

# Hoofdstuk 1

## Introductie en ten geleide

Prof. mr. H.J. de Kluiver

### 1.1 Inleiding

Het onderwerp van de preadviezen van dit jaar is fascinerend. Hoewel in eerste instantie de indruk kan bestaan dat het hier om een strikt faillissementsrechtelijk onderwerp zou gaan, is de betekenis veel breder. Niet voor niets is voor dit preadvies als titel gekozen ‘Het dwangakkoord *buiten faillissement*’. De aanleiding voor het preadvies is het Voorontwerp voor een Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (WHOA). Hierna zal worden gesproken van het ‘Voorontwerp’. Het gaat hier om ontwerpwetgeving op het grensvlak van een groot aantal rechtsgebieden. Er rijzen veel interessante vragen van civielrechtelijke en insolventierechtelijke aard, maar evenzeer op het terrein van het vennootschapsrecht, procesrecht, internationaal privaatrecht en fiscaal recht. Al deze vragen komen in de hierna in dit boek samengebrachte zeer boeiende preadviezen aan de orde.

### 1.2 Van 1835 tot 2017; een lange geschiedenis in zeer kort bestek

Voordat ik nader inga op de vragen die het Voorontwerp oproept, is het aardig om ook kort iets te zeggen over de historie van dit mooie onderwerp. Daartoe kreeg ik enig boeiend materiaal aangereikt door Nico Tollenaar die ik daarvoor erkentelijk ben. Die geschiedenis gaat terug tot 1835 toen een eerste ontwerp voor een regeling ‘Van homologatie van akkoord buiten faillietverklaring’ het licht zag. Voorduin verhaalt dat dit bedoeld was als ‘eene belangrijke schakel in de keten van denkbeelden’ die erop neerkwam dat enerzijds beoogd werd om de ‘uit haren aard omslagtige en kostbare formaliteiten’ van een faillissement te vermijden en zo ‘het belang der schuldeischers’ te bevorderen en anderzijds tevens ‘aan den ongelukkigen schuldenaar’ een middel te bieden om het faillissement te ontgaan en ‘zich staande te houden’.<sup>1</sup>

Dat wetsvoorstel voorzag erin dat een akkoord na de instemming van een gekwalificeerde meerderheid van de schuldeisers, verbindend kon worden verklaard. Na bewilliging in het verzoek, zou dit als gevolg hebben ‘dat het akkoord verbindende is voor alle bekende en onbekende schuldeischers zonder onderscheid, met uitzondering van degenen die bevoorregt zijn, door pand zijn gedekt, of hypotheek hebben, voor zoo verre deze niet uitdrukkelijk tot het akkoord zijn toegetreden.’ Uiteindelijk kon dit wetsvoorstel in 1836 toch niet rekenen op een meerderheid in het parlement.

1. J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, X deel, III deel (art. 453-923), Utrecht 1841, p. 839-840.

Dat het wetsvoorstel in 1835 geen meerderheid haalde had verschillende redenen. Zo meenden sommige afgevaardigden dat het bestaan van zo'n regeling onvoldoende ontmoediging zou betekenen van al te 'gewaagde en overdrevene speculatiën' en zou het 'den oneerlijken de gelegenheid aanbiedende tot ondeugende praktijken'.<sup>2</sup> Andere afgevaardigden achtten de voorgestelde regeling onnodig of onnuttig, onder meer door het vele werk dat met verificatie van schuldvorderingen gepaard zou gaan en het feit dat het aanbieden van een akkoord op zich toch ook negatief zou uitpakken op het 'crediet' van de koopman die een akkoord aanbood. Ook was er zorg dat een en ander tot vertraging van de afwikkeling van een boedel zou leiden. Het leek een aantal afgevaardigden derhalve vooral een 'nieuwe complicatie' bij de toch reeds 'uit deszelfs aard' al ingewikkelde faillissementswetgeving.

De regering meende dat deze bezwaren niet overtuigend waren en dat de regeling 'in een Land van grooten en kleinen handel, als het onze' zowel de belangen van schuldenaar als schuldeisers alleszins nuttig was. Daaraan werd toegevoegd dat in de praktijk al vaak naar het middel van de surseance werd gegrepen om het uitstel te benutten om tot een akkoord te komen. Bij invoering van de regeling van het akkoord zou, zo meende de regering, weer strenger de hand kunnen worden gehouden aan de surseance en zou die slechts hoeven te worden verleend als daadwerkelijk uitzicht zou bestaan op 'eene volle betaling der schulden'. Bij de stemming in maart 1836 bleek de overgrote meerderheid van de afgevaardigden echter bepaald niet overtuigd en stemden zij tegen het wetsvoorstel.

Een gelukkiger uitslag viel 35 jaar later te noteren toen in 1871 over het akkoord buiten faillissement werd gesproken bij gelegenheid van de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereeniging over de verbetering van het 'tegenwoordig failliet-regt'.<sup>3</sup> Een van de stempunten betrof de eventuele invoering van de mogelijkheid tot 'gerechtelijke bekrachtiging van een onderhands akkoord buiten faillissement'. Bij het voorleggen van deze gedachte aan de vergadering, werd in ruime meerderheid daarvoor gestemd (63 tegen 41). De bijval voor deze gedachte heeft echter toen niet tot wetgeving geleid.

Ook nadien zijn wetgevende initiatieven keer op keer gestrand. Zo voorzag het in het begin van deze eeuw door de Commissie Kortmann voorgestelde voorontwerp voor een insolventiewet in een akkoord buiten faillissement, maar ook dat project is in 2011 voortijdig tot een einde gekomen toen de minister dit niet in wetgeving wilde omzetten.<sup>4</sup>

### 1.3 Het onderhavige Voorontwerp 2017; context en ontvangst

182 jaar na indiening van het eerste voorstel voor een dwangakkoord buiten faillissement in 1835 ligt nu het onderhavige Voorontwerp van wet voor. Het is een aangepaste versie van een voorontwerp dat eerder in 2014 is gepubliceerd (en toen geconsulteerd) onder de naam Wet Continuïteit Ondernemingen II. Voor deze Vereeniging is daarover een mooi preadvies verschenen van de hand van prof. Reinout Vriesendorp in 2014. Na een indringende bespreking van het Voorontwerp concludeerde Vriesendorp dat de wetgever daarmee 'een mooie aftrap' had gegeven

2. Voorduin, a.w., p. 856.

3. Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, Den Haag 1871.

4. Zie nader onder meer het reeds vermelde mooie preadvies van Vriesendorp voor de Vereeniging Handelsrecht in 2014.

voor de introductie van een wettelijk instrument dat in de herstructureringspraktijk ‘node wordt gemist’. Vriesendorp concludeerde dat de wetgever door zou moeten pakken en een ‘competitieve Nederlandse oplossing’ zou moeten creëren die een goed en goedkoper alternatief zou kunnen vormen voor vergelijkbare Engelse en Amerikaanse regelingen.<sup>5</sup> Het onderhavige Voorontwerp beoogt de feilen van het Voorontwerp uit 2014 weg te nemen en inderdaad tot zo’n competitieve regeling te geraken.

De preadviseurs, die in deze bundel het herziene Voorontwerp onder de loep nemen, menen dat de ontwerper daarin inderdaad geslaagd is. Uitdrukkelijk wordt op een aanzienlijk aantal plaatsen vastgesteld dat het Voorontwerp sterk is geïnspireerd door de UK scheme of arrangement en het Amerikaanse Chapter 11. Anders dan de scheme of arrangement, maar wel in lijn met het US recht, bevat de ontwerpregeling onder meer de mogelijkheid, zij het onder strikte voorwaarden, om een akkoord ook op te leggen aan één of meer tegenstemmende klassen van crediteuren of aandeelhouders, de zogenaamde ‘cram down’ (artikel 381 lid 4 Voorontwerp). Zie daarover uitgebreid Tollenaar in zijn preadvies.

De preadviseurs onderstrepen allen dat het instrument van het dwangakkoord, anders dan in 1835, inmiddels zeer welkom is en zien in dit Voorontwerp een wezenlijke stap vooruit ten opzichte van het eerdere ontwerp uit 2014. Zo kenschetst Van Vugt, vanuit de rechterlijke macht, het Voorontwerp als ‘een (tweede) goede stap’ naar een herstructureringsinstrument ‘waar de praktijk wat aan heeft’. Veder en Van Hees zien een ‘flinke stap’ die vertrouwen geeft dat de regeling kan ‘door-groeien naar volwassenheid’. Ook Josephus Jitta is positief en voegt toe dat het belangrijk is dat een regeling van het akkoord spoedig in de wet wordt opgenomen. Zijns inziens zou daarmee niet te lang moeten worden gewacht indachtig het adagium ‘het betere is de vijand van het goede’. Tollenaar meent zelfs dat als nog de nodige technische punten worden opgelost, het huidige Voorontwerp Nederland op dit terrein in de internationale voorhoede zal brengen en efficiënter is dan Chapter 11 en de UK scheme of arrangement. Zo is geen voorafgaande beslissing of toetsing door de rechter nodig om een crediteurenvergadering bijeen te roepen. Dat maakt aldus Tollenaar de procedure in beginsel ‘snel en doelmatig’. Zijns inziens zou de procedure in overzichtelijke gevallen zelfs in een periode van 4-6 weken kunnen worden afgerond als eenmaal een akkoord is bereikt. Bovendien biedt het Voorontwerp de mogelijkheid dat men zich reeds eerder tot de rechter wendt om zich bindend uit te laten over deelvragen die mede bepalend zijn voor het proces, zoals de bevoegdheid om een akkoord aan te bieden, de te verstrekken informatie, de voorgestelde klassenindeling en de (toelating tot de) stemming (zie artikel 376 lid 1 Voorontwerp).

Deze positieve benadering van het Voorontwerp neemt niet weg dat in de uitwerking het Voorontwerp nog wel de nodige heroverweging en aanpassing verdient op een aantal belangrijke onderdelen voordat een finaal wetsvoorstel wordt ingediend. Op basis van de in deze bundel opgenomen mooie preadviezen, zal ik proberen om hierna een en ander in kort bestek te introduceren zodat de lezer hopelijk snel zijn weg in de materie en de preadviezen kan vinden.

5. Zie ook R.M. Hermans & R.D. Vriesendorp, ‘Het dwangakkoord in het insolventierecht: vrijheid in gebondenheid’, *Tvl* 2014/10.

#### 1.4 Internationale context en verhouding met het EU-recht

Een fundamenteel vraagpunt dat ook in nagenoeg alle bijdragen terugkeert is de verhouding van het Voorontwerp tot regelingen in het buitenland en met name tot de relevante EU-regelgeving. Twee EU-regelingen zijn in dit verband van belang. De belangrijkste, althans vooralsnog, is de herschikte EU 'Insolventieverordening', ook bekend als IVO II (Verordening (EU) 2015/848 van 20 mei 2015). Het grootste deel van deze Verordening is op 26 juni 2017 van toepassing geworden. Het tweede initiatief is het *Voorstel* voor een EU-richtlijn 'betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures' van 22 november 2016 (COM (2016) 723 final). Hierna aangeduid als 'het Richtlijnvoorstel'.

Ik richt eerst het vizier op de verhouding van het Nederlandse Voorontwerp met de (herschikte) EU-Insolventieverordening IVO II. Deze (herschikte) Insolventieverordening is van groot belang voor de bepaling van het juridisch effect van een eventuele Nederlandse regeling van het dwangakkoord en de vraag of rechterlijke beslissingen ter zake ook elders in de EU effect hebben en ten uitvoer kunnen worden gelegd. Tegelijkertijd betekent eventuele toepasselijkheid van deze Verordening ook dat de vrijheid van de Nederlandse wetgever kan worden beperkt. Zo wijst Tollenaar erop dat bijvoorbeeld het betrekken van derden-schuldenaren in het akkoord (bijvoorbeeld zustervennootschappen en/of borgen van de schuldenaar/rechtspersoon die een akkoord aanbiedt) in het kader van het voorgestelde artikel 370 lid 2 wel eens beperkt zou kunnen zijn tot de situatie dat het centrum van voornaamste belangen van de derde (beter bekend als de 'COMI') in Nederland ligt.

Veder en Van Hees duiken in hun preadvies diep in deze materie en de vraag of en in hoeverre deze van toepassing is op de regeling van het dwangakkoord zoals die nu wordt voorgesteld. Zij constateren dat het Voorontwerp deze vraag ten onrechte in het midden laat. In hun optiek voldoet het Voorontwerp echter wel dege-lijk aan het materiële toepassingsgebied van IVO II. Zij stellen vast dat dit enerzijds de uitvoering van een Nederlands dwangakkoord kan faciliteren, maar anderzijds ook wel enigszins een keurslijf voor Nederlandse regelgeving kan betekenen. Zo brengt de Verordening mee dat een aantal beperkingen gelden als het gaat om rechten van schuldeisers met een zekerheidsrecht op in andere lidstaten gelegen goederen van de schuldenaar.

Tegelijkertijd constateren Veder en Van Hees echter dat er praktisch gesproken eigenlijk geen alternatief is, omdat buiten de Verordening andere grondslagen ontbreken om beslissingen in het kader van een Nederlands dwangakkoord een internationaal effect te kunnen geven. De enige andere grondslag zou kunnen zijn een beroep op de EEX-Verordening (Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken), maar Veder en Van Hees laten zien dat dat geen levensvatbaar alternatief is. De EEX-Verordening is *niet* van toepassing op rechterlijke beslissingen in het kader van een akkoord. Dat kan betekenen dat er in het Voorontwerp nog een aantal aanpassingen nodig kunnen zijn. IVO II vereist dat het moet gaan om een procedure die is gebaseerd op het recht inzake insolventie.

Aangezien het Voorontwerp de bevoegdheid tot het aanbieden van een akkoord verbindt met de eis dat de schuldenaar moet kunnen voorzien dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan (artikel 370 lid 1 Voorontwerp), kan dat naar de overtuiging van Veder en Van Hees zeker worden aangenomen. In die zin is er sprake van een duidelijk verschil met de UK scheme of arrangement dat meer een vennootschapsrechtelijk karakter heeft en in de Companies Act is opgenomen. De UK heeft ook bewust erop aangestuurd dat de scheme of arrangement buiten het kader van IVO II zou vallen.

Als een praktische consequentie zetten Veder en Van Hees uiteen dat de Verordening onder andere mee zal moeten brengen dat de openbaarheid van een aantal beslissingen op basis van de Nederlandse regeling zal moeten worden vergroot om onder het regime van de Verordening te kunnen vallen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de afkondiging van een afkoelingsperiode en meer in het algemeen voor beslissingen tot opening van de procedure zoals beslissingen tot afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 375 Voorontwerp), het treffen van flankerende maatregelen ter bescherming van schuldeisers (artikel 377 Voorontwerp) en, uiteraard, de beslissing tot homologatie van het akkoord (artikel 381 Voorontwerp). Veder en Van Hees menen echter dat IVO II meer vereist en wel dat elke eerste beslissing die van de rechter wordt gevraagd in het kader van een akkoord, een beoordeling in het kader van IVO II meebrengt en (dus), in hun optiek, openbaarheid in het Centraal Insolventieregister impliceert.

De praktische consequentie daarvan zal zijn dat als eenmaal een gang naar de rechter wordt gemaakt voor welke beslissing dan ook, in het kader van het Voorontwerp daarmee de vertrouwelijkheid wordt opgeheven die het Voorontwerp nog wel op diverse plaatsen tekent. In hun ogen is dat echter een onontkoombare consequentie van de toepasselijkheid van IVO II en de prijs voor de extraterritoriale werking die aldus wordt verkregen.

Een ander aspect van hun analyse is dat zij menen, overigens ook een positie die Van Vugt, om andere redenen, inneemt, dat in het licht van de Verordening de rigoureuze uitsluiting van rechtsmiddelen zoals nu in het Voorontwerp voorgesteld (o.a. artikel 371 lid 6, artikel 375 lid 5 en artikel 376 lid 6 Voorontwerp), te ver gaat. Partijen die niet eerder zijn opgeroepen, moeten in hun optiek tegen beslissingen verzet of hoger beroep kunnen instellen. De Verordening kent overigens nog wel een tweede vereiste voor toepasselijkheid daarvan op een nationale procedure en dat is dat deze procedure uitdrukkelijk in een Annex A wordt opgenomen. De Europese Commissie zal dat dan moeten voorstellen aan het Europese Parlement. De prijs die daarvoor zal moeten worden betaald is wel dat de Nederlandse rechter voor wat betreft de rechtsmacht zich zal moeten schikken naar de Insolventieverordering. Dat brengt ook mee dat zal moeten worden bezien of een in Nederland uitgesproken rechterlijke beslissing over een dwangakkoord kan gelden als een hoofdprocedure of een (secundaire) territoriale procedure. Kan dit gelden als een hoofdprocedure dan zal een gehomologeerd akkoord of een afkoelingsperiode ook verhaalsacties blokkeren op goederen die in een andere EU-lidstaat zijn gelegen. Dat zal vereisen dat het 'centrum van voornaamste belangen' van de schuldenaar (de COMI) in Nederland ligt. Ook dan echter is er sprake van beperkingen in die werking. Dat geldt bijvoorbeeld voor zekerheidsgerechtigden op in het buitenland gelegen goederen en de mogelijkheid om wederkerige overeenkomsten te beëindigen (zie artikel 372 Voorontwerp). Dat betekent dat een afkoelingsperiode niet zal gelden

voor zekerheidsgerechtigden op in het buitenland gelegen goederen. Een en ander betekent ook dat er beperkingen zijn bij de herstructurering van internationale groepen in het bijzonder als groepsmaatschappijen hun centrum van voornaamste belangen buiten Nederland hebben. Veder en Van Hees bespreken de complicaties die dat meebrengt.

Het tweede initiatief waarmee (in ieder geval op termijn) rekening zal moeten worden gehouden is het EU-Richtlijnvoorstel 'betreffende preventieve herstructureringsstelsels' dat in aanvang van deze paragraaf al werd vermeld. Uiteraard zal die regeling pas en slechts daadwerkelijk haar werking doen gevoelen als eenmaal een finale regeling is vastgesteld. Het kan echter nuttig zijn nu al wel rekening te houden met hoe deze regeling er naar verwachting uit zal gaan zien. Zo geldt bijvoorbeeld dat het Richtlijnvoorstel voorziet dat hoger beroep van een uitspraak tot homologatie van een akkoord mogelijk moet zijn. Het Nederlandse Voorontwerp voorziet daarin echter juist niet. Tollenaar acht dat juist en bepleit een aanpassing van het Richtlijnvoorstel. Hij benadrukt dat hoger beroep zeer onwenselijk is. Van Vugt neemt de omgekeerde positie in en betoogt dat het rechtsmiddelenverbod zoals nu voorzien te ver gaat. Zoals hiervoor al vermeld, komen Veder en Van Hees, zij het op andere gronden, tot de conclusie dat een absoluut rechtsmiddelenverbod niet mogelijk is.

### 1.5 Doelstelling van het Voorontwerp

Blijkens de ontwerptoelichting op het Voorontwerp is de doelstelling van de regeling 'om het reorganiserend vermogen' van ondernemingen te versterken en 'faillissementen te voorkomen'. Dat, zo schrijft de toelichting, 'is in het belang van de onderneming en alle daarbij betrokken partijen, waaronder de schuldeiser en werknemers'. Tollenaar adresseert in zijn bijdrage direct deze doelstelling en stelt de fundamentele vraag of de nieuwe regeling strekt ter optimalisering van de positie van schuldeisers of mede het belang van de onderneming. Zijns inziens gaat dit hand in hand, met dien verstande dat het belang van de schuldeisers een belangrijke maatstaf is. Herstructurering buiten faillissement is in zijn ogen een procedure die ertoe leidt, althans zou moeten leiden dat de bestaande waarde van een onderneming aan de crediteuren toekomt niet door een gedwongen verkoop aan een derde (waarna de crediteuren de opbrengst verdelen), maar door die waarde de facto over te dragen aan crediteuren in de vorm van herschikte financiële instrumenten en arrangementen.

### 1.6 Bevoegde rechter

De vraag welke rechter bevoegd zou moeten zijn komt in diverse preadviezen aan de orde. Het Voorontwerp zelf gaat (nog) uit van de rechtbank die volgens de gebruikelijke bevoegdheidsregels tot beslissing over deze kwesties geroepen is. In een aantal preadviezen wordt echter in overweging gegeven om één gespecialiseerde rechter aan te wijzen en sommige preadviseurs geven aan daarbij een voorkeur te hebben voor aanwijzing van de Ondernemingskamer als enige bevoegde instantie. Zo Tollenaar die ook erop wijst dat in UK alle schemes worden beoordeeld door een kleine groep van rechters van de Chancery Division van de Londense High Court. Tollenaar wijst erop dat door concentratie tevens moeilijkheden worden

voorkomen als een groep van ondernemingen met onderscheiden statutaire vestigingsplaatsen voorwerp is van een akkoordprocedure. Ook Josephus Jitta wijst erop dat aanwijzing van de Ondernemingskamer als bevoegde rechter een aantal lastige vragen goed zou oplossen. Een bijkomend argument voor hem is dat het zich met regelmaat zal voordoen dat als een vennootschap wordt geconfronteerd met financiële moeilijkheden die deze zelf niet in goed overleg met haar aandeelhouders te boven kan komen, ook een procedure bij de Ondernemingskamer denkbaar is om langs die weg te trachten tot een herstructurering te geraken (met name in de zogenaamde gevallen van 'noodzaakfinanciering'). Van Vugt constateert eveneens de problemen die ontstaan als de herstructurering van een groep van ondernemingen (een concern) aan de orde is. Ook zijns inziens is dan spreiding van de bevoegdheid over verschillende rechtbanken buitengewoon onwenselijk. Zijn oplossing is dat de rechtbank die bevoegd is met betrekking tot de vennootschap die het initiatief neemt tot het aanbieden van een akkoord, bevoegd moet zijn, ook waar het betreft andere betrokken vennootschappen uit de groep. Dat zou in de visie van Van Vugt ook moeten gelden voor verzoeken om alsnog een (andere) groepsvennootschap failliet te verklaren.

Ten slotte bespreekt Van Vugt de personele gevolgen bij invoering van het Voorontwerp. Zijns inziens zijn die gevolgen beperkt in die zin dat er al voldoende gespecialiseerde rechters (r-c's) zijn. Wel voorziet hij problemen bij het samenstellen van meervoudige kamers binnen diverse arrondissementen. Hij oppert in dat verband de mogelijkheid van meervoudige kamers die over de grenzen van arrondissementen heen worden samengesteld. Zou het akkoord wel een grote vlucht nemen, dan zal personele uitbreiding op termijn uiteraard wel onontkoombaar zijn.

### 1.7 Processuele aspecten van het Voorontwerp

De onderscheiden preadviezen besteden alle aandacht aan processuele aspecten van het Voorontwerp. In het bijzonder komen deze aspecten aan de orde in het preadvies van Van Vugt die het Voorontwerp aan een kritische analyse vanuit het perspectief van de rechterlijke macht onderwerpt. Zoals hiervoor al ter sprake kwam, is een van die processuele aspecten de uitsluiting van rechtsmiddelen tegen rechterlijke beslissingen op basis van het Voorontwerp. Van Vugt keert zich daar tegen nu een akkoord heel vaak direct zal ingrijpen in eigendomsverhoudingen. Dat is zijns inziens zo fundamenteel dat een hoger beroep mogelijk moet zijn, zij het eventueel wel met beduidend kortere termijnen dan buiten faillissementssituaties. Het formuleren van prejudiciële vragen acht hij daarvoor, ook al vanwege de duur, geen alternatief.

Wat betreft de elementaire eis van hoor en wederhoor ziet Van Vugt op onderdelen ook ruimte voor verbetering. In dit kader bespreekt hij onder meer de afkondiging of opheffing van een afkoelingsperiode. Dat geldt ook voor het horen van betrokkenen in het kader van de voorafgaande 'geschilbeslechting' zoals voorzien in de ruime bepaling van artikel 376 lid 1 Voorontwerp. Dat is een belangrijke bepaling die een veelheid van issues kan adresseren. De bepaling maakt maatwerk mogelijk en Van Vugt noemt daarvan een aantal voorbeelden. Op zich onderschrijft hij overigens deze benadering volledig en juicht hij de strekking van dit artikel toe als een belangrijke bijdrage aan 'deal certainty'.

Ook met betrekking tot de homologatiezitting zelf ziet Van Vugt dat de wetgever niet een uitgebreid hoor en wederhoor lijkt te voorzien. Hij wijst erop dat de homologatie van een akkoord ingevolge het Voorontwerp verschilt van de homologatie van faillissement-, surseanceakkoorden. Daar is steeds sprake van een uitgebreid proces waarin alle betrokkenen zich kunnen uiten en van hun bezwaren ook aantekening wordt gehouden en een en ander ter zitting uitgebreid ter sprake kan komen. In het Voorontwerp is dat in de visie van Van Vugt (te) beperkt. Zijns inziens zou dit beter kunnen en moeten.

In dit verband besteedt Van Vugt ook aandacht aan het hoor en wederhoor over een eventueel te benoemen deskundige (artikel 371 Voorontwerp). Zijns inziens zou dat ook de persoon van de deskundige kunnen en moeten betreffen. Dat lijkt te meer relevant nu hij constateert dat de praktijk lijkt te verwachten dat als ‘deskundigen’ advocaten zullen worden aangewezen die ook regelmatig tot curator worden benoemd. Van Vugt bespreekt de vraag of de deskundige niet een geheel andere rol en functie heeft en wellicht veeleer van belang is dat de deskundige het vertrouwen heeft van schuldenaar en crediteuren dan van de rechter en ook een andere taak heeft dan een curator. Hij acht hier een meer marginale toets door de rechter mogelijk die echter wel in de wet vastlegging zou verdienen. In dit verband stelt hij vast dat een deskundige in de zin van het Voorontwerp, niet een deskundige is in de zin van artikel 194 e.v. Rv. Niettemin acht hij het wel zinvol die regeling, althans gedeeltelijk, van toepassing te verklaren.

Ten slotte maakt hij nog enige opmerkingen over de schorsing van een verzoek tot faillietverklaring terwijl onderhandelingen over een akkoord gaande zijn. Artikel 3d Voorontwerp voorziet in zo’n schorsing om te voorkomen dat die onderhandelingen over een akkoord worden doorkruist. Van Vugt is daarover positief, maar doet nog enige voorstellen die de positie van de schuldeiser gedurende de schorsing zouden kunnen versterken. Zo geeft hij in overweging dat de rechtbank al of niet ambtshalve voorzieningen kan treffen op grond van artikel 377 Voorontwerp. Die zouden mede kunnen zien op het regelmatig verslag uitbrengen over de voortgang van de onderhandelingen over een akkoord en de liquiditeitspositie.

### 1.8 Vertrouwelijkheid

Hoewel Van Vugt, zoals hiervoor aangegeven, onderkent dat een beperkte kring van betrokkenen de voortgang van de gesprekken over een herstructurering bevordert, is hij geneigd in het kader van de legitimiteit, en in aanmerking genomen het ontbreken van een hoger beroep, toch een ruime lezing van het Voorontwerp aan te houden en de kring van betrokkenen die kunnen worden gehoord over beslissingen in het kader van een akkoord ook ruim te trekken. De keerzijde daarvan is dat de vertrouwelijkheid van het proces dan natuurlijk wel onder druk zal komen te staan.

Zoals ook hiervoor al geconstateerd blijft die verhouding tussen vertrouwelijkheid en brede betrokkenheid van belanghebbenden, een interessant discussiepunt. Tollenaar bepleit dat alle rechterlijke beslissingen in raadkamer gegeven zouden moeten worden en vertrouwelijk zouden moeten zijn behoudend de uiteindelijke uitspraak waarbij een akkoord wordt gehomologeerd. Ook Verstijlen noteert dat die vertrouwelijkheid belangrijk is omdat als eenmaal duidelijk is dat wordt gewerkt aan een herstructurering, de schuldenaar ‘aangeschoten wild’ is. Ook Josephus



Jitta wijst op het precaire element van vertrouwelijkheid. Veder en Van Hees constateren eveneens dat de regeling in de WHOA zo is opgezet dat deze zo geruisloos mogelijk kan verlopen en dat slechts de door de schuldenaar geselecteerde schuldeisers en aandeelhouders worden betrokken. Dat de onderhandelingen met een bepaalde groep 'in stilte kunnen verlopen' is ook naar hun inzicht 'een belangrijk element in de regeling'. Toch komen ook zij tot de conclusie (zie hiervoor) dat de (gewenste) toepasselijkheid van de Insolventieverordening tot een andere uitkomst moet leiden en wel dat, als eenmaal de rechter wordt geadieerd, openbaarheid moet prevaleren boven vertrouwelijkheid, om veilig te stellen dat de beslissingen ook daadwerkelijk ten uitvoer gelegd kunnen worden, ook buiten de landsgrenzen. Een en ander creëert een spanningsveld omdat een akkoord uiteindelijk ook derden kan raken die er niet van op de hoogte zijn (gebracht). Overigens kunnen die derden, ook als zij niet van onderhandelingen over een akkoord op de hoogte zijn, allerlei acties ondernemen die het bereiken van een akkoord bemoeilijken. In verband met dit laatste voorziet het Voorontwerp in de mogelijkheid een moratorium met betrekking tot bepaalde acties af te kondigen. Daarover nu eerst meer.

### 1.9 Moratorium

Het Voorontwerp voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid van een moratorium op verplichtingen jegens de schuldenaar die een akkoord overweegt. Net als in de UK en de US wordt het belang daarvan ook in het Voorontwerp onderkend. Verstijlen wijst er in zijn gedegen en veelomvattende preadvies op dat ook het Richtlijnvoorstel in maatregelen voorziet en dat het Voorontwerp daarmee in de pas loopt. Enerzijds voorziet artikel 375 lid 2 Voorontwerp bij wijze van moratorium in een afkoelingsperiode en anderzijds voorziet een nieuw voorgesteld artikel 3d Faillissementswet in de mogelijkheid dat een faillissementsaanvraag gedurende een maximum periode van vier maanden wordt geschorst.

Het verzoek tot het afkondigen van zo'n afkoelingsperiode kan worden gedaan als een akkoord (dat niet noodzakelijkerwijze het definitieve akkoord hoeft te zijn) wordt aangeboden. Het verzoek kan zien op bepaalde acties van bepaalde derden. Wordt het toegewezen dan kan de schuldeiser geen verhaal nemen op de goederen. De afkoelingsperiode duurt volgens het Voorontwerp maximaal vier maanden, hoewel het EU-Richtlijnvoorstel de mogelijkheid biedt van een verdere verlenging. Voor een verdere bespreking daarvan zie men het mooie preadvies van Verstijlen die ook de ontwikkelingen in de UK en de US uitdrukkelijk in zijn betoog betreft. In de uitwerking is de bepaling breed en roept ook in den brede vragen op. Specifiek bespreekt Verstijlen bijvoorbeeld de situatie dat een stil pandhouder op vorderingen lucht krijgt van de zorgen van de debiteur (en als de stil pandhouder de bank is zal dat snel zo kunnen zijn), en mededeling van de verpanding doet aan de derde die tot betaling gehouden is. Zoals Verstijlen aangeeft is dat een sterk signaal dat er 'iets mis is' met de schuldenaar. Verstijlen doet voorstellen voor een aanvullende regeling. Hij bespreekt voorts de vraag of verrekening onder de afkoelingsperiode zou (moeten) vallen alsmede rechten strekkend tot gebruik, verbruik en eventueel vervreemding van goederen.

Een ander zeer interessant onderwerp betreft de gevolgen van een moratorium voor lopende overeenkomsten. Verstijlen releveert dat het EU-Richtlijnvoorstel er onder andere in voorziet dat onder omstandigheden wederpartijen niet (meer) de

bevoegdheid hebben om lopende overeenkomsten te beëindigen. Het Voorontwerp bevat in artikel 372 lid 3 een gelijkaardige bepaling die bepaalt dat het aanbieden van een akkoord alsmede gebeurtenissen die daarmee rechtstreeks verband houden, geen grond kan zijn voor beëindiging en/of wijziging van overeenkomsten. Verstijlen onderstreept dat dit een belangrijke bepaling is die zijns inziens niet wordt gemist in de reguliere insolventieprocedure. Deze bepaling kan ook betekenen dat bijvoorbeeld contractuele change of control bepalingen een debt for equity swap niet zouden moeten verhinderen.

Verstijlen stelt voor de bepaling ook uit te breiden tot de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden of verbintenissen op te schorten als het betreft een tekortschieten in de nakoming van een overeenkomst voorafgaande aan het aanbieden van een akkoord. Helemaal zonder aarzeling is hij overigens hier niet en hij meent daarom dat wel een rechterlijke toetsing voor de hand ligt of het voorstel voor een akkoord dat gedaan is ook reëel is te achten. Overigens zou de schuldenaar wel onereuze contracten kunnen beëindigen door deze op te zeggen op een gebruikelijke termijn behoudens de verplichting om eventuele schade te vergoeden. Zo'n verplichting tot schadevergoeding kan echter wel weer onderdeel uitmaken van een aan te bieden akkoord.

#### 1.10 Nieuwe financiering en zekerheden

Verstijlen bespreekt ten slotte het belangrijke dilemma dat een onderneming in moeilijkheden die een akkoord zoekt tegelijkertijd dringend behoefte zal hebben aan nieuwe financiering, maar dat financiers daaraan niet zullen meewerken als hun rechten en bedongen zekerheden weer aanstonds kunnen worden gefrustreerd in een akkoord of zij deze zich later door een curator met een beroep op de pauliana ontnomen zien worden. Verstijlen wijst erop dat het EU-Richtlijnvoorstel voorziet in bescherming tegen dergelijke pauliana-aanspraken alsmede in een prioritering van dergelijke vorderingen. Het EU-Richtlijnvoorstel vereist juist 'dat nieuwe en tussentijdse financiering voldoende wordt aangemoedigd en beschermd'. Verstijlen bespreekt, mede in het licht van hetgeen hieromtrent elders geldt (bijvoorbeeld in het kader van een Chapter 11-procedure), het Voorontwerp en werkt uit dat die regeling nu niet adequaat is en moet worden aangepast.

#### 1.11 Wie kan een akkoord aanbieden?

De bevoegdheid tot het aanbieden van een akkoord berust als uitgangspunt bij de schuldenaar en, als de schuldenaar een rechtspersoon is, dus bij het bestuur daarvan. Tollenaar is daar kritisch over. Zijn zorg is dat de aandeelhouder(s) altijd zodanig invloed kan/kunnen uitoefenen op een bestuur dat niet een volledig 'eerlijk' akkoord zal worden aangeboden aan crediteuren omdat de aandeelhouders nadrukkelijk hun eigen belang voorop zullen stellen en via het bestuur in staat zullen zijn hun positie toch beter te verdedigen dan schuldeisers, ook als zij daartoe niet gerechtigd zijn. Hij meent dat dit risico slechts zeer beperkt wordt gemitigeerd doordat het Voorontwerp bepaalt dat geen goedkeuring van de aandeelhouder(s) nodig is en eventuele statutaire verplichtingen buiten toepassing blijven (zie artikel 370 lid 3 Voorontwerp). Tollenaar merkt op dat dit overigens ook zou moeten worden geëxpliciteerd als het gaat om houders van andersoortige aandelen (bijvoorbeeld

prioriteitsaandelen) of aanspraken die aandeelhouders hebben op grond van een overeenkomst. De wettelijke en statutaire bevoegdheid van een raad van commissarissen ('RvC') wordt overigens niet geraakt (al zou Tollenaar dit willen beperken tot het geval dat een RvC uit onafhankelijke leden bepaald en deze zelf geen aandelen/opties in de vennootschap houden).

Schuldeisers hebben in beginsel niet de mogelijkheid zelfstandig een akkoord aan te bieden (zoals tot op zekere hoogte wel een mogelijkheid is in de VS). Dat kunnen zij echter wel proberen indirect te bereiken. In het Voorontwerp hebben schuldeisers namelijk de mogelijkheid een deskundige door de rechtbank te laten benoemen die bevoegd is zelfstandig namens de schuldenaar/rechtspersoon een akkoord aan te bieden. De schuldenaar mag zelf altijd wel eerst binnen een beperkte periode een voorstel doen (artikel 371 Voorontwerp). Tollenaar voegt daaraan toe dat ook de schuldenaar (en als dat een rechtspersoon is, het bestuur daarvan) zo'n verzoek zou moeten kunnen doen. Het Voorontwerp gaat ervan uit dat het mogelijk zou moeten zijn om de deskundige vertrouwelijk en zonder verdere publiciteit te benoemen. Dat over die vertrouwelijkheid verschillend gedacht kan worden, kwam hiervoor reeds ter sprake.

### 1.12 **Wie kunnen door een akkoord worden gebonden en wie zijn stemgerechtigd?**

Het Voorontwerp voorziet dat na homologatie een akkoord alle categorieën van schuldeisers en aandeelhouders kan binden alsmede leden van een vereniging of coöperatie als een akkoord op die rechtspersoon betrekking heeft. Het akkoord hoeft echter zeker niet alle crediteuren te omvatten, maar kan beperkt zijn tot een bepaalde categorie. Dit is ook uitgangspunt van de UK scheme of arrangement. Een belangrijk element van het Voorontwerp is dat naast de positie en de rechten van de 'directe' schuldeisers van de schuldenaar, een akkoord ook betrekking kan hebben op de rechten van schuldeisers jegens derden, aansprakelijke medeschuldenaren en of borgen. Men denke dan bijvoorbeeld aan medeaansprakelijke (moeder- of zuster-)vennootschappen in een concern (zie artikel 370 lid 2 Voorontwerp). Daaronder kunnen ook (zie artikel 369 lid 7 Voorontwerp) regresvorderingen worden begrepen. Uiteraard betekent dat wel dat die schuldeisers met rechten op derden (bijvoorbeeld op zustervenootschappen van de schuldenaar) ook rechten in het akkoord verkrijgen en daarover in een daartoe samengestelde klasse moeten kunnen stemmen (of als zij niet instemmen door homologatie van het akkoord gedwongen daaraan gebonden kunnen worden).

Een interessant aspect van het Voorontwerp is dat als het op stemmingen in het kader van een akkoord aankomt, artikel 369 leden 4 en 5 Voorontwerp bepalen dat het stemrecht toekomt aan de economisch belanghebbende(n). Josephus Jitta bespreekt dat onduidelijk is wie als zodanig hebben te gelden en of daarvoor dezelfde criteria gelden die de Ondernemingskamer aanlegt bij het beantwoorden van de vraag of economisch belanghebbenden een enquêteverzoek kunnen doen. Zo is niet bepaald of pandhouders daaronder vallen. Vruchtgebruikers worden wel expliciet als stemgerechtigd aangewezen. Josephus Jitta betoont zich daarover kritisch aangezien vruchtgebruikers niet gerechtigd zijn tot de onderliggende waarde. Zou dan niet kunnen worden verdedigd dat ook eerst de onderliggende waarde weer moet worden aangevuld? In dit verband wijst hij ook op de situatie dat con-

tractueel een ander dan de economisch gerechtigde stemrecht toekomt zoals de trustee in geval obligatieleningen zijn uitgegeven onder trustverband zoals in de praktijk veel voorkomt.

### 1.13 De positie van werknemers

Rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeids-overeenkomsten kunnen, althans in directe zin, niet door een gehomologeerd akkoord worden aangetast (zie artikel 369 lid 9 Voorontwerp). Dat gezegd zijnde constateert Josephus Jitta dat een herstructurering in een akkoord wel kan leiden tot een reorganisatie van de onderneming en aldus ook gevolgen voor werknemers zal kunnen hebben. Dat zal ook van belang zijn om het toekomstperspectief van de onderneming en daarmee de going concern waarde te bepalen. Dat zal meebrengen dat de adviesrechten van de ondernemingsraad neergelegd in de WOR aan de orde kunnen zijn. Daarmee is in het Voorontwerp nog geen rekening gehouden. Teneinde een akkoord te bevorderen stelt Josephus Jitta voor de termijnen in artikel 25 en 26 WOR te bekorten voor de situatie dat over een akkoord wordt onderhandeld. Het voorgaande kan ook als een extra argument worden gezien om, nu de Ondernemingskamer over WOR-procedures oordeelt, de bevoegdheid over beslissingen inzake een akkoord bij de Ondernemingskamer te leggen.

Wat betreft de hiervoor vermelde regel dat rechten uit arbeidsovereenkomsten niet door een akkoord kunnen worden aangetast, geldt dat Josephus Jitta dat als een 'politiek gegeven' beschouwd, maar wel in overweging geeft of toch niet de mogelijkheid zou moeten worden geboden dat een overleg met vakbonden en ondernemingsraad tot een andere uitkomst zou kunnen leiden, bijvoorbeeld waar het betreft de hoogte van de wettelijke transitievergoeding van artikel 7:673 BW of de duur van de opzegtermijn. Tollenaar, hoewel ook onderkendend dat hier wel sprake lijkt van een 'politiek taboe', wijst erop dat op zich ook werknemers erbij gebaat zouden zijn als bijvoorbeeld de kosten van een reorganisatie en de daarmee gepaarde gaande afvloeiingsregelingen zouden kunnen worden geherstructureerd als blijkt dat de onderneming die verplichtingen niet kan nakomen. Hij wijst erop dat het EU-Richtlijnvoorstel daarin wel lijkt te voorzien.

### 1.14 Indeling in klassen, waardebeoordeling en fiscale aspecten

Bij de indeling van de klassen van schuldeisers en aandeelhouders is het uitgangspunt dat een schuldenaar een aanzienlijke mate van vrijheid heeft om de klassen samen te stellen met inachtneming van het criterium dat de belangen en rechten die zij hebben of op basis van het akkoord zullen verkrijgen zodanig zijn dat van een vergelijkbare positie sprake is (zie artikel 373 Voorontwerp). Uiteraard zal een en ander ten tijde van de homologatie wel door de rechter getoetst (kunnen) worden. Stemgerechtigd zijn de schuldeisers of aandeelhouders die in het akkoord zijn betrokken. Zijn zij niet de economisch gerechtigden dan berust het stemrecht bij die laatsten (bijvoorbeeld certificaathouders als aandelen zijn gecertificeerd). Als ten minste één klasse met de vereiste meerderheid instemt met het akkoord dan kan dit ter homologatie worden voorgelegd aan de bevoegde rechter. De criteria voor homologatie geeft de wet in artikel 381 Voorontwerp.