

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse orde van advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

het (gewijzigde) voorontwerp van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord om een dreigend faillissement af te wenden (Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement), hierna: “het Voorontwerp”

1. Inleiding

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële beroepsorganisatie (hierna: GCV) heeft kennis genomen van het Voorontwerp. In haar advies d.d. 13 november 2014 is de GCV ingegaan op het eerdere voorontwerp van de Wet continuïteit ondernemingen II. Net als in dat advies, zal de GCV zich gezien haar taakopdracht in het onderstaande voornamelijk tot (deels technische) opmerkingen van vennootschapsrechtelijke aard beperken. Hierna zal eerst worden ingegaan op een aantal punten die de GCV in haar advies d.d. 13 november 2014 naar voren had gebracht.

2. Stemgerechtigde aandeelhouders

In het vorige advies van de GCV is benadrukt dat het van belang is om vast te stellen wat de wetgever bedoelt met *“aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd”*. De MvT bevat thans een verduidelijking door de verwijzing naar een *debt for equity swap* als voorbeeld van een situatie waarin de rechten van aandeelhouders wijzigen als bedoeld in art. 370 lid 1, doordat de zeggenschap van de bestaande aandeelhouders verwatert.¹ De GCV leidt daaruit af dat ook in situaties waarbij de aan de aandelen verbonden rechten niet wijzigen, de rechten van aandeelhouders wel kunnen wijzigen als bedoeld in het Voorontwerp.

In art. 368 lid 7 (oud) was opgenomen dat het ten aanzien van aandeelhouders bepaalde van overeenkomstige toepassing is op houders van certificaten en andere direct of indirect gerechtigden tot het vermogen van de rechtspersoon. In art. 369 lid 5 is dit in zoverre aangepast dat indien de schuldenaar een akkoord aanbiedt dat mede betrekking heeft op aandelen ten aanzien waarvan certificaten zijn uitgegeven, de certificaathouder in plaats van de aandeelhouder gerechtigd is om over het akkoord te stemmen en het in die afdeling ten aanzien van de aandeelhouder bepaalde ook van toepassing is op de certificaathouder; en dat hetzelfde geldt voor vruchtgebruikers. De overeenkomstige toepassing verklaring ten aanzien van andere economisch gerechtigden (zoals bijv. ADR's) is vervallen. Het Voorontwerp vermeldt niet wat onder certificaathouder wordt verstaan en of daaronder ook begrepen moet worden andere personen die een economisch belang hebben in de desbetreffende aandelen. Indien dit het geval is – bijvoorbeeld in lijn met jurisprudentie van de Ondernemingskamer² – dan verdient dit nadere toelichting.

De GCV bepleit dat nader wordt toegelicht waarom, in het geval dat certificaten van aandelen zijn uitgegeven, in alle gevallen alleen de certificaathouder over het akkoord stemt. Juist nu het

¹ MvT, p. 6, zie ook MvT, p. 36.

² Zie o.a. HR 6 juni 2003, NJ 2003/483 (*Scheipar*), HR 11 april 2014, JOR 2014/259 (*Chinese Workers*).

Voorontwerp erkent dat een akkoord de rechten van aandeelhouders kan doen wijzigen doordat hun zeggenschap verwatert (het gaat daarbij dus niet om een economisch belang), is niet goed begrijpelijk waarom de aandeelhouder daarover niets te zeggen heeft (en de certificaathouder alles).

3. Buiten toepassing verklaring van bepalingen uit Boek 2 BW

In het oude voorontwerp werd een aantal bepalingen over de algemene vergadering van de NV en de BV buiten toepassing verklaard ten aanzien van het akkoord "*vanaf het moment van aanbieding van het akkoord*".³ De GCV heeft in haar advies opgemerkt dat het voorontwerp niet regelde wanneer de toepasselijkheid van de bepalingen zou herleven.⁴

In het Voorontwerp zijn de in art. 370 lid 3 genoemde bepalingen uitsluitend niet van toepassing "*ten aanzien van het aanbieden (...) en de uitvoering van een akkoord (...)*". De zin "*vanaf het moment van aanbieding van het akkoord*" is geschrapt. De tekst is op deze manier duidelijker geredigeerd.

De GCV heeft in haar advies ook een aantal kanttekeningen geplaatst bij het buitenwerking stellen van bepalingen over de algemene vergadering van de NV.⁵ In het nieuwe art. 370 lid 3 is de buiten toepassing verklaring van art. 5:25ka Wft en titel 4.4 van Boek 2 (*NV, de algemene vergadering*) in ieder geval geschrapt.

In art. 370 lid 3 wordt voor de BV titel 5.3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek uitgesloten ten aanzien van het aanbieden en de uitvoering van een akkoord. De GCV vraagt zich af of de buiten toepassing verklaring van alle artikelen uit de afdeling over het vermogen van de vennootschap wel juist is. Een voorbeeld is art. 2:203 BW, dat handelt over rechtshandelingen namens een B.V. i.o. Niet valt in te zien waarom deze bepaling in het kader van een akkoord buiten toepassing verklaard zou moeten worden. Een ander voorbeeld is het verbod in art. 2:205 BW tot het nemen van eigen aandelen. Is bedoeld die bepaling buiten toepassing te laten, zodat een BV in het kader van een akkoord wel eigen aandelen kan nemen? Het strekt tot aanbeveling om uitsluitend die specifieke bepalingen van titel 5.3 te vermelden in art. 370 lid 3 die daadwerkelijk buiten toepassing zouden moeten blijven, bijvoorbeeld art. 2:206, 206a en 208 BW.

In zowel het oude als in het nieuwe voorstel blijft de bepaling over schorsing en ontslag van bestuurders *niet* buiten toepassing (art. 134/244). De GCV heeft in haar eerdere advies daarvoor aandacht gevraagd, in het bijzonder omdat in de oude memorie van toelichting stond dat het essentieel is dat het bestuur naar eigen inzicht en in relatieve rust gebruik kan maken van de mogelijkheid om een akkoord aan te bieden en dat de nodige snelheid in de besluitvorming is aangewezen.⁶ In de nieuwe memorie van toelichting komt het hierboven aangehaalde stuk over het belang van het eigen inzicht van het bestuur niet voor.⁷ De GCV begrijpt dit zo dat inderdaad de bepalingen omtrent ontslag van de bestuurder door de algemene vergadering onverkort van toepassing zijn en de algemene vergadering de bestuurders ook tussen het aanbieden van een akkoord en de homologatie daarvan zou kunnen ontslaan.

De GCV heeft in haar advies gesteld dat de separate buiten toepassing verklaring van art. 2:107a BW overbodig was, aangezien in het voorontwerp reeds een bepaling was opgenomen waarin stond dat de in kracht van gewijsde gegane beschikking tot algemeen verbindendverklaring in de plaats

³ Art. 368 lid 5 (oud)

⁴ Advies GCV, par. 3.3.

⁵ Advies GCV, par. 3.5.

⁶ MvT (oud), p. 50.

⁷ MvT (nieuw), p. 25.

treedt van een voor de uitvoering van het akkoord vereist besluit van de algemene vergadering.⁸ Het nut van de buiten toepassing verklaring van art. 2:38 BW kan overigens om dezelfde reden in twijfel worden getrokken.

Het advies is in zoverre niet gevolgd dat ook in het nieuwe ontwerp (art. 370 lid 3) art. 2:107a BW buiten toepassing wordt verklaard, terwijl art. 381 lid 5 bepaalt dat in de beschikking tot homologatie van het akkoord kan worden bepaald dat deze, nadat zij in kracht van gewijsde is gegaan, in de plaats treedt van een voor de uitvoering van het akkoord vereist besluit van de algemene vergadering. De formulering van artikel 381 lid 5⁹ wijkt overigens af van art. 368 lid 5 (oud)¹⁰. De formulering van artikel 368 lid 5 (oud) verdient de voorkeur, omdat ook indien de rechter onverhoopt zou verzuimen om te bepalen dat de in kracht van gewijsde gegane beschikking in de plaats treedt van het besluit van de algemene vergadering, dit rechtsgevolg zal intreden. Uit de toelichting blijkt ook niet in welke situaties waarvoor een besluit van de algemene vergadering vereist is, het wenselijk zou zijn dat het akkoord niet in de plaats treedt van het besluit van de algemene vergadering.

Het is de GCV opgevallen dat – anders dan in het eerste voorontwerp – het bepaalde in art. 381 lid 2 (oud), waarin is bepaald dat voor zover de uitvoering van het akkoord een notariële akte vereist, de in kracht van gewijsde gegane beschikking tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord daarvoor in de plaats treedt, is vervallen. Dit is niet toegelicht. Mogelijke achtergrond daarvan is dat de notaris op verzoek van de schuldenaar op grond van de homologatiebeschikking een eventueel voor de uitvoering van het akkoord benodigde notariële akte kan verlijden. Het strekt tot aanbeveling dat dit wordt vermeld in de toelichting bij art. 381 lid 5 (nieuw). De GCV vraagt in dit verband aandacht voor het praktische probleem dat voor het verlijden van een notariële akte van uitgifte van aandelen individuele volmachten nodig zijn van de verkrijgers van die aandelen. De GCV onderschrijft de suggestie van Josephus Jitta (preadvises van de Vereniging "Handelsrecht" 2017, paragraaf 4.2.8.4 op p. 147) dat de wet zal bepalen dat die volmachten in dat geval niet noodzakelijk zijn.

Art. 382 lid 2 bepaalt dat indien de schuldenaar een NV of BV is, art. 2:81 en 192 BW buiten toepassing blijven. Algehele buiten toepassing verklaring van deze bepalingen zou verstrekkende gevolgen voor aandeelhouders kunnen hebben. Zo zouden aandeelhouders niet alleen na algemeen verbindend verklaring van een akkoord dat voorziet in uitgifte van nieuwe aandelen gedwongen kunnen worden om nieuwe aandelen te nemen of te gedogen dat hun aandelenbelang verwatert, doch ook verplicht kunnen worden tot storting boven het nominale bedrag van hun aandeel. De GCV vermoedt dat dit niet de bedoeling is van art. 382 lid 2. Het artikellid is niet toegelicht, behoudens wellicht de opmerking op p. 2 MvT dat aandeelhouders zonder een regeling als waarin het Voorontwerp voorziet "in principe vrij zijn om al dan niet hun medewerking (aan een onderhands akkoord) te verlenen en dat zij niet kunnen worden gedwongen nieuwe aandelen te nemen (artikel 2:81 en 192 BW)". Indien de bedoeling van art. 382 lid 2 slechts is om buiten twijfel te stellen dat een gehomologeerd akkoord verbindend is voor aandeelhouders niettegenstaande het bepaalde in art. 2:81 en 192 Boek 2 BW, dan is lid 2 van art. 382 overbodig, omdat lid 1 van art. 382 dat reeds bepaalt; schrapping van lid 2 ligt dan voor de hand. Mocht iets anders of verder strekkends zijn bedoeld, dan ware dit nader toe te lichten in de MvT.

⁸ Advies GCV, par. 3.9.

⁹ "Voor zover de uitvoering van het akkoord een besluit van de algemene vergadering vereist, treedt de in kracht van gewijsde gegane beschikking tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord daarvoor in de plaats."

¹⁰ "In de beschikking tot homologatie van het akkoord kan worden bepaald dat deze, nadat zij in kracht van gewijsde is gegaan, in de plaats treedt van een voor de uitvoering van het akkoord vereist besluit van de algemene vergadering van de schuldenaar."

4. Noodzaakfinanciering: het dwangakkoord als alternatief voor rechterlijk ingrijpen

De GCV merkte in haar vorige advies op dat zij het gebruik van het woord “alsmede” in art. 368 lid 1 zo begreep dat een akkoord ook uitsluitend aan aandeelhouders kan worden aangeboden. In art. 370 lid 1 wordt bij de aanduiding van de partijen aan wie het akkoord kan worden aangeboden het woord “en” gebruikt. De GCV leidt uit de toelichting bij het voorontwerp af dat haar interpretatie juist is, nu in de MvT (nieuw) wordt vermeldt *“De schuldenaar kan een akkoord aanbieden aan al zijn schuldeisers en aandeelhouders. Hij kan er ook voor kiezen zich te beperken tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders”*.

De GCV heeft in haar vorige advies geconstateerd dat het buitengerechtelijk dwangakkoord ten aanzien van aandeelhouders voorziet in een alternatief voor een gang naar de Ondernemingskamer. In het algemeen deel van de memorie van toelichting werd verwezen naar enquêterechtspraak en jurisprudentie over noodzaakfinanciering. De GCV heeft daarom aangenomen dat de wetgever bewust dit alternatief voor het enquêterecht en het kort geding heeft willen creëren en de GCV heeft aanbevolen om dat in de toelichting te expliciteren.¹¹ Helaas heeft explicitering niet plaatsgevonden en is bovendien in het Algemene Deel van de MvT de uitgebreide behandeling over de aansluiting bij ontwikkelingen in de enquête-jurisprudentie over noodzaakfinanciering verwijderd. De uitspraak van de OK van 31 december 2009, ECHLI:NL:GHAMS:2009:BL2680, is bovendien niet volledig juist weergegeven: in die zaak werd geoordeeld dat het bestuur, zonder dat een daartoe strekkend besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders noodzakelijk was, bevoegd was - onder goedkeuring van de raad van commissarissen - tot uitgifte van gewone aandelen, met uitsluiting van het voorkeursrecht van de overige aandeelhouders.

5. Aanbieden akkoord door schuldeiser: verhouding tot algemene vergadering

Het oude art. 368 lid 2 regelde dat een crediteur een akkoord kan aanbieden, wanneer deze heeft vastgesteld dat de schuldenaar afstevent op een faillissement en de schuldenaar eerst in de gelegenheid is gesteld zelf een akkoord aan te bieden. De toelichting impliceerde dat de algemene vergadering van een BV bij meerderheidsbesluit het bestuur kan instrueren om een akkoord aan te bieden, tenzij die aanwijzing in strijd is met het belang van de vennootschap. Indien de vennootschap op een faillissement afstevent, kan het aanbieden van een akkoord naar de kennelijke mening van de wetgever niet in strijd zijn met het belang van de vennootschap, nu zodanig afstevenen de enige materiële voorwaarde is voor het aanbieden van een akkoord door de schuldeiser zonder een besluit daartoe van het bestuur van de schuldenaar. De GCV heeft aanbevolen dat dit expliciet wordt gemaakt.¹²

Dit advies is niet gevolgd. Integendeel, in de nieuwe toelichting bij art. 371, dat ziet op het aanbieden van een akkoord door de schuldeiser, zijn deze passages over de algemene vergadering geschrapt.¹³ Een toelichting ontbreekt. De GCV beveelt aan dat deze schrapping alsnog wordt toegelicht.

6. Overig

In het Voorontwerp is geen verplichting tot notificatie van alle andere aandeelhouders of schuldeisers opgenomen. Daardoor kan het voorkomen dat aandeelhouders of schuldeisers wier rechten wel worden gewijzigd, indien dat niet door de schuldenaar in de aanvraag is gemeld, niet zullen kunnen interveniëren in de procedure.

¹¹ Advies GCV, par. 4.2-4.3.

¹² Advies GCV, par. 5.1-5.2

¹³ MvT (nieuw), p. 26-29.

Art. 370 lid 2 bepaalt dat indien redelijkerwijs aannemelijk is dat o.a. borgen na de homologatie van het akkoord in de toestand zullen komen te verkeren dat zij met het betalen van hun opeisbare schulden niet zullen kunnen voortgaan, het akkoord ook kan voorzien in de wijziging van rechten van schuldeisers jegens hen. In de MvT wordt toegelicht dat wanneer de regresvordering van de borg bij toepassing van artikel 369 lid 7 op basis van het akkoord aanzienlijk wordt gereduceerd, dit ertoe zou kunnen leiden dat de borg zelf insolvent dreigt te raken. Het is niet duidelijk hoe het in art. 370 lid 2 geformuleerde criterium precies toegepast moet worden: komt deze bepaling uitsluitend voor toepassing in aanmerking indien de homologatie van het akkoord tot gevolg heeft dat de borgen in de toestand zullen komen te verkeren dat zij met het betalen van hun opeisbare schulden niet zullen kunnen voortgaan? Betekent dit dan ook dat indien de borgen etc. zonder homologatie van het akkoord ook in die toestand zullen komen te verkeren (door de insolventie van de schuldenaar) het akkoord niet kan voorzien in de wijziging van de rechten van schuldeisers jegens hen? Het ligt veeleer voor de hand dat het criterium zou moeten zijn of de borgen etc. bij het uitblijven van wijziging van de rechten van schuldeisers jegens hen in de toestand komen te verkeren dat zij met het betalen van hun opeisbare schulden niet zullen voortgaan (ongeacht of dit door de homologatie van het akkoord wordt veroorzaakt). Een en ander laat uiteraard onverlet dat indien de desbetreffende borg voldoet aan het criterium in artikel 370 lid 1 dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, hij zelf een akkoord kan aanbieden, waaronder aan de schuldeisers ter zake van die borgtocht.

Onduidelijk is waarom de formulering van het criterium voor het aanbieden van een akkoord door de schuldenaar in art. 370 lid 1¹⁴ afwijkt van dat voor het verzoeken tot het aanbieden van een akkoord door een schuldeiser in art. 371 lid 1¹⁵: beide lijken te moeten zien op een schuldenaar die niet met het betalen van zijn opeisbare schulden zal kunnen voortgaan. Het strekt in die zin ook tot aanbeveling wanneer in de MvT gerefereerd wordt aan dit criterium, dat steeds op dezelfde wijze wordt geparafraseerd.

Art. 373 voorziet erin dat schuldeisers en aandeelhouders waarop het akkoord betrekking heeft in verschillende klassen kunnen worden ingedeeld, indien zij belangen of rechten hebben of op basis van het akkoord rechten krijgen die zo verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake kan zijn. Daarvan is in ieder geval sprake indien schuldeisers of aandeelhouders die in faillissement een verschillende rang zouden hebben in verschillende klassen worden ingedeeld. De MvT (nieuw) geeft een nadere uitwerking en voorbeelden van schuldeisers die in verschillende klassen kunnen worden ingedeeld.¹⁶ De MvT (nieuw) gaat echter niet in op de betekenis van het begrip “klassen” voor aandeelhouders. De GCV geeft in overweging om ook ten aanzien van verschillende klassen van aandelen een nadere toelichting en voorbeelden te geven, ook over de vraag hoe het stemrecht in een bepaalde klasse van aandeelhouders wordt bepaald (bij crediteuren gaat het om de waarde van de vordering; bij aandeelhouders ontbreekt een vergelijkbare maatstaf; wordt de nominale waarde bedoeld?). Dit is mede van belang omdat in Boek 2 BW weliswaar wordt gerefereerd aan “verschillende soorten aandelen”¹⁷, maar dit begrip wordt daarin evenmin gedefinieerd. Algemeen wordt onder een soort aandelen verstaan een groep aandelen waaraan – in beginsel – in verhouding tot hun nominale waarde gelijke rechten en verplichtingen zijn verbonden (op basis van de wet, dan

¹⁴ “Een schuldenaar die voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan”.

¹⁵ “Indien redelijkerwijs aannemelijk is dat een schuldenaar niet met het betalen van zijn schulden zal kunnen voortgaan”.

¹⁶ MvT (nieuw), p. 7, 30.

¹⁷ Zie bijv. art. 2:67 lid 1 en 2:178 lid 1 BW.

wel, voor zover wettelijk toegestaan, op basis van de statuten).¹⁸ Te denken valt aan het onderscheid tussen gewone en preferente aandelen.

Den Haag, 1 december 2017

Bijlage: samenstelling van de GCV.

¹⁸ G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, *Asser 2-IIa* (2013), nr. 305, onder a; W.J. Slagter | B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht: Deel 1*, Deventer: Kluwer 2013, p. 506-507; F.K. Buijn en P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013, p. 133-135; R.A. Wolf, "Reactie op: H. Koster, Aandelen van een bepaalde aanduiding nader beschouwd, JBN 2013, nr. 66", *JBN* 2014/11; B. Bier, "Loyaal aan soorten aandelen", *TOP* 2008/2, p. 63.

Bijlage

Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht:

Prof. mr. M. (Martin) van Olffen, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam, voorzitter,
Mr. M.Y.H.J. (Manon) den Boer, notaris DLA Piper, Amsterdam,
Mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam,
Prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat-lid, counsel Stibbe, Amsterdam,
Prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen,
Mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam,
Mr. F.J. (Frank) Oranje, notaris Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag,
Prof. mr. G.T.M.J. (Geert) Raaijmakers, advocaat NautaDutilh, Amsterdam,
Mr. dr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, prof. support lawyer Allen & Overy, Amsterdam,
Mr. G.P. (Guido) Roth, advocaat Jones Day, Amsterdam,
Mr. drs. D.A.M.H.W. (Daniella) Strik, advocaat Linklaters, Amsterdam,
Mr. A.H.G. (Arnaud) Wilod Versprille, notaris Olenz, Veenendaal.

Secretariaat:

Mr. C. (Corrie) Heck-Vink,
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)
Postbus 16020
2500 BA 's-Gravenhage
Tel. 070-3307158
e-mail: c.heck@knb.nl