

De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum

18 november 2014

Uw kenmerk

549849

Contactpersoon

J.M.A. Timmer

Onderwerp

Advies op het voorontwerp van de Wet Continuïteit Ondernemingen II, houdende een regeling van het dwangakkoord buiten faillissement

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 14 augustus 2014 heeft u de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: NVvR) om advies gevraagd over het voorontwerp van de Wet Continuïteit Ondernemingen II, houdende een regeling van het dwangakkoord buiten faillissement.

Dit advies is voorbereid door de leden van de vereniging en vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

Strekking wetsvoorstel

Het wetsvoorstel strekt er, blijkens de memorie van toelichting toe, in de Faillissementswet een regeling in te voeren voor de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement en voorziet derhalve in een behoefte van de praktijk. Het wetsvoorstel beoogt het proces van herstructurering van problematische schulden bij ondernemingen buiten faillissement te flexibiliseren en te bespoedigen, met zo min mogelijk formaliteiten, kosten en onzekerheden, en daarbij de werkgelegenheid voor in de onderneming werkzame personen zoveel mogelijk te behouden.

Advies

Uitgangspunt van het wetsontwerp is dat mogelijk wordt gemaakt dat schuldeisers en aandeelhouders, die zich op onredelijke grond verzetten tegen medewerking aan een aangeboden akkoord, door de rechter tot meewerken kunnen worden gedwongen. Na bestudering van het voorontwerp vraagt de NVvR zich af of deze doelen met het wetsontwerp bereikt kunnen worden en of het wenselijk is dat de thans bestaande wettelijke regelingen met deze bepalingen worden uitgebreid.

Toetsingskader van de rechter

In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat schuldeisers er geen redelijk belang bij hebben om hun medewerking aan een voorgesteld akkoord te weigeren, indien het voldoende aannemelijk is dat het akkoord het hoogst haalbare is en het niet aanvaarden hiervan zou leiden tot faillietverklaring, terwijl een faillietverklaring op haar beurt leidt tot een lagere uitkering.

De NVvR acht het voorstelbaar dat voor een crediteur andere belangen kunnen meespelen om een akkoord te weigeren en faillissement af te wachten, dan alleen het uit te keren percentage. Te denken valt aan concurrentie-motieven. Een dergelijk belang is ook een rechtens te respecteren belang. Bij een akkoord kan de schuldenaar immers met minder schulden voort waardoor hij wellicht een voordeel heeft op zijn concurrent, terwijl bij faillissement klanten van de schuldenaar mogelijk gemakkelijk overlopen naar de concurrent-schuldeiser. De NVvR geeft de minister in overweging ook aan mogelijke andere belangen van schuldeisers om een akkoord te weigeren aandacht te besteden in de memorie van toelichting.

De vraag of de uitkering in faillissement hoger of lager uitvalt dan in het aangeboden akkoord, lijkt voor de rechter zeer moeilijk te beantwoorden. Het zittend bestuur licht de rechtbank voor over hoe de vennootschap er financieel voorstaat. Aannemelijk is dat daarbij eventuele Pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid niet wordt betrokken. In een normaal faillissement komt een curator vaak pas op zijn vroegst na een aantal maanden achter de precieze geldstromen en kan dan pas een uitspraak doen over de rechtmatigheid. Zoals het thans wordt voorgesteld, dient de rechter die gevraagd wordt het akkoord algemeen verbindend te verklaren, dit allemaal in zeer korte tijd (zonder hulp van een door hem benoemde curator/bewindvoerder) zelf te beoordelen. Daarbij zal veel druk op deze beslissing liggen, aangezien indien de rechter niet tot algemeen verbindend verklaren overgaat, de vennootschap waarschijnlijk zal failleren en dit tot verlies van werkgelegenheid kan leiden. De rechter wordt derhalve voor een zeer lastige, zo niet onmogelijke taak gesteld beslissingen te nemen die zeer grote gevolgen hebben voor zowel vennootschap als de werknemers hiervan. Ook is de waarde van een onderneming bij doorstart of liquidatie in faillissement vaak moeilijk te bepalen. De NVvR geeft de minister in overweging aan de bovenstaande eveneens nader aandacht te besteden in de memorie van toelichting en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

Flexibilising

Zoals ook in de memorie van toelichting staat beschreven, is het doel van het wetsontwerp eveneens te behalen op grond van de bestaande wetgeving c.q. rechtspraak (Payroll arrest/ Inter Access). De bewijslast van de noodzaak van de gevraagde voorzieningen berust daarbij volledig bij de schuldenaar, dan wel diegene die de maatregelen wenst. In het wetsontwerp is bepaald dat de rechter een aangenomen akkoord algemeen verbindend dient te verklaren, tenzij er sprake is van andere omstandigheden als genoemd in voorgesteld artikel 373 Fw. De bewijslast ligt dan dus bij de schuldeisers. Daarbij geldt dat schuldeisers, waarvan door de vennootschap is bepaald dat hun rechten door het akkoord ten opzichte van een faillissement niet worden gewijzigd, helemaal niet worden betrokken in de voorgestelde procedure en dus ook niet bij de stemming over het akkoord. De vraag kan worden gesteld of de behandelend rechter die pas bij de zaak betrokken wordt als verzocht wordt het



akkoord algemeen verbindend te verklaren, in staat is om dit allemaal te overzien en de belangen van (alle) crediteuren voldoende hierdoor kunnen worden gewaarborgd, zoals in de memorie van toelichting wel wordt bepleit. De NVvR geeft de minister in overweging in de memorie van toelichting nader aandacht te besteden aan de gevolgen van het wetsvoorstel voor de hiervoor genoemde groep schuldeisers.

Snelheid

Ter zake van de in het wetsvoorstel voorgestelde procedure is het de vraag of deze een oplossing voor de vennootschap kan bespoedigen. Voorstelbaar is dat schuldeisers ingevolge artikel 371 geschillen op zullen werpen ten aanzien van de waardering van hun vorderingen of die van andere schuldeisers, de indeling in klassen of over de vraag of de procedure voor stemming voldoet. De rechter-commissaris/rechtbank die daarover moet oordelen kan zich dan genoodzaakt zien daarover een deskundige te raadplegen. De omstandigheid dat er zoveel punten zijn waarover geschillen kunnen ontstaan en waarover door een deskundige geadviseerd kan worden, zou ertoe kunnen leiden dat de procedure veel kostbaarder en langduriger zou kunnen worden dan (door de wetgever) voorzien. In het wetsvoorstel ware hieraan aandacht te besteden.

Moment van rechterlijke toetsing

In het wetsontwerp wordt de mogelijkheid geboden om de rechter pas op het allerlaatste moment te betrekken bij de procedure. Voordeel hiervan kan zijn dat minder kosten worden gemaakt en wellicht sneller kan worden gehandeld, maar de rechtszekerheid wordt hierdoor niet gediend. Pas op het laatste moment vindt de rechterlijke toetsing van het akkoord plaats en op dat moment kan dus ook blijken dat de gehele procedure niet goed is doorlopen, dan wel andere redenen bestaan, op grond waarvan het akkoord niet algemeen verbindend wordt verklaard, met als gevolg dat waarschijnlijk niets anders rest dan faillissement. Meer zekerheden ten aanzien van de procedure zouden kunnen worden ingebouwd door een rechter-commissaris in een eerder stadium te benoemen, zoals ook overigens in het wetsontwerp is opgenomen, maar dat laat onverlet dat de uiteindelijke toetsing aan het einde van de rit bij de rechtbank ligt. De NVvR geeft de minister in overweging het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

Werkgelegenheid

In de memorie van toelichting wordt niet nader gemotiveerd dat en hoe door dit wetsontwerp meer werkgelegenheid zou worden behouden. De NVvR geeft de minister in overweging de memorie van toelichting op dit punt aan te vullen.

De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR,

Prof. dr. M.E. de Meijer
voorzitter

