de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

De minister voor Rechtsbescherming
drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (088) 361 00 00
f (088) 361 0022
www.rechtspraak.nl

datum	14 december 2017
doorkiesnummer	088-361 33 17
e-mail	wetgeving.rvdr@rechtspraak.nl
ons kenmerk	UIT 10708 STRA / CF
uw kenmerk	2121286
bijlage(n)	1
onderwerp	Advies Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

Geachte heer Dekker,

Bij brief van uw ambtsvoorganger van 5 september 2017, kenmerk 2121286, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de 'Raad') advies uit te brengen inzake de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (het 'Wetsvoorstel'/ de 'WHOA'). Over een eerdere versie van dit wetsvoorstel - het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II - heeft de Raad op 21 november 2014 advies uitgebracht. Omdat het wetsvoorstel sindsdien ingrijpend is gewijzigd, beschouwt de Raad het thans ter advisering voorgelegde wetsvoorstel als een geheel nieuw wetsvoorstel.

HET WETSVOORSTEL

Met dit wetsvoorstel wordt in de Faillissementswet (Fw) een regeling ingevoerd op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de sanering en herstructurering van schulden kan goedkeuren (homologeren) als daarmee het faillissement van de schuldenaar kan worden voorkomen. De homologatie leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Bedoeling is dat de nieuwe regeling het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject versterkt en dat de mogelijkheid van homologatie zal dienen als '*uiterste redmiddel*'.

Wanneer partijen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord een verschil van inzicht hebben over de vraag of het ingezette traject of het voorgestelde akkoord voldoet aan de wettelijke randvoorwaarden, dan is het wenselijk dat zij hier zelf proberen uit te komen. Mocht het toch niet lukken om tot een oplossing te komen, dan biedt het Wetsvoorstel de schuldenaar de mogelijkheid om het geschilpunt aan de rechtbank voor te leggen en daarmee te voorkomen dat de onderhandelingen onnodig worden bemoeilijkt. Hiermee kan alsnog snel definitief '*deal certainty*' worden verkregen; dat wil zeggen dat er snel duidelijkheid komt over de vraag of het aangeboden akkoord kans van slagen heeft of dat het nodig is het traject bij te sturen en/of het aangeboden akkoord aan te passen.

Homologatie is mogelijk wanneer er ten minste één klasse is die met het akkoord heeft ingestemd. De rol en toetsing van de rechtbank in de homologatiefase is beperkt. Alvorens de rechtbank een beslissing neemt over het homologatieverzoek, dient de rechtbank ambtshalve te toetsen of alle schuldeisers of aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord, de gelegenheid hebben gehad hierover hun stem uit te brengen en op de hoogte zijn gebracht van de datum waarop de behandeling van het homologatieverzoek zou plaatsvinden. Is dit het geval geweest en heeft verder niemand bezwaar gemaakt tegen de homologatie, dan zal de rechtbank het verzoek honoreren. Een diepgaandere toets van het akkoord door de rechter zal alleen plaatsvinden wanneer één of meer tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders met een beroep op één of meer van de wettelijke weigeringsgronden bezwaar hebben gemaakt tegen de homologatie.

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

ADVIES

De opmerkingen van de Raad in dit advies richten zich primair op het toepasselijk procesrecht, de beperkte rol van de rechtbank bij de homologatie, de eis van verplichte procesvertegenwoordiging en de uitsluiting van rechtsmiddelen. Een nadere uitwerking van deze onderwerpen, alsook overige onderwerpen, zijn in de bijlage artikelsgewijs gegeven.

Toepasselijk procesrecht

Het verdient aanbeveling in de Memorie van Toelichting (MvT) op te nemen welk procesrecht van toepassing is op de nieuwe tweede afdeling 'Homologatie van een onderhands akkoord'. Ervan uitgaande dat artikel 362 lid 2 Fw van toepassing is, wordt de toepassing van de derde titel van het Eerste Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) uitgesloten en daardoor is (ook) artikel 284 lid 1 Rv niet van toepassing dat (in beginsel) de regels van bewijsrecht in de dagvaardingsprocedure van overeenkomstige toepassing verklaart.

Beperkte rol van de rechtbank bij de homologatie

Het baart de Raad zorgen dat de rol van de rechtbank bij de homologatie beperkt is. Noch ambtshalve, noch op verzoek van een voorstemmende crediteur maar uitsluitend indien een tegenstemmende crediteur dat tijdig vraagt kan een 'sluipakkoord' worden afgewezen. Deze rol past niet in het huidige systeem (dat goed functioneert) noch in het streven naar de aanpak van misstanden in het faillissementsrecht in zijn algemeenheid.

---

[1] De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

Hoor en wederhoor hoort – los van andere momenten tijdens de procedure – ook op de homologatiezitting plaats te vinden. Daartoe zijn echter naar de mening van de Raad onvoldoende waarborgen ingebouwd. Zo wordt de kennisgeving van de zitting beperkt tot de stemgerechtigde schuldeiser en aandeelhouders. Een verzoek tot weigering mag ook slechts op een beperkt aantal gronden gesteld zijn. De Raad onderschrijft niet dat hoor en wederhoor op deze homologatiezitting, vergeleken met andere vergelijkbare zittingen in het faillissementsrecht, zo zou moeten worden ingeperkt.

Het Wetsvoorstel beperkt in het voorgestelde artikel 381 lid 2 Fw het ambtshalve onderzoek door de rechtbank tot de vraag of het akkoord gedurende een redelijke termijn ter inzage heeft gelegen en of de schuldenaar de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders van de beschikking dagbepaling schriftelijk kennis heeft gegeven. Alleen dan weigert de rechtbank ambtshalve de homologatie, maar niet dan nadat zij heeft onderzocht of de desbetreffende schuldeisers en aandeelhouders toch (alsnog) instemmen met het akkoord.

Het aantal verplichte weigeringsgronden daarentegen is behoorlijk uitgebreid (artikel 381 leden 2 en 3 Fw). De rechtbank mag niet ambtshalve overgaan tot weigering op basis van een van die gronden: dat moet zij alleen doen, wanneer een of meer schuldeisers die tegen het akkoord hebben gestemd daarom verzoekt (en zij vaststelt dat die grond bestaat). Voor de gronden van artikel 381 lid 4 Fw geldt nog het aanvullende vereiste dat de schuldeiser is ingedeeld in een klasse die tegen het akkoord heeft gestemd.

Procedureel wordt nog een aantal barrières opgeworpen: (1) De schuldenaar heeft slechts toegang tot de terechtzitting waarop de homologatie wordt behandeld, althans wordt pas gehoord op zijn bezwaren, wanneer hij de gronden van zijn bezwaren opgeeft in een verzoekschrift. (2) Dat verzoekschrift moet worden ingediend door een advocaat en (3) voor de indiening van het verzoekschrift is griffierecht verschuldigd. (4) Dat verzoekschrift moet uiterlijk de dag voor de terechtzitting zijn ontvangen. Bovendien (5) kan de schuldeiser geen beroep meer doen op een weigeringsgrond 'indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die weigeringsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.'

Op basis van de WHOA mag de rechtbank de homologatie niet weigeren indien zij ambtshalve constateert dat sprake is van een sluipakkoord of dat de nakoming niet voldoende is gewaarborgd en geen van de tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders op grond van hun eigen, gelijke constatering weigering van de homologatie verzoeken. Wanneer de rechtbank ter zitting mededeling doet van wat zij heeft geconstateerd, kan de tegenstemmende schuldeiser niet alsnog een verzoek tot weigering indienen: op basis van artikel 380 lid 3 Fw kan een dergelijk verzoek slechts tot en met de dag vóór de zitting worden ingediend. Ook de schuldeiser of aandeelhouder die, nadat hij voor het akkoord heeft gestemd, erachter komt dat het akkoord tot stand is gekomen door oneerlijke praktijken of dat eigenlijk een hoger bedrag aangeboden had kunnen worden, staat met lege handen.

De thans voorgestelde regeling wijkt dusdanig af van het systeem dat de Faillissementswet voor homologatie geeft, dat de vraag rijst wat de rol van de rechtbank bij deze 'homologatie' nog inhoudt. de rechtbank verwordt met deze regeling tot een tandenloos 'stempelloket'. Het gevaar van -

maatschappelijk gezien - minder gewenste of zelfs ronduit onoirbare praktijken bij een onderhands akkoord mag niet worden onderschat en dat kan leiden tot maatschappelijke onrust. De laatste jaren ligt de afwikkeling van (bijna-) faillissementen - begrijpelijk - onder een vergrootglas. Met het nu voorgestelde instrumentarium wordt de rechtbank niet in staat gesteld om bij dergelijke ongewenste praktijken in te grijpen. Daarmee ontstaat het risico dat door de burger aan de rechterlijke beslissing een veel grotere betekenis wordt toegekend dan de rechter kan waarmaken. Dat kan onder omstandigheden schadelijk zijn voor het vertrouwen in de rechter die door de wetgever niet in de positie wordt gebracht om gerechtvaardigde maatschappelijke verwachtingen waar te kunnen maken.

De eis van verplichte procesvertegenwoordiging

De eis van verplichte procesvertegenwoordiging (artikel 5 Fw) werpt een behoorlijke drempel op, en beperkt daarmee de toegang tot de rechter. Dit klemt temeer nu de regeling valt te beschouwen als een inmenging in het eigendomsrecht van de schuldeiser, zoals beschermd door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. Een schuldvordering is immers een 'possession' in de zin van deze verdragsbepaling.
De veronderstelling in de MvT (p. 16) dat de advocaat onnodige verzoeken voorkomt overtuigt niet. Daarnaast lijkt het niet consequent dat de schuldeiser zijn verzoek tot faillietverklaring van de schuldenaar door een advocaat moet laten indienen, de schuldenaar zelf om schorsing mag verzoeken, en de schuldenaar of schuldeiser voor een verzoek ex artikel 377 Fw beiden een advocaat moeten inschakelen. Voor de schorsingsprocedure gelden de argumenten voor verplichte procesvertegenwoordiging, gegeven in de MvT, immers evenzeer. Afgezet tegen het uitgangspunt dat de verplichte procesvertegenwoordiging niet geldt voor vorderingen onder € 25.000,- wekt het bevreemding dat een schuldeiser zelfs voor die vorderingen niet zonder advocaat in deze procedure kan optreden.

De Raad ziet ook wel dat verplichte procesvertegenwoordiging voordelen kan hebben, echter deze voordelen wegen naar de mening van de Raad niet op tegen de beperking van de toegang tot de rechter die daarmee gepaard gaat. De Raad vraagt u daarom om de voor deze procedure gestelde eis van verplichte procesvertegenwoordiging te heroverwegen in het licht van bovenstaande.

Uitsluiting van rechtsmiddelen

Hoewel de keuze voor het uitsluiten van hoger beroep wel begrijpelijk is vanuit het oogpunt van snelheid en rechtszekerheid, acht de Raad de volledige uitsluiting van rechtsmiddelen zoals thans voorgesteld (o.a. artikel 371 lid 6, artikel 375 lid 5 en artikel 376 lid 6 van het Wetsvoorstel) onwenselijk. Hoewel de Faillissementswet op meerdere plaatsen hoger beroep uitsluit, betreft dat processuele beslissingen en niet de vaststelling van rechten of plichten van partijen. Gelet op de grote belangen die hier in het spel zijn en de voorgestelde, slechts zeer beperkte rol van de rechtbank bij verzoeken tot homologatie, is het openstellen van hoger beroep naar de mening van de Raad op zijn plaats. Bovendien zou het openstellen van hoger beroep aansluiten bij het bestaande systeem van de Faillissementswet, waarin tegen alle (dwang)akkoorden appel openstaat.

IT-GEVOLGEN

De voorgestelde aanvullende processtappen hebben impact op de systemen van de Rechtspraak. Voor deze aanvullende processtappen zal de Rechtspraak in de systemen aparte stappen moeten bouwen in de verzoekschriftprocedure voor Toezicht, waarbij ook autorisaties afwijkend gebouwd moeten worden. In het kader van het Programma Kwaliteit en Innovatie (KEI) zal dus moeten worden bezien welke soort verzoeken/voorzieningen etc. allemaal al dan niet in samenhang geboden moeten worden. In dit kader vraagt de Raad zich nog af of de vraag hoe en wat je kan indienen nog nader wordt aangevuld bij algemene maatregel van bestuur.

Hoewel het op zichzelf wel mogelijk lijkt om e.e.a. in de systemen te bouwen, leidt dit wel tot een scopewijziging voor het bouwen van de systemen in het kader van KEI. Hoewel het naar verwachting niet zal gaan om een groot aantal zaken, wordt niet uitgesloten dat voornoemde scopewijziging tot extra kosten leidt. Mochten deze extra kosten substantieel blijken te zijn, dan behoudt de Raad zich het recht voor om hier later op terug te komen.

WERKLAST

Het voorliggende Wetsvoorstel heeft substantiële gevolgen voor de werklast. In de MvT valt te lezen dat de taak van de rechter beperkt is. Dit klopt voor zover het gaat om de rechter als toetsende, rechtszekerheid bevorderende instantie bij de homologatie. Daar staat echter tegenover dat in de voorgestelde procedure tot de homologatie vele nieuwe momenten voor intensieve rechterlijke bemoeienis zijn opgenomen.

De Raad verwacht dat er, gezien de verstrekkende gevolgen van een onderhands akkoord, zeker indien dat tegen de zin van de schuldenaar in door een schuldeiser via artikel 371 Fw wordt bewerkstelligd, stevig zal worden ingezet op deze procedures door alle betrokkenen. De met het ontwerpen van een akkoord gemoeide adviseurskosten zullen dermate hoog zijn dat alleen zaken met een groot belang voor de WHOA-procedure in aanmerking komen. Ter indicatie: op een seminar georganiseerd door PWC op 16 november 2017 werd aangegeven dat een Amerikaanse Chapter 11 procedure gemiddeld $ 10 miljoen kost en een Engelse scheme of arrangement £ 4 tot 5 miljoen. De Nederlandse 'fees' zullen weliswaar niet zo hoog zijn, maar toch meer dan substantieel. Dergelijke uitzonderlijk hoge kosten voor het voeren van de procedure, die op zichzelf ook een indicatie vormen van de grote belangen die ermee gemoeid zijn, gecombineerd met het feit dat er geen gewone rechtsmiddelen open staan tegen beslissingen op grond van de WHOA (met uitzondering van een beslissing ex artikel 3d Fw) zal er toe leiden dat voor de rechtszekerheid de zaken doorgaans door een meervoudige kamer zullen worden behandeld.

Onderstaand treft u per artikel een toelichting aan op de werklast.

Artikel 3d Fw
Op basis van artikel 3d lid 3 Fw dient de rechtbank, alvorens op een verzoek tot schorsing van de behandeling van het faillissementsverzoek te beslissen, schuldenaar en schuldeiser(s) te horen. Dat wijkt af van de huidige systematiek: op grond van het huidige artikel 3a Fw wordt de behandeling van een faillissementsverzoek van rechtswege geschorst als de schuldenaar een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling doet (welke regeling ook de mogelijkheid tot (dwang)akkoord kent). De Raad gaat er daarbij vanuit dat het schorsingsverzoek door een enkelvoudige kamer wordt behandeld.

Artikel 371 Fw
De rechtbank kan op verzoek van een schuldeiser een deskundige benoemen die een akkoord kan aanbieden. Deze deskundige is wel te onderscheiden van de deskundige die de rechtbank ex artikel 376 lid 3 Fw kan benoemen om zich te laten voorlichten.
De rechtbank dient alvorens een '371-deskundige' te benoemen hoor en wederhoor toe te passen: zij dient schuldenaar en schuldeisers(s) te horen op het verzoek van de schuldeiser.
Gelet op het gemoeide belang (zie hierboven) zal het benoemingsverzoek door een meervoudige kamer worden behandeld.

Artikel 375 Fw
Op een verzoek tot afkondiging op opheffing van een afkoelingsperiode ex artikel 375 Fw kan de rechtbank pas beslissen nadat zij schuldenaar en schuldeiser(s) heeft gehoord. Gelet op het hiermee gemoeide belang zal dit verzoek door een meervoudige kamer worden behandeld, zij het dat de aard van de beslissing een kortere behandeltijd zal vragen dan de andere beslissingen op grond van de WHOA met uitzondering van artikel 3d Fw.

Artikel 376 Fw
Op grond van artikel 376 Fw beslist de rechtbank in de voorfase van het akkoord over de in artikel 376 lid 1 Fw genoemde onderwerpen. Het gaat om onderwerpen die van groot belang zijn voor het verdere verloop en de haalbaarheid van de akkoordprocedure. In het kader van haar beslissing kan de rechtbank bovendien ex artikel 376 lid 3 Fw één of meer deskundigen benoemen. Bij de inschatting van de werklast ten gevolge van dit artikel, heeft de Raad aansluiting gezocht bij de tijd gemoeid met een deskundigenbenoeming in een gemiddelde civiele procedure waarin tot deskundigenbenoeming wordt overgegaan.

De rechtbank dient alvorens een beslissing op grond van artikel 376 Fw te nemen hoor en wederhoor toe te passen. Gelet op het gemoeide belang (zie hierboven) zal een verzoek ex artikel 376 Fw door een meervoudige kamer worden behandeld.

Artikel 380/381 Fw
Op grond van de artikelen 380 en 381 Fw beslist de rechtbank op een verzoek tot homologatie van het akkoord. De schuldeisers die tegen het akkoord hebben gestemd kunnen een zelfstandig verzoek tot weigering van het akkoord indienen. In dat geval toetst de rechtbank op grond van artikel 381 Fw of het akkoord moet worden geweigerd. De rechtbank dient alvorens een beslissing op grond van artikel 380/381 Fw te nemen hoor en wederhoor toe te passen. Gelet op het gemoeide belang (zie hierboven) zal de beslissing door een meervoudige kamer worden behandeld.

de Rechtspraak

Raad voor de rechtspraak

Aantal zaken

De Raad verwacht dat het aantal zaken waarin het belang zo groot is, beperkt zal zijn en zal leiden tot circa 330 verzoeken per jaar.

Totale werklastconsequenties		
	2018	2019
Mutatie als gevolg van aantallen	244.748	244.272
Effect wijziging gemiddelde zaakzwaarte	-108.767	-108.555
Effect behandeltijd per zaak	2.170.518	2.166.298
Totale effect wetsvoorstel	**2.306.499**	**2.302.015**
Alle bedragen zijn in euro's.		

CONCLUSIE

De Raad voor de rechtspraak onderkent het belang van het Wetsvoorstel. Het Wetsvoorstel stuit in zijn huidige vorm echter op een aantal zwaarwegende bezwaren. De Raad voor de rechtspraak vraagt u daarom om het Wetsvoorstel op de in dit advies genoemde onderdelen aan te passen en te verduidelijken.

TOT SLOT

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

mr. F.C. Bakker
Voorzitter Raad voor de rechtspraak

BIJLAGE: ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR

Artikel 3d Fw [Schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring in geval van de aanbieding van een akkoord]
Als voorwaarde voor toewijzing van het verzoek om schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring in geval van de aanbieding van een akkoord, geldt blijkens p. 14 van de MvT dat de schuldenaar op het moment dat hij de rechtbank daartoe een verzoek doet zijn schuldeisers daadwerkelijk een akkoord heeft aangeboden dat aan de eisen van artikel 374 Fw voldoet. Het verdient de voorkeur om in de wettekst te vermelden dat het akkoord aan deze eisen dient te voldoen.

Artikel 3d lid 2 Fw bepaalt dat de schorsing door de rechtbank wordt opgeheven indien er redenen zijn die zich tegen voortzetting daarvan verzetten. Het artikel vertelt niet hoe de rechtbank van het bestaan van laatstgemelde redenen op de hoogte geraakt. Voorstelbaar is dat de schuldeiser wiens faillissementsverzoek werd geschorst de rechtbank verzoekt de schorsing op te heffen, omdat de schuldenaar naar de mening van de schuldeiser inmiddels niet meer mag verwachten dat zijn akkoord wordt gehomologeerd. De WHOA biedt de schuldeiser geen formele ingang voor een dergelijk verzoek, maar die ingang zou in het tweede lid van artikel 3d kunnen worden gelezen. Dat neemt niet weg dat het beter zou zijn wanneer de WHOA die ingang ook formeel openstelt voor de schuldeiser.

Uit de MvT blijkt dat de WHOA ook groepsherstructurering moet faciliteren. Voorstelbaar is dat, nadat een pre-insolventieakkoord is aangeboden voor de groep, de faillietverklaring van een andere groepsvennootschap dan 'de' schuldenaar wordt verzocht. Ook de behandeling van dat verzoek zou hangende het pre-insolventieakkoord moeten kunnen worden geschorst. Dat is geen probleem als die andere groepsvennootschap in hetzelfde arrondissement is gevestigd als de schuldenaar. Maar wanneer de statutaire zetel van die andere vennootschap in een ander arrondissement is gelegen, is ten aanzien van het faillissementsverzoek een andere rechtbank bevoegd dan de rechtbank die bevoegd is ten aanzien van het pre-insolventieakkoord. Dat zou betekenen dat op het schorsingsverzoek door die andere rechtbank moet worden beslist en dat die andere rechtbank de maatregelen van artikel 377 Fw kan treffen. Een onwenselijke situatie, die kan worden voorkomen door te bepalen dat ook in het hier bedoelde geval de rechtbank van de schuldenaar bevoegd is om op het schorsingsverzoek te beslissen.

Artikel 42a Fw
Het verdient de voorkeur aan te sluiten bij de terminologie van artikel 7:125 e.v. van het Burgerlijk Wetboek ('BW'). Daarnaast is het wenselijk om te bepalen dat een mondelinge overeenkomst niet volstaat.

Artikel 287a Fw
Er bestaan geen bezwaren tegen dit artikel, maar gelet op het doel van artikel 287a (het voorkomen van een nodeloze Wet sanering natuurlijke personen (Wsnp)) zou deze bepaling kunnen vervallen.

Artikel 369 lid 8 Fw [Toepassingsbereik] en artikel 371 Fw [Aanbieden van een akkoord door de schuldeiser]
Met artikel 371 Fw wordt een geheel nieuwe 'deskundige' geïntroduceerd in het (faillissements)recht. Het is geen (getuige)deskundige uit het bewijsrecht, geen bewindvoerder en geen curator. De WHOA zegt niet zoveel over de rol van deze deskundige, anders dan dat hij moet proberen een akkoord te bewerkstelligen. De schuldenaar moet de deskundige alle informatie verschaffen die de deskundige nodig heeft in de uitoefening van zijn taak en moet het akkoord uitvoeren dat de deskundige eventueel weet te bewerkstelligen.

De artikel 371 Fw-deskundige staat niet onder toezicht van de rechtbank of een rechter-commissaris. Dat past ook bij het uitgangspunt van de WHOA dat schuldenaar en schuldeisers zelf tot een akkoord komen en dat de rechter zo veel mogelijk op afstand blijft. Sterker nog, de deskundige is in het geheel niet verplicht om de rechtbank te informeren over zijn vorderingen, anders dan in het kader van een verzoek tot de afkondiging van een dwangakkoord, tot geschilbeslechting in de voorfase of tot verlening van homologatie. Die informatieplicht wijkt niet af van die van de schuldenaar in het geval deze laatste zelf een pre-insolventiekakkoord aanbiedt.

Gelet op de beperkte rol van de rechtbank ligt het voor de hand dat de schuldeiser bij zijn verzoek zelf een of meer deskundigen voordraagt. In raadkamer kan dan worden bezien of een van die deskundigen de goedkeuring kan dragen van zowel schuldeiser als schuldenaar: het behoeft geen betoog dat die deskundige de voorkeur bij de benoeming geniet. Een uitgangspunt bij de benoeming zou de volgende regel kunnen zijn: 'De rechter volgt bij de benoeming de uitdrukkelijke voorkeur van de schuldeiser en, zo mogelijk, de schuldenaar, tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten.'

Artikel 369 lid 10 Fw [Toepassingsbereik]
Een op grond van artikel 381 Fw verworpen of niet-gehomologeerd akkoord maakt dat de schuldenaar drie jaar lang geen nieuw akkoord kan aanbieden (artikel 369 lid 10), maar een schuldeiser mag dit binnen die termijn wel doen (artikel 371 lid 2 Fw). Deze inconsequentie wordt in de toelichting op artikel 372 lid 2 Fw onvoldoende verklaard.

Artikel 370 lid 2 Fw [Aanbieden van een akkoord door de schuldenaar]
De situatie van groepsherstructurering kan leiden tot een onwenselijk gevolg ten aanzien van de relatieve bevoegdheid. Indien na een akkoord voor een groepsvennootschap de faillietverklaring van een andere groepsvennootschap wordt verzocht, en de statutaire zetel daarvan in een ander arrondissement is gelegen, is een andere rechtbank bevoegd dan ten aanzien van het pre-insolventieakkoord. Dat geldt ook voor het schorsingsverzoek en de maatregelen van artikel 377 Fw. Beter kan worden bepaald dat ook in dit geval de rechtbank van de schuldenaar bevoegd is om op het schorsingsverzoek te beslissen.

Artikelen 371 lid 6, 375 lid 5 en 376 lid 6 Fw [Uitsluiting van hoger beroep]
De toelichting op de hier vermelde appelverboden wordt gemist. Onder het kopje 'Uitsluiting van rechtsmiddelen' in het advies is al inhoudelijk gereageerd op de uitsluiting van rechtsmiddelen.

Artikel 372 Fw [Wederkerige overeenkomsten]
Ten aanzien van de opzegging van duurovereenkomsten rijst de vraag hoe deze regeling zich verhoudt tot de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie bijvoorbeeld HR 15 april 2016 (ECLI:NL:HR:2016:660), zeker ook in relatie tot lid 2. Overigens geeft de verwijzing naar afdeling 10 van titel 1 van boek 6 BW nauwelijks enige richting in deze.

Artikel 373 Fw [Indeling schuldeisers en aandeelhouders in klassen]
Met betrekking tot de zinsnede 'verschillende rang': binnen de groep van preferente schuldeisers bestaat een eigen rangregeling. Rechtvaardigt dit reeds indeling in een eigen klasse? Uit de MvT valt af te leiden dat dit niet het geval is. De wettekst kan op dit punt verduidelijking gebruiken.

Artikel 374 lid 1 onder c Fw [Het akkoord]
Het is wenselijk dat taxaties van de waarde van de activa zijn bijgevoegd.

Artikel 376 Fw [Geschillen in de fase waarin nog over het akkoord wordt onderhandeld]
Artikel 376 lid 3 biedt de rechter de mogelijkheid om een of meer deskundigen te benoemen 'teneinde (…) en onderzoek te verrichten en een beredeneerd verslag van hun bevindingen uit te brengen.' De bepaling is nodig omdat niet zonder meer duidelijk is of de regeling van het deskundigenbericht van artikel 194 e.v. Rv van toepassing is. Artikel 362 lid 2 Fw sluit toepassing van de derde titel van het Eerste Boek Rv uit en daardoor is (ook) artikel 284 lid 1 Rv niet van toepassing dat (in beginsel) de regels van bewijsrecht in de dagvaardingsprocedure van overeenkomstige toepassing verklaart.
Als artikel 194 Rv in de verzoekschriftprocedures van de Faillissementswet toch van toepassing is, is het voorgestelde artikel 376 Fw een dode letter. Is artikel 194 Rv wel rechtstreeks van toepassing, dan is artikel 376 Fw kennelijk een lex specialis t.o.v. artikel 194 Rv.
Linksom of rechtsom: de deskundigenregeling van artikel 376 Fw verdient nadere toelichting en uitwerking.

Wat daar verder van zij, het lijkt erop dat de deskundige van artikel 376 Fw een andere taak heeft dan de deskundige van artikel 194 e.v. Rv. De MvT zegt niet zoveel over die taak anders dan dat zij een onderzoek inhoudt naar de door de schuldenaar verstrekte informatie en dat over dat onderzoek verslag moet worden uitgebracht. Wel moet de rechter een onafhankelijke deskundige benoemen. Dat is een overbodige mededeling als artikel 198 lid 1 Rv van toepassing zou zijn: dat artikel schrijft al voor dat de deskundige zijn taak onpartijdig moet volbrengen.

De vraag rijst of de bij het pre-insolventieakkoord vereiste snelheid is gebaat bij deze (nieuwe) opzet van een deskundigenregeling. Allerlei (standaard)vervolgvragen die de benoeming van een deskundige ex artikel 376 Fw oproept (hoor en wederhoor, formulering vragen en opdracht, honorering, voorschot) dienen op basis van de WHOA van geval tot geval te worden beantwoord, terwijl de artikelen 194 e.v. Rv al antwoord op die vragen geven. Het ligt voor de hand dat de rechtbank bij de invulling van artikel 376 lid 3 Fw aansluiting zal zoeken bij de regeling van het deskundigenbericht, maar daarmee is niet gezegd dat die zoektocht zal leiden tot eenheid in rechtspleging. Bovendien wordt het proces door 'maatwerk in standaardsituaties' onnodig vertraagd. Het pre-insolventieakkoord is dan ook niet gebaat bij een nieuw type deskundige. Het verdient de voorkeur om in artikel 376 lid 3, de artikelen 194 e.v.

Rv van overeenkomstige toepassing te verklaren, althans delen daarvan: de bemoeienis van partijen met de benoeming van en de opdracht aan de deskundige dient tot een absoluut minimum te worden beperkt ter voorkoming van (pogingen tot) vertraging.

Artikel 377 Fw [Maatwerkbepaling]
Waarom kan een schuldeiser de rechter niet vragen om voorlopige voorzieningen te treffen? Voorts is het bevreemdend dat van een beslissing als deze wel hoger beroep openstaat, en tegen een beschikking ex artikel 381 lid 1 niet.

Artikel 380 Fw [Bepaling terechtzitting waarop de rechtbank de homologatie zal behandelen] en artikel 381 Fw [Homologatie]
Onder het kopje 'Beperkte rol van de rechtbank bij homologatie' in het advies zijn deze artikelen reeds inhoudelijk besproken.