechtelijke schuldsaneringsregeling te komen;
e. de schulden (deels) voortvloeien uit een onherroepelijke veroordeling van de schuldenaar betreffende één of meer misdrijven, waaraan hij zich schuldig heeft gemaakt in de vijf jaar[8] voorafgaand aan de indiening van het toelatingsverzoek;
f. de schuldenaar in de tien jaar voorafgaand aan de indiening van zijn toelatingsverzoek al eens eerder is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling, tenzij de regeling toen voortijdig is geëindigd om de reden dat de schuldenaar alsnog al zijn schulden heeft kunnen voldoen of om redenen die de schuldenaar niet toe te rekenen waren (artikel 288 lid 1 en 2 Fw).[9]

In de gevallen, genoemd onder a en e kan de rechter de schuldenaar toch toelaten tot de schuldsaneringsregeling als voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar zijn situatie weer onder controle heeft gekregen. Op dit moment wordt in een afzonderlijk wetgevingstraject bekeken of de onder b en f

[8] Als hij daartoe aanleiding ziet, kan de rechter ook een langere termijn in acht nemen.
[9] Artikel 288 lid 3 Fw verzacht de toepassing van de toelatingsgrond genoemd onder b en de afwijzingsgrond genoemd onder c, doordat daarin is bepaald dat de rechter een toelatingsverzoek alsnog kan honoreren als voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar de omstandigheden die bepalend zijn geweest voor het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden, onder controle heeft gekregen. Zijn de schulden bijvoorbeeld ontstaan doordat de schuldenaar indertijd leed onder een verslaving en heeft hij die verslaving inmiddels onder controle, dan kan de schuldenaar toch worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling.

genoemde afwijzingsgronden kunnen worden versoepeld. Ook met deze wijziging blijft de WSNP aan de vereisten van de richtlijn voldoen.[10]

Bij de toepassing van de genoemde toelatings- en afwijzingsgronden houdt de rechter rekening met alle relevante omstandigheden (HR 27 oktober 2006, NJ 2006/586). Het gaat dan bijvoorbeeld om de aard en de omvang van de vorderingen, het tijdstip waarop de schulden zijn ontstaan, de mate waarin de schuldenaar een verwijt gemaakt kan worden dat de schulden zijn ontstaan en/of onbetaald gelaten, de inspanningen van de schuldenaar om zijn schuld te voldoen of eventuele gedragingen van de schuldenaar om verhaal door schuldeisers juist te frustreren (HR 12 mei 2000, NJ 2000/567, m.nt. PvS, HR 26 januari 2001, NJ 2001/178 en HR 24 december 2004, NJ 2005/129).

Verder kan een toelatingsverzoek niet worden geweigerd, uitsluitend omdat er onvoldoende uitzicht bestaat dat de schuldeisers gehele of gedeeltelijke betaling op hun vorderingen zullen ontvangen (artikel 288 lid 4 Fw).

Verlenging kwijtscheldingstermijn

In afwijking van de hoofdregel dat de schuldsaneringsregeling een looptijd heeft van drie jaar waarna in beginsel kwijtschelding wordt verleend, kan respectievelijk de rechter en de rechter-commissaris op grond van artikel 349a Fw de looptijd verlengen tot vijf jaar. Dit kan zowel bij aanvang van de regeling (artikel 349a, eerste lid, Fw) als gedurende de termijn of zelfs bij afloop daarvan (artikel 349a, tweede en derde lid, Fw). De richtlijn staat een dergelijke verlenging van de kwijtscheldingstermijn toe, maar vereist wel dat verlenging alleen plaats vindt in bepaalde, welomschreven en omstandigheden en dat deze afwijking naar behoren gerechtvaardigd is (zie artikel 23 lid 2 en 3 van de richtlijn). In het onderhavige wetsvoorstel wordt artikel 349a, eerste en tweede lid, Fw daarom iets aangescherpt. Verduidelijkt wordt op welke gronden verlenging van de schuldsaneringstermijn mogelijk is (artikel I, onderdeel BB).

Tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling en intrekking kwijtschelding

De rechtbank kan de schuldsaneringsregeling tussentijds beëindigen zonder dat de schuldenaar kwijtschelding van zijn schuld wordt verleend. De rechtbank kan dit doen op voordracht van de rechter-commissaris, op verzoek van de bewindvoerder, de schuldenaar of één of meer schuldeisers, of ambtshalve en wel op basis van één of meer van de volgende limitatieve gronden:

- de vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt zijn alsnog voldaan;
- de schuldenaar is in staat zijn betalingen weer te hervatten;

[10] Er is van 2 december 2020 tot 10 februari 2021 geconsulteerd over een wetsontwerp Wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen; zie www.internetconsultatie.nl.

- de schuldenaar komt één of meer van zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen niet behoorlijk na of belemmert dan wel frustreert de uitvoering van de schuldsaneringsregeling en dit is hem aan te rekenen;
- door toedoen van de schuldenaar zijn er bovenmatige schulden ontstaan;
- de schuldenaar tracht zijn schuldeisers te benadelen;
- er komen alsnog feiten en omstandigheden boven water die al bestonden ten tijde van de indiening van het toelatingsverzoek en die reden zouden zijn geweest tot om de schuldenaar niet tot de WSNP toe te laten;
- de schuldenaar maakt aannemelijk dat hij niet in staat is te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit schuldsaneringsregeling (artikel 350 lid 1 en 3 Fw).

Voordat de rechtbank over de tussentijdse beëindiging beslist, roept zij de schuldenaar op. Ook de schuldeisers en de bewindvoerder kunnen voor deze zitting worden opgeroepen (artikel 350 lid 2 Fw). Vaak wordt ook de rechter-commissaris gehoord. De schuldsaneringsregeling eindigt zodra de uitspraak van de rechtbank waarbij dit wordt bepaald, in kracht van gewijsde is gegaan (artikel 350 lid 4 Fw).

Als de schuldenaar kwijtschelding van zijn schuld heeft verkregen, maar nadien blijkt dat zich voor of tijdens de schuldsaneringsregeling feiten of omstandigheden hebben voorgedaan die grond zouden zijn geweest om dat traject tussentijds te beëindigen wegens een poging tot benadeling van schuldeisers, kan de rechter op verzoek van iedere belanghebbende de kwijtschelding intrekken (artikel 358a Fw). Ook nu vindt er eerst een zitting plaats voordat de rechter hierover beslist.

Van de kwijtschelding uitgezonderde schulden

Van een verleende kwijtschelding zijn uitgezonderd vorderingen die voortvloeien uit een strafrechtelijke veroordeling tot betaling van een geldboete, een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en een schadevergoeding ten behoeve van het slachtoffer (artikel 358 lid 4 Fw).

3.3 *Maatregelen ter verhoging van de efficiënte van insolventieprocedures*

Nederland kent als insolventieprocedures het faillissement, de surseance van betaling, de WSNP en de in de WHOA voorziene besloten en openbare akkoordprocedure buiten faillissement. De Faillissementswet bevat verschillende bepalingen om ervoor te zorgen dat deze insolventieprocedures voortvarend verlopen, waarmee voldaan wordt aan artikel 25 van de richtlijn. Zo kent de wet korte termijnen, bijvoorbeeld voor het indienen van vorderingen door schuldeisers (vgl. artikel 127 in verbinding met artikel 108 Fw) of voor het instellen van beroep (zie onder meer de artikelen 8 –12, 219, 221 en 292 Fw). Rechtsmiddelen zijn veelal uitgesloten (zie de artikelen 67, eerste lid, derde zin, 85, 282, 321, 360 en 369, tiende lid, Fw). De wet bevat verder een aantal korte beslistermijnen (zie de artikelen 69, tweede lid, 213mf, tweede lid, en 317, tweede lid, Fw op grond waarvan de rechter-commissaris binnen drie dagen beslist). Ook is regelmatig

bepaald dat de rechtbank ‘zo spoedig mogelijk’ of ‘met de meeste spoed’ handelt (zie de artikelen 4, eerste lid, 212he, 212hgb, derde lid, 213ae, 213agb, vierde lid, 287, eerste lid en 384, eerste lid, Fw).

Met de Wet modernisering faillissementsprocedure, die op 1 januari 2019 in werking is getreden, is de efficiëntie van de faillissementsprocedure verder vergroot.[11] Als gevolg van deze wet zijn de mogelijkheden voor betrokkenen in een faillissement om digitaal te communiceren vergroot, is de termijn waarbinnen vorderingen moeten worden ingediend aangescherpt en hebben de rechter en de curator meer ruimte gekregen om maatwerk te leveren binnen de faillissementsprocedure. Ook maakt deze wet het mogelijk om meerdere rechters-commissarissen te benoemen in het faillissement. Deze wijziging draagt bij aan specialisatie binnen de rechterlijke macht, doordat rechters-commissarissen zich meer kunnen specialiseren in bepaalde typen faillissementen. Bovendien bevordert dit het toezicht in omvangrijke of complexe faillissementen waarbij veelal sprake is van meerdere curatoren en de rechter-commissaris in korte tijd tal van handelingen zal moet beoordelen.

Een efficiënt verloop van insolventieprocedures wordt verder bevorderd door de landelijke procesreglementen van de rechtspraak, zoals het ‘Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken’ en het ‘Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken’. Recofa (een landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling) heeft daarnaast voor de verschillende insolventieprocedures richtlijnen ontwikkeld. Het gaat om de ‘Richtlijnen voor faillissementen en surseances’ en de ‘Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen’.[12] Hierdoor wordt het verloop van insolventieprocedures voor betrokkenen voorspelbaarder en kunnen geschillen hierover worden voorkomen. Als bijlagen bij deze Recofa-richtlijnen zijn verschillende modellen opgenomen, bijvoorbeeld voor de op te maken (financiële) verslagen. Ook deze modellen komen de efficiëntie van de procedures ten goede.

De deskundigheid van leden van de rechterlijke macht wordt op meerdere manieren gewaarborgd. In zijn algemeenheid geldt dat er een uitgebreide selectieprocedure is voor leden van de rechterlijke macht, waarin getoetst wordt of kandidaten over de benodigde capaciteiten beschikken. Om in aanmerking te komen voor een functie binnen de rechterlijke macht is in ieder geval een afgeronde studie rechtsgeleerdheid met zogenaamd ‘civiel effect’ vereist met daarnaast twee jaar juridische werkervaring. Kandidaten die worden geselecteerd, volgen een opleiding die is afgestemd op hun persoonlijke situatie. Afhankelijk van de kennis en ervaring duurt deze opleiding vijftien maanden tot vier jaar. Ook na afronding van deze opleiding dienen rechters jaarlijks tijd te besteden aan verdere educatie. Specifiek voor rechters in insolventiezaken en rechters-commissarissen geldt dat het praktijk is dat zij een leergang op het terrein van het insolventierecht volgen als zij voor het eerst ingezet worden op dit terrein.

[11] *Stb.* 2018, 299.
[12] Deze procesreglementen en richtlijnen zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

In de artikelen 26 en 27 van de richtlijn worden eisen gesteld aan de opleiding en aanstelling van functionarissen in insolventieprocedures en het toezicht op hun functioneren. Bij deze functionarissen gaat het in Nederland om curatoren in faillissement, bewindvoerders in surseance, bewindvoerders in de WSNP en herstructureringsdeskundigen en observators in de akkoordprocedures buiten faillissement. Artikel 26 van de richtlijn vereist onder meer dat:

- de voorwaarden voor de aanstelling van deze functionarissen duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn;
- deze functionarissen over de vereiste deskundigheid beschikken, en
- bij de aanstelling van een functionaris in het kader van een specifieke insolventiezaak zijn ervaring en deskundigheid en de specifieke kenmerken van de zaak voldoende in aanmerking worden genomen.

Voor benoeming van curatoren in faillissement en bewindvoerders in surseance heeft Recofa uitgangspunten geformuleerd.[13] Zo hanteren rechtbanken bij deze benoeming een lijst; alleen curatoren en bewindvoerders die op deze lijst staan, komen voor benoeming in aanmerking. In de door Recofa geformuleerde uitgangspunten zijn procedurele voorschriften en inhoudelijke voorwaarden neergelegd om op de lijst geplaatst te worden. Advocaten dienen onder meer een leergang op het terrein van het insolventierecht te hebben gevolgd en voldoende ervaring te hebben in civielrechtelijke zaken en faillissementen. Ook dienen zij te beschikken over een afdoende beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Daarnaast voert de rechtbank ook evaluatiegesprekken met de kantoren van de curatoren en bewindvoerders op de lijst. Daarin wordt onder meer besproken of voldoende tijd is besteed aan verdere opleiding en of de curator en/of bewindvoerder nog steeds over de benodigde deskundigheid beschikt. Ook kan de rechtbank dossieronderzoek doen om dit te toetsen. Voldoet een curator of bewindvoerder niet langer aan de eisen, dan wordt hij van de lijst geschrapt. Op grond van artikel 4 van de Recofa-uitgangspunten geldt dat in faillissementen en surseances van betaling de rechtbank steeds diegene op de lijst tot curator/bewindvoerder benoemt die zij voor de betreffende zaak het meest geschikt acht. Nadere landelijke criteria voor de benoeming van curatoren en bewindvoerders in individuele zaken ontbreken nu nog. Sommige rechtbanken hebben curatoren ingedeeld in categorieën aan de hand van ervaring, opleiding en functioneren voor de toedeling van faillissementen naar zwaarte, maar dat geldt niet voor alle rechtbanken. Hoewel de uitgangspunten die rechtbanken bij de benoeming hanteren er al op gericht zijn dat curatoren en bewindvoerders over de vereiste deskundigheid beschikken, zullen deze uitgangspunten nog verder moeten worden aangescherpt om van voldoende aansluiting bij de richtlijn te kunnen spreken. Met name is nodig dat hierin nadere criteria worden opgenomen rond de benoeming van curatoren en bewindvoerders in een specifieke zaak. Doel van dergelijke criteria is om, met het oog op de belangen van de verschillende betrokkenen bij een faillissement of een surseance van betaling, te waarborgen dat steeds een curator of bewindvoerder wordt benoemd die over voldoende ervaring en deskundigheid beschikt voor

[13] De 'Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling', gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

die specifieke zaak. Dergelijke nadere criteria geven curatoren en bewindvoerders dan ook geen aanspraak op benoeming in een bepaalde zaak. Ook is van belang dat deze aangescherpte uitgangspunten landelijk gaan gelden. Recofa heeft aangekondigd hieraan te willen werken. In gesprek met Recofa zal daarom worden bekeken of aanvulling van de uitgangspunten tot de mogelijkheden behoort. Is dit niet het geval, dan biedt dit wetsvoorstel de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen omtrent de benoeming van curatoren en bewindvoerders. In dit wetsvoorstel wordt hiertoe een nieuw lid aan de artikelen 14 en 215 Fw toegevoegd waarin is bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de benoeming van curatoren respectievelijk bewindvoerders (artikel I, onderdelen A en F). Het kan daarbij zowel gaan om regels ten aanzien van de procedure die in acht moet worden genomen bij de benoeming als om inhoudelijke eisen die gesteld worden aan curatoren en bewindvoerders. Denkbaar is ook dat in een algemene maatregel van bestuur wordt verwezen naar de genoemde Recofa uitgangspunten, die als gezegd reeds regels bevatten omtrent de benoeming van curatoren en bewindvoerders.

Ook voor de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures buiten faillissement bepaalt dit wetsvoorstel dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de aanstelling van herstructureringsdeskundigen en observators (artikel I, onderdelen DD en II). Op dit terrein bestaan er nu nog geen uitgangspunten zoals door Recofa geformuleerd voor de benoeming van curatoren en bewindvoerders. In gesprek met Recofa zal worden bekeken of dergelijke uitgangspunten alsnog kunnen worden ontwikkeld. Alternatief is ook hier dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels omtrent de aanstelling van herstructureringsdeskundigen en observators worden gesteld.

Omtrent de benoeming van bewindvoerders in het kader van schuldsaneringsregelingen zijn er nu wel reeds Recofa-richtlijnen.[14] Artikel 1.1 van de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen bepaalt dat enkel een in het register van de raad voor rechtsbijstand opgenomen bewindvoerder of bewindvoerderorganisatie of een advocaat die ervaring heeft met het insolventierecht voor benoeming als bewindvoerder in aanmerking komt. Bewindvoerders dienen volgens deze Recofa-richtlijnen voorts te beschikken over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (zie artikel 6 van de Recofa-richtlijnen). De voorwaarden voor opname in het register van de raad voor rechtsbijstand zijn neergelegd in de ‘Beleidsregels voor inschrijving bewindvoerders Wsnp en bewindvoerderorganisaties Wsnp in het register’.[15] Onder meer geldt dat een bewindvoerder, die geen advocaat is, het diploma voor de opleiding ‘Bewindvoering Wsnp voor niet-advocaten’ dient te hebben behaald. Zolang een bewindvoerder is ingeschreven in het register dient hij te voldoen aan de vereisten op het terrein van permanente educatie. Als niet (langer) aan de vereisten wordt voldaan, wordt de bewindvoerder uitgeschreven uit het register. De Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen bevatten een beperkt aantal richtlijnen voor de

[14] De ‘Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen’, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.
[15] *Stcrt.* 2015, 44924.

benoeming van een bewindvoerder in een specifieke zaak. Zo is bepaald dat dat wanneer de schuldenaar een onderneming voert of heeft gevoerd, een (advocaat-)bewindvoerder met kennis en ervaring hierin wordt benoemd en dat een bewindvoerder niet tevens beschermingsbewindvoerder van een schuldenaar kan zijn (artikel 1.1. van de Recofa-richtlijnen). Om te voldoen aan de vereisten van de richtlijn, zouden deze criteria moeten worden aangevuld. Er zal in gesprek met Recofa worden gegaan om te bekijken of aanvulling van de Recofa-richtlijnen mogelijk is. Ook nu geldt weer dat het wetsvoorstel eveneens de mogelijkheid biedt om voor de WSNP bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen omtrent de benoeming van bewindvoerders (artikel I, onderdeel Z).

Voor het faillissement en de WSNP geldt dat als de schuldenaar of schuldeisers zich niet kunnen vinden in de benoeming van een curator of een bewindvoerder, zij op grond van respectievelijk artikel 73 en artikel 319 Fw kunnen verzoeken om zijn ontslag. In de surseance van betaling bestaat deze bevoegdheid alleen voor schuldeisers (zie artikel 224, tweede lid, Fw). Dit wetsvoorstel past deze bepaling aan, zodat ook de schuldenaar straks kan verzoeken om ontslag en vervanging van een bewindvoerder (artikel I, onderdeel J). In faillissement, surseance van betaling en WSNP is ontslag van een curator of een bewindvoerder daarnaast mogelijk op verzoek van de curator of bewindvoerder zelf of op voordracht van de rechter-commissaris. In de WHOA geldt dat de schuldenaar de gelegenheid krijgt zich uit te laten over de aanstelling van een herstructureringsdeskundige of een observator (zie artikel 380, vierde lid, in verbinding met artikel 371, vijfde lid, Fw). Schuldeisers kunnen verzoeken om ontslag en vervanging van een herstructureringsdeskundige of observator (artikel 380, vierde lid, in verbinding met artikel 371, dertiende lid). Ontslag is daarnaast mogelijk op verzoek van de herstructureringsdeskundige of observator zelf of ambtshalve. Deze regelingen zijn in overeenstemming met artikel 26 lid 1, onderdelen b en d van de richtlijn.

Op grond van artikel 27 van de richtlijn dienen lidstaten te voorzien in gepast toezicht op insolventiefunctionarissen. Toezicht in het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP vindt plaats door de rechter-commissaris. In ieder faillissement benoemt de rechtbank één of meer van haar leden tot rechter-commissaris (zie artikel 14, eerste lid, Fw). Uit artikel 64 Fw volgt dat de rechter-commissaris toezicht houdt op het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator. Schuldeisers, de schuldeiserscommissie en de gefailleerde kunnen op grond van artikel 69 Fw tegen handelingen van de curator bij de rechter-commissaris bezwaar maken of een bevel van de rechter-commissaris aan de curator uitlokken. De rechter-commissaris is op grond van deze artikelen bevoegd om de curator instructies te geven. Bovendien heeft de curator voor bepaalde handelingen de machtiging van de rechter-commissaris nodig, zoals voor het voeren van procedures (zie o.a. artikel 68, derde lid, Fw). Ook van belang is dat – zoals hierboven reeds is opgemerkt – een curator op voordracht van de rechter-commissaris door de rechtbank te allen tijde kan worden ontslagen (zie artikel 73 Fw). Indien de rechter-commissaris dit nodig acht in het kader van zijn toezichtstaak, kan hij ook getuigen horen of een onderzoek van deskundigen bevelen (artikel 66 Fw). De naam van de rechter-commissaris wordt gepubliceerd in de

Staatscourant en in het Centraal Insolventieregister, zodat voor onder meer de schuldeisers bekend is wie het toezicht uitoefent (zie de artikelen 14 lid 3, 19 en 19a Fw).

In de WSNP vindt het toezicht op de bewindvoerder op vergelijkbare wijze plaats als op de curator in faillissement. De rechtbank benoemt een rechter-commissaris, die toezicht houdt op de vervulling door de bewindvoerder van de door hem te verrichten taken (artikelen 287, derde lid, en 314 Fw). Ook hier hebben schuldeisers en de schuldenaar de bevoegdheid om bij de rechter-commissaris bezwaar te maken tegen handelingen van de bewindvoerder en kunnen zij een bevel aan de bewindvoerder uitlokken (artikel 317 Fw). Voor bepaalde handelingen van de bewindvoerder is een machtiging van de rechter-commissaris vereist (artikel 316, tweede lid, Fw). De bewindvoerder kan door de rechtbank worden ontslagen op voordracht van de rechter-commissaris (artikel 319 Fw).

De situatie ten aanzien van de surseance van betaling wijkt enigszins af van die bij faillissement en WSNP. Het huidige artikel 223a Fw geeft de rechtbank de bevoegdheid, maar niet de plicht, om in het kader van een surseance van betaling een van haar leden tot rechter-commissaris te benoemen. In de praktijk vindt benoeming van een rechter-commissaris steeds plaats. Dit wetsvoorstel codificeert deze praktijk en maakt het net als in het faillissement mogelijk om meerdere rechters-commissarissen te benoemen. Daarnaast wordt aan artikel 223a Fw toegevoegd dat de rechter-commissaris de bewindvoerder niet alleen adviseert, maar ook toezicht houdt op de vervulling van zijn taken (artikel I, onderdeel I). Daarmee wordt gewaarborgd dat, in overeenstemming met artikel 27 van de richtlijn, er voldoende toezicht is op het functioneren van de bewindvoerder. Als de rechter-commissaris meent dat een bewindvoerder zijn taak niet behoorlijk vervult, kan hij op grond van artikel 224, tweede lid, Fw bij de rechtbank een voordracht doen tot ontslag.

Tijdens de in de WHOA voorziene akkoordprocedures buiten faillissement houdt de rechtbank toezicht op herstructureringsdeskundigen en op observatoren. Tijdens een WHOA-traject behoudt de schuldenaar steeds volledig de beschikking en het beheer over zijn vermogen. De aanstelling van een herstructureringsdeskundige of een observator brengt hierin geen verandering. Een herstructureringsdeskundige en een observator hebben dan ook minder ingrijpende bevoegdheden dan een curator in faillissement, een bewindvoerder in surseance en een bewindvoerder in WSNP. De herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter (artikel 371 Fw). De observator houdt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers toezicht op de totstandkoming van het akkoord en informeert de rechtbank hierover (artikelen 379 en 380 Fw). Hierdoor volstaat het toezicht door de rechtbank en is er in een WHOA-traject geen behoefte aan de benoeming van een rechter-commissaris. Schuldeisers kunnen als gezegd de rechtbank steeds verzoeken om het ontslag en de vervanging van een herstructureringsdeskundige of observator. Ook kan de rechtbank ambtshalve hiertoe overgaan (artikel 380, vierde lid, in verbinding met artikel 371, dertiende lid, Fw).

Insolventiefunctionarissen kunnen op verschillende manieren ter verantwoording worden geroepen als zij hun taken niet naar behoren hebben vervuld. Voor de curator in faillissement, de bewindvoerder in surseance, de bewindvoerder in WSNP en de herstructureringsdeskundige en observator in de WHOA geldt dat zij aansprakelijk zijn, indien zij niet hebben gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator, bewindvoerder, herstructureringsdeskundige respectievelijk observator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht (zie HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou) en artikel 371, elfde lid, in verbinding met artikel 380, vierde lid, Fw). Zoals hierboven reeds is vermeld, kunnen curatoren in faillissement en bewindvoerders in surseance worden geschrapt van de lijst met curatoren of bewindvoerders als zij hun taken niet behoorlijk vervullen. In gesprek met Recofa zal worden bekeken of soortgelijke richtlijnen kunnen worden ontwikkeld voor de herstructureringsdeskundige en observator in een akkoordprocedure buiten faillissement. Bewindvoerders in WSNP kunnen worden verwijderd uit het register van de raad voor rechtsbijstand. Insolad, de vereniging voor insolventierecht advocaten, heeft voorts praktijkregels ontwikkeld voor curatoren die gelden voor haar leden.[16] Belanghebbenden die menen dat een curator in faillissement of bewindvoerder in surseance zich niet in overeenstemming met deze praktijkregels heeft gedragen, kunnen een verzoek tot toetsing indienen bij de Toetsingscommissie Insolad. Ook het bestuur van Insolad kan een dergelijk verzoek doen. De Toetsingscommissie beoordeelt of de gedragingen van de curator of bewindvoerder blijk geven van voldoende integriteit, objectiviteit, onafhankelijkheid, zorgvuldigheid, vakkundigheid, doelmatigheid en respect jegens betrokkenen.[17]

De richtlijn brengt mee dat het belang van een efficiënte afwikkeling van insolventieprocedures ook tot uitdrukking dient te komen in de regels die gelden voor de vergoeding voor insolventiefunctionarissen. In zowel het faillissement, de surseance van betaling, de WSNP als de WHOA stelt de rechtbank het salaris van de curator, de bewindvoerder, de herstructureringsdeskundige en de observator vast (zie de artikelen 71, 250, 320, en 371, tiende lid, in verbinding met 380, vierde lid, Fw). Voor de WSNP hanteert de rechtbank hiertoe de vergoedingssystematiek zoals neergelegd in het Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsanering. Deze vergoeding bestaat uit een looptijdafhankelijk en een looptijdonafhankelijk deel. De rechtbank kan in afwijking hiervan in bijzondere omstandigheden het salaris hoger vaststellen indien de omvang of de ingewikkeldheid van de door de bewindvoerder verrichte werkzaamheden dat rechtvaardigt. De rechtbank kan op deze grond het salaris ook juist verlagen, als de bewindvoerder slechts weinig werkzaamheden heeft verricht. In de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen is nader uitgewerkt wanneer de rechtbank op deze grond een hogere of lagere vergoeding toekent. Het salaris is niet afhankelijk van de omvang van de boedel. Is deze ontoereikend om het salaris te voldoen, dan kan de bewindvoerder een subsidie van de raad voor rechtsbijstand aanvragen.

[16] Deze praktijkregels zijn te vinden op de website van Insolad: www.insolad.nl
[17] Zie het Reglement Toetsingscommissie Insolad, te vinden op www.insolad.nl.

De Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling bevatten bepalingen omtrent de vaststelling van het salaris van de curator of de bewindvoerder (zie artikel 6 van deze richtlijnen). Het salaris wordt vastgesteld aan de hand van het aantal gewerkte uren. De Recofa-richtlijnen stellen eisen aan de tijdregistratie, zodat deze registratie door de rechtbank kan worden getoetst. Het uurtarief dat wordt vergoed, is afhankelijk van de ervaring van de curator of bewindvoerder. De Recofa-richtlijnen bevatten regels om dit uurtarief vast te stellen. De rechter-commissaris kan in bijzondere gevallen op verzoek een afwijkend uurtarief toekennen, bijvoorbeeld vanwege de omvang, complexiteit of maatschappelijke impact van een faillissement. Als kantoorgenoten van de curator of de bewindvoerder werkzaamheden in het faillissement of de surseance van betaling verrichten, dient het voor hen geldende uurtarief te worden gedeclareerd. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat medewerkers die geen advocaat zijn, voor bepaalde taken worden ingezet. Het uurtarief van dergelijke medewerkers ligt, afhankelijk van hun ervaring, volgens de richtlijnen op 0,4 tot 0,6 van het basisuurtarief voor een advocaat. De Recofa-richtlijnen bepalen dat de curator de werkzaamheden in het faillissement, met inachtneming van de moeilijkheidsgraad daarvan, zodanig dient te verdelen over hemzelf, zijn kantoorgenoten en de faillissementsmedewerkers dat deze werkzaamheden tegen het laagst mogelijke uurtarief worden verricht. De curator of bewindvoerder mag enkel anderen dan kantoorgenoten inschakelen nadat hij hiervoor toestemming heeft gekregen van de rechter-commissaris. De regels die de rechtbanken in de praktijk hanteren, zijn gericht zijn op een efficiënt verloop van faillissementen en surseances van betaling en sluiten daarmee dus goed aan bij artikel 27 van de richtlijn. Op grond van de richtlijn is het echter aan de lidstaten om te waarborgen dat de regels rond de salarisvaststelling (blijven) beantwoorden aan het doel van een efficiënte afwikkeling van procedures. Om deze reden is in dit wetsvoorstel bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de vaststelling van het salaris van de curator respectievelijk de bewindvoerder (wijziging van de artikelen 71 en 250 Fw, zie artikel I, onderdelen E en O). Mocht daar in de toekomst alsnog behoefte aan zijn, dan biedt het wetsvoorstel daarmee een grondslag voor nadere regels rond de salarisvaststelling. Denkbaar is ook dat bij algemene maatregel van bestuur wordt verwezen naar (onderdelen van) de Recofa-richtlijnen.

In de WHOA geldt dat de rechtbank op voorhand een bedrag vaststelt dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige of de observator ten hoogste mogen kosten. Blijkt dit bedrag gedurende het proces niet toereikend, dan kan de herstructureringsdeskundige of observator verzoeken om verhoging hiervan (zie artikel 371, tiende lid, in verbinding met artikel 380, vierde lid, Fw). De herstructureringsdeskundige of observator zal dan wel moeten onderbouwen waarom het bedrag niet toereikend is. Ook hiermee wordt een efficiënte afwikkeling van het traject bevorderd. Nadere regels over de vaststelling van het salaris van de herstructureringsdeskundige en de observator ontbreken nu echter nog. Recofa zou ook hiervoor richtlijnen kunnen vaststellen. Hierover zal met Recofa worden gesproken. Het wetsvoorstel biedt met een toevoeging aan artikel 371, tiende lid, Fw, ook de mogelijkheid om bij of

krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen omtrent de vaststelling van het salaris van de herstructureringsdeskundige. Uit de schakelbepaling van artikel 380, vierde lid, Fw, volgt dat ook regels kunnen worden gesteld omtrent de vaststelling van het salaris van de observator.

Artikel 27 lid 4 van de richtlijn vereist dat er geschikte procedures voorhanden zijn om eventuele geschillen over vergoeding van insolventiefunctionarissen te beslechten. Met het oog hierop is in artikel I, onderdelen B, C, E, G, O en AA van dit wetsvoorstel geregeld dat, voordat de rechtbank een beslissing neemt over de salarisvaststelling van de curator in faillissement, de bewindvoerder in surseance of de bewindvoerder in de WSNP, zij de belanghebbenden in de gelegenheid stelt een zienswijze te geven. Voor de WHOA blijkt al uit artikel 371, vijfde lid, in verbinding met het tiende lid, Fw dat de rechtbank belanghebbenden in de gelegenheid dient te stellen om hun zienswijze te geven over de salarisvaststelling van de herstructureringsdeskundige. Via de schakelbepaling van artikel 380, vierde lid, Fw geldt hetzelfde voor de salarisvaststelling van de observator. Onder omstandigheden is het echter mogelijk dat niet de schuldenaar, maar de schuldeisers de kosten van de herstructureringsdeskundige dragen (artikel 371, tiende lid, vierde zin, Fw). In dat geval hebben zij belang bij de salarisvaststelling van de herstructureringsdeskundige. Daarom wordt in artikel I, onderdeel DD, verduidelijkt dat in een dergelijk geval de schuldeisers de gelegenheid moeten krijgen hun zienswijze te geven.

Artikel 28 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de daarin genoemde handelingen via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden verricht. Zoals in paragraaf 1 van deze toelichting is opgemerkt, krijgen de lidstaten langer de tijd om aan deze verplichting te voldoen. Een groot deel hiervan wordt al ondervangen doordat de betrokkenen bij een faillissement via het Centraal Insolventieregister – dat via de elektronische weg toegankelijk is – kennis kunnen nemen van informatie over onder meer rechtelijke beslissingen en relevante termijnen. De reeds genoemde Wet modernisering faillissementsprocedure heeft de mogelijkheden voor betrokkenen om in een faillissement via de digitale weg te communiceren verder vergroot.

3.4 *Monitoring van insolventieprocedures*

In artikel 29 van de richtlijn is bepaald dat de lidstaten de Europese Commissie informatie moeten verstrekken over in Nederland uitgesproken insolventieprocedures. Over de praktische uitvoering van deze verplichting zullen afspraken worden gemaakt met de rechtspraak.

3.5 *Overige onderdelen van de richtlijn*

<u>Vroegtijdige waarschuwing (artikel 3 Richtlijn)</u>

Op grond van artikel 3 van de richtlijn dienen lidstaten ervoor te zorgen dat er één of meer instrumenten beschikbaar zijn gericht op vroegtijdige waarschuwing voor insolventie. In Nederland bestaan reeds

verschillende instrumenten die als doel hebben ondernemingen tijdig bij te staan om insolventie te voorkomen. Zo is bij de Kamer van Koophandel (KvK) een informatieloket ingericht waar ondernemers en ondernemingen informatie en advies kunnen krijgen over hoe zij problematische schulden kunnen oplossen.[18] Daarnaast hebben MKB-ondernemingen via de Stichting Ondernemersklankbord (hierna: OKB) de mogelijkheid persoonlijke begeleiding te krijgen in een traject van een half jaar. De begeleiding wordt geboden door vrijwilligers die zelf ervaring hebben met ondernemen of beschikken over specialistische kennis. Een MKB-ondernemer kan met verschillende typen vragen bij OKB terecht, onder meer als hij een onderneming wil starten, maar ook als hij financiële problemen heeft. Er is een speciaal begeleidingstraject voor ondernemers en ondernemingen die faillissement willen voorkomen. Om in aanmerking te komen voor een traject dient de onderneming een donatie aan OKB te doen van minimaal € 150. Ondernemingen kunnen via de website van OKB een begeleidingstraject aanvragen. Ook houdt OKB spreekuren. OKB is in heel Nederland actief.[19]

Vanaf januari 2021 is deze dienstverlening van de KvK en OKB uitgebreid met extra ondersteuning voor ondernemers en ondernemingen die gebruik willen maken van de WHOA. Dit sluit aan bij de motie Van Dam & Van Gent, waarin de regering wordt opgeroepen een plan op te stellen voor kennisuitwisseling over de WHOA, zodat de wet snel hanteerbaar wordt voor MKB'ers.[20] Tijdens het wetgevingsoverleg met de Tweede Kamer van 11 mei 2020 over de WHOA heeft de Minister voor Rechtsbescherming aangegeven hieraan graag gevolg te willen geven. Inmiddels heeft hij daartoe samen met de Minister van Economische Zaken en Klimaat ook al de eerste stappen gezet in het kader van het 'time-out arrangement' (TOA), dat bestaat uit flankerend beleid om ondernemingen te helpen bij de inzet van de WHOA.[21]

4. Gevolgen voor bedrijfsleven en burgers en voor de rechterlijke macht

Het wetsvoorstel bevat geen regeldruk-effecten voor *burgers.* De nalevingskosten voor het *bedrijfsleven* kunnen worden uitgesplitst in administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten. Administratieve lasten zijn de kosten die het bedrijfsleven moet maken om te voldoen aan informatieverplichtingen jegens de overheid, die voortvloeien uit wet- en regelgeving. Het wetsvoorstel brengt geen administratieve lasten met zich. De inhoudelijke nalevingskosten bestaan uit andere kosten die het bedrijfsleven moet maken om aan de verplichtingen te voldoen die nieuwe wet- en regelgeving stelt. Het wetsvoorstel bevat geen inhoudelijke nalevingskosten, omdat de gevolgen van het voorstel buiten de definitie van nalevingskosten vallen.[22]

[18] https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/zwaar-weer/
[19] Zie https://www.ondernemersklankbord.nl/
[20] Motie Van Dam & Van Gent, *Kamerstukken II* 2019-2020, 35 249, 20.
[21] *Kamerstukken I 2020 – 2021*, 35 420, R, p. 13 – 14.
[22] Hierbij speelt een rol dat een aanzienlijk aantal wijzigingen zien op de procedure bij de rechter. De verplichtingen in het kader van een gerechtelijke procedure vallen buiten de definitie van nalevingskosten. Het

De financiële gevolgen voor de rijksbegroting zullen naar verwachting beperkt zijn. Het wetsvoorstel zal naar verwachting een beperkt aantal nieuwe werkzaamheden voor de rechterlijke macht meebrengen. Dit komt omdat bij de implementatie van de richtlijn wordt aangesloten bij al bestaande wettelijke regelingen en werkwijzen. De verplichting om, kort gezegd, vanaf 2024 in insolventieprocedures gebruik te kunnen maken van elektronische communicatiemiddelen, zal mogelijk leiden tot extra lasten voor de rechterlijke macht.

Deze tekst wordt na afloop van de consultatieperiode aangevuld.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Onderdelen A, F, Z, DD en II

Artikelen 14, vijfde lid, 215, vijfde lid, 287, derde lid, 371, derde lid, en 380, eerste lid, Fw

Deze onderdelen dienen ter implementatie van artikel 26 lid 1 van de richtlijn. Daarin worden onder meer eisen gesteld aan de opleiding en deskundigheid van insolventiefunctionarissen. Voorts wordt in dit artikel bepaald dat de voorwaarden voor aanstelling van deze functionarissen duidelijk, transparant en rechtvaardig dienen te zijn. Zoals in het algemene deel van de toelichting is omschreven, heeft Recofa verschillende richtlijnen ontwikkeld ten aanzien van de procedure en de voorwaarden voor de benoeming van curatoren in faillissement, bewindvoerders in surseance en bewindvoerders in WSNP (zie paragraaf 3.3.). Hoewel de uitgangspunten die rechtbanken bij de benoeming hanteren er al op gericht zijn dat curatoren en bewindvoerders over de vereiste deskundigheid beschikken, zullen deze uitgangspunten nog verder moeten worden aangescherpt om van voldoende aansluiting bij de richtlijn te kunnen spreken. Met name is nodig dat hierin nadere criteria worden opgenomen rond de benoeming van curatoren en bewindvoerders in een specifieke zaak. Ook is van belang dat deze aangescherpte uitgangspunten landelijk gaan gelden. Voor de benoeming van herstructureringsdeskundigen en observators in de akkoordprocedures buiten faillissement, zoals voorzien in de WHOA, bestaan bovendien nog geen vergelijkbare richtlijnen. In gesprek met Recofa zal worden bekeken of aanvulling van de bestaande richtlijnen en ontwikkeling van een vergelijkbaar instrument voor de WHOA tot de mogelijkheden behoort.

burgerlijk procesrecht biedt waarborgen voor een eerlijke en efficiënte procesvoering. Waar in het procesrecht eisen worden gesteld aan informatie-uitwisseling met rechter of wederpartij of anderszins, hangen de lasten als gevolg daarvan direct samen met deze waarborgfunctie. De lasten worden om die reden niet als regeldruk aangemerkt. Zie ook Meten is Weten II: Handleiding voor het definiëren en meten van administratieve lasten voor het bedrijfsleven, p. 33. Het burgerlijk procesrecht biedt waarborgen voor een eerlijke en efficiënte procesvoering. Waar in het procesrecht eisen worden gesteld aan informatie-uitwisseling met rechter of wederpartij of anderszins, hangen de lasten als gevolg daarvan direct samen met deze waarborgfunctie. De lasten worden om die reden niet als regeldruk aangemerkt.

Is dit niet het geval, dan biedt dit wetsvoorstel de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen omtrent de benoeming van curatoren en bewindvoerders. Het kan daarbij zowel gaan om regels ten aanzien van de procedure die in acht moet worden genomen bij de benoeming als om inhoudelijke eisen die gesteld worden aan curatoren en bewindvoerders. Denkbaar is ook dat in een algemene maatregel van bestuur wordt verwezen naar de richtlijnen van de Recofa.

Onderdelen B, C, E, G, O, AA en DD

Artikelen 15, derde lid, 16, tweede lid, 71, derde lid, 215a, tweede lid, 250, derde lid, 320, zesde lid, en 371, tiende lid, Fw

Deze onderdelen dienen ter implementatie van artikel 27 lid 4 van de richtlijn dat vereist dat er regels voor de vergoeding van insolventiefunctionarissen gelden die beantwoorden aan de doelstelling van een efficiënte afwikkeling van procedures en dat er geschikte procedures voorhanden zijn om eventuele geschillen over de vergoeding van deze functionarissen te beslechten.

Zowel in het faillissement, de surseance van betaling, als de WSNP, stelt de rechtbank het salaris van de curator of de bewindvoerder vast. Voor de WSNP bepaalt artikel 320, zesde lid, Fw, dat het salaris van de bewindvoerder wordt vastgesteld volgens bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels. Op grond hiervan is het Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsanering vastgesteld, dat regels omtrent de salarisvaststelling van de bewindvoerder bevat die voldoen aan de vereisten van de richtlijn. Voor het faillissement en de surseance van betaling geldt dat de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling reeds bepalingen bevatten die zien op de salarisvaststelling (zie ook paragraaf 3.3 van het algemene deel van deze toelichting). Deze regels die de rechtbanken in de praktijk hanteren, bevorderen een efficiënt verloop van faillissementen en surseances van betaling en sluiten daarmee dus goed aan bij artikel 27 van de richtlijn. Op grond van de richtlijn is het echter aan de lidstaten om te waarborgen dat de regels rond de salarisvaststelling (blijven) beantwoorden aan het doel van een efficiënte afwikkeling van procedures. Om deze reden wordt voor het faillissement en de surseance van betaling bepaald dat straks ook bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de vaststelling van het salaris van de curator respectievelijk de bewindvoerder (zie onderdelen E en O). Mocht daar in de toekomst alsnog behoefte aan zijn, dan biedt het wetsvoorstel daarmee een grondslag voor nadere regels rond de salarisvaststelling. Denkbaar is ook dat bij algemene maatregel van bestuur wordt verwezen naar (onderdelen van) de Recofa-richtlijnen.

Ook voor de in de WHOA voorziene akkoordprocedures wordt bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de vaststelling van het salaris van de herstructureringsdeskundige (zie onderdeel DD). De schakelbepaling van artikel 380, vierde lid, Fw, brengt mee dat ook nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de vaststelling van het salaris van de observator. Op dit moment bestaan er nog geen richtlijnen voor de vaststelling van het salaris van

herstructureringsdeskundigen en observators. In gesprek met Recofa zal worden bekeken of dergelijke richtlijnen kunnen worden ontwikkeld. Mocht dit niet het geval zijn, dan biedt dit wetsvoorstel een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen omtrent de vaststelling van het salaris van herstructureringsdeskundigen en observators.

Deze onderdelen regelen daarnaast dat de rechtbank, voordat zij een beslissing neemt over het salaris van een curator in faillissement, een bewindvoerder in surseance van betaling of een bewindvoerder in WSNP, de belanghebbenden op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid stelt een zienswijze te geven. Nu is de rechtbank hiertoe niet steeds verplicht. Deze onderdelen zien enkel op de definitieve beslissing ten aanzien van het salaris. De rechtbank behoeft belanghebbenden dus niet in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de toekenning van een voorschot op het salaris, nu het hierbij om een voorlopige beslissing gaat. De wijziging brengt bijvoorbeeld mee dat als de schuldenaar of schuldeisers bezwaren hebben tegen de door de curator of bewindvoerder ingebrachte salarisspecificatie, zij deze bij de rechtbank naar voren kunnen brengen. Ook de bewindvoerder of de curator zelf heeft steeds de mogelijkheid om zich uit te laten over de vaststelling van zijn salaris. Voor het faillissement en de WSNP geldt bovendien naar huidig recht al dat de rechtbank op grond van artikel 314, tweede lid, in verbinding met artikel 65 Fw, ook de rechter-commissaris dient te horen. Op grond van het nieuwe derde lid van artikel 215 gaat straks hetzelfde gelden voor de surseance van betaling.

Voor de in de WHOA voorziene akkoordprocedures buiten faillissement is al in artikel 371, vijfde en tiende lid, Fw geregeld dat de rechtbank belanghebbenden in de gelegenheid stelt om hun zienswijze te geven over de salarisvaststelling van de herstructureringsdeskundige. Via de schakelbepaling van artikel 380, vierde lid, Fw geldt hetzelfde voor de salarisvaststelling van de observator. Onder omstandigheden is het echter mogelijk dat niet de schuldenaar, maar de schuldeisers de kosten van de herstructureringsdeskundige dragen (artikel 371, tiende lid, vierde zin, Fw). In dat geval hebben zij ook belang bij de salarisvaststelling van de herstructureringsdeskundige. Daarom is in artikel 371, tiende lid, Fw verduidelijkt dat de rechtbank in een dergelijk geval niet over het salaris beslist dan nadat hij de schuldeisers op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

<u>Onderdeel D</u>

Artikel 42a Fw

Op grond van artikel 42 Fw kan de curator rechtshandelingen die de schuldenaar voorafgaand aan het faillissement onverplicht heeft verricht en waardoor schuldeisers zijn benadeeld, vernietigen *(«faillissementspauliana»)*. Artikel 42a Fw vormt hierop een uitzondering. De huidige bepaling ziet op situaties waarin het tijdens de onderhandelingen over een akkoord noodzakelijk is om bepaalde

rechtshandelingen te verrichten zodat de onderneming kan worden voortgezet. Het artikel biedt de schuldenaar de mogelijkheid om de rechter te vragen om een machtiging voor het verrichten van dergelijke rechtshandelingen. Het gevolg van deze machtiging is dat de desbetreffende rechtshandelingen niet door de curator kunnen worden vernietigd op basis van artikel 42 Fw als er alsnog een faillissement volgt. Het huidige artikel 42a Fw biedt bescherming aan rechtshandelingen die '*noodzakelijk* [zijn] (…) *om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten*'. Om zeker te stellen dat niet alleen een machtiging kan worden gevraagd voor rechtshandelingen die direct betrekking hebben op de *voortzetting van de onderneming* tijdens de voorbereiding van een akkoord, maar ook voor rechtshandelingen die met name verband houden met de *voorbereiding van het akkoord zelf*, wordt artikel 42a Fw aangevuld. Uitdrukkelijk vermeld wordt dat ook een machtiging gevraagd kan worden voor rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om het akkoord te kunnen voorbereiden, in stemming te kunnen brengen of overeenkomstig artikel 384 Fw door de rechtbank te kunnen laten homologeren. Artikel 42a Fw voldoet daarmee aan de artikelen 17 en 18 van de richtlijn, op grond waarvan de lidstaten er onder meer voor moeten zorgen dat tussentijdse financiering en andere transacties, voor zover die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn ter ondersteuning van de onderhandelingen over een akkoord, niet aangetast kunnen worden in een later faillissement. In artikel 18 lid 4 van de richtlijn wordt een aantal transacties genoemd waarvoor dit in ieder geval geldt, waaronder de inschakeling van externe deskundigen die kunnen adviseren bij de voorbereiding van het akkoord.

Aan artikel 42a Fw wordt voorts een tweede lid toegevoegd, waarin bepaald is dat de artikelen 369, zevende tot en met tiende lid, en 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, Fw op deze bepaling van overeenkomstige toepassing zijn. De WHOA voorziet in twee procedures waarbinnen een akkoord tot stand kan worden gebracht, namelijk een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare akkoordprocedure buiten faillissement. Diegene die de akkoordprocedure initieert maakt de keuze voor één van deze procedures. Voor welke procedure wordt gekozen, moet in ieder geval duidelijk te zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Zoals ook in de toelichting bij de WHOA valt te lezen, kan dit het moment zijn dat een verzoek op de voet van artikel 42a Fw wordt gedaan.[23] Door overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, Fw, wordt nu geëxpliciteerd dat de schuldenaar in dat geval in het verzoek zal moeten vermelden voor welke procedure hij kiest. Bovendien zal het verzoek in die situatie zodanige gegevens moeten bevatten dat de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht toekomt. Kiest de schuldenaar voor de openbare akkoordprocedure, dan zal hij, zodra de rechter een beslissing heeft genomen, aan de griffier van de rechtbank Den Haag het in artikel 370, vierde lid, Fw bedoelde verzoek moeten doen. Doordat artikel 369, zevende en achtste lid, Fw, van overeenkomstige toepassing zijn verklaard, wordt verduidelijkt dat de rechter zijn bevoegdheid beoordeelt aan de hand van dezelfde regels als die gelden bij andere verzoeken die in het kader van een WHOA-traject worden gedaan. Uit de toelichting bij de WHOA blijkt dat

[23] *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3 (MvT), p. 37

het de bedoeling is dat verzoeken aan de rechter in de besloten akkoordprocedure in raadkamer worden behandeld.[24] Daarnaast blijkt uit deze toelichting dat tegen beslissingen van de rechter in het kader van de openbare en besloten akkoordprocedures geen hoger beroep of cassatie openstaat. Dit is gerechtvaardigd en noodzakelijk omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie.[25] Een en ander geldt ook voor verzoeken op de voet van artikel 42a Fw. Door overeenkomstige toepassing van artikel 369, negende en tiende lid, is verduidelijkt dat dit steeds de bedoeling is geweest.

Onderdelen H - N en P - Y

Artikelen 216, 218, eerste lid, 223a, 224, 225, tweede lid, 227, tweede lid, 230, tweede lid, 241a, eerste en tweede lid, 241c, eerste lid, 242, eerste lid, 255, eerste en derde lid, 264, eerste lid, 265, vijfde lid, 267, 268a, 269, eerste lid, 269a, 270, 271, eerste lid, 277, 278, eerste lid, 281e, vijfde lid, en 283, eerste lid, Fw

Artikel 27 van de richtlijn vereist dat lidstaten voorzien in gepast toezicht op de functionarissen die benoemd zijn in het kader van – kort gezegd – een insolventieprocedure. Dit toezicht moet waarborgen dat deze functionarissen hun werkzaamheden doeltreffend, bekwaam en op onpartijdige en onafhankelijke wijze verrichten. Het huidige artikel 223a Fw geeft de rechtbank de bevoegdheid om in het kader van een surseance van betaling één van haar leden tot rechter-commissaris te benoemen. Met het oog op artikel 27 van de richtlijn wordt dit artikel aldus aangepast, dat bij de voorlopige verlening van de surseance steeds benoeming van een rechter-commissaris plaatsvindt. Dit is in overeenstemming met hetgeen in de praktijk al gebruikelijk is. Daarnaast is toegevoegd dat de rechter-commissaris de bewindvoerders niet alleen adviseert, maar dat hij ook toezicht houdt op de vervulling van hun taken. Indien de rechter-commissaris meent dat een bewindvoerder zijn taak niet behoorlijk vervult, kan hij op grond van artikel 224, tweede lid, Fw bij de rechtbank een voordracht doen tot ontslag. Bovendien wordt het, net als in het faillissement, mogelijk gemaakt om meerder rechters-commissarissen te benoemen. Dit draagt bij aan specialisatie binnen de rechterlijke macht en bevordert eveneens het toezicht in omvangrijke of complexe zaken.[26] Overeenkomstig hetgeen bij faillissement geldt (zie artikel 14b Fw), wordt in een nieuw tweede lid van artikel 223a bepaald dat als de rechtbank meerdere rechters-commissarissen benoemt, zij zowel afzonderlijk als tezamen bevoegd zijn om de in de Faillissementswet genoemde bevoegdheden uit te oefenen.

De onderdelen H, J – N en P – Y passen andere bepalingen in de regeling van de surseance van betaling aan deze wijziging aan. Voor de regeling van het akkoord betekent het feit dat in iedere surseance van betaling een rechter-commissaris wordt benoemd, dat raadpleging en stemming over het akkoord steeds ten overstaan van de rechter-commissaris plaats vindt en zich niet langer de situatie voor kan doen dat dit in raadkamer geschiedt. Om deze reden kan artikel 270 Fw vervallen.

[24] *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3 (MvT), p. 6, 31.
[25] *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3 (MvT), p. 17-18, 33.
[26] Vgl. *Kamerstukken II* 2016/17, 34 740, 3 (MvT), p. 9.

Onderdeel J

Artikel 224, tweede lid, Fw

Uit artikel 26 lid 1, onder d, van de richtlijn volgt dat schuldenaren en schuldeisers bezwaar moeten kunnen maken tegen de selectie of aanstelling van een functionaris of om diens vervanging moeten kunnen verzoeken. Op grond van artikel 224, tweede lid, Fw hebben schuldeisers wel de bevoegdheid om te verzoeken om het ontslag en de vervanging van een bewindvoerder die is benoemd in het kader van een surseance van betaling, maar de schuldenaar niet. In dit onderdeel wordt deze bevoegdheid ook aan de schuldenaar toegekend. Dit sluit aan bij hetgeen in faillissement en in de WSNP geldt, waar aan de schuldenaar reeds de mogelijkheid is toegekend om te verzoeken om het ontslag van de curator of de bewindvoerder (zie de artikelen 73 en 319 Fw).

Onderdeel BB

Artikel 349a Fw

In afwijking van de hoofdregel dat de schuldsaneringsregeling een looptijd heeft van drie jaar waarna in beginsel kwijtschelding wordt verleend, kan respectievelijk de rechter en de rechter-commissaris op grond van artikel 349a Fw de looptijd verlengen tot vijf jaar. De richtlijn staat een dergelijke verlenging van de kwijtscheldingstermijn toe, maar vereist wel dat verlenging alleen plaats vindt in bepaalde, welomschreven en omstandigheden en dat deze afwijking naar behoren gerechtvaardigd is (zie artikel 23 leden 2 en 3 van de richtlijn).

In artikel 349a, eerste lid, Fw is bepaald dat de rechter, in afwijking van de gebruikelijke termijn van drie jaar, de termijn van de schuldsaneringsregeling op ten hoogste vijf jaar kan stellen. Als voorwaarde hiervoor geldt dat het leefgeld dat aan de schuldenaar toekomt, overeenkomstig artikel 295, derde lid, Fw, wordt verhoogd. Deze bepaling bevat echter niet de gronden waarop de rechter over kan gaan tot het stellen van een langere termijn. In de praktijk vindt de vaststelling van een langere termijn plaats in gevallen waarin de schuldenaar nog niet direct aan al de verplichtingen die voortvloeien uit de schuldsaneringsregeling kan voldoen, maar het de verwachting is dat hij hiertoe binnen afzienbare termijn wel in staat zal zijn. Een voorbeeld is het geval dat de schuldenaar op het moment van toelating tot de schuldsaneringsregeling een opleiding volgt die binnen enkele maanden afgerond zal zijn, waardoor hij niet direct fulltime kan werken. De schuldenaar kan dan op het moment van toelating nog niet volledig voldoen aan zijn inspanningsverplichting om zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven (zie artikel 288, eerste lid, onder c, Fw). In plaats van toelating tot de schuldsanering te weigeren, komt het in de praktijk voor dat de rechter in een dergelijk geval de schuldenaar toelaat tot de regeling onder vaststelling van een langere termijn. In aansluiting hierop wordt nu in artikel 349a, eerste lid, bepaald dat de rechter een langere termijn kan stellen als de schuldenaar gedurende een naar verwachting beperkte termijn niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen. Het stellen van een langere termijn

voor de schuldsaneringsregeling is op deze grond alleen mogelijk als sprake is van een of enkele specifieke verplichtingen waaraan de schuldenaar niet kan voldoen; aan de overige verplichtingen die voortvloeien uit de schuldsaneringsregeling is hij nog steeds gebonden. Ook geldt dat de periode waarin de schuldenaar niet aan al zijn verplichtingen van de schuldsaneringsregeling kan voldoen, naar verwachting van beperkte duur is. Gedacht moet worden aan een periode van enkele maanden. In ieder geval zal deze periode nooit langer kunnen zijn dan twee jaar – de periode waarmee de termijn van de schuldsaneringsregeling ten hoogste verlengd kan worden. Is de verwachting dat de schuldenaar gedurende langere tijd niet aan al zijn verplichtingen kan voldoen, dan moet toegang tot de schuldsaneringsregeling geweigerd worden.

Het tweede en derde lid van artikel 349a Fw zien op een tussentijdse wijziging van de looptijd van de schuldsaneringsregeling. Artikel 349a, tweede lid, Fw bepaalt dat de rechter-commissaris bij schriftelijke beschikking de termijn ambtshalve, dan wel op verzoek van de bewindvoerder, de schuldenaar, of één of meer schuldeisers, kan wijzigen. Ook de rechtbank kan dit blijkens artikel 349a, derde lid, Fw doen in het kader van een procedure op de voet van artikel 350 of 352 Fw. Het kan bij de wijziging van de termijn zowel gaan om een verkorting als een verlenging van de termijn. In artikel 349a, tweede en derde lid, Fw is niet omschreven in welke omstandigheden de rechter tot verlenging van de termijn kan overgaan. Uit artikel 349a, derde lid, Fw, volgt echter dat de verlenging van de looptijd van de schuldsaneringsregeling een alternatief kan zijn voor tussentijdse beëindiging op de voet van artikel 350 Fw of voor beëindiging aan het eind van de looptijd zonder toekenning van een schone lei. Ook uit de rechtspraak volgt dat verlenging van de schuldsaneringsregeling mogelijk is op de gronden waarop ook tussentijdse beëindiging of beëindiging aan het einde van de looptijd zonder toekenning van een schone lei mogelijk is. Is de schuldenaar toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van één of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen, dan kan de rechter dit op basis van artikel 354, tweede lid, Fw, buiten beschouwing laten vanwege de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming. Bestaat voor het buiten beschouwing laten van de tekortkoming geen aanleiding, dan kan dit ertoe leiden dat de rechter de schuldenaar een schone lei onthoudt. In plaats daarvan kan de rechter ook besluiten tot verlenging van de schuldsaneringsregeling. Verlenging van de schuldsaneringsregeling aan het einde van de looptijd daarvan is niet mogelijk op andere gronden (HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1203). Ook indien zich één van de in art. 350, derde lid, Fw genoemde beëindigingsgronden voordoet, heeft de rechter de bevoegdheid om de toepassing van de schuldsaneringsregeling niet tussentijds te beëindigen, maar met toepassing van art. 349a, derde lid, Fw de termijn van de schuldsaneringsregeling te verlengen. Verlenging in plaats van tussentijdse beëindiging is enkel gerechtvaardigd indien de verwachting bestaat dat de schuldenaar de schuldsaneringsregeling alsnog tot een goed einde zal weten te brengen. De rechter zal dienen te motiveren waarop deze verwachting is gebaseerd (zie HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1949).

In aansluiting hierop wordt nu in artikel 349a, tweede lid, Fw expliciet bepaald dat de rechter-commissaris de termijn kan verlengen als de schuldenaar toerekenbaar tekort is geschoten in één of meer van zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen en de rechter-commissaris geen toepassing geeft aan artikel 354, tweede lid, Fw. Dit criterium geldt zowel voor een verlenging gedurende de looptijd van de termijn, als aan het einde van de looptijd daarvan. Van een toerekenbare tekortkoming is in ieder geval sprake in de gevallen genoemd in artikel 350, derde lid, onderdelen c tot en met f, Fw. Verlenging – zowel gedurende de looptijd als aan het einde van de looptijd van de schuldsaneringsregeling – wordt daarmee op dezelfde gronden mogelijk als waarop ook tussentijdse beëindiging of onthouding van de schone lei mogelijk is. Verlenging is immers een minder vergaand alternatief voor tussentijdse beëindiging of onthouding van de schone lei, voor die gevallen waarin de verwachting bestaat dat de schuldenaar de schuldsanering alsnog tot een goed einde zal weten te brengen. De rechter heeft daarmee de mogelijkheid om maatwerk toe te passen en te beoordelen welke reactie op een tekortkoming in de specifieke omstandigheden van het geval het meest passend is. De verwijzing naar artikel 354, tweede lid, Fw, brengt bovendien mee dat de rechter niet verplicht is onder alle omstandigheden gevolgen te verbinden aan een toerekenbare tekortkoming. Hij kan bepalen dat deze, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, buiten beschouwing blijft. Ook daarin komt tot uitdrukking dat verlenging enkel mogelijk is in die gevallen waarin ook tussentijdse beëindiging of onthouding van de schone lei in beginsel gerechtvaardigd is. Door in plaats van tussentijdse beëindiging of onthouding van een schone lei te kiezen voor verlenging van de termijn, geeft de rechter de schuldenaar een kans om alsnog aan al zijn verplichtingen uit de schuldsaneringsregeling te voldoen. Voor verlenging van de termijn is echter alleen plaats indien de tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van zodanig gewicht is dat, als de schuldenaar deze verplichtingen ook gedurende de verlengde termijn niet nakomt, dit onthouding van de schone lei rechtvaardigt.

Verlenging van de termijn gedurende de looptijd van de schuldsaneringsregeling kan ook aan de orde zijn in een situatie waarin de schuldenaar nog niet tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, maar wel al van te voren aangeeft dat hij een bepaalde verplichting tijdelijk niet zal kunnen nakomen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de schuldenaar gedurende de looptijd van de schuldsaneringsregeling verzoekt om een korte opleiding te volgen, waardoor hij tijdelijk niet kan voldoen aan zijn inspanningsverplichting om zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven. Een ander voorbeeld is een geval waarin de schuldenaar verzoekt om tijdelijk de zorg op zich te nemen voor een ziek familielid, waardoor hij gedurende een bepaalde periode geen of minder inkomsten kan verwerven. In het tweede lid is met het oog hierop bepaald dat de rechter-commissaris de termijn ook kan verlengen vanwege de grond, bedoeld in het eerste lid, tweede zin, dat wil zeggen de grond dat de schuldenaar gedurende een naar verwachting beperkte termijn niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen schuldenaar. Ook dit geeft de rechter de ruimte om rekening te houden met de individuele

omstandigheden van de schuldenaar. Hij heeft de mogelijkheid om een dergelijk verzoek van de schuldenaar in te willigen, maar daarbij wel de termijn van de schuldsaneringsregeling te verlengen.

Aangezien in artikel 349a, derde lid, Fw is bepaald dat de rechtbank de termijn 'onder dezelfde voorwaarden' kan wijzigen, zullen voor verlenging door de rechtbank op grond dit derde lid dezelfde criteria gelden als voor verlenging door de rechter-commissaris op grond van artikel 349a, tweede lid, Fw.

Onderdelen CC, DD, JJ en MM

Artikelen 369, eerste lid, 371, derde en vijftiende lid, 381 en 385 Fw

Door middel van onderdeel DD wordt aan artikel 371, derde lid, toegevoegd dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Zie hierover nader het algemene deel van deze toelichting, paragraaf 3.3, en de toelichting bij artikel I, onderdelen A, F, Z, DD en II van het artikelsgewijze deel.

Onderdeel DD voegt daarnaast een nieuw, vijftiende, lid toe aan artikel 371 Fw. Deze toevoeging dient ertoe om te verzekeren dat de akkoordprocedures die door de WHOA zijn geïntroduceerd, in overeenstemming zijn met artikel 4 lid 8 van de richtlijn. In artikel 4 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat '*de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren* [...]'. Op basis van artikel 4 lid 8 van de richtlijn kunnen de lidstaten er vervolgens voor kiezen het preventief herstructureringsstelsel ook beschikbaar te stellen voor schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers. Als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, geldt wel als voorwaarde dat de schuldenaar in een dergelijk geval moet instemmen met de start van de procedure (zie ook overweging 29 van de considerans van de richtlijn).

Op grond van de WHOA geldt nu nog dat als een herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, en de schuldenaar een MKB-bedrijf is, de herstructureringsdeskundige het akkoord alleen met instemming van de schuldenaar ter stemming voor kan leggen (zie artikel 381, tweede lid, Fw). Deze regeling wordt in die zin aangepast dat als de schuldenaar een MKB-bedrijf is en het WHOA-traject van start gaat door de aanstelling van een herstructureringsdeskundige, de instemming van de MKB-onderneming reeds vereist is voor deze aanstelling en niet pas op het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd. Vanaf de aanstelling van een herstructureringsdeskundige kan gebruik gemaakt worden van de verschillende voorzieningen die de WHOA biedt. Het gaat dan onder meer om de mogelijkheid tot afkondiging van een afkoelingsperiode op grond van artikel 376 Fw, de mogelijkheid om op grond van artikel 42a Fw te verzoeken om een machtiging voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen en de mogelijkheid voor de rechtbank om

op grond van artikel 379 Fw bepalingen te maken of voorzieningen te treffen ter beveiliging van de belangen van schuldeisers of aandeelhouders. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de aanstelling van een herstructureringsdeskundige de start van de akkoordprocedure markeert. Het is dan ook in overeenstemming met de richtlijn om de instemming van het MKB-bedrijf te vereisen op het moment van aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Deze instemming van het MKB-bedrijf is ook vereist als het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund. Door toevoeging van de woorden 'onverminderd het vijftiende lid' aan artikel 371, derde lid, tweede zin, wordt dit duidelijk gemaakt. Ook in de gewijzigde regeling wordt expliciet bepaald dat aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren instemming te verlenen. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat het '*kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren*'. Constateert de rechter dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan hij bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur.

De instemming van het MKB-bedrijf met de aanstelling van een herstructureringsdeskundige is enkel vereist als met deze aanstelling het WHOA-traject van start gaat. Schuldeisers, aandeelhouders of de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kunnen ook verzoeken om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige in het kader van een reeds lopend WHOA-traject dat door de schuldenaar zelf is gestart, bijvoorbeeld met het oog op de beveiliging van hun belangen. In dat geval heeft de MKB-onderneming de akkoordprocedure zelf al geïnitieerd en is zijn instemming hiermee dan ook niet nogmaals noodzakelijk. Bepaald is om deze reden dat de instemming van de MKB-onderneming met de aanstelling van de herstructureringsdeskundige enkel is vereist als de schuldenaar op het moment dat het verzoek wordt gedaan, niet al een verklaring als bedoeld in artikel 370, derde lid, ter griffie van de rechtbank heeft gedeponeerd. Als de schuldenaar zelf het WHOA-traject is gestart en er wel een dergelijke verklaring is gedeponeerd, geldt uiteraard wel nog steeds dat de rechtbank het verzoek tot aanstelling van de herstructureringsdeskundige afwijst als summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn. Dit laatste kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als het aanwijzingsverzoek is ingediend door een schuldeiser die dit klaarblijkelijk doet met geen ander doel dan om een vergevorderd en kansrijk door de schuldenaar geïnitieerd herstructureringstraject te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren, terwijl de gezamenlijke schuldeisers door dergelijk strategisch gedrag en de daarmee veroorzaakte vertraging nadeel ondervinden.[27]

De hiervoor beschreven aanpassing van de huidige regeling, leidt er logischerwijs ook toe dat het huidige artikel 381, tweede lid, Fw komt te vervallen (onderdeel JJ). Onderdeel MM past de tekst van artikel 385, tweede zin, Fw aan deze wijziging van artikel 381 Fw aan. De toevoeging van een omschrijving van het

[27] *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, 3 (MvT), p. 8, 40.

begrip ‘MKB-onderneming’ in artikel 369, eerste lid, Fw (onderdeel CC) is technisch van aard en heeft vooral als doel om de leesbaarheid van de artikelen 371, vijftiende lid, en 383, tweede lid, Fw te vergemakkelijken.

Onderdeel EE

Artikel 373, derde lid, Fw

Het huidige artikel 373, derde lid, Fw regelt dat zogenoemde ‘ipso facto-clausules’ zonder gevolg blijven. Bedoeld zijn contractsbepalingen die automatisch contractuele gevolgen verbinden aan het openen van een akkoordprocedure of gebeurtenissen of handelingen die daarmee verband houden. Hiermee wordt voorkomen dat waardevolle overeenkomsten als gevolg van de herstructurering verloren gaan. Met deze bepaling wordt voldaan aan artikel 7 lid 5 van de richtlijn, dat de lidstaten verplicht het beroep op dergelijke ‘ipso facto-clausules’ aan banden te leggen. De richtlijn noemt daarbij expliciet de aanvraag voor en de toekenning van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen als gebeurtenissen die op zichzelf geen grond mogen zijn voor beëindiging, wijziging of opschorting van een overeenkomst op grond van een beding daartoe (zie artikel 7 lid 5, onderdelen b en d, van de richtlijn). Daarom is ter verduidelijking in artikel 373, derde lid, Fw de afkondiging van een afkoelingsperiode als voorbeeld opgenomen van een gebeurtenis die rechtstreeks verband houdt met het voorbereiden en aanbieden van een akkoord en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk is. Daarmee staat buiten twijfel dat de afkondiging van een dergelijke afkoelingsperiode of het doen van een verzoek hiertoe, geen grond kunnen zijn voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis en voor ontbinding van de overeenkomst.

Artikel 373, vierde lid, Fw

Het huidige artikel 373, vierde lid, Fw regelt dat zolang een afkoelingsperiode geldt, een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór die periode niet mag worden aangegrepen als grond voor – kort gezegd – beëindiging, opschorting of ontbinding van een overeenkomst met de schuldenaar. Wel dient de schuldenaar voor de nakoming van nieuwe verplichtingen onder de overeenkomst die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode, zekerheid te stellen. Met deze regeling wordt voorkomen dat een afkoelingsperiode die tot doel heeft om de schuldenaar enige tijd en rust te gunnen om het akkoord tot stand te kunnen brengen, alsnog geen effect heeft. Tegelijkertijd zorgt de regeling ervoor dat de belangen van de wederpartij die reeds met een verzuim is geconfronteerd, voldoende zijn gewaarborgd. Met artikel 373, vierde lid, Fw wordt nu al voldaan aan artikel 7 lid 4 van de richtlijn, dat, kort gezegd, bepaalt dat de lidstaten dienen te voorzien in regels die onder de schorsing vallende schuldeisers ervan weerhouden essentiële nog uit te voeren overeenkomsten te beëindigen, op te schorten of te wijzigen in verband met schulden die zijn ontstaan vóór de schorsing. Voorbeelden van nog uit te voeren overeenkomsten zijn blijkens overweging 41 van de considerans van de richtlijn lease- en licentieovereenkomsten, langlopende leveringscontracten en franchiseovereenkomsten.

De voorgestelde wijziging van artikel 373, vierde lid, Fw heeft slechts als doel de tekst van deze bepaling dichter aan te laten sluiten bij die van de richtlijn. Waar de richtlijn ziet op '*schulden die zijn ontstaan vóór de schorsing*', spreekt artikel 373, vierde lid, Fw over '*een verzuim* (…) *dat heeft plaatsgevonden vóór de afkoelingsperiode*'. De strekking van beide bepalingen is echter dezelfde. Dit blijkt uit het feit dat op grond van artikel 373, vierde lid, Fw enkel zekerheid behoeft te worden gesteld voor nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode (en dus niet voor verplichtingen die reeds zijn ontstaan voor de afkoelingsperiode, maar in de nakoming waarmee de schuldenaar nog niet in verzuim is). Artikel 373, vierde lid, Fw brengt daarom voor alle schulden die zijn ontstaan voorafgaand aan de afkoelingsperiode mee dat een verzuim in de voldoening daarvan geen grond is voor – kort gezegd – beëindiging, opschorting of ontbinding van een overeenkomst met de schuldenaar. Om te voorkomen dat toch onduidelijkheid ontstaat over de precieze reikwijdte van artikel 373, vierde lid, Fw wordt hierin straks gesproken over '*een verzuim van de schuldenaar in de voldoening van een schuld die is ontstaan vóór de afkoelingsperiode*'.

Onderdeel FF

Artikel 375, eerste lid, onder a en b, Fw

Uit artikel 28, onderdeel a, van de richtlijn volgt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldeisers de mogelijkheid hebben om hun vorderingen in een insolventieprocedure via elektronische communicatiemiddelen in te dienen. In de door de WHOA-geïntroduceerde akkoordprocedures hoeven schuldeisers hun vorderingen niet zelf in te dienen. Wel geldt dat als een schuldenaar of een herstructureringsdeskundige een akkoord aanbiedt, de schuldeisers nadere informatie over het akkoord moeten kunnen verkrijgen (artikel 375, eerste lid, onderdeel j, Fw). Ook moet een schuldeiser die meent dat zijn vordering ten onrechte niet of voor een te laag bedrag is opgenomen in het akkoord, de mogelijkheid krijgen om de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige te verzoeken zijn vordering alsnog of voor een hoger bedrag in het akkoord op te nemen (vgl. de artikelen 383, negende lid, 378, eerste lid, onder c, en vierde lid, Fw). De huidige wet bevat geen beperkingen ten aanzien van de wijze waarop schuldeisers contact kunnen opnemen met de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige. Ook nu staat de wet het dus al toe dat schuldeisers bijvoorbeeld via e-mail met de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige contact opnemen. Om te waarborgen dat schuldeisers steeds de mogelijkheid hebben om via elektronische communicatiemiddelen te communiceren, is in artikel 375, eerste lid, onder a, Fw opgenomen dat de schuldenaar in het akkoord een elektronisch postadres dient te vermelden waarop hij bereikbaar is. Is er een herstructureringsdeskundige aangesteld en legt hij het akkoord voor aan de schuldeisers en aandeelhouders, dan dient zijn elektronische postadres in het akkoord vermeld te worden (artikel 375, eerste lid, onder b, Fw).

Artikel 375, tweede lid, onderdeel e, onder 3°, Fw

Deze wijziging brengt mee dat de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige bij het akkoord een beschrijving dient te voegen van de gevolgen van de herstructureringsmaatregelen voor de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers. Hiermee wordt voldaan aan artikel 8 lid 1, onderdeel g, subonderdeel iv, van de richtlijn. Deze bepaling vereist dat het akkoord informatie bevat over algemene werkgelegenheidsgevolgen van de herstructurering, zoals ontslagen, werktijdverkortingsregelingen of andere soortgelijke gevolgen. Het is in de akkoordprocedures buiten faillissement – zoals voorzien in de WHOA – niet mogelijk door middel van een akkoord wijzigingen aan te brengen in de rechten van werknemers die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst (artikel 369, vierde lid, Fw). Een akkoord kan echter onderdeel uitmaken van een breder reorganisatietraject waarbij naast een herstructurering van schulden ook sprake is van een aanpassing van de bedrijfsvoering om kosten te besparen. Voor zover in dit bredere reorganisatietraject maatregelen worden genomen die gevolgen hebben voor de in dienst zijnde werknemers, zoals ontslagen of een werktijdverkortingsregeling, dient hierover informatie te worden verschaft in de bijlage bij het akkoord. Informatie over de gevolgen voor werknemers kan van belang zijn om te kunnen beoordelen of het herstructureringstraject naar verwachting succesvol zal zijn. Deze informatie stelt de schuldeisers en aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft, daarmee in staat zich een geïnformeerd oordeel te vormen over het akkoord. Uiteraard kan uit andere wetgeving, zoals de Wet op de ondernemingsraden, voortvloeien dat ook andere partijen moeten worden geïnformeerd over maatregelen met gevolgen voor werknemers. Deze wetgeving is tijdens een WHOA-traject onverkort van toepassing, zoals ook blijkt uit artikel 375, eerste lid, onder l, Fw.

Artikel 375, tweede lid, onderdeel e, onder 4°, Fw

Uit artikel 8 lid 1, onderdeel h, van de richtlijn volgt dat het akkoord een motivering moet bevatten waarom redelijkerwijs verwacht mag worden dat het herstructureringsplan de insolventie van de schuldenaar zal voorkomen en de levensvatbaarheid van de onderneming zal verzekeren. Deze motivering moet bovendien de noodzakelijke voorwaarden voor het welslagen van het plan vermelden. In artikel 375, tweede lid, onderdeel e, Fw is al bepaald dat bij het akkoord – kort gezegd – een beschrijving moet worden gevoegd over de aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen, de pogingen die al zijn gedaan om die problemen op te lossen, de maatregelen die nu in het kader van het akkoord worden voorgesteld en op welke wijze die maatregelen zullen bijdragen aan een oplossing. Op basis hiervan zal, in overeenstemming met de richtlijn, gemotiveerd moeten worden dat deze maatregelen naar verwachting de insolventie van de schuldenaar kunnen voorkomen en het voortbestaan van de onderneming kunnen verzekeren. Of de maatregelen inderdaad dit resultaat zullen hebben, is uiteraard afhankelijk van verschillende factoren, zoals toekomstige marktontwikkelingen. Er valt kortom nooit met absolute zekerheid te voorspellen dat de maatregelen inderdaad de insolventie zullen voorkomen. Voor schuldeisers en aandeelhouders is dan ook van belang dat de verwachting dat de maatregelen de insolventie kunnen voorkomen, op redelijke aannames is gebaseerd. Met het oog hierop wordt in de tekst van artikel 375, tweede lid, onderdeel e, onder 4°, Fw verduidelijkt dat in de beschrijving moet worden aangegeven welke noodzakelijke

voorwaarden vervuld moeten zijn voor het bereiken van een oplossing. De vermelding van deze voorwaarden stelt schuldeisers en aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft, beter in staat te beoordelen of in het akkoord uit wordt gegaan van redelijke verwachtingen ten aanzien van de overlevingskansen van de onderneming.

Onderdeel GG

Artikel 376, vierde lid, onderdeel a, Fw

Uit de toelichting bij de WHOA blijkt dat de door deze wet geïntroduceerde akkoordprocedures niet alleen kunnen worden gebruikt om een onderneming met financiële problemen weer financieel gezond te maken en voort te kunnen zetten, maar ook om tot een gecontroleerde stopzetting en afwikkeling van een onderneming te komen als deze geen overlevingskansen heeft. Voorwaarde is dat hiermee een beter resultaat te behalen is dan met een afwikkeling van de onderneming in faillissement.[28] Ook tijdens de voorbereidingen van een akkoord dat gericht is op de afwikkeling van de onderneming, kan de afkondiging van een afkoelingsperiode op de voet van artikel 376 Fw noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld om te voorkomen dat schuldeisers die hieraan niet willen meewerken direct overgaan tot verhaalsacties of tot de indiening van een faillissementsaanvraag om het proces te blokkeren of te vertragen. Uit artikel 376, vierde lid, onderdeel a, Fw, zou echter ten onrechte afgeleid kunnen worden dat een afkoelingsperiode in een dergelijk geval niet steeds mogelijk is, nu dit onderdeel vereist dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. In het geval het akkoord nu juist gericht is op de gecontroleerde afwikkeling van de onderneming, kan het zijn dat van een (volledige) voortzetting van de onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord geen sprake is.[29] Individuele verhaalsacties of de indiening van een faillissementsaanvraag kunnen ook in een dergelijk geval de totstandkoming van een akkoord belemmeren of bemoeilijken. Om te verduidelijken dat ook in die situatie gebruik gemaakt kan worden van een afkoelingsperiode, wordt aan artikel 376, vierde lid, onderdeel a, Fw, toegevoegd dat het verzoek daarnaast wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming door middel van een akkoord gecontroleerd af te kunnen wikkelen. Wel geldt ook dan dat de rechter het verzoek tot afkondiging van de afkoelingsperiode enkel toewijst als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij gediend zijn en diegenen die door de afkoelingsperiode worden geraakt, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad (zie artikel 376, vierde lid, onderdeel b, Fw).

Artikel 376, achtste lid, Fw

[28] *Kamerstukken II* 2018–2019, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 2, 23.
[29] Vgl. Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.

Door dit onderdeel wordt artikel 212b, tweede lid, Fw van overeenkomstige toepassing verklaard op de afkoelingsregeling in het kader van de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures buiten faillissement (artikel 376 Fw). Artikel 212b, tweede lid, Fw maakt voor het faillissement een uitzondering op de afkoelingsperiode voor bepaalde partijen betrokken bij betalings- en afwikkelingssystemen. De afkoelingsperiode geldt blijkens deze bepaling niet voor een bevoegdheid tot verhaal of tot opeising van goederen indien die bevoegdheid is toegekend:

- aan een centrale bank, of
- aan een andere deelnemer aan een betalings- en afwikkelingssysteem of partij bij een andere overeenkomst als bedoeld in het eerste lid van artikel 212b Fw in verband met:
    a. deelname aan het systeem, of
    b. het zijn van partij bij een andere overeenkomst.

Deze bepaling is reeds van overeenkomstige toepassing in de surseance van betaling (zie artikel 281g Fw). Met deze bepaling wordt uitvoering gegeven aan artikel 9 van de Finaliteitsrichtlijn[30], op grond waarvan de zakelijke zekerheden van deelnemers niet mogen worden aangetast door insolventieprocedures tegen andere deelnemers. Blijkens artikel 31, onderdeel a, van de richtlijn is de Finaliteitsrichtlijn van toepassing ondanks de richtlijn. Onder de WHOA is reeds gewaarborgd dat de zakelijke zekerheden van de in artikel 212b lid 2 Fw genoemde partijen niet worden aangetast door de afkoelingsperiode doordat deze partijen om een machtiging kunnen vragen als bedoeld in artikel 376, tweede lid, onderdeel a, Fw. De rechter kan in deze gevallen niet anders dan deze partijen de machtiging te verlenen.[31] Daarmee voldoet de WHOA reeds aan de Finaliteitsrichtlijn. Door overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 212b, tweede lid, Fw, blijkt straks expliciet dat de genoemde partijen, ondanks de afkoelingsperiode, de bevoegdheid behouden tot verhaal of tot opeising van goederen als bedoeld in dat artikel.

Artikel 376, tiende lid, Fw

De richtlijn bevat in artikel 6 lid 9 limitatief de gronden waarop opheffing van een schorsing van tenuitvoerleggingsmaatregelen mogelijk gemaakt kan worden. Het kan daarbij zowel gaan om een algemene opheffing van de schorsing als om een opheffing ten opzichte van bepaalde schuldeisers (zie overweging 37 van de considerans). Hoewel opheffing ten opzichte van bepaalde schuldeisers onder de WHOA nu al mogelijk is doordat een schuldeiser kan vragen om een machtiging op grond van artikel 376, tweede lid, onder a, Fw, is niet expliciet geregeld op welke grond dit kan. Ter verduidelijking wordt hiertoe aan dit artikel een nieuw tiende lid toegevoegd, waarin alsnog wordt geëxpliciteerd op welke grond de rechter een machtiging als bedoeld in artikel 376, tweede lid, onder a, Fw kan verlenen. Dit is het geval als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de derde door het niet kunnen uitoefenen van zijn bevoegdheid tot verhaal of tot opeising wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Dit criterium sluit aan bij dat voor de

[30] Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen.
[31] Vgl. *Kamerstukken II* 2020/21, 35 249, C (MvA), p. 11.

afwijzing van een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode en dat voor de opheffing van een afkoelingsperiode; dat derden wezenlijk in hun belangen worden geschaad is ook reden om de afkondiging van de afkoelingsperiode te weigeren of een afgekondigde afkoelingsperiode op te heffen (artikel 376, vierde en zevende lid, Fw). Als redelijkerwijs valt aan te nemen dat een derde door de afkoelingsperiode redelijkerwijs in zijn belangen wordt geschaad, is het aan de rechter in een concreet geval om te bepalen welke consequentie hieraan verbonden wordt. Kan met de belangen van de derde rekening worden gehouden door het verlenen van een machtiging, dan hoeven deze belangen niet in de weg te staan aan de afkondiging van de afkoelingsperiode of de voortzetting hiervan. Afkondiging of voortzetting van de afkoelingsperiode is dan immers mogelijk zonder dat de belangen van de derde wezenlijk worden geschaad. Denkbaar is echter dat verlening van de machtiging tot gevolg zou hebben dat afkondiging of voortzetting van de afkoelingsperiode niet zinvol is, bijvoorbeeld als de machtiging is verzocht door een belangrijke schuldeiser en verhaal door deze schuldeiser de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar direct in gevaar brengt. In een dergelijk geval is het niet mogelijk om met de belangen van de derde rekening te houden door het verlenen van een machtiging en brengen deze belangen mee dat de afkoelingsperiode geweigerd of opgeheven moet worden. Dit zal eerder aan de orde zijn als door de afkoelingsperiode meerdere schuldeisers wezenlijk in hun belangen worden geschaad dan wanneer dit slechts een individuele schuldeiser betreft.

Onderdeel HH

Artikel 378, eerste lid, onderdeel g, Fw

Deze wijziging hangt samen met het feit dat als de schuldenaar een MKB-onderneming drijft, zijn instemming niet langer wordt vereist voor het ter stemming voorleggen van een akkoord, maar reeds voor de aanstelling van een herstructureringsdeskundige, omdat dit het moment is dat de akkoordprocedure van start gaat. Zie in dit verband het algemene deel van deze toelichting, paragraaf 3.1 en de toelichting bij artikel I, onderdelen CC, DD, JJ en MM van het artikelsgewijze deel. Het huidige artikel 378, eerste lid, onderdeel g en vijfde lid, Fw, bevat onder meer een voorziening voor het geval het bestuur zonder goede reden weigert instemming te verlenen voor het in stemming brengen van het akkoord. Deze voorziening kan nu komen te vervallen. Wel wordt een vergelijkbare voorziening getroffen in artikel 371, derde lid, Fw, zodat ook onder de nieuwe regeling bijvoorbeeld voorkomen kan worden dat aandeelhouders de start van de akkoordprocedure frustreren door het bestuur op onredelijke wijze te belemmeren om instemming met de aanstelling van de herstructureringsdeskundige te verlenen.

De instemming van de schuldenaar die een mkb-bedrijf is, is onder huidig recht voorts vereist voor het indienen van een homologatieverzoek waarmee niet alle klassen hebben ingestemd (zie artikel 383, tweede lid, Fw). Deze regeling sluit aan bij artikel 11 lid 1 van de richtlijn. Het huidige artikel 378, eerste lid, onderdeel g en vijfde lid, Fw, bevat ook een voorziening voor het geval het bestuur zonder goede reden weigert om instemming te verlenen met het indienen van een homologatieverzoek. Voor deze situatie blijft

de voorziening gehandhaafd. Het blijft daarmee mogelijk om al voorafgaand aan de stemming aan de rechtbank te verzoeken om zich uit te laten over de weigering van het bestuur om instemming te verlenen met het indienen van een homologatieverzoek. De herstructureringsdeskundige zal immers al voor de stemming willen weten of een aangeboden akkoord kans van slagen heeft, of dat het nodig is het voorbereidingstraject bij te sturen en/of het aangeboden akkoord aan te passen. Als de verwachting bestaat dat niet alle klassen met het akkoord zullen instemmen, is het daarom denkbaar dat hij al voorafgaand aan de stemming aan de schuldenaar vraagt of hij kan instemmen met het indienen van een verzoek tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd. Weigert het bestuur om instemming te verlenen, bestaat er belang bij om deze weigering al in dit stadium voor te kunnen leggen aan de rechtbank. Uiteraard is ook denkbaar dat pas na afloop van de stemming blijkt dat niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en dat het bestuur weigert om instemming te verlenen met het indienen van een homologatieverzoek. In die situatie kan de herstructureringsdeskundige een verzoek aan de rechtbank tot het verlenen van vervangende instemming combineren met een verzoek tot homologatie van het akkoord.

Onderdeel KK

Artikel 383, tweede lid, Fw

Het huidige artikel 383, tweede lid, Fw ziet op de situatie van een WHOA-traject waarbij sprake is van een schuldenaar die een MKB-onderneming drijft en waarbij er een herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers, of de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. Bovendien is het traject al verder gevorderd. De stemming over het akkoord heeft namelijk al plaatsgevonden en daaruit is gebleken dat niet alle klassen met het akkoord kunnen instemmen. In deze situatie bepaalt artikel 383, tweede lid, Fw dat de herstructureringsdeskundige alleen met instemming van de schuldenaar een homologatieverzoek kan indienen. Deze bepaling sluit daarmee al grotendeels aan bij artikel 11 lid 1 van de richtlijn. Artikel 11 lid 1 van de richtlijn stelt, voor de situatie waarin niet alle klassen met het akkoord hebben kunnen instemmen, het vereiste van instemming van de MKB-onderneming echter zonder meer; dat wil zeggen dat het geen verschil maakt of de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of aandeelhouders, of de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, dan wel de schuldenaar zelf. Artikel 383, tweede lid, Fw wordt daar nu op aangepast. Als gevolg hiervan geldt straks dat de herstructureringsdeskundige steeds de instemming van de schuldenaar, als dit een MKB-bedrijf is, nodig heeft om een homologatieverzoek te kunnen indienen ten aanzien van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd. Daarbij geldt nog steeds dat als het bestuur geen goede reden heeft voor zijn weigering om instemming te verlenen, de rechter op grond van artikel 378, eerste lid, onderdeel g in combinatie met het vijfde lid, Fw, op verzoek van de herstructureringsdeskundige vervangende instemming kan verlenen. Dit betekent dat als de schuldenaar een rechtspersoon is, de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze kunnen belemmeren instemming te verlenen, zoals ook expliciet bepaald is in

artikel 383, tweede lid, Fw. Zie in dit verband ook de toelichting bij artikel I, onderdelen CC, DD, JJ en MM. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat het "*kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren".*

Onderdeel LL

Artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw

Zoals in § 3.1 van het algemene deel van deze toelichting is opgemerkt, biedt de WHOA reeds de mogelijkheid om tussentijdse financiering en andere transacties die noodzakelijk zijn om het akkoord tot stand te kunnen brengen, te beschermen tegen een vernietiging door de curator als de reddingsoperatie toch niet lukt en er uiteindelijk alsnog een faillissement volgt (artikel 42a Fw). Daarnaast biedt artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw de mogelijkheid om nieuwe financiering die nodig is in het kader van de uitvoering van het akkoord te laten bevestigen door de rechter en op die manier te beschermen tegen een latere vernietiging. De schuldenaar zal de nieuwe financiering op grond van artikel 375, eerste lid, onder i, Fw moeten opnemen in het akkoord en als het akkoord door de rechter wordt gehomologeerd, staat daarmee vast dat deze transactie niet tijdens een eventueel later faillissement door de curator kunnen worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Uit het huidige artikel 384, tweede lid, onder f, Fw blijkt dat de rechter de homologatie van een akkoord moet weigeren als daarin om een bevestiging wordt gevraagd van een nieuwe financiering die tot gevolg heeft dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers wezenlijk worden geschaad. Hieraan wordt nu een tweede afwijzingsgrond toegevoegd. De rechter zal het verzoek tot homologatie van een akkoord dat een nieuwe financiering omvat ook moeten weigeren als redelijkerwijs aannemelijk is dat de nieuwe financiering niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord. Daarmee wordt aangesloten bij artikel 10 lid 2, onderdeel e, van de richtlijn. In deze bepaling worden de lidstaten verplicht om als voorwaarde voor homologatie onder meer te stellen dat eventuele nieuwe financiering noodzakelijk is om het akkoord uit te voeren. In het huidige artikel 375, eerste lid, onder i, Fw is al bepaald dat als de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord nieuwe financiering aan wil gaan, hij in het akkoord de redenen zal moeten vermelden waarom dit nodig is. Daarmee in overeenstemming is dat de rechter vervolgens, in het kader van de homologatie van het akkoord, ook toetst of deze financiering daadwerkelijk noodzakelijk is. Door deze wijziging van artikel 384, tweede lid, onder f, Fw wordt verduidelijkt dat de rechter deze toetsing inderdaad uitvoert.

Daarnaast wordt aan artikel 384, tweede lid, onder f, Fw toegevoegd dat de rechtbank een verzoek tot homologatie ook afwijst als de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord een bepaalde transactie aan wil gaan, terwijl redelijkerwijs aannemelijk is dat deze niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk zullen worden geschaad. Deze toevoeging hangt samen met artikel 18 lid 5 van de richtlijn. Die bepaling verplicht de lidstaten te zorgen voor bescherming van transacties die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn voor

de uitvoering van het akkoord. Als de schuldenaar deze transacties verricht overeenkomstig hetgeen voorzien was in een door de rechter gehomologeerd akkoord, mogen deze transacties volgens de richtlijn later niet ongeldig worden verklaard als de schuldenaar toch failliet gaat. Door de toevoeging aan artikel 384, tweede lid, onder f, Fw wordt duidelijk dat de rechter in het kader van de homologatie van het akkoord het voornemen om in het kader van de uitvoering van het akkoord bepaalde transacties te verrichten, kan toetsen. Wil de schuldenaar bescherming voor een dergelijke transactie, dan zal hij deze transactie uitdrukkelijk in het akkoord dienen te vermelden en daarbij moeten aangeven waarom deze onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord. De rechter beoordeelt alleen de in het akkoord vermelde transacties. Wordt het akkoord gehomologeerd, dan volgt hieruit dat de voorgenomen transactie is goedgekeurd en dat een transactie die de schuldenaar overeenkomstig het akkoord heeft verricht, niet tijdens een eventueel later faillissement door de curator kan worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Niet voldaan is in een dergelijk geval aan de voorwaarde dat de partijen bij de rechtshandeling wisten of behoorden te weten dat benadeling van de schuldeisers hiervan het gevolg zou zijn.

Artikel II

Artikel 374, tweede lid, onderdeel a, Fw

Het huidige artikel 374, tweede lid, onderdeel a, Fw ziet onder meer op een schuldeiser ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn. In het handelsregister worden algemene gegevens over een onderneming opgenomen, waaronder het aantal werkzame personen dat bij een onderneming betrokken is. De Handelsregisterwet 2007 wordt echter op dit punt gewijzigd.[32] Het uitgangspunt van de opgave door de onderneming van het aantal werkzame personen wordt dan verlaten en vervangen door de indicatie van het aantal arbeidsverhoudingen. De gegevens over de indicatie worden aan de Kamer van Koophandel aangeleverd vanuit de polisadministratie van het Uitvoeringinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). Dit onderdeel past de tekst van artikel 374, tweede lid, onderdeel a, Fw zodanig aan dat deze naar het gegeven “indicatie van het aantal arbeidsverhoudingen” verwijst vanaf het moment dat de betreffende wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in werking treedt.

Artikelen III

Dit artikel bevat het overgangsrecht. De gewijzigde bepalingen zijn van toepassing op faillissementen, surseances van betalingen, schuldsaneringsregelingen en besloten en openbare akkoordprocedures buiten faillissement die na het tijdstip van inwerkingtreding zijn gestart. Op lopende procedures blijft de oude regeling van toepassing.

[32] Artikel II, onderdeel F, van de Wet van 26 juni 2019 tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in verband met de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen in het Burgerlijk Wetboek, de Handelsregisterwet 2007 en de Wet op de Kamer van Koophandel (Stb. 2019, 280).

Artikelen IV en V

Artikel III betreft de gebruikelijke inwerkingtredingsbepaling. Artikel IV bevat de citeertitel.

De Minister voor Rechtsbescherming,

Transponeringstabel Richtlijn (EU) 2019/1023 betreffende herstructurering en insolventie

	Artikel richtlijn	**Artikel wetsvoorstel**	**Toelichting en keuze beleidsruimte**
	Artikel 1 lid 1	Behoeft geen implementatie	Dit lid geeft het onderwerp van de richtlijn aan.
	Artikel 1 lid 2	Behoeft geen implementatie	Verzekeraars, banken en natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen, zijn in art. 369 lid 1 Fw van de WHOA uitgesloten. Op de overige schuldenaren is de WHOA wel van toepassing; de richtlijn staat hieraan niet in de weg.
	Artikel 1 lid 3	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. Er is niet gebleken van een behoefte hiervan gebruik te maken.
	Artikel 1 lid 4	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. De schuldsaneringsregeling is reeds toegankelijk voor alle natuurlijke personen (art. 284 Fw). De WHOA geldt ook voor natuurlijke personen die een beroep of bedrijf uitoefenen (art. 369 lid 1 Fw). Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 1 lid 5	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. Blijkens art. 369 lid 4 Fw is de WHOA niet van toepassing op de rechten van werknemers. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 1 lid 6	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 369 lid 4 Fw.
	Artikel 2 lid 1	Behoeft geen implementatie	De in dit lid opgenomen definities behoeven geen zelfstandige implementatie, maar dienen te worden meegenomen bij de implementatie van de hieronder opgenomen artikelen.
	Artikel 2 lid 2	Behoeft geen implementatie	Deze bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.
	Artikel 3 leden 1 en 2	Behoeft geen implementatie	Betreft uitvoering. Bij de Kamer van Koophandel (KvK) is een informatieloket ingericht waar ondernemingen informatie en

			advies kunnen krijgen over hoe zij problematische schulden kunnen oplossen. De Stichting Ondernemersklankbord (OKB) biedt MKB-ondernemingen persoonlijke begeleiding in een adviestraject van een half jaar.
	Artikel 3 leden 3 en 4	Behoeft geen implementatie	Betreft uitvoering. Op de website van de KvK is informatie te vinden voor ondernemingen in zwaar weer. Onder meer is hier informatie te vinden over de WHOA. Op de website van OKB is nadere informatie te vinden over een adviestraject bij deze stichting.
	Artikel 3 lid 5	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. Hiervan is geen gebruik gemaakt.
	Artikel 4 leden 1, 5 en 7	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in artikel 370 lid 1 Fw.
	Artikel 4 leden 2 en 3	Behoeft geen implementatie	Het betreft 'kan-bepalingen'. De WHOA kent dergelijke toegangseisen niet. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 4 lid 4	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. Hiervan is in art. 369 lid 5 Fw gebruik gemaakt. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 4 lid 6	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. Onder de WHOA is er geen noodzakelijke betrokkenheid van een rechterlijke instantie bij de voorbereiding van het akkoord (vgl. art. 370 Fw). De belangen van schuldeisers en aandeelhouders worden onder meer gewaarborgd doordat de rechtbank een observator kan aanstellen die toezicht houdt op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog heeft voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (artt 376 lid 9 en 380 Fw).
	Artikel 4 lid 8	371 lid 15, 381 lid 2 Fw	Het betreft een 'kan-bepaling'. In de WHOA kunnen ook schuldeisers en de ondernemersraad of

			personeelsvertegenwoordiging een WHOA-traject starten door om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige verzoeken (art. 371 lid 1 Fw). Deze regeling wordt in die zin gewijzigd dat als de schuldenaar een mkb-bedrijf is, zijn instemming al vereist wordt bij de start van een WHOA-traject voor de aanstelling van een herstructureringsdeskundige.
	Artikel 5 lid 1	Behoeft geen implementatie.	De schuldenaar behoudt in de WHOA volledig de beschikking en het beheer over zijn vermogen.
	Artikel 5 lid 2	Behoeft geen implementatie.	In de WHOA wordt door de rechtbank per geval beslist over de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (zie art. 371 lid 3, eerste zin, Fw) en observator (art. 380 lid 1 in verbinding met art. 379 lid 1 Fw).
	Artikel 5 lid 3 onder a	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 376 lid 9, tweede zin, Fw.
	Artikel 5 lid 3 onder b	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 383 lid 4, tweede zin, Fw.
	Artikel 5 lid 3 onder c	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 371 lid 3, tweede zin en lid 10, vierde zin.
	Artikel 6 lid 1, eerste alinea	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 376 Fw.
	Artikel 6 lid 1, tweede alinea	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. Hiervan is gebruik gemaakt in art. 376 lid 4 Fw. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing. Wel verduidelijkt dit wetsvoorstel de criteria op grond waarvan de rechter een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode beoordeelt.
	Artikel 6 lid 2	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 376 lid 2 Fw.

	Artikel 6 lid 3	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. Hiervan is gebruik gemaakt in art. 376 lid 8 in verbinding met art. 241a lid 2 Fw. Uit art. 376 lid 2 onder a Fw volgt dat de afkoelingsperiode alleen werkt jegens derden die hierover zijn geïnformeerd of op de hoogte zijn van de voorbereiding van een akkoord.
	Artikel 6 lid 4	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. De WHOA zondert geen vorderingen uit. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 6 lid 5	Behoeft geen implementatie	De WHOA is blijkens artikel 369 lid 4 Fw niet van toepassing op rechten van werknemers.
	Artikel 6 lid 6	Behoeft geen implementatie	Op grond van art. 376 lid 2 Fw kan de afkoelingsperiode aanvankelijk voor maximaal vier maanden worden verleend.
	Artikel 6 lid 7	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. Verlenging is op grond van art. 376 lid 5 Fw mogelijk als er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 6 lid 8, eerste alinea	Behoeft geen implementatie	De totale duur mag op grond van artikel 376 lid 5 Fw niet langer zijn dan acht maanden.
	Artikel 6 lid 8, tweede alinea	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in 376 lid 6 Fw.
	Artikel 6 lid 9 onder a	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 376 lid 10 in verbinding met leden 1 en 4 Fw.
	Artikel 6 lid 9 onder b	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 376 lid 10 Fw.
	Artikel 6 lid 9 onder c en d	376 lid 10 (nieuw) Fw	Het betreft een ‘kan-bepaling’. Hiervan is gebruik gemaakt doordat de rechter de afkoelingsperiode kan opheffen als diegenen die hierdoor geraakt worden, hierdoor wezenlijk in hun belangen worden geschaad (art. 376 lid 10 in verbinding met lid 4 Fw). Daarnaast kan de rechter een derde machtigen tot verhaal of tot opeising van goederen (art.

			376 lid 2 onder a Fw). In art. 376 lid 10 (nieuw) Fw wordt geëxpliciteerd op welke grond de rechter een dergelijke machtiging kan verlenen.
	Artikel 6 lid 9 tweede en derde alinea	Behoeft geen implementatie	Het betreft 'kan-bepalingen'. De WHOA voorziet niet in deze beperkingen van de mogelijkheid tot opheffing van de afkoelingsperiode. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 7 lid 1	Behoeft geen implementatie	Het Nederlandse recht kent geen verplichting voor de schuldenaar om een aanvraag in te dienen tot opening van faillissement. Zie voorts art. 376 lid 2 onder c Fw.
	Artikel 7 lid 2	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 376 lid 2 onder c Fw.
	Artikel 7 lid 3	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. Hiervan is geen gebruik gemaakt. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 7 lid 4	373 lid 4 Fw	Is al geregeld in art. 373 lid 4 Fw. Als waarborg geldt dat de schuldenaar zekerheid dient te stellen voor de nakoming van nieuwe verplichtingen. Deze mogelijkheid geldt ook voor niet-essentiële overeenkomsten. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing. Wel wordt de tekst van deze bepaling iets aangescherpt om deze dichter aan te laten sluiten bij die van de richtlijn.
	Artikel 7 lid 5	373 lid 3 Fw	Is al geregeld in art. 373 lid 3 Fw. In de tekst van deze bepaling wordt verduidelijkt dat de afkondiging van een afkoelingsperiode een gebeurtenis is die rechtstreeks verband houdt met het voorbereiden en aanbieden van een akkoord en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk is.
	Artikel 7 lid 6	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. De WHOA kent deze beperking niet. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.

	Artikel 7 lid 7	Behoeft geen implementatie	Het einde van de afkoelingsperiode leidt onder de WHOA niet automatisch tot faillissement.
	Artikel 8 lid 1 onderdeel a	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 375 lid 1 onder a Fw.
	Artikel 8 lid 1 onderdeel b	375 lid 2 onderdeel e onder 3° Fw	Aan art. 375 lid 2 onderdeel e onder 3° Fw wordt toegevoegd dat bij het akkoord een beschrijving zal worden gegeven van de gevolgen van de maatregelen voor de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers, voor zover van toepassing. Is voor het overige al geregeld in art. 375 lid 1 onderdelen e en f, lid 2 onderdelen a, d en e Fw.
	Artikel 8 lid 1 onderdeel c	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 375 lid 2 onderdeel b Fw.
	Artikel 8 lid 1 onderdeel d	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 375 lid 1 onderdeel d en lid 2 onderdeel b Fw.
	Artikel 8 lid 1 onderdeel e	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 375 lid 2 onderdeel c Fw.
	Artikel 8 lid 1 onderdeel f	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 375 lid 1 onderdeel b Fw.
	Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder i)	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 375 lid 2 onderdeel e onder 3° Fw.
	Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder ii)	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 375 lid 2 onderdeel e onder 5° Fw.
	Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder iii)	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 375 lid 1 onderdeel l Fw.
	Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder iv)	Behoeft geen implementatie	Blijkens art. 369 lid 4 Fw is de WHOA niet van toepassing op de rechten van werknemers.
	Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder v)	Behoeft geen implementatie	Betreft een kan-bepaling. Hiervan is geen gebruik gemaakt. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.

	Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder vi)	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 375 lid 1 onderdeel i Fw.
	Artikel 8 lid 1 onderdeel h	375 lid 2 onderdeel e onder 4° Fw	Aan art. 375 lid 2, onderdeel e, onder 4° is toegevoegd dat in de beschrijving moet worden aangegeven welke noodzakelijke voorwaarden vervuld moeten zijn voor het bereiken van een oplossing. Validering door een externe deskundige is in de WHOA niet vereist. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 8 lid 2	Behoeft geen implementatie	Betreft uitvoering. KvK en het Ondernemersklankbord bieden ondersteuning voor ondernemingen die gebruik willen maken van de WHOA.
	Artikel 9 lid 1, eerste alinea	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 381 lid 1 Fw.
	Artikel 9 lid 1, tweede alinea	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. Op grond van art. 381 lid 1 Fw kan ook de herstructureringsdeskundige een akkoord ter stemming voorleggen. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing. Wel wordt hiervoor niet langer de instemming vereist van de schuldenaar die een mkb-bedrijf is. Voortaan wordt zijn instemming vereist voor de aanstelling van een herstructureringsdeskundige bij de start van het WHOA-traject.
	Artikel 9 lid 2	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 381 leden 3 tot en met 5 Fw.
	Artikel 9 lid 3	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. In de WHOA wordt het recht om te stemmen niet aan bepaalde partijen onthouden. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 9 lid 4, eerste alinea	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 374 Fw.

	Artikel 9 lid 4, tweede alinea	Behoeft geen implementatie	Blijkens art. 369 lid 4 Fw is de WHOA niet van toepassing op de rechten van werknemers.
	Artikel 9 lid 4, derde alinea	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. De WHOA kent een dergelijke bepaling niet. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 9 lid 4, vierde alinea	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 374 lid 2 Fw.
	Artikel 9 lid 5, eerste alinea	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 384 lid 2 onderdelen c en d Fw.
	Artikel 9 lid 5, tweede alinea	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. De WHOA vereist dit niet, maar biedt wel die mogelijkheid (vgl. art. 378 lid 1 onderdelen b en c Fw).
	Artikel 9 lid 6	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 381 leden 7 en 8 Fw. Een meerderheid is vereist van 2/3 van het bedrag aan vorderingen / geplaatst kapitaal van stemmende schuldeisers/aandeelhouders in een klasse. Er is geen meerderheid vereist van het aantal betrokken partijen.
	Artikel 9 lid 7	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. De WHOA biedt deze mogelijkheid niet. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 10 lid 1 onderdeel a	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 383 lid 1 in verbinding met art. 385 Fw.
	Artikel 10 lid 1 onderdeel b	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 383 lid 1 in verbinding met art. 384 lid 2 onder f Fw. Als het akkoord voorziet in nieuwe financiering, zal dit aan de rechter ter homologatie moeten worden voorgelegd zodat deze transactie niet in een eventueel faillissement kan worden vernietigd wegens benadeling van schuldeisers.
	Artikel 10 lid 1 onderdeel c	Behoeft geen implementatie	Blijkens art. 369 lid 4 Fw is de WHOA niet van toepassing op de rechten van werknemers.
	Artikel 10 lid 2 onderdeel a	Behoeft geen implementatie	Als alle klassen hebben ingestemd met het akkoord, kan homologatie slechts geweigerd

			worden op de gronden genoemd in artikel 384 leden 2 en 3 Fw. De aanvullende gronden genoemd in artikel 384 lid 4 Fw gelden dan niet.
	Artikel 10 lid 2 onderdeel b	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 384 lid 2 onderdelen c en d Fw.
	Artikel 10 lid 2 onderdeel c	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 384 lid 2 onderdeel c Fw in verbinding met art. 375 lid 1 onderdeel k en art. 381 lid 1 Fw.
	Artikel 10 lid 2 onderdeel d en laatste zin.	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 384 lid 3 Fw. De rechtbank toetst dit enkel op verzoek van een of meer schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten.
	Artikel 10 lid 2 onderdeel e	384 lid 2 onderdeel f Fw	Aan art. 384 lid 2 onderdeel f wordt toegevoegd dat de rechter een verzoek tot homologatie afwijst als redelijkerwijs aannemelijk is dat de nieuwe financiering niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord.
	Artikel 10 lid 3	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 384 lid 2 onderdeel e Fw.
	Artikel 10 lid 4	Behoeft geen implementatie	Verschillende bepalingen van de WHOA bevorderen een voortvarende behandeling. Art. 383, leden 4-6 Fw zijn erop gericht dat de zitting, waarop het verzoek tot homologatie wordt behandeld, spoedig na de stemming wordt gehouden. Op grond van art. 384 lid 1 Fw geeft de rechtbank zo spoedig mogelijk haar vonnis.
	Artikel 11 lid 1 onderdeel a	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 384 leden 2 en 3.
	Artikel 11 lid 1 onderdeel b	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 383 lid 1 Fw.

	Artikel 11 lid 1 onderdeel c en lid 2	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 384 lid 4, onderdeel b Fw. Daarbij is gekozen voor de optie die lid 2 van de richtlijn biedt, met een mogelijkheid tot afwijking, zoals toegestaan door lid 2, als hiervoor een redelijke grond bestaat en schuldeisers/aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad.
	Artikel 11 lid 1 onderdeel d	Behoeft geen implementatie	Dit vloeit voort uit art. 384 lid 4 onderdeel b Fw.
	Artikel 11 lid 1, aanhef en tweede alinea	383 lid 2 Fw	In art. 383 lid 2 Fw komt onderdeel a te vervallen.
	Artikel 11 lid 1, derde alinea	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. Hiervan is geen gebruik gemaakt. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 12 lid 1	Behoeft geen implementatie	Dit lid is enkel van toepassing indien de lidstaat ervoor kiest kapitaalhouders uit te sluiten van de toepassing van de artikelen 9, 10 en 11. Hiervoor is niet gekozen. De WHOA bevat verschillende waarborgen om te voorkomen dat aandeelhouders op onredelijke wijze de stemming over en bevestiging van een akkoord voorkomen of belemmeren. Vgl. artt. 370 lid 5, 371 lid 15 (nieuw), 378 lid 1 onderdeel g en lid 5, en 383 lid 2, laatste zin, Fw.
	Artikel 12 lid 2	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 370 lid 5 Fw.
	Artikel 12 lid 3	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. Er is hiervoor geen specifieke voorziening getroffen in de WHOA. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 13 leden 1 en 2	Behoeft geen implementatie	Werknemersrechten zijn onverkort van toepassing onder de WHOA. Zie art. 369 lid 4 Fw.

	Artikel 14 lid 1	Behoeft geen implementatie	De rechter toetst de voorwaarden van art. 384 lid 3 en 4 enkel ‘op verzoek’ en niet ambtshalve. Ook in het kader van art. 383 lid 1 zal de rechter enkel een beslissing over de waardebepaling nemen als betwist wordt dat een klasse heeft ingestemd met het akkoord die bestaat uit schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan.
	Artikel 14 lid 2	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 384 lid 6 in verbinding met art. 378 lid 6 Fw.
	Artikel 14 lid 3	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in de artt. 383 lid 8 en 384 leden 3-5 Fw.
	Artikel 15 leden 1 en 2	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 385 in verbinding met artikel 381 lid 3 Fw.
	Artikel 16	Behoeft geen implementatie	Dit artikel stelt eisen aan een eventuele beroepsprocedure tegen een beslissing over de homologatie. In de WHOA is hoger beroep of cassatie echter niet mogelijk (zie art. 369 lid 10 Fw).
	Artikel 17 lid 1, onderdeel a	Behoeft geen implementatie	Voor tussentijdse financiering is dit al geregeld in art. 42a Fw. Voor nieuwe financiering is dit geregeld in art. 375 lid 1 onderdeel i in verbinding met art. 384 lid 2 onderdeel f Fw.
	Artikel 17 lid 1, onderdeel b	Behoeft geen implementatie	Met de artikelen 42a en 384 lid 2, onderdeel f, Fw, staat vast dat de verstrekkers van tussentijdse financiering waarvoor een machtiging is verleend of van nieuwe financiering waarin is voorzien in een door de rechter gehomologeerd akkoord, niet enkel vanwege deze verstrekking civielrechtelijk of strafrechtelijk aansprakelijk zijn. Van een onrechtmatige daad is bij dergelijk, door de

			rechter geaccordeerd, handelen geen sprake, laat staan van een strafbaar feit.
	Artikel 17 lid 2	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. Voor bescherming van tussentijdse financiering vereist art. 42a Fw een voorafgaande machtiging van de rechter. Nieuwe financiering is alleen beschermd in geval van een gehomologeerd akkoord (zie art. 384 lid 2 onderdeel f Fw). Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 17 lid 3	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. Hiervan is geen gebruik gemaakt. Wel is ter waarborging van de belangen van de schuldeisers een voorafgaande machtiging van de rechter vereist. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 17 lid 4	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. Hiervan is geen gebruik gemaakt. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 18 leden 1 en 4	42a Fw	In artikel 42a Fw wordt bepaald dat deze bepaling ook betrekking heeft op rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om het akkoord te kunnen voorbereiden, in stemming te kunnen brengen of door de rechtbank te kunnen laten homologeren.
	Artikel 18 lid 2	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. Art. 42a Fw vereist een voorafgaande machtiging van de rechter. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 18 lid 3	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. Hiervan is geen gebruik gemaakt. Wel is ter waarborging van de belangen van de schuldeisers een voorafgaande machtiging van de rechter vereist. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 18 lid 5	384 lid 2 onderdeel f	Door aanvulling van art. 384 lid 2 onderdeel f Fw kan de rechter straks ook transacties ter uitvoering van het akkoord toetsen. Gaat de rechter over tot homologatie, dan kan een dergelijke transactie daarmee niet tijdens een

			eventueel later faillissement door de curator worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw.
	Artikel 19	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in de artt. 2:129 leden 5 en 6 en 2:138 BW (voor de NV), 2:239 leden 5 en 6 en 2:248 BW (voor de BV), 2:9 en 6:162 BW en 342, 343 en 347 Sr.
	Artikel 20 lid 1, eerste alinea	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in de WSNP, op grond waarvan natuurlijke personen, waaronder ondernemers, kwijtschelding van hun schuld kunnen verkrijgen (zie art. 358 lid 1 Fw). De schuldenaar kan zelf bij de rechter verzoeken om toepassing van de WSNP (zie art. 284 leden 1 en 2 Fw).
	Artikel 20 lid 1, tweede alinea	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. De schuldenaar is bevoegd zijn beroep of bedrijf voort te zetten met toestemming van de rechter-commissaris (art. 311 Fw). Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 20 lid 2	Behoeft geen implementatie	Dit behoeft geen implementatie omdat de volledige kwijtschelding onder de WSNP niet afhankelijk is gesteld aan een gedeeltelijke terugbetaling van de schulden door de schuldenaar. Uit de wet volgt wel dat de schuldenaar zich gedurende het WSNP-traject moet inspannen om zo veel mogelijk opbrengst voor zijn schuldeisers te realiseren (zie art. 288 lid 1, onderdeel c, Fw).
	Artikel 20 lid 3	Behoeft geen implementatie	Betreft uitvoering. Op de website van de KvK en ook op de website 'Ondernemersplein' is informatie te vinden over subsidies voor startende ondernemers. Zie (https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/financiering/subsidies-en-regelingen/) en https://ondernemersplein.kvk.nl/financiering/.
	Artikel 21 lid 1	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 349a lid 1 in verbinding met art. 287 lid 1 Fw.

	Artikel 21 lid 2	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in de artt. 351a-358 Fw.
	Artikel 21 lid 3	Behoeft geen implementatie	Het betreft een 'kan-bepaling'. Op grond van art. 356 Fw wordt de slotuitdelingslijst opgemaakt nadat de uitspraak van de rechter over de toekenning van een schone lei in kracht van gewijsde is gegaan. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 22	Behoeft geen implementatie	Het Nederlandse recht kent geen beroepsverboden die enkel verband houden met insolventie.
	Artikel 23 lid 1	Behoeft geen implementatie	Waar het oneerlijk of te kwader trouw handelen bij het aangaan van de schulden betreft, is dit geregeld in art. 288 lid 1 onder b Fw. Waar het oneerlijk of te kwader trouw handelen tijdens de insolventieprocedure of bij het terugbetalen van de schulden betreft, is dit geregeld in art. 349a leden 2 en 3 Fw (verlenging van de termijn), art. 350 Fw (tussentijdse beëindiging schuldsanering) en art. 354 in verbinding met art. 358 lid 2 Fw (weigering schone lei).
	Artikel 23 lid 2	349a leden 1 en 2 Fw	Het betreft een 'kan-bepaling'. In de WSNP gelden voorwaarden voor de toegang tot de procedure (art. 288 Fw). Art. 349a Fw maakt verlenging van de schuldsaneringstermijn mogelijk. Deze bepaling wordt aangescherpt, doordat hierin expliciet de gronden voor verlenging worden opgenomen. Tussentijdse beëindiging is mogelijk op de gronden genoemd in art. 350 lid 3 Fw. Weigering van de schone lei is mogelijk op grond van art. 354 in verbinding met 358 lid 2 Fw.

	Artikel 23 lid 3	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. Hiervan is geen gebruik gemaakt. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 23 lid 4	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. De WSNP werkt niet ten aanzien van vorderingen die na de toepassing van de schuldsaneringsregeling ontstaan, tenzij zij verband houden met verplichtingen die al voor die tijd door de schuldenaar zijn aangegaan (art. 299 lid 1 Fw). Daarnaast zijn vorderingen die gedekt zijn door pand of hypotheek uitgezonderd (art. 299 lid 3 Fw; zie ten aanzien van het retentierecht art. 299b Fw). Hetzelfde geldt voor studieschulden (art. 299a lid 1) en belastingschulden (art. 301 lid 1 Fw). Van de kwijtschelding uitgezonderd zijn vorderingen die voortvloeien uit een strafrechtelijke veroordeling (art. 358 lid 4 Fw).
	Artikel 23 lid 5	Behoeft geen implementatie	Het betreft een ‘kan-bepaling’. Hiervan is geen gebruik gemaakt. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
	Artikel 23 lid 6	Behoeft geen implementatie	Deze bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.
	Artikel 24 leden 1 en 2	Behoeft geen implementatie	De WSNP is zowel van toepassing op persoonlijke als beroepsmatige schulden. Zij worden in dezelfde procedure behandeld.
	Artikel 25 onder a	Behoeft geen implementatie	De opleiding van rechters voldoet reeds aan de vereisten. Naast de reguliere (permanente) opleiding die alle rechters krijgen, is het praktijk dat rechters die insolventiezaken behandelen een daarop toegesneden leergang volgen.
	Artikel 25 onder b	Behoeft geen implementatie	Ons huidige faillissementsrecht kent verschillende voorzieningen om te zorgen dat insolventieprocedures op efficiënte wijze worden afgewikkeld. Het gaat dan bijv. om korte termijnen en uitsluiting van rechtsmiddelen. Met de Wet modernisering faillissementsprocedure, die op 1 januari 2019 in werking is getreden, is de efficiëntie van de

			faillissementsprocedure verder vergroot. Een efficiënt verloop wordt verder bevorderd door landelijke procesreglementen en de richtlijnen die Recofa (een landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling) voor deze procedures heeft ontwikkeld.
	Artikel 26 lid 1 onder a - c	14 lid 5, 215 lid 5, 287 lid 3, 371 lid 3 en 380 lid 1 Fw	In de wet wordt bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de benoeming van de verschillende insolventiefunctionarissen. Het kan daarbij zowel gaan om regels ten aanzien van de procedure die in acht wordt genomen bij de benoeming als om inhoudelijke eisen die gesteld worden aan de verschillende functionarissen. Op grond van de artikelen 73, 224 lid 2, 319 en (380 lid 4 in verbinding met) 371 lid 13 Fw is de rechtbank bevoegd om een curator, bewindvoerder, herstructureringsdeskundige of observator te ontslaan op verzoek van de betrokkenen bij de insolventieprocedure. De insolventiefunctionaris en de rechter-commissaris (zo die is benoemd) dienen altijd te worden gehoord.
	Artikel 26 lid 1 onder d	224 lid 2 Fw	Is voor het faillissement en de WSNP geregeld in de artt. 73 en 319 Fw. Voor de WHOA is dit geregeld in art. (380 lid 4 in verbinding met) 371 leden 5 en 13 Fw. Voor de surseance van betaling wordt aan art. 224 lid 2 Fw toegevoegd dat ook de schuldenaar kan verzoeken om het ontslag van de bewindvoerder.
	Artikel 26 lid 2	Geen implementatie vereist.	Deze bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.
	Artikel 27 lid 1	223a Fw	Controle op curatoren en bewindvoerders vindt plaats door de rechter-commissaris. In faillissement en in de WSNP wordt op grond van de artt. 14 lid 1 en 287 lid 3 Fw steeds een rechter-commissaris benoemd. Door

			aanpassing van art. 223a Fw gaat dit ook gelden voor de surseance van betaling en kunnen straks ook meerdere rechters-commissarissen worden benoemd. In de WHOA vindt controle op herstructureringsdeskundigen en observators plaats door de rechtbank. Insolventiefunctionarissen die hun taak niet naar behoren verrichten, kunnen worden ontslagen. Daarnaast kunnen zij, als is voldaan aan de zgn. Maclou-norm, aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad. Als een curator/bewindvoerder zijn taken niet naar behoren vervult, kan hij voorts worden geschrapt van de lijst met curatoren (art. 3.1 Recofa-uitgangspunten). Bewindvoerders in de WSNP kunnen worden verwijderd uit het register van de raad voor rechtsbijstand.
	Artikel 27 lid 2	Behoeft geen implementatie	De naam van de rechter-commissaris wordt gepubliceerd in de Staatscourant en in het CIR (zie artt. 14 lid 3, 19, 19a, 216, 222a, 222b, 293-294a Fw). In de informatievoorziening rond de WHOA (op de website van de KvK) zal vermeld worden dat de rechtbank toezicht houdt op herstructureringsdeskundigen en observators.
	Artikel 27 lid 3	Behoeft geen implementatie	Insolad (vereniging insolventierecht advocaten) heeft een gedragscode ontwikkeld (de praktijkregels voor curatoren).
	Artikel 27 lid 4, eerste zin	15 lid 3, 16 lid 2, 71 lid 3, 215a lid 2, 250 lid 3, en 371 lid 10 Fw	Voor het faillissement, de surseance van betaling en de WHOA wordt bepaald dat dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de vaststelling van het salaris van de insolventiefunctionarissen. Voor de WSNP is dit al geregeld in art. 320 lid 6 Fw, op grond waarvan het Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsanering is vastgesteld.

	Artikel 27 lid 4, tweede zin	15 lid 3, 16 lid 2, 71 lid 3, 215a lid 2, 250 lid 3, 320 lid 6 en 371 lid 10 Fw	Geregeld wordt dat de rechtbank, voordat zij een beslissing neemt over het salaris van een insolventiefunctionaris, belanghebbenden in de gelegenheid stelt een zienswijze te geven.
	Artikel 28	PM	PM
	Artikel 29	Behoeft geen implementatie	Betreft uitvoering.
	Artikel 30	Behoeft geen implementatie	Deze bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.
	Artikel 31 lid 1 onder a	376 lid 8 Fw	Art. 212b lid 2 Fw, dat een regeling bevat met het oog op de Finaliteitsrichtlijn, wordt van overeenkomstige toepassing verklaard op de afkoelingsperiode in de WHOA.
	Artikel 31 lid 1 onder b	Behoeft geen implementatie	Is al geregeld in art. 376 lid 8 Fw in verbinding met art. 241d Fw.
	Artikel 31 lid 1 onder c	Behoeft geen implementatie	De Faillissementswet staat niet in de weg aan toepassing van deze verordening.
	Artikel 31 lid 2	Behoeft geen implementatie	De Faillissementswet doet geen afbreuk aan deze richtlijnen.
	Artikel 31 lid 3	Behoeft geen implementatie	Nederland is geen partij bij het Verdrag van Kaapstad.
	Artikel 32	Behoeft geen implementatie	Deze bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.
	Artikel 33	Behoeft geen implementatie	Ziet op evaluatie van de richtlijn door de Commissie.
	Artikel 34	Behoeft geen implementatie	Betreft implementatietermijn. Nederland heeft de Commissie meegedeeld gebruik te maken van de mogelijkheid tot verlenging van de omzettingstermijn van art. 34 lid 2 van de richtlijn. De richtlijn dient daarom (voor het grootste deel) uiterlijk 17 juli 2022 te zijn geïmplementeerd.

ALLEN & OVERY

Allen & Overy LLP

Consultatie Implementatiewet Richtlijn Herstructurering en Insolventie | 2021



Inleiding

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
(ingezonden via www.internetconsultatie.nl)

Geachte heer Dekker,

Amsterdam, 2 mei 2021

Graag maken wij van de mogelijkheid gebruik om een bijdrage te leveren aan de internetconsultatie met betrekking tot de 'implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie' (het **Voorstel**) en de concept memorie van toelichting daarbij (de **Toelichting**). Met dit wetsvoorstel wordt de Europese richtlijn betreffende herstructurering en insolventie (de **Richtlijn**) geïmplementeerd.

Op 1 januari 2021 is reeds de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (**WHOA**) in werking getreden. Volgens de Toelichting is bij de voorbereiding van de WHOA ervoor gekozen om de WHOA zoveel mogelijk bij de Richtlijn aan te laten sluiten. Daarom kan de WHOA nu ook dienen als implementatie van het onderdeel van de Richtlijn betreffende het preventieve herstructureringsstelsel.

Wij zijn hier voorstander van en steunen dan ook het Voorstel.

Als implementatiewet van de Richtlijn, moet het Voorstel in onze optiek desalniettemin verbeterd worden ten aanzien van de mogelijkheid van een schuldenaar om zelf altijd een akkoord aan haar schuldeisers aan te kunnen (laten) bieden. In deze consultatiereactie zullen wij dit nader uitwerken.

Wij beperken ons hierin tot een reactie op het Voorstel als implementatie van de Richtlijn in de WHOA. Wij hebben ook andere, niet-Richtlijn gerelateerde, suggesties en opmerkingen verzameld naar aanleiding van onze ervaring met de WHOA in de praktijk tot op heden, maar menen dat die hier niet op zijn plaats zijn en zullen deze bewaren voor de officiële evaluatie van de WHOA.

Wij kijken uit naar een nieuwe versie van het Voorstel en de Toelichting.

Hoogachtend,

Allen & Overy LLP

Géza Orbán

Aroen Kuitenbrouwer

Brechje van der Velden

Duco Postma

Simon Aarts

Consultatiereactie

De Richtlijn stelt voorop dat wanneer gebruik wordt gemaakt van een herstructureringsstelsel de schuldenaar geheel, of tenminste gedeeltelijk, beheers- en beschikkingsbevoegd blijft ("*debtor in possession*") en dat de schuldenaar zelf de controle kan houden over het herstructureringsproces (artikel 5 lid 1 Richtlijn). Wel kunnen lidstaten volgens de Richtlijn voorzien (in sommige gevallen: moeten zij daar ook in voorzien) in de aanstelling van een deskundige op het gebied van de herstructurering om de schuldenaar en de schuldeisers te assisteren bij de onderhandelingen over, en de opstelling van, het herstructureringsplan (artikel 5 lid 3 Richtlijn). De Toelichting verwoordt dit uitgangspunt als volgt: *"Hoewel de schuldenaar dus geheel of tenminste gedeeltelijk beheers- en beschikkingsbevoegd moet blijven, voorziet de richtlijn wel in de mogelijkheid dat er nadat de schuldenaar is toegelaten tot het herstructureringsstelsel, een herstructureringsdeskundige wordt aangesteld.*"

In de WHOA is ook voorzien in de figuur van de zogeheten 'herstructureringsdeskundige' (artikel 371 Fw). De benoeming van zo'n herstructureringsdeskundige vindt plaats op verzoek van de schuldenaar zelf, maar kan ook op verzoek van diens schuldeisers of aandeelhouders, dan wel de bij de schuldenaar ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, gebeuren.

In de WHOA is vervolgens gekozen voor een zogeheten exclusief *aanbiedings*recht van de herstructureringsdeskundige. Deze exclusieve rol is geregeld in artikel 371 lid 1, vierde volzin, Fw, welke bepaling als volgt luidt: *"Wordt het verzoek* [tot benoeming van een herstructureringsdeskundige] *toegewezen, dan kan de schuldenaar zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt geen akkoord aanbieden op basis van artikel 370, eerste lid.*" Met andere woorden, indien een herstructureringsdeskundige benoemd wordt is hij vanaf dat moment, met uitsluiting van de schuldenaar, exclusief bevoegd een herstructureringsplan aan te bieden en ter stemming te brengen.

In onze optiek is dit exclusieve *aanbiedings*recht van de herstructureringsdeskundige in de WHOA niet (zonder meer) Richtlijnconform. De Richtlijn neemt in artikel 9 lid 1 juist de tegenovergestelde situatie als uitgangspunt (vergelijk het verschil van gebruik van de woorden "*zorgen ervoor*" en "*kunnen*" in de eerste en tweede zin van deze bepaling): "*De lidstaten zorgen ervoor dat schuldenaren, ongeacht wie overeenkomstig artikel 4 een preventieve herstructureringsprocedure aanvraagt, het recht hebben om herstructureringsplannen ter goedkeuring aan de betrokken partijen voor te leggen. De lidstaten kunnen ook bepalen dat en onder welke voorwaarden schuldeisers en herstructureringsdeskundigen het recht hebben om herstructureringsplannen voor te leggen.*" Met andere woorden, op grond van de Richtlijn *moeten* lidstaten in ieder geval er voor zorgen dat, ongeacht of er herstructureringsdeskundige is benoemd, de schuldenaar ook *zelf* nog een herstructureringsplan ter stemming kan (laten) brengen. Lidstaten zijn voor het overige bevoegd, maar daartoe op grond van de Richtlijn niet verplicht, om ook een herstructureringsdeskundige zo'n *aanbiedings*recht te geven.

Anders dan in de Richtlijn biedt de WHOA, in de huidige tekst noch in het Voorstel, op dit moment (zonder meer) de mogelijkheid voor een schuldenaar om een herstructureringsplan aan te (laten) bieden als er reeds een herstructureringsdeskundige is benoemd. In artikel 371 lid 1 Fw is het *aanbiedings*recht exclusief, met uitsluiting van ieder ander, aan de herstructureringsdeskundige toegekend. In onze lezing biedt de Richtlijn, in het bijzonder artikel 9 lid 1 Richtlijn, lidstaten niet de ruimte om schuldenaren (zonder meer) een *aanbiedings*recht te ontzeggen. Mede in het licht van het *'debtor in possession*' uitgangspunt moeten lidstaten ervoor zorgen dat een schuldenaar met een herstructureringsplan dat plan ook *daadwerkelijk* ter stemming kan (laten) brengen. De WHOA garandeert dat recht op dit moment echter niet (zonder meer). Op dit punt is de WHOA in onze optiek dan ook niet (zonder meer)

Richtlijnconform.

De reeds beschikbare alternatieve mogelijkheid die de WHOA in zo'n geval slechts biedt om als schuldenaar aan de herstructureringsdeskundige een "*akkoord te overhandigen*" met "*het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen*" (artikel 371 lid 1 Fw) maakt dit volgens ons niet anders. Deze bepaling is later in het wetgevingsproces aan de WHOA toegevoegd, blijkens de nota van wijziging specifiek om aan te sluiten bij artikel 9 lid 1 Richtlijn. Hoewel er dus kennelijk reeds de intentie was om artikel 9 lid 1 Richtlijn te implementeren in de WHOA, gaat de WHOA in dit verband in onze optiek echter nog niet ver genoeg om daadwerkelijk Richtlijnconform te zijn.

Uit de WHOA volgt namelijk niet of de herstructureringsdeskundige ook daadwerkelijk *verplicht* is om aan zo'n *verzoek* van de schuldenaar gevolg te geven, noch wat de consequenties zijn als de herstructureringsdeskundige dat niet doet. In de nota van wijziging wordt hierover slechts als volgt bepaald: "*Uiteraard heeft het de voorkeur als de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar in onderling overleg alsnog tot één akkoordvoorstel komen. Als dit niet lukt, is denkbaar dat beide akkoorden achter elkaar in stemming worden gebracht*." De woorden "*is denkbaar*" impliceren dat er rekening gehouden wordt met de situatie waarin er slechts één herstructureringsplan in stemming wordt gebracht, terwijl de schuldenaar en herstructureringsdeskundige daaraan voorafgaand onderling dus niet tot één gezamenlijk herstructureringsplan zijn gekomen. De inherente voorwaardelijkheid dat het gebruik van het woord "*verzoek*" impliceert, kan onder de WHOA dus (potentieel) tot een situatie leiden waarin een schuldenaar het recht wordt ontzegd een herstructureringsplan ter stemming te (laten) brengen. Dat is in strijd met de Richtlijn, in het bijzonder artikel 9 lid 1.

Wij raden dan ook aan het Voorstel en de Toelichting op dit punt te verduidelijken, *ofwel* door te bepalen dat de herstructureringsdeskundige daadwerkelijk ook *verplicht* is om een herstructureringsplan ter stemming te brengen als hij daar overeenkomstig door de schuldenaar toe wordt verzocht (nadat eerst een redelijke inspanning door zowel de schuldenaar en de herstructeringsdeskundige is verricht om gezamenlijk tot één herstructureringsplan te komen), *dan wel* door te bepalen dat de schuldenaar zijn *aanbiedings*recht zelf behoudt.

Die eerste optie heeft wat ons betreft de voorkeur, nu dit slechts een beperkte verduidelijking op, of toevoeging aan, artikel 371 lid 1 Fw zou betekenen. Het feit dat de schuldenaar dan niet *zelf* (ook) het recht heeft om een herstructureringsplan daadwerkelijk *zelf* ter stemming te brengen, maar dat *via* de herstructureringsdeskundige moet doen (die daartoe dan *verplicht* is), maakt volgens ons overigens niet dat de WHOA daarmee (nog steeds) niet Richtlijnconform is. De wijze waarop lidstaten de schuldenaar dit *aanbiedings*recht vormgeven laat de Richtlijn in onze lezing aan de lidstaten zelf over, mits de schuldenaar dat recht maar niet (potentieel) geheel wordt ontzegd. Een bepaling waarin de schuldenaar het *aanbiedings*recht als zodanig behoudt, maar waarbij de formele uitvoering daarvan via de (daartoe *verplichte*) herstructureringsdeskundige loopt, is onzes inziens in lijn met artikel 9 lid 1 Richtlijn.

Een dergelijke beperkte toevoeging of verduidelijking van artikel 371 lid 1 Fw is daarmee ook in lijn met de in de nota van wijziging geuite wens, die wij volledig onderschrijven, om binnen de grenzen van de Richtlijn zo veel mogelijke meerdere parallelle akkoordtrajecten te voorkomen en waar mogelijk te concentreren in één door de herstructeringsdeskundige gecoördineerd traject. Met deze toevoeging behoudt de schuldenaar zijn *aanbiedings*recht conform de Richtlijn, maar is het nog steeds aan de herstructureringsdeskundige om te bepalen hoe en wanneer de stemming daarover daadwerkelijk plaatsvindt. Een herstructureringsdeskundige kan daardoor dan dus ook niet overvallen worden met een herstructureringsplan dat een schuldenaar, vlak na zijn benoeming, vlug ter stemming brengt, vóór dat de herstructureringsdeskundige in de gelegenheid is geweest zelf onderzoek en voorbereidingen te treffen.

In het verlengde hiervan, beschikt de herstructeringsdeskundige op dit moment ook over een exclusief *homologatie*recht in de WHOA. Als er een herstructureringsdeskundige is aangesteld, is het immers hij, met uitsluiting van ieder ander, die bepaalt of, en welk, door de schuldeisers goedgekeurd herstructureringsplan aan de rechter ter homologatie wordt aangeboden (artikel 383 lid 1 Fw, waarbij wij de "*of*" in samenhang met "*zo die is aangewezen*" interpreteren als een exclusieve disjunctie). Anders dan ten aanzien van het *aanbiedings*recht zwijgt de Richtlijn over de vraag *aan wie,* ná de stemming over een herstructureringsplan, het daarop volgende *homologatie*recht zou moeten toekomen.

Deze (potentiele) frictie tussen het door de Richtlijn ten opzichte van de schuldenaar gegarandeerde *aanbiedings*recht en het exclusieve *homologatie*recht voor de herstructureringsdeskundige zoals vormgegeven in de WHOA, laat zich echter niet eenvoudig oplossen. Een exclusief *homologatie*recht voor (alleen) de schuldenaar, doet immers evident af aan de effectiviteit van het initiatiefrecht van schuldeisers om via een herstructureringsdeskundige een herstructureringsplan tot stand te laten brengen. Dit terwijl het (de mogelijkheid tot een) initiatiefrecht juist van groot belang is voor het goed functioneren van de WHOA, gelet op de disciplinerende werking die daarvan uitgaat op opportunistische, weigerachtige, en/of treuzelende schuldenaren.

Hoe deze twee belangrijke uitgangspunten met elkaar op de meest geschikte manier te rijmen vallen, volgt onzes inziens in ieder geval niet *expliciet* uit de Richtlijn te ontwaren. Hoe de WHOA daar in dit verband dan ook mee om dient te gaan is niet een vraag die wij, aan de hand van Richtlijn, eenvoudig kunnen beantwoorden. Er dient onzes inziens evenwel een balans te worden getroffen tussen beide uitgangspunten om er voor te zorgen dat in de praktijk niet twee (conflicterende) akkoorden naast elkaar kunnen worden nagestreefd. Er dient tegelijkertijd recht te worden gedaan aan de rechten van de schuldenaar onder de Richtlijn evenals het, voor het goed functioneren van de WHOA zo belangrijke, initiatiefrecht van schuldeisers onder de WHOA. Wellicht dat in dit verband daarom eerder eventueel gedacht moet worden aan (slechts) een extra procedurele stap voor de herstructureringsdeskundige, of aanvullende rechtsingang voor de schuldenaar, voor het, overigens waarschijnlijk zeer theoretische geval, dat er ná stemming twee voor homologatie vatbare herstructureringsplannen blijken te zijn.

Allen & Overy



Géza Orbán
Associate
Tel +31 20 674 1382
geza.orban@allenovery.com



Aroen Kuitenbrouwer
Partner
Tel +31 20 674 1142
aroen.kuitenbrouwer@allenovery.com



Brechje van der Velden
Partner
Tel +31 20 674 1580
brechje.vandervelden@allenovery.com



Duco Postma
Counsel
Tel +31 20 674 1480
duco.postma@allenovery.com



Simon Aarts
Senior Associate
Tel +31 20 674 1775
simon.aarts@allenovery.com

Amsterdam

Allen & Overy LLP
Apollolaan 15,
1077 AB Amsterdam,
PO Box 75440,
Amsterdam, 1070 AK
The Netherlands

Tel +31 (0)20 674 1000
Fax +31 (0)20 674 1111

GLOBAL PRESENCE

Allen & Overy is an international legal practice with approximately 5,500 people, including some 550 partners, working in more than 40 offices worldwide. Allen & Overy LLP or an affiliated undertaking has an office in each of:

Abu Dhabi
Amsterdam
Antwerp
Bangkok
Barcelona
Beijing
Belfast
Bratislava
Brussels
Budapest
Casablanca
Dubai
Düsseldorf
Frankfurt
Hamburg
Hanoi
Ho Chi Minh City
Hong Kong
Istanbul
Jakarta (associated office)
Johannesburg
London
Los Angeles
Luxembourg
Madrid
Milan
Moscow
Munich
New York
Paris
Perth
Prague
Rome
São Paulo
Seoul
Shanghai
Singapore
Sydney
Tokyo
Warsaw
Washington, D.C.
Yangon

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. Allen & Overy LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC306763. Allen & Overy LLP is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority of England and Wales.

The term **partner** is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings. A list of the members of Allen & Overy LLP and of the non-members who are designated as partners is open to inspection at our registered office at One Bishops Square, London E1 6AD.

© Allen & Overy LLP 2021. This document is for general guidance only and does not constitute advice. | EUO1: 2002890920.8

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Amsterdam, 3 mei 2021

Inzake: Consultatie implementatiewet Europese Richtlijn Herstructurering en Insolventie (Richtlijn 2019/1023)

Zijne Excellentie,

Inleiding

De Vereniging Insolventierecht Advocaten (hierna te noemen: "INSOLAD") is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator in faillissement, bewindvoerder in surseance van betaling en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, WHOA procedures, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties. Daarnaast zijn aan INSOLAD fellows verbonden, afkomstig uit de wetenschap, de financiële sector en de rechterlijke macht. INSOLAD is ook een erkend opleidingsinstituut van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Als specialisatie vereniging op het gebied van insolventierecht waaraan het overgrote deel van de in de Nederlandse rechtspraktijk verbonden insolventiespecialisten is verbonden houdt INSOLAD zich actief bezig met informatie over bestaande en nieuwe wet- en regelgeving op het gebied van het insolventierecht. Daarbij leunt INSOLAD op de ervaring en expertise van haar leden. Op deze wijze tracht INSOLAD vanuit de rechtspraktijk een bijdrage te geven aan effectieve en goede wetgeving, daarmee de goede rechtsbedeling dienend.

INSOLAD heeft kennis genomen van het concept wetsontwerp (het ***Concept Wetsontwerp***) voor wijziging van de Faillissementswet in verband met de implementatie van de Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve

herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18 (Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie) (de ***Richtlijn***) en het daarbij behorende concept van de Memorie van toelichting (de ***Ontwerp Memorie***).

Graag wenst INSOLAD van de gelegenheid gebruik te maken om haar reactie te geven op het Concept Wetsontwerp en de Ontwerp Memorie.

De consultatiecommissie bestond uit de volgende leden:

Esther Oppedijk van Veen
Michael Broeders
Ernst Jan Beerdsen
Ruud Brunninkhuis

Ontwerp Memorie

INSOLAD constateert dat er thans toch voor wordt gekozen om het onderdeel betreffende het preventieve herstructureringsstelsel van de Richtlijn in de WHOA te implementeren, waar eerder is overwogen om dit onderdeel van de Richtlijn in de surseance regeling te implementeren en deze (daarmee) te moderniseren. INSOLAD betreurt de keuze voor implementatie van het genoemde onderdeel van de Richtlijn in de net nieuwe WHOA regeling die op (belangrijke) punten van de Richtlijn verschilt en waarbij INSOLAD meent dat de huidige regeling in de WHOA enige voordelen kent ten opzichte van het regime van de Richtlijn. Dit wordt onder het kopje MKB ondernemingen nader toegelicht. Een ander belangrijk nadeel dat INSOLAD signaleert en wat is verbonden aan implementatie van de Richtlijn in de WHOA regeling is dat de WHOA procedure Richtlijn conform zal moeten worden geïnterpreteerd. Dat betekent tevens dat het Europese Hof van Justitie de hoogste instantie is die beslist over kwesties die de WHOA betreffen. Hiermee wordt de invloed van de deskundige WHOA pool zoals beoogd in de huidige WHOA regeling ingeperkt, hetgeen INSOLAD betreurt.

INSOLAD meent dat de keuze voor implementatie van de Richtlijn door aanpassing van de WHOA, een gemiste kans is voor aanpassingen en modernisering van de surseanceregeling.

Overigens meent INSOLAD dat de surseanceregeling vooralsnog enige – zij het beperkte- voordelen kan bieden ten opzichte van de WHOA.

INSOLAD meent dan ook dat de surseanceregeling dient te worden behouden, zeker nu de WHOA nog maar zo kort is ingevoerd. INSOLAD kan zich voorstellen dat wanneer de WHOA in de toekomst wordt geëvalueerd dan ook wordt onderzocht of de surseanceregeling dan alsnog (al dan niet in aangepaste en gemoderniseerde vorm) een instrument is dat voor de insolventiepraktijk ook in de toekomst nog een nuttige rol kan hebben. INSOLAD ziet thans de volgende redenen waarom de surseance naast de WHOA nog een functie heeft:

1) de eenvoudige toegankelijkheid van de surseance regeling – het kan onder omstandigheden te bewerkelijk zijn om een akkoordprocedure voor te bereiden gezien de vereisten die de wet stelt voor aanvang daarvan en de informatie die daartoe bij de aanvangsverklaring dient te zijn bijgesloten;

2) voor toegang tot de surseance is op basis van de wet ook geen aandeelhoudersgoedkeuring vereist;

3) de surseance wordt ook direct voorlopig verleend, terwijl de WHOA pas “effectief” wordt na verlening van de afkoelingsperiode;

4) de WHOA is een *debtor in possession* procedure – het bestuur kan goede redenen hebben om aanstelling van een bewindvoerder te wensen, bijvoorbeeld indien het bestuur vreest voor bestuurdersaansprakelijkheid, dan kan de aanstelling van een bewindvoerder (enige) dekking verschaffen; en

5) een bewindvoerder kan een veel meer sturende en controlerende rol vervullen ook bij de bedrijfsvoering wat in voorkomende gevallen nuttig en nodig kan zijn. Zowel de herstructureringsdeskundige, als de observator missen de bevoegdheid van die de bewindvoerder uitsluitend tezamen met de schuldenaar in staat stelt het vermogen van de schuldenaar te binden.

MKB ondernemingen

Een van de voordelen van de WHOA ten opzichte van de Richtlijn betreft de mogelijkheid van schuldeisers om – zonder instemming van de schuldenaar (en haar out of the money zijnde

aandeelhouders) – te verzoeken om de benoeming van een herstructureringsdeskundige. Deze herstructureringsdeskundige kan daarmee aan de slag en onderzoeken of een akkoord tot de mogelijkheden behoort. Als het een MKB onderneming betreft, kan de herstructureringsdeskundige onder de huidige WHOA het akkoord niet in stemming brengen of voorleggen ter homologatie zonder instemming van de schuldenaar. Daarmee werd het initiatiefrecht van de schuldeisers al enigszins uitgehold. Daar staat echter tegenover dat instemming van de schuldenaar pas nodig is in een stadium waarin de herstructureringsdeskundige zijn werk al voor een groot deel heeft gedaan en er een akkoordvoorstel voorligt. Om de WHOA in lijn met de richtlijn te brengen, is het voorstel nu om op te nemen dat instemming van de schuldenaar vereist is bij de aanstelling van de herstructureringsdeskundige. INSOLAD meent dat dit geen verbetering is. Door de ruime Europese definitie van het begrip MKB onderneming betekent dit voor Nederland dat effectief voor het overgrote merendeel van de Nederlandse ondernemingen in de praktijk deze beperking zal gelden. Deze wijziging levert, wat INSOLAD betreft, een verslechtering op van de positie van de gezamenlijke schuldeisers. In de praktijk zal de wijziging immers betekenen dat het initiatiefrecht van schuldeisers volledig wordt uitgehold, hetgeen niet in lijn is met de eerdere insteek van de WHOA. Het risico dat INSOLAD signaleert is dat het voor een schuldenaar (en haar *out of the money* zijnde aandeelhouders) eenvoudiger zal zijn om in een eerder stadium de instemming te onthouden omdat er dan nog geen akkoordvoorstel voorligt en er geen onafhankelijke herstructureringsdeskundige is die met kennis van zaken kan aangeven waarom geen acht moet worden geslagen op de onthouding van de instemming.

INSOLAD geeft tegen de achtergrond van het voorgaande in overweging om een nationale definitie van MKB onderneming te hanteren. De Richtlijn staat dat volgens INSOLAD namelijk toe, waardoor de veel ruimere Europese definitie zou kunnen worden losgelaten.

INSOLAD wijst in dit verband verder ook op de consultatiereactie van de vakverenigingen waar wordt gerept van een klikplicht voor bepaalde schuldeisers indien deze schuldeisers bij hun schuldenaar financiële problemen zien ontstaan. Deze specifieke groep schuldeisers zouden als *early warners* moeten dienen, waarbij op het niet afgeven van de waarschuwing de sanctie wordt voorgesteld van het verlies van (zekerheids)rechten. Vooropgesteld moet worden dat een dergelijke waarschuwingsplicht in hoge mate wordt bemoeilijkt door het regime van de Richtlijn voor MKB ondernemingen, daar schuldeisers eigenlijk niet kunnen interveniëren zonder instemming van de schuldenaar / ondernemer. Daarnaast meent INSOLAD dat het ook systematisch onjuist is om andere schuldeisers op te zadelen met een verplichting om de ondernemer en diens beleid bij naderend financieel onheil de maat te nemen. De schuldenaar /

ondernemer en bij een rechtspersoon haar bestuur, is verantwoordelijk voor het reilen en zeilen van de onderneming, ook bij (naderend) financieel onheil. Dat dit onheil allicht had kunnen worden afgewend of voorkomen door ingrijpen of bijsturen, valt onder de discretie van de ondernemer, waarbij geldt dat het is toegestaan dat hij / zij fouten maakt, zelfs fouten die uiteindelijk leiden tot een deconfiture. Uitsluitend die fouten die kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur en bovendien een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement, hebben juridisch relevante betekenis, alsook die fouten waarbij een bestuurder zijn of haar taak niet naar behoren vervult en daarvoor een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ondernemen is meer *art than science* en *business failure* is inherent aan economische activiteit.

Bestuurdersaansprakelijkheid – artikel 19 van de Richtlijn

In dit verband verwijs INSOLAD ook naar het bepaalde in de Ontwerp Memorie over de implementatie van artikel 19 van de Richtlijn. INSOLAD meent dat in de Ontwerp Memorie een nieuwe norm voor bestuurders wordt geïntroduceerd, namelijk een norm die erop neer komt dat bestuurders het faillissement moeten voorkomen, dan wel een waardevermindering van het actief dat beschikbaar is voor schuldeisers, moeten vermijden. De gedachte zou kunnen bestaan dat een dergelijke norm thans reeds voor bestuurders bestaat. Dat valt zeer te bezien. In de periode in aanloop naar de insolventie worden de bestuurders gebonden door de zogenaamde Beklamel-norm. Deze komt erop neer dat bestuurders geen nieuwe verplichtingen mogen aangaan waarvan zij weten of behoren te weten dat de vennootschap deze niet kan nakomen en daarvoor geen verhaal biedt. Maar deze norm verplicht niet het openen van een WHOA procedure en nodigt veel eerder uit tot het tijdig openen van een faillissement of surseance dan het voorkomen daarvan. Verder geldt dat selectieve betaling – juist in de periode voorafgaand aan naderende insolventie – kan zijn toegestaan, als dat dienstig is aan de voortzetting van de onderneming met het oog op een herstructureringspoging. Daarbij zal lang niet altijd vaststaan dat die poging zal slagen. Natuurlijk geldt daarnaast dat het bestuur medewerking aan handelingen zal dienen te onthouden waarvan zij weet of behoort te weten dat deze paulianeus zijn. Maar ook hier geldt dat de pauliana-norm ten minste enige discretie aan bestuurders laat, wanneer zij op goede gronden menen dat een faillissement kan worden vermeden.

De Ontwerp Memorie suggereert evenwel dat er mogelijk sprake kan zijn van aansprakelijkheid voor de bestuurders indien hun handelwijze het faillissement niet heeft kunnen vermijden, dan wel tot schade heeft geleid, doordat bijvoorbeeld gedurende de periode dat de onderneming is voortgezet in het kader van een reddingspoging het actief is verminderd, wanneer die reddingspoging helaas niet succesvol blijkt. Dit kan natuurlijk niet de bedoeling zijn, omdat een

dergelijke norm de speelruimte voor het bestuur zou beperken die er thans wel is en ook moet zijn.

Benoemingsbeleid

INSOLAD constateert dat de Ontwerp Memorie enige overwegingen wijdt aan het benoemingsbeleid. De conclusie waartoe die overwegingen voeren zijn:

1) dat de uitgangspunten voor benoeming moeten worden aangescherpt om voldoende aansluiting bij de Richtlijn te krijgen;

2) er dienen nadere criteria te worden geformuleerd voor benoeming van curatoren en bewindvoerders in een specifieke zaak;

3) waarbij die criteria met name moeten strekken ter borging van de belangen van de verschillende betrokkenen bij de procedure waarbij deze uitgangspunten landelijk zouden moeten gaan gelden. Recofa heeft daarbij aangegeven daaraan te zullen meewerken.

Klaarblijkelijk bestaat ook het voornemen bij AMvB regels omtrent benoemingscriteria te stellen, waarbij zo lijkt niet is uitgesloten dat wordt volstaan met een verwijzing naar de reeds fungerende regels van Recofa.

INSOLAD constateert dat met haar geen overleg heeft plaatsgevonden en dat er blijkens de toelichting ook geen voornemen bestaat om INSOLAD in de toekomstige overleggen over een eventuele AMvB te betrekken. Dat bevreemdt. Het overgrote merendeel van de curatoren en bewindvoerders die landelijk worden benoemd – en met name in de grotere faillissementen en surseances – is lid van INSOLAD.

INSOLAD wijst erop dat zij de landelijke specialisatievereniging van insolventierecht advocaten is en dat bij haar in feite vrijwel alle curatoren en bewindvoerders zijn aangesloten die plegen te worden aangesteld. INSOLAD is een erkend opleidingsinstituut van de Nederlandse Orde van Advocaten en voert een actief (en verplicht) opleidingsbeleid. Het lidmaatschap van INSOLAD vereist niet alleen een met goed gevolg voltooide specialisatieopleiding (Grotius Leergang Insolventierecht), maar eveneens het blijven voldoen aan permanente opleidingsvereisten. Op de naleving daarvan wordt zijdens de vereniging toegezien. Daarbij gelden als voorwaarden voor het lidmaatschap, een toelatingstest en een

minimum aantal vlieguren in de insolventiepraktijk. Verder heeft de vereniging ook eigen praktijkregels opgesteld voor de afwikkeling van insolventies door haar leden, die naast de advocatuurlijke gedragsregels gelden. Er is dus sprake van een eigen tuchtrecht binnen de vereniging waarbij klachten worden behandeld door de toetsingscommissie van INSOLAD.

INSOLAD stelt zich dan ook op het standpunt er in de praktijk reeds voldoende kaders zijn voor de borging van de belangen van de betrokkene bij het faillissement en / of een surseance.

Voor de WHOA geldt dit evenzeer voor zover het leden van INSOLAD zijn die als herstructureringsdeskundige of observator worden aangesteld. INSOLAD is op dit moment voorts ook bezig met het ontwikkelen van gedragsregels die specifiek aansluiten op de WHOA procedure en die dus voor haar leden zouden gelden.

In ieder geval neemt INSOLAD graag deel aan het overleg over de inhoud van de AMvB.

Eenzelfde opmerking wordt gemaakt ten aanzien van de regels omtrent salariëring. Zie het artikelsgewijs commentaar onder

Artikel I, onderdelen B, C, E, G, O, AA en DD

Toegang voor (ex-)ondernemers tot kwijtschelding van schuld

Uit de Ontwerp Memorie volgt dat de Wsnp voldoet aan de weinige door de Richtlijn voorgeschreven kenmerken:

- De “kwijtscheldingsperiode” is niet langer dan drie jaar (artikel 21 lid 1) maar kan onder bijzondere omstandigheden worden verlengd. De looptijd van de Wsnp is in beginsel drie jaar, te verlengen tot maximaal vijf jaar. In specifieke gevallen is de looptijd korter dan drie jaar, in geval van vereenvoudigde afwikkeling.

- Uitsluiting van de kwijtscheldingsprocedure kan aan de orde zijn als de schuldenaar “oneerlijk of te kwader trouw” heeft gehandeld tegenover schuldeisers of andere belanghebbenden (artikel 23 lid 1). Zoals bekend dient een schuldenaar die toegang wenst tot de Wsnp o.m. te voldoen aan de goede trouw-toets en kan de schuldsaneringsregeling tussentijds worden beëindigd wanneer hij zich niet aan zijn verplichtingen houdt of als er nieuwe omstandigheden bekend worden waardoor geen

sprake blijkt te zijn van goede trouw. Zie artikel 288 Fw en artikel 350 Fw. alsmede uitvoerige jurisprudentie.

- Specifieke categorieën schulden kunnen worden uitgesloten indien die uitsluiting naar behoren is gerechtvaardigd (artikel 23 lid 4), denk aan studieschulden, die niet onder de werking van de Wsnp vallen.

INSOLAD plaatst hierbij wel de volgende kanttekening. Zoals uit de eerdere consultatie van INSOLAD over de Wsnp volgt, is de toegang tot de Wnsp niet problematisch door de gehanteerde ingangstoets.[1] Dus alhoewel kan worden geconstateerd dat de Wsnp aan de Richtlijn voldoet, is de praktijk weerbarstiger en rijst de vraag of Nederland, zelfs na implementatie van de Richtlijn, wel aan haar verplichtingen uit hoofde van de Richtlijn voldoet. In dit verband vraagt INSOLAD in het bijzonder aandacht voor het volgende. Men kan zich afvragen of de toelating van ondernemers tot de Wsnp werkelijk optimaal geregeld is. Voordat de schuldenaar kan worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling moet hij eerst met hulp van een daarvoor aangewezen (gemeentelijke) schuldhulpverleningsinstantie een poging hebben gedaan om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen (artikel 285 lid 1, onderdeel f, Fw). Schuldhulp voor ondernemers is in de praktijk echter slecht geregeld. In bijna twee derde van de gemeenten bleek hulp voor ondernemers onduidelijk of geheel afwezig te zijn.[2] Weliswaar is gezorgd voor een wettelijke verankering voor de verplichting tot schuldhulpverlening, maar daarmee is zulks in de praktijk natuurlijk nog niet gerealiseerd.

Kwijtschelding vs. buiten invorderingstelling

De Richtlijn bepaalt dat er een procedure moet zijn die leidt tot “volledige kwijtschelding”. De Wsnp leidt niet tot kwijtschelding maar tot buiten invorderingstelling van schulden: *Door de beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling op grond van artikel 356, tweede lid, is een vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, voorzover deze onvoldaan is gebleven, niet langer afdwingbaar, onverschillig of de schuldeiser al dan niet in de schuldsaneringsregeling is opgekomen en onverschillig of de vordering al dan niet is geverifieerd (358 Fw).*

De Ontwerp Memorie zegt hierover:

[1] Zie https://static.basenet.nl/cms/105928/Publicaties/Consultatiebrief_INSOLAD-Wet_Wijziging_Wsnp.pdf
[2] Zie https://www.binnenlandsbestuur.nl/sociaal/nieuws/schuldhulp-voor-ondernemers-nog-steeds-niet-op.15731462.lynkx

Als de schuldenaar de schuldsaneringsregeling naar behoren doorloopt kunnen de schuldeisers betaling van de schulden – op enkele hierna genoemde uitzonderingen na – niet langer afdwingen en krijgt de schuldenaar dus de kwijtschelding van schuld waar titel III van de Richtlijn op ziet.

Kwijtschelding is juridisch een ander instrument (namelijk een afstand van het vorderingsrecht) dan omzetting in een natuurlijke verbintenis, waarmee uitsluitend de afdwingbaarheid aan de vordering komt te ontvallen.

Het bestaan van de resterende natuurlijke verbintenis voor schuldenaar en de gerelateerde aanspraken van de schuldeisers heeft tot de nodige onduidelijkheden geleid. Schuldeisers (waaronder de fiscus) hebben langdurig geprobeerd om over te gaan tot verrekening van hun tot natuurlijke verbintenis verworden vorderingen met schulden die na toelating tot de Wsnp zijn ontstaan. In 2019 heeft de Hoge Raad (HR 15 maart 2019, ECLI:NLHR:2019:377) nog bepaald dat het rechtens niet meer afdwingbaar zijn van vorderingen betekent dat ook geen verrekening met de schuldenaar ter zake deze vordering meer is toegestaan. INSOLAD geeft in overweging dit in de Ontwerp Memorie te verduidelijken, onder verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Concept Wetsontwerp – artikelsgewijs commentaar

Artikel I, onderdelen B, C, E, G, O, AA en DD

artikel 71 Fw:

“Onverminderd artikel 65, neemt de rechtbank geen beslissing als bedoeld in het eerste en tweede lid dan nadat zij de curator, de schuldenaar en de schuldeisers op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.”

De Ontwerp Memorie merkt op dat deze onderdelen dienen ter implementatie van artikel 27 lid 4 van de richtlijn. Zo zouden er geschikte procedures voorhanden moeten zijn om eventuele geschillen over de vergoeding van deskundigen (insolventiefunctionarissen zoals bedoeld in de Herschikte Insolventieverordening daaronder begrepen) te beslechten. INSOLAD meent dat de Richtlijn niet verplicht om individuele schuldeisers gelegenheid te geven om een zienswijze over de kosten te geven. INSOLAD vreest ook voor een aanzienlijke ‘administratieve’ last

indien zijdens curatoren en / of bewindvoerders ook weer op die zienswijze zal moeten worden gereageerd, waarna ook de rechtbank zich er nog over zal moeten buigen.

INSOLAD uit de zorg dat op deze wijze toch een grote en mogelijk belastende praktijk voor de rechterlijke macht kan ontstaan indien er veelvuldig geschillen over kosten ontstaan. Dat geldt met name ook voor de WHOA procedure die is opgesteld als een (kosten)efficiënte en informele procedure.

In ieder geval moet worden voorkomen dat partijen de kostenprocedure strategisch inzetten om rechtmatige werkzaamheden van de betreffende deskundigen te bemoeilijken. Voor zover de voorgestelde wijzigingen zijn ingegeven om meer checks & balances te introduceren rondom de kosten die samenhangen met het beheer van de boedel, bijvoorbeeld in verband met kostbare zaken zoals juridische procedures door de boedel, geeft INSOLAD in overweging dat in de praktijk betrokkenen veelvuldig plegen te worden gehoord voordat toestemming wordt gegeven door de Rechter-Commissaris voor het aanvangen van een juridische procedure. Deze op zich goede en nuttige praktijk zou eventueel verder kunnen worden geformaliseerd.

INSOLAD meent dat overigens dat artikel 27 lid 4 van de Richtlijn dus niet behoeft te worden geïmplementeerd voor zover het gaat om faillissement, surseance van betaling en Wsnp. Daarbij geldt dat zowel het faillissement, de surseance van betaling en de Wsnp geen *debtor in possession procedures* zijn. In deze gevallen is bovendien sprake van een praktijk waarbij de Rechtbank toezicht houdt op de kosten en salarisvaststelling ook door de Rechtbank geschiedt. Het is ook de Rechtbank die het uurtarief bepaalt.

INSOLAD merkt hier verder op dat er in de praktijk ook al overleg plaatsvindt tussen Recofa en INSOLAD over de salariëring van curatoren en bewindvoerders, zulks op basis van een uurtarief gekoppeld aan ervaringsjaren, waarbij dit uurtarief in overleg wel kan worden aangepast en ook van tijd tot tijd wordt geïndexeerd. Deze regeling is evenwichtig en functioneert in de praktijk naar behoren.

INSOLAD wenst in ieder geval betrokken te worden bij het overleg met Recofa over de inhoud van de AMvB omdat het in de praktijk toch overwegend haar leden zijn, die door de inhoud van de AMvB worden geraakt. Hoegenaamd komt de AMvB in feite neer op een (salaris)beschikking met algemene gelding ten opzichte van een concrete en beperkte groep.

Wat INSOLAD zich ten slotte wel kan voorstellen is dat zo er in voorkomende gevallen een commissie van schuldeisers (artikel 74 Fw e.v.) wordt benoemd en dat de commissie van schuldeisers in de gelegenheid wordt gesteld om een zienswijze te geven, indien toch wordt besloten om vast te houden om ook in faillissement en surseance een zienswijze te vragen aan de schuldeisers.

Artikel I, onderdeel EE

INSOLAD geeft in overweging om in de Ontwerp Memorie te verduidelijken dat ook wanneer direct een akkoord wordt aangeboden bij aanvang van de WHOA procedure, de afkoelingsperiode beschikbaar is. INSOLAD meent dat dit het geval moet zijn, en heeft daarover eigenlijk geen twijfel maar door dit te expliciteren wordt het boven iedere discussie verheven. Immers, juist ook wanneer direct een akkoord wordt aangeboden kan het zo zijn dat er nog steeds een *cram down* nodig is en dat bij afwezigheid van een afkoelingsperiode het aangeboden akkoord alsnog wordt gefrustreerd doordat de voorgezette bedrijfsvoering – juist wanneer de levensvatbaarheid in het geding is zolang het akkoord niet is gehomologeerd – door individuele verhaalsacties wordt bemoeilijkt.

Bij dit onderdeel wordt verder voorgesteld om "zoals het verzoek om en de afkondiging van een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376" toe te voegen. Daarmee wordt ook artikel 7 lid 5 aanhef en onder b van de richtlijn meegenomen.

Artikel I, onderdeel FF

De WHOA kent op dit moment twee functionarissen. De herstructureringsdeskundige en de observator. In het Concept Wetsontwerp en in de Ontwerp Memorie worden deze twee functionarissen in voorkomende gevallen gelijkgesteld met de herstructureringsdeskundige zoals in de Richtlijn bedoeld.

In de Richtlijn is in artikel 5 (schuldenaar-in-bezit) bepaald dat lidstaten moeten voorzien in de aanstelling van een deskundige op het gebied van herstructurering **om de schuldenaar en de schuldeisers te assisteren bij de onderhandelingen over en de opstelling van het plan** ten minste in de volgende gevallen:

a. indien een rechterlijke of administratieve instantie overeenkomstig artikel 6, lid 3 een algemene schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen

verleent en besluit dat een dergelijke deskundige op het gebied van herstructurering nodig is om de belangen van de partijen te waarborgen;

b. indien het herstructureringsplan door een rechterlijke of administratieve instantie moet worden bevestigd door middel van een categorie-overschrijdende cram-down overeenkomstig artikel 11; of

c. indien hierom door de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers wordt verzocht, mits in dat laatste geval de kosten van de deskundige op het gebied van herstructurering door de schuldeisers worden gedragen.

De huidige Faillissementswet voorziet in de gevallen onder a en b in de aanstelling van een observator en in het geval c voor een herstructureringsdeskundige.[3]

Nederland voert dus voor een en dezelfde herstructureringsdeskundige uit de Richtlijn twee personen op: de herstructureringsdeskundige en de observator. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de WHOA heeft de herstructureringsdeskundige die – in de kern – het akkoord voorbereidt, ter stemming brengt en voor homologatie voordraagt een actieve rol, terwijl de observator – in de kern – toch meer een toezichthoudende rol heeft.

De figuur uit artikel 5 van de herstructureringsrichtlijn ligt naar de mening van INSOLAD dichter bij de figuur van de Nederlandse herstructureringsdeskundige dan bij de figuur van de observator. Het komt INSOLAD daarom voor dat nu de Richtlijn in de WHOA wordt geïmplementeerd ook in de gevallen onder a en b dient te worden voorzien in de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (mits nog niet aanwezig). Daarmee zou de rol van de observator wel marginaler worden.

In dit verband wordt nog het volgende opgemerkt. De Richtlijn verplicht tot het vermelden van de identiteit van de herstructureringsdeskundige in het aangeboden akkoord. Nu zal dat in de praktijk toch al wel gebeuren, maar wat nu indien er geen herstructureringsdeskundige is benoemd, maar wel een observator. Moet de identiteit van de observator dan ook worden vermeld? Hier wreekt zich dat de rol van de observator niet systematisch is ingebed in de WHOA. De vraag is verder hoe deze figuur – die in feite zeer beperkte bevoegdheden heeft ten

[3] Uit de transponeringstabel bij de consultatiestukken blijkt dat de wetgever meent dat dit lid en haar onderdelen geen implementatie behoeft, aangezien lid 3 onder a al geregeld is in artikel 379 lid 9, tweede zin, Fw, lid 3 onder b al geregeld is in artikel 383 lid 4, tweede zin, Fw en lid 3 onder c al geregeld is in artikel 371 lid 3, tweede zin, en lid 10, vierde zin.

aanzien van het herstructureringsproces en de totstandkoming van het akkoord – zich tot de Richtlijn verhoudt, met name ook wanneer een afkoelingsperiode wordt afgekondigd. De Richtlijn veronderstelt immers dat op dat moment de herstructureringsdeskundige wordt aangesteld die blijkens de Richtlijn ook de mogelijkheid heeft om een akkoord te bewerkstelligen.

Daarnaast staat in artikel 6 lid 9 aanhef en sub b van de Richtlijn dat een afkoelingsperiode kan worden opgeheven op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige. In het huidige lid 10 van artikel 376 Fw staat dat – voor zover nu relevant – de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, een verzoek kunnen doen om de afkoelingsperiode op te heffen. Ook hier geldt dat het onderscheid tussen de observator en de herstructureringsdeskundige in aanmerking moet worden genomen. Het is voorstelbaar dat op het moment dat een afkoelingsperiode zou moeten worden opgeheven er wel een observator is, maar geen herstructureringsdeskundige. INSOLAD geeft derhalve in overweging om in artikel 376 lid 10 te bepalen dat indien er geen herstructureringsdeskundige is de observator om opheffing kan vragen indien zulks nodig is.

Artikel I, onderdeel GG

In artikel 6 lid 8, tweede alinea, van de Richtlijn is bepaald wanneer de duur van de afkoelingsperiode maximaal vier maanden mag zijn. Deze termijn wordt mogelijk (allicht) onbedoeld verkort in lid 6 van artikel 376 Fw. Het is voorstelbaar dat in een dergelijk geval een eerste instantie een afkoelingsperiode van twee maanden is afgekondigd. De Richtlijn geeft dan de ruimte om deze afkoelingsperiode met twee maanden te verlengen (tot maximaal vier maanden). Het huidige lid 6 van artikel 376 Fw biedt die ruimte niet. INSOLAD geeft in overweging dit aspect mee te nemen in het verdere wetgevingsproces ten aanzien van het Concept Wetsontwerp.

In artikel 376 lid 6 aanhef en sub b Fw is bepaald dat de afkoelingsperiode niet wordt verlengd indien de COMI vanuit een andere lidstaat is verplaatst drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van het bepaalde *in de Tweede Afdeling homologatie van een onderhands akkoord*. INSOLAD wijst er op dat een beslissing ex artikel 42a Fw ook een eerste beslissing kan zijn. Het lijkt in de rede te liggen dat de beperking die ten aanzien van de afkoelingsperiode geldt evenzeer toepassing zou moeten vinden ten aanzien van beslissingen van de rechter ex artikel 42a Fw. *Artikel I, onderdeel LL*

INSOLAD wijst erop dat nieuwe financiering benodigd voor het akkoord niet dezelfde bescherming geniet als welke bestaat op grond van het bepaalde in artikel 42a.

Uit artikel 18 lid 5 van de Richtlijn vloeit voort dat in het kader van de homologatie beslissing expliciet dient te worden stilgestaan bij welke nieuwe financieringstransacties onderdeel van het akkoord bescherming genieten tegen een pauliana indien het akkoord na homologatie toch niet voldoende blijkt om het faillissement af te wenden. INSOLAD geeft daarom in overweging te bepalen dat door de Rechtbank des verzocht in de homologatiebeslissing expliciet moet worden besloten welke transacties bescherming genieten.

Artikel 384 Fw - dissenting creditors vs niet instemmende schuldeisers

In artikel 384 lid 3 Fw staat:

'Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, kan de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord, afwijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement."

INSOLAD wijst erop dat – alhoewel de bedoeling van de bepaling helder is – deze bepaling zo zou kunnen worden gelezen dat ook stemgerechtigde vermogensverschaffers die niet aan de stemming hebben deelgenomen omdat zij er zelf voor hebben gekozen om niet te stemmen, nog steeds een verzoek kunnen doen om de homologatie van het akkoord af te wijzen. Uiteraard is dat niet hoe de WHOA procedure werkt en dat is ook wel duidelijk, maar desalniettemin is de formulering van de bepaling niet zonder meer helder. Indien men naar de Engelstalige versie van de Richtlijn kijkt dan wordt daar gesproken van *dissenting creditors*, wat zoveel betekend als diegene die het niet met het plan eens zijn, hetgeen een betekenis is die verschilt van het Nederlandse "niet met het akkoord hebben ingestemd" welke begrip taalkundig ten minste ook bevat de categorie van schuldeisers die feitelijk niet hebben gestemd en dus ook niet hebben tegengestemd. Waardoor deze groep in de systematiek van de WHOA juist niet meer tegen de homologatie van het akkoord kunnen opkomen. Hetzelfde geldt – mutatis mutandis – voor het vierde lid van artikel 384 Fw. Er zijn ook nog andere verschillen te vinden tussen de Nederlandse en Engelse versie van de Richtlijn.

Tot slot, nu de implementatie van de Richtlijn reden geeft tot aanpassing van de huidige WHOA regeling, geeft INSOLAD de wetgever in overweging om gelijk een omissie in de WHOA regeling te ondervangen. In de WHOA en de Richtlijn wordt – in de ogen van INSOLAD – ten onrechte geen rekening gehouden met het feit dat veel ondernemingen gestructureerd zijn in een groep van vennootschappen. Helaas hebben ook wij dit niet gesignaleerd tijdens de consultatie maar wij vangen uit de praktijk wel tekenen op dat tegen deze omissie wordt aangelopen. In de huidige WHOA is het immers niet eenvoudig mogelijk om te komen tot een herstructurering van de groep als geheel of van meerdere vennootschappen uit de groep. Een schuldeiser kan immers alleen verzoeken om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige in de vennootschap waarop hij een vordering heeft. Ook een aandeelhouder kan alleen een herstructureringsdeskundige laten benoemen in de vennootschap waarin hij aandelen heeft. Bij financiële problemen kan het echter noodzakelijk zijn om de hele groep of diverse vennootschappen uit de groep te herstructureren. Schuldeisers en aandeelhouders kunnen dit niet bewerkstelligen en ook de herstructureringsdeskundige kan zelf niet zijn bevoegdheid laten uitstrekken tot andere groepsvennootschappen. INSOLAD geeft de wetgever in overweging om langs de lijn van de concern-enquête het ook mogelijk te maken om een concern-WHOA toe te passen.

INSOLAD verzoekt hierbij vriendelijk uw aandacht voor bovenstaande punten.

Hoogachtend,

Namens INSOLAD en de consultatiecommissie,



Het bestuur

VERENIGING
JONGE
INSOLVENTIERECHT
ADVOCATEN.

Via: https://www.internetconsultatie.nl/herstructurering/reageren
Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de demissionair Minister voor Rechtsbescherming
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker

Datum: 3 mei 2021

Hooggeachte heer Dekker,

Op 2 april 2021 heeft u via de website www.internetconsultatie.nl een openbare consultatie gepubliceerd voor het wetsontwerp voor wijziging van de Faillissementswet in verband met de implementatie van de Richtlijn 2019/1023 (de "**Richtlijn**") van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 (het "**Wetsontwerp**"). De Vereniging Jonge Insolventierecht Advocaten ("**JIRA**") geeft hierbij haar zienswijze op het Wetsontwerp door het plaatsen van een aantal kanttekeningen bij een aantal artikelen uit het Wetsontwerp.

Artikelen 14, 215, 371 en 380 (*kwaliteitseisen en aanstelling curatoren, bewindvoerders, herstructureringsdeskundigen en observators*)
Het Wetsontwerp introduceert de mogelijkheid om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen omtrent de aanstelling van curatoren, bewindvoerders, herstructureringsdeskundigen en observators. De praktijk leert dat er – ondanks de landelijke Recofa richtlijnen – tussen de arrondissementen veel verschillen bestaan met betrekking tot aan curatoren (en bewindvoerders) gestelde kwaliteitseisen, en de mogelijkheid om tot de curatorenlijst toegelaten te worden. JIRA acht het, in lijn met de Richtlijn, wenselijk dat deze praktijk en de richtlijnen landelijk (zoveel als mogelijk) gelijk wordt getrokken. Hetzelfde geldt wat JIRA betreft voor de nog te introduceren richtlijnen voor de benoeming van herstructureringsdeskundigen en observators.

Ook het voornemen om nadere criteria op te nemen rond de benoeming van curatoren en bewindvoerders in specifieke gevallen wordt door JIRA ondersteund. JIRA moedigt in dat kader meer transparantie aan. Hierbij wordt gedacht aan het publiceren van criteria aan de hand waarvan wordt beoordeeld in welke categorie (welke lijst) een bepaalde insolventieprocedure valt, en de criteria waar een functionaris aan moet voldoen om in aanmerking te komen om tot een (hogere) lijst toegelaten te worden. JIRA heeft begrip voor het feit dat er landelijk verschillen bestaan hetgeen de aanstelling van functionarissen kan beïnvloeden, maar meent dat in ieder geval de kwaliteitseisen landelijk gelijk getrokken moeten worden. Door het verschaffen van meer duidelijkheid over en overeenstemming in de kwaliteitseisen die worden gesteld om voor een bepaalde benoeming in aanmerking te komen, weten (jonge) *professionals* hoe zij zich moeten ontwikkelen om dat doel te bereiken. JIRA verwacht dat dit de nieuwe aanwas van dergelijke functionarissen zal bevorderen. JIRA is graag bereid hier verder over mee te denken.

Artikel 42a (*uitzondering faillissementspauliana*)
Het huidige artikel 42a biedt bescherming voor rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om de onderneming te kunnen voortzetten ten tijde van het voorbereiden van het akkoord. De voorgestelde toevoeging in het eerste lid beoogt de reikwijdte van het artikel uit te breiden door ook bescherming te bieden aan rechtshandelingen die nodig zijn om het akkoord te kunnen voorbereiden. Naast dat voornoemde toevoeging voldoet aan de artikelen 17 en 18 van de Richtlijn, meent JIRA dat het aangevulde eerste lid voorziet in een behoefte uit de praktijk. Dit artikel verduidelijkt bijvoorbeeld dat ook een rechtshandeling tot het inschakelen van deskundigen ter voorbereiding van het aanbieden van het akkoord bescherming kan krijgen. Hetzelfde geldt voor rechtshandelingen in het kader van de voorbereiding van een liquidatieakkoord om een gecontroleerde afwikkeling te bewerkstelligen.[1]

Artikelen 71 en 250 jo. artikelen 15, 16 en 215a (*salaris curator en bewindvoerder*)
De voorgestelde leden 3 van de artikelen 71 en 250 bepalen dat de rechtbank, voordat zij het salaris van de curator of de bewindvoerder vaststelt, belanghebbenden de mogelijkheid biedt om daarop een zienswijze te geven. Voornoemde toevoegingen dienen te borgen voor een geschikte procedure om eventuele geschillen over de vergoeding van deze functionarissen te beslechten. JIRA vreest dat de voorgestelde wijziging echter ten koste zal gaan van een efficiënte afwikkeling van de insolventieprocedure. Schuldeisers ontvangen in faillissement vaak niet of nauwelijks een uitkering, wat de kans op onvrede over de salariëring van de curator vergroot. JIRA vreest daarom dat het voorstel in deze vorm onnodige discussies over salariëring (hoogte salaris en gemaakte uren) in de hand kan werken. JIRA moedigt transparantie en inspraak aan, maar meent dat het gelet op de maatschappelijke rol van de curator c.q. bewindvoerder niet noodzakelijk is om de schuldenaar en schuldeisers standaard *actief* in de gelegenheid te stellen om een zienswijze te geven. Het lijkt JIRA dan ook meer passend dat deze mogelijkheid slechts wordt geboden op expliciet verzoek van de schuldenaar of schuldeiser die daar behoefte aan heeft.

Daarnaast vraagt JIRA zich af hoe aan het geven van een zienswijze in de praktijk uitvoering gegeven zal worden. Krijgen de partijen bijvoorbeeld gelegenheid om op elkanders zienswijze te reageren? JIRA meent dat in ieder geval de curator c.q. bewindvoerder in de gelegenheid moet worden gesteld om op een zienswijze van de schuldenaar of een schuldeiser te reageren.

Artikel 224 (*ontslag en vervanging bewindvoerder*)
JIRA ondersteunt de beoogde wijziging die erin voorziet dat ook de schuldenaar kan verzoeken om het ontslag en de vervanging van een bewindvoerder die is benoemd in het kader van de surseance van betaling. Bovendien zorgt deze wetswijziging voor aansluiting bij hetgeen al in faillissement en de WSNP geldt.

Artikel 349a (*termijn en beëindiging van de schuldsaneringsregeling*)
Het nieuwe artikel 349a verduidelijkt de grond waarop de rechtbank over kan gaan tot het stellen van een langere termijn dan de standaardtermijn van drie jaar. Deze verduidelijking in het Wetsontwerp en de bijbehorende Memorie van Toelichting is in overeenstemming met de Richtlijn en wordt door JIRA onderschreven. Daarnaast is het wat JIRA betreft een goede ontwikkeling dat het niet voldoen aan uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen niet noodzakelijkerwijs leidt tot beëindiging van de WSNP, maar dat dit onder omstandigheden ook kan leiden tot een verlenging van de termijn van de schuldsaneringsregeling (tweede lid). Daarmee wordt maatwerk mogelijk gemaakt.

[1] Vergelijk Rechtbank Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84, rov. 4.4 waarin de rechtbank oordeelt dat de afkoelingsperiode noodzakelijk kan zijn bij het aanbieden van een akkoord in het kader van een gecontroleerde afwikkeling.

Artikel 369 (*homologatie van een onderhands akkoord*)
JIRA is van mening dat het nuttig is het begrip 'MKB-onderneming' te definiëren in de algemene bepalingen van Afdeling twee.

Artikel 371 (*aanbieding en stemming over het akkoord*)
Ten aanzien van de toevoeging aan lid 10 acht JIRA het wenselijk dat wanneer de schuldeisers de kosten van de herstructureringsdeskundige dragen, zij ook in de gelegenheid worden gesteld om hun zienswijze op het salaris van de herstructureringsdeskundige te geven. Het is echter van belang dat dit niet leidt tot onnodige kosten en/of vertraging in het WHOA-traject. Nu de rechter op grond van tiende lid geen beslissing kan nemen nadat de schuldeisers in de gelegenheid zijn gesteld hun zienswijze te geven, schuilt daarin het risico dat deze bepaling een vertragende werking heeft.

JIRA vraagt zich daarnaast af hoe deze regeling in de praktijk uitwerking zal krijgen, met name in de situatie dat een schuldenaar een groot aantal crediteuren heeft (bijvoorbeeld obligatiehouders).

Verder is in het Wetsontwerp opgenomen dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels gesteld kunnen worden omtrent de vaststelling van het salaris van een herstructureringsdeskundige. Gelet op de aard van de werkzaamheden van een herstructureringsdeskundige, ligt het wat JIRA betreft voor de hand herstructureringsdeskundigen vrij te laten om eigen (commerciële) tarieven te hanteren.

Ten aanzien van het nieuwe lid 15 acht JIRA het wenselijk dat reeds bij het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige om instemming van de schuldenaar zijnde een MKB-onderneming wordt verzocht, en niet pas op het moment dat de herstructureringsdeskundige het akkoord in stemming wenst te brengen. Het is waarschijnlijk dat dit de efficiëntie van het WHOA-traject ten goede komt.

Artikel 373 lid 4 (*aanbieding en stemming over het akkoord*)
JIRA meent dat door gebruikmaking van het woord 'verzuim' onnodig verwarring wordt geschept nu hiermee de indruk wordt gegeven dat de schuldenaar ten aanzien van die schulden in verzuim moet zijn. Het uitgangspunt van de Richtlijn is ruimer en spreekt over het niet voldoen van een schuld. Dit terwijl het niet voldoen van een schuld niet altijd tot verzuim leidt. JIRA beveelt daarom aan om artikel 373 lid 4 als volgt aan te passen: *het door de schuldenaar niet voldoen van een schuld die is ontstaan vóór de afkoelingsperiode*.

Artikel 376 (*aanbieding en stemming over het akkoord*)
De voorgestelde aanpassing van lid 4 volgt al uit de memorie van toelichting bij de WHOA en uit de rechtspraak. JIRA ondersteunt deze wettelijke codificatie.

Ten aanzien van de toevoeging aan artikel 10, ondersteunt JIRA dat door het woord '*kan*' ruimte wordt gecreëerd voor het maken van een belangenafweging. Een pand- of hypotheekhouder zal immers bijna altijd in zijn belangen worden geschaad wanneer deze zijn zekerheidsrechten niet kan uitoefenen. Desondanks kan een belangenafweging de afkoelingsperiode onder omstandigheden rechtvaardigen.

Artikel 384 (*homologatie van het akkoord*)
Op basis van het Wetsontwerp dient de rechtbank een verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen als de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord een nieuwe financiering of een bepaalde transactie aan wil gaan, terwijl redelijkerwijs aannemelijk is dat deze niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord **of** de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk zullen worden geschaad, waarbij de onderstreepte tekst nieuw is. Enerzijds staat JIRA achter het feit dat nieuwe financiering noodzakelijk moet zijn voor de uitvoering van het

akkoord. Anderzijds kan betwijfeld worden of de homologatie van een akkoord in alle gevallen geweigerd moet worden als die nieuwe financiering of de bepaalde transactie niet noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord, terwijl de belangen van de schuldeisers daardoor niet wezenlijk worden geschaad. Met name door de toevoeging van "een bepaalde transactie" krijgt de voorgestelde bepaling een zeer ruim toepassingsbereik als gevolg waarvan een transactie van beperkte omvang of relevantie tot weigering van de homologatie moet leiden indien zij niet noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord, terwijl de schuldeisers door die transactie niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad. JIRA stelt daarom voor het woord "of" te wijzigen in "en", ofwel het bereik van de bepaling te beperken tot financiering. Voor zover de bedoeling van de aanpassing van deze bepaling is om meer rechtshandelingen te kunnen beschermen, stelt JIRA voor om dit binnen de reikwijdte van art. 42a te brengen.

Tot slot

Met inachtneming van het vorenstaande beveelt JIRA invoering van het Wetsontwerp van harte aan.

Hoogachtend,

Vereniging Jonge Insolventierecht Advocaten (JIRA)
Vera Leferink (Voorzitter)
Marleen Jonckers (Vice-voorzitter)
Mary Barsoum (Secretaris)
Inge Lok (Penningmeester)

KIENHUIS HOVING
ADVOCATEN EN NOTARISSEN

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Indiening via www.internetconsultatie.nl

Utrecht, 3 mei 2021

Referentie : Consultatie Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie
Telefoon : +31 88 480 41 77
E-mail : david.bos@kienhuishoving.nl
Van : D.J. Bos, advocaat

Geachte minister,

KienhuisHoving advocaten en notarissen ("**KienhuisHoving**") maakt hierbij gebruik van de gelegenheid om een reactie te geven op het wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie.

Binnen KienhuisHoving wordt sinds jaar en dag vanuit de vestiging in Enschede een benoemingenpraktijk gevoerd. Sinds dit jaar wordt de benoemingenpraktijk ook gevoerd vanuit de vestiging in Utrecht. De rechtbank Overijssel resp. de rechtbank Midden-Nederland stelt regelmatig aan KienhuisHoving verbonden advocaten aan tot curator. Ook worden zij tot bewindvoerder in surseances van betaling benoemd. Sinds de invoering van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord aanvaarden zij ook aanwijzingen tot herstructureringsdeskundige en aanstellingen tot observator.

Onze reactie beperkt zich tot de implementatie van artikel 27 lid 4 van de Richtlijn herstructurering en insolventie, in de onderdelen B, C, E, G, O, AA en DD van de implementatiewet. Dat artikel maakt onderdeel uit van titel IV van de richtlijn en beoogt maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld.

Artikel 27 lid 4, tweede volzin van de richtlijn luidt als volgt: "*De lidstaten zorgen ervoor dat er geschikte procedures voorhanden zijn om eventuele geschillen over vergoeding te beslechten.*"

Het wetsvoorstel voorziet erin dat de rechtbank, voordat zij een beslissing neemt over het salaris van een curator in faillissement, een bewindvoerder in surseance van betaling of een bewindvoerder in WSNP, de belanghebbenden op door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid stelt een zienswijze te geven. Het gaat daarbij om een zienswijze op de

ADVOCATUUR Koningslaan 62 3583 GP Utrecht Postbus 14085 3508 SC Utrecht T +31 (0)88 480 41 67
info@kienhuishoving.nl

KVK 08124589 BTW NL8130.02.783.B01 ABN AMRO NL36ABNA0593408179 t.n.v. KienhuisHoving Stichting Derdengelden Advocatuur.
Al onze diensten worden verleend op basis van een overeenkomst gesloten met KienhuisHoving advocaten en notarissen, de handelsnaam van KienhuisHoving N.V., gevestigd te Enschede. Op deze overeenkomst en op toekomstige overeenkomsten zijn de algemene voorwaarden van KienhuisHoving N.V. van toepassing die onder meer een aansprakelijkheidsbeperking, een forumkeuze en een volmacht inhouden. De algemene voorwaarden zijn gedeponeerd bij de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo (nr. 7/2015) en staan op www.kienhuishoving.nl/algemene-voorwaarden. Wij zenden u op verzoek kosteloos een exemplaar.

definitieve beslissing ten aanzien van het salaris en niet over de voorlopige beslissing om een voorschot toe te kennen op het salaris. In het bijzonder is in de Memorie van Toelichting (p. 44) opgenomen: "*De wijziging brengt bijvoorbeeld mee dat als de schuldenaar of schuldeisers bezwaren hebben tegen de door de curator of bewindvoerder ingebrachte salarisspecificatie, zij deze bij de rechtbank naar voren kunnen brengen.*"

Hoewel wij hieronder onze opmerkingen plaatsen in het licht van het faillissement en de surseance van betaling, is de strekking daarvan ook van toepassing op de WSNP en de homologatie van een onderhands akkoord.

Opmerking 1

De Memorie van toelichting verklaart niet op welke grond er enige rol voor de schuldenaar of schuldeisers is voorzien in het kader van het proces dat tot definitieve vaststelling van het salaris van de curator of bewindvoerder leidt. Artikel 27 van de richtlijn schrijft die betrokkenheid niet voor. Evenmin is daarvoor in de preambule van de richtlijn een aanknoping te vinden. Enige rol van de schuldenaar of schuldeisers bij de vaststelling van het salaris dient daarom achterwege te blijven.

In dit kader brengen wij de conclusie van AG Timmerman van 7 maart 2014 onder de aandacht (ECLI:NL:PHR:2014:192), welke voorafging aan het art. 81 RO-arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:947). Timmermans verwijst naar het oordeel van de rechtbank in eerste aanleg: "*Voor wat betreft de verlangde bevelen om geen salarisverzoeken in te dienen, oordeelt de rechtbank dat het verzoek niet te verenigen is met het wettelijke stelsel, nu dat stelsel inmenging door derden bij de bepaling van het salaris van de curator uitsluit (zie rov. 3.4).*" Vervolgens: "*Dit oordeel van de rechtbank geeft – anders dan onderdeel (b) betoogt – geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, en is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.*"

Zie in dit kader ook Wessels, Insolventierecht IV, par. 4116:

> "*Horen schuldenaar*. De rechtbank behoeft de gefailleerde over het vaststellen van het salaris van de curator niet te horen. Een dergelijke verplichting vindt volgens de Hoge Raad geen steun in de geschiedenis, noch in het systeem van de Faillissementswet. Beschikkingen als bedoeld in art. 85, waaronder die tot vaststelling van het salaris van de curator, zijn naar hun inhoud administratieve beslissingen die in het kader van de gerechtelijke vereffening van de boedel of van de vernietiging of opheffing van het faillissement door de rechter worden genomen. Bij dergelijke beslissingen kan van 'partijen' die moeten worden gehoord geen sprake zijn. Een hoorrecht kan evenmin op art. 6 EVRM worden gebaseerd, omdat niet een civiel geschil aan de orde is. Ook kan de gefailleerde tegen de vaststelling niet in beroep komen (HR 19 januari 1990, NJ 1991/213, nt. EAA; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4002; vergelijk HR 3 juli 1989, NJ 1989/770), noch beroep in cassatie instellen (HR 12 november 1999, NJ 2000/52, nt. PvS). De Hoge Raad heeft deze zienswijze bevestigd in HR 23 februari 2001, JOR 2001/76. Uitvoeriger: Van Apeldoorn, diss. (2009), p. 108 e.v.
>
> Een en ander ligt anders bij de vaststelling van het salaris van een bewindvoerder in surseance op grond van art. 250 lid 1. Vergelijk Wessels Insolventierecht VIII 2014/8271 e.v. In tegenstelling tot een gefailleerde, is de gesurseëerde hierbij direct belanghebbende, in die zin dat de vaststelling een vordering tegen hem als schuldenaar schept. Een gesurseëerde moet dus wel worden gehoord en is ondanks het bepaalde in art. 282 in beginsel ontvankelijk in hoger beroep, aangezien hoor en wederhoor tot de fundamentele beginselen van procesrecht behoren, zie Hof Amsterdam 4 mei 1994, NJ 1994/491.
>
> *Invloed derden op salarisvaststelling.* Derden hebben geen bemoeienis met de bepaling van het salaris, zie Rb. Amsterdam 16 oktober 1936, NJ 1936, p. 1061 e.v. (op andere grond vernietigd bij HR 7 december 1936, NJ 1937, p. 388); Rb. Rotterdam 30 juli 2008, LJN BF1951; JOR 2008/318. Het 'horen' van de crediteuren is niet aan de orde omdat ook zij geen 'partij' zijn, vergelijk HR 12 november 1999, NJ 2000/52, nt. PvS."

Opmerking 2

In faillissement geldt als uitgangspunt dat de rechtbank het salaris van de curator vaststelt (art. 71 lid 1 Fw) en dat de rechter-commissaris in dat kader voorafgaand wordt gehoord (art. 65 Fw). De beslissing tot vaststelling van het salaris wordt door de rechtbank in het hoogste ressort gewezen (art. 85 Fw). Er staat dus geen hogere voorziening open. Zie verder Verstijlen, T&C Insolventierecht, art. 85 Fw, aant. 1: "*Cassatie is in gevallen als bedoeld in het artikel wel mogelijk (art. 78 Wet RO, art. 426 lid 1 Rv) (HR 3 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8474, NJ 1989/770).*"

In surseance van betaling wordt het loon van de bewindvoerder bepaald door de rechtbank (art. 250 lid 1 Fw). Tegen die beslissing staat geen hogere voorziening open (art. 282 Fw). Zie verder Van Sint Truiden, T&C Insolventierecht, art. 282 Fw, aant. 2: "*Door de woorden 'en behoudens de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet', welke zijn toegevoegd in de MvA voorafgaand aan de wet van 7 februari 1935, Stb. 1935, 141, wordt duidelijk dat, anders dan art. 85 ten aanzien van faillissement bepaalt, ook beroep in cassatie uitgesloten is, tenzij uitdrukkelijk toegestaan.*"

In het kader van de implementatie van artikel 27 lid 4, tweede volzin van de richtlijn zou het ten behoeve van de curator en bewindvoerder open stellen van hoger beroep (en cassatie) tegen een beslissing tot vaststelling van het salaris resp. het loon passend zijn. Daarmee wordt voldaan aan de noodzaak dat er een geschikte procedure voorhanden is om eventuele geschillen over de vergoeding te beslechten. Meer is niet noodzakelijk in het kader van de implementatie van deze bepaling.

Opmerking 3

Als gekozen wordt voor de invoering van het recht om een zienswijze te geven op de definitieve vaststelling van het salaris van de curator en het loon van de bewindvoerder, dan dient gewaakt te worden dat dit geen verkapte procedure wordt waarbij de schuldenaar en/of schuldeisers - achteraf - klagen over de wijze waarop de curator of bewindvoerder zich van zijn of haar wettelijke taak heeft gekweten. De procedure tot vaststelling van het salaris resp. loon is daartoe niet geëigend.

De geëigende weg om in faillissement op te komen tegen handelingen van de curator wordt gevonden in art. 69 Fw, dan wel via de mogelijkheid om een met redenen omkleed verzoek te doen tot ontslag van de curator (art. 73 lid 1 Fw). In surseance bestaat een vergelijkbare regeling omtrent ontslag (art. 224 lid 2 Fw).

De Memorie van toelichting zou concreter tot uitdrukking moeten brengen dat een zienswijze procedure geen instrument is om te klagen over de taakuitoefening van de curator of de bewindvoerder. Er zou slechts een summiere toets moeten plaatsvinden ten aanzien van de juistheid van de berekening van het salaris, zonder dat op detailniveau iedere handeling van de curator of bewindvoerder onder het vergrootglas van anderen dan de rechter-commissaris en de rechtbank komt te liggen. Meer is niet nodig, omdat de rechter-commissaris reeds wordt gehoord bij de vaststelling van het salaris en de rechtbank al toetst of het salaris overeenkomstig het voorstel kan worden vastgesteld.

Opmerking 4

Uit de Memorie van toelichting (p. 44) volgt dat door de schuldenaar en schuldeisers bezwaren bij de rechtbank kenbaar gemaakt kunnen worden tegen de door de curator of bewindvoerder ingebrachte salarisspecificatie. Het verdient aanbeveling om in de Memorie van toelichting expliciet op te nemen dat deze salarisspecificatie niet meer omvat dan een totale urenopgave van de curator en de door hem ingeschakelde kantoorgenoten, vermeerderd met het van toepassing zijnde uurtarief. Eventueel zou daarbij per tijdschrijfgroep (zie de Recofa-richtlijnen) een totaaltelling toegevoegd kunnen worden.

Wij menen dat het te verstrekkend en onwenselijk is indien schuldeisers en schuldenaren recht op inzage zouden krijgen van de gedetailleerde tijdregistratie die verplicht bijgehouden dient te worden. Onderdeel van de tijdregistratie is een korte aanduiding met wie is gesproken of gecorrespondeerd, of het onderwerp waarop de studie of het overleg betrekking heeft gehad (art. 6.1. sub d onder v. Recofa-richtlijnen). Deze tijdregistratie bevat informatie die naar ons oordeel als vertrouwelijk aangemerkt dient te worden. Als voorbeeld noemen wij dat daaruit bijvoorbeeld afgeleid kan worden welke personen (belastende) verklaringen hebben afgelegd in het kader van het rechtmatigheidsonderzoek van de curator. Het is onwenselijk dat deze informatie via de zienswijze procedure voor derden toegankelijk kan worden. We hechten eraan om het privacy-aspect onder uw aandacht te brengen. Gesprekken en correspondentie die vertrouwelijk worden gevoerd dienen ook vertrouwelijk te blijven, waarbij aangetekend wordt dat de rechter-commissaris en de rechtbank daar vanzelfsprekend wel zicht op dienen te hebben via de tijdregistratie of anderszins.

Daarbij is tevens van belang dat de curator en of bewindvoerder reeds via de openbare verslaglegging (art. 73a Fw resp. 227 Fw) richting belanghebbenden verantwoording afleggen.

Opmerking 5

Als een zienswijze mogelijk wordt, dan dient gewaakt te worden voor vertraging bij de vaststelling van het salaris van de curator. In dat geval dienen korte termijnen gehanteerd te worden. Tevens dient aandacht besteed te worden aan de wijze waarop kenbaar gemaakt wordt dat een definitief salarisverzoek is ingediend. Volstaan zou moeten kunnen worden met een publicatie via het centraal insolventieregister. Daarnaast is een behandeling van een verzoek tot salarisbepaling door de rechtbank in raadkamer passend.

* * *

Onze reactie mag openbaar zijn.

Op verzoek zijn wij graag bereid een nadere toelichting te geven op de inhoud van onze reactie.

Met vriendelijke groet,
KienhuisHoving N.V.

D.J. Bos

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

Ingediend via www.internetconsultatie.nl
Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer dr. mr. F.B.J. Grapperhaus

Den Haag, 29 april 2021
dossiernummer: 201057
uw kenmerk: n.v.t.
telefoonnummer: +31 (0)6 23 26 16 64
e-mail: u.bilstra@advocatenorde.nl

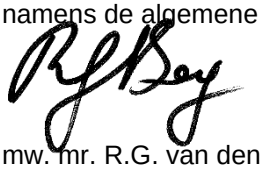
Betreft: Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie

Geachte minister,

Op 2 april 2021 is de internetconsultatie ‘Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie’ gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissie insolventierecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie insolventierecht

Bezoekadres
Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Van:	adviescommissie insolventierecht
Datum:	29 april 2021
Betreft:	**wijziging van de Faillissementswet in verband met de implementatie van de Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18 (Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie)**

Inleiding

Op 20 juni 2019 is vastgesteld de Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (hierna: de **Richtlijn**).

De Richtlijn bepaalt dat iedere lidstaat erin moet voorzien dat:

1. een onderneming in financiële moeilijkheden toegang heeft tot een doeltreffend preventief herstructureringsstelsel dat de mogelijkheid biedt insolventie te voorkomen;
2. een natuurlijke persoon die een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent (hierna: ondernemer), een tweede kans kan krijgen in de vorm van een kwijtschelding van zijn schuld en de opheffing van een eventueel bij de faillietverklaring opgelegd beroepsverbod;
3. procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld efficiënter worden en daardoor minder lang duren, en
4. informatie over de effectiviteit van insolventieprocedures wordt verzameld.

De Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (het **Wetsvoorstel**) strekt ter implementatie van de Richtlijn.

Het advies van de adviescommissie insolventierecht van de Nederlandse orde van advocaten (**adviescommissie**)[1] inzake het Wetsvoorstel treft u in het navolgende aan.

[1] De adviescommissie bestaat uit Frauke van der Beek, Marike Boersen, Karen Harmsen, Bert Jansen, Olaf Poorthuis, Robbert Jan van der Weijden en Thijs van Zanten.

1. Algemeen – Memorie van Toelichting

Het algemeen deel van de Memorie van Toelichting start met een beschrijving van het doel en de inhoud van het wetsvoorstel (hoofdstuk 1) en vervolgt met een schets op hoofdlijnen van de Richtlijn (hoofdstuk 2). Hoofdstuk 3 van de Memorie van Toelichting ziet op de wijze van implementatie van de Richtlijn. De hoofdstukken 3.1 en 3.2 geven de adviescommissie geen aanleiding tot nadere opmerkingen.

Hoofdstuk 3.3 ziet op de maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van insolventieprocedures. De Memorie van Toelichting begint met het inventariseren van bepalingen uit de huidige Faillissementswet (voornamelijk ten aanzien van de gehanteerde korte termijnen binnen insolventieprocedures), de Wet Modernisering Faillissementsprocedure (waaronder uitbreiding van digitale communicatie en betere inzet gespecialiseerde rechters-commissarissen) en er wordt verwezen naar de diverse richtlijnen van o.a. Recofa. De Memorie van Toelichting wekt daarmee de indruk dat Nederland al grotendeels voldoet aan de Richtlijn.

Art. 26 en 27 van de Richtlijn hebben betrekking op – kort gezegd – de vereisten voor benoeming van de herstructurerings- en insolventiedeskundigen respectievelijk het toezicht op die deskundigen. Blijkens de instructie van de EU dienen de lidstaten erop toe te zien dat de te benoemen deskundigen adequaat worden opgeleid en beschikken over de voor hun taken vereiste deskundigheid, dat de voorwaarden voor en de procedure van de benoeming duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn, dat deze kenmerken ook in aanmerking worden genomen bij een benoeming in een specifieke zaak en – tot slot – dat schuldenaren en schuldeisers bezwaar kunnen maken tegen een benoeming van een deskundige.

Wat betreft het toezicht op deskundigen dienen lidstaten te voorzien in gepaste toezichts- en regelgevingsmechanismen om het werk van de deskundige daadwerkelijk te controleren. De informatie hierover moet voor het publiek beschikbaar zijn, gedragscodes moeten worden aangemoedigd en de vergoeding dient bij te dragen aan een efficiënte afwikkeling van de procedure.

De Memorie van Toelichting verwijst o.a. naar de Recofa-Uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders van 15 maart 2013, waarin een aantal uitgangspunten staat geformuleerd die dienen te worden gehanteerd bij de beoordeling van een verzoek tot plaatsing op de curatorenlijst. De Memorie van Toelichting meldt dat als een curator of bewindvoerder niet langer aan de eisen voldoet, hij van de lijst kan worden geschrapt. Ondanks dat de Memorie van Toelichting zelf ook aangeeft dat nadere landelijke criteria voor benoeming ontbreken, geeft de Memorie van Toelichting een onjuist beeld van de status van de Recofa-richtlijnen. De in de Recofa-Richtlijnen genoemde voorwaarden zijn immers geen eisen, maar ‘het gaat om uitgangspunten, niet om dwingende voorschriften en evenmin om (bindend) beleid’ (citaat uit het voorwoord van de Recofa-Uitgangspunten). Uit onderzoek verricht door mr. J.B.A. Jansen, lid van de adviescommissie, onder de faillissementscommissies en een gesprek met Recofa is hem gebleken dat van de Recofa-Uitgangspunten daadwerkelijk wordt afgeweken, althans dat de verschillende rechtbanken elk een eigen beleid hanteren dat met het komen en gaan van rechters-commissarissen kan wijzigen en waarbij het vervolgens voor de meeste faillissementscommissies zelden duidelijk is welk beleid wordt gevoerd. Zijn constatering is dan ook dat momenteel niet wordt voldaan aan art. 26 van de Eu-Herstructureringsrichtlijn. Een enkele aanscherping van de Recofa-Uitgangspunten, zoals genoemd in de Memorie van Toelichting, acht mr. Jansen dan ook

onvoldoende om alsnog aan de Richtlijn te kunnen voldoen. De aangekondigde algemene maatregelen van bestuur zullen een belangrijke inhoudelijke functie dienen te krijgen.

Voor herstructureringsdeskundigen en observators bestaan inderdaad in het geheel nog geen regels, zoals de Memorie van Toelichting terecht beschrijft. Gelet op de recente inwerkingtreding van de WHOA is dat ook nog niet zo verwonderlijk. Echter, gelet op het feit dat na de inwerkingtreding van de WHOA voorzichtig geconstateerd kan worden dat de WHOA voldoet aan een behoefte en van de regeling vrij goed gebruik wordt gemaakt in de praktijk, is een spoedig formulering van benoemingenbeleid voor deze functionarissen gewenst.

Anders dan bij curatoren en WHOA-functionarissen is de benoeming van WSNP-bewindvoerders redelijk goed geregeld. De voor hen geldende Recofa-richtlijnen zijn meer uitgewerkt.

De adviescommissie juicht de aanpassing in de Faillissementswet toe om bij maatregelen van bestuur nadere regels te stellen omtrent de aanstelling van curatoren, bewindvoerders en WHOA-functionarissen. Dit gaat echter verder dan een enkele aanscherping van de Recofa-Uitgangspunten. De voorwaarden voor benoeming spelen ook een rol bij de voorwaarden om weer te kunnen worden ontslagen of geschrapt. De voorwaarden voor benoembaarheid en toezicht hangen mede af van de invulling van de taak van de insolventiedeskundige. De inhoud van die taak dient dan ook nader ingevuld te worden, aangezien ook die taakomschrijving niet in de Faillissementswet is terug te lezen, anders dan de algemene norm van – bijvoorbeeld – art. 68 lid 1 Fw. Aangezien de wetgever er de laatste jaren voor heeft gekozen specifieke taken aan de curator toe te wijzen (fraudeonderzoek) en ook de jurisprudentie aanvullende taken van de curator heeft benoemd (maatschappelijke belangen in verhouding tot belangen van individuele schuldeisers), is het zaak een duidelijke, transparante en voor elke functionaris geldende taakomschrijving te komen. Eerst nadat een wettelijke taakomschrijving voorhanden is, kan worden getoetst of een insolventiedeskundige conform zijn taak handelt en al dan niet als zodanig aan kan blijven. Hierover besluiten kan alleen na een diepgaande, principiële discussie.
Temeer tegenwoordig insolventiedeskundigen substantieel hebben geïnvesteerd in een kantoororganisatie dat afgestemd is op de insolventiepraktijk en de daaraan te stellen praktijkeisen, terwijl de overheid (vanzelfsprekend) geen garantie kan geven dat de desbetreffende insolventiedeskundige ook daadwerkelijk wordt benoemd, mag wel van de wetgever worden verwacht dat – conform de instructie van de Richtlijn – duidelijke en transparante regels worden gesteld waardoor men kan weten of men in elk geval al dan niet benoembaar is. In het verleden zijn procedures gevoerd door advocaten die als curator werden geschrapt, terwijl niet duidelijk was waarom zij waren geschrapt. Het is de verantwoordelijkheid van de overheid als ‘opdrachtgever’ voor curatoren dergelijke onduidelijkheid zo veel mogelijk te voorkomen. Daar is meer voor nodig dan een enkele aanscherping van de Recofa-Uitgangspunten. Belangrijker dan deze implementatiewetgeving zal dan ook de invulling ervan zijn in de aangehaalde algemene maatregelen van bestuur.

Ook de overige hoofdstukken in het algemeen deel van de Memorie van Toelichting geven de adviescommissie geen aanleiding tot het maken van opmerkingen.

2. Artikelsgewijs commentaar

Artikel I betreft voorgestelde wijzigingen in de Faillissementswet.

De onderdelen A tot en met C geven geen aanleiding tot nadere opmerkingen. De adviescommissie verwijst naar hetgeen hiervoor is opmerking bij hoofdstuk 3.3 van de Memorie van Toelichting.

Met onderdeel D wordt het per 1 januari 2021 ingevoerde artikel 42a Fw gewijzigd in verband met het bepaalde in de artikelen 17 en 18 van de Richtlijn. De adviescommissie kan zich vinden in de verduidelijking van het huidige artikel 42a aanhef en onder a Fw in het nieuwe artikel 42a lid 1 onder a Fw, waardoor duidelijk wordt dat de machtiging ex artikel 42 Fw niet alleen bescherming biedt aan rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten maar ook voor rechtshandelingen die verband houden met de voorbereiding van het akkoord zelf. Omdat met artikel 42a Fw een uitzondering wordt gemaakt op artikel 42 Fw is het inderdaad noodzakelijk dat over de reikwijdte van deze uitzondering geen – althans zo min mogelijk – onduidelijkheid bestaat.

De beoogde toevoeging van lid 2 aan artikel 42a Fw is logisch gezien het feit dat het mogelijk is dat een verzoek tot machtiging ex artikel 42a Fw de eerste maal is dat de rechter wordt betrokken in het kader van een WHOA procedure. Dan moet de schuldenaar een keuze maken voor een openbare of besloten procedure. Met deze toevoeging aan artikel 42a Fw wordt duidelijk dat de schuldenaar dit ook moet doen wanneer een verzoek tot machtiging ex artikel 42a Fw het eerste verzoek is dat wordt gedaan aan de rechter.

Onderdeel E geeft de adviescommissie geen aanleiding tot opmerkingen.

Onderdeel F betreft een voorgestelde wijziging van artikel 215 Fw en vloeit voort uit de implementatie van artikel 26 lid 1 van de Richtlijn. In de toelichting op deze wijziging in de Memorie van Toelichting wordt gewezen op de door Recofa ontwikkelde richtlijnen ten aanzien van de procedure en de voorwaarden voor de benoeming van onder meer bewindvoerders in surseance. De adviescommissie stemt in met het stellen van nadere regels aan de benoeming van bewindvoerders maar verwijst voor de toereikendheid van de Recofa-Richtlijnen op dit punt naar de algemene opmerkingen over hoofdstuk 3.3 van de Memorie van Toelichting.

De onderdelen G en O dienen ter implementatie van artikel 27 lid 4 van de Richtlijn. Uit de toelichting op deze onderdelen volgt dat de Recofa-Richtlijnen voor de surseance van betaling bepalingen bevatten die zien op de salarisvaststelling. Gesteld wordt dat deze bepalingen een efficiënt verloop van de surseance van betaling bevorderen en daarmee goed aansluiten bij artikel 27 van de Richtlijn. Om ervoor te zorgen dat dit blijvend het geval is, wordt aan artikel 250 Fw een lid toegevoegd dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels gesteld kunnen worden omtrent de vaststelling van het salaris van bewindvoerder. Dit nieuwe artikel 250 lid 3 Fw wordt ook van toepassing indien de surseance van betaling op verzet wordt beëindigd (artikel 215a Fw). De adviescommissie kan zich vinden in het toevoegen van de mogelijkheid om de regels voor salaris vaststelling te wijzigen bij algemene maatregel van bestuur. Wel vraagt de adviescommissie zich af waarop de stelling in de Memorie van Toelichting dat de thans geldende regels voor de vaststelling van het salaris van de bewindvoerder conform het bepaalde in de Recofa-Richtlijnen een efficiënt verloop van de surseance bevordert, is gebaseerd. In zijn algemeenheid kan niet worden gesteld dat het vergoeden van de door de bewindvoerder gemaakte uren leidt tot een efficiënt verloop van de procedure.

De onderdelen H-N en P-Y dienen ter implementatie van het bepaalde in artikel 27 van de Richtlijn, op grond waarvan aan Lidstaten de eis wordt gesteld erin te voorzien dat gepast toezicht op de bewindvoerder in surseance van betaling wordt gehouden. Dit leidt tot de aanpassing van een aantal artikelen in de regeling van de surseance van betaling, waarin nog werd uitgegaan van de mogelijke benoeming van een rechter-commissaris. In lijn met de ook al bestaande praktijk en de bepalingen in de Richtlijn is de voorgestelde wijziging dat in alle surseances van betaling een rechter-commissaris wordt benoemd, logisch.
Tegelijk wordt ook de inhoudelijke taak van rechter-commissaris uitgebreid. In de Memorie van Toelichting wordt niet expliciet duidelijk dat deze voorgestelde wijziging ook voortvloeit uit de Richtlijn. Impliciet lijkt te worden betoogd dat de verruiming van de taak van de rechter-commissaris bijdraagt aan de door artikel 27 van de Richtlijn vereiste waarborg dat bewindvoerders hun werkzaamheden doeltreffend, bekwaam en op onpartijdige en onafhankelijke wijze uitvoeren. Wanneer dit inderdaad het aan deze wijziging onderliggende betoog is, verdient het aanbeveling dit ook expliciet te maken in de Memorie van Toelichting.
Onderdeel J wordt in de Memorie van Toelichting afzonderlijk toegelicht. Naar de mening van de adviescommissie vloeit de voorgestelde wijziging van artikel 224a Fw logisch voort uit artikel 26 lid 1 van de Richtlijn.

De onderdelen Z en AA geven de adviescommissie geen aanleiding tot nadere opmerkingen.

Onderdeel BB beoogt ter implementatie van artikel 23 leden 2 en 3 van de Richtlijn artikel 349a Fw te wijzigen. Het huidige artikel 349a maakt verlenging van de schuldsaneringstermijn mogelijk – een verlenging van de termijn dat de schuldenaar aan de WSNP regels moet voldoen. Dit is een uitzondering op tussentijdse beëindiging of niet verlenen van de schone lei aan het einde van de drie jaar, terwijl daar dan wel gronden voor aanwezig zijn. De termijn dat de schuldenaar aan de WSNP regels moet voldoen kan worden verlengd van drie naar vijf jaar.

De Richtlijn staat een dergelijke verlenging van de kwijtscheldingstermijn toe, maar vereist wel dat verlenging alleen plaats vindt in bepaalde, welomschreven omstandigheden en dat deze afwijking – van de drie jaar – naar behoren gerechtvaardigd is (zie artikel 23 lid 2 en 3 van de Richtlijn). In het onderhavige wetsvoorstel wordt artikel 349a, eerste en tweede lid, Fw daarom iets aangescherpt. Verduidelijkt wordt op welke gronden verlenging van de schuldsaneringstermijn mogelijk is (artikel I, onderdeel BB). De wijzigingen zijn naar de mening van de adviescommissie helder en daarmee wordt ook de in de Richtlijn beoogde aanscherping bereikt. Van belang is dat verlenging in plaats van tussentijdse beëindiging of weigering schone lei enkel gerechtvaardigd is indien de verwachting bestaat dat de schuldenaar de schuldsaneringsregeling alsnog tot een goed einde zal weten te brengen. Het effect is dat het de rechter/rechter-commissaris (beter) moet motiveren waarom er wordt afgeweken van de geldende drie jaar. Als daar goede gronden voor bestaan, dan is verlenging opportuun en dient dit ook het hogere doel om natuurlijke personen een tweede kans te gunnen. Doel van de WSNP is immers om te voorkomen dat een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie terecht is gekomen tot in lengte van jaren met zijn schulden kan worden achtervolgd.

Met de onderdelen BB tot en met MM worden wijzigingen voorgesteld in Titel 4.2 (WHOA) van de Faillissementswet. Deze voorgestelde wijzigingen geven de adviescommissie geen aanleiding tot nadere opmerkingen.
De artikelen II tot en met V geven de adviescommissie geen aanleiding tot nadere opmerkingen.

Nederlandse Vereniging van Banken

CONSULTATIEREACTIE

Reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken

Datum: 3 mei 2021

Inleiding

De NVB heeft kennis genomen van het in consultatie gebrachte voorstel voor de 'Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie' en van de memorie van toelichting (MvT) daarop. De NVB maakt graag gebruik van de mogelijkheid daarop te reageren.

Zoals al blijkt uit de Transponeringstabel Richtlijn (EU) 2019/1023 betreffende herstructurering en insolventie, die onderdeel uitmaakt van de MvT, hoeft het merendeel van de artikelen niet meer te worden geïmplementeerd, aangezien veel van de bepalingen daaruit al onderdeel uitmaken van de per 1 januari 2021 in werking getreden Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA).
Bij enkele artikelen die wel nog implementatie behoeven en met name ook bij de MvT heeft de NVB een aantal vragen en opmerkingen. Omdat de reactietermijn kort is volstaat de NVB in dit stadium met een reactie op de voor banken belangrijkste onderdelen.

Reactie NVB per onderdeel

1. <u>Implementatie Richtlijn in WHOA (paragraaf 3.1. MvT, pag. 20) is goede keuze</u>

   Het Ministerie heeft ervoor gekozen om ter implementatie van de Richtlijn geen wijzigingen door te voeren in de surseance van betaling, maar in de WHOA. De laatste is natuurlijk al bij totstandkoming zoveel mogelijk afgestemd op de Richtlijn.

   Commentaar NVB

   De NVB is van mening dat informele herstructureringen vaak niet alleen effectiever zijn dan formele herstructureringen, maar ook tegen relatief lage kosten kunnen worden uitgevoerd. Herstructureringen langs minnelijke weg verdienen daarom de voorkeur boven formele procedures. In een aantal gevallen is een formele procedure echter noodzakelijk. De WHOA is wat de NVB betreft daarvoor de aangewezen procedure, dit in tegenstelling tot de andere formele herstructureringsprocedure, de surseance van betaling.
   In de eerste plaats is dit praktisch: de WHOA voldoet al grotendeels aan de richtlijn. In de tweede plaats zal door verdere implementatie van de Richtlijn de WHOA versterkt worden en naar

verwachting de meest gebruikte formele procedure voor herstructureringen worden.
De surseance van betaling wordt in de praktijk om diverse redenen niet meer als een reële optie voor een formele herstructureringsprocedure gezien. De NVB veronderstelt dat deze redenen bekend zijn en zal daar op deze plaats niet verder op in gaan. Alhoewel de ervaringen nog beperkt zijn, zo kort na de invoering van de WHOA, lijkt de WHOA voor de herstructureringspraktijk een goed alternatief voor de surseance te zijn. Een verdere versterking van de WHOA door de implementatie van de laatste bepalingen uit de Richtlijn is een duidelijke keuze voor de WHOA als herstructureringsprocedure.

2. <u>Totstandkoming akkoord op initiatief van derden (paragraaf 3.1. MvT, pag 20)</u>
Volgens de Memorie van Toelichting is het op grond van de Richtlijn nodig dat als de schuldenaar een MKB-onderneming drijft, deze moet instemmen met de herstructureringsprocedure. Omdat de benoeming van de herstructureringsdeskundige de aanvang van de procedure markeert, stelt het Ministerie daarom voor om artikel 371 van de Faillissementswet zodanig aan te passen, dat de rechter een verzoek van een schuldeiser om een herstructureringsdeskundige aan te wijzen alléén kan toewijzen als de MKB-schuldenaar daarmee instemt. Als de MKB-schuldenaar een rechtspersoon is, zal het bestuur van die rechtspersoon een goede reden moeten hebben om de benoeming van een herstructureringsdeskundige te weigeren. Indien de MKB-schuldenaar geen goede reden aanvoert kan de rechter de benodigde instemming verlenen.

Commentaar NVB:
De NVB begrijpt deze regeling aldus, dat deze probeert bij een in de ogen van een schuldeiser kennelijk noodzakelijke herstructurering van de schulden van een MKB-schuldenaar/rechtspersoon een balans te vinden tussen de belangen van de schuldeiser en de schuldenaar. De MKB-schuldenaar kan immers weigeren om in te stemmen met benoeming van een herstructureringsdeskundige en daarmee een WHOA-traject tegenhouden, maar een schuldeiser kan de rechter in dat geval vragen om de weigering van (het bestuur van) de MKB-schuldenaar te toetsen.
De NVB begrijpt dat bij MKB-schuldenaren (die rechtspersoon zijn) de belangen van de MKB-schuldenaar en diens aandeelhouder voorop worden gesteld. Dat mag echter niet ten koste gaan van het belang van een schuldeiser om de rechter om een oordeel te vragen als het bestuur van een schuldenaar niet instemt met de benoeming van een herstructureringsdeskundige. De visie van bestuur en/of aandeelhouder op de onderneming en hun belangen daarin kunnen afwijken van de visie van een of meer schuldeisers. In de praktijk is nu reeds een dergelijk geval aan de orde. Een schuldeiser kan er belang bij hebben en een momentum ervoor benutten om door

middel van een “loan to own strategie” de facto het bestuur en uiteindelijk de belangen van de aandeelhouder over te nemen. In dergelijke situaties is een rechterlijke toetsing nodig om de belangen van de verschillende stakeholders op juiste wijze tegen elkaar af te wegen.
De vraag daarbij is, hoe de rechter het beste kan beoordelen of de weigering van het bestuur om in te stemmen met de benoeming van een herstructureringsdeskundige redelijk is. Welke argumenten moet (het bestuur van) de schuldenaar daarvoor aanvoeren? Moet het bestuur bijvoorbeeld aannemelijk kunnen maken dat de financiële problemen nog oplosbaar zijn en de belangen van de aandeelhouders ook ogenschouw moeten worden genomen? Hoe gaat de rechter om met de stelling van het bestuur van de MKB schuldenaar dat de schuldeiser andere belangen heeft om de schuldenaar te dwingen een WHOA traject te volgen? Wet, toelichting en jurisprudentie geven hier geen richting. De NVB vraagt zich af of dit niet verduidelijkt zou kunnen worden in de MvT, mede in het belang van een efficiënte en voorspelbare herstructurerings- en insolventiepraktijk.

3. <u>Nieuwe financiering (paragraaf 3.1. MvT, pag 22)</u>
   Voorgesteld wordt om artikel 384 Faillissementswet, waarin de dwingende afwijzingsgronden voor homologatie van een akkoord zijn opgenomen, als volgt te wijzigen:

   > “... de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord een nieuwe financiering of een bepaalde transactie aan wil gaan, terwijl redelijkerwijs aannemelijk is dat deze niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk zullen worden geschaad.”

   In de MvT wordt hierover vermeld:

   > “In het kader van de homologatie van een akkoord toetst de rechter of de nieuwe financiering er niet toe leidt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers wezenlijk zullen worden geschaad. Hieraan wordt, gelet op artikel 10 lid 2, onderdeel e, van de richtlijn, toegevoegd dat de rechter ook toetst of de nieuwe financiering noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord. Is niet voldaan aan deze voorwaarden, dan wijst de rechter een verzoek tot homologatie van het akkoord waarbij sprake is van een nieuwe financiering af. “

Commentaar NVB

De NVB gaat er van uit dat “nieuwe financiering” in het voorgestelde artikel de betekenis heeft die daaraan in de herstructureringsrichtlijn is gegeven, te weten “elke nieuwe financiële bijstand waarin wordt voorzien door een bestaande of nieuwe schuldeiser teneinde een herstructureringsplan uit te voeren en die in dat herstructureringsplan is inbegrepen” (artikel 2 lid 1 onderdeel 7 Richtlijn). Om alle stakeholders in staat te stellen om de levensvatbaarheid van een bedrijf te beoordelen is het inderdaad van belang dat de nieuwe financiering in haar geheel wordt opgenomen in het herstructureringsplan. Voor de volledigheid zou het goed zijn dit in de MvT op te nemen.

Volgens de voorgestelde tekst van artikel 384 Faillissementswet zal de rechter moeten gaan beoordelen of de nieuwe financiering “onmiddellijk noodzakelijk” is voor de uitvoering van het akkoord en of de belangen van andere schuldeisers door de nieuwe financiering worden geraakt. Als een van beide oordelen negatief is moet de rechter het verzoek tot homologatie van het akkoord afwijzen. Uit de MvT wordt niet helder welke gevallen de wetgever voor ogen heeft.

Een nieuwe financiering in het kader van een WHOA-traject zal vrijwel altijd een zeer nauwe samenhang hebben met de herstructurering en het akkoord dat in het belang van alle stakeholders wordt aangeboden.

De NVB wijst er in dit verband op dat banken in de praktijk meestal aan bedrijven een totaalpakket aan financiering aanbieden. Dit totaalpakket bestaat uit verschillende onderdelen, elk met een eigen bestedingsdoel. Het is bijvoorbeeld goed denkbaar dat een bank, in het kader van een akkoord, een (nieuwe) financiering verstrekt bestaande uit een onderdeel voor de betaling van de in het akkoord aangeboden uitkeringen aan andere schuldeisers, een onderdeel voor het financieren van een noodzakelijke investering en een onderdeel werkkapitaalfinanciering[1]. De NVB vraagt zich af hoe de rechter zo’n situatie zal beoordelen als de rechter gevraagd wordt om het akkoord goed te keuren. Is in het omschreven geval sprake van een financiering (althans een deel daarvan) die “niet onmiddellijk noodzakelijk” is voor de uitvoering van het akkoord, of kan worden gesteld dat deze wel dient ter uitvoering van het akkoord?

[1] Een voorbeeld van het feit dat een bank in het kader van een akkoord een financiering verstrekt die uit meerdere onderdelen bestaat is te vinden in uitspraken van de Rechtbank te Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2021:1768 en ECLI:NL:RBROT:2021:1769).

De NVB is van mening dat een financieringsmix geen beletsel mag zijn voor homologatie van het aangeboden akkoord. Integendeel, een dergelijke financiering is juist noodzakelijk voor het kunnen laten slagen van een herstructurering en het kunnen laten voortbestaan van de onderneming. De NVB gaat er vanuit dat de Richtlijn niet de bedoeling heeft om een dergelijke gemengde financiering in het kader van een akkoord te voorkomen. Verder is het woord "onmiddellijk" niet voorgeschreven in artikel 10 lid 2 sub e van de Richtlijn.
Op grond van het voorgaande stelt de NVB dan ook voor om het woord "onmiddellijk" in de voorgestelde tekst van artikel 384 Fw te schrappen en in de Memorie van Toelichting te verduidelijken dat de hiervoor beschreven financieringsmix geen beletsel is voor homologatie.

4. <u>Verantwoordelijkheid bestuurders bij dreigende insolventie (paragraaf 3.1. MvT, pag 23)</u>

In de Memorie van Toelichting wordt uitgebreid ingegaan op de vraag met welke belangen bestuurders rekening moeten houden bij dreigende insolventie en wat bestuurders moeten doen om een faillissement te voorkomen. Uit de MvT volgt dat het Ministerie van oordeel is dat het niet nodig is om de betreffende bepalingen van de Richtlijn (met name artikel 19) in de Nederlandse wet te implementeren.

Commentaar NVB

De NVB deelt de conclusie van het Ministerie en is van mening dat de normen in het Nederlandse recht al voldoende helder zijn. Het is niet nodig daarover nieuwe of aanvullende regels in te voeren. De NVB doet nog wel de suggestie om in de MvT ook te verwijzen naar de zogenaamde "Beklamel-norm". Volgens de Beklamel-norm handelt de bestuurder van een vennootschap onrechtmatig jegens een schuldeiser, als hij namens die vennootschap verplichtingen is aangegaan, terwijl hij wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de schuldeiser op grond daarvan zou lijden. De "Beklamel-jurisprudentie" normeert in de rechtspraktijk dan ook het handelen van bestuurders van ondernemingen die financiële problemen hebben.

5. <u>Maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van insolventieprocedures (paragraaf 3.3 MvT)</u>

In de Richtlijn zijn diverse eisen gesteld aan een efficiënte afwikkeling van insolventieprocedures. Voor een groot deel voldoen de Nederlandse insolventieprocedures en aanverwante regelgeving al aan de eisen die in de Richtlijn zijn gesteld.
In het wetsvoorstel is bepaald dat bij AMVB nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de vaststelling van het salaris van de curator respectievelijk de bewindvoerder.

Commentaar NVB

De NVB onderschrijft dat er in Nederland sprake is van een vrij vlotte afwikkeling van faillissementen in de eerste maanden/jaar van een faillissement, maar er zijn teveel gevallen waarin een faillissement vervolgens toch nog lang duurt. Dat kan deels worden verklaard door aanhangige procedures maar er zijn kennelijk ook andere mechanismen die een voortvarende afwikkeling vertragen.

De NVB heeft geen bezwaar tegen een wettelijke basis, zoals een AMVB, waarbij nadere regels worden vastgesteld voor de wijze waarop het salaris van de curator of bewindvoerder wordt vastgesteld. Om een efficiënte afwikkeling van faillissementen te bevorderen is het zaak dat curatoren verzekerd zijn van hun salarisbetaling, ook als er onvoldoende geld beschikbaar is ("in de boedel zit'). Afgelopen decennium heeft de curator er krachtens wettelijke bepalingen en op grond van rechterlijke uitspraken steeds meer taken met een maatschappelijk belang bij gekregen, zonder dat er waarborgen zijn ingebouwd dat de curator voor het uitvoeren van die taken ook betaald wordt. Dit pleit ervoor dat de curator – vergelijkbaar met de bewindvoerder in geval van schuldsaneringstrajecten – aanspraak moet kunnen maken op een bijdrage van de overheid, om de curator in staat te stellen die maatschappelijke taken ook te kunnen vervullen.

6. <u>Overige onderdelen/vroegtijdige waarschuwing (MvT paragraaf 3.5 pag. 40)</u>

De NVB heeft kennis genomen van het voorstel van de vakorganisaties in hun consultatiereactie d.d. 21 april 2021 om een systeem in te richten, waarin derden die omstandigheden signaleren die tot insolventie zouden kunnen leiden, verplicht worden om daarover eerst de onderneming zelf te informeren en, indien de verantwoordelijke bestuurders dat binnen een korte termijn (twee weken) zelf niet doen, ook de belanghebbenden, waaronder de OR. Bij die derden gaat het dan om de accountants en om gekwalificeerde schuldeisers, schuldeisers die verondersteld worden goed geïnformeerd en toegerust te zijn, zoals banken en de Belastingdienst.
NVB denkt ook dat juist werknemers vaak zelf al signalen krijgen dat het met de onderneming niet goed gaat. Te denken valt aan minder werk, minder omzet, spronginvesteringen, veelvuldige of onverwachte wisselingen in management en klachten over openstaande facturen. Ook de werknemers en/of hun vertegenwoordigers kunnen en zullen dan zelf aan de bel trekken en vragen aan het management stellen

Commentaar NVB
De NVB vindt dit geen goed voorstel. Het voorgestelde systeem is niet eenvoudig uitvoerbaar, en er zullen in de praktijk tal van situaties zijn, die tot interpretatiegeschillen ten aanzien van het voorgestelde systeem leiden.

De veronderstelling dat de Belastingdienst en de banken altijd en volledig geïnformeerd zijn is te algemeen en daarom onjuist. Niet alleen de Belastingdienst maar ook banken hebben regelmatig

geen of te weinig informatie over mogelijke financiële problemen bij de onderneming. Daarnaast is niet eenvoudig vast te stellen wanneer de omstandigheden zodanig zijn dat deze tot “dreigende insolventie kunnen leiden”. Hier speelt altijd het probleem van de zogenoemde “hindsight bias”.
In de praktijk leiden de meeste financiële problemen niet tot insolventie, maar worden daar oplossingen voor gevonden door een bedrijfsmatige en soms ook financiële herstructurering. Enige kalmte en continuïteit van de bedrijfsactiviteiten is daarbij van belang.
De NVB vreest dat als derden verplicht worden om, indien het bestuur dit zelf nalaat, de OR te informeren over omstandigheden die tot dreigende insolventie kunnen leiden, de insolventie een “selffulfilling prophecy” gaat worden, omdat het een race to the bottom door alle crediteuren kan veroorzaken. De door de vakorganisaties voorgestelde sancties bij niet melden zullen dat risico nog verder vergroten. Uiteindelijk zal dat ook niet in het voordeel zijn van de werknemers.

De NVB heeft geen bezwaar tegen openbaarmaking van deze reactie op de consultatie. Wij zijn vanzelfsprekend graag tot een nadere toelichting bereid.

Contactinformatie
Jeroen Rommes
M
E rommes@nvb.nl
I www.nvb.nl

Bijlagen

(genummerd)

Inbreng internetconsultatie Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie
ONL voor Ondernemers, 29 april 2021

De Europese richtlijn rond herstructurering en insolventie heeft als doel de positie van de MKB-ondernemer in het faillissementstraject te versterken, de financiële schade door faillissement zoveel mogelijk te beperken en levensvatbare bedrijven in staat te stellen om activiteiten voort te zetten. De richtlijn verplicht EU-lidstaten ertoe een raamwerk op te zetten dat ondernemers helpt bij het herstructureren van de schulden. In dit raamwerk is bijvoorbeeld terecht een extra garantie opgenomen specifiek ter bescherming van de kleine schuldeisers. ONL voor Ondernemers verwelkomt in de kern de gedachte achter de Europese richtlijn en voorliggende *Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie*. In de uitwerking heeft ONL op een aantal aspecten van voorliggende implementatiewet zorgen betreft de positie van de MKB-ondernemer. Met deze implementatiewet zou de MKB-ondernemer met financiële problemen extra bescherming moeten ervaren ten opzichte van de vaak machtige en grote schuldeisers in het faillissementstraject rond herstructurering en insolventie. Het ontbreekt ONL in de wettekst aan de waarborging van deze extra bescherming voor de MKB-ondernemer. ONL pleit voor enkele aanscherpingen in het wetsvoorstel die de positie van de MKB-ondernemer in het faillissementstraject daadwerkelijk versterkt en daarmee beter beschermd. De volgende punten verdienen een betere verankering:

- Voorkom gedwongen onteigening; alleen herstructurering met instemming van de ondernemer;
- Versterk de positie van de ondernemer door een procedure voor hoger beroep mogelijk te maken;
- Garandeer bij herstructureringstrajecten de onafhankelijkheid van de herstructureringsdeskundige.

Op 1 januari 2021 is de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) in werking getreden. De WHOA biedt ondernemers met financiële problemen een instrument om een faillissement af te wenden. Ondernemers kunnen samen met een deel van de schuldeisers en mogelijke aandeelhouders een (onderhands) akkoord afspreken tot sanering en/of financiering rond een herstructurering. Naar verwachting is de WHOA een welkom middel in deze crisistijd, aangezien de huidige coronacrisis zware schade aanricht bij het MKB. De wet biedt levensvatbare MKB-bedrijven met een te zware schuldenlast de kans om buiten een faillissement te saneren of liquideren. Een deel van de Europese richtlijn herstructurering en insolventie is met de inwerkingtreding van de WHOA reeds geïmplementeerd. Met de voorliggende implementatiewet tracht de overheid volledig te voldoen aan de genoemde Europese richtlijn.

De verankering van de drie genoemde punten in de wettekst leidt tot een systeem rond herstructurering dat werkt voor ondernemers. Een systeem wat hen de ruimte geeft zich te herstellen van bijvoorbeeld de coronacrisis. Ook maakt dit ondernemers mogelijk om zich weer op de toekomst te richten. Zo wordt de ondernemer écht centraal gesteld in het herstructureringstraject; precies zoals de WHOA is bedoeld.

Voorkom gedwongen onteigening; alleen herstructurering met instemming van de ondernemer

In de WHOA kunnen, naast de schuldenaar, ook de schuldeisers en aandeelhouders het initiatief nemen om een herstructureringstraject te starten. Het doel van een herstructureringstraject is het bereiken van een akkoord over een herstructureringsplan zodat een onderneming niet failliet gaat, maar juist als levensvatbaar bedrijf een doorstart kan maken. De Europese richtlijn geeft aan dat instemming van de MKB-ondernemer als schuldenaar een vereiste is als het gaat over het in gang zetten van een herstructureringstraject. ONL ziet dat als de enige juiste weg. Er wordt gesproken over een mogelijke doorstart van het bedrijf van een hardwerkende ondernemer. Het is dan niet te

rechtvaardigen dat er een herstructureringstraject wordt opgezet tegen de zin van een ondernemer in. Vanwege de mogelijke gevolgen van het traject voor de onderneming is vrijwillige medewerking van een MKB-ondernemer noodzakelijk. In de implementatiewet wordt de mogelijkheid behouden om een herstructureringstraject zonder instemming van een ondernemer in gang te zetten doordat een afwijzing van een MKB-ondernemer als rechtspersoon door de schuldeisers bij de rechter kan worden aangevochten[1]. Dit is absoluut onacceptabel en niet compatibel met de Europese richtlijn. ONL roept dan ook op om instemming van MKB-ondernemers met een herstructureringstraject onder de WHOA als absolute voorwaarde te stellen. Op die manier kan het belang van de desbetreffende ondernemer centraal worden gesteld en wordt gedwongen onteigening voorkomen.

Bescherm de positie van de ondernemer door hoger beroep mogelijk te maken

Een herstructureringstraject via de WHOA is een ingrijpend proces voor een ondernemer. Om tot een definitief akkoord met de schuldeisers te komen moet het akkoord door de rechter worden bekrachtigd. Uit de voorliggende implementatiewet wordt duidelijk dat ondernemers niet de mogelijkheid krijgen om in hoger beroep te gaan tegen de uitspraak van een rechter over (de totstandkoming van) een WHOA-akkoord. De redenatie hierachter is de snelheid en efficiëntie die nodig is bij het in gang zetten van een herstructureringstraject en het bereiken van een akkoord. Hoewel ONL deelt dat snelheid en efficiëntie van groot belang zijn, kan en mag dit nooit een reden zijn om ondernemers de mogelijkheid te ontnemen om hoger beroep aan te tekenen. Bij een ingrijpende beslissing als een herstructureringstraject moeten ondernemers toegang houden tot de normale gerechtelijke middelen. ONL pleit, in overeenstemming met de EU-richtlijn, voor een wettelijke verankering in de voorliggende implementatiewet van de mogelijkheid voor ondernemers om hoger beroep (of spoedberoep) aan te tekenen tegen een uitspraak van de rechter.

Garandeer bij herstructureringstrajecten de onafhankelijkheid van de herstructureringsdeskundige

In de meeste gevallen wordt het herstructureringstraject begeleidt door een herstructureringsdeskundige. Deze deskundige helpt de MKB-ondernemer met financiële problemen en de schuldeisers bij het komen tot een herstructureringsplan. Deze deskundige bereid het akkoord voor, legt het voor aan de schuldeisers en uiteindelijk aan de rechter. Door de WHOA is wettelijk vastgelegd dat de MKB-ondernemers als schuldenaar instemming moet geven voordat de herstructureringsdeskundige het akkoord voorlegt aan de rechter. In de voorliggende implementatiewet wordt dit proces aangepast; instemming van de MKB-ondernemer als schuldenaar is vereist voorafgaand aan de aanstelling van de herstructureringsdeskundige.

Juist omdat de MKB-ondernemer al bij de start van het herstructureringstraject moet instemmen met de verdere invulling van het traject is het cruciaal dat de herstructureringsdeskundige een onafhankelijke positie kan innemen. Schuldeisers en/of aandeelhouders kunnen, wanneer zij op eigen initiatief het herstructureringstraject zijn gestart, een deskundige aandragen. ONL vindt de samenloop van deze twee aspecten zeer onwenselijk, omdat de neutraliteit van de deskundigen niet voldoende gegarandeerd kan worden. Zo verliezen ondernemers onnodig de regie over het proces. ONL pleit voor meer transparantie in het proces om de onafhankelijkheid van de herstructureringsdeskundige beter te kunnen garanderen. ONL denkt hierbij aan een betere afbakening van het juridische kader rond de aanstelling van een herstructureringsdeskundige en een openbaar register met een actueel overzicht van alle gediplomeerde herstructureringsdeskundigen en hun achtergrond.

[1] https://www.internetconsultatie.nl/herstructurering. Memorie van Toelichting, p. 21.

Pensioenfederatie
Prinses Margrietplantsoen 90
2595 BR Den Haag
Postbus 93158
2509 AD Den Haag
T +31 (0)70 76 20 220
info@pensioenfederatie.nl
www.pensioenfederatie.nl

KvK Haaglanden 52988368
IBAN: NL20TRIO0212407368
BIC: TRIONL2U

Ministerie van Justitie en Veiligheid
T.a.v. dhr. drs. S. Dekker
Minister voor Rechtsbescherming
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

KENMERK: B/21/13441/GM/EM DATUM: 3 mei 2021
ONDERWERP: internetconsultatie wetsvoorstel implementatie Richtlijn 2019-1023

Geachte heer Dekker,

Graag maken wij gebruik van de geboden gelegenheid om te reageren op de internetconsultatie zoals in de aanhef genoemd. Wij reageren vanuit het belang van premiebetalende werknemers in Nederland en vragen om vast te leggen dat pensioenpremievorderingen kwalificeren als 'rechten van werknemers die volgen uit een arbeidsovereenkomst'. Daarmee leggen we expliciet vast dat dergelijke vorderingen buiten een gedwongen akkoord blijven en ook na overgang van een onderneming invorderbaar blijven.

Pensioenpremievorderingen vallen buiten gedwongen akkoord en doorstart
Pensioenfondsen voeren de arbeidsvoorwaarde pensioen uit die werkgevers en werknemers zijn overeengekomen. Conform de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling wordt de uitvoering van de pensioenovereenkomst veelal ondergebracht bij een pensioenfonds. Daaruit volgt dat pensioenpremie waarvan een deel wordt ingehouden op het brutosalaris van de werknemer door de werkgever wordt betaald aan een pensioenfonds.

Het komt voor dat de werkgever een beroep moet doen op faciliteiten die een doorstart of sanering mogelijk maken. Zowel op basis van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) als het wetsvoorstel inzake de Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCOI) zijn we van mening dat deze pensioenpremievorderingen volgen uit 'rechten van werknemers die volgen uit een arbeidsovereenkomst' zoals genoemd in artikel 369, vierde lid van de Faillissementswet. Dat ligt ook in lijn met de artikel 1 leden 1 en 6 van

Richtlijn EU 2019/1023 en overweging 20 van diezelfde richtlijn. Desondanks staat dat nog niet expliciet in de concepten van het wetsvoorstel of de Memorie van Toelichting.

De pensioenpremievordering blijft intact na een gedwongen akkoord en doorstart

Direct gevolg van onze conclusie, dat pensioenpremievorderingen buiten het gedwongen akkoord en een doorstart vallen, is dat de vorderingen in juridisch opzicht (blijven) bestaan. Dat betekent vervolgens dat in geval van misbruik bestuurders aansprakelijk blijven voor dergelijke pensioenpremievorderingen en dat de pensioenpremievorderingen, als deze onverhoopt onbetaald blijven, door het UWV kunnen worden vergoed. De handhavingsmogelijkheden in de artikelen 21 tot en met 23 van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 en het recht op vergoeding zoals bedoeld in de artikelen 61 en 64 van de Werkloosheidswet blijft bestaan. Dat staat nog niet expliciet in de concepten van het wetsvoorstel of de Memorie van Toelichting.

Wij vragen u onze conclusies vast te leggen in de wet of memorie van toelichting

Rechtszekerheid en duidelijke handhavingsinstrumenten zijn voor pensioenfondsen van groot belang. We constateren in de praktijk dat niet alle betrokkenen bij insolventieprocedures (direct) erkennen dat de pensioenpremievordering volgt uit werknemersrechten zoals bedoeld in 369, vierde lid van de Faillissementswet. Wij verzoeken u om onze conclusie in het belang van werknemers en ter versterking van de rechtszekerheid in het wetsvoorstel of in de Memorie van Toelichting op te nemen. Op deze manier kunnen pensioenfondsen voor de belangen van werknemers blijven opkomen zonder dat onze conclusies in twijfel worden getrokken.

Met vriendelijke groet,
w.g. getekend

Edith Maat
Directeur

FNV
Hertogswetering 159
3543 AS Utrecht

T 088 368 0 368

CNV
Tiberdreef 4
Postbus 2475
3500 GL Utrecht

T 030 751 11 00
F 030 751 11 09

VCP
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90525
2509 LM 's-Gravenhage

T 070 349 97 40

De minister voor Rechtsbescherming,
De heer Dhr. Drs. S (Sander) Dekker

E-mail: ministervoorrechtsbescherming@minvenj.nl

Datum
21 april 2021

Uw kenmerk

Ons kenmerk
21-084/ZB/RS/ivdj

Telefoonnr.
0633313006 (FNV)
0639006571 (CNV)
0622332511 (VCP)

E-mail
rik.vansteenbergen@fnv.nl
d.dewild@cnv.nl
s.heemskerk@vcp.nl

Onderwerp
Reactie op consultatie voorontwerp Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie

Geachte heer Dekker,

FNV, CNV en VCP (hierna: de vakcentrales) hebben besloten om gezamenlijk te reageren op het voor internetconsultatie gepubliceerde voorontwerp Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (hierna: het wetsvoorstel).
Voor de vakcentrales zijn vooral de artikelen (hierna: artt.) 3 en 19 van de Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie (hierna: de richtlijn) in onderling verband bezien van belang.

<u>Vroegtijdige waarschuwing en toegang tot informatie (art. 3 van de richtlijn); verplichtingen van bestuurders bij een dreigende insolventie (art. 19 van de richtlijn)</u>

De richtlijn
Krachtens artikel (hierna: art.) 3 van de richtlijn moeten de lidstaten ervoor zorgen dat schuldenaren toegang hebben tot één of meer duidelijke en transparante instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing waarmee omstandigheden kunnen worden opgespoord die kunnen leiden tot dreigende insolventie en waarmee hen kan worden gesignaleerd dat onverwijld actie moet worden ondernomen.
Instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing kunnen het volgende omvatten:
a) waarschuwingsmechanismen indien de schuldenaar bepaalde soorten betalingen niet

heeft verricht;
b) adviesdiensten van overheids- of particuliere organisaties;
c) stimulansen krachtens nationaal recht om derden met relevante informatie over de schuldenaar, zoals boekhouders, belasting- of socialezekerheidsdiensten, ertoe aan te zetten een negatieve ontwikkeling aan de schuldenaar te signaleren.
De lidstaten moeten er tevens voor zorgen dat schuldenaren en werknemersvertegenwoordigers toegang hebben tot relevante en actuele informatie over de beschikbaarheid van instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing en dat de toegang tot instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing openbaar online beschikbaar is.
Tot slot kunnen de lidstaten de werknemersvertegenwoordigers steun verstrekken bij de beoordeling van de economische situatie van de schuldenaar.

Krachtens art. 19 van de richtlijn dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat bij een dreigende insolventie de bestuurders ten minste voldoende rekening houden met het volgende:
a) de belangen van de schuldeisers, kapitaalhouders en andere belanghebbenden;
b) de noodzaak stappen te ondernemen ter voorkoming van insolventie; alsmede
c) de noodzaak opzettelijke handelingen of grove nalatigheid te vermijden die de levensvatbaarheid van de onderneming bedreigen.

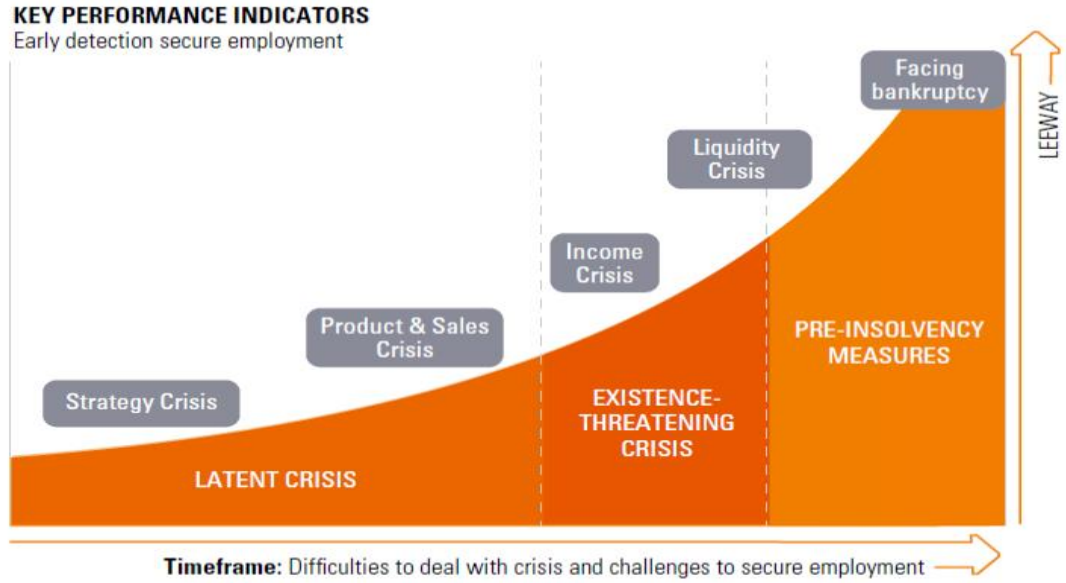
Het implementatievoorstel
In het voorliggende wetsvoorstel wordt in het kader van art. 3 van de richtlijn (vroegtijdige waarschuwing) opgemerkt dat in Nederland reeds verschillende instrumenten bestaan die als doel hebben ondernemingen tijdig bij te staan om insolventie te voorkomen. Gewezen wordt op een informatieloket bij de Kamer van Koophandel (KvK) waar ondernemers en ondernemingen informatie en advies kunnen krijgen over hoe zij problematische schulden kunnen oplossen. Daarnaast hebben MKB-ondernemingen via de Stichting Ondernemersklankbord (OKB) de mogelijkheid persoonlijke begeleiding te krijgen in een traject van een half jaar. Vanaf januari 2021 is deze dienstverlening van de KvK en OKB uitgebreid met extra ondersteuning voor ondernemers en ondernemingen die gebruik willen maken van de WHOA.

In het kader van art. 19 van de richtlijn (verplichtingen van bestuurders) wordt opgemerkt dat op grond van het huidige recht reeds een verplichting voor bestuurders bestaat om in geval van dreigende insolventie rekening te houden met de belangen van schuldeisers, kapitaalverschaffers en andere belanghebbenden, zoals werknemers. Daarbij wordt verwezen naar de artt. 2:129 lid 5 en 2:239 lid 5 BW, waarin is bepaald dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Onder de bij de vennootschap of haar onderneming betrokkenen vallen onder meer schuldeisers, aandeelhouders en werknemers. Hoewel bestuurders niet onder alle omstandigheden verplicht zijn een faillissement af te wenden, is het hen niet toegestaan hun ogen te sluiten voor de situatie van dreigende insolventie. Zij zijn verplicht om tijdig te bezien of het mogelijk is om insolventie te

voorkomen en welke maatregelen hiertoe eventueel genomen kunnen worden. Maatregelen waaraan bestuurders onder meer kunnen denken zijn het inroepen van professioneel advies, het volgen van een traject bij de OKB en/of het aanbieden van een akkoord aan de schuldeisers en/of aandeelhouders in een WHOA-traject. Blijkt het inderdaad mogelijk om insolventie te voorkomen, dan zullen zij hiertoe ook de noodzakelijke maatregelen moeten treffen, dit uiteraard tenzij de belangen van bepaalde betrokkenen hierdoor onevenredig zouden worden geschaad.

Commentaar van de vakcentrales
Uit het voorgaande en uit de transponeringstabel maken wij op dat uw conclusie is dat in het huidige recht de artt. 3 en 19 van de richtlijn al (voldoende) zijn geïmplementeerd en dat dus nadere regelgeving niet nodig is. Art. 3 lid 5 van de richtlijn, inhoudende dat de lidstaten de werknemersvertegenwoordigers steun kunnen verstrekken bij de beoordeling van de economische situatie van de schuldenaar, is een 'kan-bepaling', hetgeen al voldoende is om af te zien van implementatie.

De vakcentrales zijn zeer teleurgesteld over deze conclusie en de daaruit te destilleren houding tegenover de positie van de werknemersvertegenwoordigers, meer in het bijzonder de ondernemingsraad (hierna: OR).
We hebben ervaringen met de zogenaamde flitsfaillissementen, waarbij de OR pas kennis nam van de slechte financiële situatie waarin de onderneming verkeerde op het moment waarop het faillissement werd uitgesproken.
Onderstaande figuur laat zien hoe belangrijk het is voor werknemers dat de OR vroegtijdig op de hoogte is van omstandigheden die kunnen leiden tot dreigende insolventie en daarover het gesprek met de bestuurder aan kan gaan.



De Europese vakbeweging (ETUC) heeft daarom een lobby gevoerd om er voor te zorgen dat in de richtlijn werd opgenomen dat instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing ook beschikbaar zouden moeten komen voor de werknemersvertegenwoordigers. Dat is gelukt en heeft zijn neerslag gekregen in art. 3 lid 3 van de richtlijn. Het wetsvoorstel besteedt

echter geen aandacht aan de positie van de OR in relatie tot vroegtijdige waarschuwing. De OR is voor zijn informatie over de financiële positie van de onderneming afhankelijk van de financiële gegevens die de ondernemer hem verstrekt (art. 31a WOR). De praktijk wijst uit dat de ondernemer zeer terughoudend is in het verstrekken van de relevante informatie en dat de OR vaak pas kennis neemt van de slechte financiële positie als het te laat is om insolventie of faillissement af te wenden. Probleem is ook dat een faillissement vaak de schuld is van de ondernemer zelf[1]. De bedoelde dienstverlening van KvK en OKB brengt geen verandering in de informatieachterstand van de OR.

Als de ondernemer de OR niet vroegtijdig waarschuwt, wie moet dat dan doen? Bij de discussie in het Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC) werd als mogelijk instrument voor vroegtijdige waarschuwing een wettelijke verplichting voor accountants genoemd om rechtstreeks de OR te informeren in geval van een dreigende slechte financiële positie van de onderneming.[2] Probleem hierbij is wel dat de accountants dan tegen hun eigen commerciële belang in moeten handelen.[3] Daarom is er naar het oordeel van de vakcentrales meer nodig. De European Law Institute (ELI) beveelt aan dat derden met relevante informatie, zoals accountants en belastingadviseurs, worden gestimuleerd of zelfs wettelijk verplicht om elke relevante negatieve ontwikkeling in de financiële positie van een bedrijf te signaleren.[4] Dat komt overeen met het bepaalde in art. 3 lid 2 aanhef en onder c van de richtlijn: Instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing kunnen het volgende omvatten: stimulansen krachtens nationaal recht om derden met relevante informatie over de schuldenaar, zoals boekhouders, belasting- of socialezekerheidsdiensten, ertoe aan te zetten een negatieve ontwikkeling aan de schuldenaar te signaleren. Professor Gaia Balp laat zien hoe dit nader is uitgewerkt in Frankrijk en Italië.[5]

Naar aanleiding hiervan bepleiten de vakcentrales een systeem, waarin derden, die omstandigheden signaleren die tot dreigende insolventie kunnen leiden, verplicht worden om daarover eerst de onderneming zelf te informeren en, indien de verantwoordelijke bestuurders dat binnen een korte termijn (twee weken) zelf niet doen[6], ook de belanghebbenden, waaronder de OR. Bij die derden gaat het dan om de accountants en om gekwalificeerde schuldeisers, schuldeisers die verondersteld worden goed geïnformeerd en toegerust te zijn, zoals banken en de belastingdienst. Die gekwalificeerde schuldeisers hebben echter niet altijd een incentive om hun informatie te delen. Daarom zou (naar Italiaans voorbeeld) op nalatigheid de sanctie van verlies van de status van separatist of preferente schuldeiser gezet kunnen worden.
Op nalatigheid door de accountant kan een straf- en/of tuchtrechtelijke sanctie worden gezet.

De vakcentrales verzoeken u met klem om het wetsvoorstel langs deze lijn aan te passen,

---

[1] Zie hierover: https://www.faillissementsdossier.nl/nieuws/9958/de-echte-oorzaken-van-een-faillissement.aspx
[2] Zie hierover ETUC, Strengthening workers' voices in cases of insolvencies, p. 9: https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2019-10/Brochure%20Insolvency%20report_EN_v3_FINAL.pdf
[3] Zie hierover het interview met Willem Jan van Andel in NRC 4-1-2014: https://www.nrc.nl/nieuws/2014/01/04/dit-is-niet-het-laatste-boekhoud-schandaal-1331591-a47834
[4] ELI, Rescue of Business in Insolvency Law, aanbeveling 1.21, p. 24, https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf
[5] Gaia Balp, Early warning tools at the crossroads of insolvency law and company law, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3010300
[6] Deze informatieplicht geldt dan als een nieuwe verplichting krachtens art. 19 van de richtlijn.

zodat ook een vroegtijdige waarschuwing voor de OR op een feitelijk zinvolle en afdoende wijze gewaarborgd is.

Tot slot: het is belangrijk dat de OR met de bestuurder overleg kan voeren op basis van dezelfde informatie. Daarom vragen wij u te bezien hoe ook de OR gebruik kan maken van de dienstverlening van de KvK en OKB.

Met vriendelijke groet,





Zakaria Boufangacha	Piet Fortuin	Nic van Holstein
Vicevoorzitter FNV	Voorzitter CNV	Voorzitter VCP

Staatsblad
van het Koninkrijk der Nederlanden

Jaargang 2022

491

Wet van 23 november 2022 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de implementatie van de Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie) (PbEU 2019, L 172) (Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het noodzakelijk is de Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie) (PbEU 2019, L 172/18) om te zetten in bepalingen van nationaal recht en dat het daartoe noodzakelijk is de Faillissementswet te wijzigen;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

De Faillissementswet wordt als volgt gewijzigd:

A

Aan artikel 14 wordt een lid toegevoegd, luidende:

5. De rechtbank stelt op grond van het eerste lid een curator aan die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Bij de aanstelling:

a. houdt de rechtbank rekening met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de curator; en

b. hanteert de rechtbank een procedure en voorwaarden die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.

B

In artikel 15, derde lid, wordt na de tweede zin een zin ingevoegd, luidende: Artikel 71, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

C

Aan artikel 16, tweede lid, wordt een zin toegevoegd, luidende: Artikel 71, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

D

Artikel 42a wordt als volgt gewijzigd:

1. Voor de tekst wordt de aanduiding «1.» geplaatst.

2. In het eerste lid (nieuw) wordt in de eerste zin na «ter griffie van» ingevoegd «de» en wordt na «of» ingevoegd «nadat» en komt de tweede zin te luiden: De rechter honoreert dit verzoek als op het moment dat de machtiging wordt verstrekt redelijkerwijs valt aan te nemen dat:

a. het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is om:

1° de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord als bedoeld in de artikelen genoemd in de aanhef te kunnen blijven voortzetten, of

2° een akkoord als bedoeld in de artikelen genoemd in de aanhef te kunnen voorbereiden, in stemming te kunnen brengen of overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank te kunnen laten homologeren, en

b. de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

3. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

2. De artikelen 369, zevende tot en met tiende lid, en 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en veertiende lid, zijn van overeenkomstige toepassing.

E

In artikel 71 wordt, onder vernummering van het derde lid tot vierde lid, een lid ingevoegd, luidende:

3. De rechtbank stelt het salaris van de curator vast aan de hand van uitgangspunten waarin het belang van een efficiënte behandeling van het faillissement tot uitdrukking komt. Overweegt de rechtbank om af te wijken van een voorstel van de curator tot vaststelling van zijn salaris of stemt de rechter-commissaris niet met een dergelijk voorstel in, dan neemt de rechtbank geen beslissing als bedoeld in het eerste en tweede lid dan nadat zij de curator op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

F

Artikel 110, derde lid, wordt als volgt gewijzigd:

1. Na de eerste zin wordt een zin ingevoegd, luidende: De overeenkomst als bedoeld in de eerste zin voorziet in ieder geval in de mogelijkheid tot indiening van vorderingen met behulp van een elektronisch communicatiemiddel.

2. Aan de laatste zin wordt een punt toegevoegd.

G

In artikel 142 wordt «aan de niet op de verificatievergadering verschenen, erkende of voorwaardelijk toegelaten schuldeisers kennis gegeven, bij brieven vermeldende de summiere inhoud van het akkoord» vervangen door «aan de niet op de verificatievergadering verschenen, erkende of voorwaardelijk toegelaten schuldeisers schriftelijk kennis gegeven onder vermelding van de summiere inhoud van het akkoord».

H

Aan artikel 215 wordt een lid toegevoegd, luidende:
5. De rechtbank benoemt op grond van het tweede lid een bewindvoerder die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Bij de benoeming:
a. houdt de rechtbank rekening met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de bewindvoerder; en
b. hanteert de rechtbank een procedure en voorwaarden die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.

I

In artikel 215a, tweede lid, wordt na de tweede zin een zin ingevoegd, luidende: Artikel 250, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

J

In de artikelen 216, eerste zin, 218, eerste lid, eerste zin, 225, tweede lid, 242, eerste lid en 271, eerste lid, eerste zin, vervalt «zo die is benoemd».

K

Artikel 222a wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan het eerste lid wordt onder vervanging van een punt door een puntkomma in onderdeel 5 een onderdeel toegevoegd, luidende:
6°. bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen stukken.

2. In het vierde lid vervalt «onder 1° tot en met 5°».

L

In het eerste lid van artikel 222b vervalt «onder 1° tot en met 5°».

M

Artikel 223a komt te luiden:

Artikel 223a

1. Bij het voorlopig verlenen van de surseance benoemt de rechtbank een of meer van haar leden tot rechter-commissaris, teneinde de bewindvoerders op hun verzoek van advies te dienen en toezicht te houden op de vervulling door de bewindvoerders van de door hen ingevolge deze titel te verrichten taken.
2. Benoemt de rechtbank meerdere rechters-commissarissen, dan zijn zij zowel afzonderlijk als tezamen bevoegd om de in deze wet genoemde bevoegdheden uit te oefenen.

N

Artikel 224 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, eerste zin, vervalt «zo die is benoemd of, bij gebreke van dien, van de voorzieningenrechter der rechtbank».

2. In het tweede lid wordt «of van één of meer schuldeisers» vervangen door «, van één of meer schuldeisers of van de schuldenaar» en vervalt «zo die is benoemd».

O

In de artikelen 227, tweede lid, en 264, eerste lid, vervalt «zo die is benoemd of, bij gebreke van dien, de rechtbank».

P

In artikel 230, tweede lid, tweede zin, vervalt «of, zo geen rechter-commissaris is benoemd, van de voorzieningenrechter van de rechtbank».

Q

Artikel 241a wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, eerste zin, wordt «de rechtbank of, zo een rechter-commissaris is benoemd, van deze» vervangen door «de rechter-commissaris».

2. In het tweede lid, tweede zin, wordt «De rechtbank en rechter-commissaris kunnen» vervangen door «De rechter-commissaris kan» en wordt «hen» vervangen door «hem».

R

In artikel 241c, eerste lid, wordt «de rechtbank of de rechter-commissaris zo die is benoemd,» vervangen door «de rechter-commissaris».

S

Aan artikel 250 wordt een lid toegevoegd, luidende:
3. De rechtbank stelt het loon van de bewindvoerder vast aan de hand van uitgangspunten waarin het belang van een efficiënte behandeling van de surseance tot uitdrukking komt. Overweegt de rechtbank om af te wijken van een voorstel van de bewindvoerder tot vaststelling van zijn loon of stemt de rechter-commissaris niet met een dergelijk voorstel in, dan beslist de rechtbank niet over het loon van de bewindvoerder dan nadat zij de bewindvoerder op een door haar nader te bepalen wijze en

binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

T

Artikel 255 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid vervalt «zo die is benoemd» en «of, bij gebreke van dien, in raadkamer».

2. In het derde lid wordt «de rechter-commissaris zo die is benoemd en,» vervangen door «, de rechter-commissaris en».

U

In de artikelen 256, tweede lid, eerste zin, 281e, vierde lid, derde zin en 322, eerste zin wordt «bij brieven» vervangen door «schriftelijk».

V

In de artikelen 265, vijfde lid, en 267 vervalt «zo die is benoemd of bij gebreke van dien de rechtbank».

W

In artikel 268a vervalt «de rechtbank of, zo die is benoemd,».

X

In artikel 269, eerste lid, tweede zin, vervalt «zo die is benoemd en bij gebreke van dien, door de voorzieningenrechter».

Y

In artikel 269a, eerste zin, vervalt «ten overstaan van een rechter-commissaris is geraadpleegd en beslist en».

Z

Artikel 270 vervalt.

AA

In artikel 277, derde zin, vervalt «dan wel in artikel 270».

BB

In artikel 278, eerste lid, vervalt «dan wel van artikel 270».

CC

In artikel 281c, eerste zin, wordt «de artikelen 215, vierde lid, 216a, tweede lid, tweede zin,» vervangen door «de artikelen 215, tweede lid,» en wordt na «brieven» ingevoegd «dan wel schriftelijk».

DD

In artikel 281e, vijfde lid, vervalt «270».

EE

In artikel 283, eerste lid, vervalt «, 270».

FF

Aan artikel 287, derde lid, worden twee zinnen toegevoegd, luidende: De rechtbank benoemt een bewindvoerder die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Bij de aanstelling:
a. houdt de rechtbank rekening met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de bewindvoerder; en
b. hanteert de rechtbank een procedure en voorwaarden die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.

GG

Artikel 294 wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan het eerste lid wordt onder vervanging van een punt door een puntkomma in onderdeel h een nieuw onderdeel toegevoegd, luidende:
i. bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen stukken.

2. In het vierde lid vervalt «, onder a tot en met h,».

HH

In het eerste lid van artikel 294a vervalt «onder a tot en met h,».

II

Aan artikel 315 wordt een lid toegevoegd, luidende:
3. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen beschikkingen van de rechter-commissaris en van de rechtbank worden aangewezen die uiterlijk de werkdag volgend op de dag van de uitspraak worden ingeschreven in de registers bedoeld in de artikelen 294 en 294a. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald welke informatie van de aangewezen beschikking langs de hiervoor genoemde weg wordt ingeschreven.

JJ

Aan artikel 320, zesde lid, wordt een zin toegevoegd, luidende: Overweegt de rechtbank om af te wijken van een voorstel van de bewindvoerder tot vaststelling van zijn salaris of stemt de rechter-commissaris niet met een dergelijk voorstel in, dan neemt de rechtbank geen beslissing als bedoeld in het eerste en derde tot en met vijfde lid dan nadat zij de bewindvoerder op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

KK

In artikel 348, derde zin, wordt «bij brieven op waarin het onderwerp van de vergadering wordt vermeld» vervangen door «schriftelijk op waarbij het onderwerp van de vergadering wordt vermeld».

LL

Artikel 349a wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, tweede zin, wordt «de termijn op ten hoogste vijf jaar stellen, indien» vervangen door «de termijn op ten hoogste vijf jaar stellen als de aard van de schulden daartoe aanleiding geeft of de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen, onder de voorwaarde dat».

2. In het tweede lid wordt na de eerste zin een zin ingevoegd, luidende: De rechter-commissaris kan de termijn verlengen als de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen, of als de schuldenaar toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van een of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen.

3. In het tweede lid, vijfde zin (nieuw), wordt na «in de gelegenheid» ingevoegd «te».

MM

Artikel 369 wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan het eerste lid wordt een zin toegevoegd, luidende: In deze afdeling wordt verstaan onder MKB-onderneming: een onderneming waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.

2. In het tweede lid wordt «artikel 381, derde lid» vervangen door «artikel 381, tweede lid».

3. Het vierde lid komt te luiden:
4. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op:
a. rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
b. vorderingen ter zake van reeds vervallen of in de toekomst tot uitkering komende termijnen van pensioen;
c. financiëlezekerheidsovereenkomsten en verrekenbedingen in de zin van artikel 51 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek; en
d. bevoegdheden als bedoeld in artikel 212b, tweede lid en opdrachten en daaruit voortvloeiende rechtshandelingen als bedoeld in artikel 212b, derde lid.
Onder rechten van werknemers als bedoeld in onderdeel a worden mede verstaan vorderingen van werknemers tot betaling door hun werkgever van premie aan een pensioenuitvoerder, een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of een verzekeraar met zetel buiten Nederland als bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de Pensioenwet of, als de pensioenovereenkomst niet wordt beheerst door Nederlands recht, een soortgelijke instelling uit een andere lidstaat in de Europese Unie of een derde-land.

4. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:
11. Het in deze afdeling bepaalde doet geen afbreuk aan:
a. het bepaalde in Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012, L 201);

b. de voorschriften inzake de bescherming van geldmiddelen voor betaalinstellingen uit hoofde van Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG (PbEU 2015, L 337); en

c. de voorschriften inzake de bescherming van geldmiddelen voor elektronischgeldinstellingen uit hoofde van Richtlijn 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG (PbEU 2009, L 267).

NN

Artikel 370 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het derde lid wordt na de eerste zin een zin ingevoegd, luidende: Is bij de door de schuldenaar gedreven onderneming krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging ingesteld, dan blijkt uit de startverklaring op welke wijze de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging over de start van de voorbereiding van een akkoord is geïnformeerd.

2. In het vierde lid wordt «in de registers» vervangen door «in het register».

OO

Artikel 371 wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan het eerste lid, vijfde zin, wordt toegevoegd «, waarna de herstructureringsdeskundige op een door hem nader te bepalen wijze en binnen een door hem te bepalen termijn tegemoet komt aan dit verzoek».

2. In het derde lid wordt de tweede zin vervangen door de volgende vijf zinnen: Een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt in ieder geval toegewezen als het is ingediend door de schuldenaar zelf. Dit geldt in beginsel ook als het verzoek wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, met dien verstande dat in dat geval het vijftiende lid onverminderd van toepassing is. Wordt het verzoek toegewezen, dan wijst de rechtbank een herstructureringsdeskundige aan die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Is bij de door de schuldenaar gedreven onderneming krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging ingesteld, dan verbindt de rechtbank aan de aanwijzing als voorwaarde dat de herstructureringsdeskundige deze ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging zo spoedig mogelijk in kennis stelt van zijn aanwijzing. Bij de aanwijzing:

a. houdt de rechtbank rekening met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de herstructureringsdeskundige; en

b. hanteert de rechtbank een procedure en voorwaarden die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.

3. In het tiende lid wordt aan de eerste zin toegevoegd «aan de hand van uitgangspunten waarin het belang van een efficiënte behandeling van de akkoordprocedure tot uitdrukking komt» en wordt aan het slot een zin

toegevoegd, luidende: Wordt het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, dan vermeldt de verzoeker in het verzoek het bedrag dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd naar zijn oordeel ten hoogste mogen kosten en laat hij zich uit over de wijze waarop de schuldeisers deze kosten gaan dragen.

4. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:
15. Heeft een verzoek als bedoeld in het eerste lid betrekking op een schuldenaar die een MKB-onderneming drijft of op een schuldenaar die behoort tot een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek die een MKB-onderneming drijft en is op het moment dat het verzoek wordt gedaan, niet al een verklaring als bedoeld in artikel 370, derde lid, ter griffie van de rechtbank gedeponeerd, dan wijst de rechtbank dat verzoek alleen toe als de schuldenaar hiermee instemt. Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen. Constateert de rechtbank dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan zij bepalen dat haar beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur.

PP

Artikel 373 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het derde lid wordt na «noodzakelijk zijn» ingevoegd «, zoals het verzoek tot en de afkondiging van een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376».

2. In het vierde lid wordt «een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór de afkoelingsperiode» vervangen door «een verzuim van de schuldenaar in de voldoening van een schuld die is ontstaan vóór de afkoelingsperiode».

QQ

Artikel 375 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, onderdeel a, wordt toegevoegd «en, als er geen sprake is van een aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, een elektronisch postadres waarop de schuldenaar bereikbaar is».

2. Het eerste lid, onderdeel b, komt te luiden:
b. voor zover van toepassing, de naam van de observator of van de herstructureringsdeskundige en een elektronisch postadres waarop de herstructureringsdeskundige bereikbaar is;

3. Het eerste lid, onderdeel i, komt te luiden:
i. voor zover van toepassing,
1°. de nieuwe financiering die de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan en de redenen waarom dit nodig is, en
2°. een bepaalde transactie die de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan en die hij bij de behandeling van het homologatieverzoek overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank wil laten toetsen;

4. In het tweede lid, onderdeel e, onder 3°, wordt toegevoegd «en voor zover van toepassing, de gevolgen van die maatregelen voor de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers».

5. In het tweede lid, onderdeel e, onder 4°, wordt na «een oplossing» ingevoegd «en de noodzakelijke voorwaarden die hiervoor vervuld moeten zijn».

RR

Artikel 376 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het vierde lid, onderdeel a, wordt na «kunnen blijven voortzetten» ingevoegd «of om de door de schuldenaar gedreven onderneming door middel van een akkoord gecontroleerd af te kunnen wikkelen».

2. In het zesde lid wordt «wordt de afkoelingsperiode niet verlengd als:» vervangen door «kan de totale termijn van de afkoelingsperiode met inbegrip van verlengingen niet langer zijn dan vier maanden als:» en wordt onder b na «op basis van deze afdeling» ingevoegd «of op basis van artikel 42a».

3. In het achtste lid wordt «De artikelen 241a, tweede en derde lid, 241c, 241d» vervangen door «De artikelen 241a, tweede en derde lid, en 241c».

4. Onder vernummering van het tiende tot en met dertiende lid tot elfde tot en met veertiende lid wordt een lid ingevoegd, luidende:
10. De rechtbank kan een machtiging als bedoeld in het tweede lid, onder a, verlenen, als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de derde door het niet kunnen uitoefenen van de bevoegdheid als bedoeld in dat onderdeel, wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

5. In het elfde lid (nieuw), tweede zin, wordt na «op verzoek van de schuldenaar, » ingevoegd «de observator zo die is aangesteld, ».

6. In het twaalfde lid (nieuw) wordt «verzoeken als bedoeld in het vijfde, negende en tiende lid» vervangen door «verzoeken als bedoeld in het vijfde, negende en elfde lid».

SS

Artikel 378, eerste lid, onderdeel g, komt te luiden:
g. of, als de schuldenaar een rechtspersoon is als bedoeld in artikel 383, tweede lid, het bestuur zonder goede reden weigert instemming te verlenen voor de indiening van het homologatieverzoek.

TT

Aan artikel 380, eerste lid, worden twee zinnen toegevoegd, luidende: De rechtbank stelt een observator aan die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Bij de aanstelling:
a. houdt de rechtbank rekening met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de observator, en
b. hanteert de rechtbank een procedure en voorwaarden die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.

UU

Artikel 381 wordt als volgt gewijzigd:

1. Het tweede lid vervalt, onder vernummering van het derde tot en met achtste lid tot tweede tot en met zevende lid.

2. In het derde lid (nieuw), eerste zin, wordt «een schuldeiser als bedoeld in het derde lid» vervangen door «een schuldeiser als bedoeld in het tweede lid».

VV

Artikel 383 wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan het eerste lid wordt een zin toegevoegd, luidende: Is het akkoord door de schuldenaar voorbereid en overeenkomstig artikel 371, eerste lid, vijfde zin, door de herstructureringsdeskundige ter stemming aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorgelegd, dan kan de schuldenaar zelf geen homologatieverzoek indienen, maar doet de herstructureringsdeskundige dit op verzoek van de schuldenaar of op zijn eigen initiatief.

2. In het tweede lid, eerste zin, vervalt onderdeel a, onder verlettering van de onderdelen b en c tot onderdelen a en b en komt onderdeel b (nieuw) als volgt te luiden:
b. de schuldenaar of de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een MKB-onderneming drijft.

WW

Artikel 384 wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan het eerste lid worden twee zinnen toegevoegd, luidende: Heeft de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, overeenkomstig artikel 383, eerste lid, derde zin, naast een homologatieverzoek dat betrekking heeft op een akkoord dat hij zelf heeft voorbereid, ook een homologatieverzoek ingediend voor een akkoord dat door de schuldenaar is voorbereid, dan beoordeelt de rechtbank eerst het homologatieverzoek voor het laatstgenoemde akkoord, tenzij de herstructureringsdeskundige een door de schuldenaar ondersteund verzoek indient tot behandeling van de verzoeken in omgekeerde volgorde of alleen voor het eerstgenoemde akkoord geldt dat alle klassen daarmee hebben ingestemd. Pas als blijkt dat dit homologatieverzoek moet worden afgewezen, behandelt de rechtbank het tweede homologatieverzoek.

2. Het tweede lid, onderdeel f, komt te luiden:
f. in het akkoord overeenkomstig artikel 375, eerste lid, onderdeel i, is opgenomen dat de schuldenaar:
1°. een nieuwe financiering aan wil gaan, terwijl redelijkerwijs aannemelijk is dat deze niet noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk worden geschaad, of
2° een bepaalde transactie aan wil gaan, terwijl redelijkerwijs aannemelijk is dat deze niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk worden geschaad;

3. In het vierde lid, onderdeel d, wordt «heeft verstrekt» vervangen door «hebben verstrekt».

XX

In artikel 385, tweede zin, wordt «artikel 381, vierde of vijfde lid» vervangen door «artikel 381, derde of vierde lid».

ARTIKEL II

In artikel 19a, tweede lid, van de Wet griffierechten burgerlijke zaken wordt na «met een beloop van € 100.000» ingevoegd «en niet meer dan € 1.000.000».

ARTIKEL IIA

Aan artikel 31a van de Wet op de ondernemingsraden wordt een lid toegevoegd, luidende:

8. Als een accountantsverklaring een negatieve verklaring omvat als bedoeld in artikel 393 lid 5, onderdeel h, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, wordt deze accountantsverklaring onverwijld door de accountant aan de ondernemingsraad gezonden.

ARTIKEL III

Indien artikel II, onderdeel F, van de Wet van 26 juni 2019 tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in verband met de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen in het Burgerlijk Wetboek, de Handelsregisterwet 2007 en de Wet op de Kamer van Koophandel (Stb. 2019, 280), in werking is getreden of treedt, wordt in artikel 374, tweede lid, onderdeel a, van de Faillissementswet, «ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn» vervangen door «ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 een indicatie van het aantal arbeidsverhoudingen blijkt die vijftig of minder bedraagt,».

ARTIKEL IV

Het recht zoals dat gold voor het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I van deze wet is van toepassing op:

a. faillissementen die voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet zijn uitgesproken;

b. surseances van betaling die voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet voorlopig of definitief zijn verleend;

c. schuldsaneringsregelingen die voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet zijn uitgesproken, en

d. besloten of openbare akkoordprocedures buiten faillissement ten aanzien waarvan voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet een verklaring als bedoeld in artikel 370, derde lid, Faillissementswet, is gedeponeerd of voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet een verzoek als bedoeld in artikel 371, eerste lid, Faillissementswet, is gedaan.

ARTIKEL V

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

ARTIKEL VI

Deze wet wordt aangehaald als: Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Kamerstuk 36 040

Gegeven te 's-Gravenhage, 23 november 2022

Willem-Alexander

De Minister voor Rechtsbescherming,
F.M. Weerwind

Uitgegeven de *achtste* december 2022

De Minister van Justitie en Veiligheid,
D. Yeşilgöz-Zegerius

stb-2022-491
ISSN 0920 - 2064
's-Gravenhage 2022

Staatsblad
van het Koninkrijk der Nederlanden

Jaargang 2022

492

Besluit van 5 december 2022 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister voor Rechtsbescherming van 28 november 2022, directie Wetgeving en Juridische Zaken, nr. 4330291;
Gelet op artikel V van de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie;

Hebben goedgevonden en verstaan:

Enig artikel

De Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie treedt in werking met ingang van 1 januari 2023.

Onze Minister voor Rechtsbescherming is belast met de uitvoering van dit besluit dat in het Staatsblad zal worden geplaatst.

's-Gravenhage, 5 december 2022

Willem-Alexander

De Minister voor Rechtsbescherming,
F.M. Weerwind

Uitgegeven de *achtste* december 2022

De Minister van Justitie en Veiligheid,
D. Yeşilgöz-Zegerius

stb-2022-492
ISSN 0920 - 2064
's-Gravenhage 2022

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2021–2022

36 040 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de implementatie van de Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie) (PbEU 2019, L 172) (Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I ALGEMEEN DEEL

1. Doel en inhoud van het wetsvoorstel

Op 20 juni 2019 is vastgesteld de Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie) (PbEU 2019 L 172) (hierna: de richtlijn). Dit wetsvoorstel strekt ter implementatie van de richtlijn. Het grootste deel van de richtlijn moet in beginsel uiterlijk op 17 juli 2022 in de nationale wetgeving zijn omgezet en worden toegepast. In de bijlage bij deze memorie van toelichting is een transponeringstabel opgenomen waaruit per richtlijnartikel blijkt of implementatie noodzakelijk is en, zo ja, op welke wijze dit wordt voorgesteld.

De richtlijn bepaalt dat iedere lidstaat erin moet voorzien dat:

1. een onderneming in financiële moeilijkheden toegang heeft tot een doeltreffend preventief herstructureringsstelsel dat de mogelijkheid biedt insolventie te voorkomen;
2. een natuurlijke persoon die een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent (hierna: ondernemer), een tweede kans kan krijgen in de vorm van een kwijtschelding van zijn schuld en de opheffing van een eventueel bij de faillietverklaring opgelegd beroepsverbod;

kst-36040-3
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2022

3. procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld efficiënter worden en daardoor minder lang duren, en
4. informatie over de effectiviteit van insolventieprocedures wordt verzameld.

Op 1 januari 2021 is reeds de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (hierna: WHOA) in werking getreden. De WHOA heeft in de Faillissementswet (hierna: Fw) twee nieuwe akkoordprocedures geïntroduceerd: een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid, Fw). Daarmee hebben ondernemers, in overeenstemming met hetgeen de richtlijn vereist, toegang gekregen tot een preventief herstructureringsstelsel. Bij de voorbereiding van de WHOA is ervoor gekozen om deze wet zoveel mogelijk bij de richtlijn aan te laten sluiten. Daarom kan de door de WHOA in de Faillissementswet geïntroduceerde regeling van deze akkoordprocedures (hierna: de WHOA-regeling) nu ook dienen als implementatie van het eerste onderdeel van de richtlijn, betreffende het preventieve herstructureringsstelsel. Verder geldt voor het tweede onderdeel van de richtlijn – de kwijtscheldingsregeling voor ondernemers – dat de in de Faillissementswet opgenomen Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (hierna: WSNP) reeds voorziet in een dergelijke regeling. In dit wetsvoorstel wordt nog een beperkt aantal aanpassingen doorgevoerd in de WHOA-regeling en de WSNP om de omzetting van de genoemde onderdelen uit de richtlijn te vervolmaken. Daarnaast bevat dit wetsvoorstel enkele bepalingen waarmee de overige onderdelen van de richtlijn worden geïmplementeerd.
In beginsel moest het grootste deel van de richtlijn uiterlijk op 17 juli 2021 in de nationale wetgeving zijn omgezet en worden toegepast. Lidstaten die bijzondere moeilijkheden zouden ondervinden bij het omzetten van de richtlijn, konden op grond van artikel 34 lid 2 van de richtlijn echter aanspraak maken op een verlenging van deze omzettingstermijn met maximaal één jaar. Nederland heeft de Commissie meegedeeld hiervan gebruik te maken, vanwege moeilijkheden bij de implementatie als gevolg van de Corona-pandemie; het grootste deel van de richtlijn dient daarom uiterlijk 17 juli 2022 te zijn geïmplementeerd.
In artikel 28 van de richtlijn is – kort gezegd – bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de betrokkenen bij een insolventieprocedure gebruik kunnen maken van elektronische communicatiemiddelen. De lidstaten krijgen meer tijd om dit artikel te implementeren. Uiterlijk op 17 juli 2024 moeten de volgende verrichtingen via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden gedaan:
– de indiening van vorderingen door schuldeisers in insolventieprocedures;
– het ter stemming voorleggen van herstructurerings- of terugbetalingsplannen door schuldenaren of herstructureringsfunctionarissen aan de betrokken partijen en het indienen van dergelijke plannen bij het gerecht, en
– kennisgevingen aan schuldeisers.
– In aanvulling hierop moet het op uiterlijk 17 juli 2026 ook mogelijk zijn voor de betrokkenen bij een insolventieprocedure om via elektronische communicatiemiddelen bij het gerecht bezwaar en beroep aan te tekenen tegen rechterlijke beslissingen.

2. De richtlijn: een schets op hoofdlijnen

2.1 Inleiding

De richtlijn heeft tot doel bij te dragen aan het goed functioneren van de interne markt en een eind te maken aan de belemmeringen voor het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging, die voortvloeien uit

verschillen tussen nationale regelingen en procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld (hierna: insolventieprocedures). Over dit doel en die belemmeringen die voortvloeien uit de verschillende nationale regelingen van de lidstaten, is in de overwegingen bij de richtlijn het volgende opgemerkt.

In veel lidstaten zijn wel procedures beschikbaar om de financiële gezondheid van ondernemingen in financiële moeilijkheden te herstellen of om de onderdelen van die ondernemingen die nog overlevingskansen hebben te redden, maar er zijn ook verschillen tussen deze procedures. Dit betreft onder meer het stadium waarin de procedures toegepast kunnen worden, het formele of juist meer informele karakter van de procedures, de effectiviteit van de procedures en de betrokkenheid van rechterlijke of administratieve instanties of de door deze instanties aangewezen insolventiefunctionarissen. Ook is er veel variatie in de nationale regelingen die ondernemers een tweede kans geven, bijvoorbeeld betreffende het toepassingsbereik van de regelingen en de termijn waarna en de voorwaarden waaronder kwijtschelding kan worden verkregen.

De verschillen tussen de nationale insolventieprocedures werpen belemmeringen op. Investeerders moeten onderzoek doen naar de verschillende insolventieregimes om investeringsrisico's in te kunnen schatten en maken hierdoor extra kosten. Ook wordt een herstructurering van een onderneming of een groep ondernemingen met onderdelen en vestigingen, schuldeisers of activa in andere lidstaten, bemoeilijkt doordat verschillende regimes van toepassing zijn. Verder komt het voor dat ondernemers zich genoodzaakt voelen om naar een andere lidstaat te verhuizen om binnen een redelijke termijn een nieuwe start te kunnen maken. Als zij hiertoe overgaan, brengt ook dit extra kosten mee voor zowel de schuldeisers als de ondernemers zelf. Een andere belemmering is dat insolventieprocedures soms te lang duren en dat mede daardoor sprake is van lage terugvorderingspercentages.

Zowel de verschillen in de insolventieprocedures als de lange duur van deze procedures, kunnen investeerders ervan weerhouden in een onderneming uit een andere lidstaat te investeren of zakelijke betrekkingen aan te gaan buiten de lidstaat waar ze gevestigd zijn. Dat de investeringskosten, investeringsrisico's en terugvorderingspercentages in de lidstaten verschillen, heeft ook tot gevolg dat financiers per lidstaat een ander risico lopen wanneer zij krediet verstrekken. Dit leidt ertoe dat er niet overal in de EU een gelijke toegang is tot krediet.

De richtlijn beoogt deze belemmeringen weg te nemen door de nationale wetgeving van de lidstaten op het terrein van insolventieprocedures verder te harmoniseren en ervoor te zorgen dat «*levensvatbare ondernemingen en ondernemers in financiële moeilijkheden* [in iedere lidstaat] *toegang hebben tot doeltreffende nationale preventieve herstructureringsstelsels die hen in staat stellen hun activiteiten voort te zetten; eerlijke ondernemers die insolvent zijn of een overmatige schuldenlast hebben na een redelijke termijn een volledige kwijtschelding van schuld kunnen krijgen waardoor hen een tweede kans wordt gegeven; en dat de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld efficiënter worden, in het bijzonder om de duur ervan te verkorten.* [...]». De genoemde maatregelen moeten leiden tot meer coherentie van insolventieprocedures in de lidstaten en daarmee tot grotere transparantie, rechtszekerheid en voorspelbaarheid in de Europese Unie (hierna: EU). Het is de bedoeling dat hierdoor de kosten van een herstructurering voor zowel schuldenaren als schuldeisers omlaag gaan, een zo hoog mogelijk rendement gerealiseerd kan worden voor alle soorten schuldeisers en investeerders en dat grensoverschrijdende investeringen

worden aangemoedigd. Ook moet hiermee de herstructurering van groepen van bedrijven met onderdelen en vestigingen in verschillende lidstaten van de EU makkelijker worden (overwegingen 1, 4 – 9 en 15 van de considerans van de richtlijn).

De in de richtlijn voorziene maatregelen zijn van toepassing in zowel grensoverschrijdende als in nationale insolventiesituaties. De richtlijn laat de Insolventieverordening betreffende kwesties als rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging, toepasselijk recht en samenwerking in grensoverschrijdende insolventieprocedures, en de onderlinge koppeling van insolventieregisters, onverlet. De richtlijn beoogt de lidstaten veel flexibiliteit te bieden om de in de richtlijn opgenomen gemeenschappelijke beginselen toe te passen met inachtneming van hun nationale rechtsstelsels (overwegingen 11 – 13 en 16 van de considerans van de richtlijn).[1]

De hoofdonderdelen van de richtlijn – het preventieve herstructureringsstelsel, de kwijtscheldingsregeling voor ondernemers, de maatregelen ter verhoging van de efficiënte van insolventieprocedures en de monitoring van insolventieprocedures – worden in de volgende paragrafen kort toegelicht.

2.2 Het preventieve herstructureringsstelsel

Het in titel II van de richtlijn voorziene preventieve herstructureringsstelsel is bedoeld om schuldenaren die een onderneming drijven en in financiële moeilijkheden verkeren, in staat te stellen hun activiteiten geheel of gedeeltelijk voort te zetten.[2] In dit kader moeten zij ter voorkoming van insolventie in een vroeg stadium de mogelijkheid hebben om wijzigingen aan te brengen in de manier waarop de onderneming is gefinancierd (kapitaalstructuur) en de bedrijfsvoering is ingericht. Als dit nodig is, moeten schuldenaren bedrijfsmiddelen, bedrijfsonderdelen of – als het nationale recht daarin voorziet – de onderneming zelf kunnen verkopen. Het nationale recht kan er in voorzien dat zij ook schuldconversies kunnen doorvoeren en overeenkomsten gemakkelijker kunnen beëindigen of wijzigen. Uiteraard gaat het hierbij om ondernemingen die overlevingskansen hebben. Ondernemingen zonder overlevingskansen moeten zo snel mogelijk kunnen worden afgewikkeld en de baten uit de boedel moeten zo snel mogelijk kunnen worden vereffend om te voorkomen dat schulden verder oplopen (overwegingen 2, 3 en 10 van de considerans van de richtlijn).

Met de invoering van een preventief herstructureringsstelsel in iedere lidstaat wordt beoogd te voorkomen dat het aantal niet-renderende leningen stijgt. Ook moeten de herstructureringsstelsels ertoe leiden dat zoveel mogelijke waarde, werkgelegenheid, knowhow en vaardigheden behouden blijven voor de betrokken schuldeisers, eigenaren en werknemers en de economie in haar geheel. Mede daarom is van belang dat in de preventieve herstructureringsstelsels de rechten van alle betrokken partijen, inclusief die van werknemers, op een evenwichtige manier worden beschermd. Ook moet de herstructurering gebaseerd zijn op een dialoog met de belanghebbenden over de doelstellingen van de herstructureringsoperatie, de maatregelen die in dat kader worden beoogd en eventuele alternatieve opties. Daarbij moet – zoals bepaald in het Unierecht en het nationale recht – eveneens sprake zijn van gepaste betrokkenheid van werknemersvertegenwoordigers.

---

[1] Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking) (PbEU 2015, L 141).

[2] Het maakt daarbij niet uit in welke rechtsvorm de schuldenaar zijn onderneming drijft.

De richtlijn voorziet niet in een volledig uitgewerkt herstructureringsstelsel, maar wel in een aantal «gemeenschappelijke beginselen» ten aanzien van:
– de aard en het toepassingsbereik van het preventieve herstructureringsstelsel;
– de introductie van ondersteunende voorzieningen – zoals de schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen;
– de inhoud van het herstructureringsplan dat in het kader van het preventieve herstructureringsstelsel aan de schuldeisers kan worden aangeboden;
– de manier waarop het herstructureringsplan aan de schuldeisers wordt voorgelegd en hoe zij zich daar vervolgens over kunnen uitspreken – o.a. de onderverdeling van de schuldeisers in verschillende categorieën (hierna: klassen) en de stemming over het herstructureringsplan per klasse;
– de voorwaarden waaronder de rechter een aangeboden herstructureringsplan kan bevestigen, en
– de gevolgen van die bevestiging (overwegingen 24 – 71 van de considerans van de richtlijn).

De richtlijn biedt de lidstaten een grote mate van flexibiliteit bij de omzetting van deze beginselen in hun nationale wetgeving. De lidstaten mogen er ook voor kiezen om in hun wetgeving meerdere herstructureringsstelsels naast elkaar te laten bestaan, zolang één van die stelsel maar voldoet aan de beginselen die zijn opgenomen in de richtlijn. Het met de beginselen uit de richtlijn overeenstemmende preventieve herstructureringsstelsel mag bestaan uit één of meer procedures, maatregelen of bepalingen en in dit stelsel mogen sommige onderdelen ook buitengerechtelijk verlopen. De lidstaten mogen bepalen dat de betrokkenheid van een rechterlijke of administratieve instantie beperkt is tot situaties waarin dit noodzakelijk en evenredig is (artikel 4 lid 5 en 6 en overweging 16 van de considerans van de richtlijn).

Aard en toepassingsbereik van het preventieve herstructureringsstelsel

Iedere lidstaat moet ervoor zorgen dat «*schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren* [...]» (artikel 4 lid 1 van de richtlijn). Het herstructureringsstelsel moet er – kort gezegd – in voorzien dat:
– ondernemers de mogelijkheid krijgen een herstructureringsplan aan hun schuldeisers en – als de lidstaat dit mogelijk maakt – kapitaalhouders[3] voor te leggen, waarbij de rechten van die schuldeisers en kapitaalhouders worden gewijzigd (bijvoorbeeld door een uitstel van betaling, een gedeeltelijke kwijtschelding van de vordering of een omzetting van een vordering in aandelen);
– een rechterlijke of administratieve instantie het herstructureringsplan kan bevestigen als de besluitvorming over en de inhoud van het plan aan bepaalde eisen voldoet, en
– die bevestiging ertoe leidt dat het plan ook verbindend is voor schuldeisers en kapitaalhouders die daarmee niet hebben ingestemd.

Het preventieve herstructureringsstelsel mag bestaan uit één of meerdere procedures en moet in ieder geval beschikbaar zijn op aanvraag van de schuldenaar. Daarnaast kunnen de lidstaten bepalen dat het preventieve herstructureringsstelsel ook beschikbaar is op verzoek van schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers. Als de schuldenaar een MKB-bedrijf is,

[3] Onder een «kapitaalhouder» verstaat de richtlijn een persoon die een eigendomsbelang heeft in een schuldenaar of een bedrijf van een schuldenaar, waaronder een aandeelhouder, voor zover die persoon geen schuldeiser is (zie artikel 2 lid 1 onder 3 van de richtlijn).

geldt dan wel als voorwaarde dat de schuldenaar ermee instemt dat gebruik wordt gemaakt van het herstructureringsstelsel (artikel 4 leden 5, 7 en 8 van de richtlijn).

Toegang tot het herstructureringsstelsel is beperkt tot situaties van «dreigende insolventie». Verder kunnen de lidstaten ervoor kiezen in de volgende situaties toegang tot het herstructureringsstelsel uit te sluiten of te beperken:
– als een onderneming – kort gezegd – veroordeeld is wegens een ernstig verzuim in accountants- of boekhoudverplichtingen;
– zolang een onderneming zich nog niet aan een levensvatbaarheidstoets heeft onderworpen, of
– als een onderneming al eerder gebruik heeft gemaakt van het preventieve herstructureringsstelsel (artikel 4 leden 2 – 4 van de richtlijn).

De richtlijn gaat ervan uit dat wanneer gebruik wordt gemaakt van het herstructureringsstelsel de schuldenaar geheel of tenminste gedeeltelijk beheers- en beschikkingsbevoegd blijft («*debtor in possession*») en dat hij zelf de controle kan houden over het herstructureringsproces. Reden is dat hierdoor onnodige kosten kunnen worden vermeden en schuldenaren worden aangezet om in een vroeg stadium gebruik te maken van het herstructureringsstelsel (artikel 5 lid 1 van de richtlijn). Gelet op dit laatste omvat de richtlijn ook een expliciete verplichting voor bestuurders om in geval van dreigende insolventie in ieder geval:
– rekening te houden met de belangen van de schuldeisers, kapitaalhouders en andere belanghebbenden;
– oog te hebben voor de stappen die ondernomen kunnen worden ter voorkoming van insolventie, en
– te vermijden dat opzettelijk handelen of nalaten ertoe leidt dat de levensvatbaarheid van de onderneming wordt bedreigd (artikel 19 van de richtlijn).

Hoewel de schuldenaar dus geheel of tenminste gedeeltelijk beheers- en beschikkingsbevoegd moet blijven, voorziet de richtlijn wel in de mogelijkheid dat er nadat de schuldenaar is toegelaten tot het herstructureringsstelsel, een herstructureringsdeskundige wordt aangesteld. Een herstructureringsdeskundige is een persoon of een instantie die door een rechterlijke of administratieve instantie wordt aangesteld om:
a) de schuldenaar en de schuldeisers te assisteren bij het opstellen van of het onderhandelen over een herstructureringsplan;
b) toezicht te houden op de activiteiten van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen over een herstructureringsplan en verslag uit te brengen aan een rechterlijke of administratieve instantie, of
c) tijdens de onderhandelingen de gedeeltelijke controle uit te oefenen over de activa of zaken van de schuldenaar.

Dit betreft dus een ruime definitie, waar verschillende typen functionarissen onder kunnen vallen. Zowel een meer «passieve» figuur die enkel toezicht houdt op de activiteiten van de schuldenaar is «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn (onderdeel b), als een meer «actieve» figuur die partijen assisteert bij de totstandbrenging van een akkoord of die de gedeeltelijke controle verwerft over de activa van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen (onderdelen a en c). De lidstaten hebben daarmee ruimte om zelf invulling te geven aan deze figuur. Het is mogelijk dat de herstructureringsdeskundige meerdere van de in de definitie genoemde taken uitoefent. Lidstaten kunnen deze taken ook opdelen en toedelen aan verschillende functionarissen.
De rechter dient in principe per geval te beoordelen of de aanstelling van een herstructureringsdeskundige nodig is. Alleen in de volgende gevallen moet er altijd een herstructureringsdeskundige worden aangesteld:

– als de rechter ter ondersteuning van de totstandkoming van een herstructureringsplan een algehele schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen afkondigt en besluit dat de aanstelling van een herstructureringsdeskundige nodig is om de belangen van de betrokken partijen te waarborgen;
– als de rechter wordt gevraagd om een herstructureringsplan te bevestigen waarmee niet alle klassen van schuldeisers hebben ingestemd, en
– als de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers daarom vraagt (artikelen 2 lid 1, onderdeel 12, en 5 leden 1 – 3 van de richtlijn en overweging 30 van de considerans van de richtlijn).

Het preventieve herstructureringsstelsel mag geen afbreuk doen aan de individuele en collectieve rechten die aan werknemers zijn toegekend in het Unierecht of het nationale arbeidsrecht. Het gaat dan onder meer om:
– het recht op collectieve onderhandelingen en collectieve actie;
– het recht van werknemersvertegenwoordigers op informatie, raadpleging en goedkeuring;
– de rechten van werknemers bij overgang van onderneming;
– de rechten van werknemers bij insolventie van de werkgever, en
– de rechten van werknemers bij collectief ontslag.

Bevat een herstructureringsplan maatregelen die leiden tot veranderingen in de manier waarop de werkzaamheden binnen de onderneming georganiseerd zijn of in de arbeidsovereenkomsten met werknemers, dan dienen die maatregelen te worden goedgekeurd door de werknemers indien het nationaal recht of collectieve overeenkomsten in die gevallen in die goedkeuring voorzien (artikel 13 van de richtlijn).

Ondersteunende voorzieningen

Schorsing van tenuitvoerleggingsmaatregelen

De lidstaten moeten volgens artikel 6 lid 1 van de richtlijn ervoor zorgen dat «*schuldenaren gebruik kunnen maken van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen om de onderhandelingen over een herstructureringsplan in het kader van een preventief herstructureringsstelsel te ondersteunen*». Hoofdregel is dat deze schorsing in beginsel alle soorten vorderingen jegens de schuldenaar treft, behalve de vorderingen van de werknemers van de schuldenaar. Daarnaast kunnen de lidstaten onder voorwaarden ook andere vorderingen van de schorsing uitzonderen. Verder kunnen de lidstaten bepalen dat naast een algemene schorsing, ook een beperkte schorsing mogelijk is. Een algemene schorsing ziet dan op alle vorderingen die door een schorsing getroffen kunnen worden. Bij een beperkte schorsing worden alleen de vorderingen van één of meer individuele schuldeisers of categorieën schuldeisers getroffen. Ten slotte kunnen de lidstaten regelen dat de rechter een schorsingsverzoek kan weigeren als een schorsing niet nodig is of er geen aanleiding is om aan te nemen dat de onderhandelingen over een herstructureringsplan hierdoor ondersteund zouden worden (artikel 6 leden 1 – 5 van de richtlijn).

De rechter moet de schorsing in ieder geval kunnen opheffen als deze niet langer nodig is of als daarom wordt verzocht door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige. Daarnaast kunnen de lidstaten opheffing van de schorsing mogelijk maken als één of meer schuldeisers hierdoor op oneerlijke wijze (dreigen te) worden benadeeld of de schorsing leidt tot de insolventie van een schuldeiser (artikel 6 lid 9 van de richtlijn).

De initiële duur van de schorsing is maximaal vier maanden. Lidstaten kunnen de rechter de bevoegdheid geven om de schorsing te verlengen als uit welomschreven omstandigheden blijkt dat dit gerechtvaardigd is, maar de totale duur van de schorsing mag nooit langer zijn dan twaalf maanden (artikel 6 leden 6 – 8 van de richtlijn). Als de schorsing is verstreken zonder dat een herstructureringsplan is goedgekeurd, mag dit niet automatisch leiden tot het faillissement van de schuldenaar (artikel 7 lid 7 van de richtlijn).

Een schorsing moet er niet alleen toe leiden dat schuldeisers geen tenuitvoerleggingsmaatregelen meer kunnen nemen, maar moet er ook voor zorgen dat:
– de opening van een insolventieprocedure die kan eindigen in de vereffening van het vermogen van de schuldenaar, wordt opgeschort;
– als de schuldenaar schulden die vóór de schorsing zijn ontstaan onbetaald heeft gelaten, dit geen grond is voor beëindiging, opschorting of wijziging van een nog uit te voeren essentiële overeenkomst ten nadele van de schuldenaar;
– beëindiging, opschorting of wijziging van een nog uit te voeren overeenkomst met een beroep op een zogenaamde «ipso facto-clausule» niet mogelijk is louter vanwege de (aanvraag tot) opening van de herstructureringsprocedure of schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen (artikel 7 van de richtlijn).

Bescherming van nieuwe en tussentijdse financiering en noodzakelijke transacties

Om een herstructureringsplan tot stand te brengen en te kunnen uitvoeren zijn financiële middelen nodig en moeten mede in dat kader bepaalde transacties kunnen worden verricht. De richtlijn voorziet om deze reden in bescherming van de verlening van nieuwe en tussentijdse financiering. Hetzelfde geldt voor het verrichten van andere transacties die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn voor het onderhandelen over of de uitvoering van een herstructureringsplan. Kort gezegd dient die bescherming in te houden dat de (rechts)handelingen die noodzakelijkerwijs worden verricht in het kader van het tot stand brengen en het uitvoeren van een herstructureringsplan in geval van latere insolventie niet ongeldig kunnen worden verklaard enkel omdat zij zijn verricht op een moment waarop sprake was van dreigende insolventie. Voor zover aan de orde, mogen de verstrekkers van financiering voorts op geen enkele manier aansprakelijk worden gesteld vanwege het enkele feit dat nadien blijkt dat de financiering voor de gezamenlijke schuldeisers nadelig heeft uitgepakt. De lidstaten kunnen voorwaarden stellen waaronder de genoemde bescherming van toepassing is (artikelen 17 en 18 van de richtlijn).

Inhoud herstructureringsplan

De lidstaten moeten ervoor zorgen dat een herstructureringsplan dat ter stemming aan de schuldeisers en kapitaalhouders wordt voorgelegd, tenminste bepaalde informatie bevat. De voorgeschreven informatie ziet – kort gezegd – op:
– de schuldenaar en de financiële situatie waarin hij verkeert;
– de schuldeisers, werknemers en kapitaalhouders die bij het herstructureringsplan worden betrokken en de klassen waarin zij in het herstructureringsplan zijn onderverdeeld, en
– informatie die deze schuldeisers, werknemers en kapitaalhouders in staat moet stellen te overzien wat voor hen de gevolgen zijn van het herstructureringsplan en of de totstandkoming van het herstructure-

ringsplan noodzakelijk en toereikend is om een dreigend faillissement af te wenden.

Het is de lidstaten toegestaan om de informatievoorschriften aan te vullen (artikel 8 van de richtlijn).

Het voorleggen van het herstructureringsplan en de stemming

De schuldenaar moet een herstructureringsplan ter instemming aan de betrokken partijen kunnen voorleggen. Daarbij wordt onder betrokken partijen verstaan: «*schuldeisers, met inbegrip van, indien toepasselijk krachtens nationaal recht, werknemers, of categorieën schuldeisers en, indien toepasselijk krachtens nationaal recht, kapitaalhouders, wier vorderingen of belangen naargelang het geval door een herstructureringsplan rechtstreeks worden getroffen*» (artikel 2 lid 1, onderdeel 2, van de richtlijn). De betrokken partijen moeten het recht hebben om over het herstructureringsplan te stemmen, met dien verstande dat de lidstaten ervoor kunnen kiezen om de volgende partijen het stemrecht te onthouden:

– kapitaalhouders;
– schuldeisers met een lagere rang dan concurrente schuldeisers; en
– partijen met banden met de schuldenaar of met de onderneming van de schuldenaar die krachtens nationaal recht in een belangenconflict verkeren (artikel 9 leden 1 – 3 van de richtlijn).

Zoals eerder gezegd, moeten de partijen die worden betrokken bij het herstructureringsplan in verschillende klassen worden ingedeeld. In iedere klasse dient een afzonderlijke stemming over het herstructureringsplan plaats te vinden. Een herstructureringsplan is goedgekeurd door een schuldeisersklasse, als het plan wordt gesteund door een groep schuldeisers die samen ten minste de meerderheid vertegenwoordigt van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers binnen die klasse. Voor een aandeelhoudersklasse geldt dezelfde regel, met dien verstande dat dan bepalend is of het herstructureringsplan wordt gesteund door een groep aandeelhouders die samen ten minste de meerderheid vertegenwoordigt van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders binnen die klasse. Het is aan de lidstaten om vast te stellen welke meerderheden vereist zijn, met dien verstande dat die meerderheden niet meer mogen bedragen dan 75% van het totale bedrag aan vorderingen of geplaatst kapitaal behorend tot de schuldeisers of aandeelhouders binnen de klasse. Lidstaten moeten regels kunnen vaststellen voor het geval dat betrokken partijen hun stemrecht niet of niet op correcte wijze (hebben) kunnen uitoefenen (artikel 9 lid 4 – 6 van de richtlijn en overweging 47 van de considerans van de richtlijn).

De voorwaarden waaronder de rechter een aangeboden herstructureringsplan kan bevestigen

De richtlijn schrijft voor aan welke minimumeisen voldaan moet zijn om een herstructureringsplan te kunnen laten bevestigen. Bevestiging kan zowel plaats vinden door een rechterlijke als een administratieve instantie; de richtlijn laat lidstaten hierin de keuze. Als bevestiging plaats vindt door een administratieve instantie, moeten belanghebbenden echter tegen deze beslissing beroep in kunnen stellen bij de rechter (zie artikel 16 lid 1 van de richtlijn en overweging 65 van de considerans van de richtlijn). Hierna wordt steeds, kortheidshalve, gesproken over bevestiging door de rechter. Na de bevestiging is het plan verbindend voor alle betrokken partijen. De bevestiging van het herstructureringsplan is onder meer nodig om te waarborgen dat de wijziging van de rechten van de schuldeisers en kapitaalhouders in verhouding staat tot de voordelen van de herstructurering. Verder geldt dat een bevestiging van de rechter in ieder

geval vereist is als niet alle betrokken partijen met het herstructureringsplan hebben ingestemd of als het herstructureringsplan nieuwe financiering omvat (artikel 10 lid 1 van de richtlijn, overweging 48 van de considerans van de richtlijn).

Ten aanzien van de rol van de rechter is bepaald dat de lidstaten zijn betrokkenheid in het preventieve herstructureringsstelsel kunnen beperken «*tot situaties waarin die betrokkenheid noodzakelijk en evenredig is*» (artikel 4 lid 6 van de richtlijn). Lidstaten kunnen bepalen dat de rechter al in een eerder stadium, voorafgaand aan de stemming, controleert of de stemgerechtigde schuldeisers op de juiste manier in klassen zijn onderverdeeld en of zij in staat zijn geweest te stemmen. In ieder geval controleert hij dit bij de behandeling van een verzoek tot bevestiging. Voorts is over de rechterlijke toets die plaatsvindt in het kader van een verzoek tot bevestiging van een herstructureringsplan, kort gezegd, voorgeschreven dat:

- het bevestigingsverzoek op efficiënte wijze behandeld moet worden, zodat de rechter daarover voortvarend een beslissing kan nemen;
- het bevestigingsverzoek kan worden afgewezen als het herstructureringsplan geen redelijk vooruitzicht biedt op het afwenden van de insolventie van de schuldenaar of op het waarborgen van de levensvatbaarheid van het bedrijf, en
- de voorwaarden waaronder een herstructureringsplan door de rechter kan worden bevestigd duidelijk gespecificeerd zijn, waarbij ten minste vereist moet zijn dat:
  a) er over het herstructureringsplan is gestemd;
  b) het herstructureringsplan voorziet in een klassenindeling op grond waarvan betrokkenen met vergelijkbare belangen gelijk worden behandeld;
  c) alle betrokkenen naar behoren zijn geïnformeerd over het herstructureringsplan;
  d) betrokkenen die niet hebben ingestemd met het herstructureringsplan, door dit plan niet slechter af zijn dan op grond van de normale rangorde bij vereffening van het vermogen van de schuldenaar (de «*best interest of creditors» test*»), en
- eventuele nieuwe financiering noodzakelijk is om het herstructureringsplan uit te kunnen voeren en de betrokken schuldeisers hierdoor niet op onbillijke wijze in hun belangen worden benadeeld (artikelen 2 lid 1, onderdeel 6, en 10 leden 2 – 4 van de richtlijn).

Verder geldt dat ook een herstructureringsplan waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, door de rechtbank bevestigd moet kunnen worden. Om het herstructureringsplan in dat geval in aanmerking te kunnen laten komen voor bevestiging door de rechter, gelden – naast de hiervoor genoemde algemene eisen – nog de volgende meer specifieke minimum eisen:

- tijdens de stemming heeft:
  a) een meerderheid van de klassen ingestemd met het herstructureringsplan, waaronder tenminste een klasse van schuldeisers met een zekerheidsrecht of een klasse met een hogere rang dan de concurrente schuldeisers, of
  b) ten minste één klasse bestaande schuldeisers ingestemd met het herstructureringsplan en deze bestond uit schuldeisers die bij een waardebepaling aan de hand van ofwel de *going concern waarde*, ofwel de liquidatiewaarde een uitkering in geld zouden krijgen;
- de schuldeisers in de klassen die niet hebben ingestemd met het herstructureringsplan:
  a) worden ten minste even gunstig behandeld als elke andere klasse bestaande uit schuldeisers met dezelfde rang en gunstiger dan een klasse van schuldeisers met een lagere rang, of

b) krijgen met dezelfde of gelijkwaardige middelen volledige genoegdoening, indien een categorie in een lagere rang enige betaling ontvangt of enig belang aanhoudt (de «absolute priority rule»), en
– geen enkele klasse van schuldeisers krijgt op basis van het herstructureringsplan meer dan het volledige bedrag van zijn vordering op de schuldenaar (artikel 11 leden 1 en 2 van de richtlijn).

De lidstaten kunnen van deze voorwaarden afwijken als *«dat nodig is om de doelstellingen van het herstructureringsplan te halen en indien het herstructureringsplan de rechten of belangen van betrokken partijen niet op onbillijke wijze in het gedrang brengt»* (artikel 11 lid 2, tweede alinea, van de richtlijn). Het is lidstaten toegestaan andere voorwaarden voor bevestiging toe te voegen (overweging 50 van de considerans van de richtlijn).

Een niet-instemmende betrokken partij moet een rechtsmiddel kunnen instellen bij de rechter die over de bevestiging oordeelt. Over de waardebepaling van de onderneming van de schuldenaar heeft de rechter alleen te beslissen als:
– een betrokken partij die niet met het herstructureringsplan heeft ingestemd, aanvoert dat niet voldaan wordt aan de *«best interest of creditors» test»,* of
– een betrokken partij die niet met het herstructureringsplan heeft ingestemd, betwist dat voldaan is aan de voorwaarde dat tenminste één klasse bestaande uit schuldeisers die bij een waardebepaling aan de hand van ofwel de *going concern* waarde, ofwel de liquidatiewaarde een uitkering in geld zouden krijgen, met het herstructureringsplan heeft ingestemd.
– Lidstaten moeten ervoor zorgen dat rechters in het kader van de waardebepaling voldoende gekwalificeerde deskundigen mogen aanstellen of horen (artikel 14 lid 1 – 3 van de richtlijn).

De gevolgen van de bevestiging van het herstructureringsplan

Een herstructureringsplan dat door de rechter is bevestigd, is bindend voor alle schuldeisers die daarbij betrokken zijn (inclusief de schuldeisers die niet met het plan hebben ingestemd). Dit betreft concreet alle schuldeisers die in het plan zijn genoemd of omschreven. Schuldeisers die niet over het herstructureringsplan hebben kunnen stemmen, mogen niet door het plan in hun rechten worden geraakt (artikel 15 van de richtlijn). Het is aan de lidstaten overgelaten om dit nader in te vullen. Lidstaten kunnen bijvoorbeeld zelf bepalen hoe zij omgaan met schuldeisers en kapitaalhouders die correct van de procedure in kennis zijn gesteld, maar hieraan niet hebben deelgenomen (artikel 15 van de richtlijn en overweging 64 van de considerans van de richtlijn).

Ten slotte moeten de lidstaten ervoor zorgen dat het kapitaalhouders niet is toegestaan om de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren (artikel 12 lid 2 van de richtlijn).

2.3 Kwijtscheldingsregeling voor ondernemers

Titel III van de richtlijn omvat de verplichting voor de lidstaten om ervoor te zorgen dat insolvente ondernemers een tweede kans kunnen krijgen in de vorm van een kwijtschelding van hun schuld en de opheffing van eventueel bij een insolventverklaring opgelegde beroepsverboden. Ook voor de kwijtscheldingsregeling geldt dat de richtlijn geen volledig uitgewerkt stelsel bevat, maar een aantal minimumeisen stelt ten aanzien van:

– de aard en het toepassingsbereik van de kwijtscheldingsregeling;
– de termijn waarbinnen en de voorwaarden waaronder de ondernemer kwijtschelding van zijn schuld moet kunnen krijgen, en
– de gevallen waarin kan worden afgeweken van de hoofdregel dat een ondernemer een tweede kans moet kunnen krijgen (overwegingen 75 – 84 van de considerans van de richtlijn).
– De lidstaten hebben veel flexibiliteit om deze eisen toe te passen met inachtneming van hun nationale rechtsstelsel (zie overweging 16 van de considerans bij de richtlijn).

Aard en toepassingsbereik van de kwijtscheldingsregeling

In iedere lidstaat moet sprake zijn van tenminste één procedure waarbinnen ondernemers de mogelijkheid geboden wordt om kwijtschelding te krijgen van hun schuld. Lidstaten kunnen ervoor kiezen deze regeling uit te breiden tot natuurlijke personen die geen ondernemers zijn (artikel 1 lid 4 van de richtlijn).

Bij de kwijtscheldingsregeling kan sprake zijn van:
– een terugbetalingsplan;
– het te gelde maken van de activa behorend tot het vermogen van de ondernemer (hierna: boedel), of
– een combinatie van beide.

Ook mag van de ondernemer verlangd worden dat hij de handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit (hierna: ondernemersactiviteiten) waarop zijn schuld (deels) betrekking heeft, staakt zolang de regeling duurt (artikel 20 lid 1 van de richtlijn en overweging 75 van de considerans van de richtlijn). Wordt aan de kwijtschelding de voorwaarde verbonden dat de ondernemer zijn schuld gedeeltelijk terugbetaalt, dan moet die terugbetalingsverplichting wel gebaseerd zijn op de individuele situatie van de ondernemer. Zo moet de terugbetalingsverplichting in verhouding staan tot de omvang van de boedel op het moment dat de ondernemer wordt toegelaten tot de kwijtscheldingsregeling en het inkomen dat en de activa die de ondernemer nog verkrijgt terwijl die regeling loopt. Tegelijkertijd moeten ook de (billijke) belangen van de schuldeisers in aanmerking worden genomen (artikel 20 lid 2 van de richtlijn).

Ondernemers die kwijtschelding van hun schuld hebben verkregen, moeten kunnen profiteren van nationale regelingen die voorzien in bedrijfssteun voor ondernemers en zij moeten ook toegang hebben tot toepasselijke en actuele informatie hierover (artikel 20 lid 3 van de richtlijn).

Als de ondernemer zowel persoonlijke als bedrijfsmatige schulden heeft die niet redelijkerwijs van elkaar te scheiden zijn, moeten die schulden in één procedure kunnen worden behandeld (artikel 24 van de richtlijn en overweging 84 van de considerans van de richtlijn). De lidstaten kunnen enkele specifieke categorieën van vorderingen geheel of gedeeltelijk buiten het toepassingsbereik van de kwijtscheldingsregeling houden. Is een vordering geheel uitgesloten, dan betekent dit dat de ondernemer deze vorderingen hoe dan ook verschuldigd blijft. Een andere optie is dat er beperkingen worden gesteld aan de toegang tot de kwijtscheldingsregeling met betrekking tot deze vorderingen of dat de kwijtscheldingstermijn wordt verlengd. Daarbij geldt wel steeds als voorwaarde dat er een rechtvaardiging moet zijn voor deze afwijkingen en dat deze gemotiveerd moeten zijn, bijvoorbeeld in de toelichting van de wet (overwegingen 80 en 81 van de considerans van de richtlijn). De categorieën vorderingen die in de richtlijn bij wijze van voorbeeld worden genoemd zijn:
– door zekerheid gedekte schulden;

– schulden die ontstaan uit of verband houden met een strafrechtelijke veroordeling;
– schulden die zijn ontstaan uit aansprakelijkheid vanwege een onrechtmatige daad;
– schulden in verband met onderhoudsverplichtingen die voortvloeien uit familiebetrekkingen, bloedverwantschap, huwelijk of aanverwantschap;
– schulden die zijn ontstaan na de aanvraag tot kwijtschelding van schuld of na de opening van de procedure die tot kwijtschelding van schuld leidt, en
– schulden die ontstaan uit de verplichting tot betaling van de kosten van de kwijtscheldingsprocedure (artikel 23 lid 4 en overweging 81 van de considerans van de richtlijn).

Kwijtscheldingstermijn

De ondernemer moet in principe binnen een termijn van ten hoogste drie jaar kwijtschelding van zijn schuld kunnen krijgen. Onder kwijtschelding van schuld in de zin van de richtlijn valt zowel het wegnemen van de afdwingbaarheid van de schulden (zodat sprake is van natuurlijke verbintenissen), als het teniet doen van deze schulden (artikel 2 lid 1, onderdeel 10 van de richtlijn). Afhankelijk van de aard van de kwijtscheldingsregeling – en in dit verband de vraag of de regeling een afbetalingsplan omvat of niet – moet de termijn beginnen te lopen op het moment waarop:
– het afbetalingsplan wordt bevestigd door de rechter;
– de uitvoering van het afbetalingsplan aanvangt;
– de rechter besluit om de ondernemer toe te laten tot de kwijtscheldingsregeling, of
– de rechter vaststelt dat de ondernemer insolvent is (artikel 21 lid 1 van de richtlijn en overwegingen 75 en 76 van de considerans).

De lidstaten kunnen bepalen dat de insolventieprocedure wordt voortgezet nadat de schuldenaar volledige kwijtschelding van zijn schuld heeft gekregen, als dit nodig is om het proces van tegeldemaking van de activa van de ondernemer en de verdeling van de opbrengst af te ronden (artikel 21 lid 3 van de richtlijn).

Aan de kwijtschelding te stellen voorwaarden

Aan de kwijtschelding kunnen ook voorwaarden worden verbonden. Zo mogen de lidstaten bepalen dat alvorens volledige kwijtschelding van de schuld wordt verleend, een rechterlijke of administratieve instantie ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende toetst of aan alle daarvoor geldende voorwaarden is voldaan. Het niet hebben voldaan aan wettelijke verplichtingen, waaronder de verplichtingen die voortvloeien uit de kwijtscheldingsregeling, kan een grond zijn om de kwijtschelding niet toe te kennen. De lidstaten mogen de ondernemer verplichten om te bewijzen dat hij zijn verplichtingen is nagekomen, maar het mag de ondernemer niet onnodig moeilijk of lastig worden gemaakt om te bewijzen dat hij voor en tijdens de kwijtscheldingsregeling te goeder trouw heeft gehandeld (artikel 21 van de richtlijn en overwegingen 77 tot en met 79 en 82 van de considerans van de richtlijn).

Verplichte en toegestane afwijkingen van de kwijtschelding na drie jaar

De richtlijn verplicht de lidstaten om in bepaalde gevallen af te wijken van de hoofdregel dat een ondernemer na drie jaar volledige kwijtschelding van zijn schulden en opheffing van een eventueel opgelegd beroepsverbod moet kunnen krijgen. Als een ondernemer bij het aangaan van zijn

schulden, tijdens de looptijd van de kwijtscheldingsregeling of bij het terugbetalen van zijn schulden oneerlijk of te kwader trouw heeft gehandeld tegenover de schuldeisers of andere belanghebbenden, moeten de lidstaten hier consequenties aan verbinden. Dit kan zijn dat:
– de ondernemer geen of slechts beperkt toegang krijgt tot de kwijtscheldingsregeling;
– de kwijtscheldingsregeling (eventueel tussentijds) wordt beëindigd zonder dat de schuldenaar kwijtschelding verleend wordt;
– een reeds verleende kwijtschelding van schuld wordt ingetrokken, of
– de termijn waarna de ondernemer kwijtschelding van zijn schuld en opheffing van een eventueel opgelegd beroepsverbod kan verkrijgen, wordt verlengd (artikel 23 lid 1 van de richtlijn en overwegingen 79 en 80 van de considerans van de richtlijn).

De rechter mag bij de vaststelling of de ondernemer te kwader trouw heeft gehandeld, rekening houden met verschillende omstandigheden, zoals de aard en de omvang van de schulden, het moment waarop de schulden zijn aangegaan en de inspanningen van de ondernemer om de schulden af te betalen.

De lidstaten kunnen bovengenoemde consequenties ook verbinden aan bepaalde andere, welomschreven omstandigheden, mits afwijking van de hoofdregel gerechtvaardigd is. De richtlijn noemt de volgende voorbeelden:
– de ondernemer heeft de verplichtingen die voortvloeien uit een terugbetalingsplan of uit een wettelijke regeling ter bescherming van de belangen van schuldeisers (zoals de verplichting om het rendement voor de schuldeisers te maximaliseren) wezenlijk geschonden;
– de ondernemer houdt zich niet aan informatie- of medewerkingsverplichtingen uit hoofde van Unierecht en nationaal recht;
– de ondernemer heeft te kwader trouw een toelatingsverzoek ingediend;
– de ondernemer heeft een nieuw toelatingsverzoek ingediend terwijl hem – in een bepaalde termijn voorafgaand aan dat verzoek – al eerder volledige kwijtschelding van zijn schuld is verleend of hem dit is geweigerd vanwege een ernstige schending van de informatie- of medewerkingsverplichtingen;
– de kosten van de kwijtscheldingsprocedure zijn niet gedekt, of
– een afwijking is noodzakelijk om de rechten van de ondernemer en de rechten van één of meer schuldeisers in evenwicht te houden. Een voorbeeld hiervan is dat de financiële situatie van de ondernemer door een onvoorziene omstandigheid – zoals een loterijwinst, erfenis of schenking – aanmerkelijk verbetert (artikel 23 lid 2 van de richtlijn en overwegingen 79 en 80 van de considerans van de richtlijn).

Verder kunnen de lidstaten er in een aantal situaties voor kiezen om een langere periode te hanteren dan de driejaarstermijn waarbinnen de ondernemer in beginsel kwijtschelding behoort te krijgen van zijn schuld. Dit kan wanneer de rechter de voorwaarden van de kwijtscheldingsregeling in het voordeel van de ondernemer heeft versoepeld, zodat de ondernemer:
– in zijn woning kan blijven wonen of de goederen kan blijven gebruiken die hij nodig heeft om zijn ondernemersactiviteiten te kunnen voortzetten, of
– zijn woning kan behouden, omdat deze niet te gelde wordt gemaakt (artikel 23 lid 3 van de richtlijn).
– Voor opgelegde beroepsverboden geldt dat de lidstaten, in afwijking van artikel 22 van de richtlijn, mogen bepalen dat deze voor onbepaalde tijd of langer dan drie jaar gelden, als de ondernemer lid is van een beroepsgroep:

– waarvoor specifieke ethische regels of speciale regels inzake reputatie of deskundigheid gelden, en de ondernemer die regels heeft geschonden, of
– die zich bezighoudt met het beheer van de eigendom van anderen (artikel 23 lid 5 van de richtlijn en overweging 83 van de considerans van de richtlijn).

2.4 Maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van insolventieprocedures

Titel IV van de richtlijn bevat een aantal bepalingen met als doel om de transparantie en voorspelbaarheid van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld (hierna tezamen: insolventieprocedures) te bevorderen, de duur van deze procedures in sommige lidstaten te verkorten en de professionaliteit van de betrokken functionarissen in de lidstaten op een vergelijkbaar hoog niveau te brengen. Reden is dat een lange duur van insolventieprocedures tot onzekerheid bij schuldeisers en investeerders leidt en lage terugvorderingspercentages tot gevolg heeft (overweging 85 van de considerans van de richtlijn).

Lidstaten dienen ervoor te zorgen dat insolventieprocedures efficiënt en voortvarend verlopen en worden afgewikkeld. Om de efficiëntie van deze procedures te vergroten, stelt de richtlijn eisen aan de deskundigheid van rechters. Rechters in insolventieprocedures dienen een adequate opleiding te krijgen en over de vereiste deskundigheid te beschikken. Dit moet de rechters in staat stellen beslissingen met mogelijk grote economische en sociale gevolgen op efficiënte wijze te nemen (zie artikel 25, onderdeel a van de richtlijn en overweging 86 van de considerans van de richtlijn). De lidstaten kunnen er voor kiezen om gespecialiseerde gerechten of kamers op te richten (artikel 25, onderdeel b, van de richtlijn en overweging 86 van de considerans van de richtlijn).

Ook de in insolventieprocedures door de rechter aangestelde functionarissen – zoals curatoren, bewindvoerders, herstructureringsdeskundigen en observators – dienen adequaat te zijn opgeleid en deskundig te zijn. Bij de aanstelling van een functionaris moet erop gelet worden of deze, gezien zijn ervaring en deskundigheid, voor de specifieke zaak geschikt is. Zo zal in zaken met grensoverschrijdende elementen een functionaris moeten worden aangesteld die in staat is te communiceren en samen te werken met functionarissen uit andere lidstaten. De voorwaarden voor aanstelling en ontslag van functionarissen dienen duidelijk, transparant en rechtvaardig te zijn. Om belangenconflicten te voorkomen, moeten schuldenaren en schuldeisers bezwaar kunnen maken tegen de aanstelling van een functionaris of om diens vervanging kunnen verzoeken (artikel 26 van de richtlijn en overwegingen 87 – 88 van de considerans van de richtlijn). Voorts dienen de lidstaten te voorzien in voldoende toezicht op deze functionarissen. Doel is te verzekeren dat deze functionarissen hun werk op doeltreffende en bekwame verrichten en daarbij onafhankelijk en onpartijdig opereren. De lidstaten kunnen hiertoe de aansluiting van functionarissen bij gedragscodes stimuleren. Als functionarissen hun werk niet behoorlijk verrichten, moeten er maatregelen genomen kunnen worden om hen ter verantwoording te roepen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan vermindering van hun honorarium, uitsluiting van de lijst van functionarissen die voor benoeming in aanmerking komen of tuchtrechtelijke en/of strafrechtelijke sancties. Informatie over de autoriteiten of organen die toezicht houden op de functionarissen, dient publiek toegankelijk te zijn. De richtlijn stelt ook eisen ten aanzien van de regels die gelden voor de vergoeding die functionarissen voor hun werkzaamheden krijgen. Bij het vaststellen van

deze regels dient oog te zijn voor het belang van een efficiënte afwikkeling van procedures. Lidstaten moeten ook voorzien in procedures ter beslechting van eventuele geschillen over vergoeding (artikel 27 van de richtlijn en overweging 89 van de considerans).

Verder kan door gebruik te maken van elektronische communicatiemiddelen de efficiëntie van insolventieprocedures worden vergroot. Bovendien kan dit de drempel voor schuldeisers verlagen om deel te nemen aan deze procedures. De richtlijn verplicht lidstaten daarom ervoor te zorgen dat bepaalde handelingen via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden verricht. Het gaat dan om het indienen van vorderingen door schuldeisers, het aanbieden van een akkoord, het publiceren of versturen van kennisgevingen aan schuldeisers en het aantekenen van bezwaar of beroep tegen rechterlijke beslissingen. De lidstaten kunnen zelf kiezen welk elektronisch communicatiemiddel zij inzetten. Gedacht kan worden aan e-mail, maar ook aan een speciaal ontworpen systeem voor de indiening van documenten (artikel 28 van de richtlijn en overwegingen 90 en 91 van de considerans).

2.5 Monitoring van insolventieprocedures

Om na te gaan of de lidstaten in de praktijk voldoen aan hun verplichtingen uit hoofde van de richtlijn, zijn gegevens nodig. Om bijvoorbeeld de efficiëntie van de insolventieprocedures in een bepaalde lidstaat te beoordelen, ook in verhouding tot die in andere lidstaten, is betrouwbare en vergelijkbare informatie vereist. Titel V van de richtlijn bevat daarom een verplichting voor de lidstaten om bepaalde gegevens te verzamelen en te aggregeren. Deze gegevens moeten vervolgens via een mededelingsformulier worden toegezonden aan de Commissie, die deze gegevens op haar website publiceert. Het gaat onder meer om gegevens over het aantal insolventieprocedures, de gemiddelde duur ervan en de wijze waarop procedures zijn geëindigd. De lidstaten kunnen voor het verzamelen van de gegevens gebruik maken van een steekproeftechniek. De lidstaten dienen de verkregen gegevens in te delen naar de grootte van de schuldenaar, de vraag of de schuldenaar een natuurlijke persoon of rechtspersoon is en – waar het de procedure tot kwijtschelding van schuld betreft – of de schuldenaar een ondernemer is (artikel 29 van de richtlijn, overwegingen 92 en 93 van de considerans van de richtlijn).

2.6 Overige onderdelen van de richtlijn

Titel I van de richtlijn bevat algemene bepalingen. Hierin zijn het onderwerp en het toepassingsgebied van de richtlijn geregeld en is ook een aantal definities opgenomen. Daarnaast bevat deze titel een bepaling over de vroegtijdige waarschuwing van schuldenaren met financiële moeilijkheden (artikel 3 van de richtlijn). Het is van belang dat schuldenaren die in financiële moeilijkheden verkeren, zo snel mogelijk actie ondernemen. Hoe eerder zij dit doen, hoe groter de kans is dat een faillissement kan worden voorkomen. Als de onderneming geen overlevingskansen heeft, kan door het tijdig nemen van maatregelen de vereffening van het vermogen van de schuldenaar ordelijker en efficiënter verlopen. De richtlijn verplicht lidstaten daarom om ervoor te zorgen dat schuldenaren toegang hebben tot instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing waarmee omstandigheden kunnen worden opgespoord die kunnen leiden tot insolventie. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan waarschuwingsmechanismen als de schuldenaar bepaalde betalingen niet heeft verricht of adviesdiensten van publieke of private organisaties. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat actuele informatie over deze instrumenten beschikbaar is voor schuldenaren en werknemersvertegenwoordigers. Met name voor MKB-bedrijven dient deze informatie

eenvoudig raadpleegbaar te zijn. Daarnaast dient informatie beschikbaar te zijn voor schuldenaren en werknemersvertegenwoordigers over het in de lidstaat beschikbare preventieve herstructureringsstelsel en de kwijtscheldingsregeling voor ondernemers. De richtlijn bepaalt voorts dat lidstaten de werknemersvertegenwoordigers ondersteuning kunnen bieden bij de beoordeling van de economische situatie van de schuldenaar (artikel 3 van de richtlijn, overwegingen 22 en 23 van de considerans van de richtlijn).

Titel VI bevat slotbepalingen. Hierin is onder meer de verhouding tot andere instrumenten geregeld.

3. Wijze van implementatie

3.1 Het preventieve herstructureringsstelsel

Zoals eerder is opgemerkt in de paragrafen 1 en 2.2 van deze toelichting, bepaalt de richtlijn dat de lidstaten erin moeten voorzien dat een onderneming in financiële moeilijkheden toegang heeft tot een preventief herstructureringsstelsel. De richtlijn voorziet niet in een volledig uitgewerkt herstructureringsstelsel, maar wel in een aantal «gemeenschappelijke beginselen» waaraan een dergelijk stelsel dient te voldoen. De lidstaten beschikken over een grote mate van flexibiliteit bij de omzetting van deze beginselen in hun nationale wetgeving. Daardoor is ook sprake van veel beleidsruimte bij de inrichting van het herstructureringsstelsel. Zo kunnen de lidstaten ervoor kiezen om een volledig nieuw herstructureringsstelsel in hun wetgeving te introduceren. Zij kunnen ook een al bestaand herstructureringsstelsel aanpassen, zodat deze voldoet aan de in de richtlijn opgenomen beginselen. De lidstaten mogen in hun wetgeving meerdere herstructureringsstelsels naast elkaar laten bestaan, zolang één van die stelsel maar voldoet aan de beginselen die zijn opgenomen in de richtlijn. Verder mag dat stelsel bestaan uit één of meer procedures, maatregelen of bepalingen en mogen sommige onderdelen daarvan ook buitengerechtelijk verlopen. De lidstaten mogen bepalen dat de betrokkenheid van een rechterlijke of administratieve instantie beperkt is tot situaties waarin dit noodzakelijk en evenredig is (artikel 4 lid 5 en 6 en overweging 16 van de considerans van de richtlijn).

In het Nederlandse insolventierecht is op dit moment al sprake van vier akkoordprocedures buiten faillissement; a) de dwangregeling op basis van artikel 287a, vijfde, lid Fw, b) de surseanceakkoord procedure op basis van de artikelen 252 e.v. Fw, alsmede c) de besloten akkoordprocedure buiten faillissement en de openbare akkoordprocedure buiten faillissement zoals voorzien in de WHOA-regeling.

a) De dwangregeling op basis van artikel 287a Fw maakt onderdeel uit van de WSNP. Deze regeling, die in de volgende paragraaf uitgebreider wordt besproken, biedt de schuldenaar de mogelijkheid om na een schuldsaneringstraject van drie jaar verlost te worden van zijn schulden. Heeft de schuldenaar voor de indiening van zijn verzoek om toegelaten te worden tot de WSNP geprobeerd een schuldregeling te treffen met zijn schuldeisers, maar is dit niet gelukt omdat een aantal schuldeisers geweigerd heeft om hiermee in te stemmen, dan kan hij de rechter bij zijn toelatingsverzoek ook vragen om de schuldregeling dwingend op te leggen aan deze weigerachtige schuldeisers (artikel 287a Fw). De schuldenaar vraagt de rechter in dat geval primair om de schuldregeling dwingend op te leggen en – voor het geval dat dit primaire verzoek wordt afgewezen – subsidiair om toegelaten te worden tot de WSNP. De rechter zal het primaire verzoek toewijzen als «*de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de*

onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad» (artikel 287a, vijfde lid, Fw). Zoals al blijkt uit de titel van de wet richt de WSNP zich uitsluitend op natuurlijke personen. Dit kunnen ook ondernemers zijn, maar in ieder geval geen rechtspersonen. Dit maakt het toepassingsbereik van deze regeling te beperkt om daarin het in de richtlijn voorziene preventieve herstructureringsstelsel te implementeren.

b) Afdeling 2 van Titel II van de Faillissementswet geeft de schuldenaar de mogelijkheid om een akkoord aan zijn schuldeisers aan te bieden in het kader van een verleende surseance van betaling. De schuldenaar kan surseance aanvragen als hij voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan. Als het verzoek wordt toegewezen krijgt de schuldenaar een uitstel van betaling jegens zijn concurrente schuldeisers en kan hij de rechter vragen om een tijdelijke schorsing van tenuitvoerleggingsmaatregelen jegens al zijn schuldeisers (artikelen 230 en 241a Fw). Ook wordt er dan een bewindvoerder benoemd, die de schuldenaar ondersteunt bij het beheer van zijn onderneming. Tegelijk met of na het verzoek tot surseance kan de schuldenaar een voorstel doen voor een akkoord waarbij de schulden worden geherstructureerd. Een surseanceakkoord beperkt zich tot één categorie van schuldeisers; de concurrente schuldeisers die betrokken zijn bij de surseanceprocedure. Het akkoord ziet wel steeds op álle concurrente schuldeisers van de schuldenaar, mits zij hun vordering hebben ingediend en zij zijn toegelaten tot de stemming (artikel 252 Fw). De regeling omvat verder niet veel voorschriften over de inhoud van het akkoord en de daarbij te verschaffen informatie. De schuldeisers krijgen tijdens een zitting de gelegenheid om te stemmen over het akkoord. Indien het akkoord met een voldoende meerderheid wordt aangenomen, kan het akkoord ter goedkeuring (homologatie) aan de rechter worden voorgelegd. De schuldeisers kunnen zich daar dan nog tegen verzetten. De rechter toetst het akkoord aan een aantal homologatievoorwaarden. Als het akkoord voldoet aan deze voorwaarden, zal de rechter het akkoord homologeren. De surseanceregeling omvat kortom een herstructureringsprocedure die kan leiden tot een akkoord met concurrente schuldeisers. Dit akkoord kan ook concurrente schuldeisers binden die hiermee niet hebben ingestemd (zie artikel 273 Fw). Aanvankelijk was het de bedoeling om de in de richtlijn opgenomen bepalingen betreffende het preventieve herstructureringsstelsel in de surseanceregeling te implementeren.[4] Dit bleek echter erg veel aanpassingen te vergen, die de regeling daarmee bovendien zeer complex en in de praktijk moeilijk uitvoerbaar maakten. Daarom is hiervan uiteindelijk afgezien.

Op 1 januari 2021 is de WHOA in werking getreden. De WHOA heeft in de Faillissementswet twee nieuwe akkoordprocedures geïntroduceerd: een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid, Fw). Kort gezegd helpt de WHOA-regeling schuldenaren die een onderneming drijven om een akkoord met de schuldeisers en aandeelhouders tot stand te brengen waarbij schulden worden geherstructureerd en een faillissement kan worden voorkomen. De rechter kan dit akkoord bevestigen (homologeren) als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde in de WHOA-regeling gestelde eisen voldoen. Als het akkoord wordt bevestigd, geldt het voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders en dus ook voor schuldeisers of aandeelhouders die daar niet mee hebben ingestemd. De WHOA kende

[4] Kamerstukken II 2018/19, 33 695, nr. 18.

een vrij lang voorbereidingstraject dat na verloop van tijd parallel begon te lopen met de onderhandelingen over de richtlijn. Op dat moment is ervoor gekozen om de WHOA zoveel mogelijk bij de richtlijn aan te laten sluiten. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is ook steeds toegelicht op welke wijze dit is gebeurd.[5] Dit heeft ertoe geleid dat de WHOA-regeling nagenoeg volledig aansluit bij de in de richtlijn opgenomen «gemeenschappelijke beginselen», zoals beschreven in paragraaf 2.2 van deze toelichting. Daarom is ervoor gekozen om de WHOA-regeling te laten dienen als implementatie van de in de richtlijn opgenomen «gemeenschappelijke beginselen» betreffende het preventieve herstructureringsstelsel. Hieronder wordt kort toegelicht wat deze keuze meebrengt voor de invulling van de beleidsruimte die de richtlijn biedt. In dit wetsvoorstel wordt nog een beperkt aantal aanpassingen doorgevoerd in de WHOA-regeling om de omzetting van de genoemde bepalingen uit de richtlijn te vervolmaken. De meer materiële aanpassingen worden hierna kort beschreven. Daarnaast wordt kort toegelicht dat het huidige recht al voldoet aan artikel 19 van de richtlijn, dat ziet op verplichtingen van bestuurders in geval van dreigende insolventie.

Omgang met de in de richtlijn voorziene beleidsruimte

Zoals gezegd is ervoor gekozen om een al bestaand herstructureringsstelsel – dat wil zeggen de in de Faillissementswet opgenomen WHOA-regeling – aan te passen, zodat deze voldoet aan alle in de richtlijn opgenomen «gemeenschappelijke beginselen». Bovendien is gebruik gemaakt van de optie om een ander herstructureringsstelsel – te weten de surseance van betaling – dat niet voldoet aan die beginselen, te handhaven (overweging 16 van de richtlijn). De keuze om de WHOA-regeling te laten dienen als de implementatie van de richtlijn, betekent dat bij de invulling van beleidsruimte die de richtlijn biedt, de beleidskeuzes zijn gevolgd die in de WHOA ten aanzien van de inrichting van het herstructureringsstelsel zijn gemaakt.[6] Voor de verschillende specifieke keuzemogelijkheden die de richtlijn bevat, brengt dit uitgangspunt het volgende mee:

– Wat betreft de uitwerking van het stelsel is de mogelijkheid benut om de betrokkenheid van de rechter beperkt te houden en de toepassing van het herstructureringsstelsel grotendeels buitengerechtelijk te laten verlopen. Dit zijn nu al uitgangspunten bij de WHOA-regeling (artikel 4 lid 5 en 6 van de richtlijn).
– Ten aanzien van het toepassingsbereik van het herstructureringsstelsel geldt dat in de WHOA-regeling geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid die artikel 1, leden 3 en 4 van de richtlijn biedt om bepaalde categorieën schuldenaren uit te sluiten. Er is niet gebleken van een behoefte om dit alsnog te doen. Op grond van de WHOA-regeling geldt wel dat een akkoord geen verandering kan brengen in de rechten van werknemers (zie artikel 369, vierde lid, Fw). Daarmee is gebruik gemaakt van de mogelijkheid die artikel 1 lid 5 onderdeel a van de richtlijn biedt. De vorderingen genoemd in artikel 1 lid 5, onderdelen b en c van de richtlijn zijn in de WHOA-regeling niet uitgesloten van de reikwijdte van het herstructureringsstelsel.
– In de WHOA-regeling is geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om toelatingseisen voor akkoordprocedures buiten faillissement te introduceren, zoals een levensvatbaarheidstoets (artikel 4 lid 2 en 3 van de richtlijn). Er is niet gebleken van een behoefte om dergelijke toelatingseisen alsnog te stellen.

---

[5] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3.
[6] Zie voor een nadere onderbouwing van deze keuzes de memorie van toelichting bij de WHOA; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3.

– De lidstaten kunnen een beperking stellen aan het aantal keren dat een schuldenaar binnen een bepaalde periode toegang heeft tot het preventieve herstructureringsstelsel (artikel 4 lid 4 van de richtlijn). Artikel 369, vijfde lid, Fw bevat een dergelijke beperking.
– Optie is om het herstructureringsstelsel ook ter beschikking te stellen aan schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers (artikelen 4 lid 8 en 9 lid 1, tweede alinea, van de richtlijn). De artikelen 371 en 381 Fw bieden deze mogelijkheid. Dit heeft wel geleid tot nog enkele aanpassingen in de regeling, waarop hierna nader zal worden ingegaan.
– De rechter dient in staat te worden gesteld om tenuitvoerleggingsmaatregelen te schorsen (de afkoelingsperiode). De lidstaten hebben een aantal opties bij de inrichting van de afkoelingsperiode:
    a. de afkoelingsperiode kan door de rechter geweigerd worden als de afkondiging daarvan niet nodig is in het kader de onderhandelingen over een herstructureringsplan (artikel 6 lid 1, tweede alinea, van de richtlijn);
    b. naast een algemene afkoelingsperiode kan ook voorzien worden in een beperkte variant, die gericht kan zijn op een bepaalde categorie schuldeisers (artikel 6 lid 3 van de richtlijn);
    c. bepaalde vorderingen kunnen worden uitgezonderd van de afkoelingsperiode (artikel 6 lid 4 van de richtlijn);
    d. er kan een verlenging van de afkoelingsperiode worden toegestaan (artikel 6 lid 7 van de richtlijn);
    e. in bepaalde omstandigheden moet de rechter de afkoelingsperiode kunnen opheffen (artikel 6 lid 9, onder a en b van de richtlijn). Lidstaten kunnen de rechter daarnaast de bevoegdheid geven om de afkoelingsperiode ook op te heffen als diegenen die hierdoor geraakt worden, wezenlijk in hun belangen worden geschaad of zelf insolvent dreigen te raken (artikel 6 lid 9, onder c en d, van de richtlijn);
    f. de hiervoor genoemde mogelijkheden van de rechter om de afkoelingsperiode op te heffen, kunnen ook weer worden ingeperkt (artikelen 6 lid 9, tweede en derde alinea en 7 lid 3 van de richtlijn).
    g. Artikel 376 Fw omvat al een regeling tot afkondiging van een afkoelingsperiode. Bij de keuzes die daar zijn gemaakt, wordt aangesloten. Op grond van deze regeling heeft de rechter de mogelijkheid om zowel een algemene als een beperkte afkoelingsperiode af te kondigen. Er is geen gebruik gemaakt van de optie om vorderingen uit te sluiten van de toepassing van de afkoelingsperiode. De rechter weigert de afkoelingsperiode als niet summierlijk is gebleken dat deze – kort gezegd – noodzakelijk is in het kader van de onderhandelingen over een akkoord (zie het vierde lid van artikel 376 Fw en de aanvulling daarop in artikel I, onderdeel RR van dit wetsvoorstel). Verlenging van de afkoelingsperiode is onder omstandigheden mogelijk. De rechter heeft de mogelijkheid de afkoelingsperiode op te heffen als diegenen die door de afkoelingsperiode geraakt worden, hierdoor wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Daarnaast kan de rechter een derde machtigen tot verhaal of tot opeising van goederen (artikel 376, tweede lid, onderdeel a, Fw). In een nieuw in te voegen tiende lid van art. 376 Fw wordt geëxpliciteerd op welke grond de rechter een dergelijke machtiging kan verlenen (zie artikel I, onderdeel RR van dit wetsvoorstel).
– De lidstaten kunnen bepalen dat de afkoelingsperiode niet geldt voor salderingsovereenkomsten op financiële markten, energiemarkten en grondstoffenmarkten, onder voorwaarde dat deze overeenkomsten onder het nationale insolventierecht afdwingbaar zijn (zie artikel 7 lid 6 van de richtlijn). Bij een salderingsovereenkomst komen partijen overeen dat de vorderingen en schulden die zij over en weer op elkaar

hebben, worden verenigd tot één gesaldeerde verbintenis.[7] Gedacht kan daarbij bijvoorbeeld worden aan financiële raamovereenkomsten, zoals de «ISDA Master Agreement» voor derivatentransacties en de «GMRA» voor effectenfinancieringstransacties (vgl. overweging 94 van de considerans bij de richtlijn).[8] Partijen kunnen meerdere derivaten- en effectenfinancieringstransacties met elkaar aangaan, die onder dezelfde financiële raamovereenkomst vallen. Financiële raamovereenkomsten en de daarbij behorende documenten omvatten onder meer bepalingen betreffende vervroegde beëindiging indien zich bepaalde omstandigheden voordoen, zoals dat één van de betrokken partijen zijn verplichtingen niet nakomt of insolvent raakt. In geval van vroegtijdige beëindiging voorzien dergelijke overeenkomsten in een regeling waarbij alle transacties die onder de raamovereenkomsten tussen partijen tot stand zijn gekomen, in één keer volgens een vooraf afgesproken systeem worden afgewikkeld («close-out netting»). De vorderingen en schulden die partijen over en weer op elkaar hebben, worden daarbij tegen elkaar weggestreept en gesaldeerd tot één netto-verplichting. Op deze manier kunnen partijen de risico's die uit deze transacties voortvloeien, beheersen. De stabiliteit van de financiële markten is daarom in belangrijke mate afhankelijk van de afdwingbaarheid van de financiële raamovereenkomsten. Tegen deze achtergrond biedt artikel 7 lid 6 van de richtlijn de lidstaten de mogelijkheid om dergelijke salderingsovereenkomsten vrij te stellen van de gevolgen van de afkoelingsperiode.

Zoals in de Memorie van Antwoord bij de WHOA is uiteengezet, doet de huidige WHOA-regeling geen afbreuk aan de afdwingbaarheid van de financiële raamovereenkomsten als de «ISDA Master Agreement» en de «GMRA» en van andere salderingsovereenkomsten die qua inhoud en structuur daarmee vergelijkbaar zijn.[9] Er is dus geen noodzaak voor een nadere wettelijke regeling op dit punt. In aanvulling op hetgeen hierover in de genoemde Memorie van Antwoord is opgemerkt, geldt daarbij het volgende. Uit artikel 373, derde lid, Fw blijkt dat het voorbereiden en aanbieden van een akkoord en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, en daarmee samenhangende gebeurtenissen en handelingen geen grond kunnen zijn voor beëindiging van een overeenkomst. Van belang is daarbij dat artikel 373, derde lid, Fw spreekt over gebeurtenissen en handelingen die *rechtstreeks* verband houden met het voorbereiden, aanbieden of het uitvoeren van een akkoord of de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en hiervoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn. Een voorbeeld hiervan is een verzoek tot of de afkondiging van een afkoelingsperiode (vgl. artikel I, onderdeel PP van dit wetsvoorstel). Artikel 373, derde lid, Fw staat er daarmee niet eraan in de weg dat tijdens een WHOA-traject een beroep wordt gedaan op clausules die de beëindiging van de overeenkomst en de daarmee verband houdende afwikkeling volgens het systeem van «close-out netting» koppelen aan andere dan de genoemde gebeurtenissen en handelingen, zoals een betalingsverzuim, een gedane verklaring die onjuist blijkt te zijn of een neerwaartse aanpassing van een kredietbeoordeling.

Uit artikel 373, vierde lid, Fw blijkt dat als er een afkoelingsperiode is afgekondigd, een eerder verzuim geen grond kan zijn voor beëindiging van de overeenkomst. Dit geldt echter alleen voor zover zekerheid is gesteld voor de nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode. Bij de beoordeling of in een bepaald geval voldoende zekerheid is gesteld, zal rekening moeten worden gehouden met het type overeen-

---

[7] Vgl. B.A. Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40), Deventer: Kluwer 2019/64.

[8] Zie voor meer informatie over de «*ISDA Master Agreement*»: W.A.K. Rank, «*Een paarlen jubileum voor de ISDA Master Agreement: 30 jaar contractszekerheid voor OTC-derivaten*», Tijdschrift voor Financieel Recht, 4 april 2017.

[9] Kamerstukken I 2020/21, 35 249, C, p. 7 e.v.

komst dat aan de orde is en het type zekerheden dat daarbij gebruikelijk is. In geval van een financiële raamovereenkomst betekent dit bijvoorbeeld dat bij het stellen van zekerheid rekening zal moeten worden gehouden met het feit dat zowel de waarde van de zekerheden als de waarde van de verplichtingen tijdens de afkoelingsperiode kan fluctueren. Voor zover de zekerheid die de schuldenaar stelt onvoldoende is, staat artikel 373, vierde lid, Fw niet in de weg aan beëindiging en afwikkeling van de financiële raamovereenkomst volgens het daarin opgenomen systeem. Wordt de overeenkomst op deze grond rechtsgeldig beëindigd, dan kan de schuldenaar die beëindiging niet eenzijdig ongedaan maken door alsnog voldoende zekerheid te stellen.
Als een schuldenaar besluit de WHOA te gebruiken om zijn schulden via een akkoord te herstructureren, heeft hij de mogelijkheid om lopende overeenkomsten eenzijdig, tussentijds op te zeggen als de wederpartij niet instemt met een voorgestelde vrijwillige wijziging of beëindiging (artikel 373, eerste lid, Fw). De opzeggingsmogelijkheid kan ook worden ingeroepen om een financiële raamovereenkomst eenzijdig, tussentijds op te zeggen. Uit artikel 373, tweede lid, Fw blijkt dat na de eenzijdige opzegging de wederpartij recht heeft op vergoeding van de schade die hij lijdt vanwege de beëindiging van de overeenkomst. Nu het hierbij gaat om een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, is afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek hierop van toepassing indien Nederlands recht van toepassing is. In artikel 373, tweede lid, Fw wordt dit nog eens uitdrukkelijk bevestigd. Deze bepaling heeft niet de strekking afbreuk te doen aan de afspraken die partijen zelf hebben gemaakt rond de afwikkeling van hun overeenkomst. In geval van een financiële raamovereenkomst zal het daarin opgenomen systeem van «close-out netting» moeten worden gevolgd om de verplichtingen van partijen als gevolg van de beëindiging vast te stellen. Bovendien blijft het op de overeenkomst toepasselijke recht gelden. Uit de tweede zin van artikel 373, tweede lid, Fw, volgt niet dat steeds Nederlands recht zou moeten worden toegepast ten aanzien van dit recht op schadevergoeding.
Ten slotte bepaalt dit wetsvoorstel dat financiëlezekerheidsovereenkomsten en verrekenbedingen in de zin van artikel 7:51 BW zijn uitgezonderd van de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord (zie artikel I, onderdeel MM). Deze overeenkomsten en bedingen zijn daarmee afdwingbaar ondanks de start van een WHOA-traject of de afkondiging van een afkoelingsperiode. In gevallen waarin de eerder genoemde salderingsovereenkomsten kwalificeren als een financiëlezekerheidsovereenkomst, of deze salderingsovereenkomsten een verrekenbeding in de zin van artikel 7:51 BW bevatten, geldt deze uitzondering. Voor andere salderingsovereenkomsten gelden de hiervoor genoemde waarborgen die ervoor zorgdragen dat de WHOA-regeling geen afbreuk doet aan de afdwingbaarheid ervan.

– Een herstructureringsplan dient bepaalde informatie te omvatten. De lidstaten kunnen ervoor kiezen om ook de opname van de geraamde financiële stromen van de schuldenaar verplicht te stellen (artikel 8 lid 1, onderdeel g, onder v, van de richtlijn). Van deze optie is in de WHOA-regeling geen gebruik gemaakt. Deze huidige regeling wordt gehandhaafd.
– Er dient een stemming plaatst te vinden over een herstructureringsplan. De lidstaten kunnen hierop enkele uitzonderingen maken:
  a. bepaalde partijen mag het stemrecht worden onthouden (artikel 9 lid 3 van de richtlijn).
  b. een stemming mag achterwege blijven als anderszins blijkt dat een akkoord door een meerderheid wordt gesteund (artikel 9 lid 7 van de richtlijn).

In de huidige WHOA-regeling is hiervan geen gebruik gemaakt en er is niet gebleken van een behoefte om dit alsnog te doen.

– Bij een herstructureringsplan dient sprake te zijn van een klassenindeling. De lidstaten mogen echter bepalen dat hierop een uitzondering wordt gemaakt als de schuldenaar een MKB-ondernemer is (artikel 9 lid 4, derde alinea, van de richtlijn). Van deze optie is in de WHOA-regeling geen gebruik gemaakt en dit wordt gehandhaafd.
– De lidstaten kunnen de vroegtijdige toetsing door de rechter van de toekenning van stemrechten en de klassenindeling verplicht stellen (artikel 9 lid 5, tweede alinea, van de richtlijn). Artikel 378 lid 1, onderdelen b en c, Fw voorziet nu in een mogelijkheid om deze aspecten door de rechter te laten toetsen. Er is geen sprake van een verplichting.
– De richtlijn bevat keuzemogelijkheden ten aanzien van de voorwaarden waaronder een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, kan worden gehomologeerd. In dit verband geldt dat artikel 384, vierde lid, onderdeel b, Fw aansluit bij het criterium zoals geformuleerd in artikel 11 lid 2, eerste alinea van de richtlijn (de zogenaamde «*absolute priority rule*»), Niet gekozen is daarmee voor de zogenaamde «*relative priority rule*» zoals opgenomen in artikel 11 lid 1 onderdeel c van de richtlijn. Bovendien bevat artikel 384, vierde lid, onderdeel b, Fw de mogelijkheid om onder omstandigheden af te wijken van de verdeling volgens de wettelijke rangorde bij verhaal. Daarmee wordt gebruik gemaakt van de ruimte die artikel 11 lid 2, tweede alinea, van de richtlijn hiertoe biedt.
– De lidstaten kunnen bepalen dat een akkoord alleen in aanmerking komt voor homologatie als meer dan één klasse van schuldeisers of aandeelhouders daarmee heeft ingestemd (artikel 11 lid 1, derde alinea, van de richtlijn). Van deze optie is geen gebruik gemaakt. Nu geldt op basis van artikel 383, eerste lid, Fw, dat ten minste één klasse moet hebben ingestemd. Dit dient een klasse te zijn die bestaat uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Ziet het akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze laatste eis niet.
– De richtlijn biedt de lidstaten – onder voorwaarden – de ruimte om tegen beslissingen van de rechter omtrent een verzoek tot homologatie van het akkoord een hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep – open te stellen (artikel 16 van de richtlijn). Hiervan is geen gebruik gemaakt. In artikel 369, tiende lid, Fw zijn rechtsmiddelen tegen beslissingen in het kader van de akkoordprocedures uitgesloten.
– De lidstaten moeten ervoor zorgen dat nieuwe en tussentijdse financieringen, alsmede noodzakelijke transacties die worden verricht terwijl er een akkoord in voorbereiding is of die onmiddellijk noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het akkoord, voldoende worden beschermd. Daarbij hebben de lidstaten de volgende opties:
– die bescherming kan afhankelijk gemaakt worden van een voorafgaande rechterlijke controle of van de homologatie van het akkoord, en
    a. bepaald kan worden dat er geen bescherming is, als de schuldenaar op het moment dat hij de tussentijdse financiering of de transacties aanging al insolvent was (artikelen 17 lid 1 – 3 en 18 lid 1 – 3 van de richtlijn).
    b. Op grond van artikel 42a Fw geldt dat voor bescherming voor rechtshandelingen die – kort gezegd – nodig zijn in het kader van de voorbereiding van een akkoord, een machtiging is vereist. Daarbij toetst de rechtbank of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Nieuwe financiering wordt enkel beschermd als deze is opgenomen in een gehomologeerd akkoord (zie artikel 384, tweede lid, onder f, Fw). In dit

wetsvoorstel wordt een vergelijkbare regeling getroffen voor transacties die onmiddellijk noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een akkoord (zie artikel I, onderdeel WW van dit wetsvoorstel en de toelichting hieronder). Daarmee is gebruik gemaakt van de bovengenoemde beleidsruimte die de richtlijn biedt.

– De richtlijn biedt de optie om verstrekkers van nieuwe of tussentijdse financiering het recht te geven om met voorrang terugbetaald te worden als er alsnog een faillissement volgt (artikel 17 lid 4 van de richtlijn). Hiervan is in de huidige WHOA-regeling geen gebruik gemaakt en er is niet voor gekozen om dit alsnog te doen.
– De richtlijn biedt de optie om verstrekkers van nieuwe of tussentijdse financiering het recht te geven om met voorrang terugbetaald te worden als er alsnog een faillissement volgt (artikel 17 lid 4 van de richtlijn). Hiervan is in de huidige WHOA-regeling geen gebruik gemaakt en er is niet voor gekozen om dit alsnog te doen.
– De richtlijn biedt de optie om verstrekkers van nieuwe of tussentijdse financiering het recht te geven om met voorrang terugbetaald te worden als er alsnog een faillissement volgt (artikel 17 lid 4 van de richtlijn). Hiervan is in de huidige WHOA-regeling geen gebruik gemaakt en er is niet voor gekozen om dit alsnog te doen.

Totstandkoming akkoord op initiatief van derden

Onder de WHOA-regeling kunnen buiten de schuldenaar zelf ook de schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging het initiatief nemen om een akkoordprocedure te starten. Zij kunnen de rechter vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die vervolgens probeert een akkoord tot stand te brengen (artikel 371 Fw). Als sprake is van een MKB-bedrijf, vereist de richtlijn in een dergelijk geval dat de schuldenaar instemt met de herstructureringsprocedure (zie artikel 4 lid 8 van de richtlijn en overweging 29 van de considerans van de richtlijn). In aansluiting hierop is in de WHOA-regeling bepaald dat bij MKB-bedrijven voor het in stemming brengen van een akkoord door een herstructureringsdeskundige de instemming van de schuldenaar nodig is (artikel 381, tweede lid, Fw). Daarbij geldt wel dat de herstructureringsdeskundige de rechter kan vragen zich uit te laten over een weigering van het bestuur om instemming te verlenen. Constateert de rechter dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan hij bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur (artikel 378, eerste lid, onderdeel g, en vijfde lid Fw). Dit betekent dat aandeelhouders het bestuur van de onderneming niet op onredelijke wijze mogen belemmeren om instemming te verlenen, zoals ook expliciet bepaald is in artikel 381, tweede lid, Fw).

Om zeker te stellen dat de door de WHOA geïntroduceerde besloten akkoordprocedure en openbare akkoordprocedure op dit punt inderdaad in overeenstemming zijn met de richtlijn, wordt deze regeling nu aangepast. In gevallen waarin een WHOA-traject start door de aanstelling van een herstructureringsdeskundige op verzoek van een ander dan het MKB-bedrijf zelf, wordt instemming van het MKB-bedrijf al vereist voor deze aanstelling en dus niet langer pas op het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd (zie artikel I, onderdelen OO en UU). Van introductie van een extra instemmingsvereiste is geen sprake. Het al bestaande instemmingsvereiste wordt alleen naar voren gehaald, namelijk van het moment voordat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd naar het moment waarop de rechter moet beslissen over de aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Vanaf de aanstelling van een herstructureringsdeskundige kan gebruik worden gemaakt van de verschillende voorzieningen die de WHOA-regeling biedt. Het gaat dan

onder meer om de mogelijkheid tot afkondiging van een afkoelingsperiode op grond van artikel 376 Fw, de mogelijkheid om op grond van artikel 42a Fw te verzoeken om een machtiging voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen en de mogelijkheid voor de rechtbank om op grond van artikel 379 Fw bepalingen te maken of voorzieningen te treffen ter beveiliging van de belangen van schuldeisers of aandeelhouders. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de aanstelling van een herstructureringsdeskundige de start van de akkoordprocedure markeert. Overweging 29 van de considerans van de richtlijn bepaalt dat *«lidstaten de start van de procedure [dienen] te binden aan de voorwaarde dat de schuldenaar ermee instemt».* Het sluit hierbij aan om de instemming van de MKB-onderneming te vereisen op het moment van aanstelling van de herstructureringsdeskundige.

Ook in de gewijzigde regeling wordt expliciet bepaald dat aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren instemming te verlenen. Constateert de rechter dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan hij bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, op grond waarvan lidstaten ervoor dienen te zorgen dat het kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren.

Het aanbiedingsrecht van de schuldenaar

Artikel 9 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren, ongeacht wie overeenkomstig artikel 4 een preventieve herstructureringsprocedure aanvraagt, het recht hebben om herstructureringsplannen ter goedkeuring aan de betrokken partijen voor te leggen. Dit betekent in het kader van de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures dat de schuldenaar, ook als er een herstructureringsdeskundige is aangewezen die de ontwikkeling van een akkoord ter hand neemt, de mogelijkheid moet hebben een eigen akkoord in stemming te brengen. In de WHOA-regeling is hierin als volgt voorzien. Artikel 371, eerste lid, Fw stelt voorop dat, zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt, de schuldenaar geen akkoord kan aanbieden. Vervolgens is echter bepaald dat de schuldenaar wel een akkoord aan de herstructureringsdeskundige kan overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen (artikel 371, eerste lid, vierde en vijfde zin, Fw). De schuldenaar heeft dus de mogelijkheid om *via* de herstructureringsdeskundige een eigen akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen. Voor deze systematiek is gekozen om te voorkomen dat er tegelijkertijd meerdere parallelle akkoordtrajecten aanhangig kunnen zijn. De poging om een akkoord tot stand te brengen concentreert zich altijd binnen één traject dat wordt gecoördineerd door de herstructureringsdeskundige. De herstructureringsdeskundige heeft hierdoor bovendien de mogelijkheid om te proberen in overleg met de schuldenaar alsnog tot één akkoordvoorstel te komen.[10] De richtlijn staat niet in de weg aan deze systematiek, waarin het ter stemming voorleggen van een eigen akkoord van de schuldenaar via de herstructureringsdeskundige verloopt. In artikel 9 lid 1 van de richtlijn wordt het immers aan de lidstaten gelaten om te regelen op welke manier de schuldenaar een akkoord aan de betrokken partijen kan aanbieden. Dat aanbieding enkel via de herstructureringsdeskundige mogelijk is, stimuleert dat de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige met elkaar in gesprek blijven. Dit sluit aan bij overweging 10 van de considerans van de richtlijn, waarin wordt overwogen dat een

[10] Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 7, p. 3.

herstructurering gebaseerd moet zijn op een dialoog met de belanghebbenden die betrekking heeft op de keuze van de beoogde maatregelen voor het halen van de doelstellingen van de herstructureringsoperatie alsmede op alternatieve opties.
Uiteraard heeft het de voorkeur als de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar in onderling overleg alsnog tot één akkoordvoorstel komen. Als dit niet lukt, zal de herstructureringsdeskundige echter aan het verzoek van de schuldenaar moeten voldoen en het akkoord van de schuldenaar in stemming moeten brengen. Anders wordt niet voldaan aan artikel 9 lid 1 van de richtlijn; de schuldenaar heeft dan geen *recht* op het voorleggen van het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Gelet hierop wordt de tekst van artikel 371, eerste lid, laatste zin, Fw, iets aangescherpt. Bepaald wordt dat als de schuldenaar een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigt met het verzoek om dit akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen, de herstructureringsdeskundige dit verzoek vervolgens op een door hem te bepalen wijze en binnen een door hem te bepalen termijn zal inwilligen (artikel I, onderdeel OO). Daarmee blijkt uit de tekst van de wet expliciet dat de herstructureringsdeskundige aan het verzoek van de schuldenaar zal moeten voldoen. De tekst maakt ook duidelijk dat het aan de herstructureringsdeskundige is om te bepalen op welke wijze en wanneer het akkoord aan de stemgerechtigden wordt voorgelegd. Dit biedt de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid om het traject te coördineren. De herstructureringsdeskundige kan er bijvoorbeeld voor kiezen om het akkoord van de schuldenaar tegelijkertijd met het akkoord dat door hemzelf is voorbereid, in stemming te brengen. Wel geldt daarbij dat de herstructureringsdeskundige in het oog dient te houden dat de schuldenaar een effectieve mogelijkheid moet hebben om zijn akkoord aan te bieden. De herstructureringsdeskundige mag bijvoorbeeld het in stemming brengen van het akkoord niet zo lang uitstellen, dat het akkoord in feite geen kans van slagen meer heeft. Het past bovendien bij de rol van de herstructureringsdeskundige dat hij ook over de condities waaronder hij het akkoord in stemming brengt, met de schuldenaar in gesprek gaat.
Het is dus mogelijk dat er twee akkoorden in stemming worden gebracht; een akkoord van de schuldenaar en een akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige. In de huidige wet is niet geregeld wat geldt als na de stemming blijkt dat beide akkoorden op voldoende steun kunnen rekenen van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders en voor homologatie in aanmerking komen. Aan de wetsgeschiedenis van de WHOA valt te ontlenen dat het in een dergelijk geval aan de herstructureringsdeskundige is om te bepalen welk akkoord aan de rechter wordt voorgelegd.[11] Daarmee heeft de schuldenaar niet de mogelijkheid om af te dwingen dat zijn akkoord ter homologatie aan de rechter wordt voorgelegd, ook al werd zijn akkoord tijdens de stemming in voldoende mate gesteund. In dit wetsvoorstel wordt alsnog in artikel 383, eerste lid, Fw geregeld dat als het akkoord van de schuldenaar tijdens de stemming voldoende steun krijgt, de schuldenaar kan verlangen dat de herstructureringsdeskundige dit akkoord ter homologatie aan de rechter voorlegt (artikel I, onderdeel VV). Dit sluit aan bij artikel 9 lid 1 van de richtlijn, nu het recht van de schuldenaar om een akkoord voor te leggen aan de betrokken partijen alleen effectief is, als hij vervolgens een reële mogelijkheid heeft om dit – bij voldoende steun – gehomologeerd te krijgen. Als ook het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige in aanmerking komt voor homologatie, kan de herstructureringsdeskundige dit akkoord eveneens ter homologatie aan de rechter voorleggen. Dit volgt uit de eerste zin van artikel 383, eerste lid, Fw en uit de twee nieuwe zinnen die worden toegevoegd aan artikel 384, eerste lid,

[11] Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 7, p. 3.

Fw en waarin wordt bepaald in welke volgorde de rechter deze verzoeken vervolgens in behandeling neemt (artikel I, onderdeel WW). Duidelijke wettelijke regels voor wat geldt als beide akkoorden op voldoende steun kunnen rekenen, vergroten de voorspelbaarheid van het traject voor de betrokkenen bij de akkoordprocedure. Zij kunnen beter inschatten wat de kans is dat een aangeboden akkoord uiteindelijk gehomologeerd wordt en kunnen hier al in het voortraject en bij de stemming rekening mee houden.
Deze wettelijke regeling beoogt niet het overleg tussen de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar te vervangen. Het heeft nog steeds de voorkeur dat de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar na afloop van de stemming (wederom) in overleg treden over welk van beide akkoorden ter homologatie aan de rechter wordt voorgelegd. De kans van slagen van het traject is groter als er steeds goed overleg plaatsvindt tussen de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar. De schuldenaar is immers ook degene die als het akkoord gehomologeerd wordt, daaraan uitvoering moet geven. De voorgestelde wettelijke regeling biedt de ruimte voor dit overleg tussen de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige. Overigens is de schuldenaar niet verplicht om het traject dat hij zelf is aangevangen om een akkoord tot stand te brengen, na de stemming voort te zetten. Hij kan er ook voor kiezen om het traject na de stemming af te breken en de herstructureringsdeskundige niet te vragen om een homologatieverzoek in te dienen. Denkbaar is dat hij toch de voorkeur geeft aan homologatie van het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige, bijvoorbeeld omdat dit akkoord duidelijk meer steun heeft gekregen van de stemgerechtigden. Ook de herstructureringsdeskundige heeft de keuze of hij al dan niet een homologatieverzoek indient ten aanzien van het akkoord dat door hemzelf is voorbereid. De herstructureringsdeskundige zou er ook voor kunnen kiezen om alleen een homologatieverzoek in te dienen ten behoeve van het akkoord van de schuldenaar. Dit zou hij, op grond van artikel 383, eerste lid, eerste zin, Fw ook kunnen doen als de schuldenaar daar uiteindelijk zelf niet meer om vraagt. In de nieuw toegevoegde zin aan artikel 383, eerste lid, Fw wordt dit tot uitdrukking gebracht door de bepaling dat de herstructureringsdeskundige ook op eigen initiatief kan overgaan tot de indiening van een homologatieverzoek ten aanzien van een akkoord dat door de schuldenaar is voorbereid.
Op grond van bovenstaande regeling is het denkbaar dat de herstructureringsdeskundige twee homologatieverzoeken indient ten aanzien van twee verschillende akkoorden. De vraag is dan in welke volgorde die verzoeken door de rechter in behandeling genomen moeten worden. In artikel 384, eerste lid, worden twee nieuwe zinnen opgenomen waarin de rechter wordt voorzien van handvatten. Daarbij is als uitgangspunt genomen dat de rechter eerst beoordeelt of het akkoord van de schuldenaar voor homologatie in aanmerking komt. Als dit akkoord voldoet aan de voorwaarden, homologeert de rechter dit akkoord. De rechter gaat alleen over tot een beoordeling van het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige, als het akkoord van de schuldenaar niet blijkt te voldoen aan de homologatievoorwaarden en dus niet gehomologeerd kan worden. Voor deze regeling, waarin de homologatie van het akkoord van de schuldenaar voorop wordt gesteld, is opnieuw gekozen omdat het ook de schuldenaar is die het akkoord uiteindelijk moet uitvoeren en zijn steun voor het akkoord daarom van belang is. Dit sluit bovendien aan bij artikel 9 lid 1 van de richtlijn, waarin het recht van de schuldenaar om een akkoord aan te bieden, voorop staat.
Op het bovengenoemde uitgangspunt worden twee uitzonderingen gemaakt. In de eerste plaats kan de herstructureringsdeskundige een door de schuldenaar ondersteund verzoek indienen tot behandeling van de verzoeken in omgekeerde volgorde. De rechter gaat in dat geval alleen over tot beoordeling van het akkoord van de schuldenaar als blijkt dat het

akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige niet aan de homologatievoorwaarden voldoet. Ook hier geeft de wettelijke regeling de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar dus de ruimte om afspraken te maken over het verloop van het traject. Ten tweede beoordeelt de rechter ook eerst het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige als alle klassen met dit akkoord hebben ingestemd, terwijl dit niet geldt voor het akkoord van de schuldenaar. In die situatie rechtvaardigt de grotere steun van de verschillende klassen van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dat de voorkeur wordt gegeven aan het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige. Uiteraard is het van belang dat onzekerheid over de vraag of sprake is van een afwijzingsgrond die aan de homologatie van een van beide akkoorden in de weg staat, zo spoedig mogelijk kan worden weggenomen. In dit verband is artikel 378 Fw van belang, dat de mogelijkheid biedt om geschillen die opkomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming, aan de rechter voor te leggen. Zeker in de – voor schuldeisers en aandeelhouders naar verwachting minder overzichtelijke – situatie dat er sprake is van de voorbereiding van twee akkoorden, kan hier behoefte aan bestaan. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de herstructureringsdeskundige meent dat er een afwijzingsgrond aan de homologatie van het akkoord van de schuldenaar in de weg staat en hierover een oordeel vraagt aan de rechter. Hiermee kan snel en definitief *«deal certainty»* worden verkregen; dat wil zeggen dat er snel duidelijkheid komt over de vraag of het aangeboden akkoord kans van slagen heeft of dat het nodig is het voorbereidingstraject bij te sturen en/of het aangeboden akkoord aan te passen.

Tussentijdse en nieuwe financiering en andere transacties

De WHOA-regeling voorziet al in de mogelijkheid om tussentijdse financiering en andere transacties die noodzakelijk zijn om de onderneming tijdens de voorbereiding een akkoord voort te zetten, te beschermen tegen een vernietiging door de curator als de reddingsoperatie toch niet lukt en er uiteindelijk alsnog een faillissement volgt (artikel 42a Fw). Deze bepaling sluit al grotendeels aan bij de artikelen 17 en 18 van de richtlijn, die onder meer bescherming vereisen van tussentijdse financiering en andere transacties ter ondersteuning van de onderhandelingen over een akkoord. In artikel 18 lid 4 van de richtlijn wordt een aantal transacties genoemd waarvoor deze bescherming in ieder geval moet gelden. Het gaat daarbij onder meer om de betaling van vergoedingen en kosten voor het onderhandelen over, of het goedkeuren of bevestigen van een herstructureringsplan (artikel 18 lid 4, onder a, van de richtlijn) en om de betaling van vergoedingen en kosten om een beroep te doen op professioneel advies dat nauw verband houdt met de herstructurering (artikel 18 lid 4, onder b, van de richtlijn). Het huidige artikel 42a Fw richt zich nu op rechtshandelingen die zien op de voortzetting van de onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord. Om zeker te stellen dat ook een machtiging gevraagd kan worden voor rechtshandelingen die verband houden met de voorbereiding van het akkoord, is artikel 42a Fw aangevuld (artikel I, onderdeel D). Uitdrukkelijk vermeld wordt dat het artikel mede ziet op rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om een akkoord te kunnen voorbereiden, in stemming te kunnen brengen of door de rechtbank te kunnen laten homologeren. De bepaling is ruim geformuleerd en omvat daarmee dus de transacties die expliciet worden genoemd in artikel 18 lid 4 van de richtlijn, maar ook andere transacties die noodzakelijk zouden kunnen zijn in het kader van de voortzetting van de onderneming en de totstandbrenging van het akkoord.

Dit wetsvoorstel vult daarnaast artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw aan (artikel I, onderdeel WW). Deze bepaling voorziet, in overeenstemming met artikel 17 van de richtlijn, nu al in de mogelijkheid van bescherming voor nieuwe financiering tegen een latere vernietiging door de curator als er uiteindelijk alsnog een faillissement volgt. Bij nieuwe financiering gaat het om financiering die wordt verstrekt teneinde het akkoord uit te voeren en die in dat akkoord is inbegrepen (vgl. artikel 2 lid 1, onderdeel 7, van de richtlijn). Uit artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw volgt dat als wordt voorzien in dergelijke nieuwe financiering, dit in het akkoord moet worden vermeld. In het kader van de homologatie van een akkoord toetst de rechter op basis van artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw of de nieuwe financiering er niet toe leidt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers wezenlijk zullen worden geschaad. Hieraan wordt, gelet op artikel 10 lid 2, onderdeel e, van de richtlijn, toegevoegd dat de rechter ook toetst of de nieuwe financiering noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord (artikel I, onderdeel WW). Dit is het geval als de financiering nodig is om de herstructurering te kunnen laten slagen. Hiervan kan ook sprake zijn als er een totaalpakket aan financiering wordt verstrekt, waarbij bijvoorbeeld een deel van de financiering wordt gebruikt voor de betaling van de uitkering aan de schuldeisers die in het akkoord is voorzien, een deel voor een noodzakelijke investering in de onderneming en een deel om in het kader van de voortzetting van de onderneming aan de dagelijkse financiële verplichtingen te voldoen. Is niet voldaan aan deze voorwaarden, dan wijst de rechter een verzoek tot homologatie van het akkoord waarbij sprake is van een nieuwe financiering af. Wordt het akkoord door de rechter gehomologeerd, dan volgt hieruit dat de financiering door de rechter is goedgekeurd en niet tijdens een eventueel later faillissement door de curator kan worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Niet voldaan is in een dergelijk geval immers aan de voorwaarde dat de schuldenaar en de financier wisten of behoorden te weten dat benadeling van de schuldeisers hiervan het gevolg zou zijn. Homologatie van het akkoord is dus een voorwaarde voor de bescherming van nieuwe financiering. De richtlijn maakt het mogelijk om deze voorwaarde aan de bescherming te stellen (zie artikel 17 lid 2 van de richtlijn). Gelet op de mogelijkheid om bescherming te verkrijgen voor een nieuwe financiering, is het voorstelbaar dat een akkoord waarmee alle individuele stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hebben ingestemd alsnog ter homologatie aan de rechter wordt voorgelegd. De homologatie van het akkoord wordt dan niet gevraagd om weigerachtige schuldeisers of schuldeisers alsnog aan het akkoord te binden. Dit is in dat geval immers niet nodig, omdat iedereen heeft ingestemd met het akkoord. Het homologatieverzoek ziet dan puur op het verkrijgen van bescherming voor de nieuwe financiering. Ook in een dergelijk geval maakt de wet het mogelijk om een homologatieverzoek in te dienen (vergelijk artikel 383, eerste lid, Fw). Alleen als dit verzoek wordt toegewezen, wordt daarmee de hierboven beschreven bescherming verkregen.

De richtlijn vereist niet alleen bescherming voor nieuwe financiering, maar ook voor andere transacties die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het akkoord (zie artikel 18 lid 5 van de richtlijn). Daarom wordt aan artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw toegevoegd dat de rechtbank een verzoek tot homologatie van het akkoord afwijst als de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord een bepaalde transactie aan wil gaan, terwijl redelijkerwijs aannemelijk is dat deze niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk zullen worden geschaad (artikel I, onderdeel WW). Wil de schuldenaar bescherming voor een dergelijke transactie, dan zal hij deze transactie in het akkoord moeten vermelden en daarbij moeten aangeven dat hij deze transactie bij de behandeling van het homologatieverzoek door de

rechtbank wil laten toetsen. Dit blijkt uit artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw, dat hiertoe is aangevuld. Gaat de rechter over tot homologatie van het akkoord, dan volgt hieruit dat de voorgenomen transactie is goedgekeurd en niet tijdens een eventueel later faillissement door de curator kan worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Daarmee genieten deze transacties de door de richtlijn vereiste bescherming. Ook hier geldt weer dat homologatie van het akkoord een voorwaarde voor deze bescherming is, ook als alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hebben ingestemd met het akkoord.

Met de artikelen 42a en 384, tweede lid, onder f, Fw, staat vast dat de verstrekkers van tussentijdse financiering waarvoor een machtiging is verleend of van nieuwe financiering die is benoemd in een door de rechter gehomologeerd akkoord, niet enkel vanwege deze verstrekking civielrechtelijk of strafrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn. Van een onrechtmatige daad is bij dergelijk, door de rechter geaccordeerd, handelen geen sprake, laat staan van een strafbaar feit. Daarmee is voldaan aan artikel 17 lid 1 onderdeel b van de richtlijn.

De herstructureringsdeskundige en de observator

Zoals eerder opgemerkt, biedt de WHOA-regeling de mogelijkheid om door de rechter een herstructureringsdeskundige te laten aanstellen die aan de schuldeisers en aandeelhouders van een schuldenaar, of een aantal van hen, een akkoord kan aanbieden overeenkomstig de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord (zie artikel 371, eerste lid, Fw). Daarnaast maakt de WHOA-regeling het mogelijk dat in het kader van een akkoordprocedure een observator wordt aangesteld, die tot taak heeft toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (zie artikel 380, eerste lid, Fw).

Artikel 2 lid 1, onderdeel 12, van de richtlijn geeft een ruime definitie van het begrip «herstructureringsdeskundige». Elke persoon of instantie die door een rechterlijke of administratieve instantie is aangesteld om, met name, een of meer van de in die bepaling genoemde taken uit te voeren, heeft te gelden als een herstructureringsdeskundige in de zin van de richtlijn. De richtlijn noemt als taak onder meer het assisteren van de schuldenaar en de schuldeisers bij het opstellen van of het onderhandelen over een herstructureringsplan. Dit betreft de taken die de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, eerste lid, uitvoert en hij is daarmee een «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn. Niet alleen de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, eerste lid, Fw, maar ook de observator bedoeld in artikel 380, eerste lid, Fw heeft te gelden als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn. De observator vervult taken als bedoeld in artikel 2 lid 1, onderdeel 12, onder b van de richtlijn: het toezicht houden op de activiteiten van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen over een herstructureringsplan, en verslag uitbrengen aan een rechterlijke of administratieve instantie.

Daarmee kent de WHOA-regeling twee functionarissen die hebben te gelden als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn. Dit betekent dat, waar de richtlijn in artikel 5 lid 3 de verplichting aan lidstaten oplegt om in bepaalde situaties te voorzien in de (mogelijkheid van) aanstelling van een «herstructureringsdeskundige», op nationaal niveau de vrijheid bestaat om ófwel de aanstelling van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, eerste lid, Fw voor te schrijven, ófwel die van een observator. Het gaat in artikel 5 lid 3 om de situatie waarin:
– een algemene afkoelingsperiode wordt afgekondigd (onderdeel a);

– de rechter wordt gevraagd om een akkoord te homologeren waarmee niet alle klassen hebben ingestemd (onderdeel b), en
– de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers vraagt om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (onderdeel c).

De WHOA-regeling voorziet in de gevallen genoemd in artikel 5 lid 3, onderdelen a en b van de richtlijn in de aanstelling van een observator (zie de artikelen 376, negende lid, en 383, vierde lid, Fw). In het geval genoemd in artikel 5 lid 3, onderdeel c van de richtlijn schrijft de WHOA-regeling de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, eerste lid, Fw voor (zie artikel 371, derde lid, Fw). Daarmee voldoet de WHOA-regeling op dit punt aan de vereisten van de richtlijn.

Dat artikel 5 lid 3 van de richtlijn spreekt over een «deskundige op het gebied van herstructurering om de schuldenaar en de schuldeisers te assisteren bij de onderhandelingen over en de opstelling van het plan», maakt het bovenstaande niet anders. Deze bepaling brengt niet mee dat lidstaten in de daar genoemde gevallen verplicht zijn te voorzien in de aanstelling van een figuur die zich *actief* bezig houdt met het tot stand brengen van een akkoord. Assistentie bij de onderhandelingen over en de opstelling van een akkoord is immers op verschillende manieren mogelijk. Dit kan ook door toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Dergelijk toezicht bevordert het vertrouwen van de betrokkenen in het proces en daarmee de slagingskansen van het akkoord. Ook de aanstelling van een figuur als de observator, wiens taak bestaat uit het toezicht houden op de totstandkoming van het akkoord, is in de gevallen genoemd in artikel 5 lid 3 dus mogelijk. Deze uitleg van artikel 5 lid 3 sluit bovendien aan bij de, als gezegd, ruime definitie van het begrip «herstructureringsdeskundige» in artikel 2 lid 1, onderdeel 12 van de richtlijn, die de lidstaten juist veel vrijheid geeft om zelf invulling te geven aan de figuur van de «herstructureringsdeskundige». Zo kunnen zij kiezen voor een meer «passieve» figuur die toezicht houdt op de activiteiten van de schuldenaar en op die manier assisteert bij de totstandkoming van een akkoord (artikel 2 lid 1, onderdeel 12, onder a en b), of voor een meer «actieve» figuur die actief probeert een akkoord tot stand te brengen of die de gedeeltelijke controle verwerft over de activa van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen (artikel 2 lid 1, onderdeel 12, onder a en c). Zou artikel 5 lid 3 van de richtlijn aldus gelezen moeten worden dat in de daar genoemde gevallen steeds een meer «actieve» figuur moet worden benoemd, dan zou deze vrijheid van de lidstaten weer grotendeels teniet worden gedaan. Dit strookt ook niet met de overige onderdelen van de richtlijn, die de lidstaten juist veel ruimte laten bij de precieze inrichting van de herstructureringsprocedure. Volgens overweging 16 van de considerans bij de richtlijn moet de richtlijn lidstaten de flexibiliteit bieden om de gemeenschappelijke beginselen van de richtlijn toe te passen met inachtneming van hun nationale rechtsstelsels.

Dat de observator kwalificeert als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn, betekent wel dat de observator dient te voldoen aan de vereisten die de richtlijn aan de «herstructureringsdeskundige» stelt. Met het oog hierop regelt dit wetsvoorstel in de eerste plaats dat de naam van de observator, indien deze is aangesteld, in het akkoord wordt vermeld (zie artikel I, onderdeel QQ). Daarmee wordt voldaan aan artikel 8 lid 1 onderdeel f van de richtlijn, dat vereist dat het akkoord, indien van toepassing, informatie over de identiteit van de «herstructureringsdeskundige» bevat. Daarnaast regelt dit wetsvoorstel dat, als er een afkoelingsperiode is afgekondigd en er een observator is aangesteld, de rechtbank ook op verzoek van de observator de afkoelingsperiode kan

opheffen (zie artikel I, onderdeel RR). Dit is in overeenstemming met artikel 6 lid 9 onderdeel b van de richtlijn, op grond waarvan de rechter een schorsing van tenuitvoerleggingsmaatregelen moet kunnen opheffen op verzoek van de «herstructureringsdeskundige».

Ten slotte wordt over de herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, eerste lid, Fw en de observator als bedoeld in artikel 380, eerste lid, Fw nog het volgende opgemerkt. Niet alleen hebben beide functionarissen te gelden als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn, in de openbare akkoordprocedure kwalificeren beiden bovendien als «insolventiefunctionaris» in de zin van artikel 2, punt 5 van de Insolventieverordening en zijn daarom opgenomen in Bijlage B bij deze verordening.[12]

Verantwoordelijkheid van bestuurders bij dreigende insolventie

Artikel 19 van de richtlijn ziet op de verantwoordelijkheid van bestuurders in geval van dreigende insolventie. Zoals tot uitdrukking komt in overwegingen 70 en 71 van de considerans van de richtlijn is het doel van deze bepaling enerzijds om ervoor te zorgen dat bestuurders van een onderneming die financiële moeilijkheden kent, stappen ondernemen om verliezen te beperken en insolventie te voorkomen. Anderzijds beoogt deze bepaling om in geval van dreigende insolventie schuldeisers en andere belanghebbenden bij de onderneming te beschermen tegen benadelende beslissingen van bestuurders. Hiertoe bevat artikel 19 van de richtlijn een aantal aspecten waarmee bestuurders in geval van dreigende insolventie in ieder geval rekening moeten houden. Het gaat om:
– de belangen van de schuldeisers, kapitaalhouders en andere belanghebbenden;
– de noodzaak stappen te ondernemen ter voorkoming van insolventie, en
– de noodzaak opzettelijke handelingen of grove nalatigheid te vermijden die de levensvatbaarheid van de onderneming bedreigen.

Op grond van het huidige recht bestaat reeds een verplichting voor bestuurders om in geval van dreigende insolventie rekening te houden met de belangen van schuldeisers, kapitaalverschaffers en andere belanghebbenden, zoals werknemers. Deze verplichting volgt uit de artikelen 129 lid 5 en 239 lid 5 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Daarin is bepaald dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun)*, r.o. 4.2.1 –

[12] De herstructureringsdeskundige en de observator zijn opgenomen in Bijlage B bij de Insolventieverordening bij de inwerkingtreding van Verordening (EU) 2021/2260 van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2021 tot wijziging van Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures ter vervanging van de bijlagen A en B (PbEU 2021, L 455).

4.2.3). Onder de bij de vennootschap of haar onderneming betrokkenen vallen onder meer schuldeisers, aandeelhouders en werknemers. Deze algemene verplichting voor bestuurders geldt uiteraard ook in geval van dreigende insolventie. Deze verplichting brengt onder meer mee dat bestuurders niet opzettelijk handelingen mogen verrichten of handelingen achterwege mogen laten die het voortbestaan van de onderneming bedreigen. In overweging 71 van de considerans van de richtlijn worden als voorbeelden hiervan genoemd opzettelijke handelingen of grove nalatigheid die leiden tot persoonlijke winst voor de bestuurder ten nadele van belanghebbenden, het instemmen met transacties onder de marktwaarde of een oneerlijke voorkeursbehandeling van bepaalde belanghebbenden. Dat dergelijke handelingen ontoelaatbaar zijn, volgt daarnaast uit artikel 2:9 BW, op grond waarvan een bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Komt een bestuurder deze verplichting niet na, dan is sprake van onbehoorlijk bestuur. Uit het tweede lid van artikel 2:9 BW volgt dat de bestuurder in dat geval aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade en zich slechts kan disculperen als hij kan aantonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Dat bestuurders dienen af te zien van dergelijke opzettelijke handelingen en grove nalatigheid die het voortbestaan van de onderneming bedreigen, volgt verder uit de artikelen 2:138 en 2:248 BW, op grond waarvan bestuurders aansprakelijk zijn in geval van onbehoorlijk bestuur als dit een belangrijke oorzaak is van een faillissement. Daarnaast geldt op grond van artikel 42 Fw dat rechtshandelingen die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, vernietigbaar kunnen zijn (Pauliana). Bestuurders die één of meer schuldeisers in aanloop naar een faillissement benadelen, kunnen aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). Daarnaast kunnen zij bij benadeling van schuldeisers strafrechtelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 342 of 343 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: WvSr). Een bestuurder handelt voorts strafbaar op grond van artikel 347 WvSr als hij buitensporig middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft of vervreemdt en de rechtspersoon ten gevolge daarvan ernstig nadeel ondervindt en het voortbestaan in gevaar komt.

Zoals hierboven is gezegd, volgt uit de plicht van bestuurders om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, zoals deze is neergelegd in de artikelen 2:129 lid 5 BW en 2:239 lid 5 BW, in de regel dat zij het bestendige succes van de aan de vennootschap verbonden onderneming dienen te bevorderen. Dit brengt mee dat zij in de situatie dat insolventie dreigt, zullen moeten bekijken of er een noodzaak is om stappen te ondernemen om insolventie te voorkomen. Dit betekent niet dat bestuurders onder alle omstandigheden door moeten gaan met hun onderneming of steeds koste wat kost een faillissement moeten voorkomen. Zij hebben de vrijheid om de onderneming te staken, mits zij daarbij de belangen van alle betrokkenen in acht nemen. Denkbaar is bovendien dat het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming niet mogelijk is zonder dat de belangen van bepaalde betrokkenen bij de vennootschap of de met haar verbonden onderneming, zoals werknemers of aandeelhouders, onevenredig worden geschaad. Bestuurders zijn jegens een schuldeiser aansprakelijk wanneer zij namens de vennootschap rechtshandelingen aangaan terwijl zij weten, althans redelijkerwijze behoren te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen en geen verhaal zal bieden voor de ten gevolge van die wanpres-

tatie door de wederpartij te lijden schade (Beklamel-zaak).[13] Indien de belangen van betrokkenen er uiteindelijk meer mee gediend zijn dat de vennootschap failliet wordt verklaard en wordt ontbonden, zullen bestuurders daartoe moeten beslissen. Hoewel bestuurders kortom niet onder alle omstandigheden verplicht zijn een faillissement af te wenden, is het hun niet toegestaan hun ogen te sluiten voor de situatie van dreigende insolventie. Zij zijn verplicht om tijdig te bezien of het mogelijk is om insolventie te voorkomen en welke maatregelen hiertoe eventueel genomen kunnen worden. Blijkt het inderdaad mogelijk om insolventie te voorkomen zonder de belangen van betrokkenen onevenredig te schaden, dan zullen zij hiertoe ook de noodzakelijke maatregelen moeten treffen. Maatregelen waaraan bestuurders onder meer kunnen denken zijn het inroepen van professioneel advies, het gebruik maken van een van de instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing (zie paragraaf 3.5 van deze toelichting) en/of het aanbieden van een akkoord aan de schuldeisers en/of aandeelhouders in een WHOA-traject. Uiteraard valt op voorhand niet met zekerheid vast te stellen welke handelwijze het beste uit zal pakken. Bestuurders hebben daarom een zekere beoordelingsruimte ten aanzien van de vraag of er maatregelen genomen moeten worden, en zo ja, welke.

3.2 De schone lei voor ondernemers

In de Faillissementswet zijn twee insolventieprocedures opgenomen die toegepast kunnen worden wanneer een natuurlijke persoon/ondernemer niet meer in staat is zijn schulden te voldoen: het faillissement (Titel I van de Faillissementswet) en de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (Titel III van de Faillissementswet). Alleen de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (hierna: WSNP) biedt de schuldenaar zicht op een «*schone lei*». Doel van de WSNP is om te voorkomen dat een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie terecht is gekomen tot in lengte van jaren met zijn schulden kan worden achtervolgd.[14] Zoals eerder is opgemerkt in de paragrafen 2.1 en 2.3 van deze toelichting, bevat de richtlijn in de artikelen 20 en volgende geen uitgewerkte kwijtscheldingsregeling, maar bevat de richtlijn een aantal beginselen en stelt deze minimumeisen aan een dergelijke regeling. De lidstaten hebben veel flexibiliteit om deze eisen toe te passen met inachtneming van hun nationale rechtsstelsel (zie overweging 16 van de considerans bij de richtlijn). Hieronder wordt nader toegelicht op welke wijze in de WSNP al invulling is gegeven aan de eisen die de richtlijn stelt. Alleen op één punt is aanpassing van de WSNP noodzakelijk. In het onderhavige wetsvoorstel wordt in artikel 349a, eerste en tweede lid, Fw opgenomen op welke gronden het mogelijk is een langere schuldsaneringstermijn dan drie jaar vast te stellen.

Aard en toepassingsbereik van de WSNP

De WSNP sluit aan bij de eisen die in de artikelen 20, 23 lid 4 en 24 van de richtlijn worden gesteld betreffende de aard en het toepassingsbereik van de kwijtscheldingsregeling.

---

[13] HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamel).

[14] Mocht er gelijktijdig met het toelatingsverzoek van de schuldenaar een verzoek van een schuldeiser tot faillietverklaring van de schuldenaar aanhangig zijn, dan wordt eerst het toelatingsverzoek behandeld. De behandeling van het faillissementsverzoek wordt in de tussentijd geschorst. Als de rechtbank het verzoek van de schuldenaar honoreert en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing verklaart, vervalt het faillissementsverzoek automatisch (artikel 3a Fw).

Aard van de WSNP

Ten aanzien van de aard van de WSNP is het volgende van belang. De in de WSNP voorziene schuldsaneringsregeling is een kwijtscheldingsregeling in de zin van de richtlijn. Zodra de schuldenaar is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling worden de reeds gestarte verhaalsacties van schuldeisers met vorderingen die vallen binnen het toepassingsbereik van de WSNP geschorst, komen de beslagen die door deze schuldeisers gelegd zijn te vervallen en is de schuldenaar voor deze vorderingen geen rente meer verschuldigd (artikelen 301 lid 2 en 3 en 303 lid 1 Fw). Als de schuldenaar de schuldsaneringsregeling naar behoren doorloopt, kunnen schuldeisers betaling van de schulden – op enkele hierna genoemde uitgezonderde schulden na – niet langer afdwingen. De schulden worden omgezet in natuurlijke verbintenissen, dat wil zeggen rechtens niet-afdwingbare verbintenissen (zie artikel 6:3 lid 1 BW). Doordat de schuldeiser niet langer bevoegd is tot het afdwingen van betaling van deze schuld, kan hij ook geen beroep doen op verrekening met een eventuele vordering die de schuldenaar op hem mocht hebben (vergelijk artikel 6:127 lid 2 BW). Wel geldt dat een beroep op deze niet-verrekenbaarheid wegens de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.[15] Doordat de schulden worden omgezet in natuurlijke verbintenissen, krijgt de schuldenaar de kwijtschelding van schuld waar titel III van de richtlijn op ziet. Van kwijtschelding van schuld in de zin van de richtlijn is onder meer sprake in geval van uitsluiting van de mogelijkheid schulden af te dwingen (vergelijk artikel 2 lid 1, onderdeel 10, van de richtlijn).

Verder omvat het WSNP-traject elementen van een liquidatieprocedure; de activa van de schuldenaar (hierna: boedel) worden te gelde gemaakt en de opbrengst wordt verdeeld onder de schuldeisers. Daarnaast is sprake van een inspanningsverplichting; de schuldenaar dient tijdens looptijd van schuldsaneringsregeling namelijk zoveel mogelijk inkomsten te verwerven die uiteindelijk, met uitzondering van het vrij te laten bedrag, ook toekomen aan de schuldeisers.

De schuldenaar kan bij de rechter een verzoek indienen tot toepassing van de WSNP (hierna: toelatingsverzoek), «*indien redelijkerwijs is te voorzien dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden of indien hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen*» (artikel 284 lid 1 en 2 Fw). Besluit de rechter de schuldenaar toe te laten tot de WSNP, dan benoemt hij ook een bewindvoerder en een rechter-commissaris (artikel 287 lid 3 Fw). De bewindvoerder ziet erop toe dat de schuldenaar alle verplichtingen die uit de schuldsaneringsregeling voortvloeien, nakomt. Ook is hij belast met het beheer en de vereffening van de boedel waarop de schuldsaneringsregeling van toepassing is en de verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers (artikelen 316 lid 1, 347 lid 1 en 349 lid 1 Fw)[16]. De rechter-commissaris houdt toezicht op de bewindvoerder en neemt beslissingen in het kader van de schuldsaneringsregeling, waarvan er hierna enkele worden genoemd (artikel 314 lid 1 Fw).

---

[15] Zie ook HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:377, r.o. 3.4.4 en 3.5. Een beroep op niet-verrekenbaarheid kan o.a. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn als beide vorderingen berusten op dezelfde contractuele verhouding; zie HR 31 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0492, r.o. 3.5.

[16] Nadat de schuldenaar is toegelaten tot de WSNP verliest hij de bevoegdheid om te beschikken over de tot de boedel behorende goederen en om ten aanzien van die goederen feitelijke handelingen te verrichten en toe te laten (artikel 296 lid 1 Fw).

De rechter-commissaris kan op verzoek van de schuldenaar of de bewindvoerder, dan wel ambtshalve bepalen dat de schuldenaar zijn ondernemersactiviteiten ten behoeve van de boedel kan voortzetten. De rechter-commissaris stelt een termijn vast waarbinnen de activiteiten kunnen worden voortgezet, die hij steeds kan verlengen. Ook kan hij voorwaarden verbinden aan de voortzetting van de ondernemingsactiviteiten (artikel 311 lid 1 Fw).

Toepassingsbereik WSNP

Wat betreft het toepassingsbereik van de WSNP kan het volgende opgemerkt worden. Toelating tot de schuldsaneringsregeling is niet alleen mogelijk voor privéschulden, maar ook voor schulden die zijn gemaakt in het kader van de uitoefening van een zelfstandig beroep of bedrijf. De schuldsaneringsregeling staat daarmee dus open voor insolvente ondernemers, zoals ook de bedoeling is van de in de richtlijn voorziene kwijtscheldingsregeling (zie artikel 20 lid 1 van de richtlijn). Een schuldenaar kan in dezelfde procedure een schone lei verkrijgen voor privéschulden en voor schulden die zijn gemaakt in het kader van de uitoefening van een zelfstandig beroep of bedrijf. Dit sluit aan bij artikel 24 van de richtlijn.

De WSNP geldt – op enkele hierna genoemde uitzonderingen na – voor de vorderingen op de schuldenaar die bestaan op het moment dat hij tot de schuldsaneringsregeling wordt toegelaten. Daarnaast geldt de WSNP ook voor vorderingen op de schuldenaar die ontstaan nadat hij tot de regeling is toegelaten, maar verband houden met – kort gezegd – op de schuldenaar rustende verplichtingen die al bestonden voor de toelating. Op grond van artikel 23 lid 4 van de richtlijn kunnen lidstaten bepaalde categorieën schulden uitsluiten van de kwijtscheldingsregeling. Voor zover vorderingen van schuldeisers gedekt zijn door pand of hypotheek, zijn zij in de WSNP uitgezonderd (artikel 299 Fw). Dit geldt ook voor studie- en belastingschulden (artikelen 299a lid 1 en 301 lid 1 Fw). De reden dat studieschulden zijn uitgezonderd is dat de Wet studiefinanciering 2000 een eigen systematiek van terugbetaling kent. Tijdens de schuldsanering wordt de aflossing van de studieschuld opgeschort en is geen rente verschuldigd (artikel 299a lid 2 Fw). Een schuldeiser die een retentierecht heeft op een zaak die toebehoort aan de schuldenaar, behoudt dit recht als de schuldenaar wordt toegelaten tot de schuldsaneringsregeling.

Verder omvat de boedel in beginsel alle goederen die de schuldenaar in eigendom heeft op het moment dat hij door de rechter wordt toegelaten tot de schuldsaneringsregeling en de goederen die hij tijdens de looptijd van die regeling verkrijgt (artikel 295 lid 1 Fw). Van het inkomen en van periodieke uitkeringen die de schuldenaar tijdens de looptijd van de schuldsaneringsregeling ontvangt, wordt nog wel een bedrag aan leefgeld buiten de boedel gelaten. Dit bedrag is gelijk aan de beslagvrije voet, bedoeld in artikel 475d van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (d.w.z. minimaal 90% van de bijstandsnorm) (artikel 295 lid 2 Fw). De rechter-commissaris kan het leefgeld op verzoek van de schuldenaar, de bewindvoerder dan wel ambtshalve verhogen (artikel 295 lid 3 Fw). Daarbij kan de rechter-commissaris rekening houden met financiële verplichtingen van de schuldenaar die niet ten laste van de boedel komen. Hiertoe behoren de normale kosten van het levensonderhoud. Ook kan met bijzondere uitgaven rekening worden gehouden, zoals meer dan normale kosten die de schuldenaar moet maken om zijn inkomen te verwerven (bijvoorbeeld hoge reiskosten) of de kosten in verband met ziekte of gebreken. Aan de verhoging van het leefgeld kan de rechter-commissaris voorwaarden verbinden. Verder blijft de inboedel van de

schuldenaar, bedoeld in artikel 5 van Boek 3 van het BW – voor zover deze niet bovenmatig is – ook buiten de boedel (artikel 295 lid 4, onder b, Fw). Op deze manier is geborgd de schuldenaar tijdens de looptijd van de schuldsaneringsregeling in zijn bestaansminimum kan blijven voorzien.

Kwijtscheldingstermijn en aan de kwijtschelding te stellen voorwaarden

De WSNP is ook in overeenstemming met artikel 21 van de richtlijn betreffende de termijn waarbinnen en de voorwaarden waaronder de ondernemer kwijtschelding van zijn schuld moet kunnen krijgen.

Kwijtscheldingstermijn

Hoofdregel is dat de schuldsaneringsregeling in beginsel een looptijd heeft van drie jaar, waarna de schuldenaar kwijtschelding van zijn schuld wordt verleend (artikelen 349a en 358 lid 1 Fw). Dit sluit aan bij artikel 21 lid 1 van de richtlijn. De driejaarstermijn begint te lopen op de dag waarop de rechtbank heeft besloten de schuldenaar toe te laten tot de schuldsaneringsregeling (artikel 287 lid 1 Fw).

Voor het verkrijgen van de schone lei is een beslissing nodig van de rechtbank (artikel 354 lid 1 Fw). De richtlijn laat dit toe (zie artikel 21 lid 2 van de richtlijn). Uiterlijk drie maanden voordat de driejaarstermijn afloopt, brengt de bewindvoerder een verslag uit aan de rechter-commissaris waarin hij beschrijft of en hoe de schuldenaar zich gedurende de schuldsaneringsregeling aan al zijn verplichtingen heeft gehouden (artikel 351a Fw). Vervolgens bepaalt de rechtbank uiterlijk een maand voor het einde van de driejaarstermijn de zitting waarop de beëindiging van de schuldsaneringsregeling en de vraag of de schuldenaar volledige kwijtschelding van zijn schuld behoort te krijgen, wordt behandeld (hierna: beëindigingszitting) (artikel 352 lid 1 Fw). Bij het inplannen van de beëindigingszitting zorgt de rechtbank ervoor dat nog voor de afloop van de driejaarstermijn een uitspraak kan worden gedaan over de vraag of de schuldenaar in aanmerking komt voor kwijtschelding van zijn schuld (artikel 352 lid 2 Fw).

De afwikkeling van de schuldsaneringsregeling duurt nog even voort nadat de rechtbank deze overeenkomstig artikel 354 lid Fw formeel heeft beëindigd en heeft vastgesteld of de schuldenaar een schone lei krijgt toegekend. Artikel 21 lid 3 van de richtlijn biedt lidstaten hiertoe de ruimte. Nadat de uitspraak van de rechtbank in kracht van gewijsde is gegaan, moet de bewindvoerder namelijk nog een slotuitdelingslijst opstellen (artikel 356 lid 1 Fw). Tegen de uitspraak van de rechtbank kunnen schuldeisers ook nog rechtsmiddelen inzetten (artikel 355 lid 1 Fw). Dit heeft dan automatisch als gevolg dat de slotuitdelingslijst pas later door de bewindvoerder opgesteld kan worden. Ook tegen de slotuitdelingslijst kan door de schuldeisers nog verzet worden aangetekend (artikel 349aa Fw). De schuldsanering is materieel pas geëindigd zodra de slotuitdelingslijst verbindend is (art. 356 lid 2).

Het is mogelijk dat de schuldsaneringsregeling vereenvoudigd afgewikkeld wordt. De regeling eindigt daarmee voortijdig. Deze mogelijkheid bestaat als er geen of nauwelijks opbrengst voor de schuldeisers beschikbaar is en ook niet verwacht wordt dat er later alsnog opbrengst te realiseren valt. Gedacht moet worden aan situaties waarin:
– de waarde van het actief lager is dan of gelijk aan de boedelkosten, of
– de schuldenaar niet kan werken – bijvoorbeeld vanwege arbeidsongeschiktheid – en er ook geen of nauwelijks baten voor de schuldeisers te verwachten zijn.

Ook in dat geval kan de rechtbank de schuldenaar bij de beëindiging van de schuldsaneringsregeling kwijtschelding van zijn schuld verlenen (artikel 354a lid 1 en 2 Fw).

Aan de kwijtschelding te stellen voorwaarden

De WSNP stelt een aantal voorwaarden aan toelating tot de schuldsaneringsregeling. Dit is in overeenstemming met artikel 23 leden 1 en 2 van de richtlijn. Er wordt daarmee invulling gegeven van de beleidsruimte die de richtlijn op dit punt biedt. Voordat de schuldenaar kan worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling moet hij eerst met hulp van een daarvoor aangewezen (gemeentelijke) schuldhulpverleningsinstantie een poging hebben gedaan om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen (artikel 285 lid 1, onderdeel f, Fw). Als deze poging niet lukt, kan de schuldenaar bij de rechtbank een toelatingsverzoek indienen. De rechter laat de schuldenaar slechts toe tot de schuldsaneringsregeling als voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar:

a. niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden;
b. in de vijf jaar die aan de indiening van zijn toelatingsverzoek vooraf gingen te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan of het onbetaald laten van zijn schulden;[17] en
c. de verplichtingen uit de schuldsaneringsregeling naar behoren zal nakomen en zich tijdens het schuldsaneringstraject zal inspannen zo veel mogelijk baten voor de boedel te verwerven (artikel 288 lid 1 Fw).

Om deze beoordeling te kunnen maken, is van belang dat de rechter een goed beeld heeft van de vermogens- en de inkomenspositie van de schuldenaar en van de mogelijkheden voor de schuldsanering. Gelet daarop moet het toelatingsverzoek voldoen aan een aantal inhoudelijke eisen (artikelen 285 en 287 lid 2 Fw). Ook moet de schuldenaar daarbij een door de gemeente afgegeven verklaring overleggen waaruit blijkt dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen en over welke aflossingsmogelijkheden de verzoeker beschikt (artikel 285 lid 1, onderdeel f, Fw). Indien nodig kan de rechter de schuldenaar alvast toelaten tot de schuldsaneringsregeling en daarbij tevens één of meer functionarissen benoemen die binnen een bepaalde termijn onderzoek verrichten en verslag uitbrengen over de staat van de boedel en de betrouwbaarheid van de door de schuldenaar overgelegde informatie hierover (artikel 291 Fw).

In het kader van de beslissing of de schuldenaar in aanmerking komt voor volledige kwijtschelding van zijn schuld toetst de rechter of de schuldenaar de schuldsaneringsregeling naar behoren is nagekomen (artikel 354 lid 1 Fw). Dit is in overeenstemming met artikel 23 leden 1 en 2 van de richtlijn, op grond waarvan de lidstaten de kwijtschelding van schuld in bepaalde omstandigheden mogen weigeren. Als uit het verslag van de bewindvoerder blijkt dat twijfel bestaat of de schuldenaar de schuldsaneringsregeling naar behoren is nagekomen, worden de schuldenaar en de bewindvoerder door de rechtbank opgeroepen om tijdens de beëindigingszitting te worden gehoord. Ook schuldeisers kunnen zich bij de rechtbank melden en worden dan in de gelegenheid gesteld om tijdens de beëindigingszitting het woord te voeren (artikel 353 lid 2 Fw). De rechtbank beslist in haar uitspraak volgend op de beëindigingszitting of de

[17] Op dit moment is er een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig waarin wordt voorgesteld om deze vijfjaarstermijn te verkorten tot drie jaar (Wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, Kamerstukken II 2021/22, 35 915, nr. 2). Ook met deze wijziging blijft de WSNP aan de vereisten van de richtlijn voldoen.

schuldenaar in de nakoming van één of meer uit de schuldsanering voortvloeiende verplichtingen tekortgeschoten is en, als daarvan sprake is, of dit aan de schuldenaar kan worden toegerekend (artikel 354 lid 1 Fw). Ook als sprake is van een toerekenbare tekortkoming kan de rechtbank nog steeds besluiten om deze buiten beschouwing te laten en de schuldenaar toch kwijtschelding van zijn schuld te verlenen. Dit kan zij doen bij een tekortkoming van «*bijzondere aard of geringe betekenis*» (artikel 354 lid 2 Fw).

Afwijkingen

Tot slot voldoet de WSNP ook aan artikel 23 van de richtlijn waarin is geregeld wanneer afgeweken mag worden van de hoofdregel dat een ondernemer toegang heeft tot een procedure waarbij hij na maximaal drie jaar een kwijtschelding van schuld kan verkrijgen en opgelegde beroepsverboden na die periode vervallen. Hieronder wordt nader toegelicht op welke wijze invulling is gegeven aan de beleidsruimte die artikel 23 van de richtlijn de lidstaten biedt.

Geen toegang tot de WSNP

De rechter kan een verzoek van de schuldenaar om toegelaten te worden tot de WSNP, afwijzen als:

a. de schuldenaar in de vijf jaar voorafgaand aan de indiening van zijn toelatingsverzoek niet te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden;
b. niet aannemelijk is dat de schuldenaar de uit het WSNP-traject voortvloeiende verplichtingen naar behoren zal nakomen en zich zal inspannen zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven;
c. de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen al van toepassing is op de schuldenaar;
d. niet eerst een poging is gedaan om tot een buitengerechtelijke schuldsaneringsregeling te komen;
e. de schulden (deels) voortvloeien uit een onherroepelijke veroordeling van de schuldenaar betreffende één of meer misdrijven, waaraan hij zich schuldig heeft gemaakt in de vijf jaar[18] voorafgaand aan de indiening van het toelatingsverzoek;
f. de schuldenaar in de tien jaar voorafgaand aan de indiening van zijn toelatingsverzoek al eens eerder is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling, tenzij de regeling toen voortijdig is geëindigd om de reden dat de schuldenaar alsnog al zijn schulden heeft kunnen voldoen of op de grond dat de schuldenaar bovenmatige schulden deed of liet ontstaan om redenen die de schuldenaar niet toe te rekenen waren (artikel 288 lid 1 en 2 Fw).[19]

In de gevallen, genoemd onder a en e, kan de rechter de schuldenaar toch toelaten tot de schuldsaneringsregeling als voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar zijn situatie weer onder controle heeft gekregen. Op dit moment is er een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig waarin wordt voorgesteld om de onder a en f genoemde afwijzingsgronden te versoepelen. Doel van dit wetsvoorstel is om te zorgen voor een betere aansluiting tussen het gemeentelijk schuldhulpverleningstraject en de

[18] Als hij daartoe aanleiding ziet, kan de rechter ook een langere termijn in acht nemen.
[19] Artikel 288 lid 3 Fw verzacht de toepassing van de toelatingsgrond genoemd onder b en de afwijzingsgrond genoemd onder c, doordat daarin is bepaald dat de rechter een toelatingsverzoek alsnog kan honoreren als voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar de omstandigheden die bepalend zijn geweest voor het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden, onder controle heeft gekregen. Zijn de schulden bijvoorbeeld ontstaan doordat de schuldenaar indertijd leed onder een verslaving en heeft hij die verslaving inmiddels onder controle, dan kan de schuldenaar toch worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling.

wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (WSNP). Ook met deze wijziging blijft de WSNP aan de vereisten van de richtlijn voldoen.[20]

Bij de toepassing van de genoemde toelatings- en afwijzingsgronden houdt de rechter rekening met alle relevante omstandigheden (HR 27 oktober 2006, NJ 2006/586). Het gaat dan bijvoorbeeld om de aard en de omvang van de vorderingen, het tijdstip waarop de schulden zijn ontstaan, de mate waarin de schuldenaar een verwijt gemaakt kan worden dat de schulden zijn ontstaan en/of onbetaald gelaten, de inspanningen van de schuldenaar om zijn schuld te voldoen of eventuele gedragingen van de schuldenaar om verhaal door schuldeisers juist te frustreren (HR 12 mei 2000, NJ 2000/567, m.nt. PvS, HR 26 januari 2001, NJ 2001/178 en HR 24 december 2004, NJ 2005/129).

Verder kan een toelatingsverzoek niet worden geweigerd, uitsluitend omdat er onvoldoende uitzicht bestaat dat de schuldeisers gehele of gedeeltelijke betaling op hun vorderingen zullen ontvangen (artikel 288 lid 4 Fw).

Verlenging kwijtscheldingstermijn

In afwijking van de hoofdregel dat de schuldsaneringsregeling een looptijd heeft van drie jaar waarna in beginsel kwijtschelding wordt verleend, kan de rechter dan wel de rechter-commissaris op grond van artikel 349a Fw de looptijd verlengen tot vijf jaar. Dit kan zowel bij aanvang van de regeling (artikel 349a lid 1 Fw) als gedurende de termijn of zelfs bij afloop daarvan (artikel 349a lid 2 en 3 Fw). De richtlijn staat een dergelijke verlenging van de kwijtscheldingstermijn toe, maar vereist wel dat verlenging alleen plaats vindt in bepaalde, welomschreven omstandigheden en dat deze afwijking naar behoren gerechtvaardigd is (zie artikel 23 lid 2 en 3 van de richtlijn). In het onderhavige wetsvoorstel wordt artikel 349a lid 1 en 2 Fw daarom iets aangescherpt. Verduidelijkt wordt op welke gronden verlenging van de schuldsaneringstermijn mogelijk is (artikel I, onderdeel LL).

Tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling en intrekking kwijtschelding

De rechtbank kan de schuldsaneringsregeling tussentijds beëindigen zonder dat de schuldenaar kwijtschelding van zijn schuld wordt verleend. De rechtbank kan dit doen op voordracht van de rechter-commissaris, op verzoek van de bewindvoerder, de schuldenaar of één of meer schuldeisers, of ambtshalve en wel op basis van één of meer van de volgende limitatieve gronden:
- de vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt zijn alsnog voldaan;
- de schuldenaar is in staat zijn betalingen weer te hervatten;
- de schuldenaar komt één of meer van zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen niet behoorlijk na of belemmert dan wel frustreert de uitvoering van de schuldsaneringsregeling en dit is hem aan te rekenen;
- door toedoen van de schuldenaar zijn er bovenmatige schulden ontstaan;
- de schuldenaar tracht zijn schuldeisers te benadelen;

[20] Wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, Kamerstukken II 2021/22, 35 915, nr. 2.

– er komen alsnog feiten en omstandigheden boven water die al bestonden ten tijde van de indiening van het toelatingsverzoek en die reden zouden zijn geweest om de schuldenaar niet tot de WSNP toe te laten;
– de schuldenaar maakt aannemelijk dat hij niet in staat is te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de schuldsaneringsregeling (artikel 350 lid 1 en 3 Fw).

Voordat de rechtbank over de tussentijdse beëindiging beslist, roept zij de schuldenaar op. Ook de schuldeisers en de bewindvoerder kunnen voor deze zitting worden opgeroepen (artikel 350 lid 2 Fw). Vaak wordt ook de rechter-commissaris gehoord. De schuldsaneringsregeling eindigt zodra de uitspraak van de rechtbank waarbij dit wordt bepaald, in kracht van gewijsde is gegaan (artikel 350 lid 4 Fw).

Als de schuldenaar kwijtschelding van zijn schuld heeft verkregen, maar nadien blijkt dat zich voor of tijdens de schuldsaneringsregeling feiten of omstandigheden hebben voorgedaan die grond zouden zijn geweest om dat traject tussentijds te beëindigen wegens een poging tot benadeling van schuldeisers, kan de rechter op verzoek van iedere belanghebbende de kwijtschelding intrekken (artikel 358a Fw). Ook nu vindt er eerst een zitting plaats voordat de rechter hierover beslist.

Van de kwijtschelding uitgezonderde schulden

Van een verleende kwijtschelding zijn uitgezonderd vorderingen die voortvloeien uit een strafrechtelijke veroordeling tot betaling van een geldboete, een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en een schadevergoeding ten behoeve van het slachtoffer (artikel 358 lid 4 Fw). Op grond van artikel 23 lid 4 van de richtlijn kunnen de lidstaten specifieke categorieën schulden uitsluiten van de kwijtschelding van schuld.

3.3 Maatregelen ter verhoging van de efficiënte van insolventieprocedures

Nederland kent als insolventieprocedures het faillissement, de surseance van betaling, de WSNP en de in de WHOA voorziene besloten en openbare akkoordprocedure buiten faillissement. De Faillissementswet bevat verschillende bepalingen om ervoor te zorgen dat deze insolventieprocedures voortvarend verlopen, waarmee voldaan wordt aan artikel 25 van de richtlijn. Zo kent de wet korte termijnen, bijvoorbeeld voor het indienen van vorderingen door schuldeisers (vgl. artikel 127 in verbinding met artikel 108 Fw) of voor het instellen van beroep (zie onder meer de artikelen 8–12, 219, 221 en 292 Fw). Rechtsmiddelen zijn veelal uitgesloten (zie de artikelen 67, eerste lid, derde zin, 85, 282, 321, 360 en 369, tiende lid, Fw). De wet bevat verder een aantal korte beslistermijnen (zie de artikelen 69, tweede lid, 213mf, tweede lid, en 317, tweede lid, Fw op grond waarvan de rechter-commissaris binnen drie dagen beslist). Ook is regelmatig bepaald dat de rechtbank «zo spoedig mogelijk» of «met de meeste spoed» handelt (zie de artikelen 4, eerste lid, 212he, 212hgb, derde lid, 213ae, 213agb, vierde lid, 287, eerste lid en 384, eerste lid, Fw).

Met de Wet modernisering faillissementsprocedure, die op 1 januari 2019 in werking is getreden, is de efficiëntie van de faillissementsprocedure verder vergroot.[21] Als gevolg van deze wet zijn de mogelijkheden voor betrokkenen in een faillissement om digitaal te communiceren vergroot, is de termijn waarbinnen vorderingen moeten worden ingediend aangescherpt en hebben de rechter en de curator meer ruimte gekregen om

[21] *Stb.* 2018, 299.

maatwerk te leveren binnen de faillissementsprocedure. Ook maakt deze wet het mogelijk om meerdere rechters-commissarissen te benoemen in het faillissement. Deze wijziging draagt bij aan specialisatie binnen de rechterlijke macht, doordat rechters-commissarissen zich meer kunnen specialiseren in bepaalde typen faillissementen. Bovendien bevordert dit het toezicht in omvangrijke of complexe faillissementen waarbij veelal sprake is van meerdere curatoren en de rechter-commissaris in korte tijd tal van handelingen zal moet beoordelen.

Een efficiënt verloop van insolventieprocedures wordt verder bevorderd door de landelijke procesreglementen van de rechtspraak, zoals het «Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken» en het «Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken». Recofa (een landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling) heeft daarnaast voor de verschillende insolventieprocedures richtlijnen ontwikkeld. Het gaat om de «Richtlijnen voor faillissementen en surseances» en de «Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen».[22] Hierdoor wordt het verloop van insolventieprocedures voor betrokkenen voorspelbaarder en kunnen geschillen hierover worden voorkomen. Als bijlagen bij deze Recofa-richtlijnen zijn verschillende modellen opgenomen, bijvoorbeeld voor de op te maken (financiële) verslagen. Ook deze modellen komen de efficiëntie van de procedures ten goede.

De deskundigheid van leden van de rechterlijke macht wordt op meerdere manieren gewaarborgd. In zijn algemeenheid geldt dat er een uitgebreide selectieprocedure is voor leden van de rechterlijke macht, waarin getoetst wordt of kandidaten over de benodigde capaciteiten beschikken. Om in aanmerking te komen voor een functie binnen de rechterlijke macht is in ieder geval een afgeronde studie rechtsgeleerdheid met zogenaamd «civiel effect» vereist met daarnaast twee jaar juridische werkervaring. Kandidaten die worden geselecteerd, volgen een opleiding die is afgestemd op hun persoonlijke situatie. Afhankelijk van de kennis en ervaring duurt deze opleiding vijftien maanden tot vier jaar. Ook na afronding van deze opleiding dienen rechters jaarlijks tijd te besteden aan verdere educatie. Specifiek voor rechters in insolventiezaken en rechters-commissarissen geldt dat het praktijk is dat zij een leergang op het terrein van het insolventierecht volgen als zij voor het eerst ingezet worden op dit terrein.

In de artikelen 26 en 27 van de richtlijn worden eisen gesteld aan de opleiding en aanstelling van functionarissen in insolventieprocedures en het toezicht op hun functioneren. Bij deze functionarissen gaat het in Nederland om curatoren in faillissement, bewindvoerders in surseance van betaling, bewindvoerders in de WSNP en herstructureringsdeskundigen en observators in de akkoordprocedures buiten faillissement. Artikel 26 van de richtlijn vereist onder meer dat:
– de voorwaarden voor de aanstelling van deze functionarissen duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn;
– deze functionarissen over de vereiste deskundigheid beschikken, en
– bij de aanstelling van een functionaris in het kader van een specifieke insolventiezaak zijn ervaring en deskundigheid en de specifieke kenmerken van de zaak voldoende in aanmerking worden genomen.

Ter implementatie van deze bepaling voegt dit wetsvoorstel voor de faillissementsprocedure een nieuw vijfde lid toe aan artikel 14 Fw. Daarin wordt bepaald dat de rechtbank een curator aanstelt die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Bovendien moet de rechtbank bij de aanstelling a) rekening houden met

[22] Deze procesreglementen en richtlijnen zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de curator, en b) een procedure en voorwaarden hanteren die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn (zie artikel I, onderdeel A). Voor de benoeming van insolventiefunctionarissen in de overige insolventieprocedures – d.w.z. in de surseance van betaling, de WSNP en de akkoordprocedures buiten faillissement – introduceert dit wetsvoorstel vergelijkbare bepalingen (zie artikel I, onderdelen H, FF, OO en TT).
In de praktijk hanteren rechtbanken bij de aanstelling van de verschillende insolventiefunctionarissen procedures en voorwaarden die voor het grootste deel al in overeenstemming zijn met deze nieuwe bepalingen. Zo geldt voor benoeming van curatoren in faillissement en bewindvoerders in surseance dat Recofa uitgangspunten heeft geformuleerd.[23] Het gaat daarbij om landelijke uitgangspunten, waarbij niet wordt uitgesloten dat de specifieke omstandigheden in een arrondissement aanleiding geven tot afwijkingen. Op grond van deze uitgangspunten geldt dat rechtbanken bij de benoeming een lijst hanteren; alleen curatoren en bewindvoerders die op deze lijst staan, komen voor benoeming in aanmerking. In de door Recofa geformuleerde uitgangspunten zijn procedurele voorschriften en inhoudelijke voorwaarden neergelegd om op de lijst geplaatst te worden. Advocaten dienen onder meer een leergang op het terrein van het insolventierecht te hebben gevolgd en voldoende ervaring te hebben in civielrechtelijke zaken en faillissementen. Ook dienen zij te beschikken over een afdoende beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Daarnaast voert de rechtbank evaluatiegesprekken met de kantoren van de curatoren en bewindvoerders op de lijst. Daarin wordt onder meer besproken of voldoende tijd is besteed aan verdere opleiding en of de curator en/of bewindvoerder nog steeds over de benodigde deskundigheid beschikt. Ook kan de rechtbank dossieronderzoek doen om dit te toetsen. Voldoet een curator of bewindvoerder niet langer aan de eisen, dan wordt hij van de lijst geschrapt. Deze uitgangspunten zorgen er kortom voor dat rechtbanken curatoren en bewindvoerders aanstellen die adequaat zijn opgeleid en over de voor hun taken vereiste deskundigheid beschikken.
De procedure en voorwaarden die de rechtbank bij de aanstelling hanteert, dienen duidelijk, transparant en rechtvaardig te zijn. De Recofa-uitgangspunten zorgen hier ook voor. Wel is daarvoor van belang dat de Recofa-uitgangspunten landelijk gelden, ofwel dat voor betrokkenen voldoende transparant is welke specifieke afwijkingen in een bepaald arrondissement gelden en waarom deze afwijkingen gerechtvaardigd zijn. De rechtbank dient bij de aanstelling rekening te houden met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de curator. Op grond van artikel 4 van de Recofa-uitgangspunten geldt dat in faillissementen en surseances van betaling de rechtbank steeds diegene op de lijst tot curator/bewindvoerder benoemt die zij voor de betreffende zaak het meest geschikt acht. Nadere landelijke criteria voor de benoeming van curatoren en bewindvoerders in individuele zaken ontbreken nu nog. Sommige rechtbanken hebben curatoren ingedeeld in categorieën aan de hand van ervaring, opleiding en functioneren voor de toedeling van faillissementen naar zwaarte, maar dat geldt niet voor alle rechtbanken. In de Recofa-uitgangspunten zullen daarom nadere criteria worden opgenomen rond de benoeming van curatoren en bewindvoerders in een specifieke zaak. Doel van dergelijke criteria is om, met het oog op de belangen van de verschillende betrokkenen bij een faillissement of een surseance van betaling, te waarborgen dat steeds een curator of bewindvoerder wordt benoemd die over voldoende ervaring en deskundigheid beschikt voor die specifieke zaak. Dergelijke nadere criteria

[23] De «Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling», gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

geven curatoren en bewindvoerders dan ook geen aanspraak op benoeming in een bepaalde zaak. Bovendien is in beginsel niet vereist dat de rechtbank in een specifieke zaak motiveert waarom zij een bepaalde curator of bewindvoerder benoemt; voldoende is dat in zijn algemeenheid duidelijk en transparant is welke criteria de rechtbank bij de benoeming hanteert. De Raad voor de rechtspraak heeft in zijn consultatiereactie aangegeven dat Recofa het opstellen van richtlijnen voor de aanstelling en benoeming van insolventiefunctionarissen graag voor haar rekening neemt. Recofa heeft aangegeven Insolad hierbij te zullen betrekken. Naast de uitgangspunten van Recofa bevorderen ook de door de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (Insolad) opgestelde praktijkregels voor curatoren de kwaliteit van curatoren en bewindvoerders. Deze regels gelden voor de leden van Insolad. De regels weerspiegelen de opvattingen die in de praktijk onder curatoren leven ten aanzien van een adequate beroepsuitoefening.[24] Daarmee zijn deze regels ook relevant voor curatoren die geen lid zijn van Insolad.

Voor de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures buiten faillissement bestaan er nu nog geen uitgangspunten zoals door Recofa geformuleerd voor de benoeming van curatoren en bewindvoerders. In gesprek met Recofa zal worden bekeken of er alsnog uitgangspunten rond de benoeming kunnen worden ontwikkeld. De Raad voor de rechtspraak heeft in zijn consultatiereactie laten weten dat de rechtspraak hiertoe uitstekend in staat is. Insolad heeft in haar consultatiereactie overigens laten weten bezig te zijn met het ontwikkelen van gedragsregels voor haar leden, die specifiek aansluiten op de WHOA-regeling. Ook dit kan de kwaliteit van deze functionarissen bevorderen.

Omtrent de benoeming van bewindvoerders in het kader van schuldsaneringsregelingen zijn er nu wel reeds Recofa-richtlijnen.[25] Artikel 1.1 van de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen bepaalt dat enkel een in het register van de raad voor rechtsbijstand opgenomen bewindvoerder of bewindvoerderorganisatie danwel een advocaat die ervaring heeft met het insolventierecht voor benoeming als bewindvoerder in aanmerking komt. Bewindvoerders dienen volgens deze Recofa-richtlijnen voorts te beschikken over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (zie artikel 6 van de Recofa-richtlijnen). De voorwaarden voor opname in het register van de raad voor rechtsbijstand zijn neergelegd in de «Beleidsregels voor inschrijving bewindvoerders Wsnp en bewindvoerderorganisaties Wsnp in het register».[26] Onder meer geldt dat een bewindvoerder, die geen advocaat is, het diploma voor de opleiding «Bewindvoering Wsnp voor niet-advocaten» dient te hebben behaald. Zolang een bewindvoerder is ingeschreven in het register dient hij te voldoen aan de vereisten op het terrein van permanente educatie. Als niet (langer) aan de vereisten wordt voldaan, wordt de bewindvoerder uitgeschreven uit het register. De Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen bevatten een beperkt aantal richtlijnen voor de benoeming van een bewindvoerder in een specifieke zaak. Zo is bepaald dat wanneer de schuldenaar een onderneming voert of heeft gevoerd, een (advocaat-)bewindvoerder met kennis en ervaring hierin wordt benoemd en dat een bewindvoerder niet tevens beschermingsbewindvoerder van een schuldenaar kan zijn (artikel 1.1. van de Recofa-richtlijnen). Deze criteria moeten, gelet op dit wetsvoorstel, worden aangevuld. Daarbij geldt wel dat de richtlijn de lidstaten de nodige ruimte laat bij de inrichting van een systeem voor

[24] Deze praktijkregels zijn te vinden op de website van Insolad: www.insolad.nl. Uit het voorwoord blijkt dat bij de ontwikkeling aansluiting is gezocht bij wat in kringen van curatoren als de «heersende leer» geldt of bij datgene waarvoor een zo breed mogelijke basis bestond.
[25] De «Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen», gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.
[26] *Stcrt.* 2015, 44924.

benoeming. Zo staat de richtlijn er niet aan in de weg staat dat een functionaris wordt geselecteerd door middel van willekeurige selectie door bijvoorbeeld een softwareprogramma, op voorwaarde dat in dat geval naar behoren rekening wordt gehouden met de ervaring en deskundigheid van de deskundige (zie overweging 88 van de considerans bij de richtlijn). Zoals reeds gezegd, heeft de Raad voor de rechtspraak in zijn consultatiereactie aangegeven dat Recofa het opstellen van richtlijnen voor de aanstelling en benoeming van insolventiefunctionarissen graag voor haar rekening neemt.

Voor het faillissement en de WSNP geldt dat als de schuldenaar of schuldeisers zich niet kunnen vinden in de benoeming van een curator of een bewindvoerder, zij op grond van respectievelijk artikel 73 en artikel 319 Fw kunnen verzoeken om zijn ontslag. In de surseance van betaling bestaat deze bevoegdheid alleen voor schuldeisers (zie artikel 224, tweede lid, Fw). Dit wetsvoorstel past deze bepaling aan, zodat ook de schuldenaar straks kan verzoeken om ontslag en vervanging van een bewindvoerder (artikel I, onderdeel N). In faillissement, surseance van betaling en WSNP is ontslag van een curator of een bewindvoerder daarnaast mogelijk op verzoek van de curator of bewindvoerder zelf of op voordracht van de rechter-commissaris. Op grond van de WHOA-regeling geldt dat de schuldenaar de gelegenheid krijgt zich uit te laten over de aanstelling van een herstructureringsdeskundige of een observator (zie artikel 380, vierde lid, in verbinding met artikel 371, vijfde lid, Fw). Hij heeft dus de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de selectie of aanstelling van een herstructureringsdeskundige of observator. Schuldeisers kunnen verzoeken om ontslag en vervanging van een herstructureringsdeskundige of observator (artikel 380, vierde lid, in verbinding met artikel 371, dertiende lid). Ontslag is daarnaast mogelijk op verzoek van de herstructureringsdeskundige of observator zelf of ambtshalve. Deze regelingen zijn in overeenstemming met artikel 26 lid 1, onderdelen b en d van de richtlijn.

Op grond van artikel 27 van de richtlijn dienen lidstaten te voorzien in gepast toezicht op insolventiefunctionarissen. Toezicht in het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP vindt plaats door de rechter-commissaris. In ieder faillissement benoemt de rechtbank één of meer van haar leden tot rechter-commissaris (zie artikel 14, eerste lid, Fw). Uit artikel 64 Fw volgt dat de rechter-commissaris toezicht houdt op het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator. Schuldeisers, de schuldeiserscommissie en de gefailleerde kunnen op grond van artikel 69 Fw tegen handelingen van de curator bij de rechter-commissaris bezwaar maken of een bevel van de rechter-commissaris aan de curator uitlokken. De rechter-commissaris is op grond van deze artikelen bevoegd om de curator instructies te geven. Bovendien heeft de curator voor bepaalde handelingen de machtiging van de rechter-commissaris nodig, zoals voor het voeren van procedures (zie o.a. artikel 68, derde lid, Fw). Ook van belang is dat – zoals hierboven reeds is opgemerkt – een curator op voordracht van de rechter-commissaris door de rechtbank te allen tijde kan worden ontslagen (zie artikel 73 Fw). Indien de rechter-commissaris dit nodig acht in het kader van zijn toezichtstaak, kan hij ook getuigen horen of een onderzoek van deskundigen bevelen (artikel 66 Fw). De naam van de rechter-commissaris wordt gepubliceerd in de Staatscourant en in het Centraal Insolventieregister, zodat voor onder meer de schuldeisers bekend is wie het toezicht uitoefent (zie de artikelen 14 lid 3, 19 en 19a Fw).

In de WSNP vindt het toezicht op de bewindvoerder op vergelijkbare wijze plaats als op de curator in faillissement. De rechtbank benoemt een rechter-commissaris, die toezicht houdt op de vervulling door de

bewindvoerder van de door hem te verrichten taken (artikelen 287, derde lid, en 314 Fw). Ook hier hebben schuldeisers en de schuldenaar de bevoegdheid om bij de rechter-commissaris bezwaar te maken tegen handelingen van de bewindvoerder en kunnen zij een bevel aan de bewindvoerder uitlokken (artikel 317 Fw). Voor bepaalde handelingen van de bewindvoerder is een machtiging van de rechter-commissaris vereist (artikel 316, tweede lid, Fw). De bewindvoerder kan door de rechtbank worden ontslagen op voordracht van de rechter-commissaris (artikel 319 Fw).

De situatie ten aanzien van de surseance van betaling wijkt enigszins af van die bij faillissement en WSNP. Het huidige artikel 223a Fw geeft de rechtbank de bevoegdheid, maar niet de plicht, om in het kader van een surseance van betaling een van haar leden tot rechter-commissaris te benoemen. In de praktijk vindt benoeming van een rechter-commissaris steeds plaats. Dit wetsvoorstel codificeert deze praktijk en maakt het net als in het faillissement mogelijk om meerdere rechters-commissarissen te benoemen. Daarnaast wordt aan artikel 223a Fw toegevoegd dat de rechter-commissaris de bewindvoerder niet alleen adviseert, maar ook toezicht houdt op de vervulling van zijn taken (artikel I, onderdeel M). Daarmee wordt gewaarborgd dat, in overeenstemming met artikel 27 van de richtlijn, er voldoende toezicht is op het functioneren van de bewindvoerder. Als de rechter-commissaris meent dat een bewindvoerder zijn taak niet behoorlijk vervult, kan hij op grond van artikel 224, tweede lid, Fw bij de rechtbank een voordracht doen tot ontslag.

Voor de in de WHOA voorziene akkoordprocedures buiten faillissement geldt dat de rechtbank op grond van artikel 371, dertiende lid, Fw te allen tijde een herstructureringsdeskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, kan ontslaan en door een ander vervangen. Dit kan zowel op verzoek van één of meer schuldeisers als ambtshalve. Hetzelfde geldt voor de observator (vergelijk artikel 380, vierde lid, Fw). In de wet ligt daarmee besloten dat de rechtbank een zekere mate van toezicht uitoefent op herstructureringsdeskundigen en op observatoren. Aanleiding voor een schuldeiser om een verzoek tot ontslag te doen kan bijvoorbeeld zijn dat hij meent dat de herstructureringsdeskundige zijn taak niet doelmatig, onpartijdig of onafhankelijk uitvoert (vergelijk artikel 371, zesde lid, Fw). Ook als de rechtbank ambtshalve constateert dat de herstructureringsdeskundige zijn taken niet behoorlijk vervult, kan dit reden zijn voor ontslag. Anders dan in faillissement, de surseance van betaling en de WSNP, vindt er in het kader van een WHOA-traject geen benoeming van een rechter-commissaris plaats. Tijdens een WHOA-traject behoudt de schuldenaar steeds volledig de beschikking en het beheer over zijn vermogen. De aanstelling van een herstructureringsdeskundige of een observator brengt hierin geen verandering. Een herstructureringsdeskundige en een observator hebben dan ook minder ingrijpende bevoegdheden dan een curator in faillissement, een bewindvoerder in surseance van betaling en een bewindvoerder in WSNP. De herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter (artikel 371 Fw). De observator houdt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers toezicht op de totstandkoming van het akkoord en informeert de rechtbank hierover (artikelen 379 en 380 Fw). Hierdoor volstaat in het kader van een WHOA-traject de hiervoor beschreven, minder vergaande vorm van toezicht door de rechtbank en is er, anders dan in het kader van het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP geen noodzaak voor de benoeming van een rechter-commissaris. Het hier bedoelde toezicht door de rechtbank heeft uiteraard alleen betrekking op herstructureringsdeskundigen en observatoren die door de rechtbank zijn aangesteld. Het ziet niet

op deskundigen die de schuldenaar of een andere partij zelfstandig raadpleegt in samenhang met de akkoordprocedure. Ook de eisen die de richtlijn stelt, zien alleen op deskundigen die door een rechterlijke of een administratieve instantie zijn aangesteld (zie artikel 26 lid 1, onder a, van de richtlijn). Om ervoor te zorgen dat bij de betrokkenen bij de akkoordprocedure voldoende bekend is dat de rechtbank dit toezicht uitoefent, zal hieraan aandacht dienen te worden besteed in de door Recofa te ontwikkelen uitgangspunten rond de aanstelling van herstructureringsdeskundigen en observatoren.

Insolventiefunctionarissen kunnen op verschillende manieren ter verantwoording worden geroepen als zij hun taken niet naar behoren hebben vervuld. Voor de curator in faillissement, de bewindvoerder in surseance, de bewindvoerder in WSNP en de herstructureringsdeskundige en de observator in de WHOA-akkoordprocedures geldt dat zij aansprakelijk zijn, indien zij niet hebben gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator, bewindvoerder, herstructureringsdeskundige respectievelijk observator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht (zie HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou) en artikel 371, elfde lid, in verbinding met artikel 380, vierde lid, Fw). Wat hoort bij een behoorlijke taakuitoefening kan onder meer worden afgeleid uit de verschillende door Recofa ontwikkelde richtlijnen en de eerdere genoemde praktijkregels voor curatoren die Insolad heeft ontwikkeld.[27] Zoals hierboven reeds is vermeld, kunnen curatoren in faillissement en bewindvoerders in surseance voorts worden geschrapt van de lijst met curatoren of bewindvoerders als zij hun taken niet behoorlijk vervullen. In gesprek met Recofa zal worden bekeken of er ook bepaalde uitgangspunten kunnen worden ontwikkeld voor de aanstelling van een herstructureringsdeskundige of een observator in een akkoordprocedure buiten faillissement. De Raad voor de rechtspraak heeft, als gezegd, in zijn consultatiereactie laten weten dat de rechtspraak hiertoe uitstekend in staat is. Bewindvoerders in WSNP kunnen worden verwijderd uit het register van de raad voor rechtsbijstand. Insolad voorziet bovendien in toezicht op de naleving van de door haar ontwikkelde praktijkregels voor curatoren die gelden voor haar leden. Belanghebbenden die menen dat een curator in faillissement of bewindvoerder in surseance zich niet in overeenstemming met deze praktijkregels heeft gedragen, kunnen een verzoek tot toetsing indienen bij de Toetsingscommissie Insolad. Ook het bestuur van Insolad kan een dergelijk verzoek doen. De Toetsingscommissie beoordeelt of de gedragingen van de curator of bewindvoerder blijk geven van voldoende integriteit, objectiviteit, onafhankelijkheid, zorgvuldigheid, vakkundigheid, doelmatigheid en respect jegens betrokkenen.[28]

De richtlijn brengt mee dat het belang van een efficiënte afwikkeling van insolventieprocedures ook tot uitdrukking dient te komen in de regels die gelden voor de vergoeding voor insolventiefunctionarissen. In zowel het faillissement, de surseance van betaling, de WSNP als de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures stelt de rechtbank het salaris van de curator, de bewindvoerder, de herstructureringsdeskundige en de observator vast (zie de artikelen 71, 250, 320, en 371, tiende lid, in verbinding met 380, vierde lid, Fw). Voor de WSNP hanteert de rechtbank hiertoe de vergoedingssystematiek zoals neergelegd in het Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsanering. Deze vergoeding bestaat uit een looptijdafhankelijk en een looptijdonafhankelijk deel. De rechtbank kan in afwijking hiervan in bijzondere omstandigheden het salaris hoger

[27] Deze praktijkregels zijn te vinden op de website van Insolad: www.insolad.nl
[28] Zie het Reglement Toetsingscommissie Insolad, te vinden op www.insolad.nl.

vaststellen indien de omvang of de ingewikkeldheid van de door de bewindvoerder verrichte werkzaamheden dat rechtvaardigt. De rechtbank kan op deze grond het salaris ook juist verlagen, als de bewindvoerder slechts weinig werkzaamheden heeft verricht. In de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen is nader uitgewerkt wanneer de rechtbank op deze grond een hogere of lagere vergoeding toekent. Het salaris is niet afhankelijk van de omvang van de boedel. Is deze ontoereikend om het salaris te voldoen, dan kan de bewindvoerder een subsidie van de raad voor rechtsbijstand aanvragen.

Voor het faillissement, de surseance van betaling en de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures legt dit wetsvoorstel vast dat de rechter het salaris van de verschillende insolventiedeskundigen dient vast te stellen aan de hand van uitgangspunten waarin het belang van een efficiënte behandeling van de procedure tot uitdrukking komt (zie artikel I, onderdelen B, C, E, I, S en OO). In de praktijk hanteren rechtbanken in het kader van het faillissement en de surseance van betaling al dergelijke uitgangspunten. De Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling bevatten bepalingen omtrent de vaststelling van het salaris van de curator of de bewindvoerder (zie artikel 6 van deze richtlijnen). Het salaris wordt vastgesteld aan de hand van het aantal gewerkte uren. De Recofa-richtlijnen stellen eisen aan de tijdregistratie, zodat deze registratie door de rechtbank kan worden getoetst. Het uurtarief dat wordt vergoed, is afhankelijk van de ervaring van de curator of bewindvoerder. De Recofa-richtlijnen bevatten regels om dit uurtarief vast te stellen. De rechter-commissaris kan in bijzondere gevallen op verzoek een afwijkend uurtarief toekennen, bijvoorbeeld vanwege de omvang, complexiteit of maatschappelijke impact van een faillissement. Als kantoorgenoten van de curator of de bewindvoerder werkzaamheden in het faillissement of de surseance van betaling verrichten, dient het voor hen geldende uurtarief te worden gedeclareerd. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat medewerkers die geen advocaat zijn, voor bepaalde taken worden ingezet. Het uurtarief van dergelijke medewerkers ligt, afhankelijk van hun ervaring, volgens de richtlijnen op 0,4 tot 0,6 van het basisuurtarief voor een advocaat. De Recofa-richtlijnen bepalen dat de curator de werkzaamheden in het faillissement, met inachtneming van de moeilijkheidsgraad daarvan, zodanig dient te verdelen over hemzelf, zijn kantoorgenoten en de faillissementsmedewerkers dat deze werkzaamheden tegen het laagst mogelijke uurtarief worden verricht. De curator of bewindvoerder mag enkel anderen dan kantoorgenoten inschakelen nadat hij hiervoor toestemming heeft gekregen van de rechter-commissaris. De regels die de rechtbanken in de praktijk hanteren, zijn kortom gericht op een efficiënt verloop van faillissementen en surseances van betaling en sluiten daarmee dus goed aan bij artikel 27 van de richtlijn.

In de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures geldt dat de rechtbank op voorhand een bedrag vaststelt dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige of de observator ten hoogste mogen kosten. Blijkt dit bedrag gedurende het proces niet toereikend, dan kan de herstructureringsdeskundige of de observator verzoeken om verhoging hiervan (zie artikel 371, tiende lid, in verbinding met artikel 380, vierde lid, Fw). De herstructureringsdeskundige of de observator zal dan wel moeten onderbouwen waarom het bedrag niet toereikend is. Ook hiermee wordt een efficiënte afwikkeling van het traject bevorderd. Nadere regels over de vaststelling van het salaris van de herstructureringsdeskundige en de observator ontbreken nu echter nog. Recofa zou ook hiervoor richtlijnen kunnen vaststellen. Hierover zal met Recofa worden gesproken.

Artikel 27 lid 4 van de richtlijn vereist dat er geschikte procedures voorhanden zijn om eventuele geschillen over vergoeding van insolventiefunctionarissen te beslechten. In de eerste plaats zullen insolventiefunctionarissen zelf gebruik moeten kunnen maken van een dergelijke procedure, nu hun belangen rechtstreeks zijn betrokken bij de salarisvaststelling. Op grond van bestaande jurisprudentie geldt reeds dat de rechtbank de curator dient te horen wanneer de curator een salarisvoorstel heeft gedaan waarmee de rechter-commissaris niet instemt. Hetzelfde geldt wanneer de rechter-commissaris geen bezwaar heeft tegen het salarisvoorstel, maar de rechtbank aanleiding ziet daarvan ten nadele van de curator af te wijken.[29] Om wettelijk te waarborgen dat er voor de curator en de bewindvoerder een «geschikte procedure» voorhanden is, codificeert dit wetsvoorstel deze rechtspraak voor het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP in respectievelijk de artikelen 71, 250 en 320 Fw (artikel I, onderdelen E, S en JJ). Voor de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures is al door middel van artikel 371, vijfde lid, in verbinding met het tiende lid, Fw wettelijk geregeld dat de rechtbank de herstructureringsdeskundige in de gelegenheid dient te stellen om zijn zienswijze te geven over de vaststelling van zijn salaris. Via de schakelbepaling van artikel 380, vierde lid, Fw geldt hetzelfde voor de salarisvaststelling van de observator.

Gelet op de plaatsing van artikel 27 lid 4 in titel IV van de richtlijn («Maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld»), moet deze bepaling begrepen worden vanuit de doelstelling van de richtlijn om een efficiënte afwikkeling van insolventieprocedures te bevorderen. Aangenomen moet daarom worden dat deze «geschikte procedures» ook beschikbaar moeten zijn voor de schuldenaar en, in het geval van vereffeningsprocedures zoals het faillissement en de WSNP, voor de schuldeisers. Zij hebben er immers met name belang bij dat de procedure efficiënt verloopt en dat de insolventiefunctionaris geen onnodige kosten maakt. Daarbij geldt dat een procedure vooral «geschikt» is in de zin van de richtlijn, als hiermee daadwerkelijk kan worden bevorderd dat de insolventiefunctionaris efficiënt handelt en onnodige kosten vermijdt. Dit is met name het geval als de schuldenaar en, in geval van het faillissement en de WSNP, de schuldeisers, in een vroeg stadium invloed kunnen uitoefenen op de handelwijze van de insolventiefunctionaris. Dan hebben zij immers nog de mogelijkheid om te voorkomen dat de insolventiefunctionaris de kosten onnodig laat oplopen. In het kader van het faillissement en de WSNP kunnen de schuldenaar en de schuldeisers op grond van de artikelen 69 en 317 Fw, door het indienen van een verzoek, tegen elke handeling van de curator of de bewindvoerder bij de rechter-commissaris opkomen of van deze een bevel uitlokken dat de curator of bewindvoerder een bepaalde handeling zal verrichten of een voorgenomen handeling zal nalaten. Daarmee is er voor de schuldeisers en de schuldenaar een geschikte procedure voorhanden waarmee zij kunnen aansturen op een efficiënte wijze van behandeling van het faillissement of de schuldsanering tegen zo laag mogelijke kosten. In de surseance van betaling en de WHOA-regeling mist een met de artikelen 69 en 317 Fw vergelijkbare bepaling. Voor de surseance geldt echter dat dat de bewindvoerder op grond van artikel 215, tweede lid, Fw, *samen* met de schuldenaar het beheer over diens zaken voert. De bewindvoerder is niet bevoegd om zelfstandig te handelen, maar zal moeten samenwerken met de schuldenaar. De schuldenaar heeft daarmee de mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënte handelwijze. Hij kan handelingen van de bewindvoerder tegenhouden door instemming hiermee te weigeren en zo voorkomen dat de bewindvoerder onnodige kosten maakt. Ontstaan er

[29] HR 12 november 1999, *NJ* 2000/52 m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.2.

conflicten tussen de schuldenaar en de bewindvoerder over het beheer van de boedel, dan kunnen zij de rechter hierbij betrekken. De schuldenaar kan dit doen door te verzoeken om het ontslag en de vervanging van de bewindvoerder; deze bevoegdheid wordt hem door dit wetsvoorstel toegekend (zie artikel I, onderdeel N). De bewindvoerder kan op grond van artikel 242, eerste lid, onder 4° Fw, verzoeken om de intrekking van de surseance van betaling. De schuldenaar wordt ten aanzien van dit verzoek gehoord of behoorlijk opgeroepen (artikel 242, derde lid, Fw). Daarmee bestaan er in de surseance van betaling voor de schuldenaar «geschikte procedures» in de zin van artikel 27 lid 4 van de richtlijn. Voor de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures blijkt uit artikel 371, vijfde lid, in verbinding met het tiende lid, Fw dat de rechtbank de schuldenaar in de gelegenheid stelt om zijn zienswijze te geven over de salarisvaststelling van de herstructureringsdeskundige. Nu de rechtbank op voorhand een bedrag vaststelt dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige ten hoogste mogen kosten, heeft de schuldenaar al bij aanvang van het traject de mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënte handelwijze van de herstructureringsdeskundige. Blijkt dit bedrag gedurende het proces niet toereikend, dan kan de herstructureringsdeskundige verzoeken om verhoging hiervan, waarbij de schuldenaar opnieuw de gelegenheid krijgt een zienswijze te geven. Via de schakelbepaling van artikel 380, vierde lid, Fw geldt een en ander ook voor de salarisvaststelling van de observator. De schuldeisers worden op grond van de WHOA-regeling niet gehoord ten aanzien van de salarisvaststelling, op de schuldeisers die het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige hebben gedaan na. Dit is op grond van de richtlijn ook niet nodig, nu de kosten van de herstructureringsdeskundige in de regel door de schuldenaar worden gedragen (artikel 371, tiende lid, vierde zin, Fw). Onder omstandigheden is het echter mogelijk dat niet de schuldenaar, maar de schuldeisers de kosten van de herstructureringsdeskundige dragen (artikel 371, tiende lid, vierde zin, Fw). Dit is aan de orde als sprake is van een verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige dat door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund. In een dergelijk geval zal uit het verzoekschrift van deze steun moeten blijken, zodat de rechter kan vaststellen of aan deze voorwaarde is voldaan. Dit wetsvoorstel verduidelijkt nu dat de verzoeker in zijn verzoek bovendien het bedrag vermeldt dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd naar zijn oordeel ten hoogste mogen kosten. In dat verband kan hij zich bovendien uitlaten over de hoogte van het salaris van de herstructureringsdeskundige. Hij dient zich in het verzoek eveneens uit te laten over de wijze waarop de schuldeisers de kosten gaan dragen. Daarmee bestaat er voor de schuldeisers voldoende mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënte behandeling van het traject tegen reële kosten. Zij zullen immers enkel bereid zijn het verzoek te steunen als zij zich ook kunnen vinden in de daar voorgestelde regeling ten aanzien van de kosten. Verzoekt de herstructureringsdeskundige gedurende het proces om verhoging van het bedrag dat zijn werkzaamheden ten hoogste mogen kosten, dan geldt op grond van het huidige recht dat de rechtbank degene die om de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige heeft verzocht, in de gelegenheid stelt een zienswijze te geven (artikel 371, vijfde lid, in verbinding met het tiende lid, Fw). De rechtbank zal het verzoek in beginsel enkel kunnen toewijzen als uit deze zienswijze blijkt dat de schuldeisers ook bereid zijn deze extra kosten te dragen. Ook gedurende het traject hebben de schuldeisers daarmee voldoende mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënt verloop van het traject.

Artikel 28 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de daarin genoemde handelingen via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden verricht. Zoals in paragraaf 1 van deze toelichting is

opgemerkt, krijgen de lidstaten langer de tijd om aan deze verplichting te voldoen. Een groot deel van de in artikel 28 van de richtlijn genoemde handelingen zijn nu al via elektronische weg mogelijk. Dit geldt ten eerste voor de indiening van vorderingen (artikel 28 onderdeel a van de richtlijn). Op grond van artikel 110, eerste lid, Fw dient in het geval van de faillissementsprocedure een schuldeiser zijn vordering bij de curator in te dienen en daarbij ook een rekening of een andere schriftelijke verklaring te overleggen, waaruit de aard en de hoogte van het bedrag van de vordering blijkt. Bovendien moeten er bewijsstukken of een afschrift daarvan worden overgelegd en moet kenbaar gemaakt worden of een beroep wordt gedaan op een voorrecht, dan wel een pand-, hypotheek- of retentierecht. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing in de WSNP (zie artikel 328, eerste lid, Fw) en een vergelijkbare bepaling geldt in het kader van de surseance van betaling (artikel 257, eerste lid, Fw). Nu een «schriftelijke verklaring» mede een elektronische verklaring omvat, staat de wet daarmee indiening van vorderingen met behulp van elektronische communicatiemiddelen toe. In de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures hoeven schuldeisers hun vorderingen niet zelf in te dienen. Wel geldt dat als een schuldenaar of een herstructureringsdeskundige een akkoord aanbiedt, de schuldeisers nadere informatie over het akkoord moeten kunnen verkrijgen (artikel 375, eerste lid, onderdeel j, Fw). Ook moet een schuldeiser die meent dat zijn vordering ten onrechte niet of voor een te laag bedrag is opgenomen in het akkoord, de mogelijkheid krijgen om de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige te verzoeken zijn vordering alsnog of voor een hoger bedrag in het akkoord op te nemen (vgl. de artikelen 383, negende lid, 378, eerste lid, onder c, en vierde lid, Fw). De WHOA-regeling bevat geen beperkingen ten aanzien van de wijze waarop schuldeisers contact kunnen opnemen met de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige en staat daarmee communicatie via elektronische weg toe. Om de mogelijkheid tot elektronische communicatie verder te ondersteunen, regelt dit wetvoorstel dat de schuldenaar in het akkoord een elektronisch postadres dient te vermelden waarop hij bereikbaar is. Is er een herstructureringsdeskundige aangesteld en legt hij het akkoord voor aan de schuldeisers en aandeelhouders, dan dient zijn elektronische postadres in het akkoord vermeld te worden (artikel I, onderdeel QQ).

Ook kennisgeving aan schuldeisers (artikel 28, onderdeel c van de richtlijn[30]) is in veel gevallen al via elektronische weg mogelijk. De reeds genoemde Wet modernisering faillissementsprocedure[31] heeft voor de faillissementsprocedure in verschillende bepalingen de woorden «bij brieven» vervangen door het woord «schriftelijk». Daarmee is verduidelijkt dat de curator in een faillissement berichten aan schuldeisers ook op andere wijze dan «op papier» kan versturen, bijvoorbeeld per e-mail. Dit wetsvoorstel trekt deze terminologische aanpassing door naar de surseance van betaling en de WSNP, zodat ook daar vast komt te staan dat de bewindvoerder de mogelijkheid heeft om berichten aan schuldeisers met behulp van elektronische communicatiemiddelen te versturen (zie artikel I, onderdelen U, CC en KK). Kennisgeving aan schuldeisers vindt daarnaast plaats door publicatie in de *Staatscourant* en/of het Centraal Insolventieregister (zie onder meer de artikelen 14, derde en vierde lid, 19, 216, 222b, 293, eerste lid, 294a en 370, vierde lid, Fw), die online te raadplegen zijn. De Wet modernisering faillissementsprocedure heeft voor de faillissementsprocedure een grondslag in de wet geïntroduceerd zodat bij lagere regelgeving stukken kunnen worden aangewezen die in het

[30] In de Nederlandse taalversie van de richtlijn wordt per abuis gesproken over «kennisgeving aan schuldenaren» in plaats van «kennisgeving aan schuldeisers». Vgl. de Engelse versie: «notifications to creditors».

[31] *Stb.* 2018, 299.

centrale register moeten worden geplaatst (zie artikel 19, eerste lid, onderdeel 8°). Ook is de mogelijkheid gecreëerd om bij algemene maatregel van bestuur beschikkingen van de rechter-commissaris en de rechtbank aan te wijzen die standaard in worden geschreven in het faillissementsregister (zie artikel 67, derde lid, Fw). Deze maatregelen hadden als doel om de toegankelijkheid tot informatie voor schuldeisers te verbeteren, door alle relevante informatie zoveel mogelijk op één – digitaal toegankelijke – plek beschikbaar te stellen, namelijk in het Centrale Insolventieregister dat online te raadplegen valt.[32] Om deze reden creëert dit wetsvoorstel vergelijkbare grondslagen voor de surseance van betaling en de WSNP (zie artikel I, onderdelen K, GG en II). Daarmee bestaat straks ook voor deze procedures de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur stukken aan te wijzen die in de insolventieregisters worden opgenomen, mocht daar behoefte aan blijken te bestaan. Eventuele opname van stukken in de insolventieregisters vindt plaats in afstemming met de Raad voor de rechtspraak.
De Faillissementswet kent ten slotte enkele bepalingen op grond waarvan de griffier (bepaalde) schuldeisers ergens van in kennis dient te stellen of hen dient op te roepen voor een zitting (zie bijvoorbeeld de artikelen 120, tweede lid, 124, eerste lid, 185, eerste lid, 215, tweede lid, 246, 247 en 287a, derde lid, Fw). Ook hier brengt artikel 28, onderdeel c van de richtlijn, mee dat de griffier daarbij de mogelijkheid moet hebben om gebruik te maken van elektronische communicatiemiddelen. Met artikel 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering bestaat reeds een wettelijke grondslag om de communicatie met de gerechten via elektronische weg te kunnen laten verlopen. Deze bepaling is ook van toepassing in insolventieprocedures.[33] Op grond van deze bepaling kunnen verzoeken en mededelingen elektronisch worden gedaan als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Ten eerste dient van deze mogelijkheid voor het desbetreffende gerecht te blijken uit een voor dat gerecht vastgesteld procesreglement. In dit reglement moet een digitaal systeem voor gegevensverwerking zijn aangewezen dat voldoet aan de vereisten neergelegd in het Besluit elektronisch procederen.[34] Een gerecht kan een verzoek of mededeling alleen elektronisch verzenden indien de geadresseerde kenbaar heeft gemaakt dat hij daarvoor langs deze weg bereikbaar is. Op dit moment voorzien de verschillende procesreglementen in insolventiezaken niet in de mogelijkheid tot berichtgeving aan schuldeisers via een digitaal systeem voor gegevensverwerking dat voldoet aan de vereisten van het Besluit elektronisch procederen. In overleg met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken op welke wijze in deze mogelijkheid kan worden voorzien, om daarmee te voldoen aan artikel 28, onderdeel c van de richtlijn.

Ingevolge artikel 28, onderdeel b van de richtlijn moet het indienen van herstructurerings- of terugbetalingsplannen met gebruik van elektronische communicatiemiddelen kunnen geschieden. Deze bepaling ziet zowel op het ter stemming voorleggen van het plan aan de betrokken partijen, als op het indienen van het akkoord bij het gerecht met het oog op de homologatie. Op dit moment bestaan er voor een schuldenaar verschillende mogelijkheden tot het indienen van een herstructurerings- of terugbetalingsplan.
Ten eerste geldt in het kader van de WSNP dat de schuldenaar vóór indiening van een verzoekschrift tot toepassing van de schuldsaneringsregeling, een schuldregeling aan zijn schuldeisers kan aanbieden. Hiervoor gelden geen vormvoorschriften, zodat hij dit ook via elektronische weg kan doen. Weigeren één of meer schuldeisers met de schuldregeling in te

[32] Kamerstukken II 2016/17, 37 740, nr. 3, p. 5–6.
[33] Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 815, nr. 3, p. 15.
[34] Besluit elektronisch procederen, *Stb.* 2020, 410.

stemmen, dan kan de schuldenaar de rechtbank in zijn verzoekschrift tot toepassing van de schuldsaneringsregeling verzoeken deze schuldeiser(s) te bevelen hiermee in te stemmen (zie artikel 287a, eerste lid, Fw). Om het voor de schuldenaar mogelijk te maken om dit verzoekschrift met behulp van een elektronisch communicatiemiddel in te dienen, is op grond van artikel 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering nodig dat het toepasselijke procesreglement in deze mogelijkheid voorziet en daarbij een digitaal systeem voor gegevensverwerking is aangewezen dat voldoet aan de vereisten van het Besluit elektronisch procederen. Op dit moment voorziet het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken[35] nog niet in deze mogelijkheid.
Daarnaast kan de schuldenaar in het kader van het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP een akkoord aan zijn schuldeisers aanbieden door dit ter griffie van de rechtbank neer te leggen (zie de artikelen 139, eerste lid, 253, eerste lid, en 329, tweede lid, Fw). Tijdens een vergadering van schuldeisers wordt vervolgens over het akkoord gestemd (zie de artikelen 139, eerste lid, 255, eerste lid, en 329, vierde lid, Fw). Indien het akkoord wordt aangenomen of vastgesteld, bepaalt de rechter-commissaris de zitting, waarop de rechtbank de homologatie zal behandelen (zie de artikelen 150, eerste lid, 269b, eerste lid, 335, eerste lid, Fw). Om het voor de schuldenaar mogelijk te maken om het akkoord ter griffie neer te leggen met behulp van een elektronisch communicatiemiddel (zonder dat hij daarna alsnog een papieren versie van het akkoord moet nasturen), is op grond van artikel 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering ook hier vereist dat het procesreglement in deze mogelijkheid voorziet. Dit is nog niet het geval.
Ten slotte bieden de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures een schuldenaar de mogelijkheid om buiten faillissement een akkoord aan zijn schuldeisers en aandeelhouders aan te bieden. Artikel 381, eerste lid, Fw bepaalt dat de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, het akkoord gedurende een redelijke termijn voor het plaatsvinden van de stemming voorlegt aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders of hen bericht hoe zij daarvan kennis kunnen nemen. Deze bepaling bevat geen vormvoorschriften ten aanzien van de wijze waarop het akkoord dient te worden voorgelegd aan deze partijen. De schuldenaar mag daarmee zelf bepalen op welke wijze hij de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders informeert. De schuldenaar kan er onder meer voor kiezen het akkoord en de bijbehorende stukken via elektronische weg toe te sturen. Ook kan hij bijvoorbeeld het akkoord met de bijbehorende stukken op een voor de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders toegankelijke website plaatsen en de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hiervan een (elektronische) aankondiging sturen.[36] Als uit de stemming blijkt dat er ten minste één klasse is die met het akkoord heeft ingestemd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de rechtbank schriftelijk verzoeken om de homologatie van het akkoord (zie artikel 383, eerste lid, Fw). Op dit moment voorziet het Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken[37] nog niet in de mogelijkheid om dit verzoekschrift met behulp van een elektronisch communicatiemiddel in te dienen.[38]
Voor de hierboven besproken gevallen is het dus nodig dat in de toepasselijke procesreglementen wordt voorzien in de mogelijkheid tot het via elektronische weg indienen van verzoeken en het ter griffie neerleggen van stukken. Daarbij moet een digitaal systeem voor gegevensverwerking worden aangewezen dat voldoet aan de vereisten

---

[35] Dit procesreglement is gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.
[36] Vgl. Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 61.
[37] Dit procesreglement is gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.
[38] Zie wel artikel 1.4 van dit procesreglement. Deze mogelijkheid is echter beperkt tot «door de rechtbank bepaalde zaken».

van het Besluit elektronisch procederen. Met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken hoe dit kan worden gerealiseerd.

Op grond van artikel 28, onderdeel d van de richtlijn dienen in insolventieprocedures het aantekenen van bezwaar en beroep met behulp van een elektronische communicatiemiddel mogelijk te zijn. In de Faillissementswet is aan partijen in meerdere gevallen het recht toegekend om een rechtsmiddel aan te wenden tegen een beslissing van de rechter in een insolventieprocedure. Voor het instellen van cassatie geldt dat dit reeds via elektronische weg geschiedt. Sinds 1 april 2021 wordt bij de Hoge Raad in verzoekzaken verplicht digitaal geprocedeerd.[39] Aanwending van verzet en hoger beroep geschiedt door indiening van een verzoekschrift bij het bevoegde gerecht. Hier geldt op grond van artikel 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering dat dit alleen via elektronische weg kan als deze mogelijkheid blijkt uit het toepasselijke procesreglement. In het procesreglement moet een digitaal systeem voor gegevensverwerking zijn aangewezen dat voldoet aan de vereisten van het Besluit elektronisch procederen. Op dit moment voorzien de toepasselijke procesreglementen nog niet in deze mogelijkheid. Met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken hoe hierin kan worden voorzien.

3.4 Monitoring van insolventieprocedures

In artikel 29 van de richtlijn is bepaald dat de lidstaten de Europese Commissie informatie moeten verstrekken over in Nederland uitgesproken insolventieprocedures. Over de praktische uitvoering van deze verplichting zullen afspraken worden gemaakt met de rechtspraak.

3.5 Overige onderdelen van de richtlijn

Vroegtijdige waarschuwing (artikel 3 Richtlijn)

Op grond van artikel 3 van de richtlijn dienen lidstaten ervoor te zorgen dat er één of meer instrumenten beschikbaar zijn gericht op vroegtijdige waarschuwing voor insolventie. Het kan bij dergelijke instrumenten volgens de richtlijn onder meer gaan om adviesdiensten van overheids- of particuliere organisaties. In Nederland bestaan reeds verschillende instrumenten die als doel hebben ondernemingen tijdig bij te staan om insolventie te voorkomen. Zo is bij de Kamer van Koophandel (KvK) een informatieloket ingericht waar ondernemers en ondernemingen informatie en advies kunnen krijgen over hoe zij problematische schulden kunnen oplossen. Ook op de website van de KvK is informatie te vinden voor bedrijven met financiële moeilijkheden. Zij kunnen een «Zwaar weer routewijzer» volgen die hen helpt te bepalen welke stappen zij het beste kunnen ondernemen.[40] Deze informatie is in de eerste plaats gericht op ondernemers en ondernemingen zelf, maar kan uiteraard ook geraadpleegd worden door andere betrokkenen, zoals leden van de ondernemingsraad. Daarnaast hebben MKB-ondernemingen onder meer de mogelijkheid om via de Stichting Ondernemersklankbord (hierna: OKB) persoonlijke begeleiding te krijgen in een traject van een half jaar. De begeleiding wordt geboden door vrijwilligers die zelf ervaring hebben met ondernemen of beschikken over specialistische kennis. Een MKB-ondernemer kan met verschillende typen vragen bij OKB terecht, onder meer als hij een onderneming wil starten, maar ook als hij financiële problemen heeft. Er is een speciaal begeleidingstraject voor ondernemers en ondernemingen die faillissement willen voorkomen. Om

[39] Per 1 april 2021 is de KEI-wetgeving voor verzoekzaken bij de Hoge Raad in werking getreden. Zie het Besluit van 4 februari 2021, *Stb.* 2021, 81.
[40] https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/zwaar-weer/

in aanmerking te komen voor een traject dient de onderneming een donatie aan OKB te doen van minimaal € 150. Ondernemingen kunnen via de website van OKB een begeleidingstraject aanvragen. Ook houdt OKB spreekuren. OKB is in heel Nederland actief.[41]

Vanaf januari 2021 is deze dienstverlening van de KvK en OKB uitgebreid met extra ondersteuning voor ondernemers en ondernemingen die gebruik willen maken van de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures. Dit sluit aan bij de motie Van Dam & Van Gent, waarin de regering wordt opgeroepen een plan op te stellen voor kennisuitwisseling over de WHOA-regeling, zodat de wet snel hanteerbaar wordt voor MKB'ers.[42] Tijdens het wetgevingsoverleg met de Tweede Kamer van 11 mei 2020 over de WHOA heeft de Minister voor Rechtsbescherming aangegeven hieraan graag gevolg te willen geven. Inmiddels heeft hij samen met de Minister van Economische Zaken en Klimaat zorg gedragen voor flankerend beleid om ondernemingen te helpen bij de inzet van de WHOA-regeling.[43] Het gaat bij deze dienstverlening van de KvK en OKB bijvoorbeeld om advies en doorverwijzing maar ook om ondersteunende online content en tools, zoals een WHOA-routekaart en een stappenplan voor de ondernemer over het gebruik en de mogelijkheden van de WHOA. Daarnaast is er een Time Out Arrangement (TOA)-krediet via Qredits beschikbaar gesteld om mkb-bedrijven in staat te stellen een doorstart vanuit een WHOA-traject te maken.[44]

Artikel 3 lid 5 van de richtlijn bepaalt dat lidstaten aan werknemersvertegenwoordigers steun kunnen verstrekken bij de beoordeling van de economische situatie van de schuldenaar. Het huidige recht bevat verschillende voorzieningen die als doel hebben ondernemingsraden in staat te stellen om de economische situatie van de schuldenaar te beoordelen. Op grond van artikel 31a lid 1 van de Wet op de ondernemingsraden (hierna: WOR) geldt dat de ondernemer, mede ten behoeve van de bespreking van de algemene gang van zaken van de onderneming, ten minste tweemaal per jaar aan de ondernemingsraad mondeling of schriftelijk algemene gegevens dient te verstrekken omtrent de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het verstreken tijdvak. Ook moet de ondernemer ten minste tweemaal per jaar aan de ondernemingsraad mondeling of schriftelijk mededeling doen omtrent zijn verwachtingen ten aanzien van de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het komende tijdvak (artikel 31a lid 6 WOR). Daarnaast is de ondernemer verplicht zo spoedig mogelijk na de vaststelling van zijn jaarrekening een exemplaar van de jaarrekening te verstrekken aan de ondernemingsraad, of, als het een ondernemer betreft op wie het jaarrekeningenrecht niet van toepassing is, vervangende financiële informatie (artikel 31 a, leden 2–5 WOR). De ondernemingsraad heeft bovendien de mogelijkheid om nadere informatie van de ondernemer te vragen, als hij deze nodig heeft voor de vervulling van zijn taak. Op basis van artikel 31, eerste lid, WOR is de ondernemer verplicht om de ondernemingsraad desgevraagd tijdig alle inlichtingen en gegevens te verstrekken die deze voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijze nodig heeft. Van deze mogelijkheid kan de ondernemingsraad bijvoorbeeld gebruik maken als hij overweegt een akkoordprocedure te initiëren, door op grond van artikel 371, eerste lid, Fw, te verzoeken om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Hiervoor is nodig dat de schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (artikel

[41] Zie https://www.ondernemersklankbord.nl/
[42] Motie Van Dam & Van Gent, Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 20.
[43] Kamerstukken I 2020/21, 35 420, R, p. 13 – 14.
[44] Kamerstukken II 2020/21, 35 420, nr. 365, p. 7. Zie ook https://qredits.nl/toa-krediet/.

371, derde lid, in verbinding met artikel 370, eerste lid, Fw). Het is mogelijk dat de ondernemingsraad op grond van artikel 31, eerste lid, WOR om nadere informatie verzoekt om te kunnen beoordelen of van deze toestand sprake is. Ook uit andere bron dan van de ondernemer zelf kan de ondernemingsraad signalen krijgen dat het niet goed gaat met het bedrijf. Op de werkvloer zullen een teruglopende hoeveelheid werk of klachten over niet betaalde facturen immers op kunnen vallen. Dit kan dan weer aanleiding zijn voor de ondernemingsraad om op basis van artikel 31 lid 1 van de WOR nadere vragen aan de ondernemer te stellen. Gelet op de verschillende mogelijkheden die de ondernemingsraad al heeft, is er geen aanleiding om nadere voorzieningen te treffen om de ondernemingsraad in staat te stellen de economische positie van de schuldenaar te beoordelen.

4. Consultatie en advies[45]

Een voorontwerp van dit wetsvoorstel is van 2 april tot 3 mei 2021 in internetconsultatie gegeven.[46] Daarop zijn reacties ontvangen van Insolad, de Vereniging voor Jonge Insolventierecht Advocaten (Jira), de Nederlandse orde van advocaten (NOvA), FNV, CNV en VCP (de vakcentrales), ONL voor Ondernemers (ONL), de Nederlandse vereniging van Banken (NVB), KienhuisHoving advocaten en notarissen (KienhuisHoving) en Allen & Overy. Buiten de internetconsultatie is een reactie ontvangen van de Raad voor de rechtspraak. Het voorstel is daarnaast besproken in de Commissie insolventierecht en de Commissie Vennootschapsrecht. Het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) heeft het dossier niet geselecteerd voor een formeel advies, omdat deze wet één-op-één implementatie van Europese regelgeving betreft en daar waar de richtlijn ruimte biedt voor nationale beleidsruimte, hiervan geen gebruik is gemaakt om nieuwe regelgeving te introduceren (zie de transponeringstabel die is opgenomen in de bijlage bij deze toelichting). Er heeft geen MKB-toets plaats gevonden, nu bij de start van het traject geen substantiële regeldrukeffecten voor het MKB werden verwacht. Zie over de regeldrukeffecten van dit wetsvoorstel nader paragraaf 5.

Naast steun voor het voorontwerp, bevatten de reacties ook verschillende suggesties tot verbetering van de regeling, dan wel de toelichting daarop. Hierna worden eerst de reacties van de Commissie Insolventierecht en de Commissie Vennootschapsrecht besproken. Daarna wordt ingegaan op een aantal meer algemene opmerkingen die in de consultatie zijn gemaakt en die niet hebben geleid tot aanpassing van de voorgestelde regeling. Vervolgens wordt aangegeven welke meer materiële wijzigingen in het voorstel dan wel de toelichting daarop naar aanleiding van de consultatie zijn doorgevoerd.

Commissie insolventierecht

Zoals eerder opgemerkt (zie paragraaf 3.1 van deze toelichting), was het aanvankelijk de bedoeling om de in de richtlijn opgenomen bepalingen betreffende het preventieve herstructureringsstelsel in de surseanceregeling te implementeren.[47] Over een aanzet tot een dergelijke regeling is gesproken met de commissie insolventierecht. Hieruit kwam naar voren dat dit te veel aanpassingen zou vergen, die de regeling van de surseance van betaling bovendien zeer complex en in de praktijk moeilijk uitvoerbaar maakten. Er zou hiermee dus geen oplossing worden geboden voor de redenen waarom de huidige regeling van het surseance-akkoord in de

[45] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer
[46] https://www.internetconsultatie.nl/herstructurering.
[47] Kamerstukken II 2018/19, 33 695, nr. 18.

praktijk weinig wordt toegepast. Bovendien sloot de WHOA-regeling al vrijwel volledig aan bij de bepalingen van de richtlijn. Daarom is er uiteindelijk voor gekozen om ter implementatie van de bepalingen uit de richtlijn die zien op het preventieve herstructureringsstelsel, nog enkele aanpassingen door te voeren in de WHOA-regeling.

Een voorontwerp van dit wetsvoorstel is eveneens besproken met de commissie insolventierecht. Naar aanleiding van die bespreking zijn nog enkele wijzigingen doorgevoerd in de conceptwettekst en de bijbehorende toelichting. De belangrijkste wijzigingen betreffen de volgende.

Ten eerste is de instemmingseis die geldt bij MKB-ondernemers aangepast. Voor zowel de openbare als de besloten akkoordprocedure wordt nu als vereiste gesteld dat, als een ander dan de MKB-ondernemer zelf een verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige indient, de rechtbank dit verzoek alleen zal honoreren als de ondernemer daarmee instemt. Instemming is dus niet, zoals onder de huidige wet het geval is, pas vereist op het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd aan de schuldeisers en aandeelhouders. In een eerdere conceptwettekst werd op dit punt onderscheid gemaakt tussen de openbare en de besloten akkoordprocedure. Alleen voor de openbare akkoordprocedure werd instemming van de schuldenaar vereist op het moment van de aanstelling van de herstructureringsdeskundige, met als argument dat vanwege het openbare karakter vooral de opening van deze procedure verstrekkende gevolgen heeft voor de schuldenaar. Voor de besloten akkoordprocedure bleef het huidige recht van toepassing. In artikel 4 lid 8 van de richtlijn wordt echter geen onderscheid gemaakt tussen een openbare of een besloten procedure. Bepaald is dat het preventieve herstructureringsstelsel ook beschikbaar gesteld kan worden op verzoek van schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers, maar dat dan wel steeds de voorwaarde gesteld moet worden de MKB-schuldenaar daarmee instemt. Ook blijkt uit de richtlijn dat die instemming van MKB-schuldenaren al vereist is vanaf de start van de procedure. De richtlijn noopte er dus toe om de instemmingseis voor beide akkoordprocedures in te voeren vanaf het moment waarop de herstructureringsdeskundige wordt aangesteld.

Dit wetsvoorstel expliciteert de gronden waarop de rechter een machtiging als bedoeld in artikel 376, tweede lid, onder a, Fw, kan verlenen, waarna een schuldeiser ondanks de afkondiging van de afkoelingsperiode toch verhaal kan nemen. In de eerdere concept wetstekst was ervoor gekozen om dicht te blijven bij de bewoording van de richtlijn. Op advies van de commissie insolventierecht is uiteindelijk besloten om aan te sluiten bij de criteria die gelden voor het afwijzen van een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode en voor de opheffing van een afkoelingsperiode. Dit is mogelijk binnen het kader van de richtlijn en leidt tot een eenduidigere regeling.

Dit wetsvoorstel expliciteert voorts de gronden waarop de rechter over kan gaan tot verlenging van de termijn voor de wettelijke schuldsaneringsregeling. Deze gronden waren in de eerdere concepttekst beperkter geformuleerd. Hierdoor zou in minder gevallen verlenging mogelijk worden dan onder het huidige recht het geval is, terwijl dat niet noodzakelijk was in het kader van de implementatie van de richtlijn. Om deze reden zijn deze gronden in het huidige voorstel verruimd.

Commissie vennootschapsrecht

Met de Commissie vennootschapsrecht is gesproken over de implementatie van artikel 19 van de richtlijn inzake de verplichtingen van bestuurders in geval van dreigende insolventie. De Commissie deelde de opvatting dat ons huidige recht al voldoet aan de verplichtingen van artikel 19 van de richtlijn. Naar aanleiding van suggesties van de Commissie is de toelichting op enkele punten aangepast. Zo is verduidelijkt dat bestuurders de vrijheid blijven behouden om een onderneming te staken, mits de betrokken belangen daarbij in acht worden genomen. Ook is in de toelichting een uitdrukkelijke verwijzing naar de Beklamel-norm opgenomen. Dit sluit ook aan bij opmerkingen die in de consultatie door Insolad en de NVB zijn gemaakt.

Opmerkingen die niet hebben geleid tot aanpassing van de voorgestelde regeling

Tijdens de consultatie zijn enkele meer algemene opmerkingen gemaakt over de implementatie van de regels die in respectievelijk titel II en IV van de richtlijn zijn opgenomen over het herstructureringsstelsel en de eisen die worden gesteld aan de opleiding en aanstelling van en het toezicht op functionarissen in insolventieprocedures. Deze opmerkingen hebben niet geleid tot aanpassing van de voorgestelde regeling en hierna wordt de achtergrond daarvan toegelicht.

– De NVB spreekt steun uit voor de keuze om de uit de richtlijn voortvloeiende regels betreffende het herstructureringsstelsel, te implementeren in het kader van de WHOA-regeling en niet in de regeling van de surseance. Volgens de NVB wordt de WHOA hierdoor versterkt. Bovendien is dit praktisch, nu de WHOA-regeling al grotendeels aan de richtlijn voldoet. Insolad daarentegen is kritisch over deze keuze en is juist voorstander van implementatie van de regels in de surseanceregeling met als argument dat dit zou kunnen leiden tot een modernisering van die regeling. Zoals eerder is opgemerkt, is hiertoe een poging gedaan (zie ook paragraaf 3.1 van deze toelichting). Dit bleek echter niet een geschikte manier om tot modernisering van de surseanceregeling te komen. De surseanceregeling werd hierdoor juist zeer complex en in de praktijk moeilijk uitvoerbaar. Om deze reden is afgezien van implementatie in de surseanceregeling. Het signaal dat Insolad heeft afgegeven dat het wenselijk is om de surseanceregeling te moderniseren, zal evenwel alsnog afzonderlijk van de implementatie van de richtlijn worden bezien. Er loopt een internetconsultatie over een discussienota insolventierecht, waarmee wordt beoogd de praktijk te betrekken bij de ontwikkeling van het insolventierecht en zienswijzen te verzamelen over een aantal actuele thema's, waaronder de toekomst van de surseanceregeling.[48] Bekeken wordt of, en zo ja, op welke manier de surseanceregeling aangepast kan worden zodat deze regeling weer een effectief instrument wordt, naast de WHOA-regeling.
– ONL pleit voor het openstellen van hoger beroep tegen een uitspraak van de rechter inzake de homologatie van een akkoord. Volgens ONL is dit in overeenstemming met de richtlijn. In de WHOA is er bewust voor gekozen om geen rechtsmiddelen open te stellen tegen een homologatiebeslissing. Dit is gerechtvaardigd en noodzakelijk omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie (artikel 370, eerste lid, Fw). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, moet het akkoord na de homologatie snel uitgevoerd kunnen worden. De richtlijn brengt geen noodzaak tot wijziging van deze regeling met zich. Artikel 16 van de richtlijn stelt eisen aan een

[48] https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie

beroepsprocedure in het geval een lidstaat hierin voorziet, maar houdt geen verplichting in tot het openstellen van hoger beroep.[49]
– Insolad vraagt om in het kader van een implementatiewet ook een regeling te treffen die het gemakkelijker maakt om een groep van vennootschappen te herstructureren. Hiermee zou volgens Insolad een omissie in de huidige WHOA-regeling worden ondervangen. De richtlijn verplicht niet tot een dergelijke regeling. Gelet op de noodzaak tot tijdige implementatie van de richtlijn, wordt dit onderwerp daarom niet meegenomen in het kader van dit wetsvoorstel. Wel zal aan dit onderwerp aandacht worden besteed in het kader van de evaluatie van de WHOA, die binnen drie jaar na de inwerkingtreding van de WHOA per 1 januari 2021 plaats vindt.

Opmerkingen die wel hebben geleid tot aanpassing van de voorgestelde regeling

Naast enkele technische wijzigingen zijn tijdens de consultatie ook een aantal suggesties gedaan tot aanpassingen met een meer materieel karakter die vervolgens ook in de voorgestelde regeling zijn doorgevoerd. Zij worden hieronder besproken, aan de hand van de hoofdonderdelen van de richtlijn.

Het preventieve herstructureringsstelsel

– Aan artikel 369, vierde lid, Fw wordt een zin toegevoegd waarin is bepaald dat onder «rechten van werknemers» in de zin van dit lid mede worden verstaan vorderingen van werknemers tot betaling door hun werkgever van premie aan, kort gezegd, een pensioenuitvoerder of een soortgelijke instelling (artikel I, onderdeel MM). Werknemers hebben een zelfstandige vordering jegens hun werkgever tot afdracht van pensioenpremie aan een pensioenuitvoerder of een soortgelijke instelling; er is hier dus sprake van rechten van werknemers die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten. In de praktijk bleek hier echter toch onduidelijkheid over te bestaan, zoals blijkt uit de reactie van de Pensioenfederatie.[50] Om deze reden is dit in de wet verduidelijkt. Daarmee staat vast dat vorderingen tot betaling van pensioenpremie niet kunnen worden gewijzigd in het kader van een WHOA-akkoord en wordt verzekerd dat de pensioenopbouw van werknemers niet in gevaar komt als gevolg van een dergelijk akkoord. Dit sluit aan bij artikel 1 lid 6 van de richtlijn, dat strekt ter bescherming van pensioenaanspraken.
– Naar aanleiding van een opmerking van Jira is in het artikelsgewijze deel van de toelichting de betekenis verduidelijkt van de zinsnede «een verzuim van de schuldenaar in de voldoening van een schuld die is ontstaan vóór de afkoelingsperiode» in het aangepaste 373, vierde lid, Fw (zie artikel I, onderdeel PP). Volgens Jira wordt met het begrip «verzuim» de suggestie gewekt dat de schuldenaar ten aanzien van de schulden in verzuim moet zijn in de zin van artikel 6:81 BW. Het uitgangspunt van de richtlijn is volgens Jira echter ruimer, nu deze spreekt over het niet voldoen van een schuld (zie artikel 7 lid 4 van de richtlijn). Naar aanleiding hiervan is in de toelichting verduidelijkt dat met «een verzuim in de voldoening van een schuld» in artikel 373,

[49] Vgl. de Engelse taalversie van artikel 16 lid 1 van de richtlijn, waar wordt gesproken over «any appeal provided for under national law». Zie ook overweging 65 van de considerans bij de richtlijn.

[50] Zie ook Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475, waarin de rechtbank de Hoge Raad vraagt om een prejudiciële beslissing over deze kwestie. In haar conclusie van 6 december 2021 (ECLI:NL:PHR:2021:1152) in deze zaak concludeert A-G De Bock dat op grond van art. 369 lid 4 Fw de WHOA-regeling niet van toepassing is op achterstallige pensioenpremies van bedrijfstakpensioenfondsen.

vierde lid, Fw gedoeld wordt op iedere vorm van achterblijven door de schuldenaar in de voldoening van een schuld die normaalgesproken, zonder de afkoelingsperiode, voldoende aanleiding zou zijn voor de wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar of voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Het begrip «verzuim» heeft hier dus een ruimere betekenis dan in het kader van artikel 6:81 BW.

– Artikel 376, zesde lid, Fw wordt in die zin aangepast dat verlenging van de afkoelingsperiode in de in dit lid bedoelde situatie niet langer geheel wordt uitgesloten, maar slechts wordt toegestaan als de totale termijn van de afkoelingsperiode met inbegrip van verlengingen niet langer is dan vier maanden (artikel I, onderdeel RR). Het huidige zesde lid van artikel 376 Fw is in de wet opgenomen met het oog op artikel 6 lid 8, tweede alinea, van de richtlijn, waarin is bepaald dat de totale duur van de schorsing in de daar bedoelde situatie beperkt is tot maximaal vier maanden. Insolad wijst er terecht op dat het huidige artikel 376, zesde lid, Fw verder gaat dan de richtlijn vereist. Verlenging van de afkoelingsperiode tot maximaal vier maanden is op grond van de richtlijn immers toegestaan als de rechter initieel een afkoelingsperiode voor een kortere termijn dan vier maanden heeft afgekondigd.
– In het wetsvoorstel zijn bepalingen opgenomen om te verzekeren dat de observator voldoet aan de vereisten die de richtlijn aan de figuur van de «herstructureringsdeskundige» stelt. Insolad heeft er in de consultatie terecht op gewezen dat niet alleen de herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, eerste lid, Fw, maar ook de observator als bedoeld in artikel 380, eerste lid, Fw heeft te gelden als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn. Gelet hierop dient ook de observator te voldoen aan de vereisten die de richtlijn aan deze figuur stelt. Met het oog hierop regelt dit wetsvoorstel dat de naam van de observator, indien deze is aangesteld, in het akkoord wordt vermeld (zie artikel I, onderdeel QQ). Dit is in overeenstemming met artikel 8 lid 1, onderdeel f van de richtlijn. Daarnaast regelt dit wetsvoorstel, dat, als er een afkoelingsperiode is afgekondigd en er een observator is aangesteld, de rechtbank ook op verzoek van de observator de afkoelingsperiode kan opheffen (zie artikel I, onderdeel RR). Hiermee wordt voldaan aan artikel 6 lid 9, onderdeel b van de richtlijn. Verder is in paragraaf 3.1 van het algemene deel van de toelichting verduidelijkt hoe de figuur van de observator zich tot de richtlijn verhoudt. Hierom was door Insolad in de consultatie verzocht.
– Naar aanleiding van de reactie van de Raad voor de rechtspraak is in de toelichting verduidelijkt dat dit wetsvoorstel er niet toe leidt dat de instemming van de schuldenaar die een MKB-bedrijf is, in geval van een niet door hemzelf geïnitieerde procedure in meer gevallen vereist is. Ook op grond van de huidige wet bestaat al een «dubbel» instemmingsvereiste, namelijk zowel op het moment van het voorleggen van het akkoord ter stemming (zie het huidige artikel 381, tweede lid, Fw) als op het moment van het indienen van een homologatieverzoek ten aanzien van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd (artikel 383, tweede lid, Fw). De richtlijn brengt de noodzaak van een dergelijk «dubbel» instemmingsvereiste mee (zie de artikelen 4 lid 8 en 11 lid 1 van de richtlijn). Dit wetsvoorstel houdt enkel in dat het eerstgenoemde instemmingsvereiste naar voren wordt gehaald. De ondernemer moet straks niet pas op het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd om instemming worden gevraagd, maar reeds op het moment dat de rechter een besluit moet nemen over het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Anders dan Insolad meent, betekent het naar voren halen van het instemmingsvereiste niet dat het initiatiefrecht van de schuldeisers volledig wordt uitgehold. Ook in de gewijzigde regeling wordt expliciet bepaald

dat aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren instemming te verlenen. Constateert de rechter dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan hij bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur. De schuldenaar moet dus aan de rechtbank kenbaar maken wat de reden is voor zijn weigering instemming te verlenen. ONL heeft in de consultatie naar voren gebracht dat een dergelijke regeling niet verenigbaar is met de richtlijn. De instemming van de MKB-ondernemer zou volgens ONL een absolute voorwaarde voor de start van een herstructureringstraject moeten zijn. De regeling waarin het wetsvoorstel voorziet, sluit echter aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, op grond waarvan lidstaten ervoor dienen te zorgen dat het kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren. De richtlijn staat daarmee niet aan een dergelijke regeling in de weg. Zoals de NVB terecht opmerkt, is met deze regeling beoogd een balans te treffen tussen de belangen van de schuldeisers en de schuldenaar. In de toelichting is nader aangegeven wat een «goede reden» kan zijn in de zin van het nieuwe vijftiende lid van artikel 371 Fw voor het bestuur om instemming met de aanstelling van een herstructureringsdeskundige te weigeren. De NVB heeft in de consultatie om een nadere toelichting op dit punt gevraagd, zodat duidelijker is hoe de rechter de belangen van de betrokkenen in een concreet geval moet afwegen. Directe of indirecte druk van de aandeelhouders is in ieder geval geen goede reden om instemming te weigeren. Een goede reden kan bijvoorbeeld zijn dat de schuldenaar zelf al bezig is met het treffen van maatregelen om de financiële problemen op te lossen. De schuldenaar zal daarbij voldoende concreet moeten aangeven waaruit die maatregelen bestaan, op welke termijn zij geïmplementeerd zullen worden en op welke manier deze maatregelen daadwerkelijk een oplossing bieden voor de financiële problemen. Bovendien zal schuldenaar voldoende aannemelijk moeten maken dat het bestuur daadwerkelijk bereid en in staat is deze maatregelen te treffen. Gelet op hetgeen de schuldenaar ter onderbouwing van zijn weigering moet aanvoeren, is er, anders dan Insolad meent, geen reden te denken dat het voor een schuldenaar door dit wetsvoorstel eenvoudiger zal worden om zijn instemming te onthouden.

– Met het oog op artikel 9 lid 1 van de richtlijn wordt de tekst van de laatste zin van artikel 371, eerste lid, Fw, iets aangescherpt. Uit artikel 9 lid 1 van de richtlijn volgt dat de schuldenaar het recht moet hebben om een eigen akkoord aan te bieden, ook als er een herstructureringsdeskundige is benoemd. In het huidige artikel 371, eerste lid, Fw is hierin voorzien doordat de schuldenaar aan de herstructureringsdeskundige een akkoord kan overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen. De tekst van deze bepaling wordt nu aangepast, zodat expliciet blijkt dat dat de herstructureringsdeskundige ook aan dit verzoek van de schuldenaar zal moeten voldoen (artikel I, onderdeel OO). Allen & Overy heeft er in de consulatie op gewezen dat deze verduidelijking gelet op artikel 9 lid 1 van de richtlijn wenselijk is. Zoals ook door Allen & Overy gesuggereerd is, worden bovendien nadere regels gegeven rond de indiening van het homologatieverzoek en de beoordeling daarvan door de rechtbank, als na de stemming blijkt dat het akkoord van de schuldenaar voldoende steun van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders heeft gekregen (artikel I, onderdelen VV en WW). In dat geval is het immers mogelijk dat er twee akkoorden zijn die voor homologatie in aanmerking komen; naast dat van de schuldenaar, ook het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige. Uiteindelijk kan maar één akkoord door de rechter

gehomologeerd worden en als de rechter hiertoe is overgegaan, is de homologatie van het andere akkoord automatisch uitgesloten. Daarom is een regeling betreffende de volgorde waarin de rechter de homologatieverzoeken in behandeling neemt noodzakelijk.

– De tekst van de voorgestelde aanpassing van artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw is aangescherpt (artikel I, onderdeel WW). Artikel 384, tweede lid, Fw bevat de gronden waarop de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord afwijst. De eerdere versie van de voorgestelde regeling hield in dat de rechtbank homologatie dient te weigeren als redelijkerwijs aannemelijk is dat nieuwe financiering niet «onmiddellijk noodzakelijk» is voor de uitvoering van het akkoord. Het woord «onmiddellijk» is nu geschrapt. De NVB heeft er in de consultatie op gewezen dat vaak een totaalpakket aan financiering wordt verstrekt dat uit verschillende onderdelen bestaat. Door schrapping van het woord «onmiddellijk» wordt duidelijker dat een dergelijke financieringsmix niet aan homologatie in de weg hoeft te staan. Dit is bovendien in overeenstemming met de richtlijn. Op grond van artikel 10 lid 2 onderdeel e van de richtlijn dienen de lidstaten als voorwaarde aan de homologatie te stellen dat eventuele nieuwe financiering «noodzakelijk» is voor de uitvoering van het akkoord. Het is dus niet nodig dat dergelijke financiering voor deze uitvoering «onmiddellijk noodzakelijk» is. Voor andere transacties ter uitvoering van het akkoord blijft wel gelden dat deze «onmiddellijk noodzakelijk» moeten zijn voor de uitvoering van het akkoord. Dit is in overeenstemming met artikel 18, vijfde lid, van de richtlijn. Anders dan Jira vreest, hoeft dit niet te betekenen dat een transactie van beperkte omvang of relevantie al tot weigering van de homologatie moet leiden als aan dit criterium niet is voldaan. Als de schuldenaar bescherming voor een bepaalde transactie wenst, zal hij dit expliciet in het akkoord moeten vermelden. Door aanvulling van artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw is dit verduidelijkt. De rechter beoordeelt alleen die transacties die op deze manier in het akkoord vermeld staan. Anders dan het geval is bij een nieuwe financiering, die op grond van artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw steeds in het akkoord vermeld dient te worden, kan de schuldenaar ten aanzien van andere transacties dus afzien van de toetsing op grond van artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw. Niet in het akkoord met het oog op deze toetsing vermelde transacties missen echter de bescherming die de homologatie van het akkoord biedt tegen vernietiging wegens benadeling van schuldeisers.
– Naar aanleiding van de reactie van de Raad voor de rechtspraak is in de toelichting verduidelijkt dat homologatie steeds een voorwaarde is voor bescherming van nieuwe financiering en andere transacties ter uitvoering van het akkoord, dus ook in gevallen waarin alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord hebben ingestemd. De wet maakt indiening van een homologatieverzoek ook in die gevallen mogelijk (vergelijk artikel 383, eerste lid, Fw).

Kwijtscheldingsregeling voor ondernemers

– De «aard van de schulden» is als grond toegevoegd waarop de rechter bij de toelating tot de schuldsaneringsregeling de duur ervan kan verlengen van drie jaar tot maximaal vijf jaar. De rechter behoudt hiermee de mogelijkheid om een schuldenaar die niet te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan of het onbetaald laten van een of meer schulden, toe te laten tot de schuldsaneringsregeling, maar daarbij wel een langere duur vast te stellen. De Raad voor de rechtspraak heeft erop gewezen dat anders de mogelijkheden voor de rechter om over te gaan tot verlenging zouden worden beperkt ten opzichte van het huidige recht. Daarnaast is naar aanleiding van de reactie van de Raad voor de rechtspraak in de toelichting verduidelijkt

dat de voorgestelde wettekst de rechter onder omstandigheden de mogelijkheid geeft om de duur van de schuldsaneringsregeling te verlengen om de schuldenaar in staat te stellen in zijn woning te blijven wonen. De eisen die de richtlijn stelt ten aanzien van de kwijtschelding van schuld, zien alleen op natuurlijke personen die ondernemer zijn. De WSNP heeft een ruimer bereik en ook natuurlijke personen die geen ondernemer zijn kunnen daartoe toegelaten worden. De wijzigingen die in dit wetsvoorstel worden doorgevoerd, gelden ook voor alle schuldenaren en niet alleen voor schuldenaren die ondernemer zijn.

– Naar aanleiding van de reactie van Insolad is in de toelichting verduidelijkt dat de richtlijn onder «kwijtschelding van schuld» niet alleen het teniet doen van schulden verstaat, maar ook het uitsluiten van de mogelijkheid om schulden af te dwingen (zodat sprake is van natuurlijke verbintenissen). Dit blijkt uit artikel 2 lid 1, onderdeel 10 van de richtlijn. De schuldsaneringsregeling, die tot gevolg kan hebben dat schuldeisers betaling van hun schulden niet langer kunnen afdwingen, biedt daarmee de kwijtschelding van schuld waarop de richtlijn ziet. Insolad wijst er terecht op dat een schuldeiser na de omzetting van de schuld in een natuurlijke verbintenis geen beroep meer kan doen op verrekening, nu de schuldeiser immers niet bevoegd is tot het afdwingen van betaling van de schuld (zie artikel 6:127, tweede lid, BW). Wel geldt dat een beroep op deze niet-verrekenbaarheid wegens de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.[51] Ook dit is toegevoegd aan de toelichting. Insolad merkt verder op dat, hoewel kan worden geconstateerd dat de wet aan de richtlijn voldoet, de praktijk weerbarstig is en de toegang tot de WSNP niet onproblematisch is. Meer specifiek wijst Insolad in dit verband op de verplichting eerst een schuldhulpverleningstraject te volgen. Insolad stelt de vraag of Nederland wel aan haar verplichtingen uit hoofde van de richtlijn voldoet. De richtlijn stelt een aantal minimumeisen aan de procedure tot kwijtschelding van schuld, die in het algemene deel van de toelichting zijn omschreven (zie paragraaf 2.3). De richtlijn laat de lidstaten veel ruimte bij de precieze inrichting van deze procedure. Zo hebben de lidstaten onder meer de mogelijkheid om beperkingen te stellen aan de toegang tot de procedure tot kwijtschelding van schuld. Wel vereist de richtlijn dat deze beperkingen gelden in bepaalde, welomschreven omstandigheden en naar behoren gerechtvaardigd zijn (zie artikel 23, tweede lid, Fw). De richtlijn staat daarmee niet in de weg aan de Nederlandse wetgeving en praktijk, waarin de schuldenaar eerst een poging moet doen tot een buitengerechtelijke schuldregeling alvorens hij kan worden toegelaten tot de WSNP. Dat de Nederlandse WSNP aan de vereisten van de richtlijn voldoet, betekent niet dat er geen verbeteringen mogelijk zijn ten aanzien van de toegang tot de WSNP. Op dit moment is er een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig waarin wordt voorgesteld om de in artikel 288, eerste lid onder b en tweede lid, onder d genoemde eisen voor toelating tot de WSNP te versoepelen. Doel van dit wetsvoorstel is om te zorgen voor een betere aansluiting tussen het gemeentelijk schuldhulpverleningstraject en de WSNP.[52]

---

[51] Zie HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:377, r.o. 3.4.4 en 3.5. Een beroep op niet-verrekenbaarheid kan o.a. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn als beide vorderingen berusten op dezelfde contractuele verhouding; zie HR 31 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0492, r.o. 3.5.

[52] Wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, Kamerstukken II 2021/22, 35 915, nr. 2. Ook met dit wetsvoorstel blijft de WSNP aan de vereisten van de richtlijn voldoen.

– De Raad voor de rechtspraak geeft aan dat Recofa het opstellen van richtlijnen voor de aanstelling en benoeming van insolventiefunctionarissen graag voor haar rekening blijft nemen en ziet geen noodzaak voor de geboden mogelijkheid om op dit vlak bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen. Dit geldt ook voor Insolad die erop wijst dat er in de praktijk reeds voldoende kaders zijn ter borging van de kwaliteit van insolventiefunctionarissen. De NOVA juicht de mogelijkheid om bij maatregelen van bestuur nadere regels te stellen omtrent de aanstelling van curatoren, bewindvoerders en WHOA-functionarissen, juist toe. Jira vindt het wenselijk dat er landelijk gelijke kwaliteitseisen komen voor curatoren en bewindvoerders. ONL pleit voor meer transparantie in het proces van aanstelling van herstructureringsdeskundigen in het kader van een WHOA-traject, om hun onafhankelijkheid beter te kunnen garanderen. Anders dan in de consultatieversie het geval was, bevat het huidige wetsvoorstel geen grondslagen om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen ten aanzien van de benoeming van de verschillende insolventiefunctionarissen. Wel wordt in de wet een aantal randvoorwaarden neergelegd die de rechtbank in acht dient te nemen bij de aanstelling van deze functionarissen (zie artikel I, onderdelen A, H, FF, OO en TT). Daarmee worden de eisen die de richtlijn stelt wettelijk verankerd, maar houdt de rechtspraak tegelijkertijd voldoende ruimte om hieraan invulling te geven door middel van door haar opgestelde richtlijnen. De rechtspraak heeft immers, gelet op het toezicht dat zij uitoefent op de verschillende insolventiefunctionarissen, expertise ten aanzien van de aan deze functionarissen te stellen kwaliteitseisen. De rechtspraak moet daarom bij uitstek in staat worden geacht om deze eisen verder te ontwikkelen. Recofa heeft laten weten bij de verdere ontwikkeling van deze richtlijnen, zoals gebruikelijk, Insolad te zullen betrekken. De uitgangspunten die Recofa zal ontwikkelen in het kader van de WHOA-regeling zullen leiden tot de door ONL bepleite vergroting van de transparantie.
– Anders dan in de consultatieversie het geval was, voorziet dit wetsvoorstel er niet in dat de schuldenaar en de schuldeisers in de gelegenheid worden gesteld een zienswijze te geven ten aanzien van de salarisvaststelling van de curator of de bewindvoerder in het kader van een faillissement, een surseance van betaling of de schuldsaneringsregeling. Artikel 27 lid 4 van de richtlijn vereist dat er geschikte procedures voorhanden zijn om eventuele geschillen over vergoeding van insolventiefunctionarissen te beslechten. Gelet op de plaatsing van dit artikel in titel IV van de richtlijn («Maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld»), moet deze bepaling begrepen worden vanuit de doelstelling van de richtlijn om een efficiënte afwikkeling van insolventieprocedures te bevorderen. Een procedure is daarmee vooral «geschikt» in de zin van de richtlijn, als hiermee daadwerkelijk kan worden bevorderd dat de insolventiefunctionaris efficiënt handelt en onnodige kosten vermijdt. Dit is met name het geval als de schuldenaar en, in geval van vereffeningsprocedures zoals het faillissement en de WSNP, de schuldeisers, in een vroeg stadium invloed kunnen uit te oefenen op de handelwijze van de insolventiefunctionaris. Dan hebben zij immers nog daadwerkelijk de mogelijkheid om te voorkomen dat de insolventiefunctionaris de kosten onnodig laat oplopen. Zoals uiteengezet in paragraaf 3.3 van deze toelichting, voorziet het huidige recht al in procedures waarmee de schuldenaar en, in geval van het faillissement en de WSNP, de schuldeisers, kunnen aansturen op een efficiënte handelwijze van de curator of de bewindvoerder. Er is daarmee geen noodzaak om er daarnaast in te voorzien dat zij in de

gelegenheid worden gesteld om een zienswijze te geven ten aanzien van de salarisvaststelling. In de consultatie is door Insolad, Jira en KienhuisHoving bovendien de vrees geuit dat dit zou leiden tot grote vertraging bij de salarisvaststelling. Ook de Raad voor de rechtspraak voorziet omslachtige procedures. Nu het doel van de richtlijn juist is de efficiënte afwikkeling van insolventieprocedures te bevorderen, is alsnog afgezien van de introductie van deze voorziening. Voor de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures geldt dat de regeling voor de situatie dat het verzoek tot aanstelling van de herstructureringsdeskundige door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund en de schuldeisers de kosten van de herstructureringsdeskundige dragen, is aangepast. In de eerdere versie van de voorgestelde regeling was voor dat specifieke geval bepaald dat de rechtbank de schuldeisers in de gelegenheid moest stellen een zienswijze te geven ten aanzien van de salarisvaststelling van de herstructureringsdeskundige. De Raad voor de rechtspraak vraagt zich af of dit een hanteerbare regeling is in gevallen waarin sprake is van een grote hoeveelheid van schuldeisers. Ook Jira vreest dat deze regeling leidt tot onnodige kosten en/of vertraging in het WHOA-traject. In plaats daarvan regelt dit wetsvoorstel nu dat de verzoeker in zijn verzoek – dat door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund – het bedrag dient te vermelden dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd naar zijn oordeel ten hoogste mogen kosten. In dat verband kan hij zich ook uitlaten over de hoogte van het salaris van de herstructureringsdeskundige. Daarnaast dient hij zich in het verzoek uit te laten over de wijze waarop de schuldeisers de kosten gaan dragen (artikel I, onderdeel OO). Op deze manier hebben de schuldeisers, in de situatie dat zij de kosten van de herstructureringsdeskundige dragen, enerzijds voldoende mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënte behandeling van het traject tegen reële kosten, terwijl dit anderzijds niet leidt tot vertraging van de procedure.

– Naar aanleiding van de reactie van de Raad voor de rechtspraak is verduidelijkt dat in de huidige wet wel degelijk enige vorm van toezicht ligt besloten door de rechtbank op herstructureringsdeskundigen en observatoren die zijn aangesteld in het kader van een akkoordprocedure buiten faillissement. Wel is sprake van een minder vergaande vorm van toezicht dan waarin is voorzien voor curatoren en bewindvoerders in faillissement, surseance van betaling en WSNP. Dit is in overeenstemming met de richtlijn, nu herstructureringsdeskundigen en observatoren ook minder ingrijpende bevoegdheden hebben. Ook is verduidelijkt dat dit toezicht van de rechtbank alleen betrekking heeft op herstructureringsdeskundigen en observatoren die door de rechtbank zijn aangesteld, en niet op deskundigen die de schuldenaar of een andere partij zelfstandig raadpleegt in samenhang met de akkoordprocedure. Ook de eisen die de richtlijn stelt, zien alleen op deskundigen die door een rechterlijke of een administratieve instantie zijn aangesteld (zie artikel 26 lid 1, onder a, van de richtlijn).
– Naar aanleiding van de reactie van de Raad voor de rechtspraak is in het algemene deel van de toelichting verduidelijkt dat de schuldenaar in het kader van de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures de gelegenheid heeft zich uit te laten over de aanstelling van een herstructureringsdeskundige of een observator (zie artikel 380, vierde lid, in verbinding met artikel 371, vijfde lid, Fw). Hij heeft dus de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de selectie of aanstelling van een herstructureringsdeskundige of observator, zodat het huidige recht op dit punt reeds voldoet aan de vereisten van artikel 26 lid 1 onder d van de richtlijn.

Overige onderdelen van de richtlijn

– In het algemene deel van de toelichting is naar aanleiding van artikel 3 lid 5 van de richtlijn uitgelegd welke mogelijkheden het huidige recht reeds aan de ondernemingsraad biedt om de economische positie van de onderneming van de werkgever te beoordelen. Het is daarmee niet nodig om een systeem te introduceren zoals in de consultatie door de vakcentrales is bepleit. In dit systeem zouden derden, die omstandigheden signaleren die tot dreigende insolventie kunnen leiden, verplicht worden om daarover eerst de onderneming zelf te informeren en, indien de verantwoordelijke bestuurders dat binnen een korte termijn zelf niet doen, ook de belanghebbenden, waaronder de ondernemingsraad. Bij die derden hebben de vakcentrales het oog op de accountant van de werkgever en bepaalde schuldeisers, zoals banken en de belastingdienst. Dit systeem kent bovendien bezwaren, waarop ook de NVB en Insolad in hun consultatiereacties wijzen. Zo zal het niet eenvoudig zijn vast te stellen wanneer sprake is van de «omstandigheden die tot dreigende insolventie kunnen leiden» en op welk moment er dus een plicht om te waarschuwen ontstaat. Schuldeisers beschikken ook niet altijd over een volledig beeld van de financiële situatie van de schuldenaar. Het risico bestaat daarmee dat accountants en schuldeisers te vroeg waarschuwen, waarmee zij onrust in het bedrijf veroorzaken en hierdoor juist de kans vergroten dat de onderneming het niet redt. De introductie van een dergelijke verplichting heeft dus mogelijk als averechts effect dat hierdoor juist meer ondernemingen failliet gaan. Ook om deze reden is er niet voor gekozen in dit wetsvoorstel een dergelijke verplichting te introduceren.

5. Gevolgen voor bedrijfsleven en burgers en voor de rechterlijke macht

Het wetsvoorstel bevat geen regeldruk-effecten voor *burgers.* De nalevingskosten voor het *bedrijfsleven* kunnen worden uitgesplitst in administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten. Administratieve lasten zijn de kosten die het bedrijfsleven moet maken om te voldoen aan informatieverplichtingen jegens de overheid, die voortvloeien uit wet- en regelgeving. Het wetsvoorstel brengt geen administratieve lasten met zich. De inhoudelijke nalevingskosten bestaan uit andere kosten die het bedrijfsleven moet maken om aan de verplichtingen te voldoen die nieuwe wet- en regelgeving stelt. Het wetsvoorstel bevat geen inhoudelijke nalevingskosten, omdat de gevolgen van het voorstel buiten de definitie van nalevingskosten vallen.[53]

Dit wetsvoorstel brengt geen financiële gevolgen voor de rijksbegroting met zich. Anders dan in de consultatieversie het geval was, voorziet dit wetsvoorstel er niet in dat de schuldenaar en de schuldeisers in de gelegenheid worden gesteld een zienswijze te geven ten aanzien van de salarisvaststelling van de verschillende insolventiefunctionarissen. Reden is enerzijds de vrees die in de consultatie is geuit dat dit zou leiden tot grote vertraging bij de salarisvaststelling, terwijl anderzijds de richtlijn niet blijkt te noodzaken tot een dergelijke regeling. Zie in dit verband nader hierboven, paragraaf 4 (consultatie en advies).

---

[53] Hierbij speelt een rol dat een aanzienlijk aantal wijzigingen zien op de procedure bij de rechter. De verplichtingen in het kader van een gerechtelijke procedure vallen buiten de definitie van nalevingskosten. Het burgerlijk procesrecht biedt waarborgen voor een eerlijke en efficiënte procesvoering. Waar in het procesrecht eisen worden gesteld aan informatie-uitwisseling met rechter of wederpartij of anderszins, hangen de lasten als gevolg daarvan direct samen met deze waarborgfunctie. De lasten worden om die reden niet als regeldruk aangemerkt. Zie ook Meten is Weten II: Handleiding voor het definiëren en meten van administratieve lasten voor het bedrijfsleven, p. 33.

Hoewel dit wetsvoorstel zelf geen maatregelen bevat die leiden tot financiële gevolgen voor de rijksbegroting, dienen op grond van de richtlijn wel enkele uitvoeringshandelingen te worden verricht die mogelijk financiële gevolgen hebben voor de rechtspraak. In de eerste plaats vereist artikel 28 van de richtlijn dat in insolventieprocedures bepaalde handelingen via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden verricht. Het gaat daarbij onder meer om communicatie met de gerechten. Voor de implementatie van artikel 28 van de richtlijn krijgen de lidstaten langer de tijd. Terwijl het grootste gedeelte van de richtlijn uiterlijk 17 juli 2022 in nationale wetgeving dient te zijn omgezet en te worden toegepast, dient artikel 28 van de richtlijn deels uiterlijk 17 juli 2024 en deels uiterlijk 17 juli 2026 te zijn geïmplementeerd. Zoals hierboven in paragraaf 3.3 is toegelicht, biedt de bestaande wetgeving reeds een voldoende grondslag om de communicatie met de gerechten via elektronische weg te kunnen laten verlopen. Wel dienen er maatregelen te worden getroffen om deze communicatie met de gerechten daadwerkelijk mogelijk te maken. Daarnaast hebben de lidstaten op grond van artikel 29 van de richtlijn de verplichting om gegevens over insolventieprocedures te verzamelen en te aggregeren. Deze gegevens moeten jaarlijks aan de Europese Commissie worden meegedeeld via een mededelingsformulier dat bij uitvoeringshandeling wordt vastgesteld. De lidstaten dienen voor het eerst gegevens te verzamelen over het eerste volledige kalenderjaar na de datum van toepassing van deze uitvoeringshandeling. Op dit moment is deze uitvoeringshandeling nog niet vastgesteld.
Over de praktische uitvoering van deze verplichtingen zullen afspraken worden gemaakt met de rechtspraak. Voor zover uit de bovengenoemde uitvoeringshandelingen kosten voortvloeien en deze niet binnen het reguliere budget opgevangen kunnen worden, zal het departement in goed overleg met de Raad voor de rechtspraak bezien hoe hier in de driejaarlijkse prijsonderhandelingen mee om kan worden gegaan.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Onderdelen A, H, FF, OO en TT

Artikelen 14, vijfde lid, 215, vijfde lid, 287, derde lid, 371, derde lid, en 380, eerste lid, Fw

Deze onderdelen dienen ter implementatie van artikel 26 lid 1 van de richtlijn, waarin onder meer eisen worden gesteld aan de opleiding en deskundigheid van insolventiefunctionarissen. Voorts wordt in dit artikel bepaald dat de voorwaarden voor aanstelling van deze functionarissen duidelijk, transparant en rechtvaardig dienen te zijn. Ter implementatie van deze bepaling voegt onderdeel A voor de faillissementsprocedure een nieuw vijfde lid toe aan artikel 14 Fw. Daarin wordt bepaald dat de rechtbank een curator aanstelt die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Bovendien moet de rechtbank bij de aanstelling a) rekening houden met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de curator, en b) een procedure en voorwaarden hanteren die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn. Voor de benoeming van insolventiefunctionarissen in de overige insolventieprocedures – d.w.z. in de surseance van betaling, de WSNP en de akkoordprocedures buiten faillissement – introduceert dit wetsvoorstel vergelijkbare bepalingen (onderdelen H, FF, OO en TT).

In de praktijk hanteren rechtbanken bij de aanstelling van de verschillende insolventiefunctionarissen procedures en voorwaarden die voor het grootste deel al in overeenstemming zijn met deze nieuwe bepalingen. Zoals in het algemene deel van de toelichting is omschreven, heeft Recofa verschillende richtlijnen ontwikkeld ten aanzien van de procedure en de voorwaarden voor de benoeming van curatoren in faillissement, bewindvoerders in surseance van betaling en bewindvoerders in WSNP (zie paragraaf 3.3.). Wel is nodig dat in deze uitgangspunten nadere criteria worden opgenomen rond de benoeming van curatoren en bewindvoerders in een specifieke zaak. Daarbij is van belang dat de richtlijn de lidstaten de nodige ruimte laat bij de inrichting van hun systeem van benoeming. Zo staat de richtlijn er niet aan in de weg dat een functionaris wordt geselecteerd door middel van willekeurige selectie door bijvoorbeeld een softwareprogramma, op voorwaarde dat in dat geval naar behoren rekening wordt gehouden met de ervaring en deskundigheid van de deskundige (zie overweging 88 van de considerans bij de richtlijn). Het is bovendien in beginsel niet vereist dat de rechtbank in een specifieke zaak motiveert waarom zij een bepaalde curator of bewindvoerder benoemt; voldoende is dat in zijn algemeenheid duidelijk en transparant is welke criteria de rechtbank bij de benoeming hanteert. Voor de benoeming van herstructureringsdeskundigen en observators in de akkoordprocedures buiten faillissement, zoals voorzien in de WHOA, bestaan nog geen uitgangspunten. De Raad voor de rechtspraak heeft in zijn consultatiereactie aangegeven dat Recofa het opstellen van richtlijnen voor de aanstelling en benoeming van insolventiefunctionarissen graag voor haar rekening neemt. Recofa heeft laten weten Insolad hierbij te zullen betrekken.

Onderdelen B, C, E, I, S, JJ en OO

Artikelen 15, derde lid, 16, tweede lid, 71, derde lid, 215a, tweede lid, 250, derde lid, 320, zesde lid, en 371, tiende lid, Fw

Deze onderdelen dienen ter implementatie van artikel 27 lid 4 van de richtlijn dat vereist dat er regels voor de vergoeding van insolventiefunctionarissen gelden die beantwoorden aan de doelstelling van een efficiënte afwikkeling van procedures en dat er geschikte procedures voorhanden zijn om eventuele geschillen over de vergoeding van deze functionarissen te beslechten.

Zowel in het faillissement, de surseance van betaling, als de WSNP, stelt de rechtbank het salaris van de curator of de bewindvoerder vast. Voor de WSNP bepaalt artikel 320, zesde lid, Fw, dat het salaris van de bewindvoerder wordt vastgesteld volgens bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels. Op grond hiervan is het Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsanering vastgesteld, dat regels omtrent de salarisvaststelling van de bewindvoerder bevat die voldoen aan de vereisten van de richtlijn. Voor het faillissement en de surseance van betaling legt dit wetsvoorstel vast dat de rechter het salaris van de verschillende insolventiedeskundigen dient vast te stellen aan de hand van uitgangspunten waarin het belang van een efficiënte behandeling van de procedure tot uitdrukking komt (onderdelen B, C, E, I en S). In de praktijk hanteren rechtbanken in het kader van het faillissement en de surseance van betaling al dergelijke uitgangspunten. De Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling bevatten bepalingen die zien op de salarisvaststelling (zie ook paragraaf 3.3 van het algemene deel van deze toelichting). Zoals in paragraaf 3.3 van het algemene deel van de toelichting is uiteengezet, bevatten deze regels die de rechtbanken in de praktijk hanteren, verschillende voorzieningen om een efficiënt verloop van faillissementen en

surseances van betaling te bevorderen. Deze regels sluiten daarmee dus goed aan bij artikel 27 van de richtlijn.

Ook voor de in de WHOA voorziene akkoordprocedures wordt bepaald dat de rechter het salaris van de herstructureringsdeskundige bepaalt aan de hand van uitgangspunten waarin het belang van een efficiënte behandeling van de akkoordprocedure tot uitdrukking komt (zie onderdeel OO). De schakelbepaling van artikel 380, vierde lid, Fw, brengt mee dat hetzelfde geldt voor de vaststelling van het salaris van de observator. In gesprek met Recofa zal worden bekeken hoe hieraan invulling wordt gegeven.

Deze onderdelen regelen daarnaast dat als de rechtbank overweegt om af te wijken van het voorstel van de curator tot vaststelling van zijn salaris of als de rechter-commissaris niet met dit voorstel instemt, de rechtbank geen beslissing neemt over het salaris van een curator in faillissement, een bewindvoerder in surseance van betaling of een bewindvoerder in WSNP, dan nadat zij de curator of de bewindvoerder op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Op grond van jurisprudentie is dit nu al de praktijk.[54] Gelet op het feit dat de richtlijn vereist dat er geschikte procedures voorhanden zijn om geschillen over vergoeding van insolventiefunctionarissen te beslechten, wordt dit nu wettelijk verankerd. Uit de formulering van het nieuwe derde lid van artikel 250 Fw volgt dat de rechtbank in het kader van de surseance van betaling de rechter-commissaris hoort over het voorstel van de bewindvoerder tot vaststelling van zijn loon, om vast te stellen of deze hiermee instemt. Voor het faillissement en de WSNP volgt ook uit de artikelen 314, tweede lid, in verbinding met artikel 65 Fw, dat de rechtbank de rechter-commissaris dient te horen.

Voor de in de WHOA voorziene akkoordprocedures buiten faillissement is al in artikel 371, vijfde en tiende lid, Fw geregeld dat de rechtbank de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar in de gelegenheid stelt om hun zienswijze te geven over de salarisvaststelling van de herstructureringsdeskundige. Via de schakelbepaling van artikel 380, vierde lid, Fw geldt hetzelfde voor de salarisvaststelling van de observator. De schuldeisers worden op grond van de WHOA-regeling in beginsel niet gehoord ten aanzien van de salarisvaststelling. Dit is op grond van de richtlijn ook niet nodig, nu de kosten van de herstructureringsdeskundige door de schuldenaar worden gedragen (artikel 371, tiende lid, vierde zin, Fw). Onder omstandigheden is het echter mogelijk dat niet de schuldenaar, maar de schuldeisers de kosten van de herstructureringsdeskundige dragen (artikel 371, tiende lid, vierde zin, Fw). Dit is aan de orde als sprake is van een verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige dat door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund. In een dergelijk geval zal uit het verzoekschrift van deze steun moeten blijken, zodat de rechter kan vaststellen of aan deze voorwaarde is voldaan. Dit wetsvoorstel verduidelijkt nu dat de verzoeker in dat geval in zijn verzoek het bedrag moet vermelden dat de werkzaamheden van herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd naar zijn oordeel ten hoogste mogen kosten. In dat verband kan hij zich ook uitlaten over de hoogte van het salaris van de herstructureringsdeskundige. Hij dient zich in het verzoek eveneens uit te laten over de wijze waarop de schuldeisers de kosten gaan dragen. Daarmee bestaat er voor de schuldeisers voldoende mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënte behandeling van het traject tegen reële kosten. Zij zullen immers enkel bereid zijn het verzoek te steunen als zij zich ook kunnen vinden in

[54] Zie HR 12 november 1999, *NJ* 2000/52 m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.2.

de daar voorgestelde regeling ten aanzien van de kosten. Doordat wordt bepaald dat de verzoeker zich in het verzoek dient uit te laten over de wijze waarop de schuldeisers de kosten gaan dragen, wordt bovendien geregeld hoe de betaling van de kosten door de schuldeisers in de praktijk in zijn werk moet gaan. Het is aan de schuldeisers die het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige steunen om hierover afspraken te maken. Verschillende afspraken zijn daarbij denkbaar. Het is niet noodzakelijk dat alle schuldeisers in gelijke mate bijdragen aan de kosten. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een bepaalde schuldeiser een groter gedeelte of zelfs alle kosten voor zijn rekening neemt. Uit het verzoekschrift zal moeten blijken wat ten aanzien van deze kosten is afgesproken. Voor de rechtbank is van belang dat voldoende verzekerd is dat de kosten daadwerkelijk worden voldaan. Uit het verzoekschrift zal daarom ook moeten blijken of de schuldeisers bereid zijn om zekerheid te stellen of om een voorschot te betalen (vergelijk het huidige artikel 371, tiende lid, laatste zin, Fw). De rechtbank is niet gebonden aan de zienswijze die in het verzoekschrift wordt gegeven ten aanzien van het salaris van de herstructureringsdeskundige en het bedrag dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd ten hoogste mogen kosten. De rechtbank stelt zowel dit salaris als dit bedrag zelfstandig vast en kan ook een hoger of lager salaris of bedrag vaststellen dan in het verzoekschrift wordt genoemd. Overweegt de rechtbank om een hoger salaris of een hoger bedrag vast te stellen dan genoemd in het verzoekschrift, dan zal de rechtbank wel eerst moeten vaststellen of er ook onder die omstandigheden nog steeds steun bestaat bij de meerderheid van de schuldeisers voor het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Gaat het om een hoger bedrag, dan zal ook duidelijk moeten zijn welke schuldeisers deze hogere kosten voor hun rekening zullen nemen. Blijkt dat het verzoek niet langer door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund, dan zal de rechtbank het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige niet, althans niet op de grond dat dit gesteund wordt door de meerderheid van de schuldeisers, kunnen toewijzen. Het is dus aan de verzoeker om in het verzoek voldoende duidelijk te maken onder welke condities er steun bij de meerderheid van de schuldeisers bestaat.

Verzoekt de herstructureringsdeskundige gedurende het proces om verhoging van het bedrag dat zijn werkzaamheden ten hoogste mogen kosten, dan geldt op grond van het huidige recht dat de rechtbank degene die om de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige heeft verzocht, in de gelegenheid stelt een zienswijze te geven (artikel 371, vijfde lid, in verbinding met het tiende lid, Fw). De rechtbank zal het verzoek in beginsel enkel kunnen toewijzen als uit deze zienswijze blijkt dat de schuldeisers ook bereid zijn deze extra kosten te dragen. Bij een verhoging van dit bedrag is immers niet langer voldaan aan de voorwaarden waaronder de meerderheid van de schuldeisers heeft ingestemd met het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige – met uitzondering uiteraard van de situatie dat de meerderheid in dit verzoek reeds op voorhand met een dergelijke verhoging heeft ingestemd. Ook gedurende het traject hebben de schuldeisers daarmee voldoende mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënte behandeling door de herstructureringsdeskundige. Overigens is, anders dan bij het aanvankelijke verzoek tot aanstelling van de herstructureringsdeskundige, niet vereist dat de rechtbank vaststelt dat de meerderheid van de schuldeisers instemt met de verhoging van het bedrag dat kan worden uitgegeven in het kader het traject om het akkoord tot stand te brengen. Het is al voldoende als blijkt dat één schuldeiser zich bereid verklaart tot betaling van deze extra kosten en, als de rechtbank dit verlangt, hiervoor zekerheid stelt of een voorschot stort. Aangezien de condities waaronder de overige schuldeisers hebben ingestemd met het verzoek tot aanstelling

van een herstructureringsdeskundige in dat geval niet zijn veranderd waar het hun eigen positie betreft, is hernieuwde instemming van deze schuldeisers niet vereist.

Onderdeel D

Artikel 42a Fw

Op grond van artikel 42 Fw kan de curator rechtshandelingen die de schuldenaar voorafgaand aan het faillissement onverplicht heeft verricht en waardoor schuldeisers zijn benadeeld, vernietigen («*faillissementspauliana*»). Artikel 42a Fw vormt hierop een uitzondering. De huidige bepaling ziet op situaties waarin het tijdens de onderhandelingen over een akkoord noodzakelijk is om bepaalde rechtshandelingen te verrichten zodat de onderneming kan worden voortgezet. Het artikel biedt de schuldenaar de mogelijkheid om de rechter te vragen om een machtiging voor het verrichten van dergelijke rechtshandelingen. Het gevolg van deze machtiging is dat de desbetreffende rechtshandelingen niet door de curator kunnen worden vernietigd op basis van artikel 42 Fw als er alsnog een faillissement volgt. Het huidige artikel 42a Fw biedt bescherming aan rechtshandelingen die «*noodzakelijk* [zijn] (...) *om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten*». Om zeker te stellen dat niet alleen een machtiging kan worden gevraagd voor rechtshandelingen die direct betrekking hebben op de *voortzetting van de onderneming* tijdens de voorbereiding van een akkoord, maar ook voor rechtshandelingen die met name verband houden met de *voorbereiding van het akkoord zelf*, wordt artikel 42a Fw aangevuld. Uitdrukkelijk vermeld wordt dat ook een machtiging gevraagd kan worden voor rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om een akkoord te kunnen voorbereiden, in stemming te kunnen brengen of overeenkomstig artikel 384 Fw door de rechtbank te kunnen laten homologeren. Artikel 42a Fw voldoet daarmee aan de artikelen 17 en 18 van de richtlijn, op grond waarvan de lidstaten er onder meer voor moeten zorgen dat tussentijdse financiering en andere transacties, voor zover die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn ter ondersteuning van de onderhandelingen over een akkoord, niet aangetast kunnen worden in een later faillissement. In artikel 18 lid 4 van de richtlijn wordt een aantal transacties genoemd waarvoor dit in ieder geval geldt, waaronder de inschakeling van externe deskundigen die kunnen adviseren bij de voorbereiding van het akkoord.

Aan artikel 42a Fw wordt voorts een tweede lid toegevoegd, waarin bepaald is dat de artikelen 369, zevende tot en met tiende lid, en 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en veertiende lid, Fw op deze bepaling van overeenkomstige toepassing zijn. De WHOA voorziet in twee procedures waarbinnen een akkoord tot stand kan worden gebracht, namelijk een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare akkoordprocedure buiten faillissement. Diegene die de akkoordprocedure initieert maakt de keuze voor één van deze procedures. Voor welke procedure wordt gekozen, moet in ieder geval duidelijk zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Zoals ook in de toelichting bij de WHOA valt te lezen, kan dit het moment zijn dat een verzoek op de voet van artikel 42a Fw wordt gedaan.[55] Door overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, Fw wordt nu geëxpliciteerd dat de schuldenaar in dat geval in het verzoek zal moeten vermelden voor welke procedure hij kiest. Bovendien zal het verzoek in die situatie zodanige gegevens moeten bevatten dat de rechter kan beoordelen of

[55] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 37

hem rechtsmacht toekomt. Kiest de schuldenaar voor de openbare akkoordprocedure, dan zal hij, zodra de rechter een beslissing heeft genomen, aan de griffier van de rechtbank Den Haag het in artikel 370, vierde lid, Fw bedoelde verzoek moeten doen. Doordat artikel 369, zevende en achtste lid, Fw van overeenkomstige toepassing is verklaard, wordt verduidelijkt dat de rechter zijn bevoegdheid beoordeelt aan de hand van dezelfde regels als die gelden bij andere verzoeken die in het kader van een WHOA-traject worden gedaan. Uit de toelichting bij de WHOA blijkt dat het de bedoeling is dat verzoeken aan de rechter in de besloten akkoordprocedure in raadkamer worden behandeld.[56] Daarnaast blijkt uit deze toelichting dat tegen beslissingen van de rechter in het kader van de openbare en besloten akkoordprocedures geen hoger beroep of cassatie openstaat. Dit is gerechtvaardigd en noodzakelijk omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie.[57] Een en ander geldt ook voor verzoeken op de voet van artikel 42a Fw. Door overeenkomstige toepassing van artikel 369, negende en tiende lid, is verduidelijkt dat dit steeds de bedoeling is geweest. Als de rechtbank haar bevoegdheid ontleent aan de Insolventieverordening, wordt in de beschikking vermeld of het een hoofdinsolventieprocedure dan wel een territoriale insolventieprocedure in de zin van de verordening betreft. Dit volgt uit het feit dat artikel 371, veertiende lid, van overeenkomstige toepassing is verklaard. Belanghebbende schuldeisers die niet eerder in staat zijn gesteld hun zienswijze kenbaar te maken, kunnen deze beslissing dan nog aanvechten op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid.

Onderdeel F

Artikel 110, derde lid, Fw

Het huidige artikel 110, derde lid, Fw regelt de indiening van vorderingen bij de curator in de situatie dat de curator een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:907, eerste lid, BW heeft gesloten die door de rechter verbindend is verklaard. Het gaat hier om een vaststellingsovereenkomst tot vergoeding van massaschade; de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) heeft het mogelijk gemaakt een dergelijke overeenkomst verbindend te verklaren voor personen aan wie de schade is veroorzaakt. Alleen voor gerechtigden tot een vergoeding onder de overeenkomst die een zogenaamde mededeling tot «opt-out» als bedoeld in artikel 7:908, tweede lid, BW hebben gedaan, heeft deze verbindendverklaring geen gevolg.[58] Het huidige artikel 110, derde lid, Fw, bepaalt dat als de curator een dergelijke verbindend verklaarde «WCAM-overeenkomst» heeft gesloten, de gerechtigden onder de overeenkomst die geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid tot opt-out, hun vordering krachtens de overeenkomst uitsluitend kunnen indienen op de wijze als in deze overeenkomst is bepaald. Gelet op artikel 28, onderdeel a van de richtlijn, wordt hier nu aan toegevoegd dat de overeenkomst in ieder geval voorziet in de mogelijkheid tot indiening van vorderingen met behulp van een elektronisch communicatiemiddel. Artikel 28, onderdeel a van de richtlijn vereist namelijk dat schuldeisers in insolventieprocedures de mogelijkheid hebben om hun vorderingen via elektronische weg in te dienen. In de WCAM-overeenkomst kan, om te voldoen aan deze bepaling, bijvoorbeeld een bepaald mailadres worden vermeld waar gerechtigden hun vordering kunnen indienen. Naast de indiening via elektronische weg, kan de overeenkomst voorzien in andere mogelijkheden tot indiening van een vordering, zoals indiening via de post.

---

[56] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 6, 31.
[57] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17–18, 33.
[58] *Stb.* 2005, 340.

Onderdelen G, U, CC en KK

Artikelen 142, 256, tweede lid, 281c, 281e, vierde lid, 322 en 348 Fw

Op grond van artikel 28, onderdeel c van de richtlijn dient kennisgeving aan schuldeisers met behulp van elektronische communicatiemiddelen mogelijk te zijn. Met het oog hierop worden in verschillende bepalingen de woorden «bij brieven» vervangen door het woord «schriftelijk». Daarmee wordt verduidelijkt dat de bewindvoerder in de surseance van betaling en de bewindvoerder in de WSNP de mogelijkheid hebben om berichten aan schuldeisers op andere wijze dan «op papier» te versturen, bijvoorbeeld per e-mail. De Wet modernisering faillissementsprocedure had deze terminologische aanpassing voor het faillissement al doorgevoerd. In de titel inzake het faillissement was alleen in artikel 142 Fw «bij brieven» blijven staan; nu wordt dit alsnog gewijzigd in «schriftelijk». In artikel 281c Fw wordt «bij brieven» niet vervangen door het woord «schriftelijk», maar wordt «dan wel schriftelijk» toegevoegd, zodat dit artikel straks spreekt over «bij brieven dan wel schriftelijk». De reden is dat dit artikel niet alleen verwijzingen bevat naar bepalingen die zien op de kennisgeving *door de bewindvoerder*, maar ook verwijst naar artikel 215 Fw dat ziet op de oproeping *door de griffier*. Voor deze oproeping door de griffier blijft ingevolge artikel 215, tweede lid, Fw gelden dat deze geschiedt «bij brieven» (vergelijk artikel 271 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, zoals dit geldt in geval van niet-digitaal procederen). Zoals in paragraaf 3.3 van het algemene deel van deze toelichting is toegelicht, kan ook een dergelijke oproeping elektronisch geschieden als aan de voorwaarden van artikel 33 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering is voldaan. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele onjuiste verwijzingen in artikel 281c Fw te corrigeren.

Onderdelen J, M – R, T, V – BB, DD en EE

Artikelen 216, 218, eerste lid, 223a, 224, 225, tweede lid, 227, tweede lid, 230, tweede lid, 241a, eerste en tweede lid, 241c, eerste lid, 242, eerste lid, 255, eerste en derde lid, 264, eerste lid, 265, vijfde lid, 267, 268a, 269, eerste lid, 269a, 270, 271, eerste lid, 277, 278, eerste lid, 281e, vijfde lid, en 283, eerste lid, Fw

Artikel 27 van de richtlijn vereist dat lidstaten voorzien in gepast toezicht op de functionarissen die benoemd zijn in het kader van – kort gezegd – een insolventieprocedure. Dit toezicht moet waarborgen dat deze functionarissen hun werkzaamheden doeltreffend, bekwaam en op onpartijdige en onafhankelijke wijze verrichten. Het huidige artikel 223a Fw geeft de rechtbank de bevoegdheid om in het kader van een surseance van betaling één van haar leden tot rechter-commissaris te benoemen. Met het oog op artikel 27 van de richtlijn wordt dit artikel aldus aangepast, dat bij de voorlopige verlening van de surseance steeds benoeming van een rechter-commissaris plaatsvindt. Dit is in overeenstemming met hetgeen in de praktijk al gebruikelijk is. Daarnaast is toegevoegd dat de rechter-commissaris de bewindvoerders niet alleen adviseert, maar dat hij ook toezicht houdt op de vervulling van hun taken. Daarmee wordt gewaarborgd dat, in overeenstemming met artikel 27 van de richtlijn, er voldoende toezicht is op het functioneren van de bewindvoerder. Indien de rechter-commissaris meent dat een bewindvoerder zijn taak niet behoorlijk vervult, kan hij op grond van artikel 224, tweede lid, Fw bij de rechtbank een voordracht doen tot ontslag. Bovendien wordt het, net als in het faillissement, mogelijk gemaakt om meerdere rechters-commissarissen te benoemen. Dit draagt bij aan specialisatie binnen de rechterlijke macht en bevordert eveneens het toezicht in omvangrijke of

complexe zaken.[59] Overeenkomstig hetgeen bij faillissement geldt (zie artikel 14b Fw), wordt in een nieuw tweede lid van artikel 223a bepaald dat als de rechtbank meerdere rechters-commissarissen benoemt, zij zowel afzonderlijk als tezamen bevoegd zijn om de in de Faillissementswet genoemde bevoegdheden uit te oefenen.

De onderdelen J, N – R, T, V – BB, DD en EE passen andere bepalingen in de regeling van de surseance van betaling aan deze wijziging aan. Voor de regeling van het akkoord betekent het feit dat in iedere surseance van betaling een rechter-commissaris wordt benoemd, dat raadpleging en stemming over het akkoord steeds ten overstaan van de rechter-commissaris plaats vindt en zich niet langer de situatie voor kan doen dat dit in raadkamer geschiedt. Om deze reden kan artikel 270 Fw vervallen.

Onderdelen K, L, GG, HH, II en NN

Artikelen 222a, eerste en vierde lid, 222b, eerste lid, 294, eerste en vierde lid, 294a, eerste lid, 315, derde lid, en 370, vierde lid, Fw

Deze onderdelen houden verband met artikel 28 van de richtlijn, dat de verplichting voor lidstaten inhoudt om ervoor te zorgen dat bepaalde handelingen in insolventieprocedures via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden verricht. Deze onderdelen introduceren voor de surseance van betaling en de WSNP een grondslag waarmee bij algemene maatregel van bestuur stukken kunnen worden aangewezen die in de insolventieregisters moeten worden geplaatst. Voor de WSNP wordt de mogelijkheid gecreëerd om bij algemene maatregel van bestuur beschikkingen van de rechter-commissaris en de rechtbank aan te wijzen die standaard in worden geschreven in de registers. Vergelijkbare grondslagen bestaan al voor het faillissement. Zij zijn in de Faillissementswet opgenomen als gevolg van de Wet modernisering faillissementsprocedure. Reden voor deze maatregelen in het kader van het faillissement was om de toegankelijkheid tot informatie voor schuldeisers te verbeteren door alle relevante informatie zoveel mogelijk op één plek beschikbaar te stellen, namelijk in het Centrale Insolventieregister dat online te raadplegen valt.[60] Deze doelstelling sluit daarmee aan bij die van artikel 28, onderdeel c van de richtlijn, dat vereist dat kennisgeving van schuldeisers via elektronische communicatiemiddelen mogelijk is. Het is dus in lijn met deze bepaling om vergelijkbare grondslagen voor de surseance van betaling en de WSNP te introduceren. Daarmee bestaat straks ook voor deze procedures de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur stukken aan te wijzen die in de insolventieregisters worden opgenomen, mocht daar behoefte aan blijken te bestaan. Eventuele opname van stukken in de insolventieregisters vindt plaats in afstemming met de Raad voor de rechtspraak.

De wijziging van artikel 370, vierde lid, Fw is technisch van aard. In deze bepaling wordt nu nog verwezen naar «de registers, bedoeld in de artikelen 19 en 19a». Met de al genoemde Wet modernisering faillissementsprocedure zijn voor het faillissement de decentrale registers komen te vervallen en is nog sprake van één centraal register (het Centrale Insolventieregister).

[59] Vgl. Kamerstukken II 2016/17, 34 740, nr. 3, p. 9.
[60] Kamerstukken II 2016/17, 37 740, nr. 3, p. 5–6.

Onderdeel N

Artikel 224, tweede lid, Fw

Uit artikel 26 lid 1, onder d van de richtlijn volgt dat schuldenaren en schuldeisers bezwaar moeten kunnen maken tegen de selectie of aanstelling van een functionaris of om diens vervanging moeten kunnen verzoeken. Op grond van artikel 224, tweede lid, Fw hebben schuldeisers wel de bevoegdheid om te verzoeken om het ontslag en de vervanging van een bewindvoerder die is benoemd in het kader van een surseance van betaling, maar de schuldenaar niet. In dit onderdeel wordt deze bevoegdheid ook aan de schuldenaar toegekend. Dit sluit aan bij hetgeen in faillissement en in de WSNP geldt, waar aan de schuldenaar reeds de mogelijkheid is toegekend om te verzoeken om het ontslag van de curator of de bewindvoerder (zie de artikelen 73 en 319 Fw).

Onderdeel LL

Artikel 349a Fw

In afwijking van de hoofdregel dat de schuldsaneringsregeling een looptijd heeft van drie jaar waarna in beginsel kwijtschelding wordt verleend, kan de rechter dan wel de rechter-commissaris op grond van artikel 349a Fw de looptijd verlengen tot vijf jaar. De richtlijn staat een dergelijke verlenging van de kwijtscheldingstermijn toe, maar vereist wel dat verlenging alleen plaats vindt in bepaalde, welomschreven omstandigheden en dat deze afwijking naar behoren gerechtvaardigd is (zie artikel 23 leden 2 en 3 van de richtlijn).

In het huidige artikel 349a, eerste lid, Fw is bepaald dat de rechter, in afwijking van de gebruikelijke termijn van drie jaar, de termijn van de schuldsaneringsregeling op ten hoogste vijf jaar kan stellen. Als voorwaarde hiervoor geldt dat het leefgeld dat aan de schuldenaar toekomt, overeenkomstig artikel 295, derde lid, Fw wordt verhoogd. Dit eerste lid ziet dus op het vaststellen van een langere termijn bij aanvang van de schuldsaneringsregeling. Deze bepaling bevat echter niet de gronden waarop de rechter over kan gaan tot het stellen van een langere termijn. In de praktijk vindt de vaststelling van een langere termijn bij aanvang van de schuldsaneringsregeling onder meer plaats vanwege de aard van de schulden. Het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen waarin de schuldenaar niet voldoet aan een van de voorwaarden om toegelaten te worden tot de WSNP, namelijk de voorwaarde dat hij te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan of het onbetaald laten van al zijn schulden. De rechter kan de schuldenaar met toepassing van de hardheidsclausule van artikel 288, derde lid, Fw dan toch toelaten tot de WSNP en besluiten om – gelet op de aard van bepaalde schulden – wel een langere looptijd van de schuldsaneringsregeling vast te stellen. In aansluiting hierop wordt nu in artikel 349a, eerste lid, Fw expliciet bepaald dat de rechter de termijn op ten hoogste vijf jaar kan stellen als de aard van de schulden daartoe aanleiding geeft. Op dit moment is er een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig waarin wordt voorgesteld om ook ten aanzien van een andere weigeringsgrond een uitzonderingsmogelijkheid te introduceren op grond waarvan de rechter een schuldenaar toch toe kan laten. Dit betreft de bepaling dat een schuldenaar die al eens gebruik heeft gemaakt van de WSNP binnen tien jaar niet nog eens tot die regeling kan worden toegelaten (zie artikel 288, tweede lid,

onder d, Fw).[61] Mocht dit wetsvoorstel worden aangenomen, dan is ook bij toepassing van deze uitzonderingsmogelijkheid denkbaar dat de rechter, vanwege de aard van de schulden, daarbij wel een langere termijn voor de schuldsaneringsregeling vaststelt.

In de praktijk vindt de vaststelling van een langere termijn bij aanvang van de schuldsaneringsregeling daarnaast plaats in gevallen waarin de schuldenaar niet aan al de verplichtingen die voortvloeien uit de schuldsaneringsregeling kan voldoen. Een voorbeeld is het geval dat de schuldenaar op het moment van toelating tot de schuldsaneringsregeling een opleiding volgt die binnen enkele maanden afgerond zal zijn, waardoor hij niet direct fulltime kan werken. De schuldenaar kan dan op het moment van toelating nog niet volledig voldoen aan zijn inspanningsverplichting om zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven (zie artikel 288, eerste lid, onder c, Fw), terwijl de verwachting bestaat dat hij hier binnen afzienbare termijn wel toe in staat is. In plaats van toelating tot de schuldsanering te weigeren, komt het in de praktijk voor dat de rechter in een dergelijk geval de schuldenaar toelaat tot de regeling onder vaststelling van een langere termijn. In aansluiting hierop wordt nu in artikel 349a, eerste lid, voorts bepaald dat de rechter een langere termijn kan stellen als de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen. Het stellen van een langere termijn voor de schuldsaneringsregeling is op deze grond alleen mogelijk als sprake is van een of enkele specifieke verplichtingen waaraan de schuldenaar niet kan voldoen; aan de overige verplichtingen die voortvloeien uit de schuldsaneringsregeling is hij nog steeds gebonden. Gelet op de noodzaak een evenwicht te bewaren tussen de belangen van de schuldenaar en die van de schuldeisers (zie ook artikel 23, tweede lid, onderdeel f van de richtlijn), is verlenging op deze grond bovendien alleen mogelijk als aannemelijk is dat deze verlenging een voldoende vorm van compensatie biedt voor het niet kunnen voldoen aan de verplichtingen door de schuldenaar. Als de verwachting is dat de schuldenaar ernstig te kort zal schieten in de nakoming van zijn verplichtingen, zal de rechter de toegang tot de schuldsanering moeten weigeren.

Het tweede en derde lid van artikel 349a Fw zien op een wijziging van de termijn van de schuldsaneringsregeling gedurende de looptijd van de regeling of aan het einde daarvan. Artikel 349a, tweede lid, Fw bepaalt dat de rechter-commissaris bij schriftelijke beschikking de termijn ambtshalve, dan wel op verzoek van de bewindvoerder, de schuldenaar, of één of meer schuldeisers, kan wijzigen. Ook de rechtbank kan dit blijkens artikel 349a, derde lid, Fw doen in het kader van een procedure op de voet van artikel 350 of 352 Fw. Het kan bij de wijziging van de termijn zowel gaan om een verkorting als een verlenging van de termijn. In artikel 349a, tweede en derde lid, Fw is niet omschreven in welke omstandigheden de rechter tot verlenging van de termijn kan overgaan. Uit artikel 349a, derde lid, Fw volgt echter dat de verlenging van de looptijd van de schuldsaneringsregeling een alternatief kan zijn voor tussentijdse beëindiging op de voet van artikel 350 Fw of voor beëindiging aan het eind van de looptijd zonder toekenning van een schone lei. Ook uit de rechtspraak volgt dat verlenging van de schuldsaneringsregeling mogelijk is op de gronden waarop ook tussentijdse beëindiging of beëindiging aan het einde van de looptijd zonder toekenning van een schone lei mogelijk is. Is de schuldenaar toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van één of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen, dan kan de

[61] Wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, Kamerstukken II 2021/22, 35 915, nr. 2. Ook met dit wetsvoorstel blijft de WSNP aan de vereisten van de richtlijn voldoen.

rechter dit op basis van artikel 354, tweede lid, Fw buiten beschouwing laten vanwege de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming. Bestaat voor het buiten beschouwing laten van de tekortkoming geen aanleiding, dan kan dit ertoe leiden dat de rechter de schuldenaar een schone lei onthoudt. In plaats daarvan kan de rechter ook besluiten tot verlenging van de schuldsaneringsregeling. Verlenging van de schuldsaneringsregeling aan het einde van de looptijd daarvan is niet mogelijk op andere gronden (HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1203). Ook indien zich één van de in art. 350, derde lid, Fw genoemde beëindigingsgronden voordoet, heeft de rechter de bevoegdheid om de toepassing van de schuldsaneringsregeling niet tussentijds te beëindigen, maar met toepassing van art. 349a, derde lid, Fw de termijn van de schuldsaneringsregeling te verlengen. Verlenging in plaats van tussentijdse beëindiging is enkel gerechtvaardigd indien de verwachting bestaat dat de schuldenaar de schuldsaneringsregeling alsnog tot een goed einde zal weten te brengen. De rechter zal dienen te motiveren waarop deze verwachting is gebaseerd (zie HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1949).

In aansluiting hierop wordt nu in artikel 349a, tweede lid, Fw expliciet bepaald dat de rechter-commissaris de termijn kan verlengen als de schuldenaar toerekenbaar tekort is geschoten in één of meer van zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen. Dit criterium geldt zowel voor een verlenging gedurende de looptijd van de termijn, als aan het einde van de looptijd daarvan. Van een toerekenbare tekortkoming is in ieder geval sprake in de gevallen genoemd in artikel 350, derde lid, onderdelen c tot en met f, Fw. Verlenging – zowel gedurende de looptijd als aan het einde van de looptijd van de schuldsaneringsregeling – wordt daarmee op dezelfde gronden mogelijk als waarop ook tussentijdse beëindiging of onthouding van de schone lei mogelijk is. Verlenging is immers een minder vergaand alternatief voor tussentijdse beëindiging of onthouding van de schone lei, voor die gevallen waarin de verwachting bestaat dat de schuldenaar de schuldsanering alsnog tot een goed einde zal weten te brengen. De rechter heeft daarmee de mogelijkheid om maatwerk toe te passen en te beoordelen welke reactie op een tekortkoming in de specifieke omstandigheden van het geval het meest passend is. Uit het woord «kan» volgt dat de rechter niet verplicht is om gevolgen te verbinden aan iedere toerekenbare tekortkoming. Hij heeft de mogelijkheid om de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, buiten beschouwing te laten (vergelijk, in het kader van de beëindiging van de schuldsaneringsregeling, artikel 354, tweede lid, Fw). Voor verlenging bestaat enkel aanleiding in gevallen waarin ook tussentijdse beëindiging of onthouding van de schone lei in beginsel gerechtvaardigd is. Door in plaats van tussentijdse beëindiging of onthouding van een schone lei te kiezen voor verlenging van de termijn, geeft de rechter de schuldenaar een kans om alsnog aan al zijn verplichtingen uit de schuldsaneringsregeling te voldoen. Voor verlenging van de termijn is echter alleen plaats indien de tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van zodanig gewicht is dat, als de schuldenaar deze verplichtingen ook gedurende de verlengde termijn niet nakomt, dit onthouding van de schone lei rechtvaardigt.

Verlenging van de termijn gedurende de looptijd van de schuldsaneringsregeling kan ook aan de orde zijn in een situatie waarin de schuldenaar nog niet tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, maar wel al van te voren aangeeft dat hij een bepaalde verplichting niet zal kunnen nakomen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de schuldenaar gedurende de looptijd van de schuldsaneringsregeling verzoekt om een korte opleiding te volgen, waardoor hij tijdelijk niet kan voldoen aan zijn inspanningsverplichting om zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven. Een ander voorbeeld is een geval waarin de schuldenaar

verzoekt om tijdelijk de zorg op zich te nemen voor een ziek familielid, waardoor hij gedurende een bepaalde periode geen of minder inkomsten kan verwerven. In het tweede lid is met het oog hierop bepaald dat de rechter-commissaris de termijn ook kan verlengen als de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen. Ook dit geeft de rechter de ruimte om rekening te houden met de individuele omstandigheden van de schuldenaar. Hij heeft de mogelijkheid om een dergelijk verzoek van de schuldenaar in te willigen, maar daarbij wel de termijn van de schuldsaneringsregeling te verlengen. Wel geldt ook hier weer dat, gelet op de noodzaak een evenwicht te bewaren tussen de belangen van de schuldenaar en die van de schuldeisers, aannemelijk moet zijn dat de verlenging een voldoende vorm van compensatie biedt voor het niet kunnen voldoen aan de verplichtingen door de schuldenaar. Deze verlengingsgrond – namelijk dat de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen – kan onder omstandigheden ook worden gebruikt om de schuldenaar in staat te stellen in zijn woning te blijven wonen. Dit sluit aan bij artikel 23 lid 3 van de richtlijn. Als de schuldenaar een hoge huur heeft, geldt in beginsel dat hij op zoek zal moeten naar goedkopere woonruimte, omdat hij anders niet kan voldoen aan zijn verplichting tot afdracht van inkomsten aan de boedel. Als de specifieke omstandigheden van de schuldenaar hiertoe aanleiding geven, kan de rechter-commissaris de schuldenaar echter toestaan in de woning te blijven wonen door op de voet van artikel 295, derde lid, Fw, het vrij te laten bedrag te verhogen en daarmee de afdrachtverplichting van de schuldenaar te verlichten. Daarbij kan er aanleiding zijn om daarbij wel de termijn van de schuldsaneringsregeling tegelijkertijd te verlengen; op grond van de voorgestelde tekst heeft de rechter-commissaris deze mogelijkheid. De wet sluit voorts niet geheel uit dat van deze verlengingsgrond gebruik wordt gemaakt om een schuldenaar die in een koopwoning met overwaarde woont, in staat te stellen in deze woning te blijven wonen. Het uitgangspunt in de WSNP is dat de eigen woning dient te worden verkocht, zeker als sprake is van overwaarde. Van dit uitgangspunt kan onder meer worden afgeweken als deze overwaarde op een andere wijze dan door verkoop van de woning in de boedel vloeit.[62] Denkbaar is dat de schuldenaar binnen de reguliere looptijd van de schuldsaneringsregeling niet aan deze verplichting kan voldoen om de overwaarde aan de boedel te vergoeden, maar door middel van verlenging hiertoe wel in staat zou zijn. Als sprake is van een te hoge overwaarde – wat al snel het geval zal kunnen zijn – en de schuldenaar ook in geval van verlenging niet in staat is de overwaarde aan de boedel te vergoeden, is verlenging echter geen alternatief voor de verkoop van de woning. De verlenging biedt dan immers geen voldoende vorm van compensatie voor het niet kunnen voldoen aan de verplichtingen door de schuldenaar tijdens de reguliere looptijd van de schuldsaneringsregeling. De woning zal dan verkocht moeten worden. Wel wordt in de jurisprudentie een uitzondering aangenomen op dit uitgangspunt als verkoop op gespannen voet komt te staan met het hoofddoel van de WSNP, namelijk het voorkomen dat een natuurlijke persoon tot in lengte van jaren met zijn schulden achtervolgd kan worden. Het is aan de rechter om in dergelijke gevallen een belangenafweging te maken tussen het belang van de schuldenaar om met een schone lei verder te kunnen en het belang van de schuldeisers om door het te gelde maken van de overwaarde van de woning (een deel van) hun vordering voldaan te krijgen.[63]

[62] Vgl. Rb. Noord-Holland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4974, r.o. 3.2.
[63] Zie Rb. Noord-Holland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4974, r.o. 3.3.

Aangezien in artikel 349a, derde lid, Fw is bepaald dat de rechtbank de termijn «onder dezelfde voorwaarden» kan wijzigen, zullen voor verlenging door de rechtbank op grond dit derde lid dezelfde criteria gelden als voor verlenging door de rechter-commissaris op grond van artikel 349a, tweede lid, Fw. Ook verlenging door de rechtbank is dus mogelijk als de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen, of als de schuldenaar toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van een of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen.

De eisen die de richtlijn stelt ten aanzien van de kwijtschelding van schuld, zien alleen op natuurlijke personen die ondernemer zijn. De WSNP heeft een ruimer bereik. Ook natuurlijke personen die geen onderneming drijven kunnen tot deze regeling worden toegelaten. Deze wijziging van artikel 349a Fw ziet ook op alle schuldenaren en niet alleen op schuldenaren die ondernemer zijn.

Onderdeel MM

Artikel 369, eerste, tweede, vierde en elfde lid, Fw

Dit onderdeel wijzigt in de eerste plaats het vierde lid van artikel 369 Fw. Dit lid bepaalde al dat het in deze afdeling bepaalde niet van toepassing is op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Hieraan worden enkele uitzonderingen toegevoegd.

Het nieuwe onderdeel b houdt verband met artikel 1 lid 6 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat preventieve herstructureringsstelsels opgebouwde rechten op bedrijfspensioenen onverlet laten. Doordat werkgevers naar Nederlands recht verplicht zijn om pensioenovereenkomsten met hun werknemers onder te brengen bij een pensioenuitvoerder of een andere instelling bedoeld in artikel 23, eerste lid, Pensioenwet, verwerven werknemers over het algemeen pensioenaanspraken jegens een dergelijke instelling en niet jegens de werkgever zelf. Een WHOA-traject waarbij de schulden van de werkgever worden geherstructureerd, heeft in beginsel dan ook geen gevolgen voor pensioenaanspraken en -rechten van werknemers, gewezen werknemers, hun partners en gewezen partners. Dit kan bijvoorbeeld anders zijn waar het de directeur-grootaandeelhouder van een vennootschap betreft. Tot 1 juli 2017 had een directeur-grootaandeelhouder de mogelijkheid om een pensioen in eigen beheer op te bouwen.[64] Als gevolg hiervan kunnen een (gewezen) directeur-grootaandeelhouder en zijn partner of gewezen partner wel pensioenaanspraken of -rechten jegens de vennootschap zelf hebben. Om deze reden wordt aan het vierde lid van artikel 369 Fw toegevoegd dat de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord niet van toepassing is op vorderingen ter zake van reeds vervallen of in de toekomst tot uitkering komende termijnen van pensioen. Nu ook anderen dan de werknemers van de schuldenaar, zoals partners, dergelijke pensioenvorderingen kunnen hebben, is hierbij niet steeds sprake van «rechten van werknemers». Daarnaast wordt in dit lid verduidelijkt dat onder rechten van werknemers, zoals bedoeld in onderdeel a van artikel 369, vierde lid, Fw, mede worden verstaan vorderingen van werknemers tot betaling door hun werkgever van premie aan, kort gezegd, een pensioenuitvoerder of een soortgelijke instelling. Werkgevers betalen, ter verwerving van pensioenaanspraken voor hun werknemers, pensioenpremie aan een pensioenuitvoerder of een andere

[64] Deze mogelijkheid is komen te vervallen als gevolg van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, *Stb.* 2017, 115.

instelling als bedoeld in artikel 23, eerste lid, Pensioenwet. Deze premie kan bestaan uit een werkgeversdeel en een werknemersdeel. Het werknemersdeel wordt ingehouden op het loon van de werknemer en door de werkgever afgedragen aan de pensioenuitvoerder. Werknemers hebben een zelfstandige vordering jegens hun werkgever tot afdracht van de premie aan de pensioenuitvoerder; dit geldt zowel voor het werkgeversdeel als het werknemersdeel. Deze vordering heeft dus te gelden als een recht van de werknemer uit arbeidsovereenkomst. Omdat hier in de praktijk onduidelijkheid over bleek te bestaan, wordt dit nu expliciet bepaald in artikel 369, vierde lid, Fw.[65] Daarmee staat vast dat vorderingen tot betaling van pensioenpremie niet kunnen worden gewijzigd in het kader van een akkoord op grond van de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord. Verzekerd is hierdoor dat de pensioenopbouw van werknemers niet in gevaar komt als gevolg van een dergelijk akkoord. Dit sluit aan bij artikel 1 lid 6 van de richtlijn, dat strekt ter bescherming van pensioenaanspraken. In de nieuwe bepaling wordt voor de instelling waaraan de pensioenpremie door de werkgever betaald moet worden, verwezen naar een pensioenuitvoerder, een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of een verzekeraar met zetel buiten Nederland als bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de Pensioenwet. Daarnaast is rekening gehouden met de situatie dat de pensioenovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer niet beheerst wordt door Nederlands recht, maar door het recht van een ander land. Voor dat geval worden soortgelijke buitenlandse instellingen aan de in artikel 23, eerste lid, Pensioenwet genoemde instellingen gelijk gesteld.[66]

Artikel 31, eerste lid, onderdeel b van de richtlijn bepaalt dat de richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten[67] van toepassing is ondanks de richtlijn. Met het oog hierop worden in onderdeel c financiëlezekerheidsovereenkomsten uitgezonderd van de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord. Hiermee wordt verduidelijkt dat de zekerheidsrechten die voortvloeien uit een financiëlezekerheidsovereenkomst niet kunnen worden gewijzigd door een akkoord in de zin van artikel 370, eerste lid, Fw. Bovendien volgt uit deze uitzondering dat de afkoelingsperiode van artikel 376 Fw geen gevolgen heeft voor een bevoegdheid tot verhaal die voortvloeit uit een financiëlezekerheidsovereenkomst. Daarmee wordt verzekerd dat een financiëlezekerheidsovereenkomst conform de daarin vervatte bepalingen in werking kan treden ondanks het feit dat er een WHOA-traject loopt en een afkoelingsperiode is afgekondigd (zie artikel 4, vijfde lid, van de richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten). In de huidige wet is artikel 241d Fw van overeenkomstige toepassing verklaard op de afkoelingsperiode in het kader van een WHOA-traject; ook daaruit blijkt al dat goederen die uit hoofde van een financiëlezekerheidsovereenkomst zijn verpand, zijn uitgezonderd van de werking van de afkoelingsperiode. Nu in dit wetsvoorstel gekozen is voor een algemene uitzondering voor financiële-

---

[65] Zie Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475, waarin de rechtbank de Hoge Raad vraagt om een prejudiciële beslissing over deze kwestie. In haar conclusie van 6 december 2021 (ECLI:NL:PHR:2021:1152) in deze zaak concludeert A-G De Bock dat op grond van art. 369 lid 4 Fw de WHOA-regeling niet van toepassing is op achterstallige pensioenpremies van bedrijfstakpensioenfondsen.

[66] Welk recht van toepassing is op de pensioenovereenkomst dient te worden vastgesteld aan de hand van Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (PbEU 2008, L 177). Deze verordening is onder meer van toepassing op arbeidsovereenkomsten en kent hiervoor een speciale bepaling. Aangezien pensioenovereenkomsten gezien kunnen worden als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden, kan de verordening ook worden toegepast op pensioenovereenkomsten. Zie ook, ten aanzien van de voorloper van de Rome I-verordening, het EVO-verdrag, Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 21.

[67] Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten (PbEG 2002, L 168)

zekerheidsovereenkomsten, bestaat aan deze specifieke uitzondering enkel ten aanzien van de afkoelingsperiode niet langer behoefte. Deze uitzondering vervalt (zie artikel I, onderdeel RR). Naast financiëlezekerheidsovereenkomsten, zondert onderdeel c ook verrekenbedingen in de zin van artikel 7:51 BW uit van de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord. Voor zover een dergelijk verrekenbeding onderdeel is van een financiëlezekerheidsovereenkomst, is deze afzonderlijke uitzondering voor verrekenbedingen niet nodig. Uit de definitie van het begrip «verrekenbeding» in artikel 7:51 BW blijkt echter dat een verrekenbeding in de zin van deze bepaling niet steeds in de financiëlezekerheidsovereenkomst zelf hoeft te zijn opgenomen. Het kan ook gaan om een beding dat is opgenomen in een overeenkomst waarvan een financiëlezekerheidsovereenkomst deel uitmaakt of om een wettelijk verrekenbeding. Ook voor verrekenbedingen die niet zijn opgenomen in de financiëlezekerheidsovereenkomst zelf geldt dat zij worden uitgezonderd van de reikwijdte van de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord. Door deze uitzondering staat artikel 373, derde en vierde lid, Fw niet in de weg aan een beroep op een verrekenbeding in de zin van artikel 7:51 BW. Daarmee wordt, in overeenstemming met artikel 7 van de richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, verzekerd dat dergelijke verrekenbedingen niettegenstaande een WHOA-traject rechtsgevolg kunnen hebben. Om misverstanden uit te sluiten wordt opgemerkt dat de richtlijn noch deze uitzondering in het vierde lid van artikel 369 Fw aanleiding geeft om voor het faillissement en de surseance van betaling ook in een dergelijke expliciete uitzondering te voorzien. Reeds ten tijde van de implementatie van de richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten is geconstateerd dat een wetswijziging niet nodig is om te verzekeren dat verrekenbedingen overeenkomstig artikel 7 van die richtlijn kunnen worden uitgeoefend, ook in faillissement en de surseance van betaling.[68]

Met onderdeel d wordt uitvoering gegeven aan artikel 9 van de Finaliteitsrichtlijn[69], op grond waarvan de zakelijke zekerheden van deelnemers in een betalings- en afwikkelingssysteem niet mogen worden aangetast door insolventieprocedures tegen andere deelnemers. De WHOA-regeling kwalificeert als een dergelijke insolventieprocedure (zie de definitie van dit begrip in artikel 212a, onderdeel k, Fw, dat dient ter implementatie van de Finaliteitsrichtlijn). Blijkens artikel 31, eerste lid, onderdeel a van de richtlijn is de Finaliteitsrichtlijn van toepassing ondanks de richtlijn. Doordat met dit nieuwe onderdeel d de bevoegdheden als bedoeld in artikel 212b, tweede lid, Fw worden uitgezonderd van de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord, wordt verduidelijkt dat deze bevoegdheden niet kunnen worden gewijzigd in een akkoord als bedoeld in artikel 370, eerste lid, Fw. Bovendien volgt hieruit dat de afkoelingsperiode van artikel 376 Fw niet geldt voor deze bevoegdheden. Ook voor de afkoelingsperiode in faillissement en de surseance van betaling geldt al een dergelijke uitzondering (zie de artikelen 212b, tweede lid, en 281 g Fw). In de huidige WHOA-regeling is al gewaarborgd dat de zakelijke zekerheden van de in artikel 212b lid 2 Fw genoemde partijen niet worden aangetast door de afkoelingsperiode doordat deze partijen om een machtiging kunnen vragen als bedoeld in artikel 376, tweede lid, onderdeel a, Fw. Nu nog wordt dit bereikt doordat de rechter in deze gevallen niet anders kan dan deze partijen de machtiging verlenen.[70] Daarmee voldoet de WHOA-regeling reeds aan de Finaliteitsrichtlijn. Door

---

[68] Zie Kamerstukken II 2004/05, 30 138, nr. 3, p. 10–11.

[69] Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (PbEG 1998, L 166).

[70] Vgl. Kamerstukken I 2020/21, 35 249, C, p. 11.

de introductie van dit onderdeel blijkt straks expliciet dat de genoemde partijen, ondanks de afkoelingsperiode, de bevoegdheden als bedoeld in artikel 212b, tweede lid, Fw kunnen uitoefenen. Met de hier voorgestelde wijziging behoeft de weg van de machtiging niet langer te worden bewandeld om hetzelfde resultaat te bereiken. Met onderdeel d wordt tevens expliciet gemaakt dat de WHOA-regeling geen afbreuk doet aan de in artikel 212b, derde lid, Fw genoemde overboekingsopdracht, opdracht tot verrekening en enige uit een dergelijke opdracht voortvloeiende betaling, levering, verrekening of andere rechtshandeling die benodigd is om de opdracht volledig uit te voeren. Daarmee wordt de onherroepelijkheid van dat soort opdrachten gewaarborgd.[71]

Dit onderdeel voegt ook een nieuw elfde lid toe aan artikel 369 Fw. Daarmee wordt artikel 31, eerste lid, onderdeel c, en tweede lid van de richtlijn geïmplementeerd. In de eerste plaats blijkt uit dit nieuwe elfde lid dat het bepaalde in de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord geen afbreuk doet aan het bepaalde in Verordening (EU) nr. 648/2012.[72] Deze verordening heeft als doel om de handel in derivaten transparanter te maken en de risico's hiervan te beperken. De verordening bevat hiertoe onder meer regels voor het afwikkelen van derivaten door een centrale tegenpartij. Deze centrale tegenpartij moet aan verschillende vereisten voldoen, zoals vereisten omtrent scheiding en overdraagbaarheid van activa en procedures in geval van wanbetaling.[73] Deze voorschriften en de andere bepalingen van de verordening gelden tijdens een WHOA-traject onverkort. Als gevolg van de omzetting in Nederland van Richtlijn (EU) 2015/2366 betreffende betalingsdiensten in de interne markt[74] en Richtlijn 2009/110/EG betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld[75] gelden er voorschriften inzake de bescherming van geldmiddelen voor betaalinstellingen respectievelijk elektronischgeldinstellingen. Uit het elfde lid blijkt dat het bepaalde in de afdeling omtrent de homologatie van een onderhands akkoord geen afbreuk doet aan deze voorschriften.

De toevoeging van een omschrijving van het begrip «MKB-onderneming» in artikel 369, eerste lid, Fw is technisch van aard en heeft vooral als doel om de leesbaarheid van de artikelen 371, vijftiende lid (nieuw), en 383, tweede lid, Fw te vergemakkelijken. Op grond van dit wetsvoorstel komt het huidige artikel 381, tweede lid, Fw te vervallen (zie artikel I, onderdeel UU). De tekst van artikel 369, tweede lid, is op deze wijziging aangepast.

Onderdeel OO

Artikel 371, eerste lid, Fw

Artikel 9 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren, ongeacht wie overeenkomstig artikel 4 een preventieve herstructureringsprocedure aanvraagt, het recht hebben om herstructure-

---

[71] Vgl. artikel 3 van de Finaliteitsrichtlijn.

[72] Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012, L 201)

[73] Zie o.a. de artikelen 39 en 48 van de Verordening.

[74] Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG (PbEU 2015, L 337).

[75] Richtlijn 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG (PbEU 2009, L 267).

ringsplannen ter goedkeuring aan de betrokken partijen voor te leggen. Dit betekent in het kader van de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures dat de schuldenaar, ook als er een herstructureringsdeskundige is aangewezen die de ontwikkeling van een akkoord ter hand neemt, de mogelijkheid moet hebben een eigen akkoord in stemming te brengen. In de WHOA-regeling is hierin als volgt voorzien. Artikel 371, eerste lid, Fw stelt voorop dat, zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt, de schuldenaar zelf geen akkoord kan aanbieden aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Vervolgens is echter bepaald dat de schuldenaar dit wel via de herstructureringsdeskundige kan doen. De schuldenaar kan een door hemzelf opgesteld akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen (artikel 371, eerste lid, vierde en vijfde zin, Fw). Gelet op artikel 9 lid 1 van de richtlijn, scherpt dit onderdeel de tekst van deze vijfde zin nu iets aan om te verduidelijken dat de herstructureringsdeskundige verplicht is om te voldoen aan dit verzoek van de schuldenaar. Bepaald wordt dat de herstructureringsdeskundige op een door hem nader te bepalen wijze en binnen een door hem te bepalen termijn tegemoet komt aan het verzoek van de schuldenaar. Uiteraard heeft het de voorkeur als de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar in onderling overleg alsnog tot één akkoordvoorstel komen. Als dit niet lukt, zal de herstructureringsdeskundige echter aan het verzoek van de schuldenaar moeten voldoen en het akkoord van de schuldenaar in stemming moeten brengen. Wel maakt de in dit onderdeel voorgestelde tekst duidelijk dat het aan de herstructureringsdeskundige is om te bepalen op welke wijze en wanneer het akkoord aan de stemgerechtigden wordt voorgelegd. Dit biedt de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid om het traject te coördineren en het akkoord van de schuldenaar bijvoorbeeld tegelijkertijd met een akkoord dat door hemzelf is voorbereid in stemming te brengen. Daarbij geldt wel dat de herstructureringsdeskundige in het oog dient te houden dat de schuldenaar een effectieve mogelijkheid moet hebben om zijn akkoord aan te bieden. De herstructureringsdeskundige mag bijvoorbeeld het in stemming brengen van het akkoord niet zo lang uitstellen, dat het akkoord in feite geen kans van slagen meer heeft. Het past bovendien bij de rol van de herstructureringsdeskundige dat hij ook over de condities waaronder hij het akkoord in stemming brengt, met de schuldenaar in gesprek gaat.

Onderdelen OO, UU en XX

Artikelen 371, derde en vijftiende lid, 381 en 385 Fw

Door middel van onderdeel OO wordt aan artikel 371, derde lid, toegevoegd dat de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Ook dient de rechtbank bij de aanwijzing a) rekening te houden met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de herstructureringsdeskundige, en b) een procedure en voorwaarden te hanteren die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn. Zie hierover nader het algemene deel van deze toelichting, paragraaf 3.3, en de toelichting bij artikel I, onderdelen A, H, FF, OO en TT van het artikelsgewijze deel.

Onderdeel OO voegt daarnaast een nieuw vijftiende lid toe aan artikel 371 Fw. Deze toevoeging dient ertoe om te verzekeren dat de akkoordprocedures die door de WHOA zijn geïntroduceerd, in overeenstemming zijn met artikel 4 lid 8 van de richtlijn. In artikel 4 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat «*de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructure-*

ringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren [...]». Op basis van artikel 4 lid 8 van de richtlijn kunnen de lidstaten er vervolgens voor kiezen het preventief herstructureringsstelsel ook beschikbaar te stellen voor schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers. Als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, geldt wel als voorwaarde dat de schuldenaar in een dergelijk geval moet instemmen met de start van de procedure (zie ook overweging 29 van de considerans van de richtlijn).

Op grond van de WHOA-regeling geldt nu nog dat als een herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, en de schuldenaar een MKB-bedrijf is, de herstructureringsdeskundige het akkoord alleen met instemming van de schuldenaar ter stemming voor kan leggen (zie artikel 381, tweede lid, Fw). Deze regeling wordt in die zin aangepast dat als de schuldenaar een MKB-bedrijf is en het WHOA-traject van start gaat door de aanstelling van een herstructureringsdeskundige, de instemming van de MKB-onderneming reeds vereist is voor deze aanstelling en niet pas op het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd. Van introductie van een extra instemmingsvereiste is dus geen sprake. Het al bestaande instemmingsvereiste wordt naar voren gehaald, namelijk van het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd naar het moment dat de rechter moet beslissen over een verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Vanaf de aanstelling van een herstructureringsdeskundige kan gebruik gemaakt worden van de verschillende voorzieningen die de WHOA-regeling biedt. Het gaat dan onder meer om de mogelijkheid tot afkondiging van een afkoelingsperiode op grond van artikel 376 Fw, de mogelijkheid om op grond van artikel 42a Fw te verzoeken om een machtiging voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen en de mogelijkheid voor de rechtbank om op grond van artikel 379 Fw bepalingen te maken of voorzieningen te treffen ter beveiliging van de belangen van schuldeisers of aandeelhouders. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de aanstelling van een herstructureringsdeskundige de start van de akkoordprocedure markeert. Het is dan ook in overeenstemming met de richtlijn om de instemming van het MKB-bedrijf te vereisen op het moment van aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Deze instemming van het MKB-bedrijf is ook vereist als het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund. Om deze reden is ook artikel 371, derde lid, iets aangepast. Hieruit blijkt nu dat een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige *in beginsel* in ieder geval wordt toegewezen als het wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, *met dien verstande dat in dat geval het vijftiende lid onverminderd van toepassing is*. Als het vijftiende lid van toepassing is, is het feit dat het verzoek door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund dus niet voldoende voor toewijzing van het verzoek, maar is de instemming van de schuldenaar vereist. In het nieuwe vijftiende lid wordt expliciet bepaald dat aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren instemming te verlenen. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat het «*kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren*». Constateert de rechter dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan hij bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur. De schuldenaar moet dus aan de rechtbank kenbaar maken wat de reden is voor zijn weigering instemming te verlenen. Met deze regeling wordt beoogd een balans te treffen tussen de belangen van diegenen die het WHOA-traject willen starten en de belangen van de schuldenaar. Directe

of indirecte druk van de aandeelhouders is in ieder geval geen goede reden voor het bestuur van de schuldenaar om instemming te weigeren. Een goede reden kan bijvoorbeeld zijn dat de schuldenaar zelf al bezig is met het treffen van maatregelen om de financiële problemen op te lossen. De schuldenaar zal daarbij voldoende concreet moeten aangeven waaruit die maatregelen bestaan en op welke termijn zij geïmplementeerd zullen worden, zodat de rechter zich een oordeel kan vormen over de geschiktheid hiervan voor het oplossen van de financiële problemen. Hierbij blijft uitgangspunt dat het in de eerste plaats aan het bestuur is om te beoordelen welke maatregelen het meest aangewezen zijn in geval van dreigende insolventie (vergelijk ook het algemene deel van deze toelichting, paragraaf 3.1, onder het kopje *Verantwoordelijkheid van bestuurders bij dreigende insolventie*). Dat de rechtbank zelf van oordeel is dat de route van de akkoordprocedure het meest geschikt is voor het aanpakken van de financiële problemen, is nog niet voldoende voor het oordeel dat het bestuur geen goede reden heeft voor zijn weigering. Hiervoor is nodig dat de door het bestuur voorgenomen maatregelen geen redelijke kans van slagen hebben. Bovendien zal het bestuur voldoende aannemelijk moeten maken dat het daadwerkelijk bereid en in staat is deze maatregelen te treffen.

De instemming van het MKB-bedrijf met de aanstelling van een herstructureringsdeskundige is enkel vereist als met deze aanstelling het WHOA-traject van start gaat. Schuldeisers, aandeelhouders of de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kunnen ook verzoeken om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige in het kader van een al lopend WHOA-traject dat door de schuldenaar zelf is gestart, bijvoorbeeld met het oog op de beveiliging van hun belangen. In dat geval heeft de MKB-onderneming de akkoordprocedure zelf al geïnitieerd en is zijn instemming hiermee dan ook niet nogmaals noodzakelijk. Bepaald is om deze reden dat de instemming van de MKB-onderneming met de aanstelling van de herstructureringsdeskundige enkel is vereist als de schuldenaar op het moment dat het verzoek wordt gedaan, niet al een verklaring als bedoeld in artikel 370, derde lid, ter griffie van de rechtbank heeft gedeponeerd. Als de schuldenaar zelf het WHOA-traject is gestart en er wel een dergelijke verklaring is gedeponeerd, geldt uiteraard wel nog steeds dat de rechtbank het verzoek tot aanstelling van de herstructureringsdeskundige afwijst als summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn. Dit laatste kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als het aanwijzingsverzoek is ingediend door een schuldeiser die dit klaarblijkelijk doet met geen ander doel dan om een vergevorderd en kansrijk door de schuldenaar geïnitieerd herstructureringstraject te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren, terwijl de gezamenlijke schuldeisers door dergelijk strategisch gedrag en de daarmee veroorzaakte vertraging nadeel ondervinden.[76]

De hiervoor beschreven aanpassing van de huidige regeling, leidt er logischerwijs ook toe dat het huidige artikel 381, tweede lid, Fw komt te vervallen (onderdeel UU). Onderdeel XX past de tekst van artikel 385, tweede zin, Fw aan deze wijziging van artikel 381 Fw aan.

[76] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 8, 40.

Onderdeel PP

Artikel 373, derde lid, Fw

Het huidige artikel 373, derde lid, Fw regelt dat zogenoemde «ipso facto-clausules» zonder gevolg blijven. Bedoeld zijn contractsbepalingen die automatisch contractuele gevolgen verbinden aan het openen van een akkoordprocedure of gebeurtenissen of handelingen die daarmee verband houden. Hiermee wordt voorkomen dat waardevolle overeenkomsten als gevolg van de herstructurering verloren gaan. Met deze bepaling wordt voldaan aan artikel 7 lid 5 van de richtlijn, dat de lidstaten verplicht het beroep op dergelijke «ipso facto-clausules» aan banden te leggen. De richtlijn noemt daarbij expliciet de aanvraag voor en de toekenning van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen als gebeurtenissen die op zichzelf geen grond mogen zijn voor beëindiging, wijziging of opschorting van een overeenkomst op grond van een beding daartoe (zie artikel 7 lid 5, onderdelen b en d, van de richtlijn). Daarom zijn ter verduidelijking in artikel 373, derde lid, Fw het verzoek tot en de afkondiging van een afkoelingsperiode als voorbeelden opgenomen van gebeurtenissen en handelingen die rechtstreeks verband houden met het voorbereiden en aanbieden van een akkoord en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn. Daarmee staat buiten twijfel dat de afkondiging van een dergelijke afkoelingsperiode of het doen van een verzoek hiertoe, geen grond kunnen zijn voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis en voor ontbinding van de overeenkomst.

Artikel 373, vierde lid, Fw

Het huidige artikel 373, vierde lid, Fw regelt dat zolang een afkoelingsperiode geldt, een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór die periode niet mag worden aangegrepen als grond voor – kort gezegd – beëindiging, opschorting of ontbinding van een overeenkomst met de schuldenaar. Wel dient de schuldenaar voor de nakoming van nieuwe verplichtingen onder de overeenkomst die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode, zekerheid te stellen. Met deze regeling wordt voorkomen dat een afkoelingsperiode die tot doel heeft om de schuldenaar enige tijd en rust te gunnen om het akkoord tot stand te kunnen brengen, alsnog geen effect heeft. Tegelijkertijd zorgt de regeling ervoor dat de belangen van de wederpartij die reeds met een verzuim is geconfronteerd, voldoende zijn gewaarborgd. Met artikel 373, vierde lid, Fw wordt nu al voldaan aan artikel 7 lid 4 van de richtlijn, dat, kort gezegd, bepaalt dat de lidstaten dienen te voorzien in regels die onder de schorsing vallende schuldeisers ervan weerhouden essentiële nog uit te voeren overeenkomsten te beëindigen, op te schorten of te wijzigen in verband met schulden die zijn ontstaan vóór de schorsing. Voorbeelden van nog uit te voeren overeenkomsten zijn blijkens overweging 41 van de considerans van de richtlijn lease- en licentieovereenkomsten, langlopende leveringscontracten en franchiseovereenkomsten.

De voorgestelde wijziging van artikel 373, vierde lid, Fw heeft slechts als doel de tekst van deze bepaling dichter aan te laten sluiten bij die van de richtlijn. Waar de richtlijn ziet op «*schulden die zijn ontstaan vóór de schorsing*», spreekt artikel 373, vierde lid, Fw over «*een verzuim* (...) *dat heeft plaatsgevonden vóór de afkoelingsperiode*». De strekking van beide bepalingen is echter dezelfde. Dit blijkt uit het feit dat op grond van artikel 373, vierde lid, Fw enkel zekerheid behoeft te worden gesteld voor nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode (en dus niet voor verplichtingen die reeds zijn ontstaan voor de afkoelingsperiode, maar in de nakoming waarmee de schuldenaar nog niet in verzuim is). Artikel 373,

vierde lid, Fw brengt daarom voor alle schulden die zijn ontstaan voorafgaand aan de afkoelingsperiode mee dat een verzuim in de voldoening daarvan geen grond is voor – kort gezegd – beëindiging, opschorting of ontbinding van een overeenkomst met de schuldenaar. Om te voorkomen dat toch onduidelijkheid ontstaat over de precieze reikwijdte van artikel 373, vierde lid, Fw wordt hierin straks gesproken over «*een verzuim van de schuldenaar in de voldoening van een schuld die is ontstaan vóór de afkoelingsperiode*». Met «een verzuim in de voldoening van een schuld» wordt hier gedoeld op iedere vorm van achterblijven door de schuldenaar in de voldoening van een schuld die normaalgesproken, zonder de afkoelingsperiode, voldoende aanleiding zou zijn voor de wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar of voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Het begrip «verzuim» heeft hier dus een ruimere betekenis dan in het kader van artikel 6:81 BW.

Onderdeel QQ

Artikel 375, eerste lid, onderdelen a en b, Fw

Uit artikel 28, onderdeel a, van de richtlijn volgt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldeisers de mogelijkheid hebben om hun vorderingen in een insolventieprocedure via elektronische communicatiemiddelen in te dienen. In de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures hoeven schuldeisers hun vorderingen niet zelf in te dienen. Wel geldt dat als een schuldenaar of een herstructureringsdeskundige een akkoord aanbiedt, de schuldeisers nadere informatie over het akkoord moeten kunnen verkrijgen (artikel 375, eerste lid, onderdeel j, Fw). Ook moet een schuldeiser die meent dat zijn vordering ten onrechte niet of voor een te laag bedrag is opgenomen in het akkoord, de mogelijkheid krijgen om de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige te verzoeken zijn vordering alsnog of voor een hoger bedrag in het akkoord op te nemen (vgl. de artikelen 383, negende lid, 378, eerste lid, onderdeel c, en vierde lid, Fw). De huidige wet bevat geen beperkingen ten aanzien van de wijze waarop schuldeisers contact kunnen opnemen met de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige. Ook nu staat de wet het dus al toe dat schuldeisers bijvoorbeeld via e-mail met de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige contact opnemen. Om de mogelijkheid tot elektronische communicatie verder te ondersteunen, is in artikel 375, eerste lid, onderdeel a, Fw opgenomen dat de schuldenaar in het akkoord een elektronisch postadres dient te vermelden waarop hij bereikbaar is. Is er een herstructureringsdeskundige aangesteld en legt hij het akkoord voor aan de schuldeisers en aandeelhouders, dan dient zijn elektronische postadres in het akkoord vermeld te worden (artikel 375, eerste lid, onderdeel b, Fw).

Daarnaast wordt aan artikel 375, eerste lid, onderdeel b, Fw toegevoegd dat, als er een observator is aangesteld, ook zijn naam in het akkoord vermeld wordt. Aangezien de observator heeft te gelden als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn, is dit vereist op grond van artikel 8 lid 1 onderdeel f van de richtlijn. Zie in dit verband ook het algemene deel van deze toelichting, paragraaf 3.1.

Artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw

Deze wijziging hangt samen met artikel 18 lid 5 van de richtlijn. Die bepaling verplicht de lidstaten te zorgen voor bescherming van transacties die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het akkoord. Als de schuldenaar deze transacties verricht overeenkomstig

hetgeen voorzien was in een door de rechter gehomologeerd akkoord, mogen deze transacties volgens de richtlijn later niet ongeldig worden verklaard als de schuldenaar toch failliet gaat. Ter implementatie van deze bepaling regelt dit onderdeel dat als de schuldenaar bescherming wenst te verkrijgen voor een bepaalde transactie die hij in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan, hij deze transactie uitdrukkelijk in het akkoord moet vermelden en daarbij moet aangeven dat hij deze bij de behandeling van het homologatieverzoek door de rechtbank wil laten toetsen. Door aanpassing van artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw is geregeld dat de rechtbank deze voorgenomen transactie vervolgens in het kader van de homologatie toetst (zie artikel I, onderdeel WW). Gaat de rechtbank over tot homologatie van het akkoord, dan verkrijgt de schuldenaar daarmee de bescherming die de richtlijn vereist. Zie hierover meer uitgebreid de toelichting bij artikel I, onderdeel WW.

Artikel 375, tweede lid, onderdeel e, onder 3°, Fw

Deze wijziging brengt mee dat de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige bij het akkoord een beschrijving dient te voegen van de gevolgen van de herstructureringsmaatregelen voor de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers. Hiermee wordt voldaan aan artikel 8 lid 1, onderdeel g, subonderdeel iv, van de richtlijn. Deze bepaling vereist dat het akkoord informatie bevat over algemene werkgelegenheidsgevolgen van de herstructurering, zoals ontslagen, werktijdverkortingsregelingen of andere soortgelijke gevolgen. Het is in de akkoordprocedures buiten faillissement, zoals voorzien in de WHOA, niet mogelijk door middel van een akkoord wijzigingen aan te brengen in de rechten van werknemers die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst (artikel 369, vierde lid, Fw). Een akkoord kan echter onderdeel uitmaken van een breder reorganisatietraject waarbij naast een herstructurering van schulden ook sprake is van een aanpassing van de bedrijfsvoering om kosten te besparen. Voor zover in dit bredere reorganisatietraject maatregelen worden genomen die gevolgen hebben voor de in dienst zijnde werknemers, zoals ontslagen of een werktijdverkortingsregeling, dient hierover informatie te worden verschaft in de bijlage bij het akkoord. Informatie over de gevolgen voor werknemers kan van belang zijn om te kunnen beoordelen of het herstructureringstraject naar verwachting succesvol zal zijn. Deze informatie stelt de schuldeisers en aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft, daarmee in staat zich een geïnformeerd oordeel te vormen over het akkoord. Uiteraard kan uit andere wetgeving, zoals de Wet op de ondernemingsraden, voortvloeien dat ook andere partijen moeten worden geïnformeerd over maatregelen met gevolgen voor werknemers. Deze wetgeving is tijdens een WHOA-traject onverkort van toepassing, zoals ook blijkt uit artikel 375, eerste lid, onder l, Fw.

Artikel 375, tweede lid, onderdeel e, onder 4°, Fw

Uit artikel 8 lid 1, onderdeel h, van de richtlijn volgt dat het akkoord een motivering moet bevatten waarom redelijkerwijs verwacht mag worden dat het herstructureringsplan de insolventie van de schuldenaar zal voorkomen en de levensvatbaarheid van de onderneming zal verzekeren. Deze motivering moet bovendien de noodzakelijke voorwaarden voor het welslagen van het plan vermelden. In artikel 375, tweede lid, onderdeel e, Fw is al bepaald dat bij het akkoord – kort gezegd – een beschrijving moet worden gevoegd over de aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen, de pogingen die al zijn gedaan om die problemen op te lossen, de maatregelen die nu in het kader van het akkoord worden voorgesteld en op welke wijze die maatregelen zullen bijdragen aan een oplossing. Op basis hiervan zal, in overeenstemming met de richtlijn, gemotiveerd moeten worden dat deze maatregelen naar verwachting de

insolventie van de schuldenaar kunnen voorkomen en het voortbestaan van de onderneming kunnen verzekeren. Of de maatregelen inderdaad dit resultaat zullen hebben, is uiteraard afhankelijk van verschillende factoren, zoals toekomstige marktontwikkelingen. Er valt kortom nooit met absolute zekerheid te voorspellen dat de maatregelen inderdaad de insolventie zullen voorkomen. Voor schuldeisers en aandeelhouders is dan ook van belang dat de verwachting dat de maatregelen de insolventie kunnen voorkomen, op redelijke aannames is gebaseerd. Met het oog hierop wordt in de tekst van artikel 375, tweede lid, onderdeel e, onder 4°, Fw verduidelijkt dat in de beschrijving moet worden aangegeven welke noodzakelijke voorwaarden vervuld moeten zijn voor het bereiken van een oplossing. De vermelding van deze voorwaarden stelt schuldeisers en aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft, beter in staat te beoordelen of in het akkoord uit wordt gegaan van redelijke verwachtingen ten aanzien van de overlevingskansen van de onderneming.

Onderdeel RR

Artikel 376, vierde lid, onderdeel a, Fw

Uit de toelichting bij de WHOA blijkt dat de door deze wet geïntroduceerde akkoordprocedures niet alleen kunnen worden gebruikt om een onderneming met financiële problemen weer financieel gezond te maken en voort te kunnen zetten, maar ook om tot een gecontroleerde stopzetting en afwikkeling van een onderneming te komen als deze geen overlevingskansen heeft. Voorwaarde is dat hiermee een beter resultaat te behalen is dan met een afwikkeling van de onderneming in faillissement.[77] Ook tijdens de voorbereidingen van een akkoord dat gericht is op de afwikkeling van de onderneming, kan de afkondiging van een afkoelingsperiode op de voet van artikel 376 Fw noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld om te voorkomen dat schuldeisers die hieraan niet willen meewerken direct overgaan tot verhaalsacties of tot de indiening van een faillissementsaanvraag om het proces te blokkeren of te vertragen. Uit artikel 376, vierde lid, onderdeel a, Fw zou echter ten onrechte afgeleid kunnen worden dat een afkoelingsperiode in een dergelijk geval niet steeds mogelijk is, nu dit onderdeel vereist dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. In het geval het akkoord nu juist gericht is op de gecontroleerde afwikkeling van de onderneming, kan het zijn dat van een (volledige) voortzetting van de onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord geen sprake is.[78] Individuele verhaalsacties of de indiening van een faillissementsaanvraag kunnen ook in een dergelijk geval de totstandkoming van een akkoord belemmeren of bemoeilijken. Om te verduidelijken dat ook in die situatie gebruik gemaakt kan worden van een afkoelingsperiode, wordt aan artikel 376, vierde lid, onderdeel a, Fw, toegevoegd dat het verzoek daarnaast wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming door middel van een akkoord gecontroleerd af te kunnen wikkelen. Wel geldt ook dan dat de rechter het verzoek tot afkondiging van de afkoelingsperiode enkel toewijst als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij gediend zijn en diegenen die door de afkoelingsperiode worden geraakt, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad (zie artikel 376, vierde lid, onderdeel b, Fw).
Ten overvloede wordt nog opgemerkt dat de afkoelingsperiode ook beschikbaar is als direct bij aanvang van het WHOA-traject een akkoord

[77] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 2, 23.
[78] Vgl. Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.

wordt aangeboden. Dit blijkt expliciet uit artikel 376, eerste lid, waar is bepaald dat de schuldenaar de rechtbank onder meer kan verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen wanneer de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, Fw, en een akkoord heeft aangeboden. Ook als reeds een akkoord is aangeboden, is afkondiging van een afkoelingsperiode dus mogelijk. Uit het feit dat artikel 376, vierde lid, onderdeel a, Fw vereist dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming «tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord» te kunnen blijven voortzetten, moet niet iets anders worden afgeleid. De periode van de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord moet ruim worden opgevat; deze periode loopt door tot aan de homologatie van het akkoord door de rechter.

Artikel 376, zesde lid, Fw

Het huidige zesde lid van artikel 376 Fw bepaalt dat een afkoelingsperiode niet wordt verlengd als de afkoelingsperiode is verzocht in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement, en het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar, bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Insolventieverordening[79] in de drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van de WHOA-regeling vanuit een andere lidstaat is verplaatst. Deze bepaling is in de wet opgenomen met het oog op artikel 6 lid 8, tweede alinea, van de richtlijn, dat bepaalt dat in het genoemde geval de totale duur van de schorsing beperkt is tot maximaal vier maanden. Artikel 376, zesde lid, Fw gaat echter onbedoeld verder dan de richtlijn vereist, nu een verlenging van de afkoelingsperiode in deze bepaling geheel en al wordt uitgesloten. Verlenging behoort inderdaad niet mogelijk te zijn in die gevallen waarin de rechter aanvankelijk een afkoelingsperiode van vier maanden heeft afgekondigd. Als de rechter echter initieel een kortere afkoelingsperiode dan vier maanden heeft afgekondigd, staat de richtlijn verlenging wel degelijk toe, waarbij geldt dat de totale termijn van de afkoelingsperiode niet langer mag zijn dan vier maanden. Het zesde lid van artikel 376 Fw wordt hierop nu aangepast. Verlenging wordt in de in dat lid bedoelde situatie niet langer geheel uitgesloten, maar in plaats daarvan wordt bepaald dat de totale termijn van de afkoelingsperiode met inbegrip van verlengingen niet langer kan zijn dan vier maanden.

Daarnaast wordt het zesde lid aangepast gelet op het feit dat een eerste beslissing in het kader van een WHOA-traject ook een beslissing op de voet van artikel 42a Fw kan zijn. Zie in dit verband ook de toelichting op artikel I, onderdeel D van dit wetsvoorstel. Als de eerste beslissing in het WHOA-traject een beslissing op de voet van artikel 42a Fw is, is dit voor de toepassing van het zesde lid van artikel 376 Fw het moment ten opzichte waarvan de verplaatsing van het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar moet worden bezien. Door de expliciete toevoeging van de beslissing op basis van artikel 42a Fw aan het zesde lid, is dit nu verduidelijkt.

Artikel 376, achtste lid, Fw

Dit wetsvoorstel bevat een wijziging van artikel 369, vierde lid, Fw. Toegevoegd wordt aan dit lid dat het bepaalde in de afdeling inzake de homologatie van een akkoord, niet van toepassing is op financiëlezekerheidsovereenkomsten en verrekenbedingen in de zin van artikel 7:51 BW (zie artikel I, onderdeel MM). Hieruit volgt dat de afkoelingsperiode van

[79] Verordening 2015/848 van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, Pb. EU L 141/19.

artikel 376 Fw geen gevolgen heeft voor een bevoegdheid tot verhaal die voortvloeit uit een financiëlezekerheidsovereenkomst. Daarmee bestaat er niet langer een noodzaak voor verklaring van overeenkomstige toepassing van artikel 241d Fw, waaruit hetzelfde volgt.

Artikel 376, tiende lid, Fw

De richtlijn bevat in artikel 6 lid 9 limitatief de gronden waarop opheffing van een schorsing van tenuitvoerleggingsmaatregelen mogelijk gemaakt kan worden. Het kan daarbij zowel gaan om een algemene opheffing van de schorsing als om een opheffing ten opzichte van bepaalde schuldeisers (zie overweging 37 van de considerans). Hoewel opheffing ten opzichte van bepaalde schuldeisers op grond van de WHOA-regeling nu al mogelijk is doordat een schuldeiser kan vragen om een machtiging op grond van artikel 376, tweede lid, onder a, Fw, is niet expliciet geregeld op welke grond dit kan. Ter verduidelijking wordt hiertoe aan dit artikel een nieuw tiende lid toegevoegd, waarin alsnog wordt geëxpliciteerd op welke grond de rechter een machtiging als bedoeld in artikel 376, tweede lid, onder a, Fw kan verlenen. Dit is het geval als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de derde door het niet kunnen uitoefenen van zijn bevoegdheid tot verhaal of tot opeising wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Dit criterium sluit aan bij dat voor de afwijzing van een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode en dat voor de opheffing van een afkoelingsperiode; dat derden wezenlijk in hun belangen worden geschaad is ook reden om de afkondiging van de afkoelingsperiode te weigeren of een afgekondigde afkoelingsperiode op te heffen (artikel 376, vierde en zevende lid, Fw). Als redelijkerwijs valt aan te nemen dat een derde door de afkoelingsperiode redelijkerwijs in zijn belangen wordt geschaad, is het aan de rechter in een concreet geval om te bepalen welke consequentie hieraan verbonden wordt. Kan met de belangen van de derde rekening worden gehouden door het verlenen van een machtiging, dan hoeven deze belangen niet in de weg te staan aan de afkondiging van de afkoelingsperiode of de voortzetting hiervan. Afkondiging of voortzetting van de afkoelingsperiode is dan immers mogelijk zonder dat de belangen van de derde wezenlijk worden geschaad. Denkbaar is echter dat verlening van de machtiging tot gevolg zou hebben dat afkondiging of voortzetting van de afkoelingsperiode niet zinvol is, bijvoorbeeld als de machtiging is verzocht door een belangrijke schuldeiser en verhaal door deze schuldeiser de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar direct in gevaar brengt. In een dergelijk geval is het niet mogelijk om met de belangen van de derde rekening te houden door het verlenen van een machtiging en brengen deze belangen mee dat de afkoelingsperiode geweigerd of opgeheven moet worden. Dit zal eerder aan de orde zijn als door de afkoelingsperiode meerdere schuldeisers wezenlijk in hun belangen worden geschaad dan wanneer dit slechts een individuele schuldeiser betreft.

Artikel 376, elfde lid (nieuw), Fw

Dit onderdeel regelt dat de rechtbank ook op verzoek van de observator, zo die is aangesteld, de afkoelingsperiode kan opheffen. Aangezien de observator heeft te gelden als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn, brengt artikel 6 lid 9, onderdeel b van de richtlijn mee dat de rechtbank deze mogelijkheid moet hebben. Zie in dit verband ook het algemene deel van deze toelichting, paragraaf 3.1.

Onderdeel SS

Artikel 378, eerste lid, onderdeel g, Fw

Deze wijziging hangt samen met het feit dat als de schuldenaar een MKB-onderneming drijft, zijn instemming niet langer wordt vereist voor het ter stemming voorleggen van een akkoord, maar reeds voor de aanstelling van een herstructureringsdeskundige, omdat dit het moment is dat de akkoordprocedure van start gaat. Zie in dit verband het algemene deel van deze toelichting, paragraaf 3.1 en de toelichting bij artikel I, onderdelen OO, UU en XX van het artikelsgewijze deel. Het huidige artikel 378, eerste lid, onderdeel g en vijfde lid, Fw bevat onder meer een voorziening voor het geval het bestuur zonder goede reden weigert instemming te verlenen voor het in stemming brengen van het akkoord. Deze voorziening kan nu komen te vervallen. Wel wordt een vergelijkbare voorziening getroffen in artikel 371, derde lid, Fw, zodat ook onder de nieuwe regeling bijvoorbeeld voorkomen kan worden dat aandeelhouders de start van de akkoordprocedure frustreren door het bestuur op onredelijke wijze te belemmeren om instemming met de aanstelling van de herstructureringsdeskundige te verlenen.

De instemming van de schuldenaar die een mkb-bedrijf is, is onder huidig recht voorts vereist voor het indienen van een homologatieverzoek waarmee niet alle klassen hebben ingestemd (zie artikel 383, tweede lid, Fw). Deze regeling sluit aan bij artikel 11 lid 1 van de richtlijn. Het huidige artikel 378, eerste lid, onderdeel g en vijfde lid, Fw bevat ook een voorziening voor het geval het bestuur zonder goede reden weigert om instemming te verlenen met het indienen van een homologatieverzoek. Voor deze situatie blijft de voorziening gehandhaafd. Het blijft daarmee mogelijk om al voorafgaand aan de stemming aan de rechtbank te verzoeken om zich uit te laten over de weigering van het bestuur om instemming te verlenen met het indienen van een homologatieverzoek. De herstructureringsdeskundige zal immers al voor de stemming willen weten of een aangeboden akkoord kans van slagen heeft, of dat het nodig is het voorbereidingstraject bij te sturen en/of het aangeboden akkoord aan te passen. Als de verwachting bestaat dat niet alle klassen met het akkoord zullen instemmen, is het daarom denkbaar dat hij al voorafgaand aan de stemming aan de schuldenaar vraagt of hij kan instemmen met het indienen van een verzoek tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd. Weigert het bestuur om instemming te verlenen, bestaat er belang bij om deze weigering al in dit stadium voor te kunnen leggen aan de rechtbank. Uiteraard is ook denkbaar dat pas na afloop van de stemming blijkt dat niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en dat het bestuur weigert om instemming te verlenen met het indienen van een homologatieverzoek. In die situatie kan de herstructureringsdeskundige een verzoek aan de rechtbank tot het verlenen van vervangende instemming combineren met een verzoek tot homologatie van het akkoord.

Onderdeel VV

Artikel 383, eerste lid, Fw

Dit onderdeel introduceert een regeling voor de situatie dat de herstructureringsdeskundige op verzoek van de schuldenaar een eigen akkoord van de schuldenaar in stemming heeft gebracht en tijdens de stemming is gebleken dat dit akkoord op voldoende steun kan rekenen van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Bepaald wordt dat de schuldenaar in een dergelijk geval zelf geen homologatieverzoek kan indienen, maar dat de herstructureringsdeskundige dit doet op zijn

verzoek. Als ook het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige in aanmerking komt voor homologatie, kan de herstructureringsdeskundige dit akkoord eveneens ter homologatie aan de rechter voorleggen. Dit volgt uit de eerste zin van artikel 383, eerste lid, Fw en uit de twee nieuwe zinnen die worden toegevoegd aan artikel 384, eerste lid, Fw en waarin wordt bepaald in welke volgorde de rechter deze verzoeken vervolgens in behandeling neemt.
Met deze bepaling heeft de schuldenaar er aanspraak op dat zijn akkoord ter homologatie aan de rechter wordt voorgelegd, als dit akkoord tijdens de stemming voldoende steun heeft gekregen. Dit sluit aan bij artikel 9 lid 1 van de richtlijn, waarin de schuldenaar het recht is toegekend om een akkoord ter stemming aan de betrokken partijen voor te leggen. Dit recht is alleen effectief, als de schuldenaar vervolgens een reële mogelijkheid heeft om dit gehomologeerd te krijgen. Overigens is de schuldenaar niet verplicht om het traject dat hij zelf is aangevangen om een akkoord tot stand te brengen, na de stemming voort te zetten. Hij kan er ook voor kiezen om het traject na de stemming af te breken. De herstructureringsdeskundige is alleen verplicht een homologatieverzoek in te dienen als de schuldenaar hierom verzoekt. Daarmee hebben de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige de ruimte om onderling afspraken te maken over de indiening van het homologatieverzoek. Ook de herstructureringsdeskundige heeft de keuze of hij al dan niet een homologatieverzoek indient ten aanzien van het akkoord dat door hemzelf is voorbereid. De herstructureringsdeskundige zou er ook voor kunnen kiezen om alleen een homologatieverzoek in te dienen ten behoeve van het akkoord van de schuldenaar. Dit zou hij ook kunnen doen als de schuldenaar daar uiteindelijk zelf niet meer om vraagt. In de nieuw toegevoegde zin aan artikel 383, eerste lid, Fw wordt dit tot uitdrukking gebracht door de bepaling dat de herstructureringsdeskundige ook op eigen initiatief kan overgaan tot de indiening van een homologatieverzoek ten aanzien van een akkoord dat door de schuldenaar is voorbereid.

Artikel 383, tweede lid, Fw

Het huidige artikel 383, tweede lid, Fw ziet op de situatie van een WHOA-traject waarbij sprake is van een schuldenaar die een MKB-onderneming drijft en waarbij er een herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers, of de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. Bovendien is het traject al verder gevorderd. De stemming over het akkoord heeft namelijk al plaatsgevonden en daaruit is gebleken dat niet alle klassen met het akkoord kunnen instemmen. In deze situatie bepaalt artikel 383, tweede lid, Fw dat de herstructureringsdeskundige alleen met instemming van de schuldenaar een homologatieverzoek kan indienen. Deze bepaling sluit daarmee al grotendeels aan bij artikel 11 lid 1 van de richtlijn. Artikel 11 lid 1 van de richtlijn stelt, voor de situatie waarin niet alle klassen met het akkoord hebben kunnen instemmen, het vereiste van instemming van de MKB-onderneming echter zonder meer; dat wil zeggen dat het geen verschil maakt of de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of aandeelhouders, of de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, dan wel de schuldenaar zelf. Artikel 383, tweede lid, Fw wordt daar nu op aangepast. Als gevolg hiervan geldt straks dat de herstructureringsdeskundige steeds de instemming van de schuldenaar, als dit een MKB-bedrijf is, nodig heeft om een homologatieverzoek te kunnen indienen ten aanzien van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd. Daarbij geldt nog steeds dat als het bestuur geen goede reden heeft voor zijn weigering om instemming te verlenen, de rechter op grond van artikel 378, eerste lid, onderdeel g in combinatie met het vijfde lid, Fw op verzoek van de herstructureringsdeskundige vervangende instemming kan verlenen. Dit

betekent dat als de schuldenaar een rechtspersoon is, de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze kunnen belemmeren instemming te verlenen, zoals ook expliciet bepaald is in artikel 383, tweede lid, Fw. Zie in dit verband ook de toelichting bij artikel I, onderdelen OO, UU en XX. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat het *«kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren».*

Onderdeel WW

Artikel 384, eerste lid, Fw

Zoals hierboven in de toelichting bij de wijziging van artikel 383, eerste lid, Fw is beschreven, is het mogelijk dat de herstructureringsdeskundige twee homologatieverzoeken indient ten aanzien van twee verschillende akkoorden. De vraag is dan in welke volgorde die verzoeken door de rechter in behandeling genomen moeten worden. In artikel 384, eerste lid, Fw worden twee nieuwe zinnen opgenomen waarin de rechter wordt voorzien van handvatten. Daarbij is als uitgangspunt genomen dat de rechter eerst beoordeelt of het akkoord van de schuldenaar voor homologatie in aanmerking komt. Als dit akkoord voldoet aan de voorwaarden, homologeert de rechter dit akkoord. De rechter gaat alleen over tot een beoordeling van het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige als het akkoord van de schuldenaar niet blijkt te voldoen aan de homologatievoorwaarden en dus niet gehomologeerd kan worden. Voor deze regeling, waarin de homologatie van het akkoord van de schuldenaar voorop wordt gesteld, is gekozen omdat het de schuldenaar is die het akkoord uiteindelijk moet uitvoeren en zijn steun voor het akkoord daarom van belang is. Dit sluit bovendien aan bij artikel 9 lid 1 van de richtlijn, waarin het recht van de schuldenaar om een akkoord aan te bieden, voorop staat. Dit recht is alleen effectief als er ook daadwerkelijk een mogelijkheid is voor de schuldenaar om zijn akkoord gehomologeerd te krijgen.
Op het bovengenoemde uitgangspunt worden twee uitzonderingen gemaakt. In de eerste plaats kan de herstructureringsdeskundige een door de schuldenaar ondersteund verzoek indienen tot behandeling van de verzoeken in omgekeerde volgorde. De rechter gaat dan alleen over tot beoordeling van het akkoord van de schuldenaar als blijkt dat het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige niet aan de homologatievoorwaarden voldoet en daarom niet gehomologeerd kan worden. Ook hier geeft de wettelijke regeling de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar dus de ruimte om afspraken te maken over het traject. Ten tweede beoordeelt de rechter ook eerst het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige als alle klassen met dit akkoord hebben ingestemd, terwijl dit niet geldt voor het akkoord van de schuldenaar. In die situatie rechtvaardigt de grotere steun van de verschillende klassen van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dat de voorkeur wordt gegeven aan dit akkoord.

Artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw

Zoals in § 3.1 van het algemene deel van deze toelichting is opgemerkt, biedt de WHOA-regeling reeds de mogelijkheid om tussentijdse financiering en andere transacties die noodzakelijk zijn om het akkoord tot stand te kunnen brengen, te beschermen tegen een vernietiging door de curator als de reddingsoperatie toch niet lukt en er uiteindelijk alsnog een faillissement volgt (artikel 42a Fw). Daarnaast biedt artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw de mogelijkheid om nieuwe financiering die nodig is in het kader van de uitvoering van het akkoord te laten bevestigen door de

rechter en op die manier te beschermen tegen een latere vernietiging. De schuldenaar zal de nieuwe financiering op grond van artikel 375, eerste lid, onder i, Fw moeten opnemen in het akkoord en als het akkoord door de rechter wordt gehomologeerd, staat daarmee vast dat deze transactie niet tijdens een eventueel later faillissement door de curator kunnen worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Homologatie van het akkoord is dus een voorwaarde voor de bescherming van nieuwe financiering. De richtlijn maakt het mogelijk om deze voorwaarde aan bescherming te stellen (zie artikel 17 lid 2 van de richtlijn). Deze voorwaarde geldt ook in geval alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hebben ingestemd met het akkoord. Op grond van de wet is het indienen van een verzoek tot homologatie mogelijk als tenminste een klasse met het akkoord heeft ingestemd. Deze klasse dient te bestaan uit schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan. Ziet het akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze laatste eis niet (artikel 383, eerste lid, Fw). De wet maakt het dus mogelijk om ook een homologatieverzoek in te dienen als sprake is van een akkoord waarmee alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hebben ingestemd. Hiervan zal de schuldenaar, als gezegd, gebruik moeten maken als het akkoord voorziet in nieuwe financiering en hij hiervoor bescherming wenst. Of de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders in een dergelijk geval ook gebonden zijn aan het (nog) niet gehomologeerde akkoord, is een kwestie van uitleg van dat akkoord. Denkbaar is dat de instemming van partijen is gegeven onder de voorwaarde van homologatie en de bescherming van de nieuwe financiering.

Uit het huidige artikel 384, tweede lid, onder f, Fw blijkt dat de rechter de homologatie van een akkoord moet weigeren als daarin om een bevestiging wordt gevraagd van een nieuwe financiering die tot gevolg heeft dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers wezenlijk worden geschaad. Hieraan wordt nu een tweede afwijzingsgrond toegevoegd. De rechter zal het verzoek tot homologatie van een akkoord dat een nieuwe financiering omvat ook moeten weigeren als redelijkerwijs aannemelijk is dat de nieuwe financiering niet noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord. Daarmee wordt aangesloten bij artikel 10 lid 2, onderdeel e van de richtlijn. In deze bepaling worden de lidstaten verplicht om als voorwaarde voor homologatie onder meer te stellen dat eventuele nieuwe financiering noodzakelijk is om het akkoord uit te voeren. In het huidige artikel 375, eerste lid, onder i, Fw is al bepaald dat als de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord nieuwe financiering aan wil gaan, hij in het akkoord de redenen zal moeten vermelden waarom dit nodig is. Daarmee in overeenstemming is dat de rechter vervolgens, in het kader van de homologatie van het akkoord, ook toetst of deze financiering daadwerkelijk noodzakelijk is. Door deze wijziging van artikel 384, tweede lid, onder f, Fw wordt verduidelijkt dat de rechter deze toetsing inderdaad uitvoert. Aan het criterium dat de financiering noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord is voldaan als de financiering nodig is om de herstructurering te kunnen laten slagen. Hiervan kan ook sprake zijn als er een totaalpakket aan financiering wordt verstrekt, waarbij bijvoorbeeld een deel van de financiering wordt gebruikt voor de betaling van de uitkering aan de schuldeisers die in het akkoord is voorzien, een deel voor een noodzakelijke investering en een deel om in het kader van de voortzetting van de onderneming aan de dagelijkse financiële verplichtingen te voldoen.

Daarnaast wordt aan artikel 384, tweede lid, onder f, Fw toegevoegd dat de rechtbank een verzoek tot homologatie ook afwijst als in het akkoord

overeenkomstig artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw is opgenomen dat de schuldenaar een bepaalde transactie aan wil gaan, terwijl redelijkerwijs aannemelijk is dat deze niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk zullen worden geschaad. Deze toevoeging hangt samen met artikel 18 lid 5 van de richtlijn. Die bepaling verplicht de lidstaten te zorgen voor bescherming van transacties die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het akkoord. Als de schuldenaar deze transacties verricht overeenkomstig hetgeen voorzien was in een door de rechter gehomologeerd akkoord, mogen deze transacties volgens de richtlijn later niet ongeldig worden verklaard als de schuldenaar toch failliet gaat. Door de toevoeging aan artikel 384, tweede lid, onder f, Fw wordt duidelijk dat de rechter in het kader van de homologatie van het akkoord het voornemen om in het kader van de uitvoering van het akkoord bepaalde transacties te verrichten, kan toetsen. Wil de schuldenaar bescherming voor een dergelijke transactie, dan zal hij deze transactie uitdrukkelijk in het akkoord moeten vermelden en daarbij moeten aangeven dat hij deze bij de behandeling van het homologatieverzoek door de rechtbank wil laten toetsen. Dit volgt uit het gewijzigde artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw. De rechter beoordeelt alleen de in het akkoord op deze wijze vermelde transacties. Anders dan het geval is bij een nieuwe financiering, die op grond van artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw steeds vermeld moet worden in het akkoord, kan de schuldenaar ten aanzien van andere transacties dus afzien van de toetsing op grond van artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw. Transacties die niet met het oog op deze toetsing in het akkoord vermeld zijn, missen echter de bescherming die de homologatie van het akkoord biedt.
De rechtbank wijst homologatie als gezegd af als de transactie niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk zullen worden geschaad. Doordat vereist is dat de transactie «onmiddellijk noodzakelijk» is voor de uitvoering van het akkoord, is een directer verband vereist tussen de transactie en de uitvoering van het akkoord dan het geval is bij nieuwe financiering. Dit is in overeenstemming met de richtlijn, die inhoudt dat de lidstaten in geval van nieuwe financiering als homologatievoorwaarde dienen te stellen dat deze «noodzakelijk» is voor de uitvoering van het akkoord (zie artikel 10 lid 2, onderdeel e van de richtlijn). Voor andere transacties geldt dat de richtlijn bescherming vereist als deze transacties «redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn» voor de uitvoering van het akkoord (zie artikel 18 lid 5 van de richtlijn). Wordt het akkoord gehomologeerd, dan volgt hieruit dat de in het akkoord vermelde voorgenomen transacties zijn goedgekeurd en dat een transactie die de schuldenaar overeenkomstig het akkoord heeft verricht, niet tijdens een eventueel later faillissement door de curator kan worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Niet voldaan is in een dergelijk geval aan de voorwaarde dat de partijen bij de rechtshandeling wisten of behoorden te weten dat benadeling van de schuldeisers hiervan het gevolg zou zijn. Ook hier geldt weer dat homologatie van het akkoord een voorwaarde voor deze bescherming is, ook als alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hebben ingestemd met het akkoord.

Artikel II

Per 1 januari 2022 is de Wet van 29 september 2021 tot wijziging van de Wet griffierechten burgerlijke zaken in verband met het introduceren van meerdere griffierechtcategorieën voor lagere geldvorderingen en het toevoegen van een griffierechtcategorie voor hoge geldvorderingen[80] in werking getreden. Bij deze wet is de Wet griffierechten burgerlijke zaken

[80] *Stb.* 2021, 507.

(hierna: Wgbz) aangepast, waarbij een extra griffierechtcategorie is toegevoegd voor hoge geldvorderingen. Hierbij is abusievelijk artikel 19a, tweede lid, Wgbz niet aan deze wijziging aangepast, waardoor niet meer duidelijk is naar welke griffierechtcategorie in deze bepaling wordt verwezen. Verduidelijkt wordt door artikel II dat voor de in artikel 19a, tweede lid Wgbz bedoelde verzoeken het griffierecht wordt geheven dat hoort bij de categorie voor zaken met betrekking tot een vordering, dan wel een verzoek met een beloop van meer dan € 100.000 en niet meer dan € 1.000.000.

Artikel III

Artikel 374, tweede lid, onderdeel a, Fw

Het huidige artikel 374, tweede lid, onderdeel a, Fw ziet onder meer op een schuldeiser ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn. In het handelsregister worden algemene gegevens over een onderneming opgenomen, waaronder het aantal werkzame personen dat bij een onderneming betrokken is. De Handelsregisterwet 2007 wordt echter op dit punt gewijzigd.[81] Het uitgangspunt van de opgave door de onderneming van het aantal werkzame personen wordt dan verlaten en vervangen door de indicatie van het aantal arbeidsverhoudingen. De gegevens over de indicatie worden aan de Kamer van Koophandel aangeleverd vanuit de polisadministratie van het Uitvoeringinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). Dit artikel past de tekst van artikel 374, tweede lid, onderdeel a, Fw zodanig aan dat deze naar het gegeven «indicatie van het aantal arbeidsverhoudingen» verwijst vanaf het moment dat de betreffende wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in werking treedt.

Artikel IV

Dit artikel bevat het overgangsrecht. De wijzigingen van artikel I zijn van toepassing op faillissementen, surseances van betalingen, schuldsaneringsregelingen en besloten en openbare akkoordprocedures buiten faillissement die na het tijdstip van inwerkingtreding zijn gestart. Op lopende procedures blijft de oude regeling van toepassing. Voor de artikelen II en III geldt dat zij onmiddellijke werking hebben.

Artikelen V en VI

Artikel V bepaalt dat deze wet in werking treedt op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld. Nu dit wetsvoorstel bepalingen kent die zien op de verschillende onderdelen van de Faillissementswet (namelijk op het faillissement, de surseance van betaling, de WSNP en de WHOA-regeling), bevat dit wetsvoorstel de mogelijkheid tot gefaseerde inwerkingtreding. Denkbaar is dan eventueel dat bepalingen die zien op een bepaald onderdeel van de Faillissementswet eerder in werking treden dan voor een ander onderdeel, mocht dit wenselijk blijken. Bij de inwerkingtreding zal rekening gehouden worden met de vaste verandermomenten als dit met het oog op de implementatietermijn mogelijk is. Zo mogelijk wordt er ook een termijn tussen de publicatiedatum van de wet en het tijdstip van inwerkingtreding gelaten, zodat de

[81] Artikel II, onderdeel F, van de Wet van 26 juni 2019 tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in verband met de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen in het Burgerlijk Wetboek, de Handelsregisterwet 2007 en de Wet op de Kamer van Koophandel (*Stb.* 2019, 280).

praktijk de mogelijkheid heeft zich in te stellen op de in dit wetsvoorstel opgenomen wijzigingen. Dit is echter alleen mogelijk als de implementatietermijn dit toelaat. Artikel VI bevat de citeertitel.

De Minister voor Rechtsbescherming,
F.M. Weerwind

Transponeringstabel Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie) (Pb EU 2019, L 172)

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 1 lid 1	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie, want hierin wordt slechts het onderwerp van de richtlijn aangegeven.		
Artikel 1 lid 2	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan gedeeltelijk gebruik is gemaakt. Deze bepaling houdt in dat de richtlijn niet van toepassing is op herstructureringsprocedures en kwijtscheldingsprocedures die zien op de daar genoemde schuldenaren. De bepaling staat er daarmee niet aan in de weg dat lidstaten dergelijke procedures ook ter beschikking stellen aan dergelijke schuldenaren, maar in dat geval hoeft deze procedure niet te voldoen aan de eisen van de richtlijn.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om de in deze bepaling genoemde schuldenaren uit te sluiten van het toepassingsbereik van het herstructureringsstelsel en van de kwijtscheldingsregeling.	Verzekeraars, banken en natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen, zijn in art. 369 lid 1 Fw van de WHOA-regeling uitgesloten. Op de overige schuldenaren is de WHOA-regeling wel van toepassing. De WSNP is toegankelijk voor alle natuurlijke personen (art. 284 lid 1 Fw).
Artikel 1 lid 3	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de mogelijkheid aan de lidstaten om nog meer financiële instellingen dan die genoemd zijn in het voorgaande lid, uit te sluiten van het toepassingsbereik van het herstructureringsstelsel en van de kwijtscheldingsregeling.	Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan gebruik te maken.
Artikel 1 lid 4	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte die deels wordt benut in de Faillissementswet en deels niet wordt gebruikt.	Deze bepaling biedt in de eerste plaats de mogelijkheid aan de lidstaten om de in de richtlijn opgenomen kwijtscheldingsregeling voor ondernemers ook open te stellen voor natuurlijke personen die geen onderneming drijven. Daarnaast wordt de mogelijkheid geboden om de bepalingen betreffende het preventieve herstructureringsstelsel uitsluitend toe te passen op rechtspersonen.	De WSNP is al toegankelijk voor alle natuurlijke personen (art. 284 Fw). De door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures gelden voor natuurlijke personen die een beroep of bedrijf uitoefenen (art. 369 lid 1 Fw).
Artikel 1 lid 5	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte die deels wordt benut in de Faillissementswet en deels niet wordt gebruikt.	Deze bepaling biedt de mogelijkheid om bepaalde vorderingen uit te sluiten van de toepassing van het herstructureringsstelsel.	Blijkens art. 369 lid 4 Fw is de WHOA-regeling niet van toepassing op rechten van werknemers. Op alimentatievorderingen en vorderingen uit onrechtmatige daad is de WHOA-regeling wel van toepassing.
Artikel 1 lid 6	Artikel I, onderdeel MM (art. 369 lid 4 Fw)		
Artikel 2 lid 1	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen zelfstandige implementatie, want de daarin opgenomen definities dienen te worden meegenomen bij de implementatie van de hieronder opgenomen artikelen.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 2 lid 2	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie, omdat deze bepaling slechts bepaalt dat voor de toepassing van de richtlijn voor enkele begrippen – t.w. insolventie, dreigende insolventie en micro-, kleine en middelgrote ondernemingen – de betekenis wordt gehanteerd die hieraan wordt gegeven in het nationale recht.		
Artikel 3 leden 1 en 2	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie, omdat deze regel noopt tot uitvoeringsmaatregelen. In dat kader is bij de Kamer van Koophandel (KvK) een informatieloket ingericht waar ondernemingen informatie en advies kunnen krijgen over hoe zij problematische schulden kunnen oplossen. De Stichting Ondernemersklankbord (OKB) biedt MKB-ondernemingen persoonlijke begeleiding in een adviestraject van een half jaar.		
Artikel 3 leden 3 en 4	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie, omdat deze bepalingen nopen tot uitvoeringsmaatregelen. Op de website van de KvK is informatie te vinden voor ondernemingen in zwaar weer. Onder meer is hier informatie te vinden over de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures. Op de website van OKB is nadere informatie te vinden over een adviestraject bij deze stichting.		
Artikel 3 lid 5	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om werknemersvertegenwoordigers steun te verlenen bij de beoordeling van de economische situatie van hun werkgever (de schuldenaar).	Het huidige recht bevat op basis van de Wet op de ondernemingsraden al verschillende voorzieningen die als doel hebben ondernemingsraden in staat te stellen om de economische situatie van hun werkgever (de schuldenaar) te beoordelen.
Artikel 4 leden 1, 5 en 7	Artikel 370 lid 1 Fw stemt al overeen met hetgeen geregeld is in deze bepalingen.		
Artikel 4 leden 2 en 3	Deze bepalingen bieden een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepalingen bieden de lidstaten de mogelijkheid om in het kader van het gebruik van het preventieve herstructureringsstelsel bepaalde toelatingseisen te stellen, t.w.: – slechts toegang onder voorwaarden bij een veroordeling vanwege ernstige inbreuken op accountants- of boekhoudersverplichtingen, en – alleen toegang na een levensvatbaarheidstoets.	De WHOA-regeling kent dergelijke toegangseisen niet. Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan gebruik te maken.

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 4 lid 4	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	De bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om een beperking te stellen aan het aantal keren dat een schuldenaar binnen een bepaalde periode toegang heeft tot het preventieve herstructureringsstelsel.	Artikel 369 lid 5 Fw omvat al een dergelijke beperking.
Artikel 4 lid 5 en 6	Deze bepalingen behoeven naar hun aard geen specifieke implementatie, omdat hierin slechts wordt onderstreept dat de lidstaten beschikken over een grote mate van flexibiliteit bij de omzetting in hun nationale wetgeving van de in de richtlijn opgenomen beginselen betreffende het preventieve herstructureringsstelsel.	Bepaald is dat: – het preventieve herstructureringsstelsel mag bestaan uit één of meer procedures, maatregelen of bepalingen en sommige onderdelen ook buitengerechtelijk mogen verlopen, en – de betrokkenheid van een rechterlijke of administratieve instantie beperkt mag zijn tot situaties waarin dit noodzakelijk en evenredig is. Daarbij geldt wel dat de belangen van de betrokken partijen steeds voldoende gewaarborgd moeten zijn.	De in de Faillissementswet opgenomen regeling betreffende de homologatie van een onderhands akkoord voldoet met deze implementatiewet aan alle beginselen die zijn opgenomen in de richtlijn. Verder is de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt, tenzij partijen eerder een beroep doen op de rechter, bijvoorbeeld in het kader van: – de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371 Fw); – de afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376 Fw), of – het verzoek om een tussentijdse beslissing (artikel 378 Fw). Tegelijkertijd omvat de regeling verschillende waarborgen ter behartiging van de belangen van schuldeisers en aandeelhouders, zoals de mogelijkheid voor de rechtbank om een observator aan te stellen (artt 376 lid 9 en 380 Fw).
Artikel 4 lid 8	Artikel I, onderdeel OO. Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om het herstructureringsstelsel – onder bepaalde voorwaarden – ook open te stellen voor schuldeisers en de ondernemersraad of personeelsvertegenwoordiging.	Op grond van de WHOA-regeling kunnen ook schuldeisers en de ondernemersraad of personeelsvertegenwoordiging een WHOA-traject starten door om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige verzoeken (art. 371 lid 1 Fw). Deze regeling wordt aangescherpt i.v.m. de gestelde voorwaarde: als de schuldenaar een mkb-bedrijf is, is instemming vereist bij de start van het traject.
Artikel 5 lid 1	De WHOA-regeling is al gestoeld op het uitgangspunt dat de schuldenaar gedurende het herstructureringstraject volledig de beschikking en het beheer over zijn vermogen behoudt.		
Artikel 5 lid 2	De rechtbank beslist op basis van de WHOA-regeling per geval over de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (art. 371 lid 3, eerste zin, Fw) dan wel een observator (art. 380 lid 1 in verbinding met art. 379 lid 1 Fw).		
Artikel 5 lid 3 onder a	Dit is al geregeld in art. 376 lid 9, tweede zin, Fw.		
Artikel 5 lid 3 onder b	Dit is al geregeld in art. 383 lid 4, tweede zin, Fw.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 5 lid 3 onder c	Artikel I, onderdeel OO (artikel 371 lid 3 Fw). Dit is ook al geregeld in het huidige art. 371 lid 3, tweede zin en lid 10, vierde zin. Artikel 371 lid 3, tweede zin wordt iets aangepast om rekening te houden met het nieuw ingevoerde vijftiende lid van art. 371 Fw.		
Artikel 6 lid 1, eerste alinea	Dit is al geregeld in art. 376 Fw.		
Artikel 6 lid 1, tweede alinea	Artikel I, onderdeel RR (artikel 376 lid 4 Fw). Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om de rechter een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode te laten weigeren, als de schorsing niet nodig is.	Art. 376 lid 4 Fw sluit hier al bij aan. Wel is in lijn met artikel 6 lid 1, tweede alinea, verduidelijkt op grond van welke criteria de rechter toetst.
Artikel 6 lid 2	Artikel 376 lid 2 Fw sluit hier al bij aan.		
Artikel 6 lid 3	Deze bepaling bevat een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om te bepalen dat een schorsing algemeen kan zijn of beperkt.	Op grond van de WHOA-regeling geldt dat de afkoelingsperiode gericht kan zijn tot alle schuldeisers, maar ook beperkt kan zijn tot een bepaalde categorie schuldeisers (zie art. 376 lid 8 in verbinding met art. 241a Fw). Uit art. 376 lid 2 onder a Fw volgt dat de afkoelingsperiode alleen werkt jegens derden die hierover zijn geïnformeerd of op de hoogte zijn van de voorbereiding van een akkoord.
Artikel 6 lid 4	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om bepaalde vorderingen uit te zonderen van de afkoelingsperiode.	De WHOA-regeling zondert geen vorderingen uit. Geen aanleiding voor beleidsaanpassing.
Artikel 6 lid 5	Artikel 369 lid 4 Fw voorziet hier al in.		
Artikel 6 lid 6	Artikel 376 lid 2 en 5 Fw voorziet hier al in.		
Artikel 6 lid 7	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waar de in de Faillissementswet opgenomen regeling betreffende de homologatie van een onderhands akkoord al bij aansluit (art. 376 lid 5 Fw).	De lidstaten kunnen op basis van deze bepaling een verlenging van de afkoelingsperiode toestaan.	Verlenging is op grond van art. 376 lid 5 Fw mogelijk als er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord.
Artikel 6 lid 8, eerste alinea	Artikel 376 lid 5 Fw sluit hier al bij aan.		
Artikel 6 lid 8, tweede alinea	Artikel I, onderdeel RR. Ter implementatie wordt artikel 376 lid Fw iets aangescherpt.		
Artikel 6 lid 9 onder a	Dit is al geregeld in art. 376 lid 10 in verbinding met leden 1 en 4 Fw.		
Artikel 6 lid 9 onder b	Artikel I, onderdeel RR. In het huidige art. 376 lid 10 Fw (art. 376 lid 11 (nieuw)) is al geregeld dat de afkoelingsperiode kan worden opgeheven op verzoek van de herstructureringsdeskundige. Hieraan wordt toegevoegd dat ook de observator, zo die is aangesteld, kan verzoeken om opheffing.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 6 lid 9 onder c en d	Artikel I, onderdeel RR. Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	De bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om de rechter de bevoegdheid te geven om een afkoelingsperiode op te heffen als diegenen die hierdoor geraakt worden, wezenlijk in hun belangen worden geschaad of zelf insolvent dreigen te raken.	Hiervan is al gebruik gemaakt in de WHOA-regeling (art. 376 lid 10 (art. 376 lid 11 (nieuw)) in verbinding met lid 4 Fw en art. 376 lid 2 onder a Fw). In een nieuw in te voegen tiende lid van art. 376 Fw wordt geëxpliciteerd op welke grond de rechter een machtiging tot verhaal of tot opeising van goederen kan verlenen.
Artikel 6 lid 9 tweede en derde alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen op basis van deze bepaling kiezen voor beperkingen van de mogelijkheid tot opheffing van de afkoelingsperiode.	De WHOA-regeling voorziet niet in deze beperkingen van de mogelijkheid tot opheffing van de afkoelingsperiode. Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan alsnog gebruik te maken.
Artikel 7 lid 1	De Faillissementswet sluit hier al bij aan. Er bestaat geen verplichting voor de schuldenaar om een aanvraag in te dienen tot opening van faillissement.		
Artikel 7 lid 2	Dit is al geregeld in art. 376 lid 2 onder c Fw.		
Artikel 7 lid 3	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om in afwijking van artikel 7 lid 1 en 2 tijdens de schorsing onder bepaalde voorwaarden toch een insolventieprocedure te openen.	Hiervan is in de WHOA-regeling geen gebruik gemaakt. Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan alsnog gebruik te maken.
Artikel 7 lid 4 en 5	Artikel I, PP (artikel 373 lid 4 Fw).		
Artikel 7 lid 6	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen ervoor kiezen om de afkoelingsperiode niet van toepassing te laten zijn op salderingsovereenkomsten, waaronder salderingsovereenkomsten bij vroegtijdige beëindiging, op financiële markten, energiemarkten en grondstoffenmarkten.	De WHOA-regeling doet geen afbreuk aan de afdwingbaarheid van de financiële raamovereenkomsten als de «ISDA Master Agreement» en de «GMRA» en van andere salderingsovereenkomsten die qua inhoud en structuur daarmee vergelijkbaar zijn. Er is daarmee geen noodzaak voor een nadere wettelijke regeling op dit punt.
Artikel 7 lid 7	De Faillissementswet sluit hier al bij aan. Het einde van de afkoelingsperiode leidt niet automatisch tot een faillissement.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel a	Dit is al geregeld in art. 375 lid 1 onder a Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel b	Artikel I, QQ (art. 375 lid 2 onderdeel e onder 3° Fw). Dit is voor het overige al geregeld in art. 375 lid 1 onderdelen e en f, lid 2 onderdelen a, d en e Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel c	Dit is al geregeld in art. 375 lid 2 onderdeel b Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel d	Dit is al geregeld in art. 375 lid 1 onderdeel d en lid 2 onderdeel b Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel e	Dit is al geregeld in art. 375 lid 2 onderdeel c Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel f	Artikel I, QQ (art. 375 lid 1 onderdeel b Fw).		
Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder i)	Dit is al geregeld in art. 375 lid 2 onderdeel e onder 3° Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder ii)	Dit is al geregeld in art. 375 lid 2 onderdeel e onder 5° Fw.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder iii)	Dit is al geregeld in art. 375 lid 1 onderdeel l Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder iv)	In art. 369 lid 4 Fw is al bepaald dat de WHOA-regeling niet van toepassing is op de rechten van werknemers.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder v)	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Lidstaten kunnen bepalen dat het in het akkoord opgenomen herstructureringsplan ook de geraamde financiële stromen van de schuldenaar moet omvatten.	Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan gebruik te maken.
Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder vi)	Dit is al geregeld in art. 375 lid 1 onderdeel i Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel h	Artikel I, onderdeel QQ (art. 375 lid 2 onderdeel e onder 4° Fw) Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om te bepalen dat de in deze bepaling bedoelde motivering wordt opgesteld of gevalideerd door een externe deskundige of de herstructureringsdeskundige.	Validering door een externe deskundige is op grond van de WHOA-regeling niet vereist. Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan alsnog gebruik te maken.
Artikel 8 lid 2	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie, omdat deze noopt tot uitvoeringsmaatregelen. De KvK biedt ondersteuning voor ondernemingen die gebruik willen maken van de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures.		
Artikel 9 lid 1, eerste alinea	Artikel I, onderdelen OO, VV en WW (artt. 371 lid 1, 383 lid 1, 384 lid 1 Fw).		
Artikel 9 lid 1, tweede alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet (art. 371 en 381 Fw) gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen bepalen dat ook schuldeisers en herstructureringsdeskundigen een herstructureringsplan ter stemming kunnen voorleggen.	Op grond van art. 381 lid 1 Fw kan ook de herstructureringsdeskundige een akkoord ter stemming voorleggen.
Artikel 9 lid 2	Dit is al geregeld in art. 381 leden 3 tot en met 5 Fw.		
Artikel 9 lid 3	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen bepaalde partijen het stemrecht onthouden.	In de WHOA-regeling wordt het recht om te stemmen niet aan bepaalde partijen onthouden. Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan alsnog gebruik te maken.
Artikel 9 lid 4, eerste alinea	Dit is al geregeld in art. 374 Fw.		
Artikel 9 lid 4, tweede alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Op grond van deze bepaling kunnen de lidstaten bepalen dat vorderingen van werknemers in een aparte klasse worden ingedeeld.	Blijkens art. 369 lid 4 Fw is de WHOA-regeling niet van toepassing op de rechten van werknemers. Indeling in een klasse is dus niet aan de orde.
Artikel 9 lid 4, derde alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen ervoor kiezen om te bepalen dat wanneer een MKB-schuldenaar gebruik maakt van het herstructureringsstelsel, in het akkoord geen klassenindeling hoeft te worden aangehouden.	De WHOA-regeling kent een dergelijke bepaling niet. Er is niet gebleken dat het nuttig is om hiervan alsnog gebruik te maken.
Artikel 9 lid 4, vierde alinea	Art. 374 lid 2 Fw voorziet hier al in.		
Artikel 9 lid 5, eerste alinea	Dit is al geregeld in art. 384 lid 2 onderdelen c en d Fw.		
Artikel 9 lid 5, tweede alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen vereisen dat de rechter zich in een vroeg stadium uitspreekt over de stemrechten en de vorming van klassen in het akkoord.	De WHOA-regeling voorziet nu in een mogelijkheid om dit door de rechter te laten toetsen (vgl. art. 378 lid 1 onderdelen b en c Fw). Er is niet gebleken dat het nodig is om hiervan een verplichting te maken.

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 9 lid 6	Dit is al geregeld in art. 381 leden 7 en 8 Fw.		
Artikel 9 lid 7	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen bepalen dat een stemming achterwege kan blijven als anderszins blijkt dat een akkoord door een meerderheid wordt gesteund.	De WHOA-regeling voorziet er nu in dat er altijd een stemming moet plaatsvinden om een akkoord in aanmerking te laten komen voor homologatie door de rechter. Er is niet gebleken dat het nuttig is om hierop een uitzondering te maken.
Artikel 10 lid 1 onderdeel a	Dit is al geregeld in art. 383 lid 1 in verbinding met art. 385 Fw.		
Artikel 10 lid 1 onderdeel b	Dit is al geregeld in art. 383 lid 1 in verbinding met art. 384 lid 2 onder f Fw.		
Artikel 10 lid 1 onderdeel c	In art. 369 lid 4 Fw is bepaald dat de in de Faillissementswet opgenomen regeling betreffende de homologatie van een onderhands akkoord niet van toepassing is op de rechten van werknemers.		
Artikel 10 lid 2 onderdeel a	In de WHOA-regeling is bepaald dat als alle klassen hebben ingestemd met het akkoord, de homologatie slechts kan worden geweigerd op de gronden genoemd in artikel 384 leden 2 en 3 Fw. De aanvullende gronden genoemd in artikel 384 lid 4 Fw gelden dan niet.		
Artikel 10 lid 2 onderdeel b	Dit is al geregeld in art. 384 lid 2 onderdelen c en d Fw.		
Artikel 10 lid 2 onderdeel c	Dit is al geregeld in art. 384 lid 2 onderdeel c Fw in verbinding met art. 375 lid 1 onderdeel k en art. 381 lid 1 Fw.		
Artikel 10 lid 2 onderdeel d en laatste zin.	Dit is al geregeld in art. 384 lid 3 Fw. De rechtbank kan toetsen of het akkoord in het belang is van de schuldeisers als één of meer schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, hierom verzoeken.		
Artikel 10 lid 2 onderdeel e	Artikel I, onderdeel WW (art. 384 lid 2 onderdeel f Fw).		
Artikel 10 lid 3	Dit is al geregeld in art. 384 lid 2 onderdeel e Fw.		
Artikel 10 lid 4	Nu is een voortvarende behandeling van het homologatieverzoek door de rechter al uitgangspunt in de WHOA-regeling. Art. 383, leden 4–6 Fw zijn erop gericht dat de zitting, waarop het verzoek tot homologatie wordt behandeld, spoedig na de stemming wordt gehouden. Op grond van art. 384 lid 1 Fw geeft de rechtbank zo spoedig mogelijk haar vonnis.		
Artikel 11 lid 1 onderdeel a	Dit is al geregeld in art. 384 leden 2 en 3 Fw.		
Artikel 11 lid 1 onderdeel b	Dit is al geregeld in art. 383 lid 1 Fw.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 11 lid 1 onderdeel c en lid 2	Dit is al geregeld in art. 384 lid 4, onderdeel b Fw. Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Artikel 11 lid 2 biedt de lidstaten de optie om in plaats van het criterium van lid 1, onderdeel c (de zogenaamde «relative priority rule»), het criterium van lid 2 te hanteren (de zogenaamde «absolute priority rule»). Bovendien hebben zij onder voorwaarden de mogelijkheid om bepalingen te hanteren die afwijken van de in lid 1 gegeven regels.	Artikel 384 lid 4, onderdeel b, Fw sluit aan bij het criterium van artikel 11 lid 2, eerste alinea, van de richtlijn. Er geldt daarbij een mogelijkheid tot afwijking, zoals toegestaan door lid 2, tweede alinea, als hiervoor een redelijke grond bestaat en schuldeisers/ aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad.
Artikel 11 lid 1 onderdeel d	Dit vloeit al voort uit art. 384 lid 4 onderdeel b Fw.		
Artikel 11 lid 1, aanhef en tweede alinea	Artikel I, onderdeel VV (In art. 383 lid 2 Fw komt onderdeel a te vervallen.)		
Artikel 11 lid 1, derde alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen bepalen dat een akkoord alleen in aanmerking komt voor homologatie als meer dan één klasse van schuldeisers of aandeelhouders heeft ingestemd met het akkoord.	Nu geldt op basis van artikel 383 lid 1 Fw, dat ten minste één klasse moet hebben ingestemd. Dit dient een klasse te zijn die bestaat uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Ziet het akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze laatste eis niet. Er is niet gebleken van een behoefte om dit aan te passen.
Artikel 12 lid 1 en 3	Deze bepalingen gelden alleen als de lidstaat ervoor kiest om kapitaalhouders (aandeelhouders) uit te sluiten van de mogelijkheid om te stemmen of bezwaar te maken tegen de homologatie. Nu hiervoor niet is gekozen, is deze bepaling niet van toepassing. Hoe dan ook bevat de WHOA-regeling verschillende waarborgen om te voorkomen dat aandeelhouders op onredelijke wijze de stemming over en de bevestiging van een akkoord voorkomen of belemmeren. Vgl. artt. 370 lid 5, 371 lid 15 (nieuw), 378 lid 1 onderdeel g en lid 5, en 383 lid 2, laatste zin, Fw.		
Artikel 12 lid 2	Dit is al geregeld in art. 370 lid 5 Fw.		
Artikel 13 leden 1 en 2	In art. 369 lid 4 Fw is al bepaald dat de WHOA-regeling niet van toepassing is op de rechten van werknemers. Werknemersrechten zijn daarmee onverkort van toepassing in geval van een WHOA-traject.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 14 lid 1	De Faillissementswet sluit al aan bij deze bepaling. De rechter toetst een akkoord enkel aan de voorwaarden van art. 384 lid 3 en 4 Fw als hij daarom is verzocht en niet ambtshalve. Ook in het kader van art. 383 lid 1 Fw zal de rechter enkel een beslissing hoeven te nemen over waarderingskwesties, als betwist wordt dat voldaan is aan de voorwaarde dat ten minste één klasse heeft ingestemd en dat dit een klasse betreft die bestaat uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien.		
Artikel 14 lid 2	Dit is al geregeld in art. 384 lid 6 in verbinding met art. 378 lid 6 Fw.		
Artikel 14 lid 3	Dit is al geregeld in de artt. 383 lid 8 en 384 leden 3–5 Fw.		
Artikel 15 leden 1 en 2	Dit is al geregeld in art. 385 in verbinding met art. 381 lid 3 Fw.		
Artikel 16	Dit artikel is alleen van toepassing als tegen beslissingen van de rechter omtrent een verzoek tot homologatie van het akkoord een hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep – open staat. Het stelt eisen aan een dergelijke beroepsprocedure. In artikel 369 lid 10 Fw is hoger beroep uitgesloten.	De richtlijn biedt de lidstaten – onder voorwaarden – de ruimte om tegen beslissingen van de rechter omtrent een verzoek tot homologatie van het akkoord een hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep – open te stellen.	In artikel 369 lid 10 Fw zijn rechtsmiddelen uitgesloten. Er is geen aanleiding om hier nu alsnog van af te wijken.
Artikel 17 lid 1, onderdeel a	Dit is al geregeld in art. 42a Fw (tussentijdse financiering) en art. 375 lid 1 onderdeel i in verbinding met art. 384 lid 2 onderdeel f Fw (nieuwe financiering).		
Artikel 17 lid 1, onderdeel b	De artikelen 42a en 384 lid 2, onderdeel f, Fw sluiten hier al bij aan. Op basis hiervan staat vast dat de verstrekkers van tussentijdse financiering waarvoor een machtiging is verleend of van nieuwe financiering waarin is voorzien in een door de rechter gehomologeerd akkoord, niet enkel vanwege deze verstrekking civielrechtelijk of strafrechtelijk aansprakelijk zijn. Van een onrechtmatige daad is bij een dergelijk, door de rechter geaccordeerd, handelen geen sprake, laat staan van een strafbaar feit.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 17 lid 2	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	De lidstaten moeten er op basis van artikel 17 lid 1 van de richtlijn voor zorgen dat nieuwe en tussentijdse financieringen voldoende worden beschermd. Zij kunnen er op basis van artikel 17 lid 2 van de richtlijn voor kiezen om die bescherming afhankelijk te laten zijn van een rechterlijke controle of bevestiging.	Voor bescherming van tussentijdse financiering vereist art. 42a Fw een voorafgaande machtiging van de rechter. Nieuwe financiering is alleen beschermd in geval van een gehomologeerd akkoord (zie art. 384 lid 2 onderdeel f Fw).
Artikel 17 lid 3	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen ervoor kiezen om een uitzondering te maken op de bescherming van een tussentijdse financiering, als de schuldenaar op het moment dat hij deze financiering aanging al insolvent was.	Het in deze bepaling benoemde aspect wordt bij de rechterlijke toets op basis van artikel 42a Fw betrokken. Dit zit vooral verdisconteerd in de regel dat «redelijkerwijs moet zijn aan te nemen» dat de tussentijdse financiering de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet schaadt.
Artikel 17 lid 4	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen bepalen dat verstrekkers van nieuwe of tussentijdse financiering het recht hebben om met voorrang terugbetaald te worden als er alsnog een faillissement volgt.	De Faillissementswet voorziet nu niet in een dergelijke voorrangsregel. Er is niet gebleken dat het gewenst is om een dergelijke regel alsnog in te voeren.
Artikel 18 leden 1 en 4	Artikel I, onderdeel D (art. 42a Fw)		
Artikel 18 lid 2	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	De lidstaten moeten er op basis van artikel 18 lid 1 van de richtlijn voor zorgen dat noodzakelijke transacties die worden verricht terwijl er een akkoord in voorbereiding is, voldoende worden beschermd. Zij kunnen er op basis van artikel 18 lid 2 van de richtlijn voor kiezen om die bescherming afhankelijk te laten zijn van een rechterlijke controle of bevestiging.	Voor bescherming van transacties vereist art. 42a Fw een voorafgaande machtiging van de rechter.
Artikel 18 lid 3	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen ervoor kiezen om een uitzondering te maken op de bescherming van transacties, als de schuldenaar op het moment dat hij deze aanging al insolvent was.	Het in deze bepaling benoemde aspect wordt bij de rechterlijke toets op basis van artikel 42a Fw betrokken. Dit zit vooral verdisconteerd in de regel dat «redelijkerwijs moet zijn aan te nemen» dat transacties de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet schaden.
Artikel 18 lid 5	Artikel I, onderdelen QQ en WW (artt. 375 lid 1 onderdeel i en 384 lid 2 onderdeel f Fw).		
Artikel 19	Is al geregeld in de artt. 2:129 lid 5 en 2:138 BW (voor de NV), 2:239 lid 5 en 2:248 BW (voor de BV), 2:9 en 6:162 BW, 42 Fw en 342, 343 en 347 Sr.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 20 lid 1, eerste alinea	Is al geregeld in de WSNP, op grond waarvan natuurlijke personen, waaronder ondernemers, «kwijtschelding van schuld» kunnen verkrijgen (zie art. 358 lid 1 Fw). Van «kwijtschelding van schuld» in de zin van de richtlijn is onder meer sprake in geval van uitsluiting van de mogelijkheid schulden af te dwingen (zie art. 2 lid 1, onderdeel 10 van de richtlijn). De schuldenaar kan zelf bij de rechter verzoeken om toepassing van de WSNP (zie art. 284 leden 1 en 2 Fw).		
Artikel 20 lid 1, tweede alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt lidstaten de mogelijkheid te verlangen dat de handels- of beroepsactiviteit waarop de schulden betrekking hebben, is stopgezet.	Stopzetting van het beroep of bedrijf is geen voorwaarde voor toelating tot de schuldsaneringsregeling (zie artikel 288 Fw). Er is niet gebleken dat het gewenst is om een dergelijke regel alsnog in te voeren. Tijdens de schuldsaneringsregeling geldt dat de schuldenaar bevoegd is zijn beroep of bedrijf voort te zetten met toestemming van de rechter-commissaris (art. 311 Fw).
Artikel 20 lid 2	Deze bepaling behoeft geen implementatie omdat de volledige kwijtschelding onder de WSNP niet afhankelijk is gesteld van een gedeeltelijke terugbetaling van de schulden door de schuldenaar.		
Artikel 20 lid 3	Behoeft naar zijn aard geen implementatie, maar vergt uitvoeringshandelingen. Op de website van de KvK en ook op de website «Ondernemersplein» is informatie te vinden over subsidies en andere regelingen voor startende ondernemers. Deze informatie is ook relevant voor ondernemers die eerder een WSNP-traject hebben doorlopen. Zie (https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/financiering/subsidies-en-regelingen/) en https://ondernemersplein.kvk.nl/financiering/		
Artikel 21 lid 1	Is al geregeld in art. 349a lid 1 in verbinding met art. 287 lid 1 Fw.		
Artikel 21 lid 2, eerste alinea.	Is al geregeld in de artt. 351a-358 Fw.		
Artikel 21 lid 2, tweede alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt lidstaten de mogelijkheid te bepalen dat een rechter toetst of de schuldenaar zijn verplichtingen voor het verkrijgen van kwijtschelding van schuld is nagekomen.	Op grond van art. 354 Fw doet de rechtbank uitspraak of de schuldenaar in de nakoming van een of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen is tekortgeschoten.
Artikel 21 lid 3	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Lidstaten kunnen bepalen dat de insolventieprocedure nog na de kwijtschelding van schuld doorloopt met het oog op tegeldemaking en verdeling van de activa van de ondernemer.	Op grond van art. 356 Fw wordt de slotuitdelingslijst opgemaakt nadat de uitspraak van de rechter over de toekenning van een schone lei in kracht van gewijsde is gegaan.

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 22	Het Nederlandse recht kent geen beroepsverboden die enkel verband houden met insolventie.		
Artikel 23 lid 1	Is geregeld in de artt. 288 lid 1 onder b, 349a leden 2 en 3, 350 en 354 in verbinding met 358 lid 2 en 358a Fw. Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Deze bepaling laat de lidstaten een zekere ruimte ten aanzien van de gevolgen die zij verbinden aan oneerlijk of te kwader trouw handelen van de ondernemer.	Het oneerlijk of te kwader trouw handelen bij het aangaan van de schulden staat aan toelating tot de schuldsaneringsregeling in de weg. Zie art. 288 lid 1 onder b Fw. Het oneerlijk of te kwader trouw handelen tijdens de insolventieprocedure of bij het terugbetalen van de schulden, kan reden zijn voor verlenging van de termijn (art. 349a leden 2 en 3 Fw), voor tussentijdse beëindiging van de schuldsanering (art. 350 Fw) en voor weigering van de schone lei (art. 354 in verbinding met art. 358 lid 2 Fw). Als na afloop blijkt van een poging tot benadeling van schuldeisers, kan de rechter de schone lei intrekken (art 358a Fw).
Artikel 23 lid 2	Artikel I, onderdeel LL (349a leden 1 en 2 Fw) Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om in bepaalde, welomschreven omstandigheden en indien dit voldoende gerechtvaardigd is, de toegang tot de kwijtscheldingsprocedure te weigeren of te beperken, de termijn van de procedure te verlengen of de kwijtschelding van schuld in te trekken.	In de WSNP gelden de in art. 288 Fw genoemde voorwaarden voor de toegang tot de procedure. Art. 349a Fw maakt verlenging van de schuldsaneringstermijn mogelijk. Deze bepaling wordt aangescherpt, doordat hierin expliciet de gronden voor verlenging worden opgenomen. Tussentijdse beëindiging is mogelijk op de gronden genoemd in art. 350 lid 3 Fw. Weigering van de schone lei is mogelijk op grond van art. 354 in verbinding met 358 lid 2 Fw.
Artikel 23 lid 3	Artikel I, onderdeel LL (349a leden 1 en 2 Fw) Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Lidstaten kunnen voorzien in een langere kwijtscheldingsperiode in verband met maatregelen ter bescherming van de hoofdverblijfplaats van de ondernemer of van bedrijfsmiddelen.	In art. 349a Fw wordt opgenomen dat verlenging van de termijn o.a. mogelijk is als de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen. Hiervan kan o.a. sprake zijn in verband met de wens van de schuldenaar om in zijn woning te blijven wonen.
Artikel 23 lid 4	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Lidstaten kunnen op grond van deze bepaling schulden uitsluiten van de kwijtschelding van schuld, de toegang ervan tot kwijtschelding van schuld beperken of de kwijtscheldingsperiode ervan verlengen, als dit naar behoren is gerechtvaardigd.	De WSNP werkt niet ten aanzien van vorderingen die na de toepassing van de schuldsaneringsregeling ontstaan, tenzij zij verband houden met verplichtingen die al voor die tijd door de schuldenaar zijn aangegaan (art. 299 lid 1 Fw). Daarnaast zijn vorderingen die gedekt zijn door pand of hypotheek uitgezonderd (art. 299 lid 3 Fw; zie ten aanzien van het retentierecht art. 299b Fw). Hetzelfde geldt voor studieschulden (art. 299a lid 1) en belastingschulden (art. 301 lid 1 Fw). Van de kwijtschelding uitgezonderd zijn vorderingen die voortvloeien uit een strafrechtelijke veroordeling (art. 358 lid 4 Fw).

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 23 lid 5	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de mogelijkheid om te voorzien in langere beroepsverboden of beroepsverboden van onbepaalde duur.	Het Nederlandse recht kent geen beroepsverboden die enkel verband houden met insolventie.
Artikel 23 lid 6	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie. De bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.		
Artikel 24 leden 1 en 2	De WSNP is zowel van toepassing op persoonlijke als beroepsmatige schulden. Zij worden in dezelfde procedure behandeld.		
Artikel 25 onder a	De opleiding van rechters voldoet al aan de vereisten. Naast de reguliere (permanente) opleiding die alle rechters krijgen, is het praktijk dat rechters die insolventiezaken behandelen een daarop toegesneden leergang volgen.		
Artikel 25 onder b	Het huidige faillissementsrecht kent verschillende voorzieningen om te zorgen dat insolventieprocedures op efficiënte wijze worden afgewikkeld. Het gaat dan bijv. om korte termijnen en uitsluiting van rechtsmiddelen. Met de Wet modernisering faillissementsprocedure, die op 1 januari 2019 in werking is getreden, is de efficiëntie van de faillissementsprocedure verder vergroot. Een efficiënt verloop wordt verder bevorderd door landelijke procesreglementen en de richtlijnen die Recofa (een landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling) voor deze procedures heeft ontwikkeld.		
Artikel 26 lid 1 onder a – c	Artikel I, onderdelen A, H, FF, OO en TT (artt. 14 lid 5, 215 lid 5, 287 lid 3, 371 lid 3 en 380 lid 1 Fw) Op grond van de artikelen 73, 224 lid 2, 319 en (380 lid 4 in verbinding met) 371 lid 13 Fw is de rechtbank bevoegd om een curator, bewindvoerder, herstructureringsdeskundige of observator te ontslaan op verzoek van de betrokkenen bij de insolventieprocedure. De insolventiefunctionaris en de rechter-commissaris (zo die is benoemd) dienen altijd te worden gehoord.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 26 lid 1 onder d	Artikel I, onderdeel N (art. 224 lid 2 Fw). Is voor het faillissement en de WSNP al geregeld in de artt. 73 en 319 Fw. Voor de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures is dit geregeld in art. (380 lid 4 in verbinding met) 371 leden 5 en 13 Fw. Voor de surseance van betaling wordt aan art. 224 lid 2 Fw toegevoegd dat ook de schuldenaar kan verzoeken om het ontslag van de bewindvoerder.		
Artikel 26 lid 2	Deze bepaling vereist naar zijn aard geen implementatie. De bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 27 lid 1	Artikel I, onderdeel M (art. 223a Fw). Controle op curatoren en bewindvoerders vindt plaats door de rechter-commissaris. In faillissement en in de WSNP wordt op grond van de artt. 14 lid 1 en 287 lid 3 Fw nu al steeds een rechter-commissaris benoemd. Door aanpassing van art. 223a Fw gaat dit ook gelden voor de surseance van betaling en kunnen daar straks ook meerdere rechters-commissarissen worden benoemd. Voor de in de WHOA voorziene akkoordprocedures buiten faillissement geldt nu al dat de rechtbank op grond van artikel 371, dertiende lid, Fw te allen tijde een herstructureringsdeskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, kan ontslaan en door een ander vervangen. Dit kan zowel op verzoek van één of meer schuldeisers als ambtshalve. Hetzelfde geldt voor de observator (vergelijk artikel 380, vierde lid, Fw). Hierin ligt besloten dat de rechtbank een zekere mate van toezicht uitoefent op deze functionarissen. Insolventiefunctionarissen die hun taak niet naar behoren verrichten, kunnen worden ontslagen. Daarnaast kunnen zij, als is voldaan aan de zgn. Maclou-norm, aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad. Als een curator/bewindvoerder zijn taken niet naar behoren vervult, kan hij voorts worden geschrapt van de lijst met curatoren (art. 3.1 Recofa-uitgangspunten). Bewindvoerders in de WSNP kunnen worden verwijderd uit het register van de raad voor rechtsbijstand.		
Artikel 27 lid 2	De naam van de rechter-commissaris wordt gepubliceerd in de Staatscourant en in het CIR (zie artt. 14 lid 3, 19, 19a, 216, 222a, 222b, 293–294a Fw). Betreft, waar het gaat om de WHOA-regeling, uitvoering. In het kader van de door Recofa te ontwikkelen uitgangspunten rond de benoeming van herstructureringsdeskundigen en observatoren zal aandacht worden besteed aan de toezichthoudende rol van de rechtbank.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 27 lid 3	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie, nu dit uitvoeringshandelingen betreft.	Lidstaten kunnen gedragscodes voor insolventiedeskundigen aanmoedigen.	Insolad (vereniging insolventierecht advocaten) heeft een gedragscode ontwikkeld (de praktijkregels voor curatoren).
Artikel 27 lid 4, eerste zin	Artikel I, onderdelen B, C, E, I, S, OO (artt. 15 lid 3, 16 lid 2, 71 lid 3, 215a lid 2, 250 lid 3, en 371 lid 10 Fw) Voor de WSNP geldt op grond van art. 320 lid 6 Fw het Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsanering.		
Artikel 27 lid 4, tweede zin	Artikel I, onderdelen B, C, E, I, N, S, JJ, OO (artt. 15 lid 3, 16 lid 2, 71 lid 3, 215a lid 2, 224 lid 2, 250 lid 3, 320 lid 6 en 371 lid 10 Fw) Voor het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP wordt in de wet neergelegd dat als de rechtbank overweegt om af te wijken van een salarisvoorstel van de insolventiefunctionaris of als de rechter-commissaris niet met een dergelijk voorstel instemt, de rechtbank geen beslissing over het salaris neemt, dan nadat zij de insolventiefunctionaris op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Voor de in de WHOA voorziene akkoordprocedures buiten faillissement is al in de artt. (380, vierde lid, in verbinding met) 371, vijfde en tiende lid, Fw geregeld dat de rechtbank de herstructureringsdeskundige of observator en de schuldenaar in de gelegenheid stelt om hun zienswijze te geven over de salarisvaststelling. Dragen de schuldeisers de kosten van de herstructureringsdeskundige, dan regelt dit wetsvoorstel dat de verzoeker in zijn verzoek het bedrag vermeldt dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd naar zijn oordeel ten hoogste mogen kosten. In dat verband kan hij zich bovendien uitlaten over de hoogte van het salaris van de herstructureringsdeskundige. Hij dient zich in het verzoek eveneens uit te laten over de wijze waarop de schuldeisers de kosten gaan dragen.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 28 onderdeel a	Artikel I, onderdelen F en QQ (artt. 110 lid 3 en 375 lid 1 onderdeel a en b Fw) De wet staat indiening van vorderingen via elektronische communicatiemiddelen al toe (vgl. artt. 110, eerste lid, 257, eerste lid, 328, eerste lid, Fw). Wel wordt artikel 110, derde lid, Fw aangepast om te verzekeren dat schuldeisers hun vorderingen ook via elektronische weg kunnen indienen als de curator een verbindend verklaarde WCAM-overeenkomst heeft gesloten. Om de mogelijkheid tot elektronische communicatie in het kader van de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures te ondersteunen, regelt dit wetsvoorstel dat een elektronisch postadres van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige in het akkoord moet worden vermeld.		D
Artikel 28 onderdeel b	Deze bepaling behoeft geen implementatie, maar noopt tot uitvoeringshandelingen. Op grond van artikel 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering is digitale indiening mogelijk als het toepasselijke procesreglement hierin voorziet en daarbij een digitaal systeem voor gegevensverwerking is aangewezen dat voldoet aan de vereisten van het Besluit elektronisch procederen. Met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken hoe dit kan worden gerealiseerd.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 28 onderdeel c	Artikel I, onderdelen G, K, U, CC, GG, II, KK (artt. 142, 222a lid 2, 256 lid 2, 281c, 281e lid 4, 294 lid 1, 315 lid 3, 322 lid 1, 348 Fw) In verschillende bepalingen zijn de woorden «bij brieven» vervangen door het woord «schriftelijk». Daarmee wordt verduidelijkt dat de curator/ bewindvoerder berichten aan schuldeisers ook op andere wijze dan «op papier» kan versturen, bijvoorbeeld per e-mail. Net als voor het faillissement, worden voor de surseance van betaling en de WSNP grondslagen in de wet geïntroduceerd zodat bij lagere regelgeving stukken/ beschikkingen kunnen worden aangewezen die in het centrale register moeten worden geplaatst. Oproeping van schuldeisers voor een zitting is op grond van art. 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering via digitale weg mogelijk als het toepasselijke procesreglement hierin voorziet en daarbij een digitaal systeem voor gegevensverwerking is aangewezen dat voldoet aan de vereisten van het Besluit elektronisch procederen. Met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken hoe dit kan worden gerealiseerd.		
Artikel 28 onderdeel d	Deze bepaling behoeft geen implementatie, maar noopt tot uitvoeringshandelingen. Het instellen van hoger beroep is op grond van art. 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering met behulp van elektronische communicatiemiddelen mogelijk als het toepasselijke procesreglement hierin voorziet en daarbij een digitaal systeem voor gegevensverwerking is aangewezen dat voldoet aan de vereisten van het Besluit elektronisch procederen. Met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken hoe dit kan worden gerealiseerd. Sinds 1 april 2021 wordt bij de Hoge Raad in verzoekzaken al verplicht digitaal geprocedeerd.		
Artikel 29	Deze bepaling behoeft geen implementatie, maar noopt tot uitvoeringshandelingen.		
Artikel 30	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie. Deze bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.		
Artikel 31 lid 1 onder a	Artikel I, onderdeel MM (art. 369 lid 4 onderdeel d Fw).		
Artikel 31 lid 1 onder b	Artikel I, onderdeel MM (art. 369 lid 4 onderdeel c Fw).		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatiere-geling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmple-menteerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 31 lid 1 onder c	Artikel I, onderdeel MM (art. 369 lid 11 onderdeel a Fw).		
Artikel 31 lid 2	Artikel I, onderdeel MM (art. 369 lid 11 onderdelen b en c Fw).		
Artikel 31 lid 3	Nederland is geen partij bij het Verdrag van Kaapstad.		
Artikel 32	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie. Deze bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.		
Artikel 33	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie. De bepaling ziet op evaluatie van de richtlijn door de Commissie.		
Artikel 34	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie. Nederland heeft de Commissie meegedeeld gebruik te maken van de mogelijkheid tot verlenging van de omzettingster-mijn van art. 34 lid 2 van de richtlijn. De richtlijn dient daarom (voor het grootste deel) uiterlijk 17 juli 2022 te zijn geïmplemen-teerd.		

Artikel 42a

1. Een rechtshandeling die is verricht nadat de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of nadat er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan niet met een beroep op het vorige artikel worden vernietigd, als de rechter op verzoek van de schuldenaar voor die rechtshandeling een machtiging heeft afgegeven. De rechter honoreert dit verzoek als op het moment dat de machtiging wordt verstrekt redelijkerwijs valt aan te nemen dat:

   a. het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is om
      1° de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord als bedoeld in de genoemde artikelen te kunnen blijven voortzetten, ~~en~~of
      2° een akkoord als bedoeld in de artikelen genoemd in de aanhef te kunnen voorbereiden, in stemming te kunnen brengen of overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank te kunnen laten homologeren, en
   b. ~~op het moment dat de machtiging wordt verstrekt redelijkerwijs valt aan te nemen dat~~ de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

2. De artikelen 369, zevende tot en met tiende lid, en 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en veertiende lid, zijn van overeenkomstige toepassing.

(…)

Tweede afdeling. Homologatie van een onderhands akkoord

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 369

1. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op een natuurlijke persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, noch op een bank als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a, of een verzekeraar als bedoeld in artikel 213, onderdeel a, als schuldenaar. In deze afdeling wordt verstaand onder MKB-onderneming: een onderneming waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.

2. Het in deze afdeling ten aanzien van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders bepaalde, is van toepassing op de schuldeisers en aandeelhouders die overeenkomstig artikel 381, ~~derde~~ tweede lid, stemgerechtigd zijn.

3. Als de schuldenaar een vereniging of coöperatie is, is het in deze afdeling ten aanzien van aandeelhouders bepaalde van overeenkomstige toepassing op de leden.

4. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op:

   a. rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;

   b. vorderingen ter zake van reeds vervallen of in de toekomst tot uitkering komende termijnen van pensioen;

   c. financiële zekerheidsovereenkomsten en verrekenbedingen in de zin van artikel 51 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek; en bevoegdheden als bedoeld in artikel 212b, tweede lid en opdrachten en daaruit voortvloeiende rechtshandelingen als bedoeld in artikel 212b, derde lid.

   Onder rechten van werknemers als bedoeld in onderdeel a worden mede verstaan vorderingen

van werknemers tot betaling door hun werkgever van premie aan een pensioenuitvoerder, een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of een verzekeraar met zetel buiten Nederland als bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de Pensioenwet, of, als de pensioenovereenkomst niet wordt beheerst door Nederlands recht, een soortgelijke instelling uit een andere lidstaat in de Europese Unie of een derde-land.

5. Behoudens de gevallen waarin sprake is van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, is het in deze afdeling bepaalde niet van toepassing als de schuldenaar in de afgelopen drie jaar een akkoord heeft aangeboden dat bij een stemming als bedoeld in artikel 381 door alle klassen is verworpen of ten aanzien waarvan de rechtbank op de voet van artikel 384 de homologatie heeft geweigerd.

6. Een akkoord kan op basis van deze afdeling naar keuze worden voorbereid en aangeboden in een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

7. Of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen wordt bepaald:

a. op grond van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening voor zover het verzoeken betreft die worden ingediend in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement en de genoemde verordening van toepassing is, dan wel
b. artikel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

8. Het in deze afdeling ten aanzien van de rechtbank bepaalde is van toepassing op de rechtbank die ingevolge de artikelen 262 of 269 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering relatief bevoegd is om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen. Heeft een rechtbank zich in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement eenmaal relatief bevoegd verklaard om kennis te nemen van een verzoek ten aanzien van een schuldenaar, dan is deze rechtbank met uitsluiting van andere relatief bevoegde rechtbanken, eveneens relatief bevoegd om kennis te nemen van alle verdere verzoeken die in die procedure op grond van deze afdeling ten aanzien van de schuldenaar worden ingediend. Bieden meerdere rechtspersonen die samen een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek tegelijkertijd een akkoord aan op grond van deze afdeling, dan kunnen zij één van de gerechten die relatief bevoegd is, in een gezamenlijk verzoek vragen kennis te nemen van alle verzoeken die worden ingediend in het kader van de totstandkoming van een akkoord ten aanzien van deze rechtspersonen op grond van deze afdeling.

9. Verzoeken aan de rechter in het kader van deze afdeling worden in raadkamer behandeld, tenzij het akkoord wordt voorbereid en aangeboden in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

10. Tegen de beslissingen van de rechtbank in het kader van deze afdeling staat geen rechtsmiddel open, tenzij anders is bepaald.

11. ~~Tegen de beslissingen van de rechtbank in het kader van deze afdeling staat geen rechtsmiddel open, tenzij anders is bepaald.~~Het in deze afdeling bepaalde doet geen afbreuk aan:

a. het bepaalde in Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012, L 201);

b. de voorschriften inzake de bescherming van geldmiddelen voor betaalinstellingen uit hoofde van Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/EG (PbEU 2015, L 337); en

c. de voorschriften inzake de bescherming van geldmiddelen voor elektronischgeldinstellingen

uit hoofde van Richtlijn 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG (PbEU 2009, L 267).

§ 2. De aanbieding van en stemming over een akkoord

Artikel 370

1. Als een schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, kan hij zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten en dat door de rechtbank overeenkomstig artikel 384 kan worden gehomologeerd.

2. Als een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar aan een schuldeiser als bedoeld in het eerste lid of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, is artikel 160 Fw van overeenkomstige toepassing, behoudens voor zover het een akkoord betreft als bedoeld in artikel 372, eerste lid. De derde kan voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord voldoet aan de schuldeiser geen verhaal nemen op de schuldenaar. Voldoet de derde een schuld van de schuldenaar of een deel daarvan, terwijl de schuldeiser voor die schuld of dat deel van de schuld op basis van het akkoord ook rechten aangeboden krijgt, dan gaan die rechten van rechtswege over op de derde indien en voor zover de schuldeiser als gevolg van de betaling van de derde en de op basis van het akkoord toegekende rechten, waarde zou ontvangen die het bedrag van zijn vordering, zoals deze bestond voor de homologatie van het akkoord, te boven gaat.

3. Zodra de schuldenaar start met de voorbereiding van een akkoord, deponeert hij een verklaring waaruit dit blijkt ter griffie van de rechtbank, alwaar deze gedurende uiterlijk één jaar zal blijven liggen. Is bij de door de schuldenaar gedreven onderneming krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging ingesteld, dan blijkt uit de startverklaring op welke wijze de onderne- mingsraad of personeelsvertegenwoordiging over de start van de voorbereiding van een akkoord is geïnformeerd. De deponering geschiedt kosteloos. Nadat de schuldenaar het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorlegt, kunnen zij de verklaring kosteloos inzien totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek, bedoeld in artikel 383, eerste lid, dan wel totdat het verslag, bedoeld in artikel 382, is gedeponeerd en de schuldenaar daarin meedeelt dat hij een dergelijk verzoek niet zal indienen.

4. Biedt de schuldenaar het akkoord aan in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement, dan verzoekt hij zodra de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van deze afdeling, de griffier van de rechtbank Den Haag onverwijld in ~~de registers~~het register, bedoeld in de artikelen 19 en 19a, en in de Staatscourant melding te maken van de gegevens, bedoeld in artikel 24 van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening.

5. Als de schuldenaar een rechtspersoon is, heeft het bestuur voor het aanbieden van een akkoord als bedoeld in het eerste lid en de uitvoering van een akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd geen instemming nodig van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding en, voor zover en voor zolang de volgende afwijkingen nodig zijn en zonder afbreuk te doen aan het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders, zijn de artikelen 38, 96, 96a, 99, 100 lid 1, 107a en 108a en titel 5.3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede artikel 5:25ka van de Wet op het financieel toezicht en eventuele statutaire bepalingen of tussen de rechtspersoon en haar aandeelhouders dan wel tussen twee of meer aandeelhouders onderling overeengekomen regelingen ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, niet van toepassing. Voor zover de uitvoering van een akkoord een besluit van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding vereist, treedt het akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd daarvoor in de plaats.

Artikel 371

1. Iedere schuldeiser, aandeelhouder of de krachtens wettelijke bepalingen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kunnen bij de rechtbank een verzoek indienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die aan de schuldeisers en aandeelhouders van een schuldenaar, of een aantal van hen, overeenkomstig deze afdeling een akkoord kan aanbieden. Ook de schuldenaar kan een dergelijk verzoek doen. In dit laatste geval is artikel 370, vijfde lid, van overeenkomstige toepassing. Wordt het verzoek toegewezen, dan kan de schuldenaar zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt geen akkoord aanbieden op basis van artikel 370, eerste lid. Wel kan hij een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen, waarna de herstructureringsdeskundige op een door hem nader te bepalen wijze en binnen een door hem te bepalen termijn tegemoet komt aan dit verzoek.

2. Heeft de rechter nog niet eerder een beslissing genomen in het kader van deze afdeling, dan vermeldt de verzoeker, bedoeld in het eerste lid, in het verzoek voor welke procedure als bedoeld in artikel 369, zesde lid, hij kiest en welke redenen daaraan ten grondslag liggen. Het verzoek bevat dan ook zodanige gegevens dat de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht toekomt. Is het verzoek niet ingediend door de schuldenaar, dan stelt de rechtbank de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid zich uit te laten over de keuze voor één van de in artikel 369, zesde lid, genoemde procedures. In geval van een geschil hierover, beslist de rechtbank welke van de in artikel 369, zesde lid, genoemde procedures toepassing vindt. Artikel 370, vierde lid, is van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het in dat lid bedoelde verzoek in dit geval kan worden gedaan door de herstructureringsdeskundige of de schuldenaar.

3. Een verzoek als bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn. Een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt in ieder geval toegewezen als het is ingediend door de schuldenaar zelf ~~of~~. Dit geldt in beginsel ook als het verzoek wordt gesteund ~~wordt~~ door de meerderheid van de schuldeisers, met dien verstande dat in dat geval het vijftiende lid onverminderd van toepassing is. Wordt het verzoek ~~af~~toegewezen, dan wijst de rechtbank een herstructureringsdeskundige aan die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Is bij de door de schuldenaar gedreven onderneming krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad of een personeels- vertegenwoordiging ingesteld, dan verbindt de rechtbank aan de aanwijzing als voorwaarde dat de herstructureringsdeskundige deze ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging zo spoedig mogelijk in kennis stelt van zijn aanwijzing. Bij de aanwijzing:~~.~~

   a. houdt de rechtbank rekening met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de herstructureringsdeskundige; en

   b. hanteert de rechtbank een procedure en voorwaarden die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.

4. De rechtbank kan één of meer deskundigen benoemen om een onderzoek in te stellen naar de vraag of sprake is van een toestand als bedoeld in het vorige lid. Artikel 378, zesde lid, eerste en vierde zin, en het zevende en achtste lid van dit artikel zijn dan van overeenkomstige toepassing.

5. Over een verzoek als bedoeld in het eerste lid, beslist de rechtbank niet dan nadat zij de verzoeker, bedoeld in het eerste lid, de schuldenaar en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Dit geldt ook voor de beslissingen, bedoeld in het tiende, twaalfde en dertiende lid. In de laatste drie gevallen roept de rechtbank ook de herstructureringsdeskundige op om te worden gehoord.

6. De herstructureringsdeskundige voert zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit.

7. De herstructureringsdeskundige is gerechtigd tot raadpleging van de boeken, bescheiden en

andere gegevensdragers van de schuldenaar waarvan hij kennisneming nodig acht voor een juiste vervulling van zijn taak.

8. De schuldenaar of zijn bestuurders en de aandeelhouders en commissarissen zo die er zijn, alsmede degenen die in dienst zijn van de schuldenaar, zijn verplicht de herstructureringsdeskundige alle inlichtingen te verschaffen als dit van hen wordt verlangd, op de wijze als daarbij is bepaald. Zij lichten de herstructureringsdeskundige eigener beweging in over feiten en omstandigheden waarvan zij weten of behoren te weten dat deze voor de herstructureringsdeskundige voor een juiste vervulling van zijn taak van belang zijn en verlenen alle medewerking die daarvoor nodig is.

9. Behoudens in het kader van de toepassing van het in deze afdeling bepaalde, deelt de herstructureringsdeskundige de verkregen informatie niet met derden.

10. De rechtbank bepaalt het salaris van de herstructureringsdeskundige aan de hand van uitgangspunten waarin het belang van een efficiënte behandeling van de akkoordprocedure tot uitdrukking komt. Ook stelt de rechtbank een bedrag vast dat de werkzaamheden van herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan gedurende het proces door de rechtbank op verzoek van de herstructureringsdeskundige worden verhoogd. Voor zover niet anders overeengekomen is, betaalt de schuldenaar deze kosten, met dien verstande dat als het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, de schuldeisers de kosten dragen. De rechtbank kan ten behoeve hiervan aan de aanwijzing de voorwaarde verbinden van zekerheidstelling of bijschrijving van een voorschot op de rekening van de rechtbank. Wordt het verzoek ~~t~~tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, dan vermeldt de verzoeker in het verzoek het bedrag dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd naar zijn oordeel ten hoogste mogen kosten en laat hij zich uit over de wijze waarop de schuldeisers deze kosten gaan dragen.

11. De herstructureringsdeskundige is niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van de poging om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen, tenzij hem een persoonlijk ernstig verwijt treft dat hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende herstructureringsdeskundige die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.

12. Zodra duidelijk wordt dat het niet mogelijk is om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen, stelt de herstructureringsdeskundige de rechtbank hiervan op de hoogte en verzoekt hij om de intrekking van zijn aanwijzing.

13. De aanwijzing eindigt van rechtswege zodra de rechtbank het akkoord overeenkomstig artikel 384 homologeert, tenzij de rechtbank bij haar homologatiebeslissing bepaalt dat deze nog met een door haar te bepalen termijn voortduurt. Daarnaast kan de rechtbank te allen tijde een herstructureringsdeskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen, een en ander op verzoek van hemzelf of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve.

14. Heeft de rechtbank nog niet eerder een beslissing genomen in het kader van deze afdeling, en ontleent zij haar rechtsmacht aan de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening, dan wordt in de aanwijzingsbeschikking vermeld of het een hoofdinsolventieprocedure dan wel een territoriale insolventieprocedure in de zin van de verordening betreft. Elke schuldeiser die niet al op basis van het vijfde lid in de gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze kenbaar te maken, kan gedurende acht dagen na de melding, bedoeld in artikel 370, vierde lid, daartegen in verzet komen op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid als bedoeld in artikel 5, eerste lid, van de genoemde verordening.

15. Heeft een verzoek als bedoeld in het eerste lid betrekking op een schuldenaar die een MKB-onderneming drijft of op een schuldenaar die behoort tot een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek die een MKB-onderneming drijft en is op het moment dat het verzoek wordt gedaan, niet al een verklaring als bedoeld in artikel 370, derde lid, ter griffie van de

rechtbank gedeponeerd, dan wijst de rechtbank dat verzoek alleen toe als de schuldenaar hiermee instemt. Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen. Constateert de rechtbank dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan zij bepalen dat haar beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur.

Artikel 372

1. Een akkoord als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan ook voorzien in de wijziging van rechten van schuldeisers jegens rechtspersonen die samen met de schuldenaar een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek mits:

a. de rechten van die schuldeisers jegens de betrokken rechtspersonen strekken tot voldoening of tot zekerheid voor de nakoming van verbintenissen van de schuldenaar of van verbintenissen waarvoor die rechtspersonen met of naast de schuldenaar aansprakelijk zijn;
b. de betrokken rechtspersonen verkeren in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid;
c. de betrokken rechtspersonen met de voorgestelde wijziging hebben ingestemd of het akkoord wordt aangeboden door een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, en
d. de rechtbank rechtsmacht heeft als deze rechtspersonen zelf een akkoord op grond van deze afdeling zouden aanbieden en een verzoek zouden indienen als bedoeld in artikel 383, eerste lid.

2. Bij een akkoord als bedoeld in het eerste lid:

a. verstrekt de schuldenaar, of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, ook de in artikel 375 genoemde informatie ten aanzien van de in het eerste lid bedoelde rechtspersonen, en
b. toetst de rechtbank bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve dan wel op verzoek of het akkoord ten aanzien van deze rechtspersonen voldoet aan artikel 384.

3. De schuldenaar dan wel de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, is bij uitsluiting bevoegd om ten behoeve van de in het eerste lid bedoelde rechtspersonen verzoeken bij de rechtbank in te dienen als bedoeld de artikelen 376, eerste lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, eerste lid.

Artikel 373

1. Als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, aan een wederpartij met wie de schuldenaar een overeenkomst heeft gesloten, een voorstel doen tot wijziging of beëindiging van die overeenkomst. Stemt de wederpartij niet in met het voorstel, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de overeenkomst tussentijds doen opzeggen, mits een akkoord is aangeboden dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank wordt gehomologeerd en de rechtbank daarbij toestemming geeft voor deze eenzijdige opzegging. De opzegging vindt in dat geval van rechtswege plaats op de dag waarop het akkoord door de rechtbank is gehomologeerd tegen een door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige gestelde termijn. Komt deze termijn de rechtbank niet redelijk voor, dan kan zij bij de verlening van de toestemming een langere termijn vaststellen, met dien verstande, dat een termijn van drie maanden vanaf de homologatie van het akkoord in elk geval voldoende is.

2. Na de eenzijdige opzegging, bedoeld in het eerste lid, heeft de wederpartij recht op vergoeding van de schade die hij lijdt vanwege de beëindiging van de overeenkomst. Afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing. Het akkoord, bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan voorzien in een wijziging van het toekomstige recht op schadevergoeding.

3. Het voorbereiden en aanbieden van een akkoord als bedoeld artikel 370, eerste lid, en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, alsmede gebeurtenissen en handelingen die daarmee of met de uitvoering van het akkoord rechtstreeks verband houden en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn, zoals het verzoek tot en de afkondiging van een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376, zijn geen grond voor wijziging van verbintenissen of

verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.

4. Is overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode afgekondigd, dan geldt tijdens die periode dat een verzuim ~~in de nakoming~~ van de schuldenaar ~~dat heeft plaatsgevonden~~ in de voldoening van een schuld die is ontstaan vóór de afkoelingsperiode, geen grond is voor de wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst voor zover zekerheid is gesteld voor de nakoming van de nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode.

Artikel 374

1. Schuldeisers en aandeelhouders worden in verschillende klassen ingedeeld, als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. In ieder geval worden schuldeisers of aandeelhouders die overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling dan wel een overeenkomst bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar een verschillende rang hebben, in verschillende klassen ingedeeld.

2. Concurrente schuldeisers worden tezamen in één of meer aparte klassen ingedeeld, als:

   a. deze schuldeisers op het moment dat het akkoord overeenkomstig artikel 381 ter stemming wordt voorgelegd, een rechtspersoon zijn als bedoeld in de artikelen 395a en 396 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of een schuldeiser bij wie op dat moment vijftig of minder personen werkzaam zijn dan wel ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn[1] met een vordering voor geleverde goederen of diensten of een vordering uit een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, en
   b. aan deze schuldeisers op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden wordt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht wordt aangeboden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen.

3. Schuldeisers met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek worden enkel voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang geldt in één of meer klassen van schuldeisers met een dergelijk voorrang ingedeeld, tenzij hierdoor geen verandering ontstaat in de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd. Voor het overige deel van hun vordering worden deze schuldeisers ingedeeld in een klasse van schuldeisers zonder voorrang. Bij de bepaling van het deel van de vordering waarvoor de voorrang tot zekerheid strekt, wordt uitgegaan van de waarde die naar verwachting in een faillissement volgens de wettelijke rangorde door deze schuldeiser op basis van zijn pand- of hypotheekrechten verkregen zou zijn.

Artikel 375

1. Het akkoord bevat alle informatie die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich voor het plaatsvinden van de stemming, bedoeld in artikel 381, een geïnformeerd

[1] Indien artikel II, onderdeel F, van de Wet van 26 juni 2019 tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in verband met de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen in het Burgerlijk Wetboek, de Handelsregisterwet 2007 en de Wet op de Kamer van Koophandel (Stb. 2019, 280), in werking is getreden of treedt, wordt in artikel 374, tweede lid, onderdeel a, van de Faillissementswet, «ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn» vervangen door «ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 een indicatie van het aantal arbeidsverhoudingen blijkt die vijftig of minder bedraagt,».

oordeel te kunnen vormen over het akkoord, waaronder:

a. de naam van de schuldenaar en, als er geen sprake is van een aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, een elektronisch postadres waarop de schuldenaar bereikbaar is;
b. voor zover van toepassing de naam van de observator of van de herstructureringsdeskundige en een elektronisch postadres waarop de herstructureringsdeskundige bereikbaar is;
c. voor zover van toepassing, de klassenindeling en de criteria op basis waarvan de schuldeisers en aandeelhouders in één of meerdere klassen zijn ingedeeld;
d. de financiële gevolgen van het akkoord per klasse van schuldeisers en aandeelhouders;
e. de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt;
f. de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement;
g. de bij de berekening van de waardes, bedoeld onder e en f, gehanteerde uitgangspunten en aannames;
h. als het akkoord een toedeling van rechten aan de schuldeisers en aandeelhouders behelst: het moment of de momenten waarop de rechten zullen worden toebedeeld;
i. voor zover van toepassing
   1°, de nieuwe financiering die de schuldenaar het in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan en de redenen waarom dit nodig is, en
   2°, een bepaalde transactie die de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan en die hij bij de behandeling van het homologatieverzoek overeenkomst artikel 384 door de rechtbank wil laten toetsen;
j. de wijze waarop de schuldeisers en aandeelhouders nadere informatie over het akkoord kunnen verkrijgen;
k. de procedure voor de stemming over het akkoord alsmede het moment waarop deze plaatsvindt dan wel waarop de stem uiterlijk moet zijn uitgebracht, en
l. voor zover van toepassing, de wijze waarop de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging overeenkomstig artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden gevraagd is of nog gevraagd zal worden advies uit te brengen.

2. Aan het akkoord worden gehecht:

a. een door behoorlijke bescheiden gestaafde staat van alle baten en lasten, en
b. een lijst waarop:
   1°. de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij naam worden genoemd of, als dit niet mogelijk is, de schuldeisers of aandeelhouders onder verwijzing naar één of meer categorieën worden vermeld;
   2°. het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld, en, indien van toepassing, wordt meegedeeld in hoeverre dat bedrag wordt betwist alsmede voor welk bedrag de schuldeiser of de aandeelhouder tot de stemming wordt toegelaten, en
   3°. wordt meegedeeld in welke klasse of klassen zij zijn ingedeeld.
c. voor zover van toepassing, een opgave van schuldeisers of aandeelhouders die niet onder het akkoord vallen, bij naam of, als dit niet mogelijk is, onder verwijzing naar één of meer categorieën, alsmede een toelichting waarom zij niet worden meegenomen in het akkoord;
d. informatie over de financiële positie van de schuldenaar, en
e. een beschrijving van:
   1°. de aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen;
   2°. welke pogingen zijn ondernomen om deze problemen op te lossen;
   3°. de herstructureringsmaatregelen die onderdeel zijn van het akkoord en voor zover van toepassing, de gevolgen van die maatregelen voor de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers;
   4°. de wijze waarop deze maatregelen bijdragen aan een oplossing en de noodzakelijke voorwaarden die hiervoor vervuld moeten zijn, en
   5°. hoeveel tijd het naar verwachting vergt om deze maatregelen uit te voeren;
f. voor zover van toepassing, een schriftelijke verklaring inhoudende welke zwaarwegende grond aanwezig is waardoor de concurrente schuldeisers, bedoeld in artikel 374, tweede lid, op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden krijgen die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht aangeboden krijgen dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen.

3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald welke informatie verder in het akkoord of in de daaraan te hechten bescheiden wordt opgenomen en op welke wijze deze informatie wordt verstrekt, alsmede kan worden voorzien in een standaardformulier.

Artikel 376

1. Als de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, en een akkoord als bedoeld in het eerste lid van dat artikel heeft aangeboden of toezegt dat hij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een dergelijk akkoord zal aanbieden, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen.

2. Tijdens de afkoelingsperiode, die geldt voor een termijn van ten hoogste vier maanden:

   a. kan elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat er een akkoord wordt voorbereid;
   b. kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, beslagen opheffen, en
   c. wordt de behandeling van een verzoek tot verlening van surseance, een eigen aangifte of een door een schuldeiser jegens de schuldenaar ingediend verzoek tot faillietverklaring geschorst.

3. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

4. Het verzoek, bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat:

   a. dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten of om de door de schuldenaar gedreven onderneming door middel van een akkoord gecontroleerd af te kunnen wikkelen, en
   b. op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar hierbij gediend zijn en de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

5. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, hierom verzoeken voordat de uiterste termijn voor de afkoelingsperiode, bedoeld in het tweede lid, is verstreken, kan de rechtbank deze periode verlengen met een door haar te bepalen termijn, met dien verstande dat de totale termijn met inbegrip van verlengingen niet langer kan zijn dan acht maanden. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige dient in zijn verzoek aannemelijk te maken dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Dit laatste wordt geacht in ieder geval aan de orde te zijn als een verzoek tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 383, eerste lid, is ingediend.

6. In afwijking van het vijfde lid, ~~wordt~~ kan de totale termijn van de afkoelingsperiode ~~niet verlengd~~ met inbegrip van verlengingen niet langer zijn dan vier maanden als:

   a. de afkoelingsperiode is verzocht in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement, en
   b. het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar, bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de verordening, genoemd in artikel 5, derde lid, in de drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van deze afdeling of op basis van artikel 42a vanuit een andere lidstaat is verplaatst.

7. Ingeval de schuldenaar overeenkomstig artikel 239, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek een pandrecht heeft gevestigd op een vordering op naam of op het vruchtgebruik van

een zodanige vordering, is de pandhouder tijdens de afkoelingsperiode niet bevoegd de mededeling, bedoeld in het derde lid van dat artikel, te doen of betalingen in ontvangst te nemen dan wel te verrekenen met een vordering op de schuldenaar, mits de schuldenaar op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt voor het verhaal van de pandhouder krachtens dat pandrecht.

8. De artikelen 241a, tweede en derde lid, en 241c~~, 241d~~ zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het bij de overeenkomstige toepassing van artikel 241a, derde lid, gaat om een termijn die aan de schuldenaar is gesteld.

9. Op verzoek van de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, kan de rechtbank bij haar beslissing tot het afkondigen van een afkoelingsperiode of gedurende de termijn waarbinnen deze geldt, voorzieningen treffen als bedoeld in artikel 379. Bij de afkondiging van een algemene afkoelingsperiode kan de rechtbank een observator als bedoeld artikel 380 aanstellen, als zij dit nodig oordeelt ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders.

10. De rechtbank kan een machtiging als bedoeld in het tweede lid, onder a, verlenen, als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de derde door het niet kunnen uitoefenen van de bevoegdheid als bedoeld in dat onderdeel, wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

11. Als niet langer wordt voldaan aan het eerste en het vierde lid, heft de rechtbank de afkoelingsperiode op. Zij kan dit ambtshalve doen of op verzoek van de schuldenaar, de observator zo die is aangesteld, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, of de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend.

1~~1~~2. De rechtbank beslist niet over het verlenen van een machtiging als bedoeld in het tweede lid, onder a, of verzoeken als bedoeld in het vijfde, negende en ~~tiende~~ elfde lid dan nadat zij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, alsmede de in het tweede lid bedoelde derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

13~~2~~. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

14~~3~~. Het verzoek tot verlening van surseance, de eigen aangifte of het verzoek tot faillietverklaring, bedoeld in het tweede lid, onder c, vervalt van rechtswege zodra de rechtbank het akkoord overeenkomstig artikel 384 heeft gehomologeerd. Was de schuldeiser op het moment dat hij het verzoek tot faillietverklaring indiende, niet op de hoogte van het feit dat er een akkoord werd voorbereid, dan beslist de rechter of de schuldenaar de kosten van het geding die de schuldeiser heeft gemaakt, moet vergoeden.

Artikel 377

1. Als de schuldenaar voor de afkondiging van de afkoelingsperiode, bedoeld in artikel 376, de bevoegdheid had tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen, dan wel de inning van vorderingen, blijft deze bevoegdheid hem tijdens de afkoelingsperiode toekomen, voor zover dit past binnen de normale voortzetting van de onderneming die hij drijft.

2. De schuldenaar maakt alleen gebruik van de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid, als de belangen van de betrokken derden, voldoende zijn gewaarborgd.

3. De rechtbank heft de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid op of beperkt het gebruik van deze bevoegdheid op verzoek van één of meer betrokken derden, als niet langer wordt voldaan aan het vorige lid. De rechtbank beslist hierover niet dan nadat zij de genoemde derden, de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

Artikel 378

1. Voordat het akkoord overeenkomstig artikel 381, eerste lid, ter stemming is voorgelegd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, de rechtbank verzoeken een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord overeenkomstig deze afdeling, waaronder:

a. de inhoud van de informatie die in het akkoord of in de daaraan gehechte bescheiden is opgenomen, als ook de door de schuldenaar gehanteerde waardes en uitgangspunten en aannames, bedoeld in artikel 375, eerste lid, onderdelen e tot en met g;
b. de klassenindeling;
c. de toelating tot de stemming van een schuldeiser of aandeelhouder;
d. de procedure voor de stemming en binnen welke termijn nadat het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders is voorgelegd of hen is meegedeeld hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, de stemming redelijkerwijs zou mogen plaatsvinden;
e. of, als alle klassen instemmen met het akkoord, een afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 384, tweede en derde lid, alsnog aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan;
f. of, als niet alle klassen instemmen met het akkoord, een afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 384, tweede, derde en vierde lid, aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan, en
g. of, als de schuldenaar een rechtspersoon is als bedoeld in ~~de artikelen 381, tweede lid, en~~ artikel 383, tweede lid, het bestuur zonder goede reden weigert instemming te verlenen voor ~~het in stemming brengen van het akkoord of~~ de indiening van het homologatieverzoek.

2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

3. De rechtbank behandelt de verzoeken die overeenkomstig het eerste lid aan haar worden gedaan zoveel mogelijk gezamenlijk en doet deze zoveel mogelijk op één zitting af.

4. Wordt de rechter op grond van het eerste lid verzocht zich uit te laten over de toelating van een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming of over de hoogte van het bedrag van de vordering van een stemgerechtigde schuldeiser dan wel het nominale bedrag van het aandeel van een stemgerechtigde aandeelhouder, dan bepaalt de rechtbank of en tot welk bedrag, deze schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. Artikel 147 is van overeenkomstige toepassing.

5. Wordt de rechter op grond van het eerste lid, onderdeel g, verzocht zich uit te laten over de weigering van het bestuur om de daar bedoelde instemming te verlenen en constateert hij dat het bestuur daarvoor geen goede reden heeft, dan kan de rechter op verzoek van de herstructureringsdeskundige bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur.

6. Als zij dit nodig acht in het kader van een door haar te nemen beslissing, kan de rechtbank één of meer deskundigen benoemen om binnen een door haar te bepalen termijn, die zo nodig kan worden verlengd, een onderzoek in te stellen en een beredeneerd verslag van bevindingen uit te brengen. De deskundigen leggen hun verslag neder ter griffie van de rechtbank, ter inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Artikel 371, zevende en achtste lid, zijn van overeenkomstige toepassing. De rechtbank kan te allen tijde een deskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen, een en ander op verzoek van hemzelf of ambtshalve.

7. Als informatie ontbreekt om de gevraagde beslissing te kunnen geven, kan de rechtbank de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een redelijke termijn gunnen om de ontbrekende gegevens te verstrekken, alvorens zij een beslissing neemt als bedoeld in het eerste en vierde lid.

8. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste en vierde lid dan nadat zij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, en de schuldeisers en aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks geraakt worden door de beslissing op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Wordt de rechter gevraagd om een beslissing te nemen als bedoeld in het vierde lid, dan is de vorige zin in ieder

geval van toepassing op de schuldeiser of aandeelhouder, bedoeld in dat lid.

9. Beslissingen van de rechtbank op grond van dit artikel zijn slechts bindend voor die schuldeisers en aandeelhouders die op grond van het vorige lid door de rechtbank in de gelegenheid zijn gesteld om een zienswijze te geven.

10. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 379

1. Als de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige dan wel ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt.

2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 380

1. Als het akkoord overeenkomstig artikel 370 door de schuldenaar wordt voorbereid, kan een voorziening als bedoeld in artikel 379 zijn de aanstelling van een observator. Deze heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De rechtbank stelt een observator aan die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Bij de aanstelling:

a. houdt de rechtbank rekening met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de observator, en

b. hanteert de rechtbank een procedure en voorwaarden die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.

2. Zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet zal lukken om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, stelt de observator de rechtbank hiervan op de hoogte. De rechtbank stelt in dat geval de observator en de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid een zienswijze te geven en verbindt hieraan de gevolgen die zij geraden acht. Een dergelijke gevolgtrekking kan zijn dat de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst als bedoeld in artikel 371.

3. Wordt na de aanstelling van een observator een verzoek ingediend tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 en wijst de rechtbank dit verzoek toe, dan trekt zij daarbij de aanstelling van de observator in.

4. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en het vijfde tot en met veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 381

1. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, legt het akkoord gedurende een redelijke termijn die in ieder geval niet korter is dan acht dagen, voor het plaatsvinden van de stemming voor aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders of bericht hen hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, zodat zij hierover een geïnformeerd oordeel kunnen vormen.

~~**2.** De herstructureringsdeskundige kan het akkoord alleen met instemming van de schuldenaar aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorleggen als:~~

~~a. de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, en~~
~~b. de schuldenaar of, als de schuldenaar een rechtspersoon is, de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een onderneming drijft waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.~~

~~Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen.~~

2~~3~~. Stemgerechtigd zijn schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd.

3~~4~~. Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op vorderingsrechten waarvoor geldt dat het economisch belang geheel of in overwegende mate ligt bij een ander dan de schuldeiser en waardoor die ander zich in een positie bevindt die, gegeven de omstandigheden van het geval, redelijkerwijs gelijkgesteld moet worden met die van een schuldeiser als bedoeld in het ~~derde~~ tweede lid, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige deze ander in plaats van de schuldeiser uitnodigen naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de schuldeiser bepaalde van toepassing op de ander.

4~~5~~. Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op aandelen ten aanzien waarvan certificaten zijn uitgegeven, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, de certificaathouder, in plaats van de aandeelhouder, uitnodigen om naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de aandeelhouder bepaalde van toepassing op de certificaathouders. Hetzelfde geldt voor vruchtgebruikers.

5~~6~~. De stemming over het akkoord geschiedt per klasse van schuldeisers of aandeelhouders, overeenkomstig de in artikel 375, eerste lid, onderdeel k, gegeven informatie, in een fysieke of door middel van een elektronisch communicatiemiddel te houden vergadering of schriftelijk.

6~~7~~. Een klasse van schuldeisers heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.

7~~8~~. Een klasse van aandeelhouders heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van aandeelhouders die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen die klasse een stem hebben uitgebracht.

Artikel 382

1. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, eerste lid, zo die is aangewezen, stelt zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen zeven dagen na de stemming een verslag op dat vermeldt:

   a. de namen van de schuldeisers en aandeelhouders of, als dit niet mogelijk is, een verwijzing naar één of meer categorieën van schuldeisers en aandeelhouders, die een stem hebben uitgebracht en of zij zich daarbij voor of tegen het akkoord hebben uitgesproken, alsmede de hoogte van het bedrag van hun vorderingen dan wel het nominale bedrag van hun aandelen;
   b. de uitslag van de stemming, en
   c. of de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige voornemens zijn een verzoek als bedoeld in artikel 383, eerste lid, in te dienen, en indien dat het geval is, wat verder rondom de stemming of, indien aan de orde, bij de vergadering waarin deze heeft plaatsgevonden, is voorgevallen en relevant is in het kader van dat verzoek.

2. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige stelt de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders onverwijld in staat van het verslag kennis te nemen. Wordt door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een verzoek gedaan als bedoeld in artikel 383, eerste lid, dan deponeert hij het verslag ter griffie van de rechtbank. Het verslag ligt aldaar ter kosteloze inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek, bedoeld in artikel 383, eerste lid.

§ 3. De homologatie van het akkoord

Artikel 383

1. Als ten minste één klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, de rechtbank schriftelijk verzoeken om homologatie van het akkoord. Als het akkoord een wijziging omvat van rechten van schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan, dient die ene klasse, bedoeld in de vorige zin, te bestaan uit schuldeisers die vallen binnen deze categorie schuldeisers. Is het akkoord door de schuldenaar voorbereid en overeenkomstig artikel 371, eerste lid, vijfde zin, door de herstructureringsdeskundige ter stemming aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorgelegd, dan kan de schuldenaar zelf geen homologatieverzoek indienen, maar doet de herstructureringsdeskundige dit op verzoek van de schuldenaar of op zijn eigen initiatief.

2. De herstructureringsdeskundige kan alleen met instemming van de schuldenaar een homologatieverzoek indienen als:

   ~~a. de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging;~~
   a~~b~~. niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd, en
   b~~c~~. de schuldenaar of~~, als de schuldenaar een rechtspersoon is,~~ de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een MKB-onderneming drijft~~ waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed~~.

Als de schuldenaar een rechtspersoon is, mogen de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen.

3. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.

4. De rechtbank bepaalt zo spoedig mogelijk bij beschikking de zitting waarop zij de homologatie behandelt. Heeft de schuldenaar een verzoek ingediend tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd en heeft de rechtbank nog geen herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 aangewezen of een observator als bedoeld in artikel 380 aangesteld, dan stelt de rechtbank bij dezelfde beschikking alsnog een observator aan.

5. Van de beschikking, bedoeld in het vierde lid, geeft de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige onverwijld schriftelijk kennis aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.

6. De zitting wordt ten minste acht en ten hoogste veertien dagen nadat het homologatieverzoek is ingediend en het verslag, bedoeld in artikel 382, ter griffie ter inzage is gelegd, gehouden.

7. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid wil gebruiken om een overeenkomst overeenkomstig artikel 373, eerste lid, eenzijdig op te zeggen, dan omvat het homologatieverzoek tevens een verzoek om toestemming voor die opzegging.

8. Tot aan de dag van de zitting, bedoeld in het vierde lid, kunnen stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij de rechtbank een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Tot dat moment kan ook de wederpartij bij de overeenkomst, bedoeld in het vorige lid, een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het verzoek tot verlening van toestemming voor de opzegging, bedoeld in dat lid.

9. Een schuldeiser, aandeelhouder of wederpartij als bedoeld in het vorige lid kan geen beroep doen op een afwijzingsgrond, als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die afwijzingsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, terzake heeft geprotesteerd.

Artikel 384

1. Heeft de rechtbank rechtsmacht om het verzoek tot homologatie van het akkoord in behandeling te nemen, dan geeft zij zo spoedig mogelijk haar met redenen omkleed vonnis waarbij zij dit verzoek en, indien aan de orde, een verzoek om toestemming voor de opzegging van een overeenkomst als bedoeld in artikel 383, zevende lid, toewijst, tenzij zich één of meer van de afwijzingsgronden, bedoeld in het tweede tot en met het vijfde lid, voordoet. Heeft de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, overeenkomstig artikel 383, eerste lid, derde zin, naast een homologatieverzoek dat betrekking heeft op een akkoord dat hij zelf heeft voorbereid, ook een homologatieverzoek ingediend voor een akkoord dat door de schuldenaar is voorbereid, dan beoordeelt de rechtbank eerst het homologatieverzoek voor het laatstgenoemde akkoord, tenzij de herstructureringsdeskundige een door de schuldenaar ondersteund verzoek indient tot behandeling van de verzoeken in omgekeerde volgorde of alleen voor het eerstgenoemde akkoord geldt dat alle klassen daarmee hebben ingestemd. Pas als blijkt dat dit homologatieverzoek moet worden afgewezen, behandelt de rechtbank het tweede homologatieverzoek.

2. De rechtbank wijst een verzoek tot homologatie van het akkoord af als:

   a. van een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, geen sprake is;
   b. de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige niet jegens alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders heeft voldaan aan de verplichtingen, bedoeld in de artikelen 381, eerste lid, en 383, vijfde lid, tenzij de desbetreffende schuldeisers en aandeelhouders verklaren het akkoord te aanvaarden;
   c. het akkoord of de daaraan gehechte bescheiden niet alle in artikel 375 voorgeschreven informatie omvatten, de klasseindeling niet voldoet aan de eisen van artikel 374 of de procedure voor de stemming niet voldeed aan artikel 381, tenzij zodanig gebrek redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;
   d. een schuldeiser of de aandeelhouder voor een ander bedrag tot de stemming over het akkoord had moeten worden toegelaten, tenzij die beslissing niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;
   e. de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd;
   f. in het akkoord overeenkomstig artikel 375, eerste lid, onderdeel i, is opgenomen dat de schuldenaar:
      1°, een ~~de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord~~ nieuwe financiering aan wil gaan, ~~en~~ terwijl redelijkerwijs aannemelijk is dat deze niet noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk worden geschaad, of
      2° een bepaalde transactie aan wil gaan, terwijl redelijkerwijs aannemelijk is dat deze niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk worden geschaad;
   g. het akkoord door bedrog, door begunstiging van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders of met behulp van andere oneerlijke middelen tot stand is gekomen, onverschillig of de schuldenaar dan wel een ander daartoe heeft meegewerkt;
   h. het loon en de verschotten van de door de rechtbank ingevolge respectievelijk de artikelen 371, 378, zesde lid, en 380 aangewezen of aangestelde herstructureringsdeskundige, deskundige of observator niet zijn gestort of daarvoor geen zekerheid is gesteld, of
   i. er andere redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.

3. Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het

akkoord hebben ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, kan de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord, afwijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.

4. Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd en zijn ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten en in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd hadden moeten worden ingedeeld, wijst de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, af als:

a. bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd, aan een klasse van schuldeisers als bedoeld in artikel 374, tweede lid, een uitkering in geld wordt aangeboden die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht aangeboden zal worden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen, terwijl daarvoor geen zwaarwegende grond is aangetoond;
b. bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd ten nadele van de klasse die niet heeft ingestemd wordt afgeweken van de rangorde bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling, dan wel een contractuele regeling, tenzij voor die afwijking een redelijke grond bestaat en de genoemde schuldeisers of aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad;
c. de genoemde schuldeisers, niet zijnde schuldeisers als bedoeld in onderdeel d, op basis van het akkoord niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting aan betaling in geld zouden ontvangen, of
d. het schuldeisers betreft met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek die de schuldenaar bedrijfsmatig een financiering ~~heeft~~ hebben verstrekt en op basis van het akkoord in het kader van een wijziging van hun rechten, aandelen of certificaten hiervan aangeboden krijgen en daarnaast niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in een andere vorm.

5. Op verzoek van de wederpartij bij de overeenkomst wijst de rechtbank het verzoek om toestemming voor de opzegging van een overeenkomst, bedoeld in artikel 383, zevende lid, af op de grond bedoeld in het tweede lid, onder a.

6. Artikel 378, zesde lid, is van overeenkomstige toepassing.

7. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste lid dan nadat zij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, en de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders, dan wel de wederpartij, zo die een verzoek tot afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord of tot verlening van toestemming voor de opzegging van de overeenkomst als bedoeld in artikel 383, achtste lid, hebben ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

8. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

§ 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord

Artikel 385

Het gehomologeerde akkoord is verbindend voor de schuldenaar en voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Heeft niet de schuldeiser of aandeelhouder, maar ingevolge artikel 381, derde of vierde ~~of vijfde~~ lid, een ander over het akkoord gestemd, dan is het akkoord desalniettemin verbindend voor de schuldeiser of aandeelhouder.

Artikel 386

Het vonnis van homologatie levert ten behoeve van de stemgerechtigde schuldeisers met niet door de

schuldenaar betwiste vorderingen een voor tenuitvoerlegging vatbare titel op tegen de schuldenaar en tegen de tot het akkoord als borgen toegetreden personen, voor zover de schuldeisers op basis van het akkoord een vordering krijgen tot betaling van een geldsom.

Artikel 387

1. De schuldenaar is in verzuim bij iedere tekortkoming in de nakoming van het akkoord en is verplicht de schade die de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders daardoor lijden te vergoeden, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Artikel 75 en afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing.

2. In het akkoord kan de ontbinding van het akkoord worden uitgesloten. Als het akkoord hiertoe geen bepaling omvat, is artikel 165 van overeenkomstige toepassing.

Lasten en bevelen, dat deze in het *Staatsblad* zal worden geplaatst, en dat alle Ministerieele Departementen, Autoriteiten, Colleges en Ambtenaren, wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven op het Loo, den 30sten September 1893

EMMA.

De Minister van Justitie.
SMIDT.

Uitgegeven den zesden October 1893.

De Minister van Justitie,
SMIDT.

Overgangsrecht

ARTIKEL IV
Het recht zoals dat gold voor het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I van deze wet is van toepassing op:

a. faillissementen die voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet zijn uitgesproken;

b. surseances van betaling die voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet voorlopig of definitief zijn verleend;

c. schuldsaneringsregelingen die voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet zijn uitgesproken, en

d. besloten of openbare akkoordprocedures buiten faillissement ten aanzien waarvan voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet een verklaring als bedoeld in artikel 370, derde lid, Faillissementswet, is gedeponeerd of voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet een verzoek als bedoeld in artikel 371, eerste lid, Faillissementswet, is gedaan.

Zie volgende pagina voor overige artikelen.

ARTIKEL II

In artikel 19a, tweede lid, van de Wet griffierechten burgerlijke zaken wordt na «met een beloop van € 100.000» ingevoegd «en niet meer dan € 1.000.000».

ARTIKEL IIA

Aan artikel 31a van de Wet op de ondernemingsraden wordt een lid toegevoegd, luidende:
8. Als een accountantsverklaring een negatieve verklaring omvat als bedoeld in artikel 393 lid 5, onderdeel h, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, wordt deze accountantsverklaring onverwijld door de accountant aan de ondernemingsraad gezonden.

ARTIKEL III

Indien artikel II, onderdeel F, van de Wet van 26 juni 2019 tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in verband met de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen in het Burgerlijk Wetboek, de Handelsregisterwet 2007 en de Wet op de Kamer van Koophandel (Stb. 2019, 280), in werking is getreden of treedt, wordt in artikel 374, tweede lid, onderdeel a, van de Faillissementswet, «ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn» vervangen door «ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 een indicatie van het aantal arbeidsverhoudingen blijkt die vijftig of minder bedraagt,».

[etc.]