No.W16.18.0319/II 's-Gravenhage, 1 april 2019

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 18 oktober 2018, no.2018001852, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt ertoe een regeling in te voeren op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de herstructurering van schulden kan goedkeuren (homologeren). De homologatie betekent dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Zij die niet met het akkoord hebben ingestemd, kunnen toch aan het akkoord worden gebonden als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde eisen voldoet.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar acht op de volgende onderdelen een dragende motivering of aanpassing van het voorstel aangewezen. In de eerste plaats adviseert zij in de toelichting nader in te gaan op de betekenis van het wetsvoorstel voor de praktijk, en daarbij ook de positie van het midden- en kleinbedrijf (MKB) als crediteur te betrekken. Daarnaast adviseert de Afdeling te voorzien in een gespecialiseerde rechtbank of kamer voor de behandeling van homologatieverzoeken. Tot slot adviseert de Afdeling aandacht te besteden aan de bijzondere positie van de kleine MKB-onderneming als schuldenaar en aan de vergoeding van de kosten van de deskundige.

1. Achtergrond en doelstelling voorstel

Het voorstel Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) is bedoeld voor ondernemingen die op zichzelf rendabel zijn, maar door een te zware schuldenlast of te hoge structurele kosten een sanering van schulden en verplichtingen nodig hebben om te voorkomen dat zij in surseance van betaling of faillissement komen. Voor die situatie maakt het voorstel het mogelijk dat de rechtbank een akkoord over het herstructureren en saneren van schulden goedkeurt. Door de goedkeuring worden alle schuldeisers en aandeelhouders van de onderneming gebonden aan de inhoud van het akkoord, ook degenen die tegen hebben gestemd. Vorderingen en andere rechten van werknemers op grond van arbeidsovereenkomst blijven van rechtswege buiten het akkoord.

In Nederland ontbreekt een wettelijke regeling voor een dwangakkoord buiten faillissement. Op dit moment kan een onderhands schuldsaneringsakkoord alleen tot stand komen als alle betrokken vermogensverschaffers daarmee instemmen. Elke individuele vermogensverschaffer heeft daardoor een prikkel om instemming te weigeren om daarmee een betere positie voor zichzelf te creëren. Hierdoor is het moeilijk en vaak onmogelijk om tot overeenstemming te komen. Op deze wijze kan het gedrag van één of enkele dwarsliggende crediteuren of aandeelhouders er toe leiden dat de onderneming alsnog failleert, of dat de andere vermogensverschaffers – om een faillissement te voorkomen – een onevenredig deel van de herstructureringslasten voor hun rekening moeten nemen.

Uit de literatuur en uit de reacties op het voorontwerp blijkt dat aan een akkoordregeling buiten surseance of faillissement grote behoefte bestaat.[[1]](#footnote-1) In dat verband wordt onder meer verwezen naar het feit dat talloze bedrijven over de gehele wereld de afgelopen jaren naar het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten zijn gegaan om hun financiële problemen op te lossen. Daar hebben zij gebruik gemaakt van respectievelijk de ‘*Scheme of Arrangement*’ en de ‘*Chapter 11*’-procedure. Hieronder waren ook verschillende Nederlandse bedrijven.[[2]](#footnote-2) Voorts heeft de Europese Commissie eind 2016 een richtlijnvoorstel uitgebracht. Daarin worden de lidstaten verplicht een regeling in te voeren voor een pre-insolventie-akkoordprocedure, onverminderd de mogelijkheid eigen procedures in te voeren.[[3]](#footnote-3) Hierbij speelt onder andere een rol dat als gevolg van de kredietregels van Basel-II de externe financiering door banken van bedrijven daalt. Daardoor zullen deze vaker aangewezen zijn op durfinvesteerders die minder genegen zijn om mee te werken aan herstructurering van levensvatbare bedrijven die zich in financiële moeilijkheden bevinden. Het wetsvoorstel sluit hierbij aan vanuit de gedachte dat de nieuwe mogelijkheid van een dwangakkoord ertoe zal leiden dat schuldeisers minder gauw kunnen overvragen.

Uit de toelichting blijkt dat de ‘*Scheme of Arrangement*’ en de ‘*Chapter 11*’-procedure een belangrijke inspiratiebron zijn geweest voor de WHOA. Vanwege de kosten van een herstructurering in het buitenland, staat deze weg echter alleen voor de grotere bedrijven open. Het wetsvoorstel beoogt een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het midden- en klein bedrijf. In dat verband kent de WHOA een grote mate van flexibiliteit, met de bedoeling partijen de nodige ruimte te bieden om te komen tot een akkoord dat aansluit op de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de WHOA veel aspecten die bij een sanering van een onderneming aan de orde kunnen zijn, niet regelt, maar aan partijen overlaat.

De Afdeling merkt op dat kleine en middelgrote ondernemingen dikwijls niet over de middelen zullen beschikken om de herstructureringskosten te dragen en beroep te doen op professioneel advies. De conclusie lijkt daarom gewettigd dat in eerste instantie vooral grotere bedrijven voor de procedure in aanmerking komen. Weliswaar laat het voorstel de mogelijkheid open dat een akkoord zonder bijstand van een deskundige tot stand komt, maar niet valt uit te sluiten dat een zodanig akkoord minder kans maakt om te worden gehomologeerd. Daar komt bij dat de huidige adviespraktijk van schuldenherstructurering zich vooral op de grotere bedrijven richt. Het zal daarom naar verwachting tijd kosten voordat ook de kleinere bedrijven over voldoende en betaalbare expertise kunnen beschikken. De Afdeling verwacht dan ook dat de grootste winst van het wetsvoorstel voor het MKB aanvankelijk zal bestaan in een verbetering van zijn positie als crediteur (vaak als toeleverancier). In de regel neemt het MKB in een faillissement de positie van concurrente (gewone) crediteur in. Een schuldeiser met een concurrente vordering krijgt als laagst gerangschikte crediteur bij faillissement van zijn schuldenaar in de meeste gevallen geen of slechts een klein gedeelte van zijn vordering uitgekeerd. Uit Amerikaans onderzoek naar de toepassing van ‘Chapter 11’ blijkt echter dat concurrente schuldeisers bij een dwangakkoord gemiddeld 52% van hun vordering ontvangen.[[4]](#footnote-4) Het is daarom waarschijnlijk dat toepassing van de WHOA in ieder geval in indirecte zin de positie van het MKB als crediteur versterkt. Gelet op het feit dat het MKB 99% van alle bedrijven omvat, is dit een belangrijk gegeven.

Tegen deze achtergrond adviseert de Afdeling in de toelichting nader in te gaan op de betekenis van het wetsvoorstel voor de praktijk, en daarbij ook de positie van het MKB als crediteur te betrekken.

2. Positie rechter

Ingevolge het voorstel zijn alle rechtbanken bevoegd om over de homologatie van een onderhands akkoord te oordelen. De positie van de rechter is zeer bepalend in de voorgestelde procedure. In de kern betekent de WHOA dat van de rechter gevraagd wordt om de levensvatbaarheid van een onderneming te beoordelen, in het licht van de vraag of deze een tweede kans verdient. De rechter zal moeten beoordelen of de totstandkoming van een akkoord noodzakelijk is om dreigende insolventie te voorkomen en of het akkoord redelijk is. Bij die laatste vraag gaat het om de waarde die naar verwachting kan worden gerealiseerd als het akkoord tot stand komt. Die waarde is onder meer afhankelijk van de vraag of de onderneming wordt voortgezet, dan wel wordt stopgezet en afgewikkeld buiten faillissement. Bij de totstandkoming van het herstructureringsakkoord kunnen waarderingsvraagstukken (en in het bijzonder grondslagen, uitgangspunten en aannames) dan ook een groot twistpunt zijn tussen de betrokken crediteuren en aandeelhouders. Voorts is van belang dat de schuldenaar niet verplicht is een door een onafhankelijk deskundige opgemaakt waarderingsrapport te overleggen, omdat dit volgens de toelichting voor het MKB een te grote kostenpost zou opleveren en daarmee afbreuk zou doen aan het doel van de regeling. In de consultatie is van verschillende kanten voorgesteld de behandeling van de homologatieverzoeken te beleggen bij één gespecialiseerde rechtbank. Ook overweging 39 van het richtlijnvoorstel besteedt daaraan aandacht, en vermeldt dat

“de lidstaten (erop) moeten toezien dat procedures inzake herstructurering, insolventie en schuldbevrijding op efficiënte wijze en voortvarend kunnen worden afgehandeld. Het oprichten van gespecialiseerde rechtbanken of kamers, of het aanstellen van gespecialiseerde rechters overeenkomstig het nationaal recht betreffende de organisatie van het gerechtelijk apparaat, kan bijvoorbeeld een doeltreffende manier zijn om bovengenoemde doelstellingen te bereiken, net als het concentreren van rechtsmacht in een beperkt aantal rechtelijke of administratieve instanties.”

Het uitgangspunt van de rechtspleging is dat alle rechtbanken alle zaken op kwalitatief goede wijze en zonder vertraging moeten kunnen behandelen. Daarop wordt slechts in bijzondere gevallen een uitzondering gemaakt.[[5]](#footnote-5) De Raad voor de Rechtspraak heeft gelet op dit uitgangspunt in samenwerking met de gerechten een toetsingskader voor wettelijke concentratie ontwikkeld, waarin daarvoor criteria zijn geformuleerd.[[6]](#footnote-6) Wettelijke concentratie wordt wenselijk geacht indien voor de behandeling van een categorie zaken bijzondere rechterlijke expertise nodig is.[[7]](#footnote-7) De toelichting maakt niet duidelijk of het toetsingskader is toegepast.

De Afdeling wijst er op dat het voor de effectiviteit van het instrument van belang is dat de procedure op efficiënte en voortvarende wijze wordt afgehandeld. Om die reden is gekozen voor rechtspraak in één instantie. Omdat hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten, zal de procedure met meer waarborgen moeten worden omgeven, mede in het belang van de rechtseenheid. Het oprichten van een gespecialiseerde rechtbank of kamer kan daarbij helpen. Voorts is van belang dat voor de beoordeling van het akkoord zekere bedrijfseconomische kennis nodig is, waarmee op dit moment in de rechterlijke macht nog onvoldoende ervaring bestaat. Het is gemakkelijker daarin te voorzien indien de behandeling van deze zaken geconcentreerd zou plaatsvinden. Ten slotte zijn er vooralsnog geen aanwijzingen dat het middel een brede toepassing zal vinden.

Gelet hierop adviseert de Afdeling te voorzien in een gespecialiseerde rechtbank of kamer voor de behandeling van verzoeken op grond van de WHOA.

3. Bijzondere positie kleine MKB-onderneming als schuldenaar

De schuldenaar kan het traject voor het tot stand brengen van een akkoord zelf in gang zetten. Het is ook mogelijk dat schuldeisers of aandeelhouders daartoe het initiatief nemen. De schuldeiser en de aandeelhouders kunnen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige vragen. Ook de schuldenaar kan dit doen. Indien een herstructureringsakkoord niet door alle klassen van schuldeisers wordt goedgekeurd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken om homologatie van het akkoord.[[8]](#footnote-8)

De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige sluit de gelijktijdige aanbieding van een akkoord door de schuldenaar uit. Indien de aanwijzing gebeurt op initiatief van de betrokken vermogensverschaffers, staat de schuldenaar in zoverre buiten spel. Het richtlijnvoorstel geeft de lidstaten daarom de optie om de homologatie van een akkoord dat niet door alle klassen van schuldeisers wordt goedgekeurd, afhankelijk te stellen van de instemming van de schuldenaar. De lidstaten mogen het instemmingsvereiste echter beperken tot gevallen waarin de schuldenaar een MKB-onderneming is.[[9]](#footnote-9)

De Afdeling geeft in overweging om na te gaan of deze laatste regel zich ook leent voor opname in het voorstel, gelet op de specifieke positie van het MKB en adviseert het voorstel zo nodig aan te passen.

4. Kosten deskundige

Ingevolge het wetsvoorstel stelt de rechtbank bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige ook diens salaris vast en bepaalt zij hoeveel de werkzaamheden ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan nadien nog door de rechtbank worden verhoogd. Tenzij anders is overeengekomen, dient de schuldenaar deze kosten te vergoeden.[[10]](#footnote-10)

Omdat het niet zeker is of een herstructureringsakkoord tot stand komt, loopt de deskundige het risico dat hij geen vergoeding voor zijn werkzaamheden ontvangt indien de onderneming alsnog insolvent raakt.

Gelet hierop adviseert de Afdeling erin te voorzien dat een door de rechter te bepalen (nader) voorschot ter zake van die kosten wordt bijgeschreven op de rekening van het gerecht.

5. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De waarnemend vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W16.18.0319/II

* in artikel 3e, tweede lid, verduidelijken dat het een schorsing als bedoeld in het eerste lid betreft.
* in artikel 3e, derde lid, verduidelijken dat het verzoek om verlenging binnen de termijn van vier maanden moet worden ingediend (en behandeld).
* In artikel 42a, aanhef (artikel I, onderdeel B) “daarvoor” vervangen door “voor die rechtshandeling”.
* Artikel 383, tweede lid, als volgt formuleren: Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.
1. Sinds 1835 wordt al gepleit voor een akkoordregeling buiten insolventie. Zie voor een beknopte samenvatting van deze geschiedenis N.W.A. Tollenaar, ‘*Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk*’ (diss. 2016), paragraaf 1.2.). [↑](#footnote-ref-1)
2. De meeste zaken blijven vertrouwelijk en komen niet in de openbaarheid. Enkele openbare voorbeelden zijn Van Gansewinkel Groep B.V. (Engelse scheme); New World Resources (scheme); Indah Kiat International Finance Company B.V. (scheme); DAP Holdings N.V. (scheme); European Directories (scheme); Estro Groep B.V. (scheme); NEF Telecom B.V. (scheme); Magyar Telecom B.V. (scheme); Nortel Networks B.V. (Engelse administration), Eurodis B.V. (Engelse pre-pack); Almatis B.V. (Ch. 11, VS); Marco Polo Seatrade B.V. (Ch. 11, VS); Global Telesystems Europe B.V. (Ch. 11, VS); Versatel Telecom International N.V. (Ch. 11); United Pan-Europe Communications N.V. (Ch. 11). [↑](#footnote-ref-2)
3. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU 2016/0359 (COM/2016/723/FINAL) (*Kamerstukken II 2016/17*, 22 112, nr. 2292 (BNC fiche). [↑](#footnote-ref-3)
4. The economic impact of Chapter 11 reorganization versus Chapter 7 liquidation, Wade D Druin en Mike Allgrunn, in Journal of Criminal Justice and Legal issues, Volume 2, September, 2014. [↑](#footnote-ref-4)
5. Kamerstukken II 2010/11, 32891, nr. 3, p. 8. [↑](#footnote-ref-5)
6. Raad voor de Rechtspraak, Toetsingskader wettelijke concentratie, vastgesteld op 21 september 2011, zie https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/toetsingskader-wettelijke-concentratie.pdf. [↑](#footnote-ref-6)
7. Van een bijzondere rechterlijke expertise is sprake als hoogwaardige behandeling van een categorie zaken kennis van specifieke wetgeving of ervaring met de behandeling van een bepaalde categorie zaken vereist waarvoor meer dan gemiddelde rechterlijke kennis nodig is. Naast het vereiste van bijzondere rechterlijke expertise dient:

 a. zich jaarlijks een beperkt aantal zaken van deze categorie aan te dienen of

 b. dit gewenst te zijn in verband met aansluiting bij ketenpartners of

 c. dit gewenst te zijn om redenen van een gezonde bedrijfsvoering. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artikel 383, eerste lid. [↑](#footnote-ref-8)
9. Artikel 11, eerste lid, laatste volzin, van het richtlijnvoorstel. [↑](#footnote-ref-9)
10. Artikel 371, tiende lid. [↑](#footnote-ref-10)