

15 maart 2022

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming,

de heer F.M. Weerwind

Reactie op het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht

Hooggeachte heer,

Graag maken wij gebruik van de gelegenheid om een bijdrage te leveren aan de internetconsultatie betreffende het insolventierecht. Er bestaat een brede wens in de praktijk en wetenschap om het Nederlandse insolventierecht nader te moderniseren. De Faillissementswet is inmiddels meer dan 100 jaar oud¹ en vergt op bepaalde onderdelen een revisie. Naast ontwikkelingen in de rechtspraak nopen met name Europese (en overige internationale) ontwikkelingen tot aanpassing van de bestaande wettelijke regeling.

Het consultatiedocument beoogt in kaart te brengen welke kernonderwerpen moeten worden opgepakt in deze moderniseringsslag. In onze reactie gaan wij op enkele onderwerpen in die in het consultatiedocument zijn aangestipt en die betrekking hebben op onze internationale reorganisatie- en insolventiepraktijk. Zoals hieronder wordt beschreven pleiten wij met name voor het behoud van de surseance van betaling als een zelfstandige insolventieprocedure in ons wettelijk bestel. Voornamelijk in grote internationale reorganisaties biedt de surseanceregeling belangrijke voordelen boven alternatieve formele of informele procedures (waaronder een reorganisatie in faillissement² of met gebruikmaking van een gehomologeerd onderhands akkoord³).

¹ De Faillissementswet is in werking getreden op 1 september 1896.

² Een reorganisatie in faillissement kent twee hoofdvormen: (i) een doorstart door middel van een *going concern* verkoop van de onderneming of specifieke bedrijfsonderdelen van de schuldenaar (al dan niet als gevolg van een vóór het faillissement voorbereide *pre-pack*); en (ii) een faillissementsakkoord ex art. 138 Fw. Zie nader voor de verschillende varianten van een faillissementsakkoord om een reorganisatie te implementeren o.a. A.D.W. Soedira, *Het akkoord* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 60, Deventer: Kluwer 2011, p. 65 e.v. en Dennis Faber, Frédéric Verhoeven en Niels Vermunt, 'The use of a composition plan as a valuation and distribution framework', in: Dennis Faber & Niels Vermunt (eds.), *Bank Failure: Lessons from Lehman Brothers*, Oxford University Press 2017, p. 317 e.v.

³ Een door de schuldenaar aangeboden onderhands akkoord als bedoeld in art. 370 Fw wordt hierna aangeduid als een "WHOA-akkoord".

This communication is confidential and may be privileged or otherwise protected by work product immunity.

Linklaters LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC326345. It is a law firm authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority. The term partner in relation to Linklaters LLP is used to refer to a member of Linklaters LLP or an employee or consultant of Linklaters LLP or any of its affiliated firms or entities with equivalent standing and qualifications. A list of the names of the members of Linklaters LLP together with a list of those non-members who are designated as partners and their professional qualifications is open to inspection at its registered office, One Silk Street, London EC2Y 8HQ, England or on www.linklaters.com and such persons are either solicitors, registered foreign lawyers or European lawyers. Linklaters LLP is also registered with the Dutch Trade Register of the Chamber of Commerce under number 34367130.

Please refer to www.linklaters.com/regulation for important information on Linklaters LLP's regulatory position.

A47487203

In onze reactie komen achtereenvolgens de volgende onderwerpen aan bod:

- (i) Het reorganiserend vermogen van de surseance van betaling
- (ii) Wettelijke regeling betreffende boedelschulden
- (iii) Afschaffing bodemrecht en bodemvoorrecht
- (iv) Opvangen van (tijdelijke) liquiditeitskrapte

Wij sluiten onze consultatiereactie af met enkele conclusies en aanbevelingen.

1 Het reorganiserend vermogen van de surseance van betaling

Algemene opmerkingen

- 1.1** In het consultatiedocument wordt ingegaan op de beperkte effectiviteit van de surseanceregeling.⁴ Aangezien de surseance van betaling in de huidige praktijk nauwelijks meer toegepast zou worden op de manier waarvoor de procedure is bedoeld en gelet op de recente invoering van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord ter voorkoming van faillissement ("WHOA") is de vraag aan de orde gesteld in hoeverre nog meerwaarde bestaat bij de instandhouding (en modernisering) van de surseanceregeling. Zoals uit het navolgende blijkt menen wij dat de surseanceprocedure een belangrijke rol inneemt bij de reorganisatie van met name grote – veelal internationaal opererende – Nederlandse ondernemingen (een recent voorbeeld betreft de grootschalige reorganisatie geïmplementeerd in surseance door Steinhoff International Holdings N.V. in 2021). In aantal zijn dergelijke reorganisaties beperkt, maar de economische en maatschappelijke gevolgen van deze surseances zijn zeer substantieel. In het navolgende gaan wij in op het doel van de surseanceregeling en de plaats van de surseance in de Nederlandse herstructureringspraktijk. Ook komen enkele praktische voordelen van de surseance uitvoerig aan bod.
- 1.2** De surseance van betaling ontstond geleidelijk als "uitstelmiddel" voor schuldenaren in financieel zwaar weer aan het einde van de 18^e eeuw.⁵ Aanvankelijk was de surseanceregeling – net als de faillissementsprocedure – opgenomen in het Wetboek van Koophandel. Thans biedt Titel II van de Faillissementswet de wettelijke basis van de surseanceregeling. In de aanvankelijke opzet van de surseanceregeling was de surseance van betaling geen reorganisatieprocedure, maar bood het een schuldenaar in financiële nood tijdelijk uitstel van zijn betalingsverplichtingen. Het respijt dat aldus aan de schuldenaar (sursiet) werd geboden moet worden gezien als een "adempauze" waarna laatstgenoemde wederom in staat zou moeten zijn om zijn betalingsverplichtingen te hervatten. Van een afschrijving van schulden of enigerlei andere vorm van reorganisatie van het passief als kernonderdeel van de surseanceregeling was eertijds uitdrukkelijk geen sprake.
- 1.3** Typerend voor het voorgaande is de volgende passage uit de Memorie van Toelichting:
- "Faillissement zal dus in den regel te pas komen daar waar een onherstelbaar verlies en tekort aanwezig is; surséance daarentegen, indien de zaken van den schuldenaar levensvatbaarheid hebben en slechts tijdelijk zijn vastgeraakt. De grondslag van surseance is vertrouwen in de zaak en in den persoon des schuldenaars. Dat vertrouwen moet door zijn vermogen gewettigd, en door zijn schuldeischers geschonken worden. Vandaar het

⁴ Zie par. 4.2 van het consultatiedocument.

⁵ Zie voorts o.a. B. Wessels, *Insolventierecht: Faillietverklaring*, Wessels Insolventierecht nr. I, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 1041.

vereischte dat er geground vooruitzicht besta, dat de schuldenaar na verloop van eenigen tijd aan al zijne verplichtingen zal kunnen voldoen.”⁶

- 1.4** Een fundamentele ingreep in de aard van de surseanceprocedure vond plaats met de invoering van de akkoordregeling (thans opgenomen in afdeling II.2 Fw).⁷ De akkoordregeling in surseance is in belangrijke mate geënt op de wettelijke regeling inzake het faillissementsakkoord. Met de introductie van de akkoordregeling werd de schuldenaar de mogelijkheid geboden om in een surseanceprocedure zijn schulden te saneren. Deze reorganisatie is hoofdzakelijk consensueel van aard. In zoverre kan een surseanceakkoord worden gezien als een *meerpartijenovereenkomst* tussen de schuldenaar en zijn gezamenlijke schuldeisers. Een akkoord kan echter ook bindend worden opgelegd aan een gekwalificeerde minderheid van tegenstemmers c.q. partijen die zich van het uitbrengen van een stem hebben onthouden (art. 273 Fw). In zoverre heeft het surseanceakkoord de eigenschappen van een *dwangakkoord*.
- 1.5** Een andere belangrijke stap waarmee het praktische nut van de surseance is vergroot betreft de invoering van de bijzondere bepalingen van afdeling 2.IIA Fw die zijn toegesneden op grootschalige surseanceprocedures met meer dan 5.000 of 10.000 schuldeisers (de zgn. “**Brandarisregeling**”).⁸ Ondanks dat deze regeling “slechts” in drie surseanceprocedures is toegepast (Brandaris in 1962, Steinhoff in 2021 en op dit moment DSB in 2022), biedt deze regeling veel potentie voor toekomstige reorganisaties van grote (doorgaans internationaal opererende) ondernemingen. Sterker nog: deze in Steinhoff “herontdekte” procedure biedt Nederland een belangrijke voorsprong op de ons omringende landen om de bijzondere problemen die samenhangen met grote aantallen van (al dan niet onbekende) schuldeisers op een adequate manier te adresseren. Op zowel de reguliere akkoordprocedure in surseance als de Brandarisregeling wordt hierna uitvoerig ingegaan.

De plaats van de surseanceregeling in het Nederlandse herstructureringskader

- 1.6** Sinds de invoering van de surseanceregeling is in de praktijk en wetenschap herhaaldelijk getwijfeld aan het nut – en meer in het algemeen het bestaansrecht – van de surseance van betaling als een zelfstandige insolventieprocedure. Dit gold zowel voor de aanvankelijke wettelijke opzet van de surseanceprocedure⁹ als voor de huidige wettelijke regeling waarbij een surseanceakkoord door de schuldenaar kan worden aangeboden aan zijn gezamenlijke schuldeisers. Ondanks verschillende maatregelen die door de wetgever zijn genomen (bijv. de invoering van de afkoelingsperiode ex art. 241a Fw) en verdergaande maatregelen die in het verleden door achtereenvolgende commissies zijn voorgesteld¹⁰, is in de praktijk structureel gebleken dat relatief weinig surseanceprocedures eindigen met een gehomologeerd surseanceakkoord c.q. met een anderszins succesvolle

⁶ MvT, Van der Feltz II, p. 336. Zie ook art. 213 Fw (oud) op grond waarvan de schuldenaar moest aantonen dat het vooruitzicht bestond dat hij na verloop van enige tijd aan *al zijn verplichtingen* zou kunnen voldoen. Bij de Wet van 16 mei 1925, Stb. 1925, 191 is dit vereiste voor de (voorlopige) verlening van de surseance komen te vervallen. Zie thans art. 214 Fw.

⁷ Wet van 7 februari 1935, Stb. 1935, 41.

⁸ Wet van 26 april 1962, Stb. 1962, 131.

⁹ Zie bijv. MvT, Van der Feltz II, p. 335 (met verdere verwijzingen).

¹⁰ Zie o.a. de voorstellen van de Commissie Mijnsen (1989), het MDW-project ‘Modernisering Faillissementswet’ – zie tevens wetsvoorstel 27244 – en het eindrapport van de Commissie Raaijmakers (2001) en de voorstellen die ten grondslag lagen aan het Voorontwerp Insolventiewet van de Commissie Kortmann (2007).

reorganisatie van de schuldenaar. Niet zelden wordt de surseance van betaling dan ook aangemerkt als “een voorportaal van faillissement”.¹¹

- 1.7 Zoals hierna in paras. 1.11-1.13 aan de orde komt vergt het beeld van de surseance van betaling als een enkele prelude van een faillissement uitdrukkelijk bijstelling. Sterker nog: de surseance van betaling moet bij bepaalde grootschalige – en veelal complexe en internationale – reorganisaties veelal als de “preferred option” worden beschouwd om de betreffende herstructurering te implementeren. Het vervallen van de surseance van betaling als zelfstandige insolventieprocedure zou in dergelijke gevallen afbreuk doen aan het reorganisatieklimaat in Nederland (juist in maatschappelijk zwaarwegende en omvangrijke gevallen).

Reorganisaties door middel van een doorstart

- 1.8 Om het praktische nut van de surseanceregeling te evalueren is het onzes inziens van belang om een onderscheid te maken tussen twee primaire reorganisatievormen: een reorganisatie door middel van een doorstart (d.w.z. een *going concern* verkoop van de onderneming of levensvatbare bedrijfsonderdelen van de schuldenaar) en een reorganisatie van het passief door middel van een akkoordprocedure. Voor de eerstgenoemde variant achten wij de surseanceregeling ongeschikt.¹² De grootste belemmeringen voor een doorstart in het kader van een surseanceprocedure zijn onder meer:

- (i) Preferente schuldeisers (bijv. de fiscus ex art. 21 IW 1990) en zekerheidsgerechtigden vallen op grond van art. 232 sub 1 Fw buiten het bereik van de surseanceregeling. Met name in gevallen waarbij allesomvattende zekerheid is bedongen op de activa van een onderneming spelen de betreffende pand- en hypotheekhouders een centrale rol bij een eventuele activatransactie. De exclusieve uitwinningsbevoegdheden van een zekerheidsgerechtigde tijdens surseance kunnen niet worden doorbroken door de schuldenaar en de bewindvoerder. De wettelijke regeling inzake de uitwinning van zekerheden in faillissement (waaronder de termijnstelling ex art. 58 lid 1 Fw op grond waarvan het primaat van de zekerheidsgerechtigde bij uitwinning kan worden overgenomen) kent geen pendant in de surseanceregeling. Een doorstart vanuit surseance vergt derhalve de medewerking van de zekerheidsgerechtigde c.q. een integrale voldoening van de gesecureerde vordering in het kader van een eigenlijke lossing.¹³

¹¹ Vgl. o.a. B. Wessels, *Insolventierecht: Surseance van betaling*, Wessels Insolventierecht nr. VIII, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 8011 en Dennis Faber & Niels Vermunt, 'National Report for the Netherlands', in: Dennis Faber et al. (eds.), *Commencement of Insolvency Proceedings*, Oxford International and Comparative Insolvency Law Series, vol. 1, Oxford University Press 2012, p. 431. Er is onder meer sprake van een “voorportaal” indien de surseance als sluiproute wordt gebruikt door het bestuur van de schuldenaar (bijv. indien de algemene vergadering van aandeelhouders niet besluit tot het aanvragen van faillissement ex art. 2:136/246 BW). Ook zal een surseance veelal uitmonden in faillissement indien de aanvraag dient als tijdelijke maatregel tegen een faillissementsaanvraag (zie de voorrangsregel van art. 218 lid 6 Fw) of indien er geen reëel vooruitzicht bestaat dat een surseanceakkoord zal worden aangenomen en gehomologeerd.

¹² In deze analyse laten wij buiten beschouwing dat – in theorie – elementen van een doorstart ook opgenomen kunnen worden in een surseanceakkoord. Voor zover wij hebben kunnen nagaan is dit nimmer het geval geweest in het kader van een gehomologeerd surseanceakkoord. In faillissement kan een activatransactie – bijv. ten behoeve van een doorstart of sterfhuiskonstructie – onderdeel uitmaken van een liquidatieakkoord (of aanverwant type akkoord). Vgl. o.a. A.D.W. Soedira, *Het akkoord* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 60, Deventer: Kluwer 2011, par. 4.3 en Dennis Faber, Frédéric Verhoeven en Niels Vermunt, 'The use of a composition plan as a valuation and distribution framework', in: Dennis Faber & Niels Vermunt (eds.), *Bank Failure: Lessons from Lehman Brothers*, Oxford University Press 2017, par. 12.75. Zie voor een voorbeeld waarbij de overgang van activa (in casu van een moeder- naar een dochtermaatschappij) is gecombineerd met een akkoordprocedure (in het betreffende geval aangeboden door de moedermaatschappij aan haar gezamenlijke schuldeisers) het faillissement van Air Holland.

¹³ Anders dan het geval is in faillissement (zie art. 58 lid 2 Fw) ontbreekt een expliciete regeling inzake eigenlijke lossing van een pand- of hypotheekhouder in surseance. Desalniettemin kunnen de schuldenaar en bewindvoerder terugvallen op de algemene lossingsregeling van art. 3:249 lid 2 BW (pand) en art. 3:269 BW (hypotheek).

- (ii) Het wettelijk regime van afdeling 7.10.8 BW¹⁴ inzake de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming zijn onverkort van toepassing in surseance van betaling. Op grond van art. 7:663 BW gaan bij de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Dit betekent dat de surseanceregeling veelal ongeschikt is voor een sanering van het werknemersbestand in het kader van een doorstart. Het uitsluiten van de wettelijke regeling in geval van faillissement (art. 7:666 sub (a) BW) maakt het implementeren van een doorstart vanuit faillissement beduidend aantrekkelijker dan het geval is in surseance.¹⁵

- 1.9** Dat een surseance onvoldoende ingericht is op een reorganisatie door middel van een doorstart laat zich verklaren vanuit de continuïteitsgedachte die aan de surseanceregeling ten grondslag ligt.¹⁶ Het uitgangspunt van de surseanceregeling is dat zowel de schuldenaar als de door haar gedreven onderneming in stand wordt gehouden. Daarentegen is het faillissement primair bedoeld als liquidatieprocedure van de schuldenaar waarbij de vereffening dient plaats te vinden in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Indien een hogere opbrengst gerealiseerd kan worden door middel van een *going concern* verkoop van de onderneming of bepaalde bedrijfsonderdelen, bestaat ruimte om vanuit faillissement een dergelijke doorstart te realiseren.¹⁷ Dat hiermee de oorspronkelijke liquiditeitsgedachte die aan de faillissementsregeling ten grondslag ligt is opgerekt, is onzes inziens weinig bezwaarlijk. Een dergelijke activatransactie vindt immers plaats als onderdeel van de vereffening en is kennelijk in het belang van de gezamenlijke schuldeisers (hogere opbrengst). Voldoende waarborgen bestaan om de gerechtvaardigde belangen van bij de schuldenaar betrokken derden te beschermen.¹⁸
- 1.10** Onzes inziens bestaat er onvoldoende aanleiding om een andere rol toe te bedelen aan de surseanceprocedure. Maatregelen ter verbetering van het reorganiserend vermogen van de surseance zijn op dit vlak dan ook naar onze mening ongewenst. Voldoende ruimte bestaat in het huidige wettelijke bestel om een doorstart te realiseren buiten of tijdens faillissement. Overigens kan een surseanceprocedure met het door art. 230 jo. 233 Fw geboden uitstel van betaling van concurrente schuldeisers en/of een reorganisatie van het passief met een gehomologeerd

¹⁴ Deze afdeling in Titel 7.10 BW betreft de implementatie van Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, Pb EG 2001, L 82/16.

¹⁵ Zie nader o.a. Dennis Faber & Niels Vermunt, 'National Report for the Netherlands', in: Dennis Faber et al. (eds.), *Commencement of Insolvency Proceedings*, Oxford International and Comparative Insolvency Law Series, vol. 1, Oxford University Press 2012, p. 461. De regeling van art. 7:666 sub (a) BW is overigens niet zonder meer van toepassing indien de doorstart tijdens faillissement wordt gerealiseerd in het kader van een zgn. pre-pack. Zie o.a. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16; JOR 2017/217, m.nt. L.G. Verburg (*FNV c.s./Smallsteps*); Hoge Raad 29 mei 2020, JOR 2020/162, m.nt. P.R.W. Schaink (*FNV/Heiploeg*) en de Conclusie van A-G Pitruzzella van 9 december 2021, zaaknummer C-237/20 (*FNV/Heiploeg*). Zie hierover nader o.a. J. van der Pijl, 'Tijd voor conclusies', Tvl 2022/1 (met verdere verwijzingen).

¹⁶ Vgl. nader o.a. B. Wessels, *Insolventierecht: Surseance van betaling*, Wessels Insolventierecht nr. VIII, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 8003. Een oneigenlijk gebruik van een surseanceprocedure door een schuldenaar – bijv. ter afwending van een faillissementsaanvraag door een schuldeiser (vgl. art. 218 lid 6 Fw) – laten wij verder onbesproken.

¹⁷ De curator mag onder omstandigheden zelfs een *going concern* verkoop in faillissement realiseren en daarmee voorrang geven aan bepaalde (aan de doorstart verbonden) zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard (bijv. het behoud van werkgelegenheid) boven belangen van individuele schuldeisers (waaronder separatisten). Vgl. Hoge Raad 24 februari 1995, NJ 1996, 472, m.nt. WMK (*Sigmacon II*); Hoge Raad 19 april 1996, NJ 1996, 727, m.nt. WMK (*Maclou/Curatoren Van Schuppen*); en Hoge Raad 19 december 2003, NJ 2004, 293, m.nt. PvS (*Curatoren Mobell/Interplan*). Deze voorrangregel staat op gespannen voet met de hiervoor beschreven liquiditeits- en vereffeningsfunctie van een faillissement ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.

¹⁸ Vgl. bijv. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16; JOR 2017/217, m.nt. L.G. Verburg (*FNV c.s./Smallsteps*) inzake het beperkte toepassingsgebied van art. 7:666 onder (a) BW en de hierboven in voetnoot 15 genoemde bronnen.

surseanceakkoord de noodzakelijke voorwaarden scheppen om een op handen zijnde doorstart te realiseren.

Reorganisatie van het passief in een surseanceakkoord

- 1.11** Het totale aantal gehomologeerde surseanceakkoorden is op jaarlijkse basis relatief beperkt.¹⁹ Desalniettemin is waakzaamheid geboden om een dergelijke statistische benadering als graadmeter te gebruiken om het praktische nut van de surseanceprocedure te evalueren. Sinds de reeks succesvolle surseances van verschillende kabelmaatschappijen omstreeks 2002 zijn verschillende spraakmakende reorganisaties gerealiseerd met een surseanceakkoord (zie nader hieronder).
- 1.12** Deze reorganisaties in surseance kennen een aantal gemeenschappelijke kenmerken:
- Het gesaneerde passief bestond vrijwel louter uit concurrente schuldvorderingen;
 - Grote aantallen (al dan niet onbekende en wisselende) schuldeisers werden betrokken in de reorganisatie;
 - De betreffende surseanceprocedures hadden een sterke internationale dimensie (bijv. in het kader van een internationale groepsstructuur en het voeren van parallelle buitenlandse reorganisatieprocedures);
 - Zowel de maatschappelijke impact van de reorganisatie als de omvang van het totale passief van de schuldenaar was (zeer) substantieel.
- 1.13** In verschillende grootschalige en complexe surseances is gebleken dat de surseance procedure bij uitstek geschikt is voor de reorganisatie van obligatieleningen van Nederlandse uitgevende instellingen (o.a. Completel, GTS, Netia, Plaza Centers, Song, UPC en Versatel).²⁰ Ook bij de herstructurering van – veelal grote aantallen – andersoortige schuldvorderingen kan de surseance van betaling soelaas bieden. Belangrijke voorbeelden uit de praktijk zijn:
- (i) Intercompany vorderingen (bijv. Carrier 1, H&D Industrial, NCH Hydraulische Systemen, Spyker en Steinhoff);
 - (ii) Ongesecureerde leningen (bijv. FC Den Bosch en Spyker);
 - (iii) Garantieverplichtingen (bijv. Carrier 1 en Steinhoff);
 - (iv) Betalingsverplichtingen aan leveranciers en dienstverleners (bijv. Stichting Wereldruiterspelen);
 - (v) Restitutievorderingen (bijv. Brandaris en Stichting Wereldruiterspelen); en
 - (vi) Schadevergoedingsvorderingen (bijv. Stichting Wereldruiterspelen en Steinhoff).

Praktische voordelen van de surseance van betaling

- 1.14** Primaat reorganisatie in surseance berust bij de schuldenaar: Op grond van art. 214 lid 1 Fw kan de schuldenaar die voorziet, dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, surseance van betaling aanvragen. Dit betreft een *exclusieve* bevoegdheid van de schuldenaar. Schuldeisers en andere partijen zijn hiertoe niet gerechtigd. Hetzelfde geldt voor de

¹⁹ Vgl. o.a. B.S.J.M. van Gangelen en G.H. Gispén, 'Voorstellen tot verbetering van de surseance en het akkoord', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht, deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 309.

²⁰ Dit betreffen zowel obligatieleningen beheerst door Nederlands recht als obligatieleningen die onderworpen zijn aan buitenlands recht.

bevoegdheid van de schuldenaar tot het aanbieden – en het bepalen van de inhoud – van een surseanceakkoord (artt. 214 lid 3 en 252 Fw). Het primaat in een surseanceprocedure berust in zoverre bij de schuldenaar.

- 1.15** In het verleden zijn voorstellen gedaan om ook schuldeisers de bevoegdheid toe te kennen tot het aanvragen van de surseance en het aanbieden van een (concurrerend) surseanceakkoord. Zo schrijven Van Gangelen en Gispen:

“Wij zijn van mening dat de kans op een succesvol saneringsproces toeneemt, indien ook de schuldeisers de gelegenheid krijgen om surseance van de schuldenaar aan te vragen en om een akkoord aan te bieden, het laatste al dan niet samen met (andere) derden. Een zodanige uitbreiding van de bevoegdheden van de schuldeisers vergroot namelijk de kans dat de schuldenaar tijdig saneringsmaatregelen treft en opent de mogelijkheid van concurrerende saneringsvoorstellen, waardoor deze voorstellen beter kunnen worden en dus sneller door de schuldeisers zullen worden geaccepteerd.”²¹

- 1.16** Dergelijke argumenten lijken primair te gelden voor schuldenaren in het MKB-segment. In dit segment is het te laat nemen van saneringsmaatregelen – zowel in het aanvragen van de surseance als het aanbieden van een akkoord – geen onbekend fenomeen.
- 1.17** Succesvolle reorganisaties in surseanceprocedures uit het verleden betreffen overwegend grote – meestal internationaal opererende – ondernemingen. Het te laat aanvragen van de surseance en het aanbieden van te weinig waarde aan schuldeisers in een surseanceakkoord lijkt in dergelijke gevallen beduidend zeldzamer. Aan het verzoek tot het voorlopig verlenen van een surseance zijn in dit segment vaak uitgebreide voorbereidingen – en onderhandelingen met schuldeisers en bepaalde andere betrokken partijen – vooraf gegaan. Dit proces kan worden verstoord door een premature aanvraag van de surseance door een schuldeiser, die vaak alleen haar eigen belang dient en handelt om druk te zetten voor eigen gewin. De mogelijkheid voor een schuldeiser om een concurrerend akkoord aan te bieden kan eveneens een versnippering van crediteurensentiment veroorzaken en daarmee het draagvlak voor één zorgvuldig door de schuldenaar voorbereid (en met schuldeisers en derden afgestemd) akkoord ondermijnen.
- 1.18** Zoals hierna aan de orde komt bestaat naar onder meer Amerikaans recht de mogelijkheid voor schuldeisers (en bepaalde andere belanghebbenden) om in Chapter 11 proceedings een (concurrerend) plan aan te bieden. Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk slechts in uitzonderlijke situaties gebruik gemaakt. Naar Nederlands recht is er in ieder geval voldoende aanleiding voor een schuldenaar om afdoende waarde aan te bieden aan de gezamenlijke schuldeisers. Zo bestaat de verplichte weigeringsgrond voor homologatie van een surseanceakkoord indien de baten van de boedel de bij het akkoord bedongen som te boven gaan (art. 272 lid 2 onder (1) Fw). Voorts krijgt de schuldenaar slechts één keer de kans om een surseanceakkoord aan te bieden²² en dreigt het reële scenario van faillissement bij afwijzing van het door de schuldenaar aangeboden akkoord (artt. 272 lid 4 en 277 Fw).
- 1.19** De WHOA gaat een stap verder dan de hierboven besproken voorstellen in de literatuur voor verbetering van de surseance en kent iedere schuldeiser, aandeelhouder of de krachtens wettelijke bepalingen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging de bevoegdheid toe een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een

²¹ Zie B.S.J.M. van Gangelen en G.H. Gispen, 'Voorstellen tot verbetering van de surseance en het akkoord', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht, deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 313.

²² Ingevolge art. 281 lid 1 Fw geldt in principe hetzelfde voor een op de surseance volgend faillissement ex artt. 272, 277 of 280 Fw.

herstructureringsdeskundige (art. 371 lid 1 Fw). Gedurende de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige kan de schuldenaar geen WHOA-akkoord aanbieden. Wel kan hij een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen. In een voorliggend wetsvoorstel wordt deze regeling overigens aangepast in de zin dat de herstructureringsdeskundige in beginsel *moet* voldoen aan dit verzoek, ook wanneer de herstructureringsdeskundige zelf reeds een akkoord heeft voorbereid en ter stemming wenst voor te leggen.²³

- 1.20 Laatstgenoemde regeling betreffende WHOA-akkoorden lijkt in belangrijke mate te zijn geïnspireerd door de bevoegdheid van schuldeisers (en bepaalde andere belanghebbenden²⁴) naar Amerikaans recht om in Chapter 11 proceedings²⁵ een “(*competing*) plan” in stemming te brengen. Deze bevoegdheid ontstaat na verloop van de initiële *exclusive period* waarin de debiteur (*debtor-in-possession*) exclusief bevoegd is tot het aanbieden van een akkoord.²⁶ Daar waar het aanbieden van een akkoord door een schuldeiser (of een andere belanghebbende) in Chapter 11 proceedings een uitzonderlijke aangelegenheid is²⁷, is daarentegen gedurende het prille bestaan van de WHOA al herhaaldelijk in de Nederlandse rechtspraak een herstructureringsdeskundige benoemd.²⁸ Hiermee wordt een heel ander herstructureringsklimaat geschapen dan het geval is in het land (Amerika) waaraan de betreffende wettelijke regeling deels is ontleend.
- 1.21 Opvallend is dat de WHOA met name door schuldenaren uit het MKB-segment wordt gebruikt om een (financiële) reorganisatie te implementeren. Grote internationaal opererende ondernemingen lijken voorshands overwegend de voorkeur te geven aan andere informele of formele procedures boven de WHOA ten behoeve van een sanering van het passief. In onze praktijk is meermalen gebleken dat met name het verlies van controle over het reorganisatieproces als gevolg van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige – of de enkele dreiging daarvan (al dan niet strategisch ingezet door een of meer schuldeisers) – een afkeer in het leven roept jegens de WHOA. In de grote internationale reorganisatiepraktijk blijkt dat een akkoord steevast flink wordt uit onderhandeld met belangrijke groepen van schuldeisers voordat het formeel wordt aangeboden en in stemming wordt gebracht. Ook zijn er verschillende waarborgen tegen een “talmende” schuldenaar bij het aanbieden van een akkoord²⁹ en tegen een akkoord waarbij schuldeisers onvoldoende waarde wordt aangeboden. Voor dergelijke “grote” ondernemingen lijkt het dwingende

²³ Kamerstukken II 2021-2022, 36 040, nr. 2 (Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie).

²⁴ Zie 11 USC § 1121 (c) voor een opsomming van de betreffende categorieën van belanghebbenden.

²⁵ Chapter 11 proceedings betreffen “reorganization proceedings” onder de US Bankruptcy Code.

²⁶ Deze *exclusive period* heeft een duur van 120 dagen (berekend vanaf de startdatum van Chapter 11 proceedings). In de praktijk wordt deze duur veelal verlengd door de rechter. Sinds 2005 is de maximale duur van de *exclusive period* 18 maanden (11 USC § 1121 (b), (d)).

²⁷ Zie hierover Jason Kilborn, ‘National Report for the United States’, in: Dennis Faber et al. (eds.), *Secured Creditors in Insolvency Proceedings*, Oxford International and Comparative Insolvency Law Series, vol. 4 (dit kalenderjaar te verschijnen bij Oxford University Press).

²⁸ Zie o.a. Rb. Noord-Nederland 19 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:111 (X); Rb. Noord-Nederland 26 januari 2021, JOR 2021/100, m.nt. A.M. Mennens (X); Rb. Noord-Nederland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:602 (X); Rb. Den Haag 25 mei 2021, JOR 2021/225, m.nt. A.J. Tekstra (*ADO Den Haag*). In verschillende andere WHOA-zaken is de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige verzocht (maar door de rechtbank afgewezen). Zie o.a. Rb. Den Haag 5 maart 2021, JOR 2021/191, m.nt. M.K. ter Horst (X); Rb. Midden-Nederland 14 mei 2021, JOR 2021/249, m.nt. G.Á.C. Orbán (X); Rb. Noord-Nederland 15 november 2021, JOR 2022/50, m.nt. R. van den Sigtenhorst (X).

²⁹ In surseanceprocedures loopt een “talmende” schuldenaar het risico dat schuldeisers de definitieve verlening van de surseance zullen tegenhouden ex art. 218 lid 2 Fw. In de praktijk is een dergelijk talmen door grote ondernemingen een zeer uitzonderlijke aangelegenheid. In de literatuur gaan overigens (terecht) stemmen op dat niet teveel tijd mag zitten tussen het voorlopig verlenen van de surseance en de schuldeisersvergadering over het definitief verlenen van de surseance c.q. het stemmen over een door de schuldenaar aangeboden surseanceakkoord. Zie R.J. van Galen in zijn annotatie betreffende Rb. Amsterdam 2 februari 2017, JOR 2017/116 (Oi), nr. 4. Zie tevens A.J. Tekstra in zijn annotatie onder Hoge Raad 7 juli 2017, JOR 2017/305 (Oi/*Citadel c.s.*), nr. 2.

instrument van de herstructureringsdeskundige als dirigent van de reorganisatie overbodig en zelfs ongewenst.

- 1.22** Vrijheid bij de inrichting van het akkoord: Een surseanceakkoord betreft een meerpartijenovereenkomst tussen de schuldenaar en haar gemeenschappelijke schuldeisers.³⁰ Een belangrijk verschil tussen een “reguliere” meerpartijenovereenkomst en een surseanceakkoord is dat het akkoord bindend kan worden opgelegd aan partijen die tegen het akkoord hebben gestemd c.q. zich van het uitbrengen van een stem hebben onthouden (art. 273 Fw).³¹ Dit dwangelement laat onverlet dat een akkoord een contractueel arrangement betreft. Het uitgangspunt van de contractsvrijheid staat derhalve voorop.
- 1.23** De contractuele aard van een surseanceakkoord betekent dat de schuldenaar in principe vrij is bij de inrichting van het akkoord. Naast enkele grenzen die voortvloeien uit het algemene overeenkomstenrecht zal een schuldenaar bij het bepalen van de inhoud van een surseanceakkoord met name de verplichte en discretionaire weigeringsgronden van homologatie³² (zoals toegepast in de jurisprudentie) in ogenschouw moeten nemen.
- 1.24** In de praktijk is een breed arsenaal aan maatregelen opgenomen in surseance- en faillissementsakkoorden. Belangrijke voorbeelden betreffen het omzetten van vorderingen in aandelen of andere kapitaalinstrumenten (uitgegeven door de schuldenaar of een derde – al dan niet een voor de reorganisatie opgerichte “Newco”), een (partiële) afschrijving van vorderingen, het aanpassen van betalingsvoorwaarden en -termijnen en wijzigingen met betrekking tot de valuta van betalingsverplichtingen en toepasselijke rente op vorderingen. Een surseance- en faillissementsakkoord kan ook worden gebruikt voor de waardering van complexe schuldvorderingen en het inrichten van een bepaalde betaallogistiek (bijv. uitkeringen via bestaande girale betaalsystemen). Ook is het mogelijk om het recht van toepassing op schuldvorderingen aan te passen en om te voorzien in alternatieve vormen van geschillenbeslechting.
- 1.25** Een vergelijkbare mate van vrijheid bij het inrichten van een akkoord bestaat ook onder de WHOA. Een belangrijk verschil betreft echter bepaalde dwingende voorschriften onder de WHOA voor wat betreft bijvoorbeeld de verplichte minimale uitkering van 20% op concurrente vorderingen van bepaalde “kleine” schuldeisers. In surseance- en faillissementsakkoorden is vaak een “staffel” opgenomen op grond waarvan “kleinere” schuldeisers procentueel meer ontvangen (of zelfs integraal worden voldaan) terwijl “grotere” schuldeisers genoeg moeten nemen met een kleiner percentage. Van een verplichting of een vastomlijnd minimumpercentage is echter geen sprake. Enigerlei onderscheid tussen schuldeisers – in zoverre is toegestaan onder de weigeringsgronden ex art. 272 Fw – is derhalve overwegend een kwestie van maatwerk en zal afhangen van het draagvlak onder de gezamenlijke schuldeisers. De legitimiteit van het arrangement volgt derhalve primair uit de wens van de schuldenaar en de bij de reorganisatie betrokken schuldeisers en niet uit specifieke dwingendrechtelijke uitkeringspercentages als hiervoor beschreven.
- 1.26** Een ander wezenlijk verschil bij de inrichting van het akkoord in surseance- en faillissementsprocedures enerzijds en WHOA-akkoorden anderzijds is hierboven reeds aan de orde

³⁰ Zie MvT, *Van der Feltz II* (heruitgave), Serie Onderneming en Recht, deel 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 145, 146 en 185. Vgl. voorts o.a. Hoge Raad 23 december 1955, NJ 1956, 54 (*De Staat der Nederlanden/De Ranitz q.q.*); Hoge Raad 18 mei 1990, NJ 1991, 412 (*CLBN/De Maes Janssens*); en Hoge Raad 31 januari 1992, NJ 1992, 686 (*Van der Hoeven/Comtu*).

³¹ De “cram down” van art. 273 Fw is een belangrijk middel om finaliteit van een reorganisatie te bewerkstelligen en is een significant voordeel van de surseance vergeleken met procedures waarbij schuldeisers zich aan het collectieve arrangement kunnen onttrekken (vgl. de “opt out” mogelijkheden van schuldeisers bij de collectieve afwikkeling van massaschade).

³² Art. 272 lid 2 Fw (verplichte weigeringsgronden homologatie) en art. 272 lid 3 Fw (discretionaire bevoegdheid tot weigering homologatie).

gekomen. De door de wet geboden vrijheid om de inhoud van het akkoord te bepalen berust volledig bij de schuldenaar in surseance en faillissement. Bij een WHOA-akkoord verschuift deze dirigentenrol volledig (althans deels, bij invoering van de Implementatiewet richtlijn herstructureringsdeskundige (indien aangewezen door de rechtbank ex art. 371 lid 1 Fw). Zoals in de jurisprudentie is gebleken is reeds herhaaldelijk van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en is in zoverre de controle over de saneringsafspraken de schuldenaar nagenoeg volledig ontnomen. In reorganisaties betreffende grote – veelal internationaal opererende – ondernemingen is een dergelijke “shift of power” (zeer) ongewenst en draagt het niet bij aan de wens van dergelijke grote ondernemingen om vanuit een WHOA te saneren.

- 1.27** Procedurele flexibiliteit: Op grond van art. 225 Fw heeft de rechtbank een discretionaire bevoegdheid om zodanige bepalingen te maken, als zij ter beveiliging van de belangen der schuldeisers nodig oordeelt. Dit kan zij doen bij het voorlopig verlenen van de surseance (lid 1) of gedurende de surseance op voordracht van de rechter-commissaris (indien benoemd), op verzoek van de bewindvoerders of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve (lid 2).
- 1.28** Het treffen van voorzieningen ex art. 225 Fw (“**225-maatregelen**”) dient de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Mede ten behoeve van de voortvarendheid van de procedure zijn 225-maatregelen niet vatbaar voor hoger beroep (art. 282 Fw). Wel kunnen zij onder omstandigheden worden getoetst in de homologatiefase van de totstandkoming van het akkoord.³³
- 1.29** In de praktijk is gebleken dat de rechtbank doorgaans een pragmatische opstelling hanteert bij de toepassing van art. 225 Fw. De rechtbank maakt in de regel gebruik van haar discretionaire bevoegdheid indien de verzochte maatregelen vallen binnen de reikwijdte van art. 225 Fw en voldoende aannemelijk is gemaakt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend met het treffen van de betreffende voorzieningen. Belangrijke voorbeelden van 225-voorzieningen zijn:
 - (i) het vaststellen van een *voting record date*³⁴;
 - (ii) het toekennen van stemrechten aan beneficial owners van door de schuldenaar uitgegeven buitenlandse obligatieleningen (afhankelijk van de rechten die naar buitenlands recht toekomen aan de betreffende beneficial owners)³⁵;
 - (iii) het toepassen van in parallelle buitenlandse procedures behaalde stemuitslagen voor wat betreft de stemming in de Nederlandse surseanceprocedure (import van stemuitslagen)³⁶;
 - (iv) het toestaan aan bond trustees om stemmen uit te brengen namens niet opkomende obligatiehouders (in dezelfde verhouding als positieve en negatieve stemmen uitgebracht

³³ De rechtbank heeft een discretionaire bevoegdheid tot weigering van homologatie ex art. 272 lid 3 Fw. Zie over deze materie voorts R.J. van Galen in zijn annotatie behorende bij het UPC arrest, in: *Ondernemingsrecht* 2004, 29 (par. 6).

³⁴ Op grond van een dergelijke maatregel zijn alleen schuldeisers die een dergelijke capaciteit hebben ten tijde van de voting record date bevoegd tot (onder meer) stemming over het aangeboden akkoord. Zie voor de toepassing van een dergelijke maatregel o.a. Hoge Raad 26 augustus 2003, JOR 2003/211, m.nt. J.J. van Hees; NJ 2004, 549 (*Intercomm Holdings c.s./UPC c.s.*); Rb. Amsterdam 21 februari 2002, JOR 2002/107, m.nt. P.M. Veder (*GTS*); en Rb. Amsterdam 9 mei 2014, JOR 2014/306, m.nt. I. Spinath (*Plaza Centers*).

³⁵ Vgl. o.a. Hoge Raad 26 augustus 2003, JOR 2003/211, m.nt. J.J. van Hees; NJ 2004, 549 (*Intercomm Holdings c.s./UPC c.s.*); Rb. Amsterdam 21 februari 2002, JOR 2002/107, m.nt. P.M. Veder (*GTS*).

³⁶ Zie Rb. Amsterdam 21 februari 2002, JOR 2002/107, m.nt. P.M. Veder (*GTS*).

namens obligatiehouders die wel een steminstructie hebben afgegeven aan de bond trustees)³⁷; en

- (v) het behandelen van obligaties op gelijke wijze als toondervorderingen in de zin van art. 134 Fw³⁸.

- 1.30 De door 225-maatregelen geboden procedurele flexibiliteit is van grote meerwaarde voor de voortvarende afwikkeling van een surseanceprocedure. Het aldus beschikbare maatwerk is met name geschikt als middel om op een efficiënte wijze bepaalde complexe problemen te adresseren (bijv. problemen die samenhangen met de massaliteit van een grote groep anonieme (al dan niet steeds wisselende) schuldeisers en problemen die voortvloeien uit grensoverschrijdende perikelen en de toepassing van buitenlands recht).
- 1.31 Een vergelijkbare discretionaire bevoegdheid tot het treffen van bijzondere voorzieningen ter beveiliging van de belangen van schuldeisers of aandeelhouders heeft de rechtbank in een WHOA-procedure (art. 379 Fw). Ook is de rechtbank bevoegd om het stemrecht van bepaalde schuldeisers te verleggen naar economisch belanghebbenden (art. 381 lid 4 Fw). In hoeverre de hiervoor genoemde 225-maatregelen zich lenen voor toepassing in een WHOA-procedure hangt af van de mate waarin de betreffende maatregelen passen in de bredere context van de WHOA. In faillissement ontbreekt een aan art. 225 Fw verwante regeling daarentegen. Alhoewel een analoge toepassing bepleitbaar is, verdient een expliciete wettelijke basis daarbij de voorkeur.
- 1.32 Stemprocedure: Op grond van art. 268 lid 1 Fw is een surseanceakkoord aangenomen indien de gewone meerderheid van de ter vergadering verschenen erkende en toegelaten schuldeisers, die tezamen ten minste de helft van het bedrag van de erkende en toegelaten schuldvorderingen vertegenwoordigen, voor het akkoord hebben gestemd.
- 1.33 Anders dan het geval is onder de WHOA, is er slechts één klasse van stemgerechtigde partijen. Bezien vanuit het perspectief van de schuldenaar is dit een belangrijk voordeel van de surseance boven het opdelen van schuldeisers (en aandeelhouders) in meerdere klassen in een WHOA-stemprocedure. Het stemmen in meerdere klassen vergroot het risico dat bepaalde schuldeisers een “hold out” positie kunnen innemen. Dit kan een reorganisatie nodeloos frustreren.
- 1.34 Zoals gebleken is in onder meer de surseance van Steinhoff bestaan voldoende andere waarborgen in de surseanceregeling om met de specifieke belangen van bepaalde groepen schuldeisers rekening te houden (o.a. bij de inrichting van het akkoord door de schuldenaar, de toetsing door de rechtbank in het kader van de homologatie van het akkoord en – in geval van de toepassing van de hierna te bespreken Brandarisregeling – bij de samenstelling van de commissie van vertegenwoordiging ex art. 281e Fw).
- 1.35 De Brandarisregeling: In de surseanceprocedure van N.V. Assurantie Maatschappij Brandaris (“**Brandaris**”) werd geconstateerd dat de toepassing van bepaalde wettelijke formaliteiten praktisch onuitvoerbaar werd ten gevolge van de omvang van het aantal schuldeisers. Dit gold in het bijzonder

³⁷ Zie Rb. Amsterdam 9 mei 2014, JOR 2014/306, m.nt. I. Spinath (*Plaza Centers*).

³⁸ Zie Rechtbank Amsterdam 9 mei 2014, JOR 2014/306, m.nt. I. Spinath (*Plaza Centers*). De door Plaza Centers uitgegeven obligatieleningen betroffen twee series van obligaties uitgegeven onder Israëlsch recht (genoteerd op de Tel Aviv Stock Exchange) en een serie van obligaties uitgegeven onder Pools recht (genoteerd op de Warsaw Stock Exchange). Het aan de 225-maatregel ten grondslag liggende primaire motief was het adresseren van de problemen die anderszins zouden ontstaan bij het vaststellen van de meerderheid als bedoeld in art. 268 lid 1 Fw (*headcount*) indien een onbekend aantal anonieme obligatiehouders geen stem zou uitbrengen. Op grond van de 225-maatregel gold iedere obligatie als een vordering van een separate schuldeiser. Deze maatregel staat ook “split voting” toe op grond waarvan een stemgerechtigde partij verschillende stemmen kan uitbrengen (d.w.z. zowel voor als tegen het aannemen van het akkoord) indien zij optreedt voor een achterban in de girale keten bestaande uit twee of meer beneficial owners.

met betrekking tot de indiening en toelating van vorderingen, het uitschrijven van vergaderingen en de daarin te houden stemmingen. Een bijzondere afdeling werd in de Faillissementswet opgenomen (de “**Brandarisregeling**”) betreffende grootschalige surseances met meer dan 5.000 schuldeisers.³⁹ Deze regeling biedt dispensatie van een aantal formaliteiten (zo volstaan bepaalde generieke aankondigingen in media in plaats van communicatie met (bekende) schuldeisers op individuele basis). Voorts werd een bijzondere stemprocedure in het leven geroepen waarbij de rechtbank op verzoek van de bewindvoerder(s) een commissie van vertegenwoordiging kan instellen met de toekenning van een exclusieve bevoegdheid aan de commissieleden om een stem over het surseanceakkoord uit te brengen (art. 281e Fw). In de Memorie van Toelichting staat expliciet dat de Brandarisregeling een permanente regeling betreft (en derhalve niet een *ad hoc* bestemming heeft voor enkel de surseance van Brandaris).⁴⁰

- 1.36** Het exclusief toekennen van het stemrecht aan de leden van de commissie van vertegenwoordiging – derhalve met uitsluiting van de anderszins stemgerechtigde schuldeisers – is een radicaal middel. Het is wel een efficiënte oplossing om de stemming – ongeacht het grootschalige karakter van de betreffende surseanceprocedure – ordentelijk en voortvarend met behoud van de integriteit van de stemprocedure te laten verlopen. Dit kan de duur van de procedure en de daarmee gepaard gaande kosten wezenlijk verkleinen. Over de ratio van de Brandarisregeling is in de Memorie van Toelichting opgemerkt:

“In gevallen, als in het ontwerp bedoeld, wordt het bijzonder bezwaarlijk de vergaderingen en stemmingen, bedoeld in de artikelen 218 en 265 e.v., te houden.

Weliswaar plegen de meeste crediteuren niet in persoon doch bij gemachtigden op deze vergaderingen te komen, maar men moet toch rekenen op de aanwezigheid van een zo groot aantal personen, dat het praktisch onmogelijk wordt de vergaderingen te doen verlopen op de wijze zoals de Faillissementswet zich dit voorstelt: in een betrekkelijk beperkte kring van personen en binnen een beperkte tijd.

Reeds het onderzoek der volmachten, dat normaliter een werk is van minuten, zou honderden slecht bestede manuren vergen. Maar vooral ondoenlijk wordt het bij de aantallen, waar het hier om gaat, voor de voor- en tegenstanders van de definitieve verlening van de surséance, resp. van het aannemen van het akkoord, om de nodige aantallen volmachten te verzamelen. Dit te meer omdat in gevallen als waarop het ontwerp het oog heeft, er welhaast steeds een zeer groot aantal crediteuren zal zijn met vorderingen tot geringe bedragen, die daarom weinig geïnteresseerd zullen zijn.”⁴¹

- 1.37** Een belangrijke waarborg bij de toepassing van art. 281e Fw is dat bij de samenstelling van de commissie er op wordt gelet, dat daarin personen zitting hebben die geacht kunnen worden de belangrijkste groepen van de schuldeisers te vertegenwoordigen.⁴² In de surseanceprocedure van Steinhoff werden naast leden die als “vertegenwoordiger” van bepaalde groepen schuldeisers konden worden gezien ook “onafhankelijke commissieleden” benoemd (die tezamen een blokkerende stem hadden voor het aannemen van het surseanceakkoord, welke

³⁹ Zie art. 281a-281f Fw (Afdeling II.2A).

⁴⁰ S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber en B.A. Schuijling (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet – Wetswijzigingen*, 2^e druk, Serie Onderneming en Recht, deel 2-III, Deventer: Kluwer 2018, afd. Tweede afdeling A Fw, aant. 1.

⁴¹ Zie S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber en B.A. Schuijling (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet – Wetswijzigingen*, 2^e druk, Serie Onderneming en Recht, deel 2-III, Deventer: Kluwer 2018, art. 281e Fw, aant. 2.

⁴² Commissieleden zijn bevoegd om feedback te verzamelen van groepen van schuldeisers inzake het gewenste stemgedrag. Schuldeisers kunnen ook proactief leden van de commissie van vertegenwoordiging benaderen om support te verstrekken voor of om bezwaren te uiten tegen het aannemen van het surseanceakkoord.

benoemingssystematiek ook nu wordt gehanteerd in de DSB commissie van vertegenwoordiging). Voorts gelden verzwaarde meerderheidseisen in art. 281e lid 4 Fw: tot het aannemen van een akkoord is vereist de toestemming van drie vierde van de ter vergadering, waarin daarover moet worden beslist, verschenen leden der commissie.

- 1.38** Ook een door een commissie van vertegenwoordiging aangenomen akkoord komt in aanmerking voor automatische erkenning onder de Europese Insolventieverordening. Voorts is gebleken in de surseanceprocedure van Steinhoff dat de stemmechaniek van art. 281e Fw (als zodanig) geen reden is om buiten de EU de homologatie – of de toegang tot een parallelle procedure – te weigeren.
- 1.39** De hiervoor genoemde problemen die samenhangen met de grootschaligheid van bepaalde surseanceprocedures kunnen evenzeer aan de orde zijn in faillissement en de vaststelling van een WHOA-akkoord. Een equivalent van de Brandarisregeling ontbreekt evenwel in deze beide procedures. Het verdient overweging om op gelijke voet de regeling aan te bieden voor het aannemen van een faillissementsakkoord en een WHOA-akkoord bij (zeer) grote aantallen schuldeisers. Ook in de ons omringende landen ontbreekt een aanverwante regeling.⁴³ Dit verschaft Nederland een voorsprong bij de reorganisatie van ondernemingen met een grote hoeveelheid aan schuldeisers.
- 1.40** In ieder geval is gebleken in de surseanceprocedures van Brandaris en Steinhoff dat de toepassing van onder meer art. 281e Fw tot substantiële verkorting heeft geleid van de duur (en kosten) van de surseanceprocedure. Dit maakt de surseanceprocedure (meer specifiek: de Brandarisregeling) – zowel in nationaal als grensoverschrijdend opzicht – een aantrekkelijke optie indien sprake is van grote aantallen schuldeisers die in de reorganisatie moeten worden betrokken.
- 1.41** Grensoverschrijdende erkenning: De surseance van betaling is genoemd in Bijlage A van de Europese Insolventieverordening⁴⁴ (“**Ivo**”). Dit brengt met zich dat een surseanceprocedure van een Nederlandse schuldenaar⁴⁵ automatisch wordt erkend in andere EU Lidstaten (art. 19 Ivo).⁴⁶ Ook buiten de EU zijn Nederlandse surseanceprocedures – al dan niet als een parallel reorganisatietraject – erkend (o.a. in de Verenigde Staten).
- 1.42** Buitenlandse akkoordprocedures en insolventie: Ten tijde van de opkomst van de surseance van betaling en het overnemen van de wettelijke basis in de Faillissementswet was de surseanceregeling internationaal gezien bepaald geen vanzelfsprekendheid. In de meeste ons omringende landen was een vergelijkbare regeling onbekend c.q. zag de wetgever onvoldoende aanleiding om een dergelijke procedure in te voeren. Anno 2022 is deze situatie wezenlijk anders. Buitenlandse insolventieprocedures waarin de schuldenaar een tijdelijk uitstel van betalingen krijgt van zijn (concurrente) schuldvorderingen en een akkoord kan aanbieden aan zijn gezamenlijke schuldeisers – als onderdeel van de betreffende insolventieprocedure of als een separate akkoordprocedure die zich leent voor toepassing tijdens insolventie – zijn inmiddels volop gangbaar. Voorbeelden betreffen Chapter 11 proceedings in de Verenigde Staten, de sauvegarde in Frankrijk en het gebruik van schemes of arrangement of een restructuring plan tijdens administration

⁴³ Zie de National Reports gepubliceerd in de volgende delen uit de Oxford International and Comparative Insolvency Law Series: *Commencement of Insolvency Proceedings* (deel 1, Oxford University Press 2012) en *Ranking and Priority of Creditors* (deel 3, Oxford University Press 2016).

⁴⁴ Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, OJ 2015, L 141/19.

⁴⁵ Zie art. 3 lid 1 Ivo voor de criteria voor het vaststellen van het centrum van de voornaamste belangen van een schuldenaar.

⁴⁶ Zoals hiervoor reeds is opgemerkt geldt dit ook voor surseanceprocedures waarbij gebruik is gemaakt van de Brandarisregeling.

proceedings in Engeland. Met de surseance van betaling loopt Nederland internationaal gezien in de pas met de reorganisatiemogelijkheden van een insolvente schuldenaar.⁴⁷

- 1.43** Het is nog van belang om op te merken dat in verschillende landen er *meerdere* procedures beschikbaar zijn voor een schuldenaar om een reorganisatie vorm te geven (zowel binnen als buiten insolventie). Een voorbeeld is Engeland waar schuldenaren kunnen kiezen uit verschillende procedures die kunnen bijdragen aan een sanering van schulden (o.a. een informele reorganisatie, een scheme of arrangement onder Part 26 van de UK Companies Act 2006, een restructuring plan onder Part 26A van de Companies Act 2006, een company voluntary arrangement onder de Insolvency Act 1986 en administration proceedings onder de Insolvency Act 1986). Het brede spectrum aan reorganisatiemogelijkheden dwingt de schuldenaar niet in één allesomvattend keurslijf en biedt meer maatwerkopties om de procedure toe te spitsen op de betreffende omstandigheden van het geval. Dit komt het algehele reorganisatieklimaat ten goede (zoals ook gebleken is in Engeland).

Voorstellen ter verbetering van het reorganiserend vermogen van de surseance en ten behoeve van een efficiënt verloop van de procedure

- 1.44** In onze praktijk zijn wij tegen enkele punten aangelopen waarbij de wettelijke surseanceregeling kan worden aangepast. Wij menen dat dergelijke aanpassingen bijdragen aan het efficiënte verloop en het reorganiserend vermogen van de surseanceprocedure.
- 1.45** Governance in een surseanceprocedure: Van belang is dat de bewindvoerder in een surseanceprocedure het bij de schuldenaar berustende primaat bij de inrichting van het akkoord – en daarmee het vormgeven van de reorganisatie – voldoende respecteert. In dit opzicht is er een groot verschil tussen de bepalende rol van een curator bij een vereffening in faillissement en een meer terughoudende rol van een bewindvoerder in het kader van een surseanceprocedure. De bewindvoerder die zich hiervan bewust is dient de succesvolle toepassing van het surseance instrument.
- 1.46** In veel gevallen is er sprake van een goede samenwerking tussen de schuldenaar en de bewindvoerder (zowel in het kader van de bedrijfsvoortzetting en te verrichten beschikkingsdaden als in verband met de sanering van het passief). Doch in andere gevallen stagneert een surseance mede doordat een bewindvoerder een sturende en dwingende rol (vergelijkbaar met die van een faillissementscurator) inneemt en daarmee botst met de door de schuldenaar ingenomen positie. Voor een goede en efficiënt lopende governance in een surseanceprocedure is onzes inziens geen aanpassing van de wettelijke regeling geboden. Wel pleiten wij voor bijzondere aandacht voor dit onderwerp in het kader van bijv. specialistenopleidingen van curatoren en bewindvoerders.
- 1.47** Introductie van een “bar date”: In het kader van de Wet modernisering faillissementsprocedure⁴⁸ is een wettelijke basis geïntroduceerd voor een zgn. “bar date” in faillissementsprocedures. In art. 127 Fw is een uiterste termijn bepaald waarbinnen vorderingen ter verificatie moeten worden ingediend bij de curator. Uit art. 161a Fw volgt dat vorderingen die niet binnen deze termijn zijn ingediend, na beëindiging van het faillissement overeenkomstig artikel 161 Fw (beëindiging van het faillissement zodra de homologatie van het akkoord in kracht van gewijsde is gegaan) niet langer afdwingbaar zijn, tenzij de schuldeiser redelijkerwijs niet in staat was de vordering binnen de bedoelde termijn voor verificatie in te dienen.

⁴⁷ Zie in dit verband de National Reports van meer dan 20 landen gepubliceerd in de Oxford International and Comparative Insolvency Series uitgegeven door Oxford University Press.

⁴⁸ Stb. 2018, 299.

- 1.48** De voordelen van een bar date – waaronder de te bereiken finaliteit na verloop van de bar date en de sanctie van niet-afdwingbaarheid – zijn uitgebreid beschreven in de literatuur.⁴⁹ Wij bepleiten om eveneens een wettelijke basis te verschaffen voor een bar date in specifiek surseanceprocedures. Toegespitst op de surseance zou een dergelijke bar date betekenen dat partijen die niet tijdig een vordering bij de bewindvoerder hebben ingediend ex art. 257 Fw, geen aanspraak kunnen maken op eventuele uitkeringen onder een surseanceakkoord en enkel een niet-afdwingbare vordering behouden op de schuldenaar.
- 1.49** Afschaffen headcount bij bepalen meerderheid tijdens stemming: Zoals hierboven reeds aan de orde is gekomen, volgen twee meerderheidseisen uit art. 268 lid 1 Fw. Een surseanceakkoord is aangenomen indien (i) de gewone meerderheid van de ter vergadering verschenen erkende en toegelaten schuldeisers ("headcount"), die tezamen ten minste de helft van het bedrag van de erkende en toegelaten schuldvorderingen vertegenwoordigen ("quorum"), voor het akkoord hebben gestemd.
- 1.50** In de literatuur is verdedigd dat het headcount vereiste achterhaald is en in bepaalde situaties zelfs tot arbitraire uitkomsten kan leiden.⁵⁰ In de stemprocedure betreffende een WHOA-akkoord is het headcount vereiste bewust niet opgenomen. Uit art. 381 lid 7 Fw volgt dat een klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht. De exacte samenstelling van "de groep van schuldeisers" is irrelevant; van belang is dat is voldaan aan het quorum van twee derden van het totale bedrag aan vorderingen behorende tot de betreffende klasse. Ook wij zijn van mening dat het headcount vereiste voor het aannemen van een faillissements- of surseanceakkoord dient te vervallen.
- 1.51** Verruimen reikwijdte van de surseanceregeling tot separatisten en preferente schuldeisers: In de literatuur is herhaaldelijk verdedigd dat een surseanceprocedure tevens van toepassing dient te zijn op separatisten en preferente schuldeisers. Ook de in het consultatiedocument genoemde voorstellen van de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (Insolad) gaan uit van het verruimen van het toepassingsgebied van de surseanceregeling.
- 1.52** Wij onderschrijven deze voorstellen en menen dat de huidige uitsluiting van separatisten en preferente schuldeisers in art. 232 onder (1) Fw kan vervallen. Een wettelijke regeling is nodig om te voorzien in een separate klasse van separatisten en een separate klasse van preferente schuldeisers bij de stemming over een surseanceakkoord. Deze partijen moeten onder een surseanceakkoord minstens aanspraak kunnen maken op het uitkeringspercentage in geval van liquidatie van het actief waarop de bijzondere verhaalsaanspraken betrekking hebben (in geval van zekerheden met inbegrip van eventuele *going concern* waarde).
- 1.53** Exoneratieclausules: Een (surseance)akkoord kan exoneratieclausules bevatten ten behoeve van derden. Dergelijke clausules trachten de aansprakelijkheid van derden ten opzichte van stemgerechtigde schuldeisers te beperken c.q. teniet te doen gaan. Naar de heersende opvatting

⁴⁹ Zie o.a. J.M. Hummelen, 'De introductie van een 'bar date' in het Nederlandse faillissementsrecht', Tvl 2013/4.

⁵⁰ Zie bijv. Dennis Faber, Frédéric Verhoeven en Niels Vermunt, 'The use of a composition plan as a valuation and distribution framework', in: Dennis Faber & Niels Vermunt (eds.), *Bank Failure: Lessons from Lehman Brothers*, Oxford University Press 2017, par. 12.102.

werken dergelijke clauses ten opzichte van partijen die voor het akkoord hebben gestemd.⁵¹ Daarentegen raken tegenstemmers en partijen die zich van het uitbrengen van een stem hebben onthouden niet gebonden aan de betreffende exoneratie. Een regeling inzake in een akkoord opgenomen exoneratiebedingen ontbreekt thans in de faillissements- en surseanceregeling. Een dergelijke regeling zou onzes inziens niet misstaan in de Faillissementswet.

- 1.54** Binnen de grenzen van art. 372 Fw kunnen bepaalde groepsvennootschappen onder een WHOA-akkoord worden ontheven van bepaalde betalingsverplichtingen jegens schuldeisers van de schuldenaar (bijv. uit hoofde van afgegeven garanties in concernverband). Ook voor faillissement en surseance is een verdergaande werking van exoneratieclauses bepleit. Zo stellen Hermans en Vriesendorp dat derden die aan het akkoord (financieel) bijdragen in principe ook moeten kunnen verlangen dat schuldeisers afstand doen van bepaalde aanspraken jegens deze derden.⁵² Deze benadering gebaseerd op een economische afweging die ten grondslag ligt aan een bijdrage door een derde ter financiering van het akkoord spreekt ons aan en zou een generieke strekking moeten krijgen. Onzes inziens is een wetswijziging geboden om een dergelijke werking van exoneratiebedingen in een akkoord een wettelijke basis te bieden. Een wetswijziging brengt dergelijke exoneratiebedingen onder de reikwijdte van de “cram down” bepaling van art. 157 Fw (faillissement) en art. 273 Fw (surseance).
- 1.55** Zoals hiervoor kort aan de orde is gekomen ziet de regeling van art. 372 Fw betreffende een WHOA-akkoord enkel op een afstand van betalingsverplichtingen jegens bepaalde aan de schuldenaar gelieerde groepsvennootschappen. Voor faillissement en surseance is in de literatuur verdedigd dat er geen goede grond bestaat om schuldeisers te dwingen om hun rechten tegenover derden prijs te geven, indien die derden niet nauw verbonden zijn met de onderneming op de sanering waarvan het akkoord ziet.⁵³ Wij zien evenwel geen reden om de werking van exoneratiebedingen (als hiervoor beschreven) te beperken tot (Nederlandse) groepsvennootschappen of bepaalde partijen die nauw verbonden zijn met de schuldenaar (zoals bestuurders). Op dezelfde wijze als hiervoor beschreven kunnen de gezamenlijke schuldeisers profijt hebben van een (financiële) bijdrage van derden die niet op een dergelijke wijze aan de schuldenaar zijn verbonden (bijv. verzekeraars). Er bestaat geen goede grond om dergelijke partijen buiten het toepassingsgebied te houden van de verruimde werking van exoneratiebedingen in situaties waarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met de bijdrage van de genoemde derde aan het akkoord en in meerderheid ex art. 145 Fw (faillissement) en art. 268 lid 1 Fw (surseance) stemmen voor het aannemen van het akkoord.⁵⁴

2 Wettelijke regeling inzake boedelschulden

- 2.1** In het consultatiedocument wordt de vraag opgeworpen “of er een wettelijke regeling moet komen over boedelschulden, in het bijzonder voor boedels die naar verwachting niet toereikend zijn om

⁵¹ Zie o.a. S.C.J.J. Kortmann, ‘Derden in het faillissementsrecht’, AA 1997, p. 321-322; A.D.W. Soedira, *Het akkoord* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 60 Deventer: Kluwer 2011, p. 96; Dennis Faber, Frédéric Verhoeven en Niels Vermunt, ‘The use of a composition plan as a valuation and distribution framework’, in: Dennis Faber & Niels Vermunt (eds.), *Bank Failure: Lessons from Lehman Brothers*, Oxford University Press 2017, p. 323-324. Onomstreden is de heersende opvatting overigens niet. Zie B.S.J.M. van Gangelen en G.H. Gispen, ‘Voorstellen tot verbetering van de surseance en het akkoord’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht, deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 321.

⁵² Zie Ruud Hermans en Reinout Vriesendorp, ‘Het dwangakkoord in het insolventierecht: vrijheid in gebondenheid?’, Tvl 2014/10.

⁵³ Zie o.a. B.S.J.M. van Gangelen en G.H. Gispen, ‘Voorstellen tot verbetering van de surseance en het akkoord’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht, deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 321.

⁵⁴ Een extra waarborg tegen eventuele misstanden is de discretionaire bevoegdheid van de rechtbank om homologatie te weigeren ex art. 153 lid 3 Fw (faillissement) en art. 272 lid 3 Fw (surseance).

alle (onvermijdbare) boedelschulden te voldoen” (p. 14). Specifiek wordt de volgende vraag gesteld: *“Ziet u een meerwaarde in een algemene wettelijke regeling rond boedelschulden?”* (p. 14).

- 2.2 Wij menen dat het gebrek aan een wettelijke regeling inzake boedelschulden een belangrijke leemte is van de Faillissementswet. Het aantal faillissementen met een boedel die ontoereikend is om alle boedelschulden integraal te voldoen (“**negatieve boedel**”) en die dientengevolge wordt opgeheven (“**boedelfaillissement**”), is onbekend. Er wordt geschat dat het gaat om driekwart of meer van alle faillissementen.⁵⁵ In dergelijke gevallen komt de curator aan enigerlei uitkering aan de gezamenlijke concurrente schuldeisers (“**pre-faillissementsschuldeisers**”) geheel niet toe.
- 2.3 De aan de Faillissementswet ten grondslag liggende gedachte – en de historische verklaring waarom de Faillissementswet de positie van boedelschuldeisers grotendeels ongemoeid heeft gelaten – is het uitgangspunt van de wetgever dat in een faillissement een vereffening plaatsvindt door de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Zoals uit het voorgaande volgt is dit uitgangspunt van de wetgever in de meeste faillissementen een utopie. Door het ontbreken van een wettelijke regeling inzake boedelschulden ontstaat er een “mismatch” met de in de Faillissementswet opgenomen regeling en de daadwerkelijke gang van zaken in het merendeel van alle faillissementen.
- 2.4 Naar huidig recht hebben boedelschuldeisers een onmiddellijke aanspraak op de boedel en kunnen zij zonodig verhaal nemen op tot de boedel behorende goederen. De boedelschuldeiser verliest deze directe verhaalsaanspraak echter – en diens verhaalspositie wordt (tot op zekere hoogte) illusoir – wanneer op voorhand duidelijk is dat de boedel ontoereikend zal zijn om alle boedelschulden integraal te voldoen.⁵⁶ In een dergelijk geval concurreren boedelschuldeisers onderling in een eigen *concursum creditorum* met toepassing van de algemene rangordebepalingen van titel 3.10 van het Burgerlijk Wetboek. Dit betekent concreet dat boedelschuldeisers in principe directe verhaalsaanpakken jegens de boedel verliezen en op de curator zijn aangewezen voor een (partiële) voldoening. In geval van een negatieve boedel zal de curator boedelschulden in beginsel naar evenredigheid voldoen, behoudens wettelijke redenen van voorrang.⁵⁷
- 2.5 In de literatuur is veel gedebatteerd over hoe een negatieve boedel precies moet worden afgewikkeld,⁵⁸ maar een algemene wettelijke regeling ontbreekt vooralsnog. De “spelregels” zijn sindsdien vooral ontwikkeld en aangescherpt in jurisprudentie, maar dit biedt onvoldoende zekerheid voor de rechtspraak en is niet toekomstbestendig. Ook zijn koerswijzigingen van onder meer de Hoge Raad niet uit te sluiten.
- 2.6 In het spraakmakende arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*⁵⁹ werd plotsklaps gebroken met het criterium wanneer sprake is van een boedelschuld. Alhoewel de praktijk en wetenschap overwegend positief zijn dat met het arrest aan de wildgroei van boedelvorderingen onder het oude “toedoencriterium” een halt is toegeroepen, werd een wezenlijk andere koers ingeslagen door de

⁵⁵ CBS-rapport ‘Faillissementen: oorzaken en schulden’, 2015, p. 18-19; B. Wessels, *Insolventierecht: Faillietverklaring*, Wessels Insolventierecht nr. I, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 1466.

⁵⁶ Hoge Raad 31 oktober 2014, JOR 2015/55, m.nt. G.A.J. Boekraad (*CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.*); Hoge Raad 13 juni 2003, JOR 2003/209, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en A. Steneker (*Beatrixziekenhuis/ProCall*).

⁵⁷ Hoge Raad 28 september 1990, NJ 1991/305, m.nt. PvS (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

⁵⁸ Zie o.a. G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 8, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 180 e.v.; F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 170 e.v.

⁵⁹ Zie Hoge Raad 19 april 2013, NJ 2013, 291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*). Overigens is op dit arrest volgende rechtspraak nog altijd volop in ontwikkeling. Zo is recent nog uitgemaakt dat rente verschuldigd wegens het niet voldoen van boedelschulden een boedelschuld oplevert, ook in geval van een negatieve boedel. Zie Hoge Raad 24 december 2021, NJ 2022, 49, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X/Jansen c.s.*).

Hoge Raad dan het geval was in voorafgaande jurisprudentie. Andere arresten van de Hoge Raad inzake boedelschulden zijn beduidend kritischer ontvangen en zijn een bron voor onvrede in de literatuur.⁶⁰ Voorbeelden betreffen de arresten *Ontvanger/Hamm q.q.*⁶¹ en *Van der Werff q.q./BLG*⁶² inzake onverschuldigde betaling aan de boedel en *Hamm q.q./ABN Amro Bank*⁶³ en *Rabobank/Verdonk q.q.*⁶⁴ inzake een inbreuk op de positie van een separatist door de curator.

2.7 Deze situatie is onbevredigend en roept regelmatig rechtsonzekerheid op. Koerswijzigingen van de Hoge Raad – of juist het vasthouden aan onbevredigende oudere rechtspraak – behoeven bijstelling door de wetgever. Ook in de literatuur bestaat al geruime tijd een roep om een wettelijke regeling inzake boedelschulden.⁶⁵ Verschillende onderwerpen die hierbij aan bod moeten komen zijn onder meer:

- (i) Algemene bepaling van hetgeen kwalificeert als een boedelschuld.
- (ii) Onderlinge rangorde van boedelschulden.
- (iii) Rechtsgang waarmee geschillen tussen boedelschuldeisers met betrekking tot hun onderlinge rangorde kunnen worden beslecht (bijvoorbeeld door middel van het verzoeken van een rangregeling).
- (iv) Rechtsgang waarmee boedelschuldeisers voor hun belangen kunnen opkomen, bijvoorbeeld door middel van openstelling van art. 69 Fw voor boedelschuldeisers in het geval van een (verwachte) negatieve boedel of een daarmee vergelijkbare rechtsgang.⁶⁶
- (v) Enkele specifieke onderwerpen – waarvan enkele hierboven zijn aangestipt – behoeven een bijzondere regeling in de Faillissementswet. Twee andere voorbeelden betreffen de verhaalsaanpakken van boedelschuldeisers met betrekking tot goederen die ingevolge artt. 21 en 22 Fw buiten de boedel vallen en de verhaalspositie van boedelschuldeisers voor wat betreft het onvoldane deel van hun vorderingen met betrekking tot na afloop van het faillissement nog aanwezige (of nadien verkregen) goederen.
- (vi) Bepaalde bijzondere wettelijke bepalingen behoeven naar onze mening bijstelling op een wijze zoals beschreven in de literatuur. Een voorbeeld betreft de onbevredigende regeling inzake specifieke “wettelijke” boedelschulden ex art. 39 Fw (huurvorderingen vanaf faillissementsdatum) en art. 40 Fw (loonvorderingen vanaf faillissementsdatum).⁶⁷ Hetzelfde is onzes inziens aan de orde voor de (controverciële) promotie van pre-faillissementsvorderingen uit hoofde van een

⁶⁰ Zie bijv. S.C.J.J. Kortmann, ‘De onbegrijpelijke, onbillijke en onbruikbare *Ontvanger/Hamm q.q.*-regel’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *10 jaar JOR, Alsnog geannoteerd*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 156-164 en N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, ‘Het doorbreken van de (wettelijke) rangorde van boedelvorderingen’, in: S.E. Bartels e.a. (red.), *Vertrouwen in het burgerlijke recht* (liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann), Serie Onderneming en Recht, deel 100, Deventer: Kluwer 2017, p. 151-166 (met verdere verwijzingen).

⁶¹ Hoge Raad 5 september 1997, JOR 1997/102, m.nt. N.E.D. Faber (*Ontvanger/Hamm q.q.*).

⁶² Hoge Raad 8 juni 2007, JOR 2007/221, m.nt. A. Steneker (*Van der Werff q.q./BLG*).

⁶³ Hoge Raad 30 oktober 2009, JOR 2009/341, m.nt. W.J.M. van Andel (*Hamm q.q./ABN Amro Bank*).

⁶⁴ Hoge Raad 5 januari 2016, JOR 2016/83, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

⁶⁵ Zie o.a. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, ‘Honderd jaar faillissementswetgeving’, Tvl 1996/5, p. 131 e.v. en G.A.J. Boekraad, ‘Kwart eeuw faillissementsafwikkeling en boedelschulden’, Tvl 2020/38.

⁶⁶ Vgl. in dit verband M.J.M. Franken, *Het Insolventiepassief*, Serie Recht en Praktijk, deel InsR13, Deventer: Kluwer 2019, nr. 7.9.

⁶⁷ Zie hierover uitvoerig G.A.J. Boekraad, ‘Kwart eeuw faillissementsafwikkeling en boedelschulden’, Tvl 2020/38, p. 268.

wederkerige overeenkomst tot boedelvorderingen bij gestanddoening van de betreffende overeenkomst door de curator ex art. 37 Fw.⁶⁸ Van een overtuigende rechtvaardigingsgrond van een dergelijke promotie tot de status van boedelvorderingen is onzes inziens geenszins sprake.

3 Afschaffing bodemrecht en bodemvoorrecht

- 3.1** In het consultatiedocument komt het bodemrecht van de Ontvanger (art. 22 lid 2 Invorderingswet 1990) kort aan bod (p. 4). Het bodemvoorrecht van de Ontvanger (art. 21 lid 2 Invorderingswet 1990) is onbesproken gebleven. Dit is een gemiste kans, nu het bodemrecht en het bodemvoorrecht al meer dan 30 jaar een bron zijn van procedures, onduidelijkheid en onvrede. De Ontvanger bezit op grond van deze rechten een zeer vergaand eenzijdig instrument waarmee de rechten van financiers en een breed scala aan handelscrediteuren (leveranciers, leasemaatschappijen en derden) worden aangetast.
- 3.2** Wij – net als veel stemmen in de literatuur⁶⁹ – plaatsen vraagtekens bij de wenselijkheid van deze bijzondere verhaalspositie. In het economisch handelsverkeer vervullen zekerheidsrechten op bodemzaken in de vorm van bijvoorbeeld het stille pandrecht en het eigendomsvoorbehoud een belangrijke rol in de financierbaarheid van ondernemingen en de leveringsbereidheid van handelspartners. Deze zekerheidsrechten worden in het faillissement potentieel illusoir gemaakt door het bodemrecht en bodemvoorrecht. Het bodemrecht en bodemvoorrecht zijn bovendien verder ‘versterkt’ met de invoering van de meldingsregeling van art. 22bis Invordering 1990. In de praktijk kan dit uitlopen op een wedloop tussen de stille pandhouder of derde-eigenaar enerzijds en de Ontvanger anderzijds. Dit komt de maximering van de boedel(verdeling) niet ten goede.
- 3.3** Participanten in het algemene handelsverkeer leiden bovendien grote schade door de uitholling van zekerheidsrechten op bodemzaken. Dit heeft weer gevolgeffecten op de financieringsbereidheid van banken bij ondernemingen wiens onderpand (grotendeels) bestaat uit bodemzaken alsook de financiële positie van leveranciers en leasemaatschappijen (en daarmee de verhaalspositie van hun contractanten). In 2004 heeft het CPB gerapporteerd dat er een niet te kwantificeren welvaartswinst te realiseren is bij afschaffing van het bodemrecht en bodemvoorrecht voor grote ondernemingen en behoud ervan voor kleine ondernemingen.⁷⁰ Het is bovendien aannemelijk dat bij afschaffing van het bodem(voor)recht een deel van de gedeerde belastinginkomsten terecht komt bij de schuldeisers van de belastingplichtige of derde-eigenaren van bodemzaken, hetgeen deels weer doorvloeit naar de Ontvanger als deze partijen bedrijfsactiviteiten kunnen continueren en belastingplichtig zijn. Deze rapportage heeft echter niet geleid tot een heroverweging van het bodem(voor)recht of een voortzetting van het wetgevingstraject van wetsvoorstel 22 942 (welk voorstel voorziet in onder meer een herziening van het bodem(voor)recht). De vraag is daarom (nog steeds) gewettigd of de sterke positie van de Ontvanger wel in verhouding staat tot de schade die het bodem(voor)recht veroorzaakt in het economisch verkeer. Wij menen dat de uitholling van zekerheidsrechten op

⁶⁸ Zie nader Dennis Faber & Niels Vermunt, ‘National Report for the Netherlands’, in: Dennis Faber et al. (eds.), *Treatment of Contracts in Insolvency*, Oxford International and Comparative Insolvency Law Series, vol. 2, Oxford University Press 2013, par.12.16.

⁶⁹ Zie bijvoorbeeld I. Spinath ‘All animals are equal, en waarom de fiscus should not be more equal’, TvFZI 2013/4, p. 122-125; A.J. Tekstra, ‘Het bodem(voor)recht van de fiscus bij faillissement: to be or not to be?’, AA 2019, p. 851-852. Zie J.J. Vetter, *Invordering van belastingen*, 9^e druk, Den Haag: Wolters Kluwer 2020, nr. 908 voor een beschrijving van de maatschappelijke discussie over dit onderwerp.

⁷⁰ Te raadplegen op: <https://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/afschaffen-niet-analyse-van-fiscale-verhaalsrechten-bij-faillissementen.pdf>. Zie ook het eindrapport d.d. 21 januari 2004 van ECORYS-NEI in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken: ‘Gedragseffecten ten gevolge van wijzigingen in het regime van de fiscale voorrechten’, te raadplegen op: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/nds-ez04000116-b2.pdf>.

bodemzaken door het bodemrecht en bodemvoorrecht niet (meer) te billijken is zonder een gegronde heroverweging naar aanleiding van het CPB-onderzoeksrapport uit 2004. Ook verdient het aanbeveling om te kijken naar ontwikkelingen op dit terrein in de ons omringende landen. Zo is het fiscale voorrecht in Duitsland reeds in 1999 afgeschaft.

- 3.4** Het voorgaande moet tevens in de sleutel worden geplaatst van de hiervoor besproken algemene herziening van de verdeling van de boedelactiva, waarin ook de positie van boedelschuldeisers en separatisten aan bod dienen te komen.

4 Opvangen van (tijdelijke) liquiditeitskrapte

- 4.1** In het consultatiedocument wordt de volgende vraag gesteld: "Ziet u mogelijkheden om ondernemers nog beter in staat te stellen (tijdelijke) liquiditeitskrapte tegen te gaan?" (p. 9).
- 4.2** Wij menen dat het wetsvoorstel inzake de Wet opheffing verpandingsverboden,⁷¹ die in het consultatiedocument kort wordt besproken in het kader van deze vraag (p. 9), een bevorderlijk instrument is voor het tegengaan van (tijdelijke) liquiditeitskrapte. Zoalsesignaleerd in het consultatiedocument vergroot het voorgestelde verpandingsverbod de financieringsbereidheid voor (met name) MKB-bedrijven. Om het beoogde effect te realiseren zou het uiteindelijke verpandingsverbod betrekking moeten hebben op zowel goederenrechtelijk werkende als verbintenissenrechtelijke werkende verpandingsverboden.⁷²

5 Conclusies en aanbevelingen

Samenvattend doen wij de volgende suggesties naar aanleiding van het consultatiedocument betreffende het insolventierecht:

- (i) De surseance van betaling moet als zelfstandige insolventieprocedure worden behouden. De regeling kent belangrijke voordelen voor met name grote – veelal internationaal opererende – ondernemingen. Alhoewel het aantal reorganisaties van dergelijke ondernemingen in surseance in aantal beperkt is, zijn de economische en maatschappelijke gevolgen zeer substantieel. Het behoud van de surseanceprocedure komt het Nederlandse reorganisatieklimaat uitdrukkelijk ten goede. Het is onzes inziens een misvatting om te veronderstellen dat met een WHOA-akkoord praktisch steeds hetzelfde resultaat kan worden geboekt in een gelijkwaardige procedure en de surseance van betaling daarmee overbodig is geworden.
- (ii) De surseanceprocedure vergt op bepaalde onderdelen een aanpassing ter versterking van het reorganiserend vermogen en ten behoeve van een efficiënt verloop van de procedure. Voorbeelden van te nemen maatregelen betreffen de invoering van een bar date, de afschaffing van het headcount vereiste voor de meerderheidseis van art. 268 lid 1 Fw, het uitbreiden van de reikwijdte van de surseanceregeling tot separatisten en preferente schuldeisers en het verschaffen van een wettelijke basis voor een ruime werking van exonatiebedingen ten behoeve van derden die een bijdrage hebben geleverd aan het surseanceakkoord.

⁷¹ Kamerstukken II 2019/2020, 35 482.

⁷² Aldus ook F.E.J. Beekhoven van de Boezem en S. van Hengel 'Wet opheffing verpandingsverboden', Tvl 2018/44, p. 289-295.

- (iii) Een wettelijke regeling inzake boedelschulden voorziet in een belangrijke leemte van de huidige Faillissementswet. Verschillende onderwerpen hebben wij aangestipt die naar onze mening in een dergelijke wettelijke regeling dienen te worden betrokken.
- (iv) Het bodemrecht en bodemvoorrecht zijn achterhaald en dienen te worden afgeschaft. Nader onderzoek kan eventueel worden verricht naar de positieve economische gevolgen bij afschaffing van het bodem(voor)recht. Ook is het van belang om rechtsvergelijkend onderzoek te verrichten naar dit onderwerp in de ons omringende landen.
- (v) Invoering van de Wet opheffing verpandingsverboden kan een belangrijke bijdrage leveren aan het tegengaan van (tijdelijke) liquiditeitskrapte. Het is onzes inziens van belang dat een dergelijk verbod zowel goederenrechtelijke als verbintenisrechtelijke werking krijgt onder het in te voeren regime.

Tot een nadere toelichting op onze bovenstaande consultatiereactie zijn wij uiteraard graag bereid.

Met de meeste hoogachting,

Linklaters LLP
Paul Kuipers
Partner