



de Rechtspraak

De minister van Veiligheid en Justitie
mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

T (088) 36 10000
F (088) 36 10022
www.rechtspraak.nl

datum 21 november 2014
contactpersoon Voorlichting
e-mail voorlichting@rechtspraak.nl
telefoonnummer 06-46116548
uw kenmerk 549768
bijlage -
onderwerp Advies Wet continuïteit ondernemingen II

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 14 augustus 2014, kenmerk 549768, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de “Raad”) advies uit te brengen inzake de wijziging van de Faillissementswet (Fw) in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden (Wet continuïteit ondernemingen II (WCO II) - het “Wetsvoorstel”).

Het Wetsvoorstel

Het Wetsvoorstel beoogt het proces van herstructurering van problematische schulden bij ondernemingen buiten faillissement te flexibiliseren, te bespoedigen en met zo min mogelijk formaliteiten, kosten en onzekerheden gepaard te doen gaan. Het Wetsvoorstel voorziet o.a. in de mogelijkheid dat de herstructurering van problematische schulden kan plaatsvinden op basis van een akkoord tussen de onderneming en haar schuldeisers en aandeelhouders. Indien het akkoord door de meerderheid van de schuldeisers en aandeelhouders wordt ondersteund, kunnen schuldeisers en aandeelhouders die zich er op onredelijke gronden tegen verzetten tot medewerking worden gedwongen door een algemeen verbindend verklaring door de rechter.

Het Wetsvoorstel maakt deel uit van de tweede pijler van het Programma “Herijking Faillissementsrecht”, die maatregelen behelst om onnodige faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen door ondernemers met dreigende betalingsproblemen te stimuleren die problemen in een vroeg stadium te adresseren en herstructurering buiten faillissement te faciliteren.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

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 werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechterlijke zaken zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 2 van 18

Advies

1. INLEIDENDE OPMERKINGEN

Alvorens in te gaan op de inhoudelijke aspecten van het Wetsvoorstel hecht de Raad eraan eerst de volgende meer algemene opmerkingen te maken.

1.1. Plaats van WCO II in het programma Herijking Faillissementsrecht

De WCO II maakt zoals gezegd onderdeel uit van het omvangrijke wetgevingsprogramma “Herijking Faillissementsrecht”. Dat programma kent diverse Wetsvoorstellen (hierna met verkorte titel weergegeven) rond drie “pijlers”:

Pijler 1: Bevordering fraudebestrijding

- Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod
- Wetsvoorstel herziening strafrechtelijk faillissementsrecht
- Wetsvoorstel versterking positie curator

Pijler 2: Modernisering faillissementsprocedure

- Wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure

Pijler 3: Bevorderen reorganisatiemogelijkheden ondernemingen

- Wet continuïteit ondernemingen I: stille bewindvoering/pre-pack
- Wet continuïteit ondernemingen II: dwangakkoord
- Wet continuïteit ondernemingen III: voortzetting na faillissement

Deze wetsvoorstellen bevinden zich in verschillende fasen: de wetsvoorstellen civielrechtelijk bestuursverbod en herziening strafrechtelijk faillissementsrecht zijn inmiddels aan de Tweede Kamer aangeboden. Het wetsvoorstel versterking positie curator dient nog ter advies aan de Raad van State te worden aangeboden. Het advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel stille bewindvoering/prepack is ontvangen maar nog niet openbaar. Ter voorbereiding van het wetsvoorstel voortzetting na faillissement heeft eind september 2014 een eerste “stakeholdersbijeenkomst” plaats gevonden (ook Recofa neemt als “stakeholder” namens de Raad voor de rechtspraak aan dat overleg deel). De voorbereidingen voor het wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure zijn het minst ver gevorderd: de Minister lijkt te willen optrekken met het programma KEI.²

De omvang van dit wetgevingsprogramma brengt een aantal risico’s met zich. Dat is een gegeven, maar de Raad wil enkele van die risico’s toch benoemen.

² <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2014/07/16/kamerbrief-voortgangsrapportage-wetgevingsprogramma-herijking-faillissementsrecht.html>



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 3 van 18

1.2. Overzicht

De keuze voor zeven aparte wetsvoorstellen, boven een integrale herziening van het faillissementsrecht, maakt het lastig een totaalbeeld te krijgen van het faillissementsrecht na de herziening: soms vullen de wetsvoorstellen de bestaande Faillissementswet aan, soms grijpen ze daar op in. De wijzigingen zijn bovendien zowel inhoudelijk als procedureel. Het is buitengewoon lastig om de gevolgen van een wetsvoorstel te doordenken als de definitieve teksten van samenhangende wetsvoorstellen nog niet helemaal of nog helemaal niet bekend zijn.

1.3. Samenhang

Bij eerdere consultaties in het kader van dit wetgevingsprogramma heeft de Raad ook al aandacht gevraagd voor de samenhang: hoe verhouden zich de verschillende voorgestelde regelingen zich tot elkaar en tot de bestaande regelingen? Ook bij de WCO II wordt die samenhang niet geheel duidelijk.

Zo is niet duidelijk of een dwangakkoord (WCO II) mag worden aangeboden, terwijl een stille bewindvoering (WCO I) loopt en, zo ja, welke gevolgen dat heeft voor bijvoorbeeld de rol en positie van de bij beide figuren betrokken rechter(s)-commissaris(sen). Voorts is niet duidelijk of het voorstellen van een dwangakkoord (WCO II) “meetelt” voor het civielrechtelijk bestuursverbod (wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod).

Wat betreft de verhouding tot de bestaande regelingen vraagt de Raad aandacht voor de verhouding tussen het dwangakkoord (WCO II) en (het akkoord in) de surseance van betaling. Als een dwangakkoord buiten faillissement mislukt, moet de ondernemer dan nog wel de mogelijkheid krijgen om surseance aan te vragen en in die surseance een akkoord aan te bieden? Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord – de Memorie van Toelichting (MvT) zwijgt daarover – moet worden gevreesd voor een keten van procedures en een herhaling van zetten. Voorstelbaar is dat indien eenmaal de weg van het akkoord buiten faillissement is gekozen, de weg naar surseance wordt afgesloten: het gaat niet aan om, nadat ook (na de schuldeisers) de rechtbank het dwangakkoord heeft afgewezen, de ondernemer opnieuw de mogelijkheid te bieden om in surseance een akkoord aan te bieden.

Wat betreft de surseance merkt de Raad nog op dat een herijking van de surseance van betaling naar de mening van de Raad niet voldoende is onderzocht, althans, de MvT rept daar niet over. In onderdeel 2, Achtergrond en aanleiding voor het wetsvoorstel (met name 2.1 en 2.2) wordt vooral ingegaan op de effecten van een faillissement. De effecten van een surseance lijken over dezelfde kam te worden geschoren. De vraag rijst of dat juist is.

1.4. Rol van de rechter-commissaris/rechtbank: afbreukrisico

Alle wetsvoorstellen van dit wetgevingsprogramma hebben gevolgen voor de werkzaamheden van de rechters-commissarissen. Soms betreffen die gevolgen vooral een uitbreiding van die werkzaamheden binnen de huidige toezichthoudende rol van de rechter-commissaris tijdens faillissement (bijvoorbeeld de wetsvoorstellen in het kader van de bestrijding van faillissementsfraude).

Soms ook betreffen die gevolgen niet alleen een uitbreiding van de huidige rol, maar brengen zij ook een geheel nieuwe rol voor de rechter-commissaris mee. Die nieuwe rol zagen we al bij het wetsvoorstel WCO I, waar de rechter-commissaris als “stille rechter-commissaris” gaat optreden. Maar ook het



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 4 van 18

wetsvoorstel WCO II in artikel 371 Fw heeft een eigen nieuwe rol in petto: de rechter-commissaris kan tijdens het onderhandelingsproces “uitlatingen” doen en procedurele beslissingen nemen met verregaande consequenties voor de rechtspositie van betrokken partijen.

Artikel 371 Fw wordt later in dit advies nader besproken. De Raad merkt hier meer in het algemeen op dat de nieuwe rollen van de rechter-commissaris verstrekkende consequenties hebben voor de positie van de rechtbank ten opzichte van de betrokken partijen en voor de relatie tussen rechter-commissaris en de overige leden van de rechtbank. De handelingen van de rechter-commissaris in zijn nieuwe rollen kenmerken zich door een zekere vrijblijvendheid. De rechtbank is namelijk doorgaans niet aan de uitlatingen en beslissingen van de rechter-commissaris gebonden. De betrokken partijen zullen hun handelingen in het proces echter wel afstemmen op de uitlatingen en beslissingen van de rechter-commissaris of dat nu bij een pre-pack of een dwangakkoord is. De consequenties van dit voortbouwen in (gerechtvaardigd?) vertrouwen voor de beslissingsruimte voor de rechtbank later in het proces worden in de MvT naar het oordeel van de Raad niet voldoende doordacht.

De voorgestelde aanzienlijke uitbreiding van de werkzaamheden van de rechter-commissaris bij de herijking van het faillissementsrecht lijkt erop te duiden dat de wetgever en de door hem geraadpleegde “stakeholders” een groot vertrouwen hebben in de kennis en kunde van de rechter-commissaris. De Raad is verheugd om dit vertrouwen. Dat vertrouwen is echter opgebouwd onder de huidige wetgeving en met de uitoefening van de huidige taken. Wanneer de nieuwe taken een negatief kwalitatief (de rechters-commissarissen blijken er inhoudelijk niet klaar voor, de verhouding rechtbank/rechters-commissarissen komt onder druk te staan) of kwantitatief (de Rechtspraak krijgt geen extra middelen en de rechters-commissarissen krijgen er dus geen tijd voor) effect hebben, bestaat het risico dat dat vertrouwen zal wegebben. Dat is een afbreukrisico.

De Raad realiseert zich dat het Wetsvoorstel in toenemende mate een beroep doet op de expertise en specialisatie van de rechters die met deze taken zijn belast. De invoering van dit Wetsvoorstel zal de nodige voorbereidingstijd van de Rechtspraak vergen, waarbij de Rechtspraak ervoor zal moeten zorgen dat het bijbehorende kwalitatief hoogwaardige faillissementstoezicht adequaat is georganiseerd. De Raad merkt in dit kader op dat de Rechtspraak in het kader van het Kei-programma en meer in het bijzonder het onderdeel “toezicht” van dat programma reeds bezig is te onderzoeken op welke wijze de landelijk aanwezige expertise zo goed mogelijk kan worden benut, gegeven de specifieke eisen die complexe faillissementssituaties vergen.



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 5 van 18

2. INHOUDELIJKE OPMERKINGEN

2.1 Onderbelichte aspecten

2.1.1 Mededingingsrecht

De Raad mist in de toelichting een bespreking van de relatie tussen het dwangakkoord en het mededingingsrecht. Een buitengerechtigd akkoord kan immers concurrentieverstorend werken. Denk aan het geval dat onderneming A in financiële problemen is gekomen doordat zij haar producten tegen of onder kostprijs te koop aanbood en met een buitengerechtigd (dwang)akkoord haar schulden saneert terwijl concurrent B telkens de winstgevendheid in de gaten heeft gehouden en hogere prijzen voor haar producten of dienst vroeg waardoor zij niet goed kon concurreren met A. Deze voorzienbare problematiek verdient naar de mening van de Raad nu al aandacht.

2.1.2 Positie fiscus

Ook over de positie van de fiscus, doorgaans een van de belangrijkste schuldeisers, wordt niet gesproken in de MvT. Het beleid van de fiscus rond zijn positie is voor het bestaande faillissementsrecht uitputtend weergegeven in de Leidraad Invordering. In dat verband bevreemdt het dat de fiscus zo weinig aandacht krijgt: de opstelling van de fiscus zal het welslagen van een akkoord in hoge mate bepalen.

2.1.3 Griffierecht

De Raad neemt aan dat griffierecht is verschuldigd voor verzoeken ex artikel 368 Fw e.v.. Wellicht is het raadzaam om enige “selectie aan de poort” te laten plaatsvinden door een (substantieel) hoger griffierecht te vragen voor dergelijke verzoeken: alleen serieuze ondernemingen zullen een hoog griffierecht willen en kunnen bieden.

2.2 De inhoud van het voorstel voor het akkoord en de aan dat voorstel te hechten stukken (artikel 370 Fw)

Artikel 370 lid 2 bevat een opsomming van de informatie die in ieder geval in het akkoord moet worden gegeven. Voor een goede beoordeling zal de rechtbank ook kennis moeten kunnen nemen van:

- de (vorderings)rechten van schuldeisers en aandeelhouders waarvan de rechten niet door het akkoord worden getroffen;
- de oorzaken van de financiële problemen en de financiële gevolgen voor schuldeisers en aandeelhouder op wie het akkoord betrekking heeft ingeval van niet-acceptatie van het akkoord;
- sub b: per klasse moet worden aangegeven welk percentage van de vordering wordt ontvangen ingeval van faillissement. Dit is immers de informatie waaraan de schuldeisers met name belang bij hebben;
- sub c: de waardering *en* *waarderingsgrondslag*. Of de waardering relevant is, moet de rechtbank maar uitmaken, niet de schuldenaar. De zinsnede “indien en voor zover relevant” dient te vervallen.

De Raad vreest dat het bepaalde in lid 3 een bron wordt voor chicaneus gedrag en daardoor ingegeven verdragings tactieken. Het artikel opent de mogelijkheid - en is daar volgens de MvT ook voor bedoeld -



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 6 van 18

om met passeren van de algemene vergadering van aandeelhouders de statuten van de rechtspersoon aan te passen. De werklust voor de rechterlijke macht zou daardoor aanmerkelijk kunnen toenemen.

De gevolgen voor de (notariële) rechtspraktijk van deze nieuwe mogelijkheid kunnen moeilijk worden overschat. De regeling maakt immers geen uitzondering voor bestaande rechtspersonen. Dat betekent dat ook die rechtspersonen statutair kunnen worden "aangetast" zonder dat de zittende aandeelhouders daar rekening mee hebben kunnen houden bij hun investeringsbeslissing. De MvT besteedt geen aandacht aan dat effect. Ook het effect op (rechtsgeldige) beschermingsconstructies wordt niet belicht. Het verdient de voorkeur de praktijk op deze punten niet in het duister te laten tasten.

2.3 De mogelijkheid tot benoeming van een rechter-commissaris en diens nieuwe rol ingevolge artikel 371 lid 1 Fw

Ingevolge artikel 371 lid 1 Fw kan de rechtbank, op voorstel van de schuldenaar, de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden of een of meer schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, een rechter-commissaris benoemen die kan aangeven of: a) de wijze van waardering van vorderingen van schuldeisers, de indeling in klassen of de procedure voor stemming voldoet aan de eisen die de rechtbank daaraan zou stellen bij de beoordeling van een verzoek als bedoeld in artikel 373, eerste lid, of b) het voorstel voor het akkoord wijziging of aanvulling behoeft omdat zulks redelijkerwijs noodzakelijk is voor een goede oordeelsvorming door de schuldeiser en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd.

In de inleidende opmerkingen heeft de Raad al enige opmerkingen gemaakt over de nieuwe rollen die de rechter-commissaris op grond van dit artikel krijgt en de vragen die die rollen oproepen. In aanvulling daarop merkt de Raad het volgende op.

De Raad is van mening dat de in artikel 371 Fw genoemde onderwerpen te complex zijn om "af te doen" met uitlatingen en/of beslissingen door de rechter-commissaris. De in artikel 371 bij de rechter-commissaris belegde taken horen naar het oordeel van de Raad thuis bij de rechtbank. De vraag rijst voorts of de complexiteit en de belangen niet vragen om een meervoudige behandeling. De Raad beantwoordt die vraag bevestigend: de vele financiële en bedrijfseconomische vragen die in het kader van de toetsing van het dwangakkoord aan de orde komen, laten zich slecht enkelvoudig beantwoorden.

Artikel 371 lid 1 Fw aanhef is een dubbele "kan-bepaling": de rechtbank *kan* op verzoek een rechter-commissaris benoemen en die *kan* aangeven wat in sub a en b wordt omschreven. De rechtbank kan het verzoek tot aanwijzing dus afwijzen. Op welke gronden die afwijzing kan plaatsvinden wordt uit de wettekst noch de MvT duidelijk. De Raad stelt voor hier aansluiting te zoeken bij het voorgestelde artikel 373 lid 3 Fw.

Wijst de rechtbank wel een rechter-commissaris aan dan is deze niet verplicht om te acteren: ook hij *kan* aangeven wat de sub a en b wordt omschreven. Dat roept vragen op. Ten eerste is het wat vreemd dat de rechtbank op verzoek van een partij een rechter-commissaris aanwijst om uitlatingen te doen en deze vervolgens geen uitlatingen zou doen. Ten tweede ontbreekt ook hier het toetsingskader: ook hier zou kunnen worden aangesloten bij het bepaalde in artikel 373 lid 3 Fw.

Belangrijker is dat de status van de "uitlatingen" van de rechter-commissaris niet duidelijk wordt. De MvT (p. 60 e.v.) hinkt op twee gedachten.



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 7 van 18

De eerste gedachte is dat met *het oplossen van geschillen* omtrent waardering etc. niet moet worden gewacht totdat aan de rechtbank algemeen verbindend verklaring wordt verzocht ex artikel 373 Fw. Dat zou ten koste gaan van de “deal certainty”. Wel moet worden voorkomen dat deze fase “*al te zeer gejuridiseerd raakt*”. Dat wordt nader toegelicht: de uitlating is een “voorlopig oordeel” en dat beoogt uit te drukken dat de rechter-commissaris “slechts een eerste indicatie geeft dan wel verricht wat zou kunnen worden omschreven als een eerste marginale controle. Een toetsing ten gronde (...) ligt niet voor de hand” (MvT, p. 61, eerste alinea).

De tweede gedachte is dat de inhoud en uitwerking/vormgeving van het akkoord geheel de eigen verantwoordelijkheid is van degene die het aanbiedt. Die partij moet de schuldeisers en aandeelhouders waarvan de rechten worden gewijzigd overtuigen van de redelijkheid en de economische voordelen van het akkoord.

De onderwerpen waar de uitlatingen betrekking op kunnen hebben, betreffen de positie van de schuldeisers in het verdere aanbiedingsproces: de waardering van hun vorderingen, de indeling in klassen en de stemprocedure bepalen immers welke crediteuren mogen meestemmen en voor welk bedrag. Dergelijke belangen vragen naar de mening van de Raad om een meer dan marginale toetsing. De wetgever lijkt daar ook vanuit te gaan, nu de rechter-commissaris alle partijen moet horen alvorens een uitlating te doen (lid 3) en een deskundige kan raadplegen (lid 4).

Zoals het nu wordt voorgesteld is de betrokkenheid van de rechter-commissaris te vrijblijvend: partijen, noch de rechtbank zijn aan zijn uitlatingen gebonden. De rechter-commissaris verwordt tot een adviseur van partijen.

De vraag rijst waarom er niet voor is gekozen om het verzoek ex artikel 371 Fw niet direct de start te laten zijn van de procedure tot verwezenlijking van een (dwang)akkoord. De rechtbank kan in het kader van zo'n procedure over de sub a vermelde onderwerpen een voorlopig oordeel geven. Dat voorlopig oordeel kan dan worden gegeven door (bij voorkeur) dezelfde kamer die het (eventuele) verzoek tot algemeen verbindend verklaring gaat behandelen.

Een andere oplossing zou zijn om de sub a genoemde onderwerpen pas aan de orde te stellen in het kader van het verzoek tot het algemeen verbindend verklaren of het opleggen van een dwangakkoord. Ook in de huidige opzet dient de rechtbank zich tenslotte op die onderwerpen in het kader van die verzoeken een eigen oordeel te vormen, dient zij in dat kader alle partijen weer te horen (artikel 377 Fw) en kan zij aanwijzingen geven (artikel 378 Fw). Deze oplossing zou partijen ook dwingen om zich tot het uiterste in te spannen in het aan het verzoek voorafgaande proces: zij kunnen zich niet verschuilen achter uitlatingen van de rechter-commissaris.

Ten slotte kan gedacht worden aan een deelgeschillenprocedure, te schoeien op de leest van de deelgeschilprocedure in letselschade zaken (artikel 1019w e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). Dat zou de rechter het beste brengen in de rol en taak die hem past; die van geschillenbeslechter en niet die van adviseur of voorlopige ‘bespiegelaar’.

2.4 De bevoegdheid van de rechter-commissaris danwel de rechtbank o.g.v. artikel 371 lid 2

Wat de Raad hiervoor bij de bespreking van artikel 371 lid 1 Fw heeft opgemerkt over de positie van de rechter-commissaris geldt mutatis mutandis ook voor artikel 371 lid 2 Fw, met dien verstande dat ook



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 8 van 18

de rechtbank zelf over de in dit lid bedoelde onderwerpen kan beslissen (de rechtbank kan geen uitlatingen als bedoeld in lid 1 doen). Hier klemt dat tekstueel de indruk wordt gewekt dat beslissingen worden genomen die partijen binden: uit de MvT wordt duidelijk dat de rechtbank aan deze beslissingen bij de beoordeling van een verzoek dwangakkoord niet is gebonden (MvT, p. 62, eerste zin).

2.5 Het toetsingskader voor de beoordeling van een verzoek tot algemeen verbindend verklaring (artikel 373 Fw)

Het in artikel 373 Fw voorgestelde toetsingskader voor de beoordeling van een verzoek tot algemeen verbindend verklaring lijkt niet consequent waar het de behandeling van de verschillende klassen betreft. Uit de MvT blijkt dat steeds het uitgangspunt is geweest dat de zeggenschap van de schuldeisers wordt bepaald door hetgeen zij bij faillissement zouden verkrijgen: als je “out of the money” bent, heb je geen of minder recht van spreken. Dat uitgangspunt komt tot uitdrukking in de (quasi-, zie artikel 373 lid 3) dwingend voorgeschreven afwijzingsgronden voor het dwangakkoord in artikel 373 lid 2 aanhef en sub b, c en d, Fw: slechts als zij minder krijgen dan zij in faillissement zouden ontvangen, dient het dwangakkoord te worden afgewezen.

Van dat uitgangspunt wordt echter afgeweken waar het de positie van de zekerheidsgerechtigden betreft: wanneer zij minder krijgen dan de onderhandse verkoopwaarde van hun zekerheden, kan geen dwangakkoord worden opgelegd. Dat betekent dat voor de pand- en hypotheekhouders niet wordt aangesloten bij hetgeen zij in faillissement zouden ontvangen: hoofdregel is bij faillissement executie door deze separatisten. Bij die executie wordt doorgaans evenwel de executiewaarde gerealiseerd, slechts zelden (en dan nog met medewerking van de curator) de onderhandse verkoopwaarde.

De blijkens de MvT voorgestane indeling in klassen maakt niet duidelijk in hoeverre bij de faillissementsrechtelijke realiteit wordt aangesloten: wanneer de zekerheden van een zekerheidsgerechtigde “onder water staat” - met andere woorden: wanneer zijn zekerheden minder waard zijn dan de hoogte van zijn vordering - deelt hij in het niet uitgewonnen deel van zijn vordering mee als concurrent crediteur (artikel 59 Fw). Wordt nu bedoeld dat de pand- en hypotheekhouders meestemmen in de klasse van zekerheidsgerechtigden voor dat deel van hun vordering dat is gedekt door zekerheid en voor het overige deel meestemmen in de klasse van concurrenten. Of wordt bedoeld dat zij ongeacht het “concurrente” deel van hun vordering voor hun volledige vordering meestemmen in de klasse van zekerheidsgerechtigde? Dat laatste zou minder goed passen in het systeem van WCO II. De MvT zou op dat punt misschien nader toelichting kunnen geven.

Bij de klasse van schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud (sub b) wordt niet duidelijk in hoeverre de vraag of het eigendomsvoorbehoud nog is uit te oefenen meespeelt.

Voorts ontbreekt een klasse van schuldeisers met een retentierecht. Aangezien het retentierecht doorgaans boven pand- en hypotheekrecht gaat, verdienen deze schuldeisers aandacht.

Teneinde vele (kansloze?) procedures te voorkomen zou een zeker quorum “voorstemmers” wenselijk zijn. In de huidige opzet kan de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden ongeacht het aantal tegenstemmers/tegenstemmende klassen vragen om een dwangakkoord.

De Raad is van mening dat een quorum (ten minste x-procent moet voor hebben gestemd) de aanbieder van het akkoord zal dwingen om een acceptabel akkoord te formuleren. In de voorgestelde opzet dient



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 9 van 18

de rechtbank, al dan niet met aanwijzingen als bedoeld in artikel 378 Fw, te beoordelen of niet alsnog tot een acceptabel akkoord kan worden gekomen. Dat is het verleggen van verantwoordelijkheid.

Bij de leden 2 en 3 van artikel 373 Fw passen de opmerkingen die de Raad hiervoor heeft gemaakt bij artikel 371 Fw ten aanzien van de waarderingsproblematiek. Korthedshalve verwijst de Raad naar die opmerkingen.

In aanvulling daarop merkt de Raad op dat niet duidelijk wordt welke situatie de wetgever op het oog heeft met het bepaalde in lid 2 aanhef en sub d. De aandeelhouders ontvangen immers eerst een uitkering in faillissement indien de boedel zo groot is dat er nog saldo over is nadat alle overige schuldeisers hun vorderingen volledig (inclusief tijdens faillissement opgebouwde rente) kregen uitgekeerd. Als voor faillissement al wordt geconstateerd dat die situatie aan de orde is, rijst de vraag waarom een akkoord überhaupt nodig is. De onderneming moet dan toch in staat worden geacht om haar schulden te betalen.

Zonder nadere toelichting in de MvT, welk ontbreekt, is niet duidelijk hoe het criterium “in redelijkheid niet tot dat stemgedrag konden komen” genoemd in lid 2 zich verhoudt tot het in lid 3 genoemde criterium “onevenredig geschaad”. De toets van lid 3 zal toch ook worden aangelegd bij de beoordeling van het stemgedrag op grond van lid 2. De Raad vraagt zich dan ook af wat de zelfstandige betekenis is van lid 3.

De betekenis van artikel 373 lid 4 laatste zin is niet duidelijk: wanneer moet de schuldenaar het daar bedoelde verzoek doen, geldt dit als een aparte procedure, staan tegen de in dat kader te nemen beslissing van de rechtbank rechtsmiddelen open? Ook dit artikel hinkt op twee gedachten: enerzijds moet de schuldeiser wiens rechten worden gewijzigd worden beschermd door 1) hem in een klasse in te delen waardoor hij kan meestemmen over het akkoord, 2) de rechterlijke toetsing ex artikel 373 lid 3 en 3) de mogelijkheid om de overeenkomst te beëindigen. Anderzijds kan de rechtbank aan die beëindiging nadere voorwaarden stellen, zoals een voortgezette levering gedurende een bepaalde termijn of het vervallen van boeteclausules (MvT, p. 71).

De Raad is van mening dat een dergelijk verzoek moet worden gedaan bij het aanbieden van het akkoord (artikel 368): pas dan is voor de betreffende crediteuren duidelijk waar hun keuze uiteindelijk toe zal leiden.

2.6 De aan het verzoek tot algemeen verbindend verklaring toe te voegen bijlagen (artikel 374 lid 2)

Van een als bijlage toe te voegen “akkoord” als bedoeld in artikel 374 lid 2 sub a Fw kan alleen sprake zijn wanneer om algemeen verbindend verklaring wordt verzocht ex artikel 373 lid 1 Fw. Indien wordt gevraagd om een dwangakkoord (artikel 373 lid 2 Fw) is er immers nog geen akkoord. Het zou beter zijn om beide situaties in artikel 374 te onderscheiden.



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 10 van 18

Dat betekent niet dat het voorstel tot het akkoord dat op grond van artikel 374 lid 2 sub b Fw dient te worden overgelegd geen zelfstandige betekenis meer zou hebben. Voor een goede beoordeling van de context is kennisneming van het in eerste instantie aangeboden voorstel tot akkoord noodzakelijk.

Ook de bewijsstukken van verzending aan de schuldeisers van de oproep voor de stemming zouden moeten worden overgelegd. Dat voorkomt wellicht dat de situatie bedoeld in artikel 382 Fw ontstaat.

De Raad stelt voor dat de verzoeker tot een dwangakkoord ook de bekende wren van de tegenstemmende schuldeisers vermeldt, onder overlegging van hun schriftelijke bezwaren.

2.7 Procedurevoorschriften voor de oproeping van schuldeisers en aandeelhouders en voor de verzending van processtukken (artikel 376 Fw)

2.7.1 Toepasselijkheid van de verzoekschriftprocedure

Artikel 362 Fw bepaalt al dat titel 3 Rv (verzoekschriftprocedure) niet van toepassing is op procedures ingevolge de Faillissementswet. Omdat in artikel 376 lid 3 uitdrukkelijk van bepalingen uit die titel wordt afgeweken, rijst de vraag of de gewone verzoekschriftprocedure dan wel van toepassing is op de verzoekschriften in het kader van het dwangakkoord. Het verdient de voorkeur artikel 362 Fw voor alle in de Faillissementswet op te nemen regelingen te laten gelden.

2.7.2 Oproepingswijze

Het gevaar bij de voorgestelde wijze van oproeping schuilt in de beperkte mate waarin kan worden gecontroleerd of daadwerkelijk is opgeroepen. Kan de rechtbank ervan uitgaan dat die oproeping correct heeft plaatsgevonden? Of is hier nog een taak voor de rechtbank weggelegd?

Gelet op de verregaande consequenties die artikel 382 sub b Fw verbindt aan het niet behoorlijk oproepen, doet een verzoeker er verstandig aan om aangetekend of bij exploit op te roepen om aan te tonen dat schuldeisers/aandeelhouders behoorlijk zijn opgeroepen. De kosten van een dergelijke oproeping zijn enorm.

De belasting voor de griffie zal aanzienlijk zijn. Wellicht dat regels kunnen worden gesteld met betrekking tot aanlevering en de verspreiding van deze verzoek- en verweerschriften, alsmede de voor die verspreiding noodzakelijke adressenbestanden.

2.8 Termijnen

2.8.1 De termijn ex artikel 374 lid 3 Fw

De in artikel 374 lid 3 Fw vervatte termijn - "met de meeste spoed"- biedt voldoende ruimte voor maatwerk. De Raad merkt in dit kader op dat behandeling doorgaans door een meervoudige kamer zal plaatsvinden.

2.8.2 De termijn ex artikel 375 lid 2 Fw

Ook de in artikel 375 lid 2 Fw vervatte termijn - "ten minste acht dagen na de verzending van de



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 11 van 18

oproeping” - biedt voldoende ruimte voor maatwerk. Hier geldt ook dat behandeling doorgaans door een meervoudige kamer zal plaatsvinden.

Het verdient de voorkeur te bepalen dat in de oproep wordt aangegeven welke termijn de rechtbank heeft vastgesteld voor de indiening van een verweerschrift.

De Raad stelt voor artikel 377 Fw, dat een nadere uitwerking geeft van het doel van de zitting, te incorporeren in artikel 375 Fw. De behandeling bedoeld in artikel 375 Fw is immers de pendant van de behandeling door de rechter-commissaris op grond van artikel 371 Fw.

Het primaat van WCO II lijkt te liggen bij de snelheid van de procedure en de rechterlijke betrokkenheid daarbij. De vraag rijst of voldoende wordt onderkend dat het horen van de schuldeisers en aandeelhouders (al dan niet in plaats van het indienen van een verweerschrift) kan leiden tot omslachtige en langdurige zittingen.

Op het deskundigenbericht van artikel 377 lid 2 Fw zijn klaarblijkelijk de bepalingen omtrent het deskundigenbericht van toepassing (artt.194-200 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). Ook dat kan leiden tot aanzienlijke vertraging van de procedure.

Daarbij past wel de kanttekening dat de zitting van artikel 375 in beginsel openbaar is. De zitting van artikel 371 Fw niet.

2.8.3 De termijn voor de behandeling van het hoger beroep (artikel 379 lid 4 Fw)

Artikel 379 lid 4 Fw bepaalt dat het tijdstip waarop het hoger beroep wordt behandeld niet later ligt dan veertien dagen na ontvangst van het verzoekschrift. De vraag of de termijn van het beoogde artikel 379 lid 4 Fw werkbaar is kan niet los worden gezien van hetgeen in de periode tussen ontvangst van het verzoekschrift en de mondelinge behandeling dient te geschieden. Het ligt in de rede dat - gezien de gebruikelijk beschikbare ruimte in het rooster voor dit soort handelsrekenen - ad hoc een apart zittingsmoment moet worden bepaald voor een in insolventies en bedrijfssaneringen gespecialiseerde kamer.

Het gaat immers om de beoordeling van een akkoord dat buiten een faillissementssituatie tot stand is gekomen of afgewezen, zonder dat kan worden beschikt over de informatie en adviezen van een curator, die nader onderzoek heeft verricht en de boedel in beeld heeft gebracht, terwijl wel onder meer moet worden getoetst of de schuldeisers c.s. beter af zijn dan bij een faillissement van de onderneming. Zie in dit verband het beoogde artikel 373 lid 3 Fw. De wetgever kiest ervoor om - anders dan bijvoorbeeld bij de Amerikaanse Chapter 11 regeling (zie MvT, p. 12) - de rechter, dus ook de hoger beroepsrechter pas verplicht aan het eind van het traject een plaats te geven in het kader van goedkeuring, zodat ‘bijsturen’ niet wel mogelijk is en de keuze beperkt blijft tot goedkeuren (= algemeen verbindend verklaren) of afwijzen. Dit is slechts anders indien op de voet van beoogd artikel 371 lid 1 Fw één van de betrokkenen heeft verzocht een rechter-commissaris aan te wijzen die dan bepaalde procedurele aanwijzingen kan geven.

Verder moeten in het kader van een hoger beroep - nu de beoogde artikelen 374, 376 en 377 Fw ook van overeenkomstige toepassing zijn - de betrokken (dat wil zeggen degenen van wie door het akkoord de rechten worden gewijzigd) schuldeisers en aandeelhouders conform artikel 376 lid 1 Fw worden opgeroepen (tenzij een ander voorstel, bijvoorbeeld oproeping per e-mail voorligt). Zijn er dergelijke



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 12 van 18

schuldeisers of aandeelhouders binnen de Europese Unie dan geldt de daartoe gebruikelijke oproeping (Betekenningsverordening 2013, hierna Bet Vo) en zal er zo nodig ook vertaald moeten worden (artikel 8 Bet Vo). Hetzelfde geldt voor dergelijke betrokkenen buiten de EU: zie beoogd artikel 376 lid 2 tweede zin Fw.

Zo nodig kunnen verweerschriften en andere bescheiden op internet geplaatst worden ter kennisname, naar wordt aangenomen gezien de (potentiele) aard van de informatie, afgeschermd (zie beoogd artikel 376 lid 3 Fw). Hieronder kunnen zich ook stukken of bescheiden bevinden van degenen die voor of tegen het akkoord hebben gestemd en ‘hun zin hebben gekregen’: weliswaar krijgen zij geen recht van hoger beroep (zie beoogd artikel 379 leden 1 en 2 Fw en de daarbij horende toelichting) maar zij zijn wel belanghebbenden en kunnen derhalve deelnemen aan de mondelinge behandeling en op voorhand stukken indienen.

In potentie moet er in de veertien dagenperiode veel worden verricht en zullen veel stukken op het laatste moment gaan binnenkomen, hetgeen zowel op de verwerking ter griffie (ook indien gebruik wordt gemaakt van digitale middelen) als op de voorbereiding van de betreffende kamer veel tijdsdruk zal leggen.

Kortom: hoewel de noodzaak van spoed wordt onderkend is de veertien dagen termijn in voorkomende gevallen mogelijk te kort. Maatwerk kan beter worden geleverd als net zoals bij de rechtbank (het voorgestelde artikel 374 lid 3 Fw) wordt bepaald dat de behandeling “met de meeste spoed” plaatsvindt (lees wordt bepaald). Bij eenvoudiger akkoorden kan het dan snel (zo mogelijk korter dan veertien dagen), bij ingewikkelder gevallen kan het dan op een iets langere termijn. Voorkomen moet worden dat bij een verplichte behandeling binnen een termijn van veertien dagen vervolgens de behandeling moet worden aangehouden omdat er onvoldoende tijd is geweest voor deugdelijke indiening van stukken en/of voorbereiding.

In de MvT (p. 76) wordt verder verwezen naar de termijn als vervat in artikel 155 lid 1 Fw, maar die bedraagt geen veertien dagen - zoals de MvT meldt - maar twintig dagen (althans voor zover thans bekend). Een dergelijke termijn, van twintig dagen dus, zou al deels tegemoet komen aan de hierboven gesignaleerde tijdsdruk. In een faillissementssituatie is bovendien alsdan sprake van een aanzienlijk overzichtelijker situatie dan bij een dwangakkoord nu door de curator het boedelactief en de totale schuldenlast en alle actoren in beeld zijn gebracht, welke laatste ook al eerder zijn benaderd.

Werklast

Het voorliggende Wetsvoorstel heeft forse gevolgen voor de werklast per zaak. In aantallen zaken verwacht de Raad geen substantiële gevolgen. Bij de inschatting van de werklastgevolgen is de Raad er vanuit gegaan dat de rechter-commissaris de in artikel 372 lid 2 Fw genoemde taak op zich neemt.

De Raad verwacht werklastgevolgen voor de hoven maar deze zijn naar verwachting niet substantieel.

De werking van het dwangakkoord ziet naar verwachting op 10% van alle faillissementen. Immers meer dan incidenteel zijn er mogelijkheden tot herfinanciering en een doorstart buiten het faillissement.



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 13 van 18

Tevens zullen (unaniem) aangenomen akkoorden worden voorgelegd in verband met de algemeen verbindend verklaring.

De afhandeling van een dwangakkoord kost zowel de rechter-commissaris als de juridische ondersteuning meer tijd dan de afhandeling van een regulier faillissement om de volgende redenen:

1. De voorbereiding zal meer tijd vergen omdat de financiële belangen groter zijn en meer divers (meer verschillende voorrechten, werknemersbelangen).
2. De verzoekers en tegenstimmende crediteuren zullen zich laten bijstaan door gespecialiseerde (financieel onderlegde) adviseurs.
3. Voorts spelen verdelingsvragen en dient de indeling in stemklassen te worden beoordeeld.
4. De zitting zal meer tijd vragen omdat verwacht wordt dat, gelet op bovenvermelde belangen, stevig gedebatteerd zal worden.
5. Het vonnis zal daardoor ook meer tijd in beslag nemen omdat dit een nog meer afgewogen en volledige motivatie vereist.

Voor de werklast komt de Raad tot een jaarlijks terugkerend bedrag van afgerond €1 miljoen bij invoering van het Wetsvoorstel.



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 14 van 18

Totale werklastconsequenties

	2014	2015	2016	2017
Mutatie als gevolg van aantallen	0	0	0	0
Effect wijziging gemiddelde zaakzwaarte	0	0	0	0
Effect behandeltime per zaak	0	977.219	938.672	938.672
Kosten RC	0	0	0	0
Totale effect wetsvoorstel	0	977.219	938.672	938.672

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



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 15 van 18

BIJLAGE: ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR

Artikel 3c

De Raad neemt aan dat de schorsing van de behandeling doorloopt totdat de uitspraak omtrent het dwangakkoord in kracht van gewijsde is gegaan. Vergelijk artikel 3a lid 2 Fw voor de samenloop faillissementsrekest en WSNP-verzoek. Het Wetsvoorstel laat dat in het midden en dat roept vragen op over het gevolg van hoger beroep/cassatie voor het faillissementsrekest.

Voorts rijst de vraag of een eigen aangifte of een WSNP-verzoek eveneens moeten worden geschorst als een akkoord is aangeboden. Dat lijkt theoretisch maar is het niet: ook een schuldeiser kan immers een akkoord aanbieden (artikel 368 lid 2 Fw). De wetgever zou daarin moeten voorzien.

Artikel 3c lid 3 maakt de “, tenzij (...)” in lid 2 overbodig.

Artikel 3c lid 4 lijkt ruimte te laten voor het ambtshalve treffen van voorlopige voorzieningen. De vraag rijst of ook in dat geval hoor en wederhoor dient te worden toegepast. De Raad meent dat die vraag (door de wetgever) bevestigend dient te worden beantwoord. Voorts rijst de vraag of tegen die voorlopige maatregelen een rechtsmiddel open staat en, zo nee, waarom niet? Wellicht kan hier beter artikel 223 Rv van toepassing worden verklaard?

Artikel 3c lid 5 is imperatief geredigeerd. De vraag rijst wat de sanctie is op niet-nakoming van deze meldingsplicht.

Mag de rechtbank, wanneer zij ambtshalve kennis neemt van feiten en omstandigheden die leiden tot de conclusie dat een akkoord niet meer te bereiken is, de behandeling van het faillissementsverzoek hervatten? Met deze en andere hier niet nader omschreven “incidenten” houdt het Wetsvoorstel geen rekening. Het lijkt erop dat de wetgever er vanuit gaat dat de Rechtspraak zelf tot oplossingen komt.

Artikel 3c lid 6 is te dwingend geredigeerd. De rechtbank moet opheffen, maar hoe zit het als hoger beroep loopt van afwijzing verzoek ex artikel 373 Fw? Bovendien kan bij verwerping van het akkoord een verzoek tot het opleggen van een dwangakkoord worden gedaan. Lid 6 lijkt daarop niet te willen wachten.

Artikel 42a

De in dit artikel bedoelde “schulden die ontstaan tussen...” zouden beperkt moeten worden tot het boedelkrediet, de nieuwe schulden die worden gemaakt in het kader van de voortzetting van de onderneming ter behandeling van het dwangakkoord.

Meer in het algemeen rijst de vraag of dergelijke rechtshandelingen bescherming verdienen in het geval zij worden verricht in het geval dat (later blijkt dat) geen schorsing wordt uitgesproken (artikel 3c lid 1 tot en met 3).



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 16 van 18

Artikel 54 (titel ontbreekt in Wetsvoorstel)

De verrekeningsbevoegdheid die in de leden 3 e.v. wordt voorgesteld, betekent een enorme verruiming van de huidige verrekeningsbevoegdheid. Het lijkt erop dat ook mag worden verrekend met vorderingen die niet te goeder trouw zijn overgenomen.

De Raad vermag niet in te zien wat een dergelijke oprekking rechtvaardigt: beperken tot verrekening van vorderingen die te goeder trouw zijn (overgenomen) en beperking van het te verrekenen bedrag tot het verstrekte boedelkrediet verdient de voorkeur.

Lid 5 bepaalt: “het bepaalde in het eerste lid...”. Dat moet waarschijnlijk zijn “het bepaalde in het derde lid”.

Artikel 329a

Hier wordt in het Wetsvoorstel een verkeerde afslag genomen: ook uit de MvT blijkt dat het dwangakkoord buiten faillissement het dwangakkoord in het minnelijke traject van de WSNP uitsluit. Dat dwangakkoord van de WSNP staat echter in artikel 287a FW, zodat het voorgestelde artikel 329a eigenlijk artikel 287aa zou moeten zijn, of een nieuw lid 8 bij artikel 287a.

Voorts rijst de vraag of de ondernemer natuurlijke persoon de mogelijkheid tot een dwangakkoord bij minnelijk traject moet worden ontnomen als niet hij, maar een schuldeiser het dwangakkoord buiten faillissement heeft geïnitieerd. De MvT besteedt aan deze samenloop geen aandacht.

Artikel 329 Fw bestaat ook maar ziet op het akkoord binnen WSNP dat ter gelegenheid van de verificatievergadering wordt behandeld.

Artikel 368

Allereerst valt aan artikel 368 Fw op dat het eerste lid een bevoegdheid creëert die al bestaat: tenslotte mag iedere schuldenaar zijn schuldeisers een akkoord aanbieden. Dat mag zelfs buiten het kader van herstructurering van schulden. Lid 1 kan dan ook worden gemist.

Waar het om gaat is dat een aldus aangeboden akkoord slechts kwalificeert als een (potentieel) dwangakkoord wanneer het aan de vereisten voldoet zoals genoemd in artikel 370 lid 2. Dat is de strekking van de regeling. Het verdient aanbeveling dat beter tot uitdrukking te brengen in de MvT.

Voorts valt op dat artikel 368 lid 1 Fw spreekt van herstructurering van schulden. Daarvoor is niet vereist dat de schuldenaar voorziet dat hij met de betaling niet zal kunnen voortgaan.

Dat vereiste wordt wel gesteld in lid 2: de schuldeiser kan alleen in dat geval de schuldenaar vragen zo'n akkoord aan te bieden dan wel zelf een akkoord aanbieden.

De Raad is van mening dat het initiatief tot het aanbieden van een akkoord zoveel mogelijk door de schuldenaar dient te worden genomen, al dan niet daarin gestimuleerd door een schuldeiser. Daarom wordt voorgesteld te werken met duidelijke termijnen. Een schuldeiser kan de schuldenaar bijvoorbeeld een termijn van een week stellen om te verklaren of hij bereid is een akkoord aan te bieden. Indien dit niet het geval is, kan de desbetreffende schuldeiser zelf een akkoord aanbieden. Is de schuldenaar daartoe wel bereid, dan dient hij binnen twee maanden een akkoord aan te bieden dat aan de wettelijke vereisten voldoet. Deze termijn kan op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank worden verlengd. Indien er geen, of niet tijdig, een akkoord wordt aangeboden, is een schuldeiser bevoegd een akkoord aan te bieden.



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 17 van 18

In lid 4 dient in de laatste zin “in de laatste zin” te worden vervangen door “in de vorige zin”.

In dit advies is al vaker aandacht gevraagd voor de samenloop van processen. Ook het bepaalde in lid 4 roept samenloop op door de aandeelhouders buiten spel te zetten. Daardoor kan de situatie ontstaan dat de aandeelhoudersvergadering heeft besloten tot eigen aangifte (en het bestuur daartoe opdracht heeft gegeven) en dat het bestuur (dat vertegenwoordigt tenslotte de onderneming) zelfstandig kan besluiten een akkoord aan te bieden. Dat is ook precies de bedoeling, zo blijkt uit de MvT. Het is dan wel raadzaam om een samenloopregeling te treffen voor het hiervoor beschreven geval.

Artikel 369

De wetgever benoemt de klassen waarin de schuldeisers op grond van dit artikel kunnen worden onderverdeeld niet. De MvT verdedigt dat met de stelling dat aldus de mogelijkheid wordt geschapen om een op de specifieke omstandigheden van het geval toegesneden akkoord te kunnen aanbieden (p. 52, artikel 369 lid 1).

Dat argument overtuigt niet. De Raad wijst erop dat de wet een duidelijke rangregeling geeft. Niet valt in te zien waarom de indeling van de klassen niet op basis van die rangregeling kan plaatsvinden. Dat past ook beter in het voorgestelde systeem van het dwangakkoord: de waarde van de stem van de schuldeisers wordt tenslotte ook bepaald door hun verhaalspositie in faillissement (zie artikel 373 lid 2 Fw).

Ten aanzien van lid 4 merkt de Raad op dat voor de schuldeisers (maar ook voor de schuldenaar zelf) niet altijd zichtbaar zal zijn dat het economisch belang bij een vordering bij een ander dan de juridisch gerechtigde rust. Daarom wordt voorgesteld om voor wat betreft vorderingsrechten uit te gaan van de schuldeisers die nakoming kunnen vorderen, derhalve van de juridisch gerechtigden. De juridisch en economisch gerechtigden moeten hun positie maar in hun onderlinge verhouding regelen.

Artikel 371 lid 4

De Raad neemt aan dat de kosten van de aan te wijzen deskundige worden gedragen door de verzoeker en dat in dat kader een voorschot kan worden verlangd. Het verdient de voorkeur dat in de wet tot uitdrukking te brengen, dan wel uitdrukkelijk aansluiting te zoeken bij de bestaande regeling van het deskundigenbericht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Artikel 372

Lid 4, in combinatie met artikel 382 Fw gelezen, roept de vraag op wat wordt bedoeld: uit de tekst van het artikel volgt dat een wijziging van het aantal schuldeisers etc. niet afdoet aan de geldigheid van het akkoord. Uit artikel 382 Fw volgt dat een akkoord niet werkt tegen schuldeisers die – kort gezegd – bewust of onbewust “buiten boord zijn gehouden” door de aanbieder van het akkoord. Het bekend worden van die schuldeisers leidt dus niet tot een wijziging van het aantal schuldeisers in de zin van artikel 372 lid 4. Dat is ook logisch, want als die schuldeisers wel op de lijst van schuldeisers zouden voorkomen, zou al snel duidelijk worden dat zij niet of niet juist zijn opgeroepen.

Het ware duidelijker als lid 4 zou zeggen wat het bedoelt: het ontstaan van nieuwe schuldeisers, etc. *na de stemming van het akkoord* doet geen afbreuk aan het akkoord.

In lid 6 wordt verwezen naar artikel 370, tweede lid, onderdeel m. Bedoeld zal zijn: onderdeel g.



de Rechtspraak

datum 21 november 2014
pagina 18 van 18

Artikel 378

Artikel 378 Fw verdient nadere uitwerking. Een akkoord kan lastig worden aangevuld zonder dat degenen die hebben gestemd in de gelegenheid worden gesteld over dat nieuwe akkoord te stemmen. De aanvulling/aanpassing zou immers kunnen leiden tot een vereiste meerderheid of zelfs unanimiteit, zodat het opleggen van een dwangakkoord of algemeen verbindend verklaring niet meer nodig is.

Voorts is voorstelbaar dat de aanbieder van het akkoord een meer gevarieerd of een gelaagd of alternatief voorvoorstel voor een akkoord voorlegt (scenario's) waarover gestemd kan worden. Voorzienbare bezwaren zouden op die manier kunnen worden ondervangen. De MvT geeft niet aan of een dergelijk gelaagd akkoord mogelijk is.

Artikel 382

De relatie tot artikel 372 lid 4 Fw werd hiervoor, bij dat artikel, al besproken. Korthedshalve wordt naar die bespreking verwezen.

De Raad zou graag een zwaardere sanctie zien verbonden worden aan het opzettelijk niet naleven van de oproepingsregels, te weten het vervallen van het akkoord. Misbruik kan immers op twee wijzen plaatsvinden. In de eerste plaats op de meest voor de hand liggende manier: een "lastige" schuldeiser wordt "vergeten", waardoor in de desbetreffende klasse toch een meerderheid van stemmen wordt behaald (negatief misbruik). In de tweede plaats is denkbaar dat bepaalde schuldeisers bewust buiten het akkoord worden gehouden om deze t.z.t. volledig te kunnen/moeten betalen. Aldus kan in artikel 382 Fw legitimatie worden gevonden voor ongelijke behandeling (positief misbruik).

Artikel 383

Dit artikel ontbreekt.

Artikel III Samenloop

Het valt op dat kennelijk wel een regeling voor samenloop belangrijk wordt gevonden, maar dat het Wetsvoorstel daar nog niet in voorziet. Hierboven heeft de Raad een aantal malen aandacht gevraagd voor samenloopproblematiek.

De Raad is van oordeel dat een werkelijke beoordeling en waardering van de voorgestelde regeling zonder kennis te hebben genomen van haar effect op andere regelingen niet mogelijk is. De Raad maakt op dit punt een voorbehoud.