Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2019–2020

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

Nr. 7

NOTA VAN WIJZIGING

Ontvangen 4 december 2019

Het voorstel van wet wordt als volgt gewijzigd:

Artikel I wordt als volgt gewijzigd:

a. Na onderdeel A, wordt een nieuw onderdeel Aa ingevoegd, luidende:

Aa

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

b. Onderdeel F wordt als volgt gewijzigd.

1. Aan het slot van artikel 371, eerste lid, wordt een zin toegevoegd, luidende: Wel kan hij een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen.

2. In artikel 371, vierde lid, wordt «Artikel 378, vijfde lid» vervangen door «Artikel 378, zesde lid».

3. Artikel 375, tweede lid, onderdeel b, onder 2, komt als volgt te luiden:
2°. het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld, en, indien van toepassing, wordt meegedeeld in hoeverre dat bedrag wordt betwist alsmede voor welk bedrag de schuldeiser of de aandeelhouder tot de stemming wordt toegelaten, en

4. In artikel 376, zesde lid, onderdeel a, wordt «openbare» vervangen door «besloten».

kst-35249-7
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2019

5. In artikel 378, eerste lid, wordt aan het begin van onderdeel d, «e» vervangen door «de» en komt onderdeel g, als volgt te luiden:

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

6. In artikel 378 worden het vijfde tot en met het negende lid vernummerd tot het zesde tot en met het tiende lid en wordt na het vierde lid een nieuw lid toegevoegd, luidende:

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

7. In artikel 384, tweede lid, onderdeel h, en zesde lid, wordt «378, vijfde lid» vervangen door «378, zesde lid».

Toelichting

Onderdeel a

Met de voorgestelde wijziging van artikel 5, eerste lid, wordt bewerkstelligd dat voor het indienen van de volgende verzoeken in het kader van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) bij de rechtbank procesvertegenwoordiging verplicht is:

– een verzoek tot het verlenen van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen die nodig zijn om een financiering te kunnen krijgen (artikel 42a);

– een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371, eerste lid);

– een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376, eerste lid);

– een verzoek tot het geven van een tussentijds rechterlijk oordeel (artikel 378, eerste lid);

– een verzoek tot het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (artikel 379, eerste lid), en

– een verzoek tot homologatie van een akkoord.

De schuldenaar en de herstructureringsdeskundige zullen zich voor de indiening van deze verzoeken dus moeten laten bijstaan door een advocaat. Dat geldt ook voor een schuldeiser, aandeelhouder of de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, als zij een verzoek willen indienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Doel van deze bepaling is ervoor te zorgen dat het verzoek goed beargumenteerd en onderbouwd wordt. Daarmee draagt deze bepaling eraan bij dat de rechtbank niet wordt geconfronteerd met verzoeken die onvoldoende onderbouwd zijn.

Onderdeel b

Subonderdeel 1

De toevoeging van een nieuwe zin aan het slot van artikel 371, eerste lid, houdt verband met het volgende. In artikel 371 is een regeling opgenomen op basis waarvan schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging de totstandkoming van een akkoord

kunnen initiëren door de rechter te vragen om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Deze herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. Ingevolge artikel 371, eerste lid, brengt de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige mee dat de schuldenaar niet meer zelf een akkoord kan aanbieden of ter homologatie aan de rechter kan voorleggen. In artikel 9 lid 1 van de richtlijn betreffende herstructurering en insolventie (hierna: de richtlijn) is echter bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen «*dat schuldenaren, ongeacht wie overeenkomstig artikel 4 een preventieve herstructureringsprocedure aanvraagt, het recht hebben om herstructureringsplannen ter goedkeuring aan de betrokken partijen voor te leggen*».[1] Zoals toegelicht in de nota naar aanleiding van het verslag is voor de WHOA aansluiting gezocht bij de richtlijn. Artikel 9 lid 1 van de richtlijn is daarbij over het hoofd gezien. Door middel van deze wijzigingsbepaling wordt alsnog aangesloten bij artikel 9 lid 1 van de richtlijn.

Bepaald is dat de schuldenaar na de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wel de mogelijkheid behoudt om een eigen akkoord via de herstructureringsdeskundige aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen. Uiteraard heeft het de voorkeur als de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar in onderling overleg alsnog tot één akkoordvoorstel komen. Als dit niet lukt, is denkbaar dat beide akkoorden achter elkaar in stemming worden gebracht. Het is mogelijk dat na de stemming blijkt dat beide akkoorden gesteund worden door ten minste één klasse bestaande uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Voor beide akkoorden geldt dan dat er een verzoek tot homologatie van het akkoord kan worden ingediend bij de rechter (artikel 383, eerste lid). Het is dan aan de herstructureringsdeskundige om te bepalen welk akkoord aan de rechter wordt voorgelegd. In deze systematiek concentreert de poging om een akkoord tot stand te brengen zich nog steeds altijd binnen één traject dat wordt gecoördineerd door de herstructureringsdeskundige en kunnen er niet tegelijkertijd meerdere parallelle akkoordtrajecten aanhangig zijn.

Subonderdelen 2, 5, 6 en 7

De wijziging van artikel 378, eerste lid, onderdeel d, betreft een correctie van een typefout. Voor de toelichting bij de voorgestelde aanpassing van artikel 378, eerste lid, onderdeel g, en de invoering van een nieuw vijfde lid, wordt verwezen naar hetgeen hierover is opgemerkt in de nota naar aanleiding van het verslag.

Subonderdeel 3

De aanpassing van artikel 375, tweede lid, onderdeel b, onder 2, houdt verband met het volgende.

Een belangrijk verschil tussen het WHOA-akkoord en het faillissements- of surseanceakkoord is dat de schuldenaar bij een WHOA-akkoord in principe zelf bepaalt aan wie hij een akkoord wil aanbieden. Het akkoord kan zien op alle schuldeisers en aandeelhouders van de onderneming, maar het kan zich ook beperken tot een aantal (categorieën van) schuldeisers en aandeelhouders (hierna: beperkt akkoord). Een faillissements- of

[1] Richtlijn 2019/1023 van het Europees parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18.

surseanceakkoord ziet in beginsel altijd alleen maar op de concurrente schuldeisers die betrokken zijn bij de faillissements- of de surseanceprocedure. Het betreft dan wel alle concurrente schuldeisers van de schuldenaar. Daarom is in deze procedures bepaald dat de schuldeisers hun vorderingen moeten indienen, dat de curator of de bewindvoerder de ingediende vorderingen controleert op basis van de administratie en dat er vervolgens een lijst wordt opgesteld met erkende en betwiste vorderingen (artikelen 110 – 112 en 257 – 259 Fw).

Wordt in faillissement een vordering betwist door de curator of één van de andere schuldeisers, dan doet de rechter-commissaris eerst nog een poging om de betwister (d.w.z. de curator of één van de andere schuldeisers) en de schuldeiser nader tot elkaar te brengen. Als dat niet lukt, worden partijen verwezen naar een zogenoemde renvooiprocedure waarin een andere rechter zal moeten beoordelen of de betwisting terecht is of niet (artikel 122 e.v. Fw). In surseance ontbreekt de renvooiprocedure. De vordering wordt dan als betwiste vordering meegenomen op de lijst van vorderingen en de rechter-commissaris of de rechtbank bepaalt of en tot welk bedrag de schuldeiser met een betwiste vordering tot de stemming over het surseanceakkoord wordt toegelaten (artikelen 266 en 267 Fw). De desbetreffende schuldeiser moet in een gewone procedure alsnog zijn recht laten vaststellen.

Het vonnis waarbij de rechter het faillissementsakkoord of het surseanceakkoord homologeert, levert voor de schuldeisers alleen een executoriale titel op tegen de schuldenaar voor zover hun vordering niet wordt betwist (artikelen 159 en 274 Fw). Wordt een vordering geheel betwist, dan kan de schuldeiser pas na de vaststelling van zijn recht een beroep doen op het akkoord. Wordt de vordering gedeeltelijk betwist, dan kan de schuldeiser na de homologatie van het akkoord direct verhaal halen voor het onbetwiste deel van zijn vordering, maar voor het betwiste gedeelte van zijn vordering pas nadat is vastgesteld dat de betwisting van dat deel onterecht was.

Bij een WHOA-akkoord bepaalt de schuldenaar zelf welke schuldeisers en aandeelhouders bij het akkoord worden betrokken. Het is dan niet nodig om schuldeisers op te roepen zich te melden of om vorderingen te laten controleren. Deze regels uit de faillissements- en de surseanceprocedure zijn daarom niet van toepassing. Wel is bepaald dat de schuldenaar bij zijn akkoord een lijst moet voegen waarop onder meer:

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

– het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld of, als dit niet mogelijk is, het totaalbedrag van de genoemde categorieën (artikel 375, tweede lid, onderdeel b, onder 1 en 2).

Als de schuldenaar een beperkt akkoord aanbiedt, moet hij ook opgeven welke schuldeisers en aandeelhouders niet onder het akkoord vallen (artikel 375, tweede lid, onderdeel c). Denkbaar is een akkoord dat zich uitsluitend richt op een herstructurering van de schulden jegens financiers en de vorderingen van concurrente (handels)crediteuren ongemoeid laat. De schuldenaar kan in dat geval opgeven dat alle concurrente crediteuren buiten het akkoord worden gehouden. Op deze manier kan de schuldenaar de reikwijdte van zijn akkoord afbakenen.

Als de schuldenaar een vordering van een schuldeiser volledig of gedeeltelijk betwist, kan hij die vordering wel meenemen in het WHOA-akkoord. De aanpassing van artikel 375, tweede lid, onderdeel b, onder 2, leidt ertoe dat hij dit dan expliciet moet vermelden op de lijst van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders die aangehecht moet worden aan het akkoord. Ook moet hij daarbij aangeven voor welk bedrag de desbetreffende schuldeiser wordt toegelaten tot de stemming. Als de schuldeiser vindt dat het bedrag waarvoor hij door de schuldenaar is

toegelaten tot de stemming te laag is, moet hij dit melden aan de schuldenaar (artikel 383, negende lid). De schuldenaar kan het bedrag dan aanpassen of de rechter vragen om hierover een oordeel te geven (artikel 378, eerste lid, onderdeel c, en vierde lid). Past de schuldenaar het bedrag niet aan en vraagt hij ook niet om een tussentijdse beslissing van de rechter, dan kan dit punt terugkomen bij de behandeling van het homologatieverzoek (artikel 384, tweede lid, onder d).

Zowel de schuldenaar als de schuldeiser heeft er baat bij als een betwiste vordering wordt meegenomen in het akkoord. Voor de schuldenaar geldt dat hij de vordering kan herstructureren en voor de schuldeiser levert een gehomologeerd akkoord bij een gedeeltelijk betwiste vordering in ieder geval direct een aanspraak op jegens de schuldenaar tot betaling van tenminste een deel van zijn vordering. Hier volgt de WHOA de regeling in faillissement en surseance (artikelen 159 en 274 Fw). Voor het betwiste deel kan de schuldeiser – net als hiervoor is toegelicht in het kader van het surseanceakkoord – in een gewone procedure alsnog zijn recht proberen te halen.

Subonderdeel 4

Artikel 376 biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen jegens alle schuldeisers of een aantal van hen. De bepaling is erop gericht de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige de kans te geven een akkoord tot stand te brengen. Het artikel beoogt te voorkomen dat schuldeisers overgaan tot verhaalsacties.

In het tweede lid is bepaald hoe lang een afkoelingsperiode maximaal kan duren. Een afkoelingsperiode geldt in beginsel voor de duur van vier maanden. Op basis van het vijfde lid kan de afkoelingsperiode daarna op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige nog met maximaal vier maanden worden verlengd. Op deze regel bestaat één uitzondering. In het zesde lid is – na doorvoering van de bij deze nota van wijziging voorgestelde aanpassing – bepaald dat de afkoelingsperiode maximaal vier maanden duurt als hierom is verzocht in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en in de drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van de WHOA de «*COMI*» van de schuldenaar verplaatst is van een lidstaat naar een andere lidstaat. Deze bepaling sluit aan bij artikel 6 lid 8 en overweging 14 van de richtlijn. In het wetsvoorstel werd per abuis verwezen naar de openbare akkoordprocedure in plaats van de besloten akkoordprocedure. Deze verschrijving berustte op een fout in de Nederlandse vertaling van de richtlijn.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker