VNO NCW

MKB Nederland

Zijne Excellentie
Drs. S. Dekker
Minister voor Rechtsbescherming
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

Briefnummer
17/11.168/SvD/Ha

Onderwerp
Commentaar van VNO-NCW en MKB-Nederland op het concept-wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (WHOA)

Den Haag
30 november 2017

Telefoonnummer
070 3490418

E-mail
[illegible]

Excellentie,

VNO-NCW en MKB-Nederland hebben met interesse kennisgenomen van het concept-wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (WHOA).

De WHOA bevat, net als haar voorganger het eerder ter consulatie aangeboden voorontwerp Wet continuïteit ondernemingen II, een in de Faillissementswet op te nemen regeling die het mogelijk maakt om buiten het faillissement een dwangakkoord op te leggen ter herstructurering van schulden en het voorkomen van een surceance van betaling of faillissement. VNO-NCW en MKB-Nederland hebben op 11 december 2014 uitgebreid gereageerd op het voorontwerp WCO II en maken ook graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op het nieuwe concept-wetsvoorstel.

Het wetsvoorstel moet ertoe leiden dat het reorganiserend vermogen van levensvatbare ondernemingen wordt versterkt. Dit voorkomt onnodige faillissementen van op zich levensvatbare ondernemingen die als gevolg van een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, wat in het belang is van alle bij de onderneming betrokken partijen.

Voorkomen moet worden dat schuldenaren de regeling oneigenlijk kunnen gebruiken om hun schulden te saneren. Dit is nu nog onvoldoende het geval. Voor een goede toepassing van het onderhandse dwangakkoord dient een aantal verbeteringen in het voorstel te worden opgenomen.

- Er dient een expliciete voorwaarde voor toepassing van deze wet te worden opgenomen dat aannemelijk moet worden gemaakt dat (alle) schuldeisers bij een akkoord meer zullen ontvangen dan wanneer dezelfde onderneming eenvoudig failliet zou gaan.
- Er moeten adequate waarborgen zijn dat geen misbruik kan worden gemaakt van de regeling. Daarom is een prominentere rol van een onafhankelijke toezichthouder gewenst (de monitor).
- Schuldeisers die niet tegen het akkoord hebben gestemd, moeten niet automatisch al hun rechten verliezen om tijdens de procedure in hoger beroep te gaan. Beroep moet open blijven staan voor schuldeisers die aannemelijk kunnen maken dat zij niet correct of tijdig door de schuldenaar zijn geïnformeerd over het akkoord of redelijkerwijs niet de gelegenheid hebben gehad om tijdig hun stem uit te brengen.
- De wederpartij die verplicht wordt door te gaan met het leveren van goederen of diensten mag hiervan geen nadeel ondervinden. Het moet worden geborgd dat zij volledig worden betaald voor de door hen te leveren goederen of diensten en dat deze doorlevering van essentieel belang is voor het voortbestaan van de onderneming.
- De rechter moet een mogelijkheid hebben ambtshalve een homologatie van een onderhands akkoord te weigeren indien er zwaarwegende redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten. Hij moet dan niet volledig afhankelijk zijn van het tegenstemmen van één of meer crediteuren zoals het conceptwetsvoorstel nu lijkt voor te schrijven.
- Er dient te worden aangegeven hoe de rechter kan vaststellen of de schuldenaar al zijn schuldeisers heeft benaderd en of zij inderdaad al dan niet akkoord zijn gegaan. Dit kan bijvoorbeeld door de brief van de schuldenaar te laten overhandigen bij deurwaardersexploot (waarbij een bepaalde tariefstelling kan worden bepaald) of door een ontvangstbevestiging te vragen van de crediteur of aandeelhouder.
- Het gelijktrekken van het begrip schuldenaar en het begrip deskundige waarmee de regeling van overeenkomstige toepassing is op deze deskundige, heeft als gevolg dat ook de deskundige na verwerping van een akkoord of weigering van homologatie door de rechter gedurende 3 jaar niet opnieuw met een akkoord aan de slag kan. Dat zal niet de bedoeling zijn.
- De regeling zou niet van toepassing moeten zijn op een schuldenaar die hoofdelijk aansprakelijk is gesteld wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur bij faillissement, tenzij niet de ondernemer maar een door de rechtbank benoemde deskundige de regie heeft.
- In het conceptwetsvoorstel ontbreekt een evaluatiebepaling.

In de bijlage treft u meer een specifiek, artikelsgewijze commentaar op de voorgestelde regeling.

Graag verzoeken wij u bovengenoemde punten en het nadere artikelsgewijze commentaar bij de verdere besluitvorming te betrekken en het uiteindelijke wetsvoorstel aan te passen.

Tot een nadere toelichting zijn wij uiteraard graag bereid.

Hoogachtend,

Mr. J.M. Lammers
Directeur Economische Zaken

ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR WHOA

Voorafgaand:

Er zou meer duidelijkheid moeten worden gegeven over wie (als monitor) met toezicht zou kunnen worden belast (bijvoorbeeld een curator) en wie als deskundige zou kunnen worden benoemd (bijvoorbeeld een accountant), afhankelijk van de bijzonderheden van het geval.

Artikel 3d

- **De mogelijkheid om schorsing te vragen teneinde een akkoord aan te bieden, dient onder voorwaarden te worden verruimd.**

Toelichting

Het ligt voor de hand dat menig schuldenaar die wordt geconfronteerd met een faillissementsaanvraag de mogelijkheid van een akkoord zal willen onderzoeken, zeker nu de regeling afwijkt van het gerechtelijk akkoord in surseance en faillissement. De kans op succes van een akkoord lijkt gediend met een gedegen voorbereiding, niet met een voorstel dat onder druk van een faillissementsaanvraag tot stand is gekomen. Om deze reden lijkt het verstandig om de schorsing van twee maanden in de zin van art. 3d ook mogelijk te maken voor een schuldenaar die aankondigt een akkoord te willen aanbieden. Uiteraard moet misbruik van deze mogelijkheid worden voorkomen, dus de rechter moet niet lichtvaardig tot schorsing van de behandeling van de aanvraag overgaan.

De rechter kan een verzoek tot schorsing alleen dan toewijzen indien in ieder geval aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- De schuldenaar heeft aannemelijk gemaakt dat hij aan de lopende verplichtingen kan voldoen;
- Er wordt ambtshalve (volgens art. 377) een toezichthouder of deskundige aangesteld;
- Er is aannemelijk gemaakt dat de schorsing in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers.

De schuldenaar mag het akkoord namelijk niet gebruiken om een faillissement onnodig langer af te wenden.

Artikel 47

- **Het huidige artikel 47 Fw. hoeft niet te worden gewijzigd.**

Toelichting

Ook thans komt het in de praktijk regelmatig voor dat de behandeling van een faillissementsaanvraag door de rechter wordt aangehouden voor een aantal weken (de rechtspraak hanteert een termijn van maximaal 8 weken). Vanwege het feit dat de zitting niet openbaar is, is de kring van personen die wetenschap van de faillissementsaanvraag heeft beperkt. Er lijkt dus geen grote noodzaak om dit artikel te wijzigen. Een generieke 'vrijstelling' van artikel 47 brengt het risico van misbruik met zich. In die gevallen waarin deze problematiek speelt kan de bepaling van art. 377 uitkomst bieden waarmee de rechter een maatwerkoplossing kan bieden.

Artikel 369

- **Volgens lid 9 blijven de rechten van de werknemers intact – van alle andere partijen worden offers gevraagd.**

Toelichting

We begrijpen dat omwille van de voortgang van het wetsvoorstel hiervoor is gekozen. Het ministerie van J&V heeft eerder aangegeven in WCO III (of welke benaming dit wetsvoorstel ook zal krijgen) dat de positie van de werknemers verder zal worden onderzocht. Het is echter moeilijk te begrijpen dat van alle partijen offers worden gevraagd om een bedrijf van faillissement te behoeden, behalve van de werknemers van deze onderneming. Ingevolge art 7:611 BW mogen van werknemers in het kader van goed werknemerschap onder omstandigheden redelijke loonoffers of aanpassingen van secundaire arbeidsvoorwaarden worden gevraagd[1]. Dit zou in de WHOA nader kunnen worden geduid met het oog op het collectieve maatschappelijk belang dat gemoeid is met continuïteit van de betreffende onderneming.

- **Hoe verhoudt zich de termijn van het adviesrecht van de WOR met dit wetsvoorstel?**

Wat betreft het adviesrecht van de Ondernemingsraad meldt de MvT dat mocht het bredere reorganisatietraject waar het akkoord onderdeel van zou kunnen uitmaken (vaak zal dat het geval zijn) een besluit waarover de OR adviesrecht heeft omvatten, de OR op basis van artikel 25 WOR in de gelegenheid gesteld zal moeten worden om zich daarover door een advies uit te spreken. Er wordt vervolgens gesteld dat het in de rede ligt dat de onderneming tijdig advies aanvraagt. Dit zou met zich mee kunnen brengen

[1] Zie o.a. HR 26 juni 1998, NJ 1998/767 en HR 11 juli 2008, JAR 2008/204

dat indien de schuldenaar het akkoord voorlegt en dan ook pas de OR om advies vraagt, er een maand moet worden gewacht voordat het akkoord kan worden uitgevoerd. Onduidelijk is ook waarover het adviesrecht geldt. Over de voorstellen aan de schuldeisers of over het akkoord dat ter homologatie aan de rechter wordt voorgelegd of het reeds gehomologeerde akkoord?
Naar analogie van het arrest van de Hoge Raad inzake DA[2] zou moeten worden bepaald dat er mag worden afgeweken van bepaalde formele vereisten waaronder verkorting van de beslistermijnen.

- **Lid 8 van art. 369 dient te worden aangepast: Indien de rechtbank een deskundige benoemt als bedoeld in artikel 371, eerste lid, is het in deze afdeling ten aanzien van de schuldenaar bepaalde van overeenkomstige toepassing op die deskundige, met uitzondering van het bepaalde in artikel 369 lid 10.**

Toelichting

Wij ondersteunen de mogelijkheid die in artikel 371 lid 2 is opgenomen dat de rechtbank op een verzoek van een schuldeiser een deskundige kan benoemen om de schuldenaar zo alsnog een akkoord te laten aanbieden. Art. 369 lid 10 lijkt dit echter te verbieden. Daarom is een uitzondering noodzakelijk die zou moeten worden opgenomen in de tekst van lid 8.

Ook kan het begrip schuldenaar, uitgelegd als deskundige, als consequentie hebben dat een deskundige ook drie jaar lang geen akkoord zou mogen aanbieden voor een andere schuldenaar. In die zin is mogelijk onvoldoende nagedacht bij het gelijktrekken van het begrip deskundige en schuldenaar.

- **In lid 10 moet worden opgenomen dat er geen akkoord kan worden aangeboden indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur.**

In lid 10 moet een verwijzing worden opgenomen naar art. 2:248 BW zodat er geen akkoord kan worden aangeboden indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur bij faillissement met als gevolg hoofdelijke aansprakelijkheid van een bestuurder.

- **In de wettekst moet worden opgenomen, dat een schuldenaar die in de afgelopen drie jaar zijn jaarrekening te laat heeft gedeponeerd (vgl. art. 2:248 jo. 394 BW), een schuldenaar ten aanzien van wiens laatste jaarrekening een afkeurende verklaring is afgegeven (art. 2:393 lid 6 sub c BW), of een schuldenaar wiens jaarrekening (gedeeltelijk) is vernietigd door de**

---

2 ECLI:NL:HR:2017:982

Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam, niet dient te worden toegelaten tot deze regeling.

Toelichting

Dit kan toegevoegd worden aan lid 10. De betrokkenheid van de rechter bij de regeling is beperkt, zodat het te billijken is dat aan de betrouwbaarheid van de schuldenaar strenge eisen worden gesteld.

Artikel 371

- **Het toepassingsbereik van deze bepaling dient te worden verruimd, zodat de rechtbank op verzoek van zowel een schuldeiser als de schuldenaar een deskundige kan benoemen die een akkoord kan aanbieden namens de schuldenaar, tenzij dit niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is.**

Toelichting

Wij onderschrijven het uitgangspunt dat de schuldenaar in beginsel zelf het initiatief neemt om een akkoord tot stand te brengen. Dit uitgangspunt wordt niet tekort gedaan door de verruimde bevoegdheid van een schuldeiser om een verzoek tot benoeming van een deskundige te doen. De rechter behandelt zo'n verzoek overeenkomstig artikel 371 lid 5 in raadkamer. Indien de schuldenaar gegronde bezwaren heeft, wijst de rechter het verzoek af. Indien de schuldenaar aangeeft liever zelf een akkoord te willen aanbieden, staat het de rechter vrij om hem daarvoor gedurende een bepaalde termijn in de gelegenheid te stellen en het verzoek van de schuldeiser aan te houden. Zijn er echter goede gronden om het verzoek van de schuldeiser toe te wijzen, dan moet de rechter daar de vrijheid toe hebben.

Het lijkt ons daarnaast goed dat ook de schuldenaar de mogelijkheid krijgt om een deskundige te laten aanstellen. Een akkoord dat wordt ondersteund door een deskundige zal wellicht eerder worden geaccepteerd door een schuldeiser omdat deze dan meer betrouwbaarheid krijgt over de financiële positie van de schuldenaar.

Wij verwachten dat deze discussie in de praktijk zal opkomen tijdens de behandeling van een faillissementsaanvraag op verzoek van een schuldeiser, waarbij de schuldenaar om uitstel van de behandeling vraagt, om alsnog de gelegenheid te kunnen krijgen om een akkoord aan te bieden. Niet zelden zal het in dat spanningsveld geraden zijn om een afkoelingsperiode te gelasten en andere voorzieningen te treffen, hetgeen onzes inziens ook de aanstelling van een toezichthouder noodzakelijk maakt. In deze zin dient ook artikel 377 te worden aangepast.

Artikel 372

- **Deze bepaling dient slechts betrekking te hebben op de overeenkomst die door of ten laste van de schuldenaar voldaan moeten worden en niet op een overeenkomst strekkende tot een dulden of niet doen door de schuldenaar.**
- **Een voorstel tot aanpassing van de overeenkomst behoort geen voorwaarde te zijn voor de bevoegdheid tot opzegging.**
- **De opzegging zou voorts voorwaardelijk moeten zijn en dus slechts rechtsgeldig mogen zijn, indien er een akkoord tot stand komt, dat verbindend is voor de vordering van de schuldeiser die voortkomt uit de opzegging.**

Toelichting

Het verdient aanbeveling om in de wet en de memorie van toelichting te verduidelijken welke overeenkomsten de wetgever precies op het oog heeft. Deze bepaling kan in haar huidige vorm (te) verstrekkende gevolgen hebben. Behoudens de arbeidsovereenkomst (art. 369 lid 9) wordt immers geen enkele overeenkomst uitgezonderd. Daarmee lijkt het voor de schuldenaar ook mogelijk om overeenkomsten op te zeggen voor beëindiging waarvan thans een rechterlijke uitspraak nodig is, zoals bij de beëindiging van een huurovereenkomst door een verhuurder (artikel 7:272 lid 2 BW). Ook lijkt mogelijk dat een schuldenaar een geheimhoudingsovereenkomst of non concurrentiebeding waartoe hij zich heeft verplicht, opzegt. Een dergelijke ruime bevoegdheid is onzes inziens onredelijk benadelend voor de betrokken contractspartij en gaat ons te ver. Wij wijzen in dit verband op de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 11 juli 2014, NJ 2014/407 (ABNAMRO/Berzona) waarin ook een onderscheid is gemaakt tussen de verbintenissen strekken tot betalen c.q. doen en die tot dulden c.q. niet-doen.

De schuldenaar kan ook zonder een wettelijke bevoegdheid daartoe altijd een voorstel tot wijziging doen aan zijn contractspartij, het is aan zijn contractspartij om dat te accepteren of niet. Om aan de bevoegdheid tot opzegging de voorwaarde te verbinden eerst een voorstel tot wijziging te doen, lijkt ons overbodig. Dat wordt een zinloos ritueel, als het de schuldenaar simpelweg te doen is om opzegging.

Artikel 372 dient het derhalve niet mogelijk te maken om overeenkomsten op te zeggen die strekken tot een niet-doen door de schuldenaar, zoals geheimhoudingsverplichtingen en concurrentiebedingen of waarin de wederpartij nakoming krijgt zonder dat de schuldenaar dat kan verhinderen, zoals overeenkomsten waarbij de schuldenaar verhuurder of licentiegever is.

Het gaat ook te ver om de opzegging mogelijk te laten zijn in het geval er uiteindelijk geen akkoord tot stand komt, waaraan de betreffende schuldeiser is gebonden.

- **Lid 3 kan leiden tot ongewenste doorleveringsverplichtingen voor derden die daarmee, zonder dat daar een vergoeding tegenover staat, in een zeer slechte**

positie komen, slechter dan de andere schuldeisers.

Toelichting

Uitgangspunt moet zijn dat contractspartijen die verplicht worden door te gaan met het leveren van goederen of diensten daar geen nadeel van ondervinden. Dat een bouwbedrijf of accountant niet kan eisen dat nog openstaande facturen worden betaald voordat hij zijn opdracht afmaakt, is een vergaande inperking van hun rechtspositie. Er moet geen misverstand over kunnen bestaan dat zij wel volledig worden betaald voor de toekomstige goederen of diensten die moeten worden geleverd na het aanbieden van het akkoord. Het kan niet zo zijn dat zij geen betaling daarvoor kunnen afdwingen door het nieuwe artikel 372. De wettekst dient daarom zo te worden aangepast dat doorlevering alleen kan worden verplicht, indien:

- het voortbestaan van de onderneming ervan afhangt;
- gewaarborgd is dat de door te leveren goederen of diensten worden betaald;
- de wederpartij de 'doorlevering' van goederen of diensten direct kan opschorten indien daarvoor geen betaling volgt.

Overigens speelt hier ook de Beklamelnorm een rol. Indien de schuldenaar een akkoord aanbiedt dat ook de wederkerige overeenkomst / leverancier raakt terwijl hij kan weten dat hij niet de verplichtingen kan nakomen, dan kan hij aansprakelijk worden gesteld door de schade van de wederpartij.

Artikel 373

De MvT dient meer handvatten te geven voor de klassenindeling. Wij denken daarbij o.a. aan het volgende:

- **Leningen van aandeelhouders- en overige intercompanyleningen dienen in een aparte klasse te worden ingedeeld.**
- **De groep van schuldeisers wiens vordering voortkomt uit de opzegging op de voet van artikel 372 dient te worden beschouwd als een aparte klasse in de zin van artikel 373.**

Toelichting

Aandeelhouders en gelieerde partijen hebben doorgaans andere (vaak grotere) belangen bij een akkoord dan externe partijen. Zij behoren daarom in een andere klasse te worden ingedeeld.

Ook de belangen van een schuldeiser met een vordering voortkomend uit de opzegging op de voet van artikel 372 wijken af van die van de overige schuldeisers en de (contractuele) rechten die zij verliezen niet louter van financiële aard zullen zijn.

Daarom moet in de MvT bij het artikelsgewijze commentaar van dit artikel worden opgenomen dat er ook sprake moet zijn van een redelijke klassenindeling. Daarbij is niet het akkoord leidend voor de indeling maar de (ongelijke) belangen van de schuldeisers. Dat betekent in ieder geval een aparte klasse voor leningen van aandeelhouders maar ook een aparte klasse voor vorderingen die voortvloeien uit door de schuldenaar op de voet van art. 372 opgezegde wederkerige overeenkomsten.

Artikel 374

- **Bij de informatie dient tevens te worden gevoegd:**
    - **een verklaring van de schuldenaar dat naar zijn beste weten de verstrekte informatie juist en volledig is en dat er geen informatie is achtergehouden die de schuldeisers nodig hebben om een geïnformeerd besluit over het akkoord te nemen;**
    - **een opgave van alle schuldeisers die van het akkoord zijn uitgezonderd en de reden hiervan;**
    - **een korte beschrijving van de wettelijke bevoegdheden die schuldeisers hebben, inclusief een waarschuwing dat zij bepaalde rechten (kunnen) verliezen door niet (tegen) te stemmen.**
    - **Aanpassing van art. 374 lid 1 onder c: Een onderbouwing van het waarom de waarde bij een akkoord hoger is dan de waarde bij een vereffening met verwijzing naar de gehanteerde waarderingsgrondslagen. Deze moeten bovendien worden gevalideerd door een deskundige.**

Toelichting

De verklaring omtrent de juistheid en volledigheid helpt om buiten twijfel te stellen dat het een onrechtmatige daad oplevert jegens de schuldeiser indien de verstrekte informatie misleidend is. Wellicht is het een gedachte om hierbij aan te sluiten bij de regeling van artikel 6:194 BW.

Wat betreft art 374 lid 1 onder c: schuldeisers moeten niet tot een akkoord worden gedwongen met een lagere waarde dan bij vereffening. We wijzen hierbij ook op de in art. 8 lid 1 van de in behandeling zijnde EU richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsel en een tweede kans voorgestelde minimum aan vereiste gegevens.

Artikel 375

- **De rechtbank dient tevens de mogelijkheid te hebben om op verzoek van de schuldenaar of de aanvrager van het faillissement een afkoelingsperiode af te kondigen, indien de rechtbank:**

  - **de behandeling van een faillissementsaanvraag opschort vanwege het feit dat een schuldenaar stelt een akkoord te willen aanbieden;**
  - **een deskundige benoemt op de voet van artikel 371.**
- **Bij het gelasten van een afkoelingsperiode *dient er* (via de weg van artikel 377) een monitor aangesteld te worden, *tenzij* de rechter ervan overtuigd is dat het belang van de schuldeisers daarmee niet is gediend.**
- **Tevens moet in het artikel worden opgenomen dat moet worden aannemelijk gemaakt dat de schuldenaar de lopende betalingsverplichtingen (waarbij moet worden toegelicht dat daar dus ook de wederkerige overeenkomsten onder vallen van bijvoorbeeld vaste / onmisbare leveranciers) kan voldoen en kan betalen voor de diensten die hij laat verrichten.**

Toelichting

Indien schuldeisers vernemen dat er door hun schuldenaar een akkoord wordt aangeboden, ligt voor de hand dat zij waar mogelijk hun rechten zullen proberen uit te oefenen voordat zij door het akkoord worden geraakt. Het is daarom verstandig en praktisch om de rechter de bevoegdheid te geven een afkoelingsperiode te gelasten indien tijdens een zitting blijkt dat de schuldenaar of een van diens schuldeisers een akkoord wil aanbieden.

Een monitor moet erop toezien dat de belangen van de schuldeisers gedurende de afkoelingsperiode niet worden geschaad en de rechtbank inlicht wanneer er gronden zijn om de afkoelingsperiode of de schorsing op te heffen of daaraan nadere voorwaarden te verbinden. Tevens kan een monitor in het voorkomende geval advies aan de rechtbank uitbrengen over de vraag of het akkoord moet worden gehomologeerd. Het zal beter zijn voor de acceptatie van dit wetsvoorstel als er ambtshalve direct toezicht wordt gevraagd. De schuldenaar heeft dan ook een prikkel om het voorstel goed voor te bereiden en het zorgt voor transparantie.
Het is dan vervolgens aan de rechter of hij geen monitor aanstelt indien hij ervan is overtuigd dat het belang van de schuldeisers daarmee niet is gediend.

Zie ook onze toelichting bij art 372 lid 3.

Artikel 376

- **Niet alleen de schuldenaar maar ook de schuldeiser en de aandeelhouder moeten de rechter kunnen verzoeken te beslissen over een geschil en andere voor een akkoord relevante kwesties.**

Toelichting

Ook de schuldeiser en de aandeelhouder kunnen gerechtvaardigde redenen hebben om een geschil aan de rechter voor te leggen. Daaraan moet uiteraard de eis worden gesteld

dat zij dan wel het redelijkerwijs aannemelijk dienen te maken dat zij in hun belangen zijn geschaad. Dit is bijvoorbeeld het geval indien bepaalde schuldeisers al dan niet bewust worden (onredelijk) bevoordeeld door de klassenindeling.

De belanghebbenden dienen de reële mogelijkheid te hebben om aan deze procedure deel te nemen of de beslissing aan te vechten indien deze genomen is zonder dat zij de gelegenheid hebben gehad om daarover te worden gehoord.

Artikel 377

- **De monitor dient een onderzoek in te stellen naar mogelijke weigeringsgronden in de zin van artikel 381 lid 3 en 4, waarbij ook past dat hij beoordeeld of er in het voortraject van het akkoord rechtshandelingen hebben plaatsgevonden die bepaalde schuldeisers hebben bevoordeeld of de gezamenlijke schuldeisers hebben benadeeld.**
- **Wij vinden dat ook een schuldeiser of aandeelhouder bevoegd zou moeten zijn om de aanstelling van een monitor te verzoeken.**

Toelichting

De mogelijkheden van toezicht door een monitor zijn veel te beperkt en moeten duidelijker in de wet worden geregeld. De voorgestelde regeling heeft thans te weinig mogelijkheden om misbruik/oneigenlijk gebruik te voorkomen, zoals dat in het zicht van een akkoord bepaalde schuldeisers worden bevoordeeld. Daarom moet ook een schuldeiser om de aanstelling van een monitor kunnen verzoeken. Uiteraard staat het de rechter vrij om een verzoek van een schuldeiser of aandeelhouder af te wijzen als zij niet redelijkerwijs aannemelijk kunnen maken dat zij in hun belang zijn geschaad.

Artikel 378

- **Voorkomen moet worden dat een klein aantal schuldeisers met (zeer) grote vorderingen een grote groep rechteloos maakt. Dit moet dan ook een reden zijn om een homologatie te weigeren.**

Toelichting

Wij pleiten ervoor dat in de memorie van toelichting tot uitdrukking wordt gebracht dat onevenredigheid tussen het aantal voorstemmers en het aantal tegenstemmers een zwaarwegende reden kan zijn om de homologatie op de voet van art. 381 lid 23 sub h te weigeren.

Artikel 380

- **De bevoegdheid van verzet tegen het akkoord van art. 381 lid 3 dient wat ons betreft te worden toegekend aan alle schuldeisers die aannemelijk maken dat zij niet correct of tijdig door de schuldenaar zijn geïnformeerd over het akkoord of redelijkerwijs niet de gelegenheid hebben gehad om tijdig hun stem uit te brengen.**

Toelichting

Schuldeisers dienen niet lichtvaardig rechteloos gemaakt te worden, zeker niet als zij geen reële mogelijkheid blijken te hebben gehad om hun rechten uit te oefenen. De voorgestelde regeling maakt mogelijk dat een schuldeiser, zonder dat hij de kans heeft gehad om te stemmen over een akkoord, zijn recht verliest om daartegen bezwaar te maken. Daarmee wordt een te grote inbreuk op de rechten van schuldeisers gepleegd. Het is goed denkbaar dat de schuldenaar niet weet dat zij economisch gerechtigd zijn tot de vordering waardoor zij niet door hem worden geïnformeerd dat er een akkoord is aangeboden en dat pas te laat vernemen. Dit geldt bijvoorbeeld voor factormaatschappijen of kredietverzekeraars.

Zie verder ons commentaar bij art. 381 inzake het bereiken van de schuldeiser..

Overigens spreekt de MvT in het algemene deel onder paragraaf 3.4 over 380 lid 4 maar dat lid is in de wetstekst niet te vinden.

Artikel 381

- **Indien blijkt van bevoordeling van bepaalde schuldeisers en/of benadeling van de gezamenlijke schuldeisers van schuldeisers door de schuldenaar in het voortraject van het akkoord, dient homologatie geweigerd te worden.**

Toelichting

Zie commentaar bij art. 377.

- **In art. 381 lid 2 moet na de eerste zin worden opgenomen dat de nakoming van het akkoord is gewaarborgd.**

Toelichting

Hiermee wordt de nakoming met een sanctie bijgestaan. Indien de nakoming van het akkoord niet kan worden gewaarborgd is homologatie van een akkoord simpelweg niet gerechtvaardigd.

- **Om aan het oordeel van de rechter waarde toe te kennen moet de rechter een homologatie ambtshalve kunnen weigeren indien er zwaarwegende redenen zijn zoals in lid 3 onder h genoemd.**

Toelichting

- De rol van de rechter lijkt in het conceptwetsvoorstel wel erg te worden beperkt. Indien een rechterlijke toets wordt gevraagd moet deze ook een waarde hebben en moet de rechter niet volledig afhankelijk zijn van het tegenstemmen door een crediteur die tevens een verzoek bij de rechter indient. De rechter moet een mogelijkheid hebben ambtshalve een homologatie te weigeren indien er zwaarwegende redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.

  Daarom moet in artikel 381 een extra lid worden ingevoegd na lid 2 waarin staat: '*De rechter kan de homologatie weigeren indien er zwaarwegende redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.*'

- **Er moet een waarborg worden opgenomen voor de ontvangst van de crediteur van het aangeboden akkoord of van de beschikking (artt. 378 lid 1 en 380 lid 1)**

Toelichting

Het wetsvoorstel geeft in art. 381 lid 2 niet aan hoe de rechter onderzoekt of de schuldenaar al zijn schuldeisers heeft benaderd en of zij inderdaad al dan niet akkoord zijn gegaan. Hoe staat vast dat de door de schuldenaar verzonden mail of brief daadwerkelijk door een crediteur is ontvangen?
Dit kan door de brief te laten overhandigen bij deurwaardersexploot (waarbij een bepaalde tariefstelling kan worden bepaald). Of een bevestigingsontvangst van de crediteur of aandeelhouder waarin hij aangeeft dat hij het ontvangen heeft.

- **In artikel 381 lid 6 is opgenomen dat er geen hoger beroep open staat behoudens de mogelijkheid van cassatie in het belang van de wet. Hoe verhoudt dit artikel zich tot de voorstellen van de Europese Commissie in de op dit moment in behandeling zijnde wijzigingsvoorstellen van de richtlijn 2012/30/EU?**

Toelichting

Artikel 15 van de richtlijnvoorstellen meldt:

De lidstaten zorgen ervoor dat tegen een door een gerechtelijke instantie gegeven beslissing over de bevestiging van een herstructureringsplan, hoger beroep kan worden ingesteld bij een hogere gerechtelijke instantie, en dat tegen een door een administratieve instantie genomen besluit over de bevestiging van een herstructureringsplan beroep kan worden ingesteld bij een gerechtelijke instantie.

2. *Een beroep of hoger beroep wordt zo snel mogelijk afgehandeld.*
3. *Een beroep of hoger beroep tegen een besluit of beslissing tot bevestiging van een herstructureringsplan heeft geen schorsende werking op de uitvoering van dat plan.*
4. *De lidstaten zorgen ervoor dat wanneer een in lid 3 bedoeld beroep of hoger beroep wordt toegewezen, de gerechtelijke instantie:*
   (a) hetzij het herstructureringsplan kan nietig verklaren;
   (b) hetzij het plan kan bevestigen en de niet-instemmende crediteuren een financiële vergoeding kan toekennen, te betalen door de debiteur of de crediteuren die voor het plan stemden.

De instantie waarbij het hoger beroep kan worden ingediend zou de Ondernemerskamer kunnen zijn. Het centreren van de hoger beroepsmogelijkheid bevordert ook de rechtseenheid.
De niet schorsende werking kan een bezwaar tegen mogelijkheden van een hoger beroep wegnemen. Indien de richtlijn wordt vastgesteld conform het huidige voorstel, dan zou dat betekenen dat de Nederlandse wetgeving weer zal moeten worden aangepast.

Artikel 384

- **Indien een akkoord toerekenbaar niet wordt nagekomen jegens een schuldeiser dient de schuldeiser het akkoord te kunnen ontbinden zodat zijn oorspronkelijke vordering herleeft.**

Toelichting

Indien een schuldenaar een akkoord dat verbindend wordt verklaard niet nakomt en vervolgens failliet gaat, dient de schuldeiser het recht te hebben om voor zijn volledige oorspronkelijke vordering in het faillissement op te komen.

Overige opmerkingen

Herstructureringslasten

- **De verdeling van herstructureringslasten kunnen wellicht zeer onredelijk zijn voor concurrente schuldeisers en daarom dient de verdeling daarvan in de MvT te worden aangepast in die zin dat deze lasten met gelijke percentages worden verdeeld als de uiteindelijke uitkeringen. Dus indien zij 0% uitgekeerd krijgen zijn de kosten van de herstructurering voor hen ook 0, -.**

In het conceptwetsvoorstel worden de herstructureringslasten niet vermeld maar in de MvT komen de verdeling van deze herstructureringslasten herhaaldelijk aan de orde in die zin dat de lasten die met de totstandkoming van het akkoord zijn gemoeid, eerlijk moeten worden verdeeld. Zie bijvoorbeeld in het algemeen deel onder 3 – 3.1 en 3.4 en in de artikelsgewijze toelichting onder de artt. 370 lid 1, 373 en 381 lid 4. Niet duidelijk is wat wordt verstaan onder een eerlijke verdeling. Er zou sprake kunnen zijn van onwenselijke gevolgen voor met name de concurrente schuldeisers waaronder MKB-bedrijven. Overwegend delen zij niet mee in de uitkeringen of enkel met een miniem percentage van hun uitstaande vordering. De MvT geeft geen duidelijkheid of zij, ondanks dat zij niets van hun vordering terugzien, toch moeten meebetalen aan een akkoord waarvan alleen de gesecuriseerde schuldeisers of preferente schuldeisers een zeker profijt hebben. Deze onduidelijkheid zou kunnen worden ondervangen door de verdeling afhankelijk te laten zijn van een percentage van de uitkering.

EU Verordening Marktmisbruik

- **Het is niet duidelijk in hoeverre, wat betreft de artikelen die de positie van de aandeelhouders aangaan, is onderzocht of de bepalingen in dit Wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord conform de regels van de rechtstreeks van toepassing zijnde EU Verordening Marktmisbruik zijn. Daarin zijn verplichtingen voor aandeelhouders in opgenomen die wellicht geraakt kunnen worden door de bepalingen van dit wetsvoorstel.**

Opnemen evaluatiebepaling noodzakelijk

- **Het is van belang een evaluatiebepaling op te nemen in het wetsvoorstel om te zien hoe de werking van het wetsvoorstel uiteindelijk is op de positie van de schuldeisers en de schuldenaar.**