

Ministerie van Veiligheid en Justitie
Mr I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Datum 10 december 2014
Referentie BR48

Betreft: NVB Reactie op de consultatie Wet continuïteit onderneming II

Geachte heer Opstelten,

De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) heeft met veel waardering kennis genomen van het ter consultatie neergelegde voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen II.

Dit Voorontwerp voorziet in een in de insolventiepraktijk levende behoefte.
Met het Voorontwerp wordt ons inziens een goede bijdrage geleverd aan de modernisering van de Faillissementswet.

De NVB is van mening dat een dwangakkoord buiten faillissement een nuttig instrument is en in bepaalde gevallen toegepast zal kunnen worden om te komen tot een (financiële) herstructurering van een onderneming zonder dat daar een formele insolventieprocedure voor noodzakelijk is. Wel zijn er volgens ons enkele onderdelen van het Voorontwerp voor verbetering vatbaar.
Daartoe worden in deze reactie een aantal concrete voorstellen gedaan.

De NVB heeft geen bezwaar tegen publicatie van deze reactie.

Hoogachtend,

Eelco Dubbeling
Directeur

Reactie Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) op het Voorontwerp voor Wijziging van de Faillissementswet 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”)

1. Inleiding

De NVB heeft met belangstelling kennis genomen van het ter consultatie neergelegde voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen II (het “Voorontwerp”) en maakt graag gebruik van de mogelijkheid om daarop te reageren.

Het Voorontwerp voorziet in een wettelijke basis in de Nederlandse wetgeving voor een buiten faillissement gesloten dwangakkoord. Aldus komt het Voorontwerp tegemoet aan een in de praktijk gevoelde behoefte. Het ontbreken van een dwangakkoord buiten faillissement bemoeilijkt herstructurering als een – kleine – minderheid van de schuldeisers van de onderneming weigert mee te werken aan een onderhands akkoord. Het Voorontwerp biedt tevens een oplossing voor die situaties waarin de bestaande aandeelhouders van een onderneming weigeren mee te werken aan een akkoord, terwijl hun rechten onder “water staan” (dat wil zeggen dat gelet op hun rangorde hun aandelen in economisch opzicht geen waarde meer vertegenwoordigen) en zij niet bereid zijn voldoende additioneel kapitaal aan de onderneming ter beschikking te stellen zodat alle schuldeisers van de onderneming betaald kunnen worden. De wetgever heeft zich bij het Voorontwerp weliswaar laten inspireren door ontwikkelingen in het buitenland (vooral USA en UK), maar heeft desalniettemin voor een eigen uniek systeem, dat op de Nederlandse situatie is toegesneden, gekozen.

Alhoewel hierna een aantal op- en aanmerkingen zal worden gemaakt op het Voorontwerp, heeft de NVB met veel waardering kennisgenomen van het door de wetgever in consultatie gebrachte voorstel. De wijze waarop een technisch zeer ingewikkeld onderwerp is gevat in concrete en heldere regelgeving vergezeld van een uitgebreide toelichting verdient lof.

Het positieve oordeel van de NVB is met name ingegeven door de afgewogen manier waarop het Voorontwerp rekening houdt met de positie van de separatist. Terecht neemt het Voorontwerp als uitgangspunt dat in die gevallen waarin pand- en hypotheekhouders niet mee willen werken aan het akkoord, zij alleen kunnen worden gedwongen indien hetzij de pand- of hypotheekhouder in zijn klasse wordt overstemd, hetzij het akkoord bestaat uit een uitkering in contanten aan de pand- of hypotheekhouder die tenminste gelijk is aan de onderhandse verkoopwaarde van het onderpand. Een verdergaande inbreuk is naar het oordeel van de NVB niet acceptabel en zou de financierbaarheid van ondernemingen ernstig verzwakken. Bovendien komt een uitkering in contanten gelijk aan de onderhandse verkoopwaarde van het onderpand overeen met het bedrag dat een separatist in de meeste gevallen zowel binnen als buiten een faillissement op grond van zijn positie zal kunnen realiseren.

2. Voordelen

De voorgestelde regeling maakt het mogelijk een onderneming te herstructureren zonder gebruik te maken van faillissement of een andere formele insolventieprocedure indien de onderneming naar het oordeel van een belangrijke meerderheid van de schuldeisers economisch levensvatbaar is ondanks haar financiële problemen.¹ De NVB verwacht dat de regeling hiervoor op twee manieren gebruikt zal gaan worden. In de eerste plaats door toepassing van de regeling waarbij uiteindelijk aan de rechter zal worden gevraagd het akkoord algemeen verbindend te verklaren. In de tweede

¹ Een onderneming is economisch levensvatbaar indien haar activa het meeste waard zijn in hun huidige toepassing. Indien haar activa, daarentegen, meer waard zijn in een andere toepassing is de onderneming niet economisch levensvatbaar.

plaats zonder dat een algemeen verbindend verklaring door de rechter noodzakelijk is omdat alsnog een onderhands akkoord tot stand komt met instemming van alle schuldeisers en/of aandeelhouders. Immers, door de regeling van het Voorontwerp zullen schuldeisers en/of aandeelhouders van de onderneming zich realiseren dat indien zij niet meewerken aan een aangeboden onderhands akkoord, zij door de rechter alsnog gedwongen kunnen worden mee te werken aan een buiten faillissement gesloten akkoord. De NVB verwacht dat de regeling de prikkel van schuldeisers en aandeelhouders die onder water staan om niet mee te werken aan een akkoord verkleint.

Het Voorontwerp heeft voorts als belangrijk voordeel dat faillissementen van ondernemingen die naar het oordeel van de meerderheid van de schuldeisers nog steeds levensvatbaar zijn, kunnen worden voorkomen. De Nederlandse wetgeving sluit daarbij aan bij ontwikkelingen in Europese landen om ons heen en voldoet daarmee aan de plannen van de Europese Commissie zoals opgenomen in haar aanbeveling van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie.²

Ten slotte voorkomt deze regeling dat Nederlandse ondernemingen zich genoodzaakt voelen om – bij gebreke van adequate wetgeving in Nederland – uit te wijken naar een andere jurisdictie om aldaar een herstructurering af te dwingen. De afgelopen jaren zijn ondernemingen hiervoor met name uitgeweken naar het Verenigd Koninkrijk voor de ‘Scheme of Arrangement’ en naar de Verenigde Staten voor ‘Chapter 11’. De NVB is van oordeel dat het de voorkeur verdient Nederlandse ondernemingen te herstructureren overeenkomstig de regels van het Nederlandse recht en niet overeenkomstig het recht van een ander land. Ook om deze reden steunt de NVB het voorstel.

De NVB meent dat een aantal aspecten van het Voorontwerp heroverweging verdient. Uit de hierna te behandelen aspecten zal blijken dat het daarbij deels gaat om naar het oordeel van de NVB raadzame verduidelijkingen van de bestaande tekst of toelichtingen, zie hierover onder ‘overige opmerkingen’. Daarnaast heeft de NVB een aantal principiële opmerkingen, zie hierover onder ‘principiële opmerkingen’. Deze opmerkingen zullen worden toegelicht en de NVB zal, waar mogelijk, concrete voorstellen voor aanpassing van het Voorontwerp doen.

3. Principiële opmerkingen

Ten aanzien van het Voorontwerp heeft de NVB de volgende principiële opmerkingen die naar haar oordeel in het Voorontwerp opgenomen dienen te worden:

- A. Nadrukkelijker dient in de Memorie van Toelichting te worden opgenomen dat aan twee belangrijke uitgangspunten moet worden voldaan om gebruik te maken van een dwangakkoord buiten faillissement. Ten eerste dient een dwangakkoord buiten faillissement alleen te worden gebruikt om een kleine minderheid van niet meewerkende schuldeisers of aandeelhouders te binden aan een akkoord. Ten tweede dient voor het doel van herstructurering van de schulden in beginsel alleen van het dwangakkoord gebruik te worden gemaakt indien de going-concern waarde van de onderneming hoger is dan de liquidatiewaarde.
- B. Voorkomen dient te worden dat schuldenaren of schuldeisers akkoorden ter algemene verbindend verklaring aan de rechtbank kunnen voorleggen terwijl hiervoor onvoldoende draagvlak is onder de schuldeisers. Dit zou de praktijk immers opzadelen met enorm veel werk en nodeloze kosten en past niet in het overheidsbeleid ten aanzien van het terugdringen van regeldruk voor het bedrijfsleven. Ter voorkoming hiervan zou een ‘ingangscontrole’ door de rechtbank kunnen plaatsvinden, die bewerkstelligt dat evident kansloze akkoorden reeds voor de stemming kunnen worden geweigerd.
- C. De praktijk heeft behoefte aan ‘deal certainty’ in een zo vroeg mogelijk stadium. Met het oog hierop dient in een zo vroeg mogelijk stadium aan schuldeisers en aandeelhouders duidelijkheid te kunnen worden gegeven over waarderingvraagstukken, indeling in klassen en de procedure

² Zie Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie (2014/135/eu), Pb. L74/65.

- voor stemming ingeval schuldeisers en aandeelhouders hierover van mening verschillen. Dit voorkomt dat deze geschillen pas bij behandeling van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring aan de orde worden gesteld en draagt daarmee bij aan de vereiste 'deal certainty';
- D. De norm voor indeling in klassen dient scherper te worden geformuleerd.
 - E. De criteria die gehanteerd worden voor de algemeen verbindend verklaring van een akkoord terwijl één of meer klassen tegen het akkoord hebben gestemd dienen meer rekening te houden met de wettelijke rangorde van schuldeisers en aandeelhouders. Dit om te voorkomen dat schuldeisers die 'boven water' staan maar niet volledig worden voldaan slechts genoeg moeten nemen met een uitkering die gelijk is aan hetgeen zij in faillissement zouden ontvangen, terwijl schuldeisers en aandeelhouders die 'onder water' staan eveneens een uitkering ontvangen. Voorts is aanvulling van de gronden waarop de rechtbank een akkoord weigert gewenst.
 - F. Het is niet wenselijk dat toekomstige verplichtingen uit bestaande rechtsverhoudingen in het akkoord kunnen worden betrokken. De NVB stelt dan ook voor het voorgestelde artikel 373 lid 4 te schrappen en de Memorie van Toelichting op dit punt aan te passen.

A. Uitgangspunten bij onderhands dwangakkoord: binden kleine minderheid en going-concernwaarde

De behoefte aan een dwangakkoord buiten faillissement wordt ingegeven door de situatie waarin enkele dwarsliggende schuldeisers op onzakelijke/onredelijke gronden hun medewerking weigeren aan een vrijwillig akkoord ondanks dat een overgrote meerderheid van schuldeisers en aandeelhouders overeenstemming hebben bereikt over het akkoord. Het (veelal onwenselijke) gevolg is een surseance van betaling of faillissement met alle nadelige neveneffecten van dien. Als uitgangspunt voor een dwangakkoord buiten faillissement zou moeten gelden dat gepoogd is om via een vrijwillig akkoord tot overeenstemming te komen, maar dit niet is gelukt omdat een kleine minderheid van schuldeisers of aandeelhouders niet meewerkt aan het akkoord.

In het Voorontwerp en het Concept voor een Memorie van Toelichting dient voorts nadrukkelijker tot uitdrukking te worden gebracht waar het in de kern bij het dwangakkoord buiten faillissement om gaat. De herstructurering van de bestaande schulden van een schuldenaar door middel van een akkoord houdt een heronderhandeling in van de rechten die schuldeisers hebben bedongen in hun contracten met de schuldenaar en van de rechten van aandeelhouders. Een herstructurering zal veelal plaatsvinden indien het cash genererend vermogen van de onderneming structureel te laag is om de (rentedragende en niet-rentedragende) schulden te voldoen en de aandeelhouders niet bereid zijn de onderneming voldoende te kapitaliseren teneinde de continuïteit van de onderneming te garanderen. Een dergelijke heronderhandeling is economisch echter alleen gerechtvaardigd indien de activa van de onderneming in hun huidige toepassing meer waard zijn dan in iedere andere toepassing. Met andere woorden, de going-concern waarde van de onderneming is hoger dan de liquidatiewaarde van de onderneming. Indien de activa van de onderneming meer waard zijn in een andere toepassing, dan dienen de activa te worden geliquideerd op een wijze die de hoogste opbrengst oplevert.

Bij de onderhandeling over een akkoord zal het dus gaan over de verdeling van de going-concern waarde.³ De 'meerwaarde' die aanwezig is boven de liquidatiewaarde zal moeten worden verdeeld onder de schuldeisers en aandeelhouders waarbij het uitgangspunt is dat de wettelijke regels van voorrang in acht worden genomen. Alhoewel de uitkering aan schuldeisers en aandeelhouders onder het akkoord niet lager mag zijn dan hetgeen zij in geval van vereffening van de boedel in faillissement zouden ontvangen, mag het niet zo zijn dat onder het akkoord slechts wordt uitgekeerd wat zij in geval van faillissement zouden ontvangen. Het bestaansrecht van het akkoord is juist

³ Daarvoor wordt in de waardering/accounting literatuur ook wel de term *Fair Market Value* zoals bedoeld in de definitie van IFRS 13 gebruikt. In de berekening van de *Fair Market Value* wordt meestal (een combinatie van) drie waarderingsmethoden gehanteerd, zijnde de *income approach*, de *market approach* en de *asset of cost approach*.

daarin gelegen dat de voortzetting van de onderneming een hogere opbrengst genereert voor de schuldeisers en eventueel aandeelhouders dan een vereffening van de boedel in faillissement.

Dat het bij een akkoord gaat om de verdeling van de going-concern waarde van de onderneming heeft gevolgen voor de eisen die gesteld worden aan het algemeen verbindend verklaren van een akkoord dat niet door alle klassen van schuldeisers en aandeelhouders wordt gesteund. Het betekent dat bij het opleggen van een akkoord aan een tegenstemmende klasse de wettelijke rangorde van schuldeisers en aandeelhouders als uitgangspunt moet worden genomen. Immers, een klasse van schuldeisers die boven water staat en geen volledige betaling van haar vorderingen onder het akkoord ontvangt, hoeft geen genoegen te nemen met slechts hetgeen zij bij vereffening van de boedel in faillissement zou ontvangen terwijl klassen die onder water staan ook een uitkering ontvangen.

Voorgaande betekent dat de waardering van de onderneming heel belangrijk is. Niet alleen zal de liquidatiewaarde van de onderneming moeten worden vastgesteld, maar ook de going-concern waarde. Dit is niet alleen van belang voor de vraag of er ruimte is voor een akkoord, maar bijvoorbeeld ook voor de vaststelling van uitkeringen aan klassen van schuldeisers en aandeelhouders. Zo zal bij het opleggen van een akkoord aan een tegenstemmende klasse niet alleen gekeken kunnen worden naar de liquidatiewaarde, maar zal ook gekeken moeten worden naar de verdeling van de going-concern waarde en hoe deze zich verhoudt tot de door de wet voorgeschreven rangorde tussen schuldeisers en aandeelhouders.

De Memorie van Toelichting zou meer nadruk dienen te leggen op de hierboven beschreven uitgangspunten.

B en C. Ingangscontrole; geschillen over waardering, klassenindeling en procedure voor stemming

Met het oog op de hierboven genoemde principiële uitgangspunten en praktijkbehoeften meent de NVB dat het aanbevelenswaardig is om de rechtbank en rechter-commissaris eerder in het proces van totstandkoming van het akkoord te betrekken en ook beslissingsbevoegdheid te geven.

Het risico bestaat dat schuldenaren al te gemakkelijk een akkoord ter stemming aanbieden aan hun schuldeisers en aandeelhouders en vervolgens het akkoord ter algemene verbindend verklaring voorleggen aan de rechtbank terwijl een meerderheid van (de klassen van) schuldeisers en aandeelhouders het akkoord niet heeft geaccepteerd. Ter beperking van dit risico, stelt de NVB voor dat de rechtbank niet pas in het akkoordproces wordt betrokken op het moment van een verzoek tot algemeen verbindend verklaring, maar reeds vóór de stemming over het akkoord. De rechtbank kan dan een eerste controle doen waarin zij kan vaststellen of:

- zij bevoegd is om kennis te nemen van het akkoord;
- het voorstel voor het akkoord voldoet aan de eisen die artikel 370 daaraan stelt; en
- het verzoek zonder meer moet worden afgewezen omdat het akkoord geen enkele kans van slagen heeft. Dit kan onder meer het geval zijn wanneer niet voldaan wordt aan de eisen van artikel 370 (hetgeen eventueel hersteld zou kunnen worden), wanneer het akkoord niet wordt gesteund door een meerderheid van de (klassen van) schuldeisers en aandeelhouders of wanneer de schuldenaar niet voldoende financiële middelen heeft om zijn onderneming gedurende de duur van de akkoordprocedure voort te zetten. In al deze gevallen zou het akkoord reeds kunnen worden geweigerd zonder dat stemming hierover nodig is.

De mogelijkheid die de rechtbank zo heeft om in een vroeg stadium evident kansloze akkoorden af te wijzen is niet alleen een stok achter de deur voor een aanbieder van een akkoord om goed beslagen ten ijs te komen, maar doet ook recht aan het uitgangspunt dat een akkoord haalbaar moet zijn. Tevens voorkomt het dat de rechtbank op een later moment wordt geconfronteerd met kansloze akkoorden. Dit bespaart de rechtbank en de schuldeisers veel tijd en geld.

In het geval de rechtbank beslist om het akkoord in behandeling te nemen kan zij gelijk overgaan tot benoeming van een rechter-commissaris. De NVB is van mening dat een rechter-commissaris in alle gevallen moet worden benoemd. De rechter-commissaris kan onder meer duidelijkheid geven over waarderingsvraagstukken, indeling in klassen en de procedure voor stemming ingeval schuldeisers en aandeelhouders hierover van mening verschillen.

Het NVB-voorstel voor aanpassing komt dan als volgt te luiden:

Artikel 370 lid 1 vervalt.

Artikel 370 lid 2 wordt vernummerd naar lid 1.

Artikel 370 lid 3 wordt vernummerd naar lid 2.

Artikel 370 lid 1 sub c nieuw wordt als volgt gewijzigd: waarderungen van de onderneming op basis van liquidatiewaarde en going-concern waarde, de methoden die hiervoor zijn gebruikt als ook de grondslagen waarop de waarderungen zijn gebaseerd.

Het voorgestelde artikel 371 komt te vervallen.

Voeg in een nieuw artikel 371: Aanbieding van het akkoord en behandeling door de rechtbank (samenvoeging met artikel 374)

1. Uiterlijk op het moment van het verzoekschrift bedoeld in het tweede lid van dit artikel en tenminste acht dagen voor de stemming legt de schuldenaar dan wel de schuldeiser bedoeld in artikel 368, tweede lid, tweede zin, het voorstel voor het akkoord voor aan de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd dan wel bericht hij de betreffende schuldeisers en aandeelhouders hoe zij van het voorstel voor het akkoord kennis kunnen nemen.
2. De schuldenaar dan wel de schuldeiser bedoeld in artikel 368, tweede lid, tweede zin verzoekt de rechtbank het akkoord overeenkomstig deze afdeling in behandeling te nemen.
3. Het verzoekschrift waarmee het in het tweede lid bedoelde verzoek wordt ingeleid vermeldt:
 - (a) de naam en de woonplaats van de verzoeker en, indien het verzoek wordt ingediend door een schuldeiser, de naam en woonplaats van de schuldenaar;
 - (b) een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust;
 - (c) zodanige gegevens dat de rechtbank kan vaststellen of zij bevoegd is op grond van de verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van de Europese Unie (PbEG L 160) betreffende insolventieprocedures.
4. voeg hier in lid 2 van artikel 374 en voeg toe:
 - g. indien de schuldenaar of een schuldeiser binnen twee jaar voor het verzoek aan een of meer schuldeisers en een of meer aandeelhouders een gerechtelijk of buitengerechtelijk akkoord of een akkoord in de zin van deze afdeling heeft aangeboden, de inhoud daarvan, en – voor zover van toepassing – de reden waarom het niet is aanvaard; en
 - h. bewijs dat de schuldenaar overleg heeft gevoerd met de (klassen van) schuldeisers en aandeelhouders aan wie het akkoord zal worden aangeboden, als ook bewijs van de zienswijze van de (klassen van) schuldeisers en aandeelhouders.
5. De rechtbank kan de verzoeker in staat stellen het verzoek aan te vullen alvorens definitief te beslissen op het verzoek. Indien het verzoek is ingediend door een schuldeiser kan de rechtbank de schuldenaar gelasten de ontbrekende informatie aan te leveren.
6. De rechtbank behandelt het verzoek met de meeste spoed.
7. De rechtbank wijst het verzoek af indien:
 - (a) het verzoek niet voldoet aan de vereisten gesteld in de leden 3 en 4 van dit artikel;

- (b) het akkoord kennelijk onvoldoende kans op succes heeft;
 - (c) het akkoord onvoldoende kans op succes heeft omdat de schuldenaar over onvoldoende financiële middelen beschikt om zijn onderneming tot de aanvaarding van het akkoord en eventuele algemeen verbindend verklaring van het akkoord voort te zetten;
8. In alle andere gevallen neemt de rechtbank het verzoek in behandeling en benoemt een rechter-commissaris.

Voeg in nieuw artikel 372: Taken rechter-commissaris

1. De schuldenaar, de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden of een of meer schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten onder het akkoord worden gewijzigd kunnen de rechter-commissaris verzoeken een beslissing te nemen bij verschil van mening over:
 - a. de waardering waaronder begrepen, maar daartoe niet beperkt, de going-concern waarde en de liquidatiewaarde van de onderneming, waardering van vorderingen op de onderneming, waardering van een uitkering die een schuldeiser of aandeelhouder in geval van vereffening van de boedel in faillissement zou hebben ontvangen;
 - b. de indeling in klassen;
 - c. over de procedure van stemming en de toelating van een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming dan wel over de hoogte van de vordering van de schuldeiser;
 - d. de wijziging of aanvulling van het voorstel voor het akkoord omdat zulks redelijkerwijs noodzakelijk is voor een goede oordeelsvorming door de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd.
2. De rechter-commissaris neemt geen beslissingen als bedoeld in het eerste lid dan nadat hij de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden en de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd in de gelegenheid heeft gesteld hun zienswijze te geven.
3. Alvorens een beslissing te nemen op grond van het eerste lid kan de rechter-commissaris een deskundige raadplegen.
4. Tegen de beslissingen van de rechter-commissaris als bedoeld in dit artikel staat geen hoger beroep of cassatie open.

Het NVB-voorstel vereist eveneens de volgende aanpassingen in het Voorontwerp:

Het voorgestelde artikel 374 komt te vervallen.

Artikel 372 wordt vernummerd naar artikel 373.

Artikel 373 lid 7 (nieuw) dient als volgt te luiden: "De schuldenaar dan wel de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden deponere het in het derde lid bedoelde verslag onverwijld na de stemming bij de griffie van de rechtbank."

Artikel 373 wordt vernummerd naar artikel 374.

Aan artikel 374 nieuw kunnen leden worden toegevoegd overeenkomstig artikel 374 lid 2 en 3 van het Voorontwerp, met dien verstande dat het akkoord en overige bijlagen de versies moeten zijn waarover is gestemd.

Artikel 375: artikel 375 moet nu verwijzen naar het verzoekschrift tot algemeen verbindend verklaring.

Artikel 376 moet verwijzen naar de terechtzitting waarin het verzoekschrift tot algemeen verbindend verklaring wordt behandeld.

Artikel 377 en 378 moeten verwijzen naar het verzoek tot algemeen verbindend verklaring.

Artikel 379 lid 5 moet worden aangepast.

In het voorgestelde artikel 42a lid 1 en in artikel 54 lid 3 sub a zal rekening gehouden moeten worden met de mogelijkheid dat het akkoord wordt afgewezen door de rechtbank op grond van het door de NVB voorgestelde artikel 371 lid 7.

D. Indeling in klassen

Het Voorontwerp introduceert een systeem voor het indelen van schuldeisers en aandeelhouders in klassen. Artikel 369 lid 2 formuleert de volgende maatstaf voor de indeling in klassen: *“Schuldeisers met vorderingen en aandeelhouders met rechten die redelijkerwijs als gelijkaardig moeten worden aangemerkt, worden in dezelfde klassen ondergebracht.”*

Het concept voor een Memorie van Toelichting geeft aan dat voor deze maatstaf is aangesloten bij de regeling van de Engelse *scheme of arrangement* en de jurisprudentie daaromtrent alsmede bij de aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie.⁴ Voorts benadrukt het concept dat de regeling voor de klassenindeling flexibel moet zijn en de mogelijkheid moet bieden om aan te sluiten bij de omstandigheden van het geval. Om die reden is er voor gekozen om in de regeling niet vooraf vastgestelde klassen vast te leggen.

In het concept voor een Memorie van Toelichting is voorts het volgende opgenomen:

“Als invulling van de thans voorgestelde maatstaf kan dienen dat een klasse moet omvatten de schuldeisers of aandeelhouders van wie de vorderingen of rechten zodanig met elkaar overeenkomen dat redelijkerwijs van hen mag worden verwacht dat zij in onderling overleg tot een gezamenlijk standpunt kunnen komen. Ter verdere inkleuring van deze maatstaf kan worden bezien of de rechten van degenen die door het akkoord worden geraakt zodanig overeenstemmen dat jegens hen van een enkel akkoord kan worden gesproken, indien dat het geval is moeten zij in een klasse worden ondergebracht. Indien dat niet het geval is, en de rechten zodanig verschillen dat eigenlijk gesproken moet worden van een samenstel van afzonderlijke akkoorden dat uiteindelijk leidt tot een groot akkoord, mogen zij in afzonderlijke klassen worden ondergebracht. Met dit criterium en deze invulling kan bijvoorbeeld onderscheid worden gemaakt tussen pand- en hypotheekhouders van verschillende rang en het ongezekerde deel van een schuld.”

Deze overwegingen zijn ontleend aan de volgende opinie van een Engelse rechter opgenomen in de ‘Hawk Insurance Case’: *“A class must be confined to those persons whose rights are not so dissimilar as to make it impossible for them to consult together with a view to their common interest.”*⁵ Hieruit kan worden afgeleid dat indien de rechten ‘dissimilar’ zijn, deze niet in dezelfde klasse kunnen worden ingedeeld.

Dit wordt echter nog duidelijker gesteld in de aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, waarin als aanbeveling 17 over de inhoud van een herstructureringsplan is opgenomen: *Schuldeisers met verschillende belangen zouden moeten worden behandeld in afzonderlijke categorieën waarin die belangen worden weerspiegeld.*

Met categorieën worden hier klassen bedoeld. De Engelstalige versie is op dit punt duidelijker: *“Creditors with different interests should be treated in separate classes which reflect those interests”.*

⁴ Concept Memorie van Toelichting, blz. 53.

⁵ Bowen Justice in re Hawk Insurance Co Ltd (2001), 2 BCLC 480, paragraph 23 and 30.

Het voorstel van de Commissie biedt de door de wetgever gezochte 'maximale flexibiliteit'.⁶ Het verbiedt het indelen van schuldeisers en aandeelhouders met verschillende belangen in dezelfde klasse. Deze maatstaf maakt het mogelijk om schuldeisers of aandeelhouders die weliswaar eenzelfde juridische positie hebben maar belangen die uiteen lopen in verschillende klassen in te delen. De regel van het Voorontwerp, daarentegen, dwingt er toe om schuldeisers en aandeelhouders die dezelfde juridische positie hebben in dezelfde klasse onder te brengen ook in het geval hun belangen verschillen. In de literatuur is door Vriesendorp in zijn pre-advies voor de Vereniging "Handelsrecht" 2014 ook aandacht gevraagd voor deze ongewenste beperking in flexibiliteit.⁷ Een aangepast tekstvoorstel van artikel 369 lid 2 dat de door de wetgever gezochte maximale flexibiliteit biedt, luidt aldus:

"Vorderingen van schuldeisers en rechten van aandeelhouders die redelijkerwijs niet als gelijkaardig kunnen worden aangemerkt, worden in verschillende klassen ondergebracht."

Dit aangepaste tekstvoorstel maakt het dan – bijvoorbeeld – mogelijk om in het geval er houders van gewone aandelen zijn die nieuw kapitaal inbrengen en houders die geen nieuw kapitaal inbrengen, deze in aparte klassen onder te brengen. Ook een onderscheid in verschillende klassen van concurrente schuldeisers is dan mogelijk, bijvoorbeeld een akkoord dat de concurrente handelsschuldeisers ongemoeid laat of een akkoord waarbij een deel van de concurrente schuldeisers een andere uitkering onder het akkoord krijgt dan andere concurrente schuldeisers. Het is immers denkbaar dat er een groep van handelscrediteuren is waarmee de onderneming ook in de toekomst door wil (en moet) en een groep van handelscrediteuren waarmee de onderneming geen zakelijke relatie meer onderhoudt of niet langer een zakelijke relatie mee wenst te onderhouden.

Wel zal een indeling van schuldeisers of aandeelhouders met dezelfde juridische rechtspositie in verschillende klassen gerechtvaardigd moeten zijn op economische of met de bedrijfsvoering verband houdende gronden. De rechter-commissaris kan beoordelen of de indeling in klassen overeenkomstig is gebeurd en beslissingen nemen over de klassenindeling.

Aangezien de klassenindeling in beginsel plaatsvindt op basis van de aard van de vordering of het recht, zou strikt genomen de titel van artikel 369 moeten luiden: *"verdeling van vorderingen en rechten in klassen en stemrecht"*. Lid 1 en lid 2 van artikel 369 (zie hierboven) zouden op dezelfde wijze moeten worden aangepast.

E. Verzoek tot algemeen verbindend verklaring door de rechtbank

In het Voorontwerp kan een aandeelhouder of schuldeiser van de schuldenaar die niet met een akkoord instemt langs twee verschillende wegen alsnog gedwongen worden mee te werken.

Ten eerste kan hij worden overstemd door de aandeelhouders of schuldeisers in zijn klasse. De relevante klasse heeft voorgestemd indien de gewone meerderheid van de tot die klasse en aan de stemming deelnemende schuldeisers en aandeelhouders voor het akkoord hebben gestemd en deze een meerderheid vertegenwoordigt van tenminste twee derden van het bedrag aan vorderingen van de aan de stemming deelnemende schuldeisers dan wel twee derden van het gedeelte van het geplaatste kapitaal dat de aan de stemming deelnemende aandeelhouders vertegenwoordigen. De NVB ondersteunt de terzijde stelling van een minderheid van een klasse door een gekwalificeerde meerderheid van 66 2/3 %. Ook de oplossing die het Voorontwerp kiest dat alleen stemmende schuldeisers en aandeelhouders meetellen is naar de mening van de NVB de

⁶ Concept Memorie van Toelichting, blz. 53.

⁷ R.D. Vriesendorp, "Het buitengerechtelijk akkoord en het concept-voorstel WCO II", Preadvies voor de Vereniging "Handelsrecht" 2014, par. 2.4.1. Zo wijst Vriesendorp er terecht op dat bij een akkoord ook vorderingen van gelijke aard in verschillende klassen moeten kunnen worden ondergebracht.

juiste en sluit aan bij veel financieringscontracten waar partijen reeds contractueel overeenkomen dat niet stemmen betekent dat je je stem verliest.⁸

Ten tweede kan de rechtbank het akkoord algemeen verbindend verklaren voor tegenstemmende klassen op verzoek van de schuldenaar of schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden. Dit is mogelijk indien een tegenstemmende klasse in redelijkheid niet tot zijn stemgedrag heeft kunnen komen. Echter, het concept voor de Memorie van Toelichting vermeldt dat het uitgangspunt van de regeling en ook van deze bepaling is dat *“schuldeisers of investeerders van wie de vorderingen of de investeringen onder water staan, en die aldus ook in het geval van faillissement geen uitkering zouden ontvangen of een lagere uitkering dan in het akkoord is voorzien zich weliswaar over het akkoord mogen uitspreken door erover te stemmen, maar dat akkoord in beginsel niet zonder goede grond moeten kunnen tegenhouden. Voor stakeholders van wie de vorderingen geheel of gedeeltelijk boven water staan, geldt dat zij het akkoord in beginsel niet moeten kunnen tegenhouden voor zover hun positie daardoor niet slechter wordt dan in faillissement het geval zou zijn. Zulks wordt met dit lid [2] bewerkstelligd.”*⁹

De maatstaf van het voorgestelde lid 2, inhoudende dat een akkoord kan worden opgelegd aan een tegenstemmende klasse die niet in redelijkheid tot haar stemgedrag had kunnen komen, verdraagt zich niet met het uitgangspunt dat aan deze bepaling ten grondslag ligt. De tekst van lid 2 hanteert een veel ruimere grond voor het algemeen verbindend verklaren van een aanvankelijk niet aangenomen akkoord, dan het uitgangspunt dat een tegenstemmende klasse alsnog gebonden kan worden indien deze ten minste ontvangt wat zij in geval van vereffening van de boedel van de schuldenaar in faillissement zou hebben ontvangen. Gezien het doel dat de wetgever voor ogen heeft met lid 2, zou lid 2 aldus moeten luiden dat een niet aangenomen akkoord alsnog algemeen verbindend kan worden verklaard indien de tegenstemmende klassen ten minste ontvangen wat zij zouden hebben ontvangen in geval van de vereffening van de boedel in faillissement.

Voorts is de NVB van mening dat uiterst terughoudend moet worden omgegaan met een algemeen verbindend verklaring van een akkoord indien één of meer klassen tegen het akkoord hebben gestemd. Dwang is reeds ingebouwd in de mogelijkheid dat een meerderheid van een klasse een minderheid in diezelfde klasse kan binden. Het ook nog kunnen opleggen van een akkoord aan een tegenstemmende klasse vereist dan ook een zware toets, aangezien dit een nog verdergaande inbreuk op de contractsvrijheid is. Daarvoor is niet voldoende dat een tegenstemmende klasse krijgt wat zij zou hebben gekregen in geval van vereffening van de boedel in faillissement. Bij het opleggen van het akkoord aan een tegenstemmende klasse zou de wettelijke rangorde van schuldeisers en aandeelhouders als uitgangspunt moeten worden genomen. Het mag niet zo zijn dat schuldeisers die ‘boven water’ staan en wier vorderingen niet volledig worden voldaan onder het akkoord, genoeg moeten nemen met hetgeen zij in geval van faillissement zouden hebben ontvangen terwijl lager gerangschikte schuldeisers en aandeelhouders die ‘onder water’ staan eveneens een uitkering onder het akkoord ontvangen. Immers, het gaat bij het akkoord uiteindelijk om de verdeling van de going-concern waarde. Klassen van schuldeisers die boven water staan hoeven dan ook geen genoeg te nemen met een uitkering die gelijk is aan hetgeen zij zouden ontvangen in geval van vereffening van de boedel in faillissement. Met andere woorden, indien klassen van schuldeisers die boven water staan tegen het akkoord stemmen, zou als uitgangspunt moeten gelden dat bij het bepalen van de uitkeringen aan deze klassen de wettelijke rangorde in acht is genomen. Het voorgaande geldt eveneens voor aandeelhouders die boven water staan. De NVB stelt dan ook voor dat in het geval dat niet alle klassen voor het akkoord hebben gestemd als een extra vereiste voor algemeen verbindend verklaring wordt opgenomen dat schuldeisers en aandeelhouders die in faillissement een uitkering zouden hebben ontvangen en die twee derden van het bedrag van de vorderingen respectievelijk twee derden van het geplaatst kapitaal vertegenwoordigen, voor het akkoord hebben gestemd. Is dit niet het geval, dan kan worden gesteld dat het akkoord niet voldoende draagvlak heeft.

⁸ De zogenaamde ‘snooze you loose’ bepaling.

⁹ Concept Memorie van Toelichting, blz. 67-68.

Bovendien draagt het restrictief opschrijven van de gevallen waarin het akkoord aan een tegenstemmende klasse kan worden opgelegd bij aan de rechtszekerheid die vereist is bij de totstandkoming van contracten. Zo voorkomt dit dat financiers zich voorzichtiger zullen gaan opstellen bijvoorbeeld bij het verlenen van door zekerheden gedekt krediet aangezien zij de zekerheid hebben dat zij in geval van een akkoord niet minder zullen krijgen dan de onderhandse verkoopwaarde van hun onderpanden.

Het voorgestelde lid 3 van artikel 373 bevat gronden die zonder meer tot afwijzing van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring door de rechtbank leiden. Indien één van deze gronden zich voordoet heeft het voor de rechtbank geen zin om zich te buigen over een eventueel verzoek tot algemeen verbindend verklaring in het geval één of meer klassen hebben tegengestemd. De NVB stelt daarom voor dat lid 2 en lid 3 worden omgedraaid, en dat een vereiste voor de algemeen verbindend verklaring ingeval één of meer klassen hebben tegengestemd is dat geen van de gronden voor afwijzing van het akkoord zich voordoet, behoudens het vereiste van instemming van iedere klasse.

Het is belangrijk dat over het in artikel 373 gebruikte begrip 'onderhandse verkoopwaarde' geen onduidelijkheid bestaat. Om die reden is dit waarde begrip in de hieronder door de NVB voorgestelde wettekst uitgeschreven als 'onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvende bestemming en gebruik'. Onder onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvende bestemming en gebruik wordt verstaan het bedrag dat activa, binnen een redelijke termijn en bij vrijwillige onderhandse verkoop, na de beste voorbereiding en aanbieding op de voor de aard van de activa gebruikelijke wijze en bij gelijkblijvende locatie en gebruik, kunnen opbrengen.¹⁰ Indien er een concrete bieding is die hoger ligt dan de getaxeerde onderhandse waarde, dan dient die bieding te gelden als onderhandse waarde.

Voorts is de NVB van mening dat de algemeen verbindend verklaring ook zou moeten worden geweigerd indien:

- niet alle klassen voor het akkoord hebben gestemd. Reden voor opname van deze grond is dat de hoofdregel is dat een akkoord alleen algemeen verbindend kan worden verklaard als alle klassen hebben voorgestemd. Alleen als aan de vereisten van lid 2 van artikel 373 wordt voldaan, kan hiervan worden afgeweken;
- de baten van de schuldenaar die bij het akkoord bedongen som aanmerkelijk te boven gaan. Deze weigeringsgrond ziet op het geval dat de schuldenaar aanmerkelijk meer in cash onder het akkoord kan uitdelen dan door de schuldenaar is voorgesteld;
- Zoals hierboven reeds is aangegeven, vindt het akkoord zijn bestaansrecht in het feit dat de going-concern waarde van de activa van de onderneming hoger is dan de liquidatiewaarde. Dit betekent dat er onder schuldeisers en aandeelhouders meer te verdelen valt dan uitsluitend de liquidatiewaarde. Een akkoord dat die meerwaarde niet laat toekomen aan de schuldeisers en aandeelhouders heeft dan ook geen bestaansrecht. In dat geval onderscheidt het akkoord zich niet van een liquidatieakkoord. Bovendien bewerkstelligt een dergelijk akkoord een verschuiving van waarde van de schuldeisers naar de opvolgende eigenaren van de onderneming (ofwel de huidige aandeelhouders die blijven zitten of de nieuwe aandeelhouders). Dit is volgens de NVB een belangrijke reden voor de rechtbank om de algemeen verbindend verklaring van een akkoord te weigeren op de grond dat 'de belangen van één of meer schuldeisers dan wel aandeelhouders door toewijzing van het verzoek onevenredig worden geschaad'. De NVB stelt dan ook voor dat de Memorie van Toelichting expliciet aangeeft dat het niet laten toekomen van de toekomstige verdien capaciteit van de onderneming aan de schuldeisers en aandeelhouders

¹⁰ Zie bijvoorbeeld het vonnis van de Rechtbank Dordrecht van 3 augustus 2011 (ECLI:NL:RBDOR:2011:BR4130) waarin deze definitie is opgenomen als ook het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 10 juli 2013 (ECLI:NL:RBROT:2013:6557) waarin de curator de koper van een onderneming aansprakelijk stelt op de grond dat deze onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers door geen reële koopprijs voor de onderneming te betalen. De curator stelde dat de onderneming "going concern" was overgedragen, zodat voor de waarde van de overgenomen activa moest worden uitgegaan van de getaxeerde onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvende bestemming en gebruik.

- aan wie het akkoord is aangeboden, een reden is voor de rechtbank om de algemeen verbindend verklaring op grond van voornoemde grond te weigeren;
- niet ten minste één klasse heeft voorgestemd. Als er slechts één klasse is, zal deze altijd voor het akkoord moeten stemmen. Zijn er meerdere klassen, dan moet er minimaal één klasse voor hebben gestemd. Stemt geen enkele klasse voor, dan is er evident geen draagvlak voor het akkoord. In dat geval moet het niet mogelijk zijn om het akkoord alsnog algemeen verbindend te verklaren.

Het bovenstaande leidt tot het volgende NVB-voorstel voor een aangepast artikel 373:

1. Na de stemming als bedoeld in het vorige artikel kan de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden de rechtbank verzoeken het akkoord algemeen verbindend te verklaren.
2. De rechtbank weigert het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord indien:
 - a. niet alle klassen van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor het akkoord hebben gestemd overeenkomstig het in het vorige artikel bepaalde;
 - b. indien de baten van de schuldenaar de bij het akkoord bedongen som aanmerkelijk te boven gaan;
 - c. niet ten minste één klasse voor het akkoord heeft gestemd;
 - d. de belangen van één of meer schuldeisers dan wel aandeelhouders door toewijzing van het verzoek onevenredig worden geschaad;
 - e. het akkoord door bedrog, door begunstiging van één of meer schuldeisers of met behulp van andere oneerlijke middelen is tot stand gekomen dan wel berust op een kennelijke onjuiste voorstelling van zaken; of
 - f. andere zwaarwegende gronden zich naar het oordeel van de rechtbank tegen algemeen verbindendverklaring van het akkoord verzetten.
3. Indien er geen grond voor weigering van de algemeen verbindend verklaring van het akkoord is op grond van lid 2 anders dan de weigeringsgrond bedoeld onder (a), kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden het akkoord niettemin algemeen verbindend verklaren indien aan de volgende vereisten wordt voldaan:
 - a. schuldeisers die in geval van vereffening van de boedel van de schuldenaar in faillissement een uitkering zouden hebben ontvangen en die ten minste twee derden van het bedrag aan vorderingen vertegenwoordigen, hebben voor het akkoord gestemd;
 - b. aandeelhouders die in geval van vereffening van de boedel van de schuldenaar in faillissement een uitkering zouden hebben ontvangen en die ten minste twee derden van het bedrag aan geplaatst kapitaal vertegenwoordigen, hebben voor het akkoord gestemd; en
 - c. de klassen die niet met het akkoord hebben ingestemd ten minste onder het akkoord ontvangen wat zij in geval van een vereffening van de boedel van de schuldenaar in faillissement zouden hebben ontvangen. In het kader van dit lid 2 betekent dit dat een akkoord algemeen verbindend kan worden verklaard ten aanzien van:
 - i. een klasse van schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht die niet met het akkoord heeft ingestemd en de tot die klasse behorende schuldeisers onder het akkoord een contant bedrag ontvangen dat tenminste gelijk is aan de onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvende bestemming en gebruik van de goederen waarop een pand- of hypotheekrecht rust;
 - ii. een klasse van schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud die niet met het akkoord heeft ingestemd en de tot die klasse behorende schuldeisers (i) hetzij het bedrag van de vordering ontvangen als dat lager is dan de onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvende bestemming en gebruik van de goederen waarop het eigendomsvoorbehoud rust, (ii) hetzij de goederen waarop het eigendomsvoorbehoud rust retour ontvangen (iii) hetzij een contant bedrag ontvangen dat tenminste gelijk is aan de onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvende bestemming en gebruik van de goederen waarop het eigendomsvoorbehoud rust;

- iii. een klasse van preferente of concurrente schuldeisers die niet met het akkoord heeft ingestemd en de tot die klasse behorende schuldeisers ontvangen onder het akkoord tenminste een uitkering die gelijk is aan de uitkering die ze zouden ontvangen indien de boedel van de schuldenaar in faillissement zou worden vereffend;
- iv. een klasse van aandeelhouders die niet met het akkoord heeft ingestemd en de tot die klasse behorende aandeelhouders ontvangen onder het akkoord tenminste een uitkering gelijk aan de uitkering die ze zouden ontvangen indien de boedel van de schuldenaar in faillissement zou worden vereffend.

F. Regeling toekomstige verplichtingen

Het Voorontwerp kent in art. 373 lid 4 een bijzondere bepaling voor wat betreft de aanpassing van toekomstige verplichtingen:

“Indien de algemeen verbindend verklaring van het akkoord de wijziging tot gevolg heeft van toekomstige verplichtingen van de schuldenaar die voortvloeien uit ten tijde van de aanbidding van het akkoord bestaande rechtsverhoudingen, zijn de schuldeisers die het betreft gerechtigd de betreffende rechtsverhouding te beëindigen met ingang van de datum waarop de beslissing of het verzoek tot algemeen verbindend verklaring in kracht van gewijsde gaat. De rechter kan op verzoek van de schuldenaar nadere voorwaarden aan de beëindiging stellen.”

Naar de NVB heeft begrepen is deze bepaling op het laatste moment opgenomen tegen de achtergrond van de aanpassing van (in het bijzonder) huurovereenkomsten in het kader van een (financiële) herstructurering. Daarbij gaat het meestal om de verlaging van de huurprijs. Echter, deze bepaling reikt veel verder dan huurovereenkomsten. Gezien de ruime formulering kan deze bepaling bijvoorbeeld ook zien op niet-volgetrokken kredietruimte onder een rekening-courant krediet.

De NVB is van mening dat het akkoord uitsluitend moet zien op de herstructurering van de bestaande verplichtingen van de schuldenaar en niet op toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit bestaande rechtsverhoudingen. Herstructurering van dergelijke toekomstige verplichtingen past niet binnen het kader van een buiten faillissement gesloten akkoord. Dit raakt de problematiek rondom duurovereenkomsten in haar algemeenheid. Thans zijn duurovereenkomsten ook in de Faillissementswet zeer summier geregeld. Waar het gaat om de positie van duurovereenkomsten in faillissement zou een brede herbezinning nodig zijn alvorens wordt besloten tot invoering van nieuwe regels voor duurovereenkomsten.

Het voorgestelde lid 4 van artikel 373 kan bovendien merkwaardige gevolgen hebben. Stel dat het akkoord algemeen verbindend is geworden voor een klasse bestaande uit een verhuurder van wie de toekomstige vorderingen voortvloeiend uit de huurovereenkomst zijn gewijzigd. De verhuurder heeft tegengestemd maar via artikel 373 lid 2 is het akkoord alsnog verbindend voor hem verklaard. De verhuurder kan nu besluiten om de huurovereenkomst te beëindigen. Niet alleen komt het akkoord daarmee op losse schroeven te staan, maar in een markt waarin de huurprijzen van commercieel onroerend goed onder druk staan zal de verhuurder niet gebaat zijn bij beëindiging. Immers, van wie krijgt hij dan zijn schade vergoed?

Ook bij een groep financiers kan de bepaling tot ongewenste resultaten leiden. Stel dat een klasse van financiers akkoord gaat met voortzetting van het krediet en met wijziging van de rente te betalen over de nog niet-volgetrokken kredietruimte. Financiers die tegen dit akkoord hebben gestemd maar overstemd zijn door de meerderheid worden de facto gedwongen om door te financieren. Echter, zij kunnen besluiten om hun aandeel in de lening te beëindigen. Het gevolg hiervan is dat de financiers die voor het akkoord hebben gestemd zich gedwongen zullen voelen om het aandeel van de financier die er uit stapt in het nog resterende krediet over te nemen. Dit beoogt het akkoord nu juist te voorkomen.

De kennelijke bedoeling van de wetgever met de beëindigingsmogelijkheid is te voorkomen dat een schuldeiser zoals een verhuurder zelf in de problemen komt door de wijziging van zijn toekomstige vorderingen onder een duurovereenkomst. Echter, de voorgestelde bepaling biedt deze bescherming niet. Een dergelijke schuldeiser wordt beter beschermd indien onder het akkoord toekomstige verplichtingen niet kunnen worden geherstructureerd. Een wijziging van de toekomstige verplichtingen onder de huurovereenkomst is dan alleen mogelijk met instemming van de verhuurder. Ook in het voorbeeld van de financiers is het beter dat de toekomstige verplichtingen onder bestaande financieringsovereenkomsten buiten het bereik van het akkoord blijven. Dit betekent niet alleen dat financiers niet kunnen worden verplicht om door te financieren, maar tevens dat alleen die financiers die hiertoe bereid zijn financiering ter beschikking zullen stellen.

Overigens roept de redactie van artikel 373 lid 4 ook nog de nodige vragen op. Uit de voorgestelde wettekst is niet duidelijk welke schuldeisers de overeenkomst mogen beëindigen indien hun toekomstige verplichtingen door het akkoord worden gewijzigd. Het lijkt er op dat nu alle schuldeisers, ongeacht of zij voor of tegen hebben gestemd, van dit recht gebruik kunnen maken.

NVB-voorstel voor aanpassing:

Artikel 373 lid 4 wordt geschrapt.

In artikel 368 lid 1 wordt aangegeven dat het gaat om herstructurering van de *bestaande* schulden.

4. Overige opmerkingen

A. Regeling ook van toepassing verklaren op bepaalde gevallen van bedrijfsbeëindiging

De regeling van het buitengerechtelijk dwangakkoord als thans voorgesteld is beperkt tot herstructurering van levensvatbare ondernemingen met het doel de continuïteit van deze ondernemingen te waarborgen. In de praktijk is gebleken dat er in bepaalde gevallen ook behoefte is aan een dwangakkoord indien er geen levensvatbare onderneming meer is, de onderneming wordt gestaakt of geliquideerd. Het gaat daarbij met name om MKB-ondernemingen, die veelal worden gedreven in de vorm van een personenvennootschap of eenmanszaak, die hun bedrijfsactiviteiten willen staken en een liquidatieakkoord willen aanbieden.¹¹ Met behulp van bijvoorbeeld familie, de huisbank of andere betrokkenen worden dan gelden beschikbaar gesteld om uit te keren aan schuldeisers. Op die manier wordt (i) bereikt dat de activa van de onderneming niet via een faillissement te gelde moeten worden gemaakt met als gevolg een lagere opbrengst, (ii) voorkomen dat aanzienlijke kosten van een liquidatieprocedure moeten worden gemaakt, en (iii) voorkomen dat reputatieschade door een formele insolventieprocedure, zoals WSNP of faillissement, voor de natuurlijke persoon ontstaat. Dergelijke akkoorden blijken met regelmaat onmogelijk door tegenwerking van één of een beperkt aantal schuldeisers, die vervolgens in faillissement geen of een veel lagere uitkering krijgt dan onder het aangeboden akkoord. Een liquidatieakkoord sluit aan bij de aanbeveling van de Europese Commissie om de negatieve weerslag van een faillissement op de toekomstige kansen van eerlijke ondernemers om een nieuwe onderneming te starten te beperken.¹² In geval van liquidatie zal het akkoord vanzelfsprekend geen herstructureringsplan dienen te bevatten, maar een liquidatieplan.

¹¹ Zie: F. van Wingerden, B.P.C. van Weert, *Buitengerechtelijke bedrijfsbeëindiging in de Nederlandse Glastuinbouw. Bedrijfsbeëindiging buiten faillissement of WSNP middels akkoord*, Tijdschrift voor Agrarisch Recht, 2014, p. 5 - 12.

¹² Zie noot 2.

B. Aanpassingen bepalingen Pauliana en Verrekening

Art. 42a Fw

De bedoeling van dit artikel in het Voorontwerp is het sauveren van eventuele noodfinanciering. De NVB onderschrijft deze bedoeling. Het artikel gaat er echter in de huidige vorm aan voorbij dat deze noodfinanciering veelal ook al noodzakelijk is in de periode van de voorbereiding van het akkoord, dus voordat een akkoord wordt aangeboden door de schuldenaar. Een noodfinanciering kan bestaan uit het ter beschikking stellen van extra krediet, maar ook het handhaven van de bestaande financiering valt daaronder. Er is immers meer dan voldoende grondslag om tot beëindiging of opschorting van de financiering over te gaan. De NVB stelt dan ook voor om aan art. 42a Fw. toe te voegen dat het daarin bepaalde tevens van toepassing is indien het rechtshandelingen betreft in de periode vanaf het moment van het schriftelijk verzoek van een schuldeiser tot aanbieding van een akkoord ex art. 368 lid 2 Fw. Dit is tevens in overeenstemming met het in het Voorontwerp opgenomen art. 54 lid 3 onder b. waarin eveneens aan dit moment wordt gerefereerd.

Art. 47 Fw

De aanpassing in het Voorontwerp van art. 47 Fw is bedoeld om de betaling van opeisbare schulden mogelijk te maken indien een faillissement is aangevraagd en tevens een akkoord is aangeboden, ook indien onverhoopt toch later het faillissement wordt uitgesproken. De NVB stelt voor dat betaling ook mogelijk is indien een faillissement is aangevraagd en een schriftelijk verzoek van een schuldeiser tot aanbieding van een akkoord ex art. 368 lid 2 is gedaan. Ook in dat geval zou een voldoening van een opeisbare schuld niet vernietigbaar moeten zijn. Vergelijk ook hier weer de voorgestelde aanpassing van art. 54 lid 3 onder b.

Voorts moet in lid 2 het woord 'ontstaan' worden verwijderd, aangezien het gaat om het voldoen van opeisbare schulden na een aanvraag tot faillietverklaring ongeacht het moment waarop die schulden zijn ontstaan. Overigens wordt in het voorstel gesproken van een verzoek tot faillietverklaring, terwijl in de Faillissementswet thans wordt gesproken over een 'aanvraag'.

Art. 54 Fw

De verwijzing in lid 5 moet zijn naar lid 3 en niet zoals nu naar lid 1. Het gaat er juist om dat art. 54 lid 1 Fw bij schorsing van de faillissementsaanvraag niet van toepassing is.

C. Voorontwerp niet van toepassing op kredietinstellingen als schuldenaar

Het Voorontwerp sluit in art. 368 lid 8 de toepasselijkheid van het Voorontwerp op banken uit. De NVB heeft hier uitsluitend een voorstel tot verduidelijking van de tekst: *"Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op een bank als schuldenaar als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a."*

De huidige tekst zou, weliswaar ten onrechte, zo kunnen worden opgevat dat het Voorontwerp niet van toepassing is op banken als schuldeiser.

D. Art. 3c lid 4 Fw (maatregelen in het kader van schorsing faillietverklaring)

De NVB constateert dat de toelichting ten aanzien van de maatregelen die de rechtbank in het kader van schorsing van faillietverklaring kan nemen heel summier is, namelijk: "Inspiratie kan worden gezocht in de jurisprudentie van de OK inzake onmiddellijke voorzieningen". Deze voorzieningen kunnen zoals bekend zeer verstrekkend zijn. Hoewel ze naar hun duur maar beperkt zijn, kunnen zij onomkeerbare gevolgen hebben en tot afwijking van dwingendrechtelijke bepalingen leiden. Het komt de NVB wenselijk voor dat er grenzen worden gesteld aan dit uitgebreide instrumentarium.

De NVB ziet graag in de Memorie van Toelichting verduidelijkt welke voorzieningen de rechtbank na schorsing van de faillissementsaanvraag kan treffen, teneinde de belangen van de schuldenaar of de schuldeisers te beschermen. Zo zou bijvoorbeeld verduidelijkt kunnen worden dat schorsing van

individuele verhaals- en executiemaatregelen plaats moet vinden via een afzonderlijk kort geding, op grond van art. 3:13 BW.

E. Intellectuele eigendomsrechten

Ten slotte vraagt de NVB aandacht voor de problematiek die kan spelen bij intellectuele eigendomsrechten die de schuldenaar in licentie heeft. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan: een fabrikant die door merkrechten beschermde merchandising maakt, een tuinder die gewassen teelt die beschermd worden door kwekersrechten en een dienstverlener die gebruik maakt van een geotrooieerd proces. In het kader van de voortzetting van de onderneming is het van wezenlijk belang dat de licentiegever zich niet als dwangcrediteur kan opstellen. De NVB concludeert dat het wenselijk is dat de openstaande vorderingen in een akkoord kunnen worden meegenomen onder de voorwaarde dat de licentieverplichtingen vanaf de datum van de aanbidding van het akkoord integraal worden voldaan. Om hierover geen onduidelijkheid te laten bestaan, stelt de NVB voor dat dit wordt opgenomen in de Memorie van Toelichting.

5. Conclusie

De NVB heeft met veel waardering kennis genomen van het ter consultatie neergelegde voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen II. Dit Voorontwerp voorziet in een in de insolventiepraktijk levende behoefte. De NVB vindt dat met het Voorontwerp een goede bijdrage wordt geleverd aan de modernisering van de Faillissementswet.

De NVB meent dat een dwangakkoord buiten faillissement een nuttig instrument is en in bepaalde gevallen toegepast zal kunnen worden om te komen tot een (financiële) herstructurering van een onderneming zonder dat daar een formele insolventieprocedure voor noodzakelijk is. Naar de mening van de NVB zijn er wel enkele onderdelen van het Voorontwerp voor verbetering vatbaar. Daartoe zijn in deze reactie een aantal concrete voorstellen gedaan.

De NVB heeft geen bezwaar tegen publicatie van deze reactie.