

Tijdschrift voor

Jaargang 21

Nr. 2

maart/april 2015

Insolventie recht

onderneming

financiering

reorganisatie

-
- Forum** 19 *Prof. mr. R.D. Vriesendorp*
Curatoren onder vuur; you can't
always get what you want
-
- Wetenschap** 20 *Mr. J.R. Hurenkamp*
Failliet of fast forward? Een analyse
van de pre-pack in de praktijk
-
- Praktijk** 21 *Mr. M.J.M. Franken*
Het dwangakkoord en de
(toekomstige) baten des boedels
- 22 *Mr. J. van der Pijl*
De Wet werk en zekerheid
en de gevolgen voor de
insolventierechtspraktijk
- 23 *Mr. R.J. van Galen*
De surseance als echte
reorganisatieprocedure
- 24 *Mr. S.C. McKenzie-Vass & mr. E.F.
Verheul*
Voorverpakte garnalen: 'Het beste
van beide kwaden' Interview met
de curatoren in het faillissement van
Heiploeg Holding B.V.
-
- Rechtspraak** 25 *Mr. dr. A.J. Berends*
HvJ EU 16 januari 2014, C-328/12
(Schmid/Hertel)

De surseance als echte reorganisatieprocedure

TvI 2015/23

INSOLAD heeft in februari van dit jaar een voorstel voor een nieuwe surseanceregeling ter consultatie voor haar leden op haar website geplaatst. De regeling is ook besproken tijdens een workshop op 3 februari. Dit artikel bespreekt de hoofdlijnen van het ontwerp. Een belangrijk verschil met de huidige surseanceregeling is dat onder het voorstel de surseance ook werkt ten aanzien van preferente crediteuren en, indien de rechtbank aldus bepaalt, zekerheidscrediteuren. Andere verschillen betreffen de mogelijkheid van een lichte bewindvoerder naar Duits model en van een debtor in possession, een ontslagregeling die meer lijkt op de regeling in faillissement, wijzigingen in de regelingen omtrent beëindiging en voortzetting van overeenkomsten en een akkoord naar Amerikaans model.

1. Inleiding

Nederland rescue land? Als men de statistieken wil geloven wordt in Nederland bijna geen bedrijf gered in een insolventieprocedure. Vrijwel alle surseances eindigen in faillissement en vrijwel alle faillissementen eindigen door uitdeling of door opheffing bij gebrek aan baten. Zoals onze insolventiespecialisten weten is de schijn echter somberder dan de werkelijkheid. Veel bedrijven beleven een herstart doordat aan het begin van het faillissement een activa-transactie plaatsvindt. Overigens is het ook niet wenselijk dat alle insolvente bedrijven worden voortgezet. Soms is er krimp-vraag naar een bepaald product, soms is om andere redenen de bedrijfsvoering niet meer rendabel te maken.

De activa-transactie in faillissement levert dus in veel gevallen een werkbare oplossing, maar zij kent wel haar beperkingen. Zo zullen duurovereenkomsten niet zonder medewerking van de wederpartij overgedragen kunnen worden aan de nieuwe entiteit terwijl die medewerking bij reorganisatie binnen dezelfde rechtspersoon niet nodig zou zijn. Te denken valt hier bijvoorbeeld aan licentieovereenkomsten voor intellectuele eigendomsrechten. Ook zullen vergunningen in veel gevallen opnieuw moeten worden aangevraagd hetgeen tot aanmerkelijke vertraging kan leiden, met name indien derden zich tegen de vergunningverlening of de vergunningvoorschriften verzetten. Bij voortzetting van de onderneming binnen dezelfde entiteit zou daarentegen geen nieuwe vergunning nodig zijn. Een

ander nadeel van de reorganisatie door middel van een activa-transactie in faillissement is dat bij de uitdeling aan de schuldeisers niet van de wettelijke rangorde kan worden afgeweken. Door Amerikaanse insolventieadvocaten heb ik mij laten vertellen dat aldus akkoorden bereikt kunnen worden waar dat anders niet mogelijk zou zijn. Dat ligt ook wel voor de hand, omdat het bijvoorbeeld nodig kan zijn belangrijke dienstverleners met een lage rang toch iets te geven. Naast het middel van de activa-transactie kent het Nederlands recht het faillissements- en surseanceakkoord² (de regeling van de beide akkoorden is vrijwel hetzelfde). Van deze akkoorden wordt slechts bij hoge uitzondering gebruikgemaakt om een onderneming te reorganiseren. Eén van de belangrijkste handicaps is dat het akkoord alleen de concurrente schuldeisers bindt, terwijl in de meeste faillissementen die concurrente schuldeisers toch al niets ontvangen.³

Voor ondernemingen kent de Faillissementswet naast de faillissementsprocedure de surseanceprocedure. Deze procedure wordt, in tegenstelling tot de faillissementsprocedure, die primair op vereffening is gericht, nog wel eens als reorganisatieprocedure gezien. Die visie is niet geheel juist. De surseanceregeling draagt wel elementen van een reorganisatie-instrument in zich maar is nooit als zodanig opgezet. In zoverre laat zich nog steeds gevoelen dat onze Faillissementswet dateert uit een periode waarin insolventieprocedures niet gericht waren op reorganisatie. In zijn oorsprong werd surseance alleen verleend indien het vooruitzicht bestond dat de schuldenaar zijn schuldeisers na ommekomst van de surseance weer ten volle zou kunnen betalen en dan nog alleen in buitengewone omstandigheden.⁴ Die regeling is later verzacht, onder meer doordat de mogelijkheid werd geboden ook in surseance een akkoord aan te bieden,⁵ maarde surseance is toch altijd de sporen van een uitstelregeling blijven dragen en niet een reorganisatieregeling geworden. Voor zover mij bekend hebben alle West-Europese en Angelsaksische landen inmiddels wel reorganisatieprocedures ingevoerd. Geen van deze landen heeft ook een insolventiewet die zo oud is als onze Faillissementswet.

In de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw en aan het begin van deze eeuw is onderzoek gedaan naar reorganisatiemogelijkheden in surseance en faillissement. Verwezen zij naar de rapporten van de commissie-Maas,⁶ de commissie-

¹ Gelieve dit artikel aan te halen als: R.J. van Galen, 'De surseance als echte reorganisatieprocedure', TvI 2015/23. Mr. R.J. van Galen is voorzitter van INSOLAD en heeft bijgedragen aan het hier besproken wetsvoorstel. Dit artikel is op verzoek van de TvI-redactie in zeer korte tijd geschreven, hetgeen ertoe heeft geleid dat ik het niet zo uitvoerig van noten heb voorzien als ik anders zou hebben gedaan. Mijn excuses daarvoor.

² Zie art. 138-172 Fw resp. art. 252-281f Fw.

³ Wessels Insolventierecht VIII 2014, par. 8181 merkt op dat algemeen aanvaard wordt dat dit een zwakke plek in de surseanceregeling is.

⁴ Zie de regeling in het Wetboek van Koophandel (art. 900-923) zoals deze gold van 1838 tot 1896.

⁵ Wet van 7 februari 1935, Stb. 1935, 41.

⁶ Rapport van de Commissie Insolventierecht, onder voorzitterschap van P.C. Maas, uitgave Vereniging Handelsrecht, 1985.

Mijnssen,⁷ prof. N.J. Huls,⁸ de commissie-Raaijmakers,⁹ het voorontwerp van de commissie-Kortmann¹⁰ en talrijke publicaties.¹¹ In 2000 wijdde dit blad al eens een bijzonder nummer aan "Toekomstig insolventierecht" waarin een aantal schrijvers zijn wensen te kennen gaf voor onder meer een herziene surseanceregeling.¹²

De recente lofwaardige initiatieven van de wetgever zien op zulke onderwerpen als de aanwijzing van een beoogd curator of bewindvoerder en een (deel)akkoord buiten een insolventieprocedure; een integrale herziening is echter achterwege gebleven. Een door INSOLAD ingestelde commissie heeft daarom op 3 februari 2015 een wetsontwerp gepresenteerd dat beoogt de surseanceprocedure om te vormen tot een werkelijke reorganisatieprocedure. Het wetsontwerp ligt ten tijde van het schrijven van deze bijdrage ter consultatie aan de leden voor en kan op het internet geraadpleegd worden.¹³ Nadat het ontwerp is aangepast aan de hand van het commentaar van de leden zal het aan de Minister van Justitie worden aangeboden.

Hieronder zal ik de belangrijkste elementen van de voorgestelde nieuwe surseanceregeling bespreken. Ik zal daarbij vooral ingaan op de belangrijkste verschillen ten opzichte van de huidige surseanceregeling.

2. Opening

Onder de huidige regeling kan uitsluitend de schuldenaar en een EU-curator¹⁴ met betrekking tot dezelfde schuldenaar surseance van betaling vragen. Dit stelsel wordt niet gewijzigd. Een probleem onder het huidige systeem is wel dat indien een faillissementsaanvraag aanhangig is de schuldenaar moet kiezen tussen het voeren van verweer en het aanvragen van surseance. Kiest hij voor het voeren van verweer en verwerpt de rechtbank dat verweer dan volgt faillietverklaring en is de mogelijkheid om in plaats daarvan surseance te verzoeken niet meer aanwezig. Het INSOLAD-voorstel beoogt hier een oplossing te brengen door te bepalen dat de

schuldenaar een voorwaardelijk surseanceverzoek kan indienen. De rechtbank verleent dan de voorlopige surseance slechts indien zij het verweer tegen de faillissementsaanvraag verwerpt.

3. Werking

Onder het huidige art. 232 Fw werkt de surseance alleen tegen de concurrente crediteuren. De zeer beperkte werking van de surseance is een belangrijke reden waarom de procedure thans zo weinig effectief is. Ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet werd voornamelijk gefinancierd met aandelenkapitaal en concurrente crediteuren. Voor verpanding was vereist dat het goed buiten de macht van de pandgever werd gebracht hetgeen veelal zou betekenen dat de bedrijfsvoering niet kon worden voortgezet. Fiduciaire eigendom werd destijds nog niet gehanteerd. Zekerheidsfinanciering gebeurde dus vooral met hypotheeken. Het komt mij voor dat er destijds ook minder preferente schulden (met name belasting en premies) waren. Daarom kon een surseance toen in een redelijk groot aantal gevallen nog wel effect hebben. Het INSOLAD-ontwerp houdt een aanpassing in aan het teruggelopen belang van de concurrente crediteuren doordat daaronder de surseance ook werkt tegen de preferente crediteuren en in sommige gevallen ook tegen de zekerheidscrediteuren. In de Verenigde Staten,¹⁵ het Verenigd Koninkrijk,¹⁶ Duitsland,¹⁷ Frankrijk,¹⁸

7 Rapport van de (staats)commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet, onder voorzitterschap van F.H.J. Mijnssen, oktober 1989.

8 N.J. Huls, *Een nieuwe kans voor particulieren en ondernemers. Een studie naar de toepassingsmogelijkheden van het Amerikaanse faillissementsrecht in Nederland*, 1999.

9 Eindrapport MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht tweede fase, onder voorzitterschap van M.J.G.C. Raaijmakers, oktober 2001, te raadplegen via www.curatoren.nl/fo/docs/MDW-Eindrapport.pdf.

10 Te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortman-voorontwerp-insolventiewet.html.

11 Zie de literatuur die Wessels Insolventierecht VIII 2014, par. 8015 en 8016c noemt, alsmede A.P.K. Luttikhuis, *Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht*, diss. Tilburg, 2007; O. Couwenberg, 'Reorganisatie-obstakels in faillissement', *Ondernemingsrecht* 2004/223; S.C.J.J. Kortmann, 'Haastige spoed: Opmerkingen naar aanleiding van het voorstel tot wijziging van de Faillissementswet', *Tvl* 2000, p. 26-34.

12 *Tvl* 2000, afl. 1.

13 www.insolad.nl/publicaties.html.

14 Curator in een insolventieprocedure onder de Europese Insolventieverordening. Dit zal overigens pas gelden na de voorgenomen herziening van art. 3-3 IVO.

15 Onder Amerikaans recht is de zekerheidshouder in beginsel geen separatist: zie § 362 (a) (4) American Bankruptcy Code. Het Bankruptcy Court geeft slechts in een beperkt aantal gevallen toestemming aan de zekerheidscrediteur om zelf uit te winnen. De zekerheidscrediteur zal ook afgifte mogen verlangen als de boedel geen financieel belang heeft bij de goederen en ze niet nodig heeft in het kader van een reorganisatie (§ 362 (d) American Bankruptcy Code). Als de zekerheidscrediteur de goederen in bezit heeft, zal hij ze doorgaans af moeten staan aan de curator mits "adequate protection" wordt geboden. Verkoopt de curator, dan moet hij de netto opbrengst afstaan aan de zekerheidscrediteur. Zie hierover het commentaar bij het door INSOLAD aangeboden wetsvoorstel van december 2012, p. 9.

16 Naar Engels recht mag de zekerheidscrediteur tijdens een administration procedure niet zelf executeren, behoudens instemming van een administrator of de rechtbank (section 43 van Schedule BI bij de Insolvency Act 1986). Zie het rapport van P.M. Veder, T.E. Booms en N.B. Pannevis, *Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het programma Herijking Faillissementsrecht*, Onderzoekcentrum OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen, 2013, par. 74-78.

17 In een Schutzschirmverfahren kunnen volgens § 166 InsO met zekerheidsrechten belaste goederen door de curator worden verkocht, wanneer de goederen in het bezit zijn van de schuldenaar (of een derde). Ook verhypothekeerde goederen kunnen door de curator verkocht worden (§ 165 InsO). Zie hierover het commentaar bij het door INSOLAD aangeboden wetsvoorstel van december 2012, p. 9 en het rapport van P.M. Veder, T.E. Booms en N.B. Pannevis, *Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het programma Herijking Faillissementsrecht*, Onderzoekcentrum OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen, 2013, par. 32.

18 Onder Frans recht geldt tijdens de sauvegarde-procedure dat de zekerheidscrediteuren niet kunnen uitwinnen (art. L. 622-7 Code de Commerce). De goederen kunnen worden verkocht en in dat geval kan de rechter-commissaris bepalen dat een voorschot wordt betaald aan de zekerheidscrediteur (art. L. 622-8 Code de Commerce). Zie het commentaar bij het door INSOLAD aangeboden wetsvoorstel van december 2012, p. 9.

België¹⁹ en Italië²⁰ zijn reorganisatieprocedures ingevoerd waarin de zekerheidscrediteur zijn executierechten niet langer kan uitoefenen en verkoop moet overlaten aan de bewindvoerder of de schuldenaar zelf. In het kader van een gecoördineerde reorganisatie is het veelal noodzakelijk dat de verkoop of de beslissing tot behoud van alle goederen die tot de onderneming behoren in één hand is. Het voorstel gaat ervan uit dat dat ook voor de surseanceprocedure in Nederland zal moeten gelden, maar dat de mogelijkheid om de beslissingsmacht in één hand te leggen niet verder zou moeten gaan dan voor het doel van de reorganisatie nodig is. Onder het voorgestelde art. 241 Fw wordt daarom bepaald dat de hypotheek- en pandhouders (en zekerheidsengenen) in principe zelf hun executierechten of rechten tot terugname mogen uitoefenen, maar dat de rechtbank kan bepalen dat die bevoegdheden overgaan op de schuldenaar en/of de bewindvoerder. Volgens de toelichting zal de rechtbank dat met name doen indien de goederen nodig zijn voor de voortzetting van het bedrijf, indien een transactie voorzien wordt waarbij de onderneming van de schuldenaar of een gedeelte daarvan wordt verkocht inclusief verpande of verhypothekerde goederen, of indien de schuldenaar of bewindvoerder een akkoord aanbiedt dat mede de rechten van de pand- of hypotheekhouders raakt. In verband met deze regeling is de afkoelingsregeling niet langer nodig. Deze keert daarom in het ontwerp niet terug.

4. Governance

Onder de huidige regeling heeft de schuldenaar voor alle rechtshandelingen medewerking van de bewindvoerder nodig. Rechtshandelingen die hij zonder die medewerking verricht zijn in principe (relatief) nietig. Bovendien kan de bewindvoerder de rechtbank vragen de surseance om te zetten in faillissement indien de schuldenaar naar zijn mening niet doet wat in het belang van de boedel dient te worden gedaan. In de praktijk bestaat echter behoefte aan varianten op deze strenge regels. Naar Duits model (§21 InsO) voor de voorlopige surseance wordt de mogelijkheid geopend van de benoeming van een bewindvoerder met minder vergaande bevoegdheden. In sommige gevallen zal het belang van de schuldeisers niet vorderen dat de bewindvoerder medewerking verleent aan iedere rechtshandeling, maar zal diens medewerking beperkt kunnen worden tot bijvoorbeeld bepaalde grote transacties of rechtshandelingen buiten de gewone bedrijfsvoering. Ook is denkbaar dat de bewindvoerder uitsluitend toezicht houdt zonder dat de bevoegdheden van de schuldenaar beperkt zijn. Dit zal

bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn in kleine surseances waarbij het crediteurenbelang zeer beperkt is en de kosten van een bewindvoerder die voor alles moet meetekenen de surseance te zeer zullen belasten. De rechtbank dient in de openingsbeslissing de bevoegdheidsafbakening tussen de bewindvoerder en de schuldenaar te bepalen. Ik stel mij voor dat Recofa daarvoor in samenwerking met INSOLAD enkele modellen ontwikkelt. Het ontwerp kent ook de mogelijkheid dat in het geheel geen bewindvoerder wordt benoemd en dat de schuldenaar aldus de boedel geheel zelf bestuurt. Een dergelijke constructie kan met name zin hebben als de surseance of het surseanceakkoord van tevoren wordt gepland. De bij die planning betrokken partijen wensen dan vaak "deal certainty" en vrezen dat een onbekende bewindvoerder de deal zal verstoren. Ook andere jurisdicties hebben dergelijke *debtor in possession*-regimes ingevoerd.²¹ Uitgangspunt in het wetsontwerp is echter dat de surseance niet zonder toezicht (buiten de rechter-commissaris, wiens mogelijkheden beperkt zijn) dient plaats te vinden, omdat de surseance met zich brengt dat individuele crediteuren hun verhaalsmogelijkheden verliezen. Daarom geldt onder het wetsontwerp dat benoeming van een bewindvoerder alleen dan achterwege kan blijven, indien een schuldeiserscommissie wordt benoemd. De ervaring uit de Verenigde Staten is overigens dat *debtor in possession*-procedures heel duur plegen te zijn. Toezicht op korte afstand door een bewindvoerder is in de praktijk goedkoper dan toezicht door een schuldeiserscommissie en procedures voor de rechter-commissaris en de rechtbank indien de schuldeiserscommissie en de schuldenaar het oneens zijn.

Een belangrijk element in het wetsontwerp is de uitbreiding van de invloed van de schuldeisers. De huidige surseancetitel kent geen regeling van de schuldeiserscommissie of van de schuldeisersvergadering buiten de vergaderingen over de definitieve surseanceverlening en de stemming over het akkoord. In het voorstel kunnen de schuldeisers in de eerste schuldeisersvergadering een schuldeiserscommissie kiezen. In de huidige praktijk wordt de eerste schuldeisersvergadering vaak pas na vier of vijf maanden gehouden, hoewel de wet bepaalt dat dit dient te gebeuren op korte termijn.²² Zo'n vergadering heeft dan doorgaans niet veel zin meer. Het ontwerp bepaalt dat de vergadering binnen drie weken gehouden dient te worden. De rechtbank kan echter voordat de schuldeisersvergadering gehouden wordt een voorlopige schuldeiserscommissie benoemen. De schuldeisersvergadering kan ook de bewindvoerder vervangen door een ander te kiezen, maar, indien de rechtbank de nieuwe bewindvoerder ongeschikt acht kan zij de benoeming weigeren en de oude bewindvoerder handhaven. De bepaling is ontleend aan het Duitse recht. Zij dient ertoe de bewindvoerder aan te sporen de schuldeisers bij de surseance te betrekken en een goede communicatie op gang te houden. De praktijk in Duitsland laat overigens zien dat vervanging van een bewindvoerder door de schuldeisersvergadering hoge uitzondering is. De

19 In België betreft het verkoop door de gerechtsmandataris: zie hiervoor de "overdracht onder gerechtelijk gezag" (art. 59-71 WCO).

20 Italië kent de "concordato preventivo"-procedure in art. 160 e.v. van de Legge Fallimentare. De *debtor in possession* is bevoegd om de met zekerheidsrechten belaste goederen te verkopen en executeren (i) voordat hij toegelaten wordt tot genoemde procedure (op grond van toestemming van de rechtbank) op grond van art. 161 van voornoemde wet, en (ii) na toelating tot genoemde procedure (op grond van toestemming van de rechter-commissaris) op basis van art. 167. Na de homologatie door de rechtbank van het door de schuldeisers geaccepteerde "concordato" is volgens art. 182 de door de rechtbank benoemde verffenaar bevoegd tot executie van de met zekerheidsrechten belaste goederen.

21 Bijvoorbeeld de Verenigde Staten, België, Duitsland, Engeland, Polen.

22 Art. 215 lid 2 Fw.

bepaling in het voorstel (art. 219 lid 4 Fw) eist, anders dan de Duitse tegenhanger²³ een meerderheid van twee derde van het bedrag van de vertegenwoordigde schulden. Ten slotte wordt aan de schuldeisers en de schuldeiserscommissie het recht verleend een bevel van de rechter-commissaris uit te lokken en op te komen tegen handelingen van de schuldenaar en de bewindvoerder. De bepaling is ontleend aan art. 69 Fw. Hoger beroep staat open op het gerechtshof.

Wel verliezen de schuldeisers het recht te stemmen over de definitieve verlening van de surseance. Zij worden in raadkamer gehoord, maar stemmen niet. De rechtbank beslist over de definitieve verlening. Omdat het niet gaat om een beslissing van de rechtbank nadat een grote meerderheid van de schuldeisers voor de definitieve verlening heeft gestemd, zal de toetsing door de rechtbank inhoudelijker moeten zijn dan thans het geval is. De toelichting vermeldt hierover:

“Onder het huidige stelsel is zo'n stemming zinvol, omdat uitsluitend concurrente schuldeisers over de definitieve surseanceverlening zullen stemmen en hun belangen doorgaans min of mee parallel zullen zijn. Men mag dus aannemen dat als een grote meerderheid van de concurrente schuldeisers vóór de definitieve surseanceverlening stemt, er goede gronden zijn om aan te nemen dat die definitieve surseanceverlening ook in het belang van de concurrente schuldeisers is. Of de surseance eveneens in het belang van de preferente schuldeisers is doet minder ter zake, omdat de preferente schuldeisers niet door de surseance geraakt worden en hun (executie)bevoegdheden kunnen blijven uitoefenen. Onder het voorgestelde stelsel worden ook de preferente en zekerheidsschuldeisers door de surseance getroffen. Tussen bijvoorbeeld preferente en concurrente schuldeisers kunnen echter grote belangentegenstellingen bestaan. Zo kan zich de situatie voordoen waarin de preferente schuldeiser belang heeft bij liquidatie van de vennootschap, terwijl de concurrente schuldeisers belang hebben bij voortzetting van de onderneming, omdat zij bij liquidatie toch niets zouden ontvangen. De preferente schuldeisers kunnen bezwaar hebben tegen voortzetting omdat daardoor hun uitkering in de waagschaal kan worden gesteld. Deze belangentegenstelling laat zich niet oplossen door middel van een stemming, omdat hier een meerderheidsbesluit gerechtvaardigde belangen van de tegenstemmende minderheid in gevaar kan brengen. Zo zal een meerderheidsbesluit om de onderneming voort te zetten ingegeven door het feit dat de concurrente schuldeisers bij liquidatie toch niets ontvangen, de gerechtvaardigde belangen van de preferente schuldeiser schaden omdat bij voortzetting met ongunstig resultaat de uitkering aan de preferente schuldeisers lager zou kunnen zijn dan in het liquidatiescenario.”

Het criterium dat de rechtbank hanteert is of het vooruitzicht bestaat dat de surseance het belang van de schuldeisers zal dienen. Dat criterium is ruimer dan het huidige en past bij een reorganisatieprocedure.

De benoeming van een rechter-commissaris wordt verplicht. In de praktijk wordt ook nu al in iedere surseance een rechter-commissaris benoemd.

5. Ontslagrecht

De regeling van het ontslagrecht komt in belangrijke mate overeen met de huidige regeling in art. 239 Fw, met dien verstande dat een ontslagtoestemming door de rechter-commissaris wordt ingevoerd overeenkomstig de regeling die voor ontslag in faillissement geldt (art. 40 Fw). Deze regeling vervangt de regeling voor ontslagtoestemming vevat in het BW, zoals deze vanaf 1 juli 2015 zal luiden. De ontslagregeling in surseance kan niet als reorganisatie-instrument werken als zij niet in hoofdlijnen op dezelfde wijze wordt vormgegeven als in faillissement. Er zijn overigens wel enkele verschillen: zo kunnen de ontslagtermijnen langer zijn in verband met de toepasselijkheid van art. 7:672 lid 2 BW en geldt de uitzondering die in art. 7:666 lid 1 BW voor overgang van de onderneming in faillissement wordt gemaakt niet in de surseance. Art 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG²⁴ laat dit ook niet toe. Voorts is voorzien in een meldplicht onder de Wet melding collectief ontslag en in het adviesrecht van de ondernemingsraad als bedoeld in art. 25 WOR. Naar mijn mening is het noodzakelijk, maar ook gerechtvaardigd dat de cesuur tussen insolventieontslagrecht en gewoon ontslagrecht getrokken wordt bij de insolventieprocedures onder rechterlijk toezicht. Bij informele procedures zoals het akkoord buiten faillissement en surseance dient het gewone ontslagrecht van toepassing te zijn, in surseance, faillissement en schuldsaneringsregeling het insolventieontslagrecht.

6. Andere overeenkomsten

In de regeling voor wederkerige overeenkomsten die door geen van beide partijen geheel zijn nagekomen wordt een aantal wijzigingen voorgesteld. Zo zal de schuldenaar (+ bewindvoerder) ook eigener beweging kunnen verklaren of hij de overeenkomst gestand doet en hoeft hij dus niet het verzoek van de wederpartij af te wachten. Verklaart de schuldenaar niet binnen een hem gestelde termijn dat hij de overeenkomst niet gestand doet of hij verklaart aldus eigener beweging, dan is de overeenkomst ontbonden. Hiermee wordt teruggekeerd naar het stelsel van voor 1992.

Het huidige art. 237b Fw bevat een regeling voor verplichte doorlevering van nutsvoorzieningen. Deze regeling wordt in het voorstel uitgebreid tot andere overeenkomsten die noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming of de eerste levensbehoeften van de schuldenaar. Vereist is

²³ § 57 jo. § 76(2) InsO.

²⁴ L82/16 (22.3.2001).

dat redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de schuldenaar de schuld zal kunnen voldoen en voor het uitbrengen van een verklaring waarmee de prestatie wordt opgeëist is toestemming van de rechter-commissaris vereist.

7. Het akkoord

Zoals hiervoor al is vermeld is één van de voornaamste handicaps van de huidige akkoordprocedure dat door het akkoord slechts concurrente schuldeisers tegen hun wil gebonden kunnen worden. Aangezien het tegenwoordig vrijwel steeds gaat om de preferente en zekerheidscrediteuren heeft zo'n akkoord zelden zin. Een akkoord kan slechts een effectief instrument opleveren als daardoor ook tegenstribbelende minderheden van preferente en zekerheidscrediteuren gebonden kunnen worden. Voor de ontwikkeling van zo'n akkoord wordt in het ontwerp vooral gekeken naar het Amerikaanse Chapter 11-akkoord dat in de loop van de twintigste eeuw – en dus na de totstandkoming van onze akkoordregelingen – tot stand is gekomen en dat inmiddels in steeds meer Europese jurisdicties is ingevoerd.²⁵ Als voorbeelden noem ik Duitsland,²⁶ Frankrijk,²⁷ Italië,²⁸ België²⁹ en Spanje³⁰

De crux van dit systeem is dat de schuldeisers worden ingedeeld in klassen. Bij een akkoord dat uitsluitend concurrente crediteuren bindt, zoals voorzien onder het huidige systeem, zijn alle stemmende schuldeisers gelijkelijk gerechtigd tot de opbrengsten die uitgedeeld zouden worden indien het akkoord niet tot stand zou komen.³¹ In deze belangenparalleliteit is de rechtvaardiging te vinden voor de regel dat de meerderheid bij het akkoord de minderheid kan binden. Die binding van de minderheid is overigens – ook onder het huidige systeem – niet onbeperkt. Schuldeisers die het niet met het akkoord eens zijn kunnen de rechtbank verzoeken de homologatie te weigeren. Een belangrijke grond is het geval waarin “de baten van de boedel de bij het akkoord bedongen som te boven gaan” (art. 272 lid 2 onder 1 Fw), met andere woorden, het geval waarin minder wordt geboden dan liquidatiewaarde. In het INSOLAD-voorstel wordt toegelicht

dat, indien ook preferente en zekerheidscrediteuren gebonden moeten worden de hier besproken meerderheidsregel niet onverkort aanvaard zou moeten worden. In een surseance of faillissement waarin bij uitdeling slechts een kleine kans bestaat dat concurrente crediteuren iets ontvangen zal het doorgaan niet aanvaardbaar zijn dat een meerderheid van concurrente crediteuren een minderheid van preferente crediteuren kan binden. In wezen zou dan worden toegelaten dat de concurrente crediteuren gaan gokken met het geld van de preferente crediteuren. Als uitgangspunt heeft derhalve te gelden dat er bij ongelijksoortige schuldeisers niet voldoende rechtvaardiging is om de meerderheid van de schuldeisers de minderheid te laten binden, aldus de toelichting. Indien echter klassen worden vastgesteld van gelijksoortige schuldeisers is in de belangenparalleliteit wel een rechtvaardiging gelegen om binnen iedere klasse de meerderheid de minderheid te laten binden. De resterende vraag is dan hoe omgegaan moet worden met de situatie waarin een deel van de klassen voor het akkoord stemt en een ander deel van de klassen tegen. Te eisen dat alle klassen voor zouden moeten stemmen is geen goede oplossing. Immers er kunnen klassen van crediteuren zijn die onder het akkoord niets aangeboden krijgen, omdat zij naar alle waarschijnlijkheid bij liquidatie toch niets zouden ontvangen. Het zou onwenselijk zijn als de lager gerangschikte crediteuren dan van de hoger gerangschikte crediteuren zouden kunnen afdwingen dat deze een deel van de akkoordssom aan hen zouden afstaan teneinde het akkoord doorgang te kunnen laten vinden. Ook de oplossing dat een meerderheid van de klassen zou moeten voorstemmen is geen goede omdat tussen de klassen geen belangenparalleliteit bestaat zodat een meerderheid (van de klassen) een minderheid niet zou moeten kunnen binden. In de Verenigde Staten is voor dit geval de “absolute priority rule” ontwikkeld. Deze houdt in dat de rechtbank een tegenstemmende klasse alleen maar mag overrulen als de schuldeisers in die klasse worden gekort en alle schuldeisers en aandeelhouders die behoren tot een klasse met een lagere rang niets krijgen en niets behouden. Men noemt deze bevoegdheid van de rechter de “cram down” bevoegdheid. Dat betekent dat als de concurrente crediteuren tegen het akkoord stemmen het akkoord alleen maar doorgang kan vinden als de aandeelhouders geen belang in de vennootschap behouden.³² In de Verenigde Staten kunnen ook aandeelhouders in een akkoord worden meegenomen. Daarnaast geldt de eis dat iedere crediteur ten minste datgene krijgt wat hij bij liquidatie zou ontvangen. Ook al zouden alle klassen voorstemmen, kan een crediteur die minder krijgt dan hij bij liquidatie zou ontvangen toch tegen het akkoord opkomen en de rechtbank verzoeken de homologatie te weigeren. Aldus geldt onder het Amerikaanse systeem dat als alle klassen voor het akkoord stemmen de rechter de homologatie nog zal kunnen weigeren indien er crediteuren zijn die minder

25 Zie voor een overzicht het rapport van P.M. Veder, T.E. Booms en N.B. Pannevis, *Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het programma Herijking Faillissementsrecht*, Onderzoekcentrum OOR, Radboud Universiteit Nijmegen, 2013. Zie de bijlagen bij www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2315-faillissementsrecht.aspx?cp=44&cs=6796.

26 Zie de regeling van het Insolvenzplan in art. 217-269 Insolvenzordnung.

27 Zie de sauvegarde-regeling in art. L620-1 t/m L627-4 Code de Commerce en L.628-1 t/m L628-7 Code de Commerce.

28 Italië kent de “concordato preventivo”-procedure, die geregeld wordt in art. 160 e.v. van de Legge Fallimentare.

29 Wet betreffende de Continuïteit van Ondernemingen van 31 januari 2009, art. 44-58 (collectief akkoord). Zie hierover S. Brijs en N. van Landuyt, ‘De Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen (WCO): soepel herstructureren via een keuzemenu’, *FIP* 2013, p. 95.

30 Zie art. 99141 van de Ley Concursal voor een gerechtelijk schuldeisersakkoord dat vergelijkbaar is met de Chapter 11-procedure. Zie voor een wijziging van deze regeling op 5 september 2014 (Koninklijk Decreet 11/2014): www.uria.com/documentos/circulares/682/documento/5229/03_Concursal_Sep_2014_ENG.htm?id=5229.

31 Daargelaten achtergestelde crediteuren. Voor het belangenconflict tussen concurrente en achtergestelde crediteuren is in de huidige akkoordprocedure dan ook eigenlijk niet goed voorzien.

32 Een belangrijke uitzondering geldt mogelijk voor zover aandeelhouders nieuw geld inbrengen. Het Amerikaanse Hooggerechtshof heeft hierover onder de huidige Bankruptcy Code echter nooit een duidelijke beslissing genomen.

ontvangen of aan waarde behouden dan liquidatiewaarde,³³ en dat als één of meer door het akkoord in hun rechten getroffen klassen tegenstemmen de rechtbank het akkoord alleen maar kan homologeren als alle lager gerangschikte crediteuren en aandeelhouders geen waarde ontvangen of behouden. In de toelichting wordt hier nog over geschreven:

“De koppeling van de cram down regel aan de absolute priority rule brengt een belangrijke doctrine tot uitdrukking. Uitgangspunt is dat het bij de onderhandelingen over een akkoord het allereerst gaat om de verdeling van de wig tussen liquidatiewaarde en going concernwaarde.³⁴ De financier zal niet meer willen betalen dan going concernwaarde, de schuldeisers zullen niet minder willen ontvangen dan zij in geval van liquidatie zouden ontvangen. Daarbij is voorts van belang hoe die wig wordt verdeeld tussen de diverse groepen schuldeisers en de aandeelhouders. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de onderneming er in verband met de voortzetting belang bij heeft dat aan bepaalde lager gerangschikte schuldeisers een uitkering wordt gegeven of dat bestaande aandeelhouders belangen in de vennootschap houden. Ook de financier zelf kan zulke belangen hebben. Het is denkbaar dat als een van de wettelijke rangorde afwijkende verdeling niet wordt aanvaard de onderneming (of diens financier) het akkoord niet kan of wil aanbieden of slechts voor een lager bedrag. Daarbij geldt dat het aan iedere klasse van schuldeisers vrijstaat te bepalen of zij het in haar belang acht akkoord te gaan met zo'n afwijkende verdeling en te aanvaarden dat een lagere klasse een uitkering ontvangt (of een aanspraak behoudt) terwijl de hogere klasse niet volledig voldaan wordt. Stemt een meerderheid van de klasse voor dan bindt dat de minderheid omdat de meerderheid als leidinggevend wordt gezien bij het bepalen van wat in het belang van de klasse is. Stemt de meerderheid van een klasse tegen een akkoord waarbij een lager gerangschikte klasse iets ontvangt of behoudt, dan kan die verwerping niet door de rechter overruled worden en kan die klasse niet gedwongen worden mee te werken aan een akkoord waarbij van de wettelijke rangorde wordt afgeweken. Het knappe van de constructie schuilt erin dat in het onderhandelingsproces over de verdeling van hetgeen boven liquidatiewaarde wordt uitgekeerd belangengemeenschappen worden gecreëerd die met meerderheden over de verdeling mogen beslissen.”

Zowel het voorontwerp WCO II als het INSOLAD-voorstel volgen het Amerikaanse systeem, waarbij nog enkele opmerkingen passen:

- (i) Het WCO II-akkoord is een akkoord buiten een insolventieprocedure. Het gevolg daarvan is dat de procedure niet openbaar is en derhalve kunnen schuldeisers en

aandeelhouders die niet tijdig op de hoogte komen van het akkoord niet door het akkoord gebonden worden.

- (ii) In het WCO II-voorstel is de absolute priority rule niet overgenomen. In de toelichting op het voorontwerp wordt niet toegelicht waarom dat niet is gebeurd. Onder het WCO II-voorstel geldt een andere cram down-regel. Art. 373 lid 1 Fw bepaalt dat de rechtbank tegenstemmende klassen mag overrulen “indien zij van oordeel is dat de klassen die niet met het akkoord hebben ingestemd redelijkerwijs niet tot dat stemgedrag hebben kunnen komen”.³⁵ Mijns inziens dient onverkort te gelden dat een klasse het akkoord mag verwerpen – en dus niet overruled mag worden – als een lagere klasse gelden of waarde ontvangt onder het akkoord. Wenst de schuldenaar dat zo'n lagere klasse inderdaad waarde ontvangt of behoudt, dan zal hij de hogere klasse in meerderheid moeten overtuigen van de wenselijkheid hiervan. In zoverre dient de onderhandeling over de wig niet door de rechter gevoerd te worden. Men zou hier tegen kunnen aanvoeren dat het WCO II-akkoord veelal slechts een deelakkoord is dat de rechten van de overige crediteuren ongemoeid laat. Ik vind dat dan niet een afdoende reden om de absolute priority rule opzij te zetten. Wil de schuldenaar een deel van de crediteuren in hun rechten verkorten en de rest ongemoeid laten dan mag geëist worden dat een meerderheid van die crediteuren voor het deelakkoord stemt. Een uitzondering zou ik wel willen toelaten voor het geval het akkoord niet meer behelst dan een schorsing van executierechten van de getroffen crediteuren gedurende een zekere termijn. Zo'n schorsing kan immers ook door een surseance-aanvraag bewerkstelligd worden en daarvoor is geen meerderheidsbesluit (meer) nodig.³⁶
- (iii) Het WCO II-akkoord plaatst de liquidatietest in het kader van de cram down van de tegenstemmende klasse. Cram down van een in meerderheid tegenstemmende klasse kan niet plaatsvinden indien minder dan liquidatiewaarde wordt uitgekeerd. Met andere woorden, de liquidatietest wordt niet gehanteerd indien een schuldeiser zich tegen homologatie verzet terwijl zijn klasse in meerderheid heeft voorgestemd (of alle klassen in meerderheid hebben voorgestemd). Ik vind dit een bezwaarlijke consequentie van het WCO II-akkoord. Ontvangst van minder dan liquidatiewaarde levert onteigening zonder adequate compensatie op en het komt mij voor dat een individuele crediteur zich niet hoeft te laten welgevallen dat hij aldus onteigend wordt, ook niet als een meerderheid van zijn klasse daar wel mee instemt. Onder de huidige akkoordregeling is dit dan ook een verplichte weigeringsgrond voor de homologa-

33 Er zijn ook nog andere tests, zoals de test of het akkoord voldoende gewaarborgd is (vgl art. 272 lid 2 onder 2 Fw).

34 C.J. Tabb, *The Law of Bankruptcy*, Foundation Press 2009, p. 1099.

35 Deze vrijheid wordt weer enigszins ingeperkt doordat het akkoord bijvoorbeeld niet gehomologeerd kan worden indien crediteuren minder ontvangen dan liquidatiewaarde.

36 Ook ben ik er voorstander van dat een uitzondering gemaakt kan worden voor zover nieuw geld wordt ingebracht, maar dat geldt ook voor het surseance-akkoord. Ik zou in dit opzicht de bestaande aandeelhouder of crediteur die nieuw geld inbrengt niet anders willen behandelen dan een nieuwe financier.

tie (art. 272 lid 2 onder 1 Fw) evenals onder het Chapter 11 akkoord en onder het Duitse akkoord. Ik ken geen akkoordregelingen waar dat anders is.

Het INSOLAD-voorstel handhaaft de regel dat het akkoord slechts éénmaal aangeboden kan worden. Daardoor wordt voorkomen dat de schuldeiser een suboptimaal akkoord aanbiedt met de gedachte dat als het akkoord wordt afgestemd hij altijd nog een nieuw akkoord kan aanbieden of dat de schuldeisers het akkoord afstemmen met de gedachte dat er nog wel een beter voorstel komt. De erop-of-eronder regel werkt aldus efficiency in de hand. Met die regel verdraagt zich echter niet dat schuldeisers zelf akkoordvoorstellen doen en in zoverre is de regel dus anders dan het WCO II-akkoordvoorstel, dat overigens ook niet de één kans-regel kent. Wel kan onder het INSOLAD-voorstel het akkoord worden aangeboden door de bewindvoerder indien hij daartoe opdracht heeft gekregen van de schuldeiserscommissie of van de schuldeisersvergadering (art. 269-1 Fw).

De akkoordprocedure onder het INSOLAD-voorstel begint doordat het akkoordvoorstel wordt ingediend ter griffie. Het dient vergezeld te gaan van (i) een lijst van de bekende schuldeisers, aandeelhouders en andere winstgerechtigden; (ii) een concept informatiememorandum; en (iii) een concept klasse-indeling. De rechtbank houdt vervolgens een raadkamerbehandeling ter behandeling van de lijst van schuldeisers, het informatiememorandum en de klasse-indeling, waarvoor de belanghebbenden worden opgeroepen. De rechtbank beslist over de toelating van betwiste schuldeisers en over de klasse-indeling. De rechtbank dient voorts het informatiememorandum goed te keuren. Onder de huidige surseanceregeling is er niets geregeld omtrent de informatieverstrekking en deze is in de praktijk dan ook vaak heel gebrekkig. Acht de rechtbank het informatiememorandum niet toereikend dan geeft zij de indiener van het akkoord de gelegenheid het informatiememorandum aan te passen. Vervolgens wordt het ontwerp met het informatiememorandum (en de klasse-indeling) aan de schuldeisers, aandeelhouders en andere winstgerechtigden gestuurd en worden zij opgeroepen voor de schuldeisersvergadering waarin over het akkoord wordt gestemd. Doorgaans zal er per volmacht worden gestemd en met name daarom is het van zo groot belang dat de schuldeisers tijdig over een adequaat informatiememorandum beschikken. De schuldeisersvergadering wordt voorgezeten door de rechter-commissaris, zoals hiervoor besproken wordt er gestemd in klassen en vervolgens kan de rechter-commissaris tegenstemmende klassen overrulen met inachtneming van de absolute priority rule. Indien het akkoord is aangenomen en geen van de schuldeisers, aandeelhouders of andere winstgerechtigden bezwaar maakt homologeert de rechtbank het vonnis, wordt wel bezwaar gemaakt dan volgt een homologatieprocedure. Eveneens bestaat de mogelijkheid bij de rechtbank op te komen tegen door de rechter-commissaris geconstateerde verwerping van het akkoord.

8. Slotsom

Met het ontwerp wordt een volwaardige reorganisatieprocedure voorgesteld. De belangrijkste knelpunten uit de huidige regeling worden weggenomen en de procedure incorporeert de inzichten van deze tijd over de positie van preferente en zekerheidscrediteuren en de mogelijkheden voor een akkoord. Er zijn voorts tal van kleinere aanpassingen opgenomen die ik hier verder onbesproken laat. Graag nodig ik eenieder uit van het voorstel en de toelichting kennis te nemen op de website van INSOLAD. Mijns inziens is de tijd gekomen om ten minste voor het reorganisatietraject een coherente effectieve regeling in de wet op te nemen.