

Mediation bij dreigende insolventie

Is mediation de oplossing voor de totstandkoming van een
buitengerechtelijk crediteurenakkoord?



“We are communicating better, but we
are still not out of the woods.”

Afstudeerscriptie Nederlands Recht (Privaatrecht)
Open Universiteit

Door: T.J. Punt-Hauer
Studentnummer: 838349436

Scriptiebegeleider: mr. dr. M.L.H. Reumers
Open Universiteit

Oktober 2016

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie. In deze scriptie heb ik verslag gedaan van een onderzoek naar de knelpunten bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk crediteurenakkoord en de vraag of de (verplichte) toepassing van mediation deze knelpunten kan oplossen. Dit onderzoek is uitgevoerd ter afsluiting van mijn studie Rechtsgeleerdheid aan de Open Universiteit Nederland. Eindelijk is het dan zo ver! Zonder de steun en hulp van de mensen om mij heen en van de mensen van de Open Universiteit zou dat niet zijn gelukt. Deze mensen wil ik hierbij dan ook hartelijk bedanken.

In het bijzonder bedank ik mevrouw Reumers voor haar begeleiding vanuit de universiteit. Haar betrokkenheid en verhelderende aanbevelingen waren een stimulans bij het schrijven van deze scriptie.

Daarnaast bedank ik Pieter, Willemijn en Anneroos voor hun engelengeduld. Ondanks dat het allemaal 'iets' langer heeft geduurd, hebben zij mij altijd gesteund en liefdevol aangemoedigd.

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen.....	8
Hoofdstuk 1 – Achtergrond van en aanleiding voor het onderzoek en probleemstelling.....	9
Inleiding.....	9
Leeswijzer.....	9
Achtergrond	10
MDW-Project.....	10
Commissie Insolventierecht	10
Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht	11
Aanbevelingen van de Europese Commissie.....	11
Aanleiding voor deze scriptie	13
Een informele reorganisatie.....	13
Probleemstelling	15
Afbakening onderzoek	16
Onderzoeksmethode.....	17
Hoofdstuk 2 – De knelpunten van het crediteurenakkoord	18
Inleiding.....	18
De formele dwangakkoorden.....	18
Het akkoord bij faillissement.....	18
Doel en inhoud	18
Rechtskarakter van het akkoord	20
Totstandkoming van het ontwerp-akkoord	21
Homologatie van het akkoord.....	22
Rechtsmiddelen.....	22
Rechtsgevolgen van het gehomologeerd akkoord.....	23
Het akkoord bij surseance van betaling	23

Inleidende opmerkingen	23
Totstandkoming van het akkoord	24
Knelpunten van de formele akkoorden	24
Gevolgen van de openbaarheid	24
Verlies van beheers- en beschikkingsbevoegdheid.....	25
Het tijdsaspect en kosten	25
Surseance van betaling	26
Verbindendheid van de dwangakkoorden	26
Het buitengerechtelijk akkoord	27
Inleidende opmerkingen	27
Rechtskarakter van het akkoord	27
Totstandkoming van het akkoord	28
Dwangdeelname aan een buitengerechtelijk akkoord	29
Knelpunten van een buitengerechtelijk akkoord	29
Hold-out strategie van de schuldeisers	29
Nuisance value	30
Gelijkheidsbeginsel.....	31
Incasso- en executiemaatregelen en de faillissementsaanvraag als incassomiddel.....	32
Tussenconclusie	32
Hoofdstuk 3 – Wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen II	34
Inleiding.....	34
Het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II	34
Inleidende opmerkingen en uitgangspunten	34
Economische werkelijkheid.....	35
Inhoud van het akkoord	35
Rechtskarakter van het akkoord	36

De regeling van de WCO II.....	36
Eerste fase: Totstandkoming van het akkoord (art. 368-372 Fw).....	37
Aanbieding van het akkoord	37
Indeling in klassen	37
Geschillenregeling	38
Stemming over het akkoord.....	38
Tweede fase: algemeen verbindend verklaring van het akkoord	39
Algemeen verbindend verklaring	39
Rechtsmiddelen.....	40
Rechtsgevolgen van het akkoord	40
Biedt de WCO II oplossingen voor de bestaande knelpunten naar het huidige recht of ontstaan er, en zo ja welke, nieuwe knelpunten?	40
Openbaarheid.....	40
Geen verlies van beheers- en beschikkingsbevoegdheid.....	41
Tijdaspect en kosten.....	41
Verbindendheid van het akkoord.....	43
Indeling in klassen en gelijkheidsbeginsel.....	44
Misbruik in de eerste fase van de WCO II	45
Hold-out strategie van de schuldeisers.....	46
Nuisance value	47
Incasso- en executiemaatregelen en de faillissementsaanvraag als incassomiddel.....	47
En last but not least: de ‘dwang’	48
Tussenconclusie	49
Hoofdstuk 4 – Mediation	51
Inleiding.....	51
Mediation	51

Wat is mediation?	51
Eigenschappen van mediation	52
De toepasbaarheid van mediation	53
De ontwikkeling van mediation in Nederland.....	54
Voorgeschiedenis	54
Wet bevordering mediation (concept consultatie 2016).....	56
Enkele specifieke onderdelen van het ontwerp-wetsvoorstel	56
Het register.....	56
Bevordering van de toepassing van mediation in het burgerlijk recht.....	57
Juridische aspecten van mediation naar huidig recht.....	57
De mediationovereenkomst.....	58
Rechtsgevolgen	58
Mediation en (dreigende) insolventie.....	59
Mediation bij dreigende insolventie	60
Mediation als oplossing voor de knelpunten bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk crediteurenakkoord.....	61
Openbaarheid.....	61
Beheers- en beschikkingsbevoegdheid	62
Tijdsaspect en kosten	62
Verbindendheid van het akkoord.....	62
Gelijkheidsbeginsel.....	63
Hold-out strategie van de schuldeisers	63
Nuisance value	64
Incasso- en executiemaatregelen en de faillissementsaanvraag als incassomiddel.....	64
Dwang en inbreuk op de rechten van partijen	65
Verplichte mediation?	65

Tussenconclusie	69
Hoofdstuk 5 – Conclusie.....	71
Inleiding.....	71
Samenvatting tussenconclusies en beantwoording van de probleemstelling.....	71
Discussie: Knelpunten in de huidige wetgeving en WCO II in relatie tot de toepassing van mediation	73
Interpretatie: Eindconclusie	73
LITERATUURLIJST.....	75
(Bijdragen in) boeken, artikelen en dissertaties	75
Jurisprudentie	79
Regelgeving en parlementaire stukken.....	80
Overige	81

Lijst van gebruikte afkortingen

aant.	Aantekening
afl.	aflevering
art(t).	artikel(en)
B.V.	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
e.a.	en andere(n)
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Fw	Faillissementswet
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
jo.	juncto
JOR	Onderneming & Recht
jrg.	Jaargang
m.nt.	met noot
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nr.	nummer(s)
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
N.V.	naamloze vennootschap
p.	pagina(s)
pres.	president
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
T&C	Tekst & Commentaar
TMD	Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement
TvA	Tijdschrift voor Arbitrage
Tvl	Tijdschrift voor Insolventierecht
V&O	Vennootschap & Onderneming
vzr.	voorzieningenrechter
WCO II	Wet Continuïteit Ondernemingen II

Hoofdstuk 1 – Achtergrond van en aanleiding voor het onderzoek en probleemstelling

Inleiding

In hoofdstuk 1 wordt de opzet van dit onderzoek weergegeven dat gaat over de knelpunten van het buitengerechtelijk crediteurenakkoord en de oplossing(en) hiervoor. Het hoofdstuk begint met een leeswijzer.

Daarna wordt ingegaan op de achtergrond van en de aanleiding voor het onderzoek. Vervolgens wordt de probleemstelling beschreven en eindigt onderhavig hoofdstuk met de afbakening van het onderzoek.

Leeswijzer

Dit eerste hoofdstuk gaat in op de achtergrond van en aanleiding voor het onderhavige onderzoek, de probleemstelling en de afbakening van het onderzoek.

In het tweede hoofdstuk worden de relevante aspecten en knelpunten van de wettelijke (dwang)akkoorden en van het buitengerechtelijk akkoord uiteengezet.

In het derde hoofdstuk wordt eenzelfde benaderingswijze gehanteerd ten aanzien van de consultatieversie van het concept-wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II (hierna: WCO II). Bovendien wordt aan de hand van de uiteenzetting van knelpunten onder het huidig recht besproken of de WCO II mogelijke oplossingen biedt voor deze knelpunten dan wel of er, en zo ja welke, nieuwe knelpunten ontstaan.

Hoofdstuk 4 wordt gewijd aan mediation. In dit hoofdstuk wordt onderzocht of mediation voorafgaand aan een gerechtelijke procedure verplicht kan worden gesteld en of mediation een bijdrage kan leveren aan het oplossen van de knelpunten bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk crediteurenakkoord.

In hoofdstuk 5 wordt een samenvatting gemaakt van de bevindingen in relatie tot de centrale vraag: *Welke knelpunten kennen de buitengerechtelijke (dwang)akkoorden naar huidig Nederlands recht alsmede in de WCO II en kan de toepassing van mediation bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord als (verplicht) onderdeel van de Nederlandse Faillissementswet deze knelpunten wegnemen (zonder inbreuk te maken op de rechten van partijen)?*

Vervolgens wordt antwoord gegeven op de probleemstelling en wordt een interpretatie van de bevindingen gegeven. Afsluitend volgt de eindconclusie.

Achtergrond

MDW-Project

In 1999 is, naar aanleiding van de operatie 'Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit',¹ gestart met het project 'Modernisering Faillissementswet'. Dit project bestond uit twee fasen. In het kader van de 'Herziening faillissementsrecht tweede fase' is onder leiding van Prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers een werkgroep van start gegaan om te onderzoeken of de Faillissementswet optimaal functioneert, wat betreft het vermogen om reorganisatie te bewerkstelligen van bedrijven in moeilijkheden.² Meer specifiek heeft de werkgroep onderzocht welke mogelijkheden er zijn om de Faillissementswet aan te passen, zodat de regeling van surseance van betaling weer aan de oorspronkelijke uitgangspunten voldoet. In de praktijk is gebleken dat de surseance van betaling niet goed werkt. Het doel van de surseance van betaling is gericht op instandhouding van de onderneming na sanering. De surseance van betaling leidt in de praktijk echter bijna automatisch tot een faillissement, waardoor deze regeling niet meer voldoet aan de oorspronkelijke doelstelling van de wetgever.³

Een van de conclusies van deze werkgroep was dat er maatregelen mogelijk zijn die geen wijziging van de Faillissementswet vereisen. De werkgroep adviseerde de toepassing van mediation om voorkoming van surseances van betaling en faillissementen te stimuleren. De werkgroep verwacht dat door het inzetten van een mediator de betrokken partijen sneller tot bestendigere oplossingen kunnen komen. Met name bij de totstandkoming van buitengerechtelijke akkoorden zijn, aldus de werkgroep, de grootste besparingen aan proceduuretijd en kosten te behalen.⁴

Commissie Insolventierecht

In 2003 is vervolgens de Commissie Insolventierecht⁵ in het leven geroepen om de huidige Faillissementswet uit 1893 te herzien. Dit leidde ertoe dat er eind 2007 een Voorontwerp Insolventiewet is gepresenteerd.⁶ Het Voorontwerp had tot doel het insolventierecht te vereenvoudigen en het reorganiserend vermogen van ondernemingen te versterken.⁷ Het Voorontwerp Insolventiewet is uiteindelijk niet aangenomen en in 2009 officieel terzijde gelegd,

¹ Doelen van het MDW-project waren o.a. het verlagen van lasten voor burgers en bedrijven, meer ruimte geven voor marktwerking en verbetering van de kwaliteit van wetten.

² Raaijmakers e.a. 2001, p. 11.

³ Kamerstukken II 1999/00, 27 244, 3, p. 1-3.

⁴ Raaijmakers e.a. 2001, p. 60-64.

⁵ Ook wel bekend onder de naam Commissie Kortmann.

⁶ Kortmann e.a. 2007, Voorontwerp Insolventiewet.

⁷ Kortmann e.a. 2007, Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, p. 1.

omdat de wetgever onder andere een stabiel wettelijk kader, en daarmee de rechtszekerheid, belangrijker achtte dan een omvangrijke en complete renovatie van de Faillissementswet.⁸

Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht

Door de recente economische crisis is de discussie over de revisie van de Faillissementswet weer opgelaaid. De crisis heeft geleid tot een hoog aantal faillissementen. De economische en sociale gevolgen van een faillissement hebben, zowel voor de failliet, de betrokken werknemers als schuldeisers, grote gevolgen. Deze problematiek is onder meer aanleiding geweest om het huidige wettelijk kader (weer) nader te bekijken. Bij brief van 26 november 2012 heeft de Minister van Justitie het wetgevingsprogramma “Herijking Faillissementsrecht” aangekondigd.⁹ Dit wetgevingsprogramma rust op drie pijlers: modernisering, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en fraudebestrijding. De beoogde versterking van het reorganiserend vermogen is erop gericht *onnodige* faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen. Ondernemers dienen daarom gestimuleerd te worden om al in een vroeg stadium hun financiële problemen te erkennen. De wetgever wil dit doen door (onder andere) de totstandkoming van een akkoord buiten faillissement een wettelijk kader te geven alsmede door de mogelijkheid te creëren een akkoord dwingend op te kunnen leggen aan individuele schuldeisers. Dit alles om te voorkomen dat schuldeisers een bedrijf onnodig failliet kunnen laten gaan.¹⁰

Aanbevelingen van de Europese Commissie

Ook de Europese Commissie ziet in dat het insolventierecht bij het ondersteunen van economische activiteiten van betekenis kan zijn. In dit kader zet de Europese Commissie in op het stimuleren van een *rescue culture* in Europa waarin de herstructurering en reorganisatie van ondernemingen centraal staat.¹¹ De Europese Commissie heeft daartoe ook een aanbeveling gedaan.¹² Deze aanbeveling heeft tot doel ervoor te zorgen dat levensvatbare ondernemingen in financiële moeilijkheden, mogelijkheden krijgen die hen in staat stellen in een vroeg stadium hun schuldenlast door middel van een akkoord te herstructureren. Hierdoor dient een faillissement te worden voorkomen.¹³

⁸ Aangangsel Handelingen 2010/11, 1014.

⁹ Kamerstukken II 2012/13, 29 911, 74.

¹⁰ Kamerstukken II 2012/13, 29 911, 74, p. 2.

¹¹ Mennens & Veder 2015, § 3.1; zie ook Veder 2012.

¹² Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, C(2014) 1500 final.

¹³ Mennens & Veder 2015, § 3.1; Aanbeveling C(2014) 1500 final, nr. 1. Zie ook de considerans bij Aanbeveling C(2014) 1500 final onder 1.

Uitgangspunt daarbij is dat de herstructurering bij voorkeur buitengerechtelijk dient plaats te vinden.¹⁴ Daarnaast beveelt de Commissie aan de mogelijkheid om tot benoeming van een bemiddelaar of een toezichthouder over te gaan, om op deze wijze de onderhandelingen over een herstructureringsplan te vergemakkelijken.¹⁵ Bovendien dienen de kosten van een reorganisatie zoveel mogelijk te worden beperkt.¹⁶ De gedachte achter een pre-insolventieakkoord is volgens de Commissie dat op deze wijze werkgelegenheid kan worden behouden en dat kapitaalsvernietiging wordt voorkomen.¹⁷ Nederland is voornemens (gedeeltelijk) gehoor te geven aan bovengenoemde aanbeveling. De wetgever heeft daartoe een concept-wetsvoorstel opgesteld en op 14 augustus 2014 ter consultatie aangeboden. Dit concept-wetsvoorstel, genaamd Wet Continuïteit Ondernemingen II,¹⁸ maakt deel uit van de tweede pijler van het hierboven genoemde Programma “Herijking Faillissementsrecht”. In deze scriptie ga ik in op de consultatieversie van het concept-wetsvoorstel, dat is gericht op de versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven.

Inmiddels is duidelijk geworden dat dankzij de aanbeveling in de lidstaten aandacht is besteed aan het hervormen van hun insolventieregeling. Uit evaluatie van de Commissie blijkt echter ook dat zelfs in de landen die hervormingen op gang hebben gebracht, de aanbevelingen slechts ten dele zijn overgenomen.¹⁹ De Commissie zal daarom een wetgevingsinitiatief inzake insolventie van bedrijven voorstellen, onder meer over vroegtijdige herstructurering en een tweedekansbeleid, uitgaande van de ervaring met de aanbeveling.²⁰ Hierover heeft inmiddels een openbare raadpleging plaatsgevonden.²¹

¹⁴ MvT WCO II Consultatieversie, p. 5.

¹⁵ Art. 9 Aanbeveling C(2014) 1500 final.

¹⁶ MvT WCO II Consultatieversie, p. 13; punt 7, 15, 17 en 21 van de preambule bij Aanbeveling C(2014) 1500 final.

¹⁷ Mennens & Veder 2015, § 3.1; considerans bij Aanbeveling C(2014) 1500 final onder 1, 11-13.

¹⁸ Voorstel van wet d.d. 14 augustus 2014: Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden (Wet Continuïteit Ondernemingen II). Dit betreft het tweede consultatiedocument.

¹⁹ Evaluatie van de tenuitvoerlegging van de aanbeveling inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie (http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/insolvency/index_en.htm) (laatstelijk geraadpleegd 10 oktober 2016).

²⁰ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's d.d. 30 september 2015 inzake Actieplan voor de opbouw van de kapitaalmarktunie, COM(2015) 468 final, p. 26.

²¹ Consultation on an effective insolvency framework within the EU d.d. 14 juni 2016

Aanleiding voor deze scriptie

Vanaf het moment dat een schuldenaar in financiële moeilijkheden komt, zijn er voor het oplossen van die moeilijkheden drie reorganisatiemogelijkheden beschikbaar.²² De eerste mogelijkheid is zonder gerechtelijke inmenging, waarbij de schuldenaar en de schuldeisers de problemen samen vrijwillig oplossen (informele reorganisatie).²³ Bij de tweede mogelijkheid lossen de schuldenaar en de schuldeisers de problemen met rechterlijke interventie samen op (surseance van betaling) en bij de derde mogelijkheid bemoeit een derde zich na rechterlijke interventie met de boedel, waarbij de schuldenaar en schuldeisers als het ware aan de zijlijn staan (faillissement).²⁴ De laatste twee mogelijkheden zijn formele reorganisatiemethoden die verankerd zijn in de wet.²⁵

In deze scriptie richt ik mij op de eerste mogelijkheid, de informele reorganisatie.

Een informele reorganisatie

Een informele reorganisatie heeft geen wettelijke basis. Het is een reorganisatietraject dat zich afspeelt in de 'schaduw' van de wet. Het doel van een informele reorganisatie is (onder andere) het oplossen van de financiële problemen die de onderneming heeft. De reorganisatie vindt plaats binnen dezelfde juridische entiteit.²⁶ Bij een informele reorganisatie zal het veelal nodig zijn om tot een akkoord te komen met schuldeisers van de vennootschap over wijziging van de eerder tussen hen en de schuldenaar gemaakte afspraken. Door dit akkoord dienen de schulden te worden gematigd tot een voor de vennootschap reële omvang.²⁷ Wanneer een dergelijk akkoord op vrijwillige basis tot stand komt, is sprake van een minnelijke oplossing.²⁸

In de praktijk blijkt het percentage geslaagde buitengerechtelijke akkoorden echter laag.²⁹ Teneinde de schuldenlast voldoende te kunnen reduceren, is het van belang dat zoveel mogelijk schuldeisers instemmen met het akkoord.³⁰ Het staat een schuldeiser in beginsel echter vrij om deelname aan het akkoord te weigeren waardoor hij zijn volledige vordering behoudt.³¹ Daarnaast kan de schuldenaar in

²² Vriesendorp 2013, p. 38.

²³ Vriesendorp 2013, p. 39.

²⁴ Vriesendorp 2013, p. 39.

²⁵ Adriaanse e.a. 2004, p. 29.

²⁶ Adriaanse e.a. 2004, p. 20.

²⁷ Vriesendorp, Hermans & De Vries 2013a, p. 64.

²⁸ In de literatuur worden ook wel de termen gebruikt: onderhands akkoord, onderhandse regeling, vrijwillige oplossing, (informal) work-out, onderhandse oplossing, out-of-court settlement, minnelijke regeling, buitengerechtelijke regeling of buitengerechtelijke akkoord.

²⁹ Kruit 2010, p. 38-40.

³⁰ Vriesendorp, Hermans & De Vries 2013a, p. 64.

³¹ Wessels 2013, p. 103; HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006, 230, m.nt. PvS.

theorie met iedere schuldeiser aparte afspraken maken.³² In de praktijk geschiedt aanvaarding van het akkoord door de schuldeisers echter vaak onder de voorwaarde dat alle schuldeisers met de regeling instemmen, waardoor het voor de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord nodig is dat *alle* schuldeisers daarmee instemmen.³³ Het huidige Nederlandse recht biedt een schuldenaar geen eenvoudig instrument om een weigerende schuldeiser tot deelname aan een buitengerechtelijk akkoord te dwingen.³⁴

Bij een buitengerechtelijk akkoord staat de contractsvrijheid dus voorop.³⁵ “Dit kan uitzondering lijden indien de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt (art. 3:13 BW) en de schuldeiser aldus naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod niet had kunnen weigeren”, aldus de Hoge Raad.³⁶ In r.o. 3.5.4 van genoemde uitspraak bevestigt de Hoge Raad dat er “slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats kan zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken”. Is van zo’n uitzondering geen sprake, dan is het gevolg dat een enkele schuldeiser de totstandkoming van een akkoord, en daarmee de informele reorganisatie, kan dwarsbomen.³⁷ De schuldenaar rest dan vaak niets anders dan een formele reorganisatie. In een *formele* insolventieprocedure kunnen tegenstemmende schuldeisers onder bepaalde omstandigheden wel gebonden worden aan een akkoord dat met een meerderheid is overeengekomen (artt. 146 en 268a Fw).³⁸

Daarnaast wordt het onderhandelingsproces over de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord regelmatig verstoord door incasso- en executiemaatregelen. Het staat schuldeisers in principe vrij om ook tijdens een onderhandelingsproces alsnog te proberen hun vordering volledig betaald te krijgen. Verstoring van het onderhandelingsproces bemoeilijkt dan wel blokkeert de totstandkoming van een dergelijk akkoord.³⁹

Verder blijkt uit onderzoek dat de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord ook vaak mislukt door miscommunicatie, gebrek aan erkenning, tijdgebrek (bijv. onder druk van een faillissementsaanvraag) en onzekerheid door te weinig grip op de gang van zaken.⁴⁰ Indien een in de kern levensvatbare onderneming als gevolg van bovenstaande problematiek in een faillissement wordt

³² Vriesendorp 2013, p. 43.

³³ Soedira 2011, p. 265.

³⁴ Vriesendorp, Hermans & De Vries 2013a, p. 64.

³⁵ Wessels 2013, p. 105; HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006, 230, m.nt. PvS.

³⁶ HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006, 230, m.nt. PvS, r.o. 3.5.2.

³⁷ MvT WCO II Consultatieversie, p. 3.

³⁸ Wessels 2013, p. 41-42.

³⁹ Vriesendorp 2013, p. 49.

⁴⁰ Adriaanse e.a. 2004, p. 14.

geliquideerd, dan is het gevolg *onnodige* kapitaalvernietiging en nodeloze maatschappelijke kosten.⁴¹ Als eventuele oplossing voor deze knelpunten wordt aangedragen dat een mediator wordt ingezet in het reorganisatieproces.⁴²

Probleemstelling

De wetgever verwacht met de WCO II een oplossing te bieden voor bovengenoemde problematiek. Het concept-wetsvoorstel strekt ertoe in de Faillissementswet een regeling op te nemen voor de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement.⁴³ De gedachte achter het dwangakkoord buiten faillissement is dat als de vennootschap en haar crediteuren er zelf (vrijwillig) niet uitkomen, door dwang onnodige faillissementen kunnen worden voorkomen.⁴⁴ Met dit concept-wetsvoorstel lijkt één van de belangrijkste problemen, namelijk het in beginsel niet kunnen dwingen van schuldeisers om mee te werken aan een buitengerechtelijk akkoord, te worden opgelost. De in de WCO II voorgestelde procedure om te komen tot een dwangakkoord komt echter pas in beeld als er al onderhandelingen hebben plaatsgevonden. Evenals in de huidige situatie is ook in deze nieuw voorgestelde procedure, de voorfase (de fase van onderhandelen met meerdere partijen) aan partijen overgelaten.⁴⁵ Dit betekent dat nog steeds al dan niet onder druk van incassomaatregelen, zoals procedures, beslaglegging of faillissementsaanvragen de schuldenaar met zijn schuldeisers tot afspraken moet proberen te komen. In die zin biedt de WCO II geen verandering ten opzichte van de huidige situatie.⁴⁶ Bovendien ontbreekt in de WCO II een aantal waarborgen dat in de formele regelingen wel aanwezig is, waardoor misbruik van recht zeer eenvoudig is.⁴⁷ Er vindt geen verificatie van vorderingen plaats, er wordt geen curator of bewindvoerder aangesteld en er wordt in beginsel geen onafhankelijk toezicht gehouden op het proces van totstandkoming van het akkoord.⁴⁸ Met andere woorden: de problematische situatie waarin een schuldenaar in financiële moeilijkheden met zijn schuldeisers snel tot afspraken moet komen, lijkt te blijven bestaan.

⁴¹ Vriesendorp 2014, p. 7.

⁴² Adriaanse e.a. 2004, p. 12.

⁴³ MvT WCO II Consultatieversie, p. 1.

⁴⁴ Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 2.

⁴⁵ Vriesendorp 2014, p. 6.

⁴⁶ MvT WCO II Consultatieversie, p. 27. De wetgever heeft ervoor gekozen dat gedurende de periode dat er over het akkoord wordt onderhandeld, maar het nog niet is aangeboden, het mogelijk blijft voor schuldeisers een verzoek tot faillietverklaring in te dienen (introduktie nieuw artikel 3c Fw). De aanbieder van een akkoord kan pas verzoeken de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring te schorsen wanneer van een akkoord dat is aangeboden maar daarover nog niet is gestemd of daarover wel is gestemd en daarvan inmiddels de algemeen verbindend verklaring is verzocht.

⁴⁷ Tideman 2015, § 3.

⁴⁸ Tideman 2015, § 3.

Uit onderzoek is evenwel naar voren gekomen dat bevordering van mediation waarschijnlijk tot een beter resultaat leidt dan openbare reorganisatieprocedures in combinatie met dwangmiddelen.⁴⁹ Die conclusie beoog ik in deze scriptie aan een nader onderzoek te onderwerpen.

Aldus vormt bovenstaande problematiek de aanleiding van dit onderzoek, waarin de volgende probleemstelling is geformuleerd:

Welke knelpunten kennen de buitengerechtelijke (dwang)akkoorden naar huidig Nederlands recht alsmede in de WCO II en kan de toepassing van mediation bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord als (verplicht) onderdeel van de Nederlandse Faillissementswet deze knelpunten wegnemen (zonder inbreuk te maken op de rechten van partijen)?

Afbakening onderzoek

Dit onderzoek richt zich op de positie van vennootschappen in financiële problemen en hun schuldeisers bij dreigende insolventie.⁵⁰

Een vennootschap in financiële moeilijkheden kan als volgt worden omschreven:

“Een vennootschap in financiële moeilijkheden is een onderneming waarbij de huidige en/of toekomstige kasstroom onvoldoende is om aan de huidige en/of toekomstige verplichtingen te voldoen.”⁵¹

Hiervan is sprake wanneer er acute betalingsproblemen zijn of wanneer er een ontwikkeling gaande is die, indien niet wordt ingegrepen, op korte termijn tot betalingsproblemen zal leiden. Deze ontwikkeling, waarbij een vennootschap van een gezonde financiële situatie afglijdt naar een situatie waarbij zonder reorganisatie een faillissement onafwendbaar is, noemt men ook wel het insolventieproces.⁵²

Naar de letter van de wet is een vennootschap echter pas insolvent wanneer op de verificatievergadering geen akkoord wordt aangeboden, het aangeboden akkoord wordt verworpen of de homologatie definitief is geweigerd (art. 173 lid 1 Fw). In bedrijfseconomische zin wordt het begrip in bredere zin gebruikt. Dan wordt gesproken over insolventie wanneer een vennootschap niet

⁴⁹ Adriaanse e.a. 2004, p. 12.

⁵⁰ In het vervolg wordt ervan uitgegaan dat de schuldenaar een besloten vennootschap (B.V.) dan wel een naamloze vennootschap (N.V.) is.

⁵¹ Adriaanse e.a. 2004, p. 28.

⁵² Adriaanse e.a. 2004, p. 28.

meer zelfstandig kan voortbestaan zonder hulp van externe financiers die de vennootschap te hulp moeten schieten.⁵³

In dit onderzoek sluit ik aan bij het bredere bedrijfseconomische begrip, omdat dit onderzoek zich richt op de informele reorganisatie. Daarnaast beperk ik mij in dit onderzoek tot de mogelijkheden voor financiële herstructurering van een vennootschap binnen dezelfde juridische entiteit.

Natuurlijke personen blijven buiten beschouwing, omdat hiervoor reeds specifieke wetgeving bestaat.⁵⁴

Onderzoeksmethode

In dit onderzoek wordt gebruik gemaakt van de beschrijvende onderzoeksmethode. Op klassiek-juridische wijze worden voor het onderwerp relevante wet- en regelgeving, jurisprudentie en vakliteratuur geanalyseerd en geïnterpreteerd. Deze onderzoeksmethode heeft als beperking dat het gaat om een literatuurstudie, waardoor geen inzicht wordt verkregen in hoe de gevonden resultaten werken in de praktijk.

⁵³ Adriaanse e.a. 2004, p. 28.

⁵⁴ Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, te vinden in Titel III (artt. 284-362) van de Faillissementswet.

Hoofdstuk 2 – De knelpunten van het crediteurenakkoord

Inleiding

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van literatuur- en jurisprudentieonderzoek ingegaan op de knelpunten van de dwangakkoorden en het buitengerechtelijk akkoord naar het huidige Nederlandse recht. Ik bespreek eerst de regelingen van de akkoorden en hoe de akkoorden in de praktijk tot stand komen. Vervolgens ga ik in op de knelpunten die van invloed zijn op de totstandkoming van de akkoorden.

De formele dwangakkoorden

Met formele reorganisatiemethoden wordt bedoeld de methoden die in de wet zijn verankerd. De informele reorganisatiemethode heeft geen wettelijke basis. Echter, een informele reorganisatie zal vaak plaatsvinden in de ‘schaduw’ van de formele procedures.⁵⁵ Het is dus van belang bij beide stil te staan.

De huidige versie van de Faillissementswet (hierna: ‘Fw’) bevat drie verschillende regelingen inzake een akkoord, te weten het faillissementsakkoord dat staat in Titel I, Zesde Afdeling, art. 138-172a Fw, het akkoord bij surseance van betaling dat staat in Titel II, Tweede Afdeling, art. 252-281, en het akkoord bij de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, dat te vinden is in Titel III, Zesde Afdeling. De schuldsanering van natuurlijke personen blijft buiten beschouwing, zoals al aangegeven in het vorige hoofdstuk.

Het akkoord bij faillissement

Doel en inhoud

Het faillissementsakkoord heeft tot doel het voorkomen van gerechtelijke vereffening.⁵⁶ Het voorkomen van een gerechtelijke vereffening heeft diverse voordelen voor de schuldenaar. De schuldenaar krijgt weer volledige zeggenschap over de boedel en indien de schuldenaar een rechtspersoon betreft, hoeft deze niet te worden ontbonden (zie art. 2:19 lid 1 onder c BW).⁵⁷ Na uitvoering van het faillissementsakkoord zijn eventuele restantvorderingen niet langer afdwingbaar

⁵⁵ Adriaanse e.a. 2004, p. 20.

⁵⁶ Wessels 2013, p. 6.

⁵⁷ Wessels 2013, p. 6.

(art. 160 Fw). Het akkoord heeft daardoor een beperkte strekking.⁵⁸ Er resteert slechts een natuurlijke verbintenis.⁵⁹

Aan de vorm en de inhoud van een akkoord worden geen specifieke wettelijke eisen gesteld.⁶⁰ De Faillissementswet geeft echter wel enige aanwijzingen over de mogelijke inhoud van een akkoord (artt. 50 en 171 Fw) en stelt een aantal vereisten waaraan het akkoord ten minste dient te voldoen (art. 153 Fw).⁶¹ Naast de dwingendrechtelijke regels van art. 153 Fw, zijn de algemene regels van het verbintenissenrecht (dus ook die voor uitleg van overeenkomsten) van toepassing, omdat het akkoord als een overeenkomst wordt beschouwd.⁶² De inhoud van het akkoord wordt dus begrensd door de dwingend rechtelijke regels van de (Faillissements)wet, de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 BW).⁶³ De inhoud van het akkoord wordt door de wilsovereenstemming tussen de onderhandelende partijen bepaald. Een akkoord kan derhalve elke denkbare vorm van voldoening van de schuldeisers inhouden.⁶⁴ Veelal bevat een ontwerp-akkoord de afspraak tot een gedeeltelijke betaling van de vorderingen ineens tegen finale kwijting (het zgn. percentage-akkoord). Andere mogelijkheden zijn dat het ontwerp-akkoord een betaling in termijnen inhoudt of dat schuldeisers een bepaald percentage van hun vordering voldaan krijgen al naar gelang de grootte van hun vordering.⁶⁵ In jurisprudentie is zelfs bepaald dat het niet noodzakelijk is dat iedere schuldeiser in geld wordt voldaan.⁶⁶ Wel dient men bij het bepalen van de inhoud van het akkoord rekening te houden met het gelijkheidsbeginsel, hetgeen inhoudt dat in principe alle schuldeisers gelijk moeten worden behandeld (art. 3:277 BW). Schuldeisers met een bevoorrechte vordering kunnen zich echter aan deze gelijke behandeling onttrekken (art. 3:277 lid 1 BW).⁶⁷ Dit gelijkheidsbeginsel wordt in het insolventierecht doorgaans aangeduid met de Latijnse benaming *paritas creditorum*.⁶⁸ Echter, niet iedere inbreuk op de *paritas creditorum* behoeft de homologatie van een akkoord in gevaar te brengen.⁶⁹ Er komen in de praktijk

⁵⁸ Wessels 2013, p. 6.

⁵⁹ Dit geldt ook wanneer het akkoord dit niet bepaald: HR 31 januari 1992, *NJ* 1992, 686 m.nt. PvS.

⁶⁰ Wessels 2013, p. 7; Soedira 2011, p. 65.

⁶¹ Soedira 2011, p. 65: de wet refereert aan een akkoord dat boedelafstand inhoudt (art. 50 Fw) en maakt melding van een percentage-akkoord (art. 171 Fw).

⁶² Vgl. Rb. Amsterdam 8 november 1938, *NJ* 1938, p. 1138.

⁶³ Wessels 2013, p. 8.

⁶⁴ Wessels 2013, p. 7.

⁶⁵ Soedira 2011, p. 18.

⁶⁶ Rb. Utrecht 9 augustus 1989, *NJ* 1990, 399.

⁶⁷ Vriesendorp 2013, p. 7.

⁶⁸ Vriesendorp 2013, p. 7.

⁶⁹ Soedira 2011, p. 18; Rb. Utrecht 9 augustus 1989, *NJ* 1990, 399.

dan ook tal van varianten voor, veelal als onderdeel van een ingrijpende bedrijfseconomische reorganisatie of van een financiële herstructurering.⁷⁰

Een faillissement wordt de laatste decennia niet meer alleen gebruikt voor het executeren van het vermogen van de schuldenaar, maar ook om vennootschappen te saneren.⁷¹ De bedrijfsactiviteit van de failliete vennootschap kan op twee manieren worden gecontinueerd. De eerste mogelijkheid is dat de vennootschap haar concurrente schuldeisers een akkoord aanbiedt (art. 138 Fw). De reorganisatie is dan gericht op voortzetting van de bedrijfsactiviteiten door hetzelfde rechtssubject.

De andere mogelijkheid betreft het zogenaamde liquidatieakkoord (art. 50 Fw). In deze situatie wordt de liquidatie van de schuldenaar ingezet om de economische activiteit geheel of gedeeltelijk in een andere juridische entiteit voort te zetten. Deze nieuwe entiteit kan dan – zonder schulden uit het verleden – met een ‘schone lei’ aan het maatschappelijk-economisch verkeer deelnemen.⁷² Vanuit faillissement worden de activiteiten voortgezet binnen nieuwe juridische entiteiten.⁷³

In dit onderzoek beperk ik mij – zoals in hoofdstuk 1 al aangegeven – tot de mogelijkheden voor financiële herstructurering van een vennootschap binnen dezelfde juridische entiteit.

Rechtskarakter van het akkoord

Het akkoord is volgens het stelsel van de Faillissementswet een overeenkomst, aangegaan tussen de schuldenaar en zijn gezamenlijke, bij meerderheid van stemmen beslissende, schuldeisers.⁷⁴ Op deze overeenkomst zijn de algemene regels van het verbintenissenrecht van toepassing, doch met inachtneming van de dwingend rechtelijke regels van art. 153 Fw.⁷⁵ Het akkoord kan daardoor niet worden gezien als een normale overeenkomst in de zin van art. 6:217 e.v. BW. Het gevolg hiervan is dat de totstandkoming van het akkoord slechts gedeeltelijk plaatsvindt overeenkomstig de artt. 6:217 e.v. BW.⁷⁶ Het akkoord is te kwalificeren als een meerpartijenovereenkomst.⁷⁷

Het faillissementsakkoord behoeft, om bindend te zijn, rechterlijke goedkeuring, de zgn. homologatie. Men spreekt daarom ook wel van een gerechtelijk of dwangakkoord. Het gehomologeerde akkoord geldt voor alle concurrente schuldeisers, ook voor de schuldeisers die geen vordering hebben ingediend of tegen het akkoord hebben gestemd (art. 157 Fw). Wanneer de instemming van alle

⁷⁰ Wessels 2013, p. 9.

⁷¹ Vriesendorp 2013, p. 137.

⁷² Vriesendorp 2013, p. 137-138.

⁷³ Vriesendorp 2013, p. 138.

⁷⁴ HR 18 mei 1990, *NJ* 1991, 412 m.nt. MMM.

⁷⁵ Soedira 2011, p. 19; vgl. Rb. Amsterdam 8 november 1938, *NJ* 1938, p. 1138.

⁷⁶ Soedira 2011, p. 19.

⁷⁷ Wessels 2013, p. 101.

schuldeisers nodig zou zijn voor een faillissementsakkoord, zou dit zelden tot stand komen. De wetgever heeft bepaald dat tot het aannemen van het akkoord vereist is de toestemming van de gewone meerderheid van de ter vergadering verschenen erkende en voorwaardelijk toegelaten concurrente schuldeisers, die tezamen ten minste de helft van het bedrag van de door geen voorrang gedekte erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen vertegenwoordigen (art. 145 Fw). Omdat het hier om een dwangakkoord gaat, is de inhoud en de gebondenheid begrensd, in die zin dat tegenstemmers en afwezigen slechts gebonden kunnen zijn jegens de schuldenaar en zijn boedel en niet jegens een derde en andere medeschuldenaren.⁷⁸

Totstandkoming van het ontwerp-akkoord

Het ontwerp-akkoord kan worden aangeboden door de gefailleerde zelf of door diens gevolmachtigde (art. 138 Fw). In het geval van een gefailleerde vennootschap geschiedt de aanbidding van het ontwerp-akkoord door de (statutair) vertegenwoordigingsbevoegden.⁷⁹ Een akkoord kan slechts worden aangeboden aan concurrente schuldeisers met verifieerbare vorderingen.⁸⁰ Alleen zij mogen stemmen (art. 143 Fw) en het akkoord is alleen voor hen verbindend (art. 157 Fw). Alle schuldeisers met voorrang houden ook bij een akkoord aanspraak op het bedrag waarop zij zonder het akkoord aanspraak konden maken.⁸¹ Het akkoord geldt ook niet voor boedelschuldeisers. Deze vorderingen dienen volledig te worden voldaan.⁸²

De aanbidding van een ontwerp-akkoord geschiedt door deponering van het ontwerp-akkoord bij de griffie van de rechtbank, ten minste acht dagen vóór de vergadering tot verificatie van de schuldvorderingen (art. 139 Fw). Op de verificatievergadering wordt, nadat de vorderingen zijn geverifieerd, een beslissing genomen over het aangeboden concept-akkoord (art. 139 Fw).⁸³ Het akkoord dient door middel van stemming te worden aangenomen door een gewone meerderheid van de ter verificatievergadering verschenen concurrente schuldeisers, die gezamenlijk ten minste de helft van het bedrag van de door geen voorrang gedekte erkende en voorwaardelijk toegelaten vorderingen vertegenwoordigen (art. 145 Fw). Er kan slechts één maal een akkoord worden aangeboden (art. 158 Fw). De achterliggende gedachte hiervan is dat de bevoegdheid later een nieuw akkoord aan te bieden

⁷⁸ Soedira 2011, p. 20.

⁷⁹ Dit is meestal het bestuur van de betreffende vennootschap, zie voor N.V. en B.V. de artt. 2:130 en 2:140 BW.

⁸⁰ Soedira 2011, p. 115.

⁸¹ Wessels 2013, p. 75.

⁸² Wessels 2013, p. 15.

⁸³ Het is ook mogelijk om een ontwerp-akkoord aan te bieden ter gelegenheid van de verificatievergadering na afloop van de verificatie (art. 141 jo. 142 Fw).

verkeerde praktijken in de hand werkt.⁸⁴ Indien het akkoord wordt verworpen, dan kan de rechter-commissaris het verworpen akkoord alsnog vaststellen alsof dit was aangenomen, als a) drie vierde van de ter vergadering verschenen erkende en voorwaardelijk toegelaten concurrente schuldeisers voor het akkoord hebben gestemd en b) de verwerping van het akkoord het gevolg is van het tegenstemmen van een of meer schuldeisers die, alle omstandigheden in aanmerking genomen, in redelijkheid niet tot dit stemgedrag hebben kunnen komen (art. 146 Fw).

Homologatie van het akkoord

Indien het akkoord is aangenomen of vastgesteld, bepaalt de rechter-commissaris een datum waarop de rechtbank de homologatie zal behandelen (art. 150 Fw). Vooraf en tijdens de zitting kunnen schuldeisers aan de rechter-commissaris redenen opgeven waarom zij weigering van de homologatie wenselijk achten (art. 151 en 152 Fw). De rechtbank geeft op de dag van de behandeling van de homologatie, of anders zo spoedig mogelijk, haar met redenen omklede beschikking (art. 153 lid 1 Fw). De homologatie dient te worden geweigerd indien de baten van de boedel die bij het akkoord bedongen som aanmerkelijk te boven gaan, indien de nakoming van het akkoord onvoldoende is gewaarborgd en/of het akkoord door bedrog of begunstiging van één of meer schuldeisers tot stand is gekomen (art. 153 lid 2 Fw). De homologatie kan echter ook ambtshalve of op andere gronden worden geweigerd (art. 153 lid 3 Fw). Een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van homologatie levert voor schuldeisers met een geverifieerde vordering in beginsel een executoriale titel op tegen de schuldenaar (art. 159 Fw).

Rechtsmiddelen

Tegen het vonnis van homologatie staat hoger beroep open. In geval van weigering van de homologatie staat gedurende acht dagen hoger beroep open voor ieder van de schuldeisers die voor het akkoord stemden (art. 154 Fw). Het recht van hoger beroep tegen die weigering komt ook toe aan de gefailleerde (art. 154 Fw). Wanneer het akkoord is gehomologeerd, dan hebben onder meer de schuldeisers die tegenstemden of bij de stemming afwezig waren hetzelfde recht (art. 154 Fw). Cassatie wordt binnen dezelfde termijnen en op dezelfde wijze aangetekend en behandeld (art. 156 Fw).

⁸⁴ Wessels 2013, p. 17; MvT bij Van der Feltz II 1897, p. 186. Deze situatie kan er aanleiding toe geven dat de gefailleerde zo weinig mogelijk gaat bieden, om dan na verwerping zijn bod steeds te verhogen en met betere voorstellen te komen.

Rechtsgevolgen van het gehomologeerd akkoord

Het gehomologeerde akkoord is verbindend voor alle geen voorrang hebbende schuldeisers, zonder uitzondering, onverschillig of zij al dan niet in het faillissement zijn opgekomen (art. 157 Fw). Aan het akkoord kunnen dus alleen concurrente schuldeisers worden gebonden. De rechterlijke goedkeuring dient als waarborg voor bescherming van de belangen van deze schuldeisers.⁸⁵ De schuldeisers met voorrang zijn dus niet aan het akkoord gebonden.⁸⁶

Het faillissement eindigt zodra de homologatie van het akkoord in kracht van gewijsde is gegaan (art. 161 Fw).

Het akkoord bij surseance van betaling

Inleidende opmerkingen

Het surseance-akkoord richt zich op het voorkomen van een gerechtelijke vereffening. Daarnaast ligt de focus van het surseance-akkoord op het herstel van de financiële positie van de schuldenaar.⁸⁷ Door het aanbieden van een akkoord probeert de schuldenaar zijn (benarde) financiële situatie weer gezond te krijgen. Een succesvolle financiële herstructurering is uiteindelijk noodzakelijk om de vennootschap weer toekomstperspectief te geven.⁸⁸ Het doel is de schuldenaar op termijn weer gewoon aan het maatschappelijk-economisch verkeer deel te laten nemen.⁸⁹

De doelstelling van de surseance en daardoor van het akkoord leidt tot het ontbreken van de formele verificatie van vorderingen, zoals we die in het faillissement kennen. In surseance is primair van belang te bepalen welke schuldeisers voor welk bedrag worden toegelaten tot de stemming over het akkoord.⁹⁰ Met andere woorden: een schuldeiser mag alleen stemmen over het akkoord als zijn vordering is toegelaten.

Indien vorderingen zijn betwist, dan is het de rechter-commissaris die beslist welke schuldeisers met welke vorderingen tot de stemming over een ontwerp-akkoord worden toegelaten (art. 267 Fw). Verder bestaan er tussen de beide akkoorden naar vorm, inhoud en rechtskarakter weinig verschillen.⁹¹

⁸⁵ Wessels 2013, p. 49; Leuftink 1995, p. 311.

⁸⁶ Vriesendorp 2013, p. 314.

⁸⁷ Wessels 2013, p. 6.

⁸⁸ Wessels 2013, p. 7.

⁸⁹ Vriesendorp 2013, p. 97.

⁹⁰ Soedira 2011, p. 124; Leuftink 1995, p. 178; Verschoof, (T&C Fw), art. 266 Fw, aant. 1 en aant. 2 bij inleidende opmerkingen over het akkoord.

⁹¹ Wessels 2013, p. 1.

Totstandkoming van het akkoord

Ook voor de totstandkoming van een surseance-akkoord moeten verschillende stappen worden doorlopen. In hoofdlijnen komt dat op het volgende neer.

De schuldenaar is bevoegd bij of na het verzoek tot surseance een akkoord aan te bieden aan de schuldeisers die vorderingen hebben ten aanzien waarvan de surseance werkt (art. 252 en 214 lid 3 Fw). Indien het akkoord door de schuldeisers wordt aangenomen (art. 268 Fw) en door de rechtbank wordt gehomologeerd (art. 272 Fw), dan is het akkoord bindend voor alle schuldeisers voor wie de surseance werkt (art. 273 Fw). Het akkoord werkt alleen ten aanzien van concurrente crediteuren (art. 232 Fw). Er is dan net als bij faillissement sprake van een dwangakkoord. De wetgever acht een dwangakkoord slechts aanvaardbaar, indien er toezicht is van een bewindvoerder.⁹²

Het ontwerp-akkoord kan ook tegelijk met het surseanceverzoek worden ingediend. De rechtbank kan dan besluiten het ontwerp-akkoord te behandelen vóórdat een beslissing over de definitieve surseanceverlening wordt genomen.⁹³ Het akkoord komt dan tot stand tijdens de voorlopig verleende surseance. Het ontwerp-akkoord vervalt echter als een rechterlijke beslissing houdende beëindiging van de surseance in kracht van gewijsde gaat, vóórdat het vonnis van homologatie in kracht van gewijsde is gegaan (art. 254 Fw). De (voorlopig verleende) surseance eindigt zodra de homologatie in kracht van gewijsde is gegaan (art. 276 Fw).

De behandeling van het surseance-akkoord volgt in grote lijnen het faillissementsakkoord.⁹⁴ Ik verwijs dan ook naar het hiervoor over de totstandkoming van het faillissementsakkoord gestelde.

Knelpunten van de formele akkoorden

Het is niet eenvoudig om met de instrumenten die de huidige Nederlandse (insolventie)wetgeving biedt, tot een geslaagde (financiële) herstructurering te komen.⁹⁵ De volgende knelpunten zijn te onderscheiden:

Gevolgen van de openbaarheid

Een formele insolventieprocedure wordt gevoerd in de openbaarheid. Een uittreksel uit het vonnis van faillietverklaring, wordt onverwijld geplaatst in de Staatscourant (art. 14 lid 3 Fw). Daarnaast wordt de faillietverklaring opgenomen in het openbaar faillissementsregister van de rechtbank (art. 19 Fw)

⁹² Polak Pannevis 2011, p. 339.

⁹³ Polak Pannevis 2011, p. 339.

⁹⁴ Vriesendorp 2013, p. 100; Polak Pannevis 2011, p. 339.

⁹⁵ Jol 2013, p. 45.

alsmede in het Centraal insolventieregister (art. 19a Fw). Het gevolg van deze openbare procedures is dat toeleveranciers en afnemers de schuldenaar terughoudender gaan benaderen, waardoor geen nieuwe contracten worden afgesloten dan wel alleen onder verscherpte voorwaarden.⁹⁶ Dit wordt ook wel het *self-fulfilling prophecy-effect* van de openbare procedure genoemd.⁹⁷

Verlies van beheers- en beschikkingsbevoegdheid

In een formele procedure krijgt de schuldenaar te maken met een curator danwel een bewindvoerder, die invloed heeft op de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar over zijn vermogen.⁹⁸

Door de faillietverklaring verliest de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen (art. 23 Fw). Vanaf de dag van faillietverklaring komt de bevoegdheid tot beschikking en beheer volledig bij de door de rechtbank aangestelde curator te berusten (art. 68 lid 1 Fw). De schuldenaar verliest hierdoor de mogelijkheid om zelf de uitkomst van de reorganisatie te bepalen en/of sturing te geven aan het proces.⁹⁹

Bij het verlenen van een voorlopige surseance van betaling wordt een bewindvoerder benoemd. De bewindvoerder voert samen met de schuldenaar het beheer over diens zaken (art. 215 lid 2 Fw). Gedurende de surseance is de schuldenaar dan ook niet bevoegd om zonder medewerking, machtiging en bijstand van de bewindvoerder daden van beheer en beschikking te verrichten (art. 228 en 231 Fw). De bewindvoerder dient vooral toezicht op de boedel uit te oefenen. Door de verplichte benoeming van de bewindvoerder verliest de schuldenaar ook hier zijn grip op het reorganisatieproces.¹⁰⁰

Het tijdsaspect en kosten

In beide formele procedures komen de kosten en het salaris van de curator dan wel bewindvoerder ten laste van de boedel (art. 71 jo. 163 Fw en art. 250 Fw).¹⁰¹ Als gevolg hiervan zullen de opbrengsten voor de schuldeisers waarschijnlijk lager zijn, waardoor er uiteindelijk dus minder overblijft om te verdelen.¹⁰² Daarnaast brengt de inschakeling van het gerechtelijk apparaat maatschappelijk gezien ook kosten met zich mee.¹⁰³

⁹⁶ Adriaanse e.a. 2004, p. 45; Oosterhout 1998, p. 28; Vriesendorp 2013, p. 128.

⁹⁷ Adriaanse e.a. 2004, p. 45; Van Amsterdam 2001, p. 174.

⁹⁸ Vriesendorp 2013, p. 62.

⁹⁹ Adriaanse e.a. 2004, p. 45.

¹⁰⁰ Vriesendorp, Hermans & De Vries 2013b, § 3a.

¹⁰¹ Vriesendorp 2013, p. 322; Polak Pannevis 2011, p. 331.

¹⁰² Adriaanse e.a. 2004, p. 45.

¹⁰³ Adriaanse e.a. 2004, p. 45.

Een ander groot nadeel is dat het doorlopen van de dwingendrechtelijke procedures vaak lang duurt, waardoor het reorganisatieproces onder druk komt te staan.¹⁰⁴ Ook het betwisten van vorderingen – en eventueel daarover te voeren procedures – kan de totstandkoming van een akkoord bemoeilijken en vertragen.¹⁰⁵

Surseance van betaling

De surseance van betaling heeft als bijnaam ‘het voorportaal van het faillissement’.¹⁰⁶ In bijna alle gevallen leidt een surseance van betaling tot een faillissement. De surseance wordt ingetrokken en omgezet naar een faillissement (art. 242 Fw). Vaak is de prognose dat de schuldeisers alsnog voldaan worden slecht, of verloopt de samenwerking tussen de bewindvoerder en de schuldenaar moeizaam.¹⁰⁷ Een surseance van betaling biedt te weinig instrumenten voor een financiële herstructurering, waardoor het vanuit tactisch oogpunt voor de schuldenaar beter kan zijn om voor een faillissement te kiezen.¹⁰⁸ Dit geldt met name wanneer de reorganisatie gepaard gaat met een afslanking van het personeelsbestand.¹⁰⁹ In het kader van deze scriptie voert dit echter te ver en daarom blijft het verder buiten beschouwing. De surseance van betaling wordt vaak te laat verzocht, doordat de schuldenaar te positieve verwachtingen heeft ten aanzien van het alsnog zelf kunnen oplossen van de financiële moeilijkheden.¹¹⁰

Verbindendheid van de dwangakkoorden

In beginsel verbindt een gehomologeerd akkoord slechts concurrente schuldeisers (artt. 157 Fw en art. 273 jo. 232 sub 1 Fw). De dwangakkoorden werken dus maar voor een beperkt aantal vorderingen. De schuldeisers met een voorrangrecht zijn in beginsel niet gebonden, tenzij zij afstand hebben gedaan van een erkend zekerheidsrecht of een recht van voorrang (artt. 143 en 257 Fw). Preferente schuldeisers en separatisten kunnen dus niet gedwongen worden hun medewerking te verlenen aan een (financiële) herstructurering, waardoor de totstandkoming van een akkoord onzeker wordt.¹¹¹

In de praktijk wordt echter bij de totstandkoming van een saneringsakkoord ook een bijdrage verwacht van preferente schuldeisers. Preferente schuldeisers ontvangen dan hooguit het dubbele percentage

¹⁰⁴ Boot & Ligterink 2000, p. 492-499.

¹⁰⁵ Vriesendorp 2013, p. 293 en 298.

¹⁰⁶ Raaijmakers e.a. 2001, p. 43.

¹⁰⁷ Vriesendorp 2013, p. 127.

¹⁰⁸ Vriesendorp 2013, p. 128; Jol 2013, p. 45.

¹⁰⁹ Vriesendorp 2013, p. 128.

¹¹⁰ Vriesendorp 2013, p. 128.

¹¹¹ Jol 2013, p. 38.

van dat wat wordt uitgekeerd aan concurrente schuldeisers.¹¹² In dat geval worden ook de rechten van preferente schuldeisers gewijzigd, echter zonder dat zij zich officieel daarover hebben kunnen uitspreken. Preferente schuldeisers hebben onder het huidige recht namelijk geen stemrecht (artt. 143 en 257 Fw).

Het buitengerechtelijk akkoord

Inleidende opmerkingen

Een vennootschap die in financiële problemen verkeert, kan overwegen haar schuldeisers een buitengerechtelijk akkoord aan te bieden teneinde haar financiële positie te verbeteren. De mogelijkheden binnen informele reorganisaties zijn ruimer, waardoor het proces flexibeler is, hetgeen tot oplossingen op maat kan leiden.¹¹³ Bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord hoeft namelijk geen rekening te worden gehouden met de dwingendrechtelijke procedurele en materiële regels van de Faillissementswet. Hieruit volgt dat de *paritas creditorum* formeel geen rol speelt bij een buitengerechtelijk akkoord.¹¹⁴ De praktijk is echter anders. Indien een schuldenaar geen rekening houdt met het gelijkheidsbeginsel, dan kunnen schuldeisers die er achter komen ongelijk behandeld te zijn, hun instemming met het akkoord laten herroepen of vernietiging verzoeken wegens dwaling of bedrog (art. 6:160 jo. 6:228, 3:44 BW).¹¹⁵ Verder vindt een informele reorganisatie in relatieve stilte plaats, waardoor publieke aankondigingen over de financiële situatie alsmede reputatieschade kunnen worden vermeden.¹¹⁶ Bovendien zijn de kosten van een informele reorganisatie aanzienlijk lager dan in formele reorganisaties.¹¹⁷ Met name deze kenmerken zorgen ervoor dat de going-concernwaarde van een vennootschap kan worden behouden.¹¹⁸ Een buitengerechtelijk akkoord heeft geen wettelijke basis en is daardoor vormvrij.¹¹⁹

Rechtskarakter van het akkoord

De totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord is niet wettelijk geregeld, en wordt derhalve geheel beheerst door de algemene regels van het vermogensrecht.¹²⁰ Soedira omschrijft een

¹¹² Vriesendorp 2013, p. 314.

¹¹³ Adriaanse e.a. 2004, p. 44.

¹¹⁴ Vriesendorp 2013, p. 43.

¹¹⁵ Vriesendorp 2013, p. 43.

¹¹⁶ Wessels 2013, p. 102.

¹¹⁷ Adriaanse e.a. 2004, p. 45; Gilson 1996, p. 313.

¹¹⁸ Adriaanse e.a. 2004, p. 47.

¹¹⁹ Adriaanse e.a. 2004, p. 44.

¹²⁰ Wessels 2013, p. 101.

buitengerechtelijk akkoord als “een voorstel (aanbod) van de schuldenaar aan zijn schuldeisers om tot een betalingsregeling te komen. Dit voorstel kan door de schuldeisers al dan niet worden aanvaard.”¹²¹ Het buitengerechtelijk akkoord wordt eveneens als een meerpartijenovereenkomst gekwalificeerd.¹²² Dat betekent dus dat ook hier sprake is van een overeenkomst waarop de wettelijke bepalingen betreffende overeenkomsten niet van toepassing zijn, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van het akkoord zich daartegen verzet (art. 6:213 lid 2 BW). In vergelijking met de formele akkoorden, mist een buitengerechtelijk akkoord de dwingendrechtelijke procedurele en materiële waarborgen zoals opgenomen in de Faillissementswet.¹²³ Vriesendorp gaat er bovendien van uit dat het buitengerechtelijk akkoord gezien kan worden als een vaststellingsovereenkomst.¹²⁴

Totstandkoming van het akkoord

Voor de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord is meestal de instemming van alle schuldeisers vereist. Dit heeft te maken met het feit dat de instemming met het akkoord vaak gebeurt onder de voorwaarde dat *alle* schuldeisers instemmen met het akkoord.¹²⁵ Het al dan niet slagen van een buitengerechtelijk akkoord kan dus afhangen van één schuldeiser.

Bij een buitengerechtelijk akkoord staan de onderhandelingsvrijheid en contractsvrijheid voorop.¹²⁶ Dit vloeit voort uit de beginselen van het verbintenissenrecht, die onder andere ervan uitgaan dat niemand tegen zijn wil aan een overeenkomst kan worden gebonden.¹²⁷ Op grond hiervan kunnen partijen vrij de inhoud van het akkoord bepalen, zolang er geen strijdigheid is met de wet, de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 BW).¹²⁸ De vraag of een schuldeiser heeft ingestemd met de inhoud van het buitengerechtelijk akkoord dient aan de hand van de zgn. Haviltex-formule te worden bepaald.¹²⁹ Een schuldeiser kan op grond van de contractsvrijheid niet gedwongen worden tot deelname aan de overeenkomst.¹³⁰ Het staat de schuldeiser in beginsel vrij het aanbod af te slaan. Een weigerende schuldeiser wordt niet gebonden en behoudt zijn vordering volledig.¹³¹

¹²¹ Soedira 2011, p. 37.

¹²² Wessels 2013, p. 101.

¹²³ Wessels 2013, p. 102.

¹²⁴ Vriesendorp 2013, p. 43.

¹²⁵ Soedira 2011, p. 265.

¹²⁶ Wessels 2013, p. 105.

¹²⁷ Soedira 2011, p. 265; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 40 e.v.

¹²⁸ Wessels 2013, p. 8; Soedira 2011, p. 261; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 310 e.v.

¹²⁹ HR 13 december 1981, *NJ* 1981, 635; Wessels 2013, p. 104; Vriesendorp 2013, p. 46.

¹³⁰ Soedira 2011, p. 38.

¹³¹ Wessels 2013, p. 12; Soedira 2011, p. 264; vgl. art. 6:3 BW en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, p. 37.

In de praktijk blijkt de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord dan ook niet eenvoudig te zijn. In het onderhandelingsproces dienen de diverse belangen van de schuldeisers op één lijn te worden gebracht.¹³² Mediators zouden een belangrijke rol kunnen spelen in de procedure om tot een buitengerechtelijk akkoord te komen.¹³³

De totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord heeft tot gevolg dat de eerder tussen de schuldenaar en haar schuldeisers gemaakte afspraken wijzigen.¹³⁴ Afhankelijk van de gemaakte afspraken kan de (restant) vordering volledig teniet zijn gegaan door afstand van recht (art. 6:160 BW) of zijn omgezet in een natuurlijke verbintenis (art. 6:3 e.v. BW).¹³⁵

Dwangdeelname aan een buitengerechtelijk akkoord

De contractsvrijheid zorgt er voor dat een schuldeiser in beginsel niet gedwongen gebonden kan worden om partij te worden bij de overeenkomst.¹³⁶ In lagere rechtspraak is echter diverse keren aangenomen dat een weigerachtige schuldeiser toch zijn medewerking moet verlenen aan het voorgestelde buitengerechtelijk akkoord.¹³⁷ Daarvan is sprake indien de schuldenaar zijn contractsvrijheid misbruikt (art. 3:13 BW) en naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod niet had kunnen weigeren. Terughoudendheid is bij het aannemen van zulke gehoudenheid echter wel geboden, aldus de Hoge Raad.¹³⁸

Knelpunten van een buitengerechtelijk akkoord

Het is niet eenvoudig om tot een geslaagde buitengerechtelijke (financiële) herstructurering te komen.¹³⁹ De volgende knelpunten zijn te onderscheiden:

Hold-out strategie van de schuldeisers

De contractsvrijheid leidt ertoe dat iedere schuldeiser kan kiezen wel of niet mee te doen aan de onderhandelingen om te komen tot een herstructurering van de financiering van de schuldenaar.¹⁴⁰ Nu meestal de instemming van alle schuldeisers vereist is voor de totstandkoming van een

¹³² Soedira 2011, p. 264.

¹³³ Vriesendorp 2013, p. 44.

¹³⁴ Vriesendorp 2013, p. 46.

¹³⁵ Vriesendorp 2013, p. 46.

¹³⁶ Soedira 2011, p. 38.

¹³⁷ Wessels 2013, p. 106.

¹³⁸ HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006, 230, m.nt. Pvs

¹³⁹ Jol 2013, p. 45.

¹⁴⁰ Vriesendorp 2013, p. 48.

buitengerechtelijk akkoord, is het van groot belang dat er overleg plaatsvindt met alle (belangrijke) schuldeisers.¹⁴¹ Het zijn vooral de schuldeisers met voorrang die minder bereid zijn om te onderhandelen over deelname aan een buitengerechtelijk akkoord. In een formele procedure hebben zij een grote kans hun vordering voldaan te krijgen. Preferente crediteuren en separatisten zijn dan ook minder bereid om mee te werken aan een akkoord dan concurrente crediteuren.¹⁴² De schuldenaar dient dus tot overeenstemming te komen met de schuldeisers met een sterke positie, teneinde de kans op een buitengerechtelijk akkoord te vergroten.

Nuisance value

In de praktijk komt het voor dat schuldeisers met zekerheidsrechten geen of nauwelijks belang hebben bij de voortzetting van de vennootschap en zich daardoor niet geremd voelen om aan te sturen op een faillissement. Indien deze schuldeisers overgaan tot parate executie, dan maken zij hun '*nuisance value*' te gelde.¹⁴³ De betreffende schuldeisers verwachten zo meer uitgekeerd te krijgen dan wanneer zij zouden instemmen met een akkoord.¹⁴⁴ Hierdoor kan een financiële herstructurering worden vertraagd of zelfs volledig geblokkeerd waardoor de schuldenaar zijn plan niet kan uitvoeren.¹⁴⁵ Dit is in beginsel geoorloofd, maar kan in bijzondere omstandigheden in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid, onrechtmatig zijn, dan wel gekwalificeerd worden als misbruik van recht.¹⁴⁶ Uit de redelijkheid en billijkheid vloeit namelijk voort dat een schuldeiser zijn vordering niet ten koste van alles kan doorzetten (art. 6:248 BW).¹⁴⁷ Daarnaast mag de schuldeiser zijn bevoegdheid niet gebruiken met uitsluitend het doel de schuldenaar te schaden. Tevens is sprake van misbruik indien de schuldeiser met zijn handelen de belangen van de schuldenaar onevenredig schaadt in verhouding tot zijn eigen belang (art. 3:13 BW).¹⁴⁸ Indien daarvan sprake is, dan kan dat leiden tot dwangdeelname aan een buitengerechtelijk akkoord. De Hoge Raad heeft echter bepaald dat "terughoudendheid geboden is en dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats kan zijn voor een bevel aan

¹⁴¹ Vriesendorp 2013, p. 49.

¹⁴² Vriesendorp 2013, p. 48.

¹⁴³ Vriesendorp & Van den Sigtenhorst 2013, p. 94.

¹⁴⁴ Hummelen 2014, p. 3.

¹⁴⁵ Van den Berg 2014, p. 239; Vriesendorp & Van den Sigtenhorst 2013, p. 96.

¹⁴⁶ HR 21 mei 1999, *JOR* 1999, 213, m.nt. ASO; Rb. Amsterdam (pres.) 16 september 1999, *JOR* 2000, 36, m.nt. AS; Rb. Groningen (vzr.) 20 januari 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AV1689; Rb. Arnhem (vzr.) 7 september 2010, *JOR* 2011, 24.

¹⁴⁷ Vriesendorp 2013, p. 52.

¹⁴⁸ Vriesendorp 2013, p. 52.

een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken.”¹⁴⁹ In de praktijk zal daarvan slechts in zeer uitzonderlijke gevallen sprake zijn.¹⁵⁰

Ten slotte kan de schuldenaar een beroep doen op art. 6:162 BW, indien een schuldeiser op volstrekt onredelijke gronden weigert mee te werken aan de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord. Echter, zelfs indien sprake is van onrechtmatig gedrag door de weigerende schuldeiser, dan heeft dat niet tot gevolg dat de betreffende schuldeiser wordt gebonden aan het buitengerechtelijk akkoord.¹⁵¹

Met andere woorden: indien de schuldenaar niet het risico wil lopen dat de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord door (één) weigerende schuldeiser(s) mislukt, dan rest hem vaak niets anders dan te kiezen voor een formele reorganisatie.¹⁵²

Gelijkheidsbeginsel

Het beginsel van gelijkheid van schuldeisers speelt in beginsel geen formele rol bij een informele reorganisatie.¹⁵³ Bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord is het echter wel van belang rekening te houden met het gelijkheidsbeginsel¹⁵⁴ oftewel de *paritas creditorum*. Voor het welslagen van de informele reorganisatie en meer in het bijzonder de totstandkoming van het buitengerechtelijk akkoord, dient de schuldenaar in zijn voorstel te streven naar gelijke behandeling van schuldeisers die in eenzelfde positie zitten.¹⁵⁵ Schuldeisers hebben vaak bij voorbaat al het gevoel dat andere schuldeisers er beter vanaf komen dan zichzelf. Dit gevoel weerhoudt schuldeisers ervan snel akkoord te gaan met het gedane voorstel, hetgeen de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord kan vertragen of verhinderen.¹⁵⁶ Schuldeisers die later ontdekken dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden, kunnen alsnog hun instemming met het akkoord laten herroepen of vernietiging verzoeken wegens dwaling of bedrog (art. 6:160 jo. 6:228, 3:44 BW).¹⁵⁷ Openheid van zaken hieromtrent vergroot dus de kans op een geslaagde financiële herstructurering.¹⁵⁸

¹⁴⁹ HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006, 230, r.o. 3.5.3 en 3.5.4.

¹⁵⁰ Soedira 2011, p. 265.

¹⁵¹ Vriesendorp 2013, p. 52.

¹⁵² Soedira 2011, p. 266.

¹⁵³ Vriesendorp 2013, p. 43.

¹⁵⁴ Het beginsel van gelijke behandeling van gelijkgerechtigde schuldeisers

¹⁵⁵ Vriesendorp 2013, p. 48-49.

¹⁵⁶ Vriesendorp 2013, p. 48.

¹⁵⁷ Vriesendorp 2013, p. 43.

¹⁵⁸ Vriesendorp 2013, p. 43.

Incasso- en executiemaatregelen en de faillissementsaanvraag als incassomiddel

Het staat schuldeisers in beginsel vrij om incasso- en executiemaatregelen in te zetten, teneinde de druk op de schuldenaar zo hoog op te voeren dat hij alsnog aan hen betaalt. Dit geldt ook wanneer sprake is van een onderhandelingsproces om te komen tot een buitengerechtelijk akkoord. Dit lijdt alleen uitzondering indien sprake is van misbruik (3:13 BW).¹⁵⁹ Daarvan is slechts in uitzonderlijke gevallen sprake.¹⁶⁰ Daarnaast blijkt de faillissementsaanvraag een effectief middel om een vordering snel te kunnen incasseren.¹⁶¹ De dreiging van een naderend faillissement zorgt ervoor dat de schuldenaar sneller bereid is om uitstaande vorderingen geheel of gedeeltelijk te betalen of om een betalingsregeling te treffen.¹⁶²

De reddingspogingen van de schuldenaar kunnen verregaand worden verstoord door dergelijke incasso- en executiemaatregelen, waardoor de kans op totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord snel afneemt.¹⁶³

Tussenconclusie

Uit het vorenstaande komt naar voren dat de Nederlandse insolventiewetgeving onvoldoende instrumenten biedt voor de facilitering van (financiële) herstructurering in en buiten faillissement.

De belangrijkste nadelen van formele insolventieprocedures zijn dat deze zich afspelen in de openbaarheid en niet flexibel zijn. Het is een rigide proces dat de dwingend rechtelijke regels van de Faillissementswet dient volgen. De kosten van formele reorganisaties zijn daardoor vaak aanzienlijk. Bovendien verliest de schuldenaar in faillissement geheel en bij surseance van betaling gedeeltelijk zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheden. De openbaarheid heeft negatieve effecten op de bedrijfsvoering waardoor kansen worden gemist. Deze effecten bemoeilijken de totstandkoming van een formeel akkoord. De kans op een geslaagde formele reorganisatie neemt daardoor af. Het insolventieakkoord bindt alleen concurrente schuldeisers. De schuldeisers met een voorrecht behouden hun vorderingen.

Daarnaast is duidelijk geworden dat voor een succesvolle buitengerechtelijke reorganisatie alle (belangrijke) schuldeisers aan tafel moeten zitten en akkoord moeten gaan. In verband met de contractsvrijheid kunnen schuldeisers echter hun medewerking aan het akkoord onthouden.

¹⁵⁹ Vriesendorp 2013, p. 49.

¹⁶⁰ Hof Arnhem 11 januari 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AS4000, *JOR* 2005, 158; Rb. Arnhem (vzr.) 7 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4911 en Rb. Groningen (vzr.) 20 januari 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AV1689.

¹⁶¹ Vriesendorp 2013, p. 135.

¹⁶² Vriesendorp 2013, p. 135.

¹⁶³ Vriesendorp 2013, p. 49.

Tegelijkertijd kunnen individuele schuldeisers de onderhandelingen frustreren door tussentijdse executiemaatregelen te blijven nemen. Lukt het niet om een buitengerechtelijk akkoord tot stand te brengen, dan is de informele reorganisatie kennelijk mislukt. Wat overblijft is de gang naar de rechter om een formele insolventieprocedure te starten.

In het volgende hoofdstuk staat het concept-wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II centraal. Ik hanteer daarbij eenzelfde benaderingswijze als in onderhavig hoofdstuk. Daarnaast wordt aan de hand van de uiteenzetting van knelpunten naar het huidig recht besproken of het wetsvoorstel WCO II mogelijke oplossingen biedt voor de bestaande knelpunten, zoals behandeld in onderhavig hoofdstuk, dan wel of, en zo ja welke, nieuwe knelpunten ontstaan.

Hoofdstuk 3 – Wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen II

Inleiding

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van literatuuronderzoek ingegaan op de consultatieversie van het concept-wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen II (hierna: WCO II).¹⁶⁴ Ik hanteer daarbij eenzelfde benaderingswijze als in het vorige hoofdstuk. Daarnaast wordt aan de hand van de uiteenzetting van knelpunten die onder het huidige recht bestaan ten aanzien van de totstandkoming van het crediteurenakkoord, besproken of de WCO II daartoe mogelijke oplossingen biedt dan wel of er, en zo ja welke, nieuwe knelpunten ontstaan.

Het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II

Inleidende opmerkingen en uitgangspunten

De WCO II bevat maatregelen om onnodige faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen en reorganisatie en herstructurering buiten faillissement te faciliteren.¹⁶⁵ De wetgever verwacht met de WCO II succesvolle saneringen te bevorderen en te bespoedigen. Dit doel dient te worden bewerkstelligd door middel van een gestroomlijnde procedure.¹⁶⁶ Het is daarbij van belang dat reorganisaties zoveel mogelijk buiten insolventie kunnen plaatsvinden, want in dat geval kun je beter afstemmen op de omstandigheden van het geval en kunnen wellicht de knelpunten zoals genoemd in het vorige hoofdstuk worden ontlopen.¹⁶⁷ De WCO II bevat een voorstel voor een regeling van het dwangakkoord buiten insolventie. Het voorstel moet een oplossing bieden voor potentieel rendabele ondernemingen die hun financiële problemen door middel van een akkoord op willen lossen, maar hierbij stuiten op schuldeisers die zich daartegen op onredelijke gronden zouden verzetten.¹⁶⁸ Deze dwangdeelname wordt bereikt door een algemeen verbindend verklaring van een buitengerechtelijk akkoord. Het dwangakkoord buiten insolventie sluit aan op de huidige dwangakkoorden (artt. 156 en 273 Fw).¹⁶⁹ Nieuw is de mogelijkheid om ook aandeelhouders en schuldeisers met een sterke positie aan een akkoord te binden (voorgesteld art. 369 lid 1 Fw).¹⁷⁰

¹⁶⁴ Voluit: wetsvoorstel tot 'Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden (Wet continuïteit ondernemingen II)'.

¹⁶⁵ MvT WCO II Consultatieversie, p. 1.

¹⁶⁶ MvT WCO II Consultatieversie, p. 2.

¹⁶⁷ MvT WCO II Consultatieversie, p. 2.

¹⁶⁸ Vriesendorp 2014, p. 2-3.

¹⁶⁹ Vriesendorp 2014, p. 3.

¹⁷⁰ MvT WCO II Consultatieversie, p. 52.

Economische werkelijkheid

In de Memorie van Toelichting bij het concept-wetsvoorstel gaat de wetgever uitvoerig in op het feit dat de economische werkelijkheid het uitgangspunt moet zijn bij een nadere invulling van de eerder gemaakte afspraken.¹⁷¹ Dit houdt in dat gekeken dient te worden naar hoe de situatie zou zijn indien er sprake is van een faillissement.¹⁷² Het uitgangspunt is dan dat schuldeisers of investeerders die in geval van liquidatie niets zouden ontvangen, het akkoord in beginsel niet zouden moeten kunnen tegenhouden.¹⁷³ Voor stakeholders geldt dat, indien zij hun vordering geheel of gedeeltelijk voldaan kunnen krijgen en hun positie niet slechter wordt dan wanneer sprake is van liquidatie, zij het akkoord in beginsel ook niet moeten kunnen tegenhouden.¹⁷⁴ Bij het bepalen welk bedrag beschikbaar zal komen na faillissement worden tevens de vorderingen met een voorrecht alsmede de faillissementskosten in ogenschouw genomen.¹⁷⁵

Inhoud van het akkoord

Het akkoord dient een onderdeel te zijn van een goed onderbouwd herstructureringsplan.¹⁷⁶ Al naar gelang de aard en de omvang van de onderneming moet het voorstel voor een akkoord aan een aantal inhoudelijke vereisten en formaliteiten voldoen (voorgesteld art. 370 lid 2 en 3 Fw).¹⁷⁷ Ondanks deze inhoudelijke vereisten, staat bij het bepalen van de inhoud van het akkoord nog steeds de contractsvrijheid voorop. De wetgever gaat daarin zelfs zo ver dat wordt voorgesteld dat ook toekomstige verplichtingen, voor zover deze voortvloeien uit reeds bestaande rechtsverhoudingen, door middel van een dwangakkoord buiten insolventie kunnen worden gewijzigd.¹⁷⁸ Het voordeel hiervan is dat het akkoord volledig kan worden afgestemd op de specifieke omstandigheden van de schuldenaar.¹⁷⁹ Hierdoor lijken de mogelijkheden van een akkoord “slechts te worden begrensd door de creativiteit van de schuldenaar”, aldus Mennens en Veder.¹⁸⁰ Het is echter nog onduidelijk waar de grens is van het toelaatbare ligt.¹⁸¹

¹⁷¹ MvT WCO II Consultatieversie, p. 15-18.

¹⁷² MvT WCO II Consultatieversie, p. 16.

¹⁷³ MvT WCO II Consultatieversie, p. 16.

¹⁷⁴ MvT WCO II Consultatieversie, p. 16.

¹⁷⁵ MvT WCO II Consultatieversie, p. 16.

¹⁷⁶ MvT WCO II Consultatieversie, p. 20.

¹⁷⁷ MvT WCO II Consultatieversie, p. 20.

¹⁷⁸ Mennens & Veder 2015, § 4.2.3; MvT WCO II Consultatieversie, p. 44-45 en p. 71-72.

¹⁷⁹ Mennens & Veder 2015, § 4.2.3.

¹⁸⁰ Mennens & Veder 2015, § 4.2.3.

¹⁸¹ Mennens & Veder 2015, § 4.2.3; vgl. Soedira 2011, p. 93-96; Zie ook Hermans & Vriesendorp 2014: In de literatuur en rechtspraak is hierover discussie ontstaan na de homologatie van het faillissementsakkoord inzake

Het akkoord dient er dus toe de bestaande rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de schuldeisers en aandeelhouders te wijzigen.¹⁸² Voor schuldeisers houdt dat echter meestal in dat zij instemmen met een gedeeltelijke voldoening van hun vordering of dat zij in plaats van terugbetaling van hun vordering een deelneming in het kapitaal krijgen.¹⁸³

Voor aandeelhouders geldt dat zij, indien sprake is van liquidatie van de onderneming, in beginsel geen uitkering zullen ontvangen. Zij zullen dus – uitgaande van de eerder genoemde economische werkelijkheid – een herschikking van hun juridische aanspraken moeten accepteren.¹⁸⁴ Een wijziging van de rechten van aandeelhouders kan onder andere bestaan uit het niet kunnen uitoefenen dan wel vervallen van stemrecht, intrekking van de aandelen of het recht op het liquidatiesaldo verliezen.¹⁸⁵ Omdat dit onderzoek zich echter richt op de totstandkoming van een schuldeisersakkoord, laat ik de situatie ten aanzien van aandeelhouders verder buiten beschouwing.

Rechtskarakter van het akkoord

Ook dit akkoord kan gezien worden als een meerpartijenovereenkomst.¹⁸⁶ En evenals in het huidige recht kan een schuldeiser in principe alleen partij worden bij een overeenkomst indien zijn wil daartoe zich in een verklaring heeft geopenbaard (art. 3:33 BW). In dit voorstel kan een schuldeiser echter ook tegen zijn wil partij worden bij de overeenkomst. Daarvan is sprake wanneer het concept-akkoord door een meerderheid van de stemgerechtigde schuldeisers van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, wordt aanvaard én daarna door de rechter algemeen verbindend wordt verklaard. Vanaf dat moment is er pas sprake van een dwangakkoord.¹⁸⁷

De regeling van de WCO II

Het wetsvoorstel gaat uit van twee fasen waarin tot een akkoord buiten insolventie kan worden gekomen.¹⁸⁸ De eerste fase bestaat uit het opstellen van een herstructureringsplan gericht op een akkoord tussen de schuldenaar en (een deel van) zijn schuldeisers en de stemming daarover. Stemgerechtigd zijn schuldeisers wiens rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd

Lehman Brothers Treasury Co. B.V. Het voert echter te ver om hier nader op in te gaan in het kader van deze scriptie.

¹⁸² MvT WCO II Consultatieversie, p. 20.

¹⁸³ MvT WCO II Consultatieversie, p. 20.

¹⁸⁴ MvT WCO II Consultatieversie, p. 21.

¹⁸⁵ MvT WCO II Consultatieversie, p. 20, 46-47; Mennens & Veder 2015, § 4.2.3.

¹⁸⁶ Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 1.

¹⁸⁷ MvT WCO II Consultatieversie, p. 46.

¹⁸⁸ Vriesendorp 2014, p. 9.

(voorgesteld art. 368-372 Fw). Teneinde vaart in de voortgang van het reorganisatieproces te kunnen houden, heeft de wetgever er voor gekozen het initiatief voor het akkoord in beginsel geheel bij de betreffende vennootschap te laten liggen. Pas in de tweede fase is sprake van rechterlijke betrokkenheid. De tweede fase ziet op de algemeen verbindend verklaring van het akkoord (voorgesteld art. 373-383 Fw). Het is dus mogelijk dat een akkoord buitengerechtelijk tot stand komt, indien alle stemgerechtigde klassen met een meerderheid voor het akkoord hebben gestemd.¹⁸⁹ Echter, zonder algemeen verbindend verklaring is nog geen sprake van een dwangakkoord en heeft het akkoord dat met een meerderheid is aangenomen nog niet de door de vennootschap gewenste rechtsgevolgen. Het is voor het reduceren van de schuldenlast voor de vennootschap namelijk van groot belang dat zoveel mogelijk schuldeisers aan het akkoord worden gebonden. De tegenstemmende schuldeisers worden pas aan het akkoord gebonden nadat een rechterlijke toets heeft plaatsgevonden.¹⁹⁰ De algemeen verbindend verklaring is dus niet nodig als alle stemgerechtigde klassen *unaniem* voor het akkoord hebben gestemd.

Eerste fase: Totstandkoming van het akkoord (art. 368-372 Fw)

Aanbieding van het akkoord

Het initiatief voor het aanbieden van een akkoord ligt in beginsel bij de schuldenaar (voorgesteld art. 368 lid 1 Fw). Het concept-akkoord wordt aangeboden aan de schuldeisers van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd (voorgesteld art. 368 lid 1 Fw).

Indeling in klassen

Omdat de juridische aanspraken van de diverse schuldeisers nogal kunnen verschillen, heeft de wetgever ervoor gekozen dat de schuldeisers in het voorstel voor het akkoord in afzonderlijke klassen kunnen worden onderverdeeld (voorgesteld art. 369 Fw). Op deze wijze wordt de mogelijkheid gecreëerd om een concept-akkoord aan te bieden dat is afgestemd op de specifieke omstandigheden van het geval.¹⁹¹ Schuldeisers met vorderingen van niet wezenlijk verschillende aard, moeten in dezelfde klasse worden ondergebracht.¹⁹² Het voorstel bevat enkele criteria waarop dat onderscheid moet zijn gebaseerd (voorgesteld art. 370 lid 2 Fw).

¹⁸⁹ MvT WCO II Consultatieversie, p. 13.

¹⁹⁰ MvT WCO II Consultatieversie, p. 61.

¹⁹¹ MvT WCO II Consultatieversie, p. 52.

¹⁹² MvT WCO II Consultatieversie, p. 21.

Geschillenregeling

Tijdens de onderhandelingsfase of nadat het concept-akkoord is aangeboden aan de betreffende schuldeisers, kunnen geschillen ontstaan over de waardering van vorderingen, de klassenindeling of de stemprocedure. Deze geschillen kunnen de totstandkoming van een akkoord bemoeilijken. De wetgever acht het daarom niet verstandig om met het oplossen van deze geschillen te wachten tot de fase waarin de rechter het verzoek tot algemeen verbindend verklaring toetst.¹⁹³ Indien sprake is van geschillen, dan kan de rechtbank worden verzocht om een rechter-commissaris te benoemen. Dit verzoek kan onder meer worden gedaan door de schuldenaar en de schuldeisers wiens rechten door het akkoord worden gewijzigd. De rechter-commissaris dient zich dan uit te laten over het te verwachten oordeel van de rechter bij de algemeen verbindend verklaring over onder meer de wijze van waardering van vorderingen van schuldeisers en de klassenindeling (voorgesteld art. 371 lid 1 onder a Fw). De wetgever verwacht hiermee te voorkomen dat deze eerste fase al te zeer gejuridiseerd raakt omdat dat tevens zou leiden tot vertraging en hoge kosten.¹⁹⁴

Stemming over het akkoord

Indien de onderhandelingsfase tot een positief resultaat heeft geleid, kan worden overgegaan tot stemming over het concept-akkoord. De stemming over het concept-akkoord geschiedt per klasse van schuldeisers (voorgesteld art. 372 lid 1 Fw). Het akkoord is aangenomen als *alle* klassen van stemgerechtigde schuldeisers daarmee hebben ingestemd. Een klasse heeft ingestemd met het akkoord als een gewone meerderheid van de tot die klassen behorende schuldeisers voor het akkoord heeft gestemd én die schuldeisers samen ten minste twee derde van het geheel aan vorderingen in die klassen vertegenwoordigen (voorgesteld art. 372 lid 3 Fw).¹⁹⁵ Het kan dus gebeuren dat een tegenstemmende schuldeiser wordt overstemd door zijn klassegenoten.¹⁹⁶ Het akkoord kan op deze manier buitengerechtelijk tot stand komen.¹⁹⁷ Omdat er in deze fase geen toezicht is door een curator of bewindvoerder, zoals dat wel het geval is bij de huidige insolventieprocedures, heeft de wetgever voor gekwalificeerde meerderheden gekozen.¹⁹⁸ In het geval er ook maar één klasse van stemgerechtigden is die niet met de vereiste meerderheid heeft ingestemd, dan is er *geen* het akkoord

¹⁹³ MvT WCO II Consultatieversie, p. 60.

¹⁹⁴ MvT WCO II Consultatieversie, p. 60-61; Vriesendorp 2014, p. 17.

¹⁹⁵ MvT WCO II Consultatieversie, p. 22.

¹⁹⁶ Mennens & Veder 2015, § 4.2.3.

¹⁹⁷ MvT WCO II Consultatieversie, p. 13.

¹⁹⁸ MvT WCO II Consultatieversie, p. 22.

tot stand gekomen.¹⁹⁹ Een algemeen verbindend verklaring van het akkoord kan echter niet worden tegengehouden, indien de tegenstemmende klasse(n) in redelijkheid niet tot dat stemgedrag heeft (hebben) kunnen komen (voorgesteld art. 373 lid 2 Fw).

Tweede fase: algemeen verbindend verklaring van het akkoord

Algemeen verbindend verklaring

Indien het akkoord is aangenomen, kan de schuldenaar de rechtbank verzoeken het akkoord algemeen verbindend te verklaren (voorgesteld art. 373 lid 1 Fw). Als daarom wordt verzocht, dan dient de rechtbank een aangenomen akkoord in beginsel algemeen verbindend te verklaren.²⁰⁰ Indien de rechtbank daartoe overgaat, dan geldt het akkoord voor alle in het akkoord te betrekken schuldeisers, inclusief degenen die tegen het akkoord hebben gestemd, zich van stemming hebben onthouden of niet zijn verschenen.²⁰¹ De algemeen verbindend verklaring werkt echter niet jegens schuldeisers van wie de schuldenaar wist of redelijkerwijs had behoren te weten dat zijn rechten door het akkoord worden gewijzigd, maar aan wie het akkoord niet is voorgelegd of die niet in de gelegenheid is gesteld over het akkoord te stemmen (voorgesteld art. 382 onder a Fw). Daarnaast werkt de algemeen verbindend verklaring niet tegen schuldeisers van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, maar die niet behoorlijk zijn opgeroepen in de procedure waarin het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord is behandeld (voorgesteld art. 382 onder b Fw). Zij kunnen in beginsel gewoon voldoening van hun vorderingen eisen.²⁰²

De rechtbank kan een verworpen akkoord alsnog algemeen verbindend verklaren, indien zij onder andere van mening is dat de tegenstemmende klasse(n) in redelijkheid niet tot dat stemgedrag heeft (hebben) kunnen komen (voorgesteld art. 373 lid 2 Fw).²⁰³ De rechtbank dient een verzoek tot algemeen verbindend verklaring onder meer af te wijzen indien de belangen van één of meer schuldeisers door toewijzing van het verzoek onevenredig worden geschaad dan wel nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd (voorgesteld art. 373 lid 3 Fw).²⁰⁴

¹⁹⁹ Vriesendorp 2014, p. 20.

²⁰⁰ MvT WCO II Consultatieversie, p. 67.

²⁰¹ MvT WCO II Consultatieversie, p. 14 en 22.

²⁰² MvT WCO II Consultatieversie, p. 66.

²⁰³ MvT WCO II Consultatieversie, p. 23. Dit kan het geval zijn indien een klasse een beperktere uitkering krijgt dan in faillissement het geval zou zijn.

²⁰⁴ MvT WCO II Consultatieversie, p. 15.

Rechtsmiddelen

Indien het verzoek tot algemeen verbindend verklaring is afgewezen, dan kan daartegen binnen acht dagen na de beschikking van de rechtbank hoger beroep worden ingesteld door de schuldenaar die het akkoord heeft aangeboden (voorgesteld art. 379 lid 1 Fw). De schuldeisers die voor het akkoord hebben gestemd, hebben geen mogelijkheid om beroep in te stellen, omdat de schuldenaar dan teveel de regie zou kwijtraken.²⁰⁵ Indien het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord is toegewezen, dan kan hoger beroep worden ingesteld door de schuldeisers die tegen het akkoord hebben gestemd (voorgesteld art. 379 lid 2 Fw). De overige schuldeisers die voor het akkoord hebben gestemd, hebben geen belang bij het instellen van hoger beroep.²⁰⁶

Cassatie wordt binnen dezelfde termijnen en op dezelfde wijze aangetekend en behandeld (voorgesteld art. 380 Fw).

Rechtsgevolgen van het akkoord

Door de algemeen verbindend verklaring van het akkoord wijzigt de juridische positie van de aan het akkoord gebonden partijen.²⁰⁷ Dit betekent dat de bestaande rechtsverhouding is gewijzigd, in die zin dat eerdere afspraken zijn vervallen en dat partijen nu aan de in akkoord gemaakte afspraken zijn gebonden. In het geval dat de schuldenaar tekort schiet in de nakoming van de gemaakte afspraken, dan levert de in kracht van gewijsde gegane beschikking tot algemeen verbindend verklaring voor de schuldeiser een executoriale titel op jegens de schuldenaar (voorgesteld art. 381 lid 1 Fw).

Biedt de WCO II oplossingen voor de bestaande knelpunten naar het huidige recht of ontstaan er, en zo ja welke, nieuwe knelpunten?

Openbaarheid

Aan de in de WCO II voorgestelde procedure zijn geen publicatieverplichtingen verbonden. Daarnaast is van belang dat het akkoord alleen hoeft te worden voorgelegd aan de schuldeisers van wie de rechten erdoor worden gewijzigd, omdat slechts die schuldeisers stemrecht hebben. Met deze benadering wordt voorkomen dat het akkoord bekend wordt in een grotere kring dan strikt noodzakelijk en daarmee ook de financiële problemen van de onderneming 'op straat komen te liggen'.²⁰⁸ Dit zou de kans op de totstandkoming van een akkoord moeten kunnen vergroten.

²⁰⁵ MvT WCO II Consultatieversie, p. 76.

²⁰⁶ MvT WCO II Consultatieversie, p. 76.

²⁰⁷ Vriesendorp 2014, p. 33.

²⁰⁸ MvT WCO II Consultatieversie, p. 56.

Geen verlies van beheers- en beschikkingsbevoegdheid

Onder het regime van de WCO II blijft de schuldenaar volledig bevoegd om naar eigen inzicht te handelen en is daarover bijna geen verantwoording schuldig.²⁰⁹ Het voordeel daarvan is dat de schuldenaar de volledige controle over het informele reorganisatieproces behoudt.

Het is echter de vraag of het concept-wetsvoorstel daardoor wel voldoende waarborgen bevat voor schuldeisers van wie de rechten tegen hun wil worden gewijzigd.²¹⁰ In tegenstelling tot de huidige formele procedures vindt er namelijk geen verificatie van vorderingen plaats, wordt er geen curator of bewindvoerder aangesteld en wordt er geen onafhankelijk toezicht gehouden op het proces van totstandkoming van het akkoord. De regeling is daardoor gevoelig voor misbruik. Hierbij valt te denken aan het begunstigen van schuldeisers, paulianeuze transacties, het verzwijgen van lasten, het verdichten van lasten, het verzwijgen van baten, de totstandkoming van een sluipakkoord en/of het manipuleren van de stemming.²¹¹ Het is niet uit te sluiten dat de schuldenaar zijn schuldeisers slechts selectief informeert, teneinde op deze wijze de slagingskans op een akkoord buiten faillissement te vergroten.²¹² De onafhankelijke beoordeling van het akkoord vindt doorgaans pas plaats op het moment dat het verzoek tot algemeen verbindend verklaring door de rechtbank wordt behandeld (voorgesteld art. 373 Fw). Het is echter maar de vraag of bovengenoemde vormen van misbruik dan door de rechter worden onderkend.²¹³

Tijdaspect en kosten

Onder de WCO II kan een schuldeiser tegen zijn wil partij worden bij het akkoord buiten insolventie. Daarvoor is nodig dat het concept-akkoord door alle stemgerechtigde klassen met een gekwalificeerde meerderheid is aangenomen én daarna door de rechter algemeen verbindend wordt verklaard. De tegenstemmende schuldeisers zijn pas aan het akkoord gebonden nadat een rechterlijke toets heeft plaatsgevonden.²¹⁴ Vanaf dat moment is er sprake van een dwangakkoord.²¹⁵ De algemeen verbindend verklaring is dus niet nodig als alle stemgerechtigde klassen *unaniem* voor het akkoord hebben gestemd. Op het moment dat het akkoord dus niet unaniem is aangenomen, dan ligt het voor de hand

²⁰⁹ Tideman 2015, § 3.

²¹⁰ Mennens & Veder 2015, § 4.2.5.3.

²¹¹ Tideman 2015, § 3.

²¹² Tideman 2015, § 8.

²¹³ Tideman 2015, § 4.

²¹⁴ MvT WCO II Consultatieversie, p. 61.

²¹⁵ MvT WCO II Consultatieversie, p. 46.

dat de schuldenaar een verzoek tot algemeen verbindend verklaring in zal dienen. De vennootschap zal zoveel mogelijk schuldeisers aan het akkoord willen binden, teneinde de schuldenlast sterk te verminderen. Er kan dan niet meer gesproken worden van een buitengerechtelijk akkoord. Het gaat dan om een (dwang)akkoord buiten insolventie.

Het feit dat een concept-akkoord alleen hoeft te worden voorgelegd aan de schuldeisers van wie de rechten erdoor worden gewijzigd, zou van positieve invloed kunnen zijn op de slagingskans dat een akkoord geheel buitengerechtelijk tot stand komt alsmede op de doorlooptijd om te komen tot een akkoord. In die zin zou het om een vooruitgang kunnen gaan ten opzichte van de huidige situatie.

Op het moment dat algemeen verbindend verklaring wordt verzocht, lijkt de procedure onder de WCO II echter duurder te worden voor de schuldenaar ten opzichte van het huidige buitengerechtelijke akkoord. Het betreft hier een verzoekschriftprocedure voor de rechtbank. Normaal gesproken zijn de regels van de verzoekschriftprocedure uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing op in de Faillissementswet genoemde verzoekschriften (art. 362 lid 2 Fw). Echter, nu de wetgever uitdrukkelijk art. 282 Rv van die regeling buiten toepassing verklaart (voorgesteld art. 376 lid 3 Fw), lijkt het concept-wetsvoorstel ervan uit te gaan dat de regels van de verzoekschriftprocedure wel van toepassing zijn.²¹⁶ Op grond van art. 278 lid 3 Rv dient het verzoekschrift dan door een advocaat te worden ingediend. De werkzaamheden van deze advocaat dienen door de schuldenaar te worden betaald. Ten opzichte van de huidige formele akkoorden lijkt de procedure wel goedkoper. Naar mijn verwachting zullen de advocaatkosten voor de verzoekschriftprocedure doorgaans beperkter zijn dan het salaris van de curator voor de afwikkeling van een faillissement.²¹⁷

Verder kent het voorstel enkele ingebouwde complicaties die voor vertraging kunnen zorgen.²¹⁸ De rechtbank dient tijdens de behandeling van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord alle schuldeisers van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd in de gelegenheid te stellen om te worden gehoord (voorgesteld art. 377 lid 1 Fw). Indien de betreffende schuldeisers daarvan gebruik maken, kan dat – met name wanneer het gaat om een groot aantal schuldeisers – enige tijd in beslag nemen. De schuldenaar blijft gedurende het tijdsverloop van de procedure in het ongewisse over het al dan niet verbindend verklaren van het akkoord.²¹⁹

²¹⁶ Vriesendorp 2014, p. 23. Het gaat hier om de verzoekschriftprocedure in eerste aanleg (Boek 1, Derde titel, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

²¹⁷ Mijnheer 2015; Van Dijck 2013, p.6. Uit dit onderzoek blijkt dat aan de afwikkeling van ondernemingsgerelateerde faillissementen gemiddeld drie maal zoveel uren worden besteed als in faillissementen van natuurlijke personen (75 tegen 22 uur).

²¹⁸ Vriesendorp 2014, p. 27.

²¹⁹ Vriesendorp 2014, p. 27.

Daarnaast kan de rechtbank besluiten deskundigen te horen (voorgesteld art. 377 lid 2 Fw). Deskundigen die in deze fase van de procedure instappen, hebben te maken met een grote informatieachterstand. Het is dan ook de vraag in hoeverre een deskundige op korte termijn de door de rechter verzochte informatie kan leveren. Bovendien zijn er aan het horen van een deskundige extra kosten verbonden.²²⁰ Daarnaast is snelheid één van de vereisten om te komen tot een succesvolle financiële herstructurering.²²¹ Bovengenoemde complicaties kunnen mijns inziens een geslaagde reorganisatie dan ook in de weg staan, omdat de benodigde duidelijkheid over het al dan niet verbindend verklaren van het akkoord te lang uitblijft.

Het bovenstaande geldt ook wanneer de rechter-commissaris door partijen wordt verzocht zich uit te laten over mogelijke geschilpunten (voorgesteld art. 371 lid 1 Fw).

De Raad voor de Rechtspraak verwacht dat de afhandeling van een dwangakkoord onder de WCO II zowel de rechter-commissaris als de rechter meer tijd gaat kosten dan de afhandeling van een regulier faillissement. Deze extra werklast brengt uiteraard extra kosten met zich mee.²²² Het lijkt er dus op dat de procedure onder de WCO II voor het rechterlijk apparaat duurder zal zijn dan de huidige formele procedures.

Verbindendheid van het akkoord

In het vorige hoofdstuk is duidelijk geworden dat één van de knelpunten van de formele akkoorden is dat alleen concurrente schuldeisers kunnen worden gebonden. Nieuw is dat onder de WCO II een akkoord buiten insolventie aan bepaalde klassen van schuldeisers kan worden aangeboden (voorgesteld art. 368 lid 1 Fw) en dat *alle* schuldeisers kunnen worden gebonden.²²³ Het in de WCO II voorgestelde dwangakkoord is dan ook niet per definitie een collectief akkoord. Dit draagt bij aan de flexibiliteit van het instrument.

Deze flexibiliteit komt tot uiting door het feit dat de schuldenaar strategische keuzes kan maken, waardoor de voortgang van de vennootschap geen gevaar loopt tijdens de onderhandelingen over het akkoord buiten insolventie. De schuldenaar kan er namelijk voor kiezen bepaalde schuldeisers door te betalen en aan anderen een akkoord aan te bieden.²²⁴ In dit opzicht lijkt het de WCO II echt een

²²⁰ Vriesendorp 2014, p. 41-42.

²²¹ MvT WCO II Consultatieversie, p. 56. De wetgever stelt overigens vaker in haar Toelichting dat het voorkomen van tijdverlies een belangrijke reden is voor het invoeren van de nieuwe regeling.

²²² Advies Wet continuïteit ondernemingen II van de Raad voor de Rechtspraak d.d. 21 november 2014, gericht aan de Minister van Veiligheid en Justitie.

²²³ Mennens & Veder 2015, § 4.2.

²²⁴ Mennens & Veder 2015, § 4.2.1.

oplossing te bieden. De keerzijde van de medaille is echter misbruik en schending van het gelijkheidsbeginsel, waarover hieronder meer.

De rechten van schuldeisers kunnen niet worden gewijzigd zonder dat zij zich daarover hebben kunnen uitspreken.²²⁵ Het algemeen verbindend verklaarde akkoord werkt daarom niet jegens schuldeisers van wie de schuldenaar wist of redelijkerwijs had behoren te weten dat zijn rechten door het akkoord worden gewijzigd, maar aan wie het akkoord niet is voorgelegd of die niet in de gelegenheid is gesteld over het akkoord te stemmen (voorgesteld art. 382 onder a Fw). Deze bepaling is van belang omdat de schuldenaar in de verleiding zou kunnen komen om schuldeisers waarvan hij verwacht dat ze niet zullen instemmen met het concept-akkoord, buiten de stemming te houden.²²⁶

Het algemeen verbindend verklaarde akkoord werkt ook niet tegen schuldeisers van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, maar die niet behoorlijk zijn opgeroepen in de procedure waarin het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord is behandeld (voorgesteld art. 382 onder b Fw). Deze regel is van belang omdat de oproeping voor de terechtzitting daartoe wordt verzorgd door de schuldenaar die de algemeen verbindend verklaring van het akkoord verzoekt. De oproeping geschiedt per gewone brief (voorgesteld art. 376 lid 1 Fw). Een onvoldoende oproeping beperkt dus de reikwijdte van een aangenomen en algemeen verbindend verklaard akkoord.²²⁷

Indeling in klassen en gelijkheidsbeginsel

Een regeling van een dwangakkoord buiten faillissement die voorziet in een indeling in klassen is nieuw in Nederland (zie voorgesteld art. 369 lid 1 Fw).²²⁸ Het voorstel wijkt op dit punt wezenlijk af van de huidige wettelijke akkoorden in faillissement en surseance van betaling. Deze zijn in beginsel beperkt tot de concurrente crediteuren.

In het wetsvoorstel is geen limitatief opgesomde klassenindeling opgenomen, teneinde de regeling zo flexibel mogelijk te houden zodat deze kan worden toegesneden op de omstandigheden van het geval.²²⁹ De klassenindeling vormt een kernelement van het dwangakkoord buiten insolventie.

Het is echter de vraag in hoeverre de gelijkheid van schuldeisers in het wetsvoorstel WCO II nog tot zijn recht komt. Het concept-wetsvoorstel stelt dat schuldeisers met vorderingen die redelijkerwijs als gelijkaardig moeten worden aangemerkt, in dezelfde klasse worden ondergebracht (art. 369 lid 2 Fw). Volgens de Memorie van Toelichting kan een groep schuldeisers als gelijkaardig worden beschouwd

²²⁵ MvT WCO II Consultatieversie, p. 78.

²²⁶ MvT WCO II Consultatieversie, p. 78.

²²⁷ Vriesendorp 2014, p. 19.

²²⁸ MvT WCO II Consultatieversie, p. 52.

²²⁹ MvT WCO II Consultatieversie, p. 52.

indien hun vorderingen zodanig met elkaar overeenkomen dat redelijkerwijs van hen verwacht mag worden dat zij tot een gezamenlijk standpunt kunnen komen.²³⁰ Het is in beginsel echter de schuldenaar die bepaalt wie door het akkoord getroffen gaan worden en dus wie in de procedure betrokken moeten worden en dus stemgerechtigd zijn (voorgesteld art. 368 lid 1 Fw).²³¹ De klassenindeling is in deze fase dus overgelaten aan het beoordelingsvermogen van de schuldenaar, waardoor mijn inziens de gelijkheid van schuldeisers niet is gewaarborgd. Daarnaast kan de schuldenaar door de wijze waarop hij de schuldeisers in klassen indeelt, de stemuitslag beïnvloeden.²³² Onder druk van de financiële problemen kan de schuldenaar ontvankelijk worden voor het plegen van frauduleuze handelingen.²³³ Het ligt dan ook in de lijn der verwachting dat deze omstandigheden in de praktijk aanleiding zullen zijn voor geschillen. De wetgever vindt het echter niet verstandig dat met het oplossen van geschillen over de klassenindeling, de waardering van vorderingen of de stemming, gewacht moet worden tot de tweede fase van de WCO II. Wachten met het oplossen van deze geschillen zou de totstandkoming van een akkoord kunnen belemmeren.²³⁴ In beginsel komt in de WCO II de rechter pas in beeld als hij wordt verzocht om algemeen verbindend verklaring van het akkoord. Eventuele geschillen over de klassenindeling, de waardering van vorderingen of de stemming, kunnen daarom in deze eerste fase al worden voorgelegd aan de rechter-commissaris (voorgesteld art. 371 Fw).

Misbruik in de eerste fase van de WCO II

Uit het voorgaande blijkt dat de eerste fase van de WCO II gevoelig is voor misbruik door de schuldenaar. De WCO II bevat echter onvoldoende voorzieningen om eventuele frauduleuze handelingen die zich tijdens de totstandkoming van het akkoord buiten insolventie hebben voorgedaan, op te sporen.²³⁵ Het is daardoor niet eenvoudig om te bepalen of misbruik heeft plaatsgevonden.

Eén van de gevolgen is dat een schuldeiser tegen zijn wil partij kan worden bij het akkoord, zonder dat enige vorm van toezicht heeft plaatsgevonden. Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer een concept-akkoord door de wettelijk benodigde meerderheid wordt aangenomen (voorgesteld art. 372 lid 3 Fw),

²³⁰ MvT WCO II Consultatieversie, p. 54.

²³¹ Vriesendorp 2014, p. 10.

²³² Mennens & Veder 2015, § 4.2.4.

²³³ Vriesendorp 2014, p. 37.

²³⁴ MvT WCO II Consultatieversie, p. 60.

²³⁵ Tideman 2015, § 4.

doch deze meerderheid door manipulatie van de schuldenaar tot stand is gekomen.²³⁶ Zelfs al zou de schuldeiser een vermoeden hebben van deze fraude, dan biedt volgens Tideman het voorgestelde art. 371 Fw, dat regelt dat geschillen over waardering, klassenindeling en stemming kunnen worden voorgelegd aan de rechter-commissaris, nog geen uitkomst.²³⁷ Hij stelt dat het doen van onderzoek naar de (rechts)handelingen die voorafgaand aan de totstandkoming van het akkoord door de schuldenaar zijn verricht, *niet* behoort tot de taken en bevoegdheden van de rechter-commissaris en evenmin tot die van de rechtbank.²³⁸

Door de fundamentele angst van schuldeisers om ongelijk behandeld te worden alsmede het gebrek aan toezicht in de fase voorafgaand aan het akkoord, zal het niet eenvoudig zijn om schuldeisers ertoe te bewegen mee te werken aan het oplossen van de financiële moeilijkheden van de schuldenaar.²³⁹ De schuldenaar dient daarom transparant te zijn in zijn handelen.²⁴⁰ Daar waar transparantie bij de totstandkoming van het huidige buitengerechtelijke akkoord al van belang is, is transparantie onder het regime van de WCO II van nog wezenlijker belang. Ook eerder is al aangetoond dat transparantie, vertrouwen en openheid van zaken sleutelbegrippen zijn ten aanzien van de totstandkoming van crediteurenakkoorden.²⁴¹ Het gebrek aan toezicht, transparantie en de misbruikgevoeligheid van de regeling kunnen een informele reorganisatie bemoeilijken dan wel laten mislukken. Zeker nu er nog geen duidelijkheid bestaat over de vraag of een akkoord kan worden vernietigd op grond van wilsgebreken.²⁴² Anderzijds geldt dat, wanneer dit wel mogelijk zou zijn, dit ten koste zou gaan van de *deal certainty*. Juist deze toekomstgerelateerde zekerheid is van groot belang bij een financiële reorganisatie.²⁴³

Hold-out strategie van de schuldeisers

Onder het huidige recht kan één enkele schuldeiser de totstandkoming van een akkoord, en daarmee een informele reorganisatie, frustreren.²⁴⁴ Het concept-wetsvoorstel WCO II voorziet in de mogelijkheid dat een informeel akkoord dwingend kan worden opgelegd aan individuele schuldeisers.²⁴⁵ Het wetsvoorstel WCO II lijkt daarmee een oplossing te bieden voor onderhavig

²³⁶ Tideman 2015, § 4.

²³⁷ Tideman 2015, § 4.

²³⁸ Tideman 2015, § 4.

²³⁹ Vriesendorp 2013, p. 48.

²⁴⁰ Vriesendorp 2013, p. 49.

²⁴¹ Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 17.

²⁴² Mennens & Veder 2015, § 4.2.5.3.

²⁴³ Mennens & Veder 2015, § 4.2.5.3.

²⁴⁴ MvT WCO II Consultatieversie, p. 3.

²⁴⁵ MvT WCO II Consultatieversie, p. 10-11.

knelpunt. De schuldenaar dient zich echter goed te realiseren dat de algemeen verbindend verklaring niet werkt jegens schuldeisers van wie de schuldenaar wist of redelijkerwijs had behoren te weten dat zijn rechten door het akkoord worden gewijzigd, maar aan wie het akkoord niet is voorgelegd of die niet in de gelegenheid is gesteld over het akkoord te stemmen (voorgesteld art. 382 onder a Fw). Daarnaast werkt de algemeen verbindend verklaring niet tegen schuldeisers van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, maar die niet behoorlijk zijn opgeroepen in de procedure waarin het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord is behandeld (voorgesteld art. 382 onder b Fw). Teneinde de hold-out strategie te kunnen pareren, dient de schuldenaar ten minste acht dagen voor de stemming het concept-akkoord voor te leggen aan de betreffende schuldeiser dan wel hem te berichten hoe hij kennis kan nemen van het akkoord (voorgesteld art. 370 lid 1 Fw). Daarnaast dient hij ook zelf de oproeping voor de terechtzitting van de algemeen verbindend verklaring van het akkoord te verzorgen (voorgesteld art. 376 lid 1 Fw).

Nuisance value

De totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord is meestal niet eenvoudig.²⁴⁶ Alleen al de kans op een mogelijk geschil, beïnvloedt het verloop van de onderhandelingen over een buitengerechtelijk akkoord en de totstandkoming daarvan.²⁴⁷ De voorgestelde regeling maakt het mogelijk een onwillige schuldeiser onder bepaalde omstandigheden tot medewerking te 'dwingen', waardoor zijn *nuisance value* wordt beperkt. Het concept-wetsvoorstel WCO II lijkt dus een oplossing te bieden voor schuldeisers die hun '*nuisance value*' te gelde willen maken.

Incasso- en executiemaatregelen en de faillissementsaanvraag als incassomiddel

De in de WCO II voorgestelde procedure om te komen tot een dwangakkoord buiten insolventie (de tweede fase) komt pas in beeld als er al onderhandelingen hebben plaatsgevonden. Dit betekent dat het schuldeisers – evenals onder het huidige recht – in de eerste fase vrij blijft staan om incasso- en executiemaatregelen in te zetten, teneinde de druk op de schuldenaar zo hoog op te voeren dat hij alsnog aan hen betaalt. In die zin biedt het wetsvoorstel WCO II geen verandering ten opzichte van de huidige situatie.²⁴⁸ De pogingen van de schuldenaar om te komen tot een financiële sanering kunnen

²⁴⁶ Vriesendorp 2014, p. 16.

²⁴⁷ Vriesendorp 2014, p. 17.

²⁴⁸ MvT WCO II Consultatieversie, p. 27.

dus nog steeds ernstig worden verstoord door dergelijke incasso- en executiemaatregelen, waardoor de kans op totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord snel afneemt.²⁴⁹

En last but not least: de ‘dwang’

De voorgestelde regeling lijkt meer mogelijkheden te bieden om schuldeisers te dwingen akkoord te gaan met het akkoord buiten insolventie. Een akkoord komt tot stand als alle stemgerechtigde klassen met een meerderheid daarmee hebben ingestemd én het akkoord daarna door de rechter algemeen verbindend wordt verklaard. Het akkoord buiten insolventie kan daardoor ook gezien worden als een door de rechter opgelegde meerpartijenovereenkomst.²⁵⁰ Het is echter de vraag of met een dwangakkoord buiten insolventie, waarmee de eerder in contractuele vrijheid gemaakte juridische aanspraken onder dwang worden herschikt, de rechten van schuldeisers die hebben tegengestemd wel voldoende worden gewaarborgd.²⁵¹ Vanuit de rechtszekerheid bezien, zouden dergelijke inbreuken op de contractsvrijheid in feite niet mogen bestaan, aldus Adriaanse, Van der Rest en Verdoes.²⁵² De regeling heeft tot doel het voorkomen van onnodige faillissementen. De wetgever lijkt er daarbij vanuit te gaan dat tegenstemmende schuldeisers zich vaak op onredelijke gronden verzetten en niet vrijwillig hun rechten zullen opgeven. Door middel van dwang probeert de wetgever deze impasse te doorbreken.²⁵³ Nederland sluit hiermee aan bij Europese ontwikkelingen waarbij de achterliggende gedachte is het stimuleren van een *rescue culture* waarin de herstructurering en reorganisatie van ondernemingen centraal staan.²⁵⁴ Het is dan ook de vraag of het versterken van het reorganiserend vermogen van vennootschappen niet ten koste gaat van een of meer (klassen van) schuldeisers.²⁵⁵

In eerder onderzoek wordt ‘dwang’ nadrukkelijk niet als succesfactor genoemd bij een informele reorganisatie.²⁵⁶ Er wordt geconcludeerd dat bevordering van onder andere ‘mediation’ waarschijnlijk betere resultaten biedt bij een door de schuldenaar gewenste financiële herstructurering dan formele reorganisatieprocedures in combinatie met dwangmiddelen.²⁵⁷

²⁴⁹ Vriesendorp 2013, p. 49; MvT WCO II Consultatieversie, p. 27.

²⁵⁰ Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 1.

²⁵¹ Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 1.

²⁵² Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 2.

²⁵³ Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 2.

²⁵⁴ Mennens & Veder 2015, § 3.1; zie ook Veder 2012.

²⁵⁵ Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 2.

²⁵⁶ Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 5; Adriaanse e.a. 2004, p. 12.

²⁵⁷ Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 5; Adriaanse e.a. 2004, p. 53.

Het is dan ook de vraag of het reorganiserend vermogen van vennootschappen in financiële moeilijkheden zal toenemen indien het voorgestelde dwangakkoord buiten faillissement wordt ingevoerd.²⁵⁸ Het wordt onder de WCO II ten opzichte van het huidige recht eenvoudiger om tot een buitengerechtelijk akkoord te komen (een gekwalificeerde meerderheid kan besluiten tot het aannemen van het akkoord). Het is echter de vraag welke gevolgen een dwangdeelname heeft voor de toekomst van de vennootschap. Tegenstemmende schuldeisers zullen door deze dwangdeelname wellicht gefrustreerd zijn. Er is geen sprake van een bevredigende oplossing voor de betreffende schuldeisers of van een gezamenlijk gedragen oplossing. De tot deelname aan het akkoord gedwongen schuldeisers kunnen daardoor een toekomstige samenwerking blokkeren, welke samenwerking voor de continuering van de vennootschap juist van groot belang kan zijn. De informele reorganisatie kan daardoor alsnog mislukken. De regeling zou dan een tegengestelde uitwerking kunnen hebben ten opzichte van het beoogde doel van de WCO II.²⁵⁹

Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat het erop lijkt dat de WCO II voor twee situaties een oplossing biedt. Dit geldt voor de situatie waarin het akkoord is aangenomen, maar een enkele tegenstemmer zich niet aan het akkoord wenst te houden. De andere situatie is dat het akkoord niet is aangenomen, omdat niet alle klassen voor het akkoord hebben gestemd. In beide gevallen kan de aanbieder van het akkoord de rechtbank verzoeken het akkoord algemeen verbindend te verklaren, om het zo tot een 'dwangakkoord' te maken.

Daarnaast is duidelijk geworden dat het concept-wetsvoorstel WCO II de overige knelpunten van de huidige formele akkoorden alsmede van het buitengerechtelijk akkoord zoals omschreven in het vorige hoofdstuk, nauwelijks oplost en dat er zelfs nieuwe knelpunten ontstaan. Het concept-voorstel bevat complicaties die voor vertraging en extra kosten zorgen. Ook is de regeling zeer misbruikgevoelig met als gevolg dat schuldeisers kunnen worden benadeeld. De regeling mist de nodige waarborgen door het ontbreken van onafhankelijk toezicht op het proces van totstandkoming van het akkoord.

Opmerkelijk is dat de WCO II pas in beeld komt als er al onderhandelingen hebben plaatsgevonden en er een akkoord is aangeboden. De totstandkoming van een informeel akkoord mislukt namelijk vaak al eerder door miscommunicatie, gebrek aan erkenning, tijdgebrek en onzekerheid door te weinig grip op de gang van zaken.²⁶⁰ Als eventuele oplossing wordt aangedragen dat een mediator wordt ingezet

²⁵⁸ Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 17.

²⁵⁹ Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 18.

²⁶⁰ Adriaanse e.a., 2004, p. 14.

in het reorganisatieproces.²⁶¹ In het concept-wetsvoorstel is echter geen passage opgenomen over een eventuele benoeming van een bemiddelaar of een toezichthouder om de onderhandelingen over een akkoord te vergemakkelijken.

Daarnaast is het maar de vraag of het reorganiserend vermogen van bedrijven in nood zomaar zal toenemen wanneer het voorgestelde dwangakkoord buiten faillissement wordt ingevoerd. Omdat geen sprake is van een bevredigende oplossing voor de schuldeisers die hebben tegen het akkoord hebben gestemd, kunnen de betreffende schuldeisers een toekomstige samenwerking met de vennootschap blokkeren, welke samenwerking voor de continuering van de vennootschap juist van groot belang kan zijn. De informele reorganisatie kan daardoor alsnog mislukken. De WCO II zou dan een tegengestelde uitwerking kunnen hebben ten opzichte van het beoogde doel. Wellicht biedt de toepassing van mediation uitkomst.

In het volgende hoofdstuk staat mediation centraal. Onderzocht wordt of mediation een bijdrage kan leveren aan het oplossen van de knelpunten bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk crediteurenakkoord dan wel het akkoord buiten insolventie en of mediation voorafgaand aan een gerechtelijke procedure verplicht kan worden gesteld.

²⁶¹ Adriaanse e.a., 2004, p. 12.

Hoofdstuk 4 – Mediation

Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of mediation voorafgaand aan een gerechtelijke procedure verplicht kan worden gesteld en of mediation een bijdrage kan leveren aan het oplossen van de knelpunten bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk crediteurenakkoord dan wel het akkoord buiten insolventie. Eerst wordt beschreven wat mediation is en wanneer mediation toepasbaar is. Daarna ga ik in op de onlangs ter consultatie aangeboden concept-Wet bevordering mediation. Vervolgens komt aan de orde de toepassing van mediation bij (dreigende) insolventie en wordt nader ingegaan op de in de voorgaande hoofdstukken genoemde knelpunten en de rol die mediation daarbij zou kunnen spelen. Ten slotte wordt ingegaan op de vraag of mediation verplicht kan worden gesteld voorafgaand aan een gerechtelijke procedure.

Mediation

Wat is mediation?

Er bestaan verschillende manieren om tot de oplossing van een geschil te komen. De meest bekende vorm is waarschijnlijk de gerechtelijke procedure.²⁶² Er bestaan echter ook buitengerechtelijke methoden om tot de oplossing van een geschil te komen: arbitrage, bindend advies en mediation. De methoden arbitrage en bindend advies hebben al een wettelijke basis; mediation heeft dat nog niet.²⁶³ Mediation onderscheidt zich van arbitrage en bindend advies in die zin dat bij mediation een geschil wordt opgelost door partijen zelf met behulp van een onafhankelijke derde.²⁶⁴ Bij arbitrage en bindend advies wordt een beslissing genomen door de onafhankelijke derde.²⁶⁵ De beslissing is bij arbitrage en bindend advies door partijen dus uit handen gegeven, terwijl partijen bij mediation zelf beslissen of ze akkoord gaan met de uitkomst.²⁶⁶

In deze scriptie hanteer ik de door Brenninkmeijer geformuleerde definitie van mediation:

*Mediation is een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de communicatie en onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen.*²⁶⁷

²⁶² Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept consultatie 2016, p. 4.

²⁶³ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept consultatie 2016, p. 4.

²⁶⁴ Van der Veld 2012, p. 142.

²⁶⁵ Van der Veld 2012, p. 142; Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept consultatie 2016, p. 4.

²⁶⁶ Van der Veld 2012, p. 142; Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 40-43.

²⁶⁷ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 31.

De zinsnede ‘vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen’ verwoordt de essentie van mediation en geeft daarmee ook duidelijk het verschil weer met arbitrage en bindend advies.²⁶⁸

De mediator zal tijdens het mediationtraject dus op zoek moeten naar de achterliggende belangen van partijen.²⁶⁹ In zakelijke geschillen zou dat achterliggende belang het in stand houden van de goede relatie tussen beide partijen kunnen zijn.²⁷⁰ Dit overleg vindt meestal plaats in de vorm van onderhandelingen.²⁷¹ Het kenmerk van onderhandelen is dat partijen gezamenlijk tot een oplossing proberen te komen.²⁷² Op deze manier kunnen de onderhandelingen dan plaatsvinden op basis van werkelijke belangen en niet op basis van juridische standpunten.²⁷³ De mediator staat tijdens de onderhandelingen tussen de partijen.²⁷⁴ De mediator heeft hier de rol van procesbegeleider en procesbewaker.²⁷⁵

Mediation is een combinatie van twee disciplines, namelijk de sociaalpsychologische en de juridische.²⁷⁶ De mediator maakt gebruik van sociaal psychologische kennis in een gejuridiseerde omgeving.²⁷⁷ De mediator probeert het geschil te dejuridiseren, waarna toegewerkt kan worden naar een meer bevredigende en duurzamere oplossing van het geschil.²⁷⁸ Een gevolg van een succesvolle mediation is dat de druk op de rechtspraak daardoor afneemt.²⁷⁹

Eigenschappen van mediation

Bij mediation draait het om een aantal specifieke kernwaarden. Deze zijn het zelfbeschikkingsrecht, vrijwilligheid en vertrouwelijkheid.²⁸⁰

²⁶⁸ Van der Veld 2012, p. 141.

²⁶⁹ Van der Veld 2012, p. 141.

²⁷⁰ Van der Veld 2012, p. 141.

²⁷¹ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 32.

²⁷² Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 32.

²⁷³ Combrink-Kuiters e.a. 2003, p. 12.

²⁷⁴ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 33.

²⁷⁵ La Poutré & Boelrijk 2010, p. 15.

²⁷⁶ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 25.

²⁷⁷ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 25.

²⁷⁸ Combrink-Kuiters e.a. 2003, p. 12; Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept consultatie 2016, p. 5.

²⁷⁹ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept consultatie 2016, p. 5.

²⁸⁰ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 44.

Het zelfbeschikkingsrecht houdt in dat partijen zelf beslissen vanuit hun zelfstandigheid over de uitkomst van hun conflict.²⁸¹ De partijen zijn dus zelf de besluitvormers. De mediator dient dit zelfbeschikkingsrecht te stimuleren en te steunen.²⁸²

Daarnaast is vrijwilligheid een zeer belangrijk en onderscheidend kenmerk van mediation.²⁸³ Onder vrijwilligheid wordt verstaan dat partijen zelf de keuze hebben om deel te nemen aan een mediation-traject. In het verlengde hiervan ligt dat partijen dus ook vrij zijn om hun deelname aan het mediation-traject op elk gewenst moment kunnen beëindigen indien het *commitment* ontbreekt.²⁸⁴ Het staat de mediator echter vrij om partijen die twijfelen over hun deelname aan een mediation, te wijzen op alternatieven (bijvoorbeeld procederen), in een poging hen toch in de mediation te betrekken of te behouden.²⁸⁵

En ten slotte de bij de mediation overeengekomen vertrouwelijkheid.²⁸⁶ Het is belangrijk dat partijen zich niet belemmerd voelen, zodat datgene waar het werkelijk om gaat ook besproken kan worden. Partijen dienen zich vrij te voelen om over verschillende mogelijke oplossingen na te denken, zonder dat daar – indien de mediation mislukt – een beroep op kan worden gedaan. Het uitgangspunt is dus dat alles wat wordt besproken en afgesproken, binnenskamers blijft.²⁸⁷

De toepasbaarheid van mediation

Mediation is in principe toepasbaar op alle soorten geschillen.²⁸⁸ Het gaat dus niet om het soort zaak.²⁸⁹ In de praktijk is evenwel duidelijk geworden dat er goede resultaten worden gerealiseerd op specifieke inhoudelijke gebieden. Hierbij valt te denken aan persoonlijke en familieverhoudingen, arbeidsverhoudingen, zakelijke relaties en geschillen met de overheid.²⁹⁰ Brenninkmeijer verwacht dat hier in de toekomst nog meer gebieden aan zullen worden toegevoegd.²⁹¹

²⁸¹ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 44.

²⁸² Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 44.

²⁸³ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 314.

²⁸⁴ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 315; HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75. De Hoge Raad heeft in dit arrest het volgende overwogen: “Gelet op de aard van het middel van mediation staat het beide partijen te allen tijde vrij hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen.”

²⁸⁵ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 44.

²⁸⁶ Pel 2003, p. 29.

²⁸⁷ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 44.

²⁸⁸ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 46.

²⁸⁹ Pel 2003, p. 24.

²⁹⁰ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 46.

²⁹¹ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 46.

Uit onderzoek is gebleken dat er twee elementen zijn die van invloed zijn bij het bepalen of een zaak geschikt is voor mediation.²⁹² Het ene element is dat partijen bereid dienen te zijn om met elkaar in gesprek te gaan om te bespreken wat hen verdeeld houdt.²⁹³ Het andere element is dat partijen voldoende mogelijkheden dienen te hebben om elkaar iets te bieden.²⁹⁴ De onderhandelingsbereidheid van partijen dient gezien te worden als de belangrijkste succesindicator. Mislukkingsindicatoren zijn een te hoge escalatiegraad van het conflict en gebrek aan onderhandelingsruimte.²⁹⁵

De ontwikkeling van mediation in Nederland

Voorgeschiedenis

In Nederland is sinds de jaren '90 van de vorige eeuw het gebruik van mediation in opkomst.²⁹⁶ Er zijn sinds die tijd ook door diverse kabinetten initiatieven ontplooid om mediation als methode van geschiloplossing te stimuleren. Het overheidsbeleid was daarbij steeds gericht op het stimuleren van het gebruik van mediation, 'gelet op de goede resultaten die daarmee bereikt kunnen worden'.²⁹⁷

Een paar van de belangrijkste doelstellingen om mediation te bevorderen, zijn het bijdragen aan dejuridisering van geschillen, het op kwalitatieve en effectieve wijze afdoen van geschillen alsmede het verminderen van de druk op de rechtspraak.²⁹⁸ Langzamerhand ontstond het inzicht dat de traditionele juridische aanpak van geschillen onbevredigend is.²⁹⁹ Vaak blijkt namelijk dat het juridische geschil niet hetzelfde is als het onderliggende conflict.³⁰⁰ Een gerechtelijke procedure leidt daardoor uiteindelijk niet tot de *beste* oplossing voor partijen.³⁰¹

Verder is er sprake van een maatschappelijke verandering. Het is niet meer van deze tijd om de uitkomst van een geschil volledig in handen van de rechter te leggen.³⁰² Er wordt steeds vaker een beroep gedaan op partijen om ook zelf verantwoordelijkheid te nemen voor de oplossing van het

²⁹² Pel 2003, p. 24.

²⁹³ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 46.

²⁹⁴ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 46.

²⁹⁵ Pel 2003, p. 24.

²⁹⁶ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 25.

²⁹⁷ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept consultatie 2016, p. 9.

²⁹⁸ Kamerstukken II 1999/00, 26 352, 19, p. 3.

²⁹⁹ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 25.

³⁰⁰ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 25.

³⁰¹ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept consultatie 2016, p. 4.

³⁰² Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 25.

geschil.³⁰³ De overheid ziet het dan ook als haar taak om een stelsel van geschiloplossing te creëren dat het stimuleren van de eigen verantwoordelijkheid voor het oplossen van geschillen faciliteert.³⁰⁴ Sinds 2008 is de wetgever naar aanleiding van de Europese Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken³⁰⁵ concreet bezig met het ontwikkelen van wetgeving. In november 2012 is een wet aangenomen waarmee deze Europese mediationrichtlijn is geïmplementeerd.³⁰⁶ Het nadeel van deze wet is de beperkte reikwijdte. De wet betreft alleen grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen.³⁰⁷

Verder hebben in de tussentijd diverse stimuleringsmaatregelen, pilots en onderzoeken plaatsgevonden, waaruit blijkt dat er steeds vaker naar mediation wordt verwezen.³⁰⁸ Uit deze onderzoeken blijkt tevens dat er nog een enorm groeipotentieel zit in het gebruik van mediation als methode van geschiloplossing.³⁰⁹

Tijdens het implementatietraject van de Europese mediationrichtlijn heeft het toenmalige Tweede Kamerlid Van der Steur aangekondigd met initiatiefwetgeving te komen 'ter verankering van mediation als volwaardig alternatief voor de traditionele rechtspraak'.³¹⁰ Deze initiatiefwetsvoorstellen zijn er gekomen, doch op 10 juni 2015 ingetrokken.³¹¹ Bij brief van 13 juli 2015 heeft de Minister van Veiligheid en Justitie nieuwe wetgeving aangekondigd ter vervanging van de eerder ingetrokken initiatiefwetsvoorstellen.³¹² Sinds 17 juli 2016 is het Ontwerp-wetsvoorstel Wet bevordering mediation ter consultatie aangeboden.³¹³

³⁰³ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept consultatie, p. 4.

³⁰⁴ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept consultatie, p. 4.

³⁰⁵ Richtlijn nr. 2008/52/EG van de Europese Raad en de Raad van de Europese Unie van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (PbEU L 136).

³⁰⁶ Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

³⁰⁷ Van Beukering-Rosmuller & Van Schelven 2013, p. 11.

³⁰⁸ Kamerstukken II 2003/04, 29 528, 1; Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept consultatie, p. 6.

³⁰⁹ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept consultatie, p. 7.

³¹⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 122, 1 en 2.

³¹¹ Kamerstukken II 2014/15, 33 722, 23; Kamerstukken II 2014/15, 33 723, 14 en Kamerstukken II 2014/15, 33 727, 12.

³¹² Kamerstukken II 2014/15, 33 722, 24.

³¹³ Via: <https://www.internetconsultatie.nl/wetmediation> (laatstelijk 25-8-2016 bekeken).

Wet bevordering mediation (concept consultatie 2016)

De wetgever beoogt met de Wet bevordering mediation³¹⁴ geschiloplossing door middel van mediation in het algemeen te stimuleren.³¹⁵ Meer specifiek richt het voorstel zich zowel op het burgerlijk recht als op het bestuursrecht.³¹⁶

De wetgever wil met deze regeling – zonder het gebruik ervan te bemoeilijken – de kwaliteit van het instrument mediation waarborgen.³¹⁷ Het wetsvoorstel regelt daartoe de invoering van een register voor mediators. Om voor inschrijving in het register in aanmerking te komen, dient een mediator te voldoen aan wettelijk vastgelegde eisen. Een register alleen is echter niet voldoende om de kwaliteit en integriteit te garanderen. Dit wetsvoorstel voorziet daarom ook in een vorm van tuchtrechtspraak.³¹⁸

Het wetsvoorstel bepaalt nadrukkelijk dat de rechter – ongeacht de stand van de procedure – partijen naar mediation kan verwijzen (voorgesteld art. 30). Partijen worden echter niet verplicht tot het doorlopen van een mediation-traject.³¹⁹ De consequentie van dit standpunt is, dat wanneer partijen geen gebruik willen maken van dit instrument, de rechter daar geen consequenties aan mag verbinden.³²⁰ Het ontwerp-wetsvoorstel sluit daarmee aan bij het Nederlandse mediationbeleid, dat uitgaat van het behoud van maximale vrijheid voor de toepassing van mediation.³²¹ In zijn Toelichting benadrukt de wetgever het belang van ‘vertrouwen’ in de kwaliteit en integriteit van mediators.³²² De wetgever verwacht dat daardoor de kans op een ‘spontane’ naleving van de tijdens het mediation-traject gemaakte afspraken zal toenemen.³²³

Enkele specifieke onderdelen van het ontwerp-wetsvoorstel

Het register

Het ontwerp-wetsvoorstel gaat uit van een register voor beëdigd mediators, waarin op verzoek wordt ingeschreven degene die voldoet aan de bij of krachtens de wet gestelde eisen (voorgesteld art. 2 lid

³¹⁴ Concept-consultatie d.d. 13 juli t/m 30 september 2016: Wet houdende regels ter bevordering van de kwaliteit van mediators en het gebruik van mediation als alternatieve vorm van geschiloplossing (Wet bevordering mediation).

³¹⁵ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept-consultatie 2016, p. 1.

³¹⁶ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept-consultatie 2016, p. 1.

³¹⁷ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept-consultatie 2016, p. 1.

³¹⁸ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept-consultatie 2016, p. 1.

³¹⁹ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept-consultatie 2016, p. 2.

³²⁰ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept-consultatie 2016, p. 7.

³²¹ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept-consultatie 2016, p. 2.

³²² Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept-consultatie 2016, p. 8.

³²³ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept-consultatie 2016, p. 8.

1). Om in aanmerking te komen voor inschrijving in het register dient de mediator aan bepaalde opleidingseisen te voldoen (voorgesteld art. 3). Een in het register opgenomen mediator is verplicht een eed of belofte af te leggen (voorgesteld artt. 14 en 15). Degenen die als mediator in het register zijn ingeschreven, zijn gerechtigd tot het voeren van de wettelijk beschermde titel van beëdigd mediator (voorgesteld artt. 17 en 18). Verder is de beëdigd mediator verplicht tot geheimhouding van de informatie waarvan hij bij de uitoefening van zijn werkzaamheden kennis neemt, behoudens indien en voor zover enig wettelijk voorschrift hem tot mededeling verplicht (voorgesteld art. 19 lid 1). De wetgever kiest hier voor een beschermde titel, zodat degenen die gebruik maken van een beëdigd mediator kunnen vertrouwen op de integriteit van de mediator en een grotere zekerheid hebben dat de mediator geschikt is hen te begeleiden in een mediation-traject.³²⁴

Bevordering van de toepassing van mediation in het burgerlijk recht

Teneinde het instrument mediation in de wet te verankeren, dienen enkele wetswijzigingen in het Burgerlijk Wetboek (BW) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) te worden doorgevoerd (voorgesteld artt. 28, 29, 30 en 31). Een van de wijzigingen houdt in dat na artikel 468 van Boek 7 van het BW een nieuwe afdeling wordt ingevoegd die gaat over de mediationovereenkomst (voorgesteld art. 29). Deze nieuwe afdeling regelt de totstandkoming van de mediationovereenkomst, de vertrouwelijkheid van het traject en de wijze waarop een (eventuele) vaststellingsovereenkomst tot stand komt.³²⁵

Juridische aspecten van mediation naar huidig recht

Mediation is een alternatieve vorm van geschilbeslechting en daarmee een instrument om moeilijkheden op te lossen.³²⁶ Het hoeft daarbij niet specifiek om rechtsvragen te gaan.³²⁷ Aan het mediationproces zelf, kleven echter wel juridische aspecten. In een mediation worden de (juridische) verhoudingen tussen de betrokkenen ingekleurd door de afspraken die zij met elkaar maken.³²⁸ Het juridisch kader daarvan is het verbintenissenrecht (Boek 6 BW).

³²⁴ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept-consultatie 2016, p. 13.

³²⁵ Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept-consultatie 2016, p. 15.

³²⁶ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 311.

³²⁷ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 311.

³²⁸ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 311.

De mediationovereenkomst

Voorafgaand aan een mediation-traject wordt in beginsel een mediationovereenkomst gesloten.³²⁹ De mediationovereenkomst wordt aangegaan door alle betrokken partijen en de mediator. De mediator is daarbij opdrachtnemer in de zin van art. 7:400 e.v. BW.³³⁰ Het gaat bij een opdracht om een overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten, die uit iets anders bestaan dan het tot stand brengen van werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken (art. 7:400 BW). Het gaat dus om de uitvoering van werkzaamheden buiten dienstbetrekking.³³¹ De wet stelt geen specifieke eisen aan de totstandkoming van een overeenkomst van opdracht.³³² Als gevolg van de totstandkoming van de mediationovereenkomst, rust er op de mediator een inspanningsverplichting.³³³ Hij dient zich in te spannen om het mediationproces tot een goed einde te brengen.³³⁴

Rechtsgevolgen

Indien sprake is van een succesvolle mediation, dan is het belangrijk dat de gemaakte afspraken schriftelijk worden vastgelegd.³³⁵ Dit doen partijen veelal in een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 e.v. BW).³³⁶ Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen zich, ter beëindiging of ter voorkoming van een onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan. De vaststellingsovereenkomst geldt ook voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken (art. 7:900 lid 1 BW). In de vaststellingsovereenkomst wordt dus de bestaande rechtsverhouding tussen partijen gewijzigd. Er is echter pas sprake van een vaststellingsovereenkomst indien aan de wettelijke vereisten is voldaan.³³⁷ Is sprake van een vaststellingsovereenkomst in de zin van de wet, dan is slechts in zeer bijzondere omstandigheden een beroep op dwaling mogelijk (art. 7:902 e.v. BW).

³²⁹ Santing-Wubs 2012, p. 18.

³³⁰ De mediator treedt op als vrije beroepsbeoefenaar. Van der Werf & Venhuizen 2002, p. 57; Labohm 2002, p. 33.

³³¹ Santing-Wubs 2012, p. 18.

³³² Santing-Wubs 2012, p. 18.

³³³ Santing-Wubs 2012, p. 19.

³³⁴ Santing-Wubs 2012, p. 19.

³³⁵ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 317.

³³⁶ Santing-Wubs 2012, p. 53.

³³⁷ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 319.

Eerder is al aangegeven dat een buitengerechtelijk akkoord een meerpartijenovereenkomst is, die volgens Vriesendorp tevens gezien kan worden als een vaststellingsovereenkomst.³³⁸ Zo geredeneerd, zou de middels mediation tot stand gekomen ‘vaststellingsovereenkomst’ waarin een buitengerechtelijk akkoord is opgenomen, ook gezien kunnen worden als een overeenkomst waarop de wettelijke bepalingen betreffende overeenkomsten niet van toepassing zijn, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van het akkoord zich daartegen verzet (art. 6:213 lid 2 BW). In dat geval kunnen schuldeisers in situaties die daartoe aanleiding geven, bijv. in geval van schending van het gelijkheidsbeginsel, alsnog hun instemming met het akkoord laten herroepen of vernietiging verzoeken wegens dwaling of bedrog (art. 6:160 jo. 6:228, 3:44 BW).

Een door middel van mediation tot stand gekomen akkoord mist in ieder geval ook – evenals onder het huidige recht – de dwingendrechtelijke procedurele en materiële waarborgen zoals opgenomen in de Faillissementswet.³³⁹ Partijen kunnen vrij de inhoud van het akkoord bepalen, zolang er geen strijdigheid is met de wet, de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 BW).³⁴⁰

Zowel de meerpartijenovereenkomst als de vaststellingsovereenkomst levert voor partijen geen executoriale titel op.³⁴¹

Mediation en (dreigende) insolventie

Mediation wordt vaak toegepast in situaties waar emoties een oplossing van het geschil in de weg staan of in zaken waarin partijen hun relatie willen behouden in verband met toekomstige samenwerking.³⁴² Ligt mediation bij (dreigende) insolventieprocedures dan wel voor de hand? Bij geschillen binnen faillissement is het behoud van de relatie vaak geen reden om mediation in te zetten.³⁴³ Binnen faillissement kan mediation bijvoorbeeld worden ingezet bij geschillen waarover anders wordt geprocedeerd. Het doel is dan te komen tot snellere en meer bevredigende oplossingen. Hierdoor kunnen kosten worden bespaard, waardoor er uiteindelijk meer geld overblijft voor de crediteuren.³⁴⁴ In 2012 is de rechtbank Amsterdam een pilot mediation in faillissementen gestart. Uit de evaluatie blijkt dat mediation inderdaad uitkomst kan bieden bij het oplossen van geschillen in

³³⁸ Vriesendorp 2013, p. 43.

³³⁹ Wessels 2013, p. 102.

³⁴⁰ Wessels 2013, p. 8; Soedira 2011, p. 261; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 310 e.v.

³⁴¹ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 321.

³⁴² Draaijer & Van Hees 2013, p. 246.

³⁴³ Adriaanse & Van Beukering-Rosmuller 2014, p. 115; Draaijer & Van Hees 2013, p. 246.

³⁴⁴ Adriaanse & Van Beukering-Rosmuller 2014, p. 115; Persbericht d.d. 8 mei 2012 van de Afdeling Voorlichting en Communicatie rechtbank Amsterdam (via: www.rechtspraak.nl/organisatie/rechtbanken/amsterdam/nieuws/pages/rechtbankamsterdampilotmediationifaillissementen.aspx (laatstelijk geraadpleegd 6 augustus 2015)).

faillissementsprocedures.³⁴⁵ Deze uitkomst is voor de rechtbank Amsterdam aanleiding geweest om mediation te blijven promoten in faillissementssituaties.³⁴⁶ Daarnaast is in 2014 de rechtbank Rotterdam een soortgelijke pilot gestart, welke eind 2016 zal worden geëvalueerd. Deze pilots liggen echter buiten het onderhavige onderzoeksgebied dat gericht is op de fase voorafgaand aan een faillissement, en zullen daarom verder buiten beschouwing blijven.

Bij dreigende insolventie is het behoud van de relatie vaak wel een reden om mediation in te zetten.³⁴⁷ Een goede verstandhouding tussen partijen kan voor toekomstige samenwerking van groot belang zijn. Het gaat hier om de fase waarin een oplossing moet worden gezocht voor de financiële problemen, zodat een faillissement kan worden voorkomen. Met andere woorden: de inzet van mediation bij dreigende insolventie is toekomstgericht en dient daardoor een ander doel dan wanneer mediation wordt toegepast bij de afwikkeling van faillissementen.

Mediation bij dreigende insolventie

Bij dreigende insolventie zijn het behouden van een goede relatie en toekomstige samenwerking juist een belangrijke positieve indicatie voor de bereidheid om deel te nemen aan een mediation.³⁴⁸ Al sinds 2006 wordt in de literatuur gepleit voor de toepassing van mediation bij dreigende insolventie, de fase waarin de vennootschap in financiële problemen raakt.³⁴⁹ Omdat in de praktijk al bleek dat surseances meestal uitmonden in een faillissement, is onderzocht of mediation uitkomst zou kunnen bieden.³⁵⁰ In de voorgaande hoofdstukken is al gebleken dat de huidige Nederlandse (insolventie)wetgeving onvoldoende mogelijkheden biedt om te komen tot een succesvolle informele reorganisatie.

Adriaanse en Van Beukering-Rosmuller pleiten er voor dat belanghebbenden door middel van mediation tot een gezamenlijk gedragen oplossing dienen te komen, om op deze wijze een financiële herstructurering te realiseren.³⁵¹ Bij een reorganisatie is vaak sprake van conflicterende belangen. En daarnaast gaat het nooit om alleen zakelijke belangen.³⁵² Juist deze tegenstelling maakt dat het ingewikkeld is om tot een gezamenlijk gedragen oplossing te komen.³⁵³ Het wegnemen van frustraties

³⁴⁵ Draaijer & Van Hees 2013, p. 113 e.v.

³⁴⁶ Zie: <http://www.insolventiemediation.nl/rechtbanken/amsterdam/>

³⁴⁷ Adriaanse & Van Beukering-Rosmuller 2014, p. 115.

³⁴⁸ Adriaanse & Van Beukering-Rosmuller 2014, p. 116.

³⁴⁹ Pel 2006; Adriaanse 2007.

³⁵⁰ Vriesendorp 2013, p. 113 e.v.

³⁵¹ Adriaanse & Van Beukering-Rosmuller 2014, p. 117.

³⁵² Adriaanse 2007, p. 44.

³⁵³ Adriaanse 2007, p. 45.

en boosheid vanwege het niet nakomen van afspraken vormt een belangrijk onderdeel van het reorganisatieproces.³⁵⁴

De situatie waarin een vennootschap verkeert bij dreigende insolventie is complex. Naast het financiële probleem dient er ook aandacht te zijn voor de emoties en belangen van de schuldeisers. Zij willen dat hun vordering wordt voldaan.³⁵⁵ Het gezamenlijk belang – het in stand houden van de vennootschap – dient echter niet uit het oog te worden verloren.³⁵⁶ Uit onderzoek blijkt dat achterdocht, frustratie en gebrekkige communicatie de belangrijkste ‘faalfactoren’ van een informele reorganisatie zijn.³⁵⁷ Een coöperatieve en transparante houding van de schuldenaar richting zijn schuldeisers, lijkt een gunstig effect te hebben op de welwillendheid van schuldeisers om mee te werken aan een informele reorganisatie in de vorm van een buitengerechtelijk akkoord. Dwang dient daarbij zoveel mogelijk te worden vermeden.³⁵⁸ Met andere woorden: het reorganisatieproces bij dreigende insolventie wordt door tegengestelde belangen gedomineerd. De schuldenaar wil een faillissement voorkomen en schuldeisers willen volledige betaling van hun vordering. Dit gegeven opent de weg naar mediation.³⁵⁹

Mediation als oplossing voor de knelpunten bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk crediteurenakkoord

Mediation is toepasbaar op alle soorten geschillen, dus ook op de inhoudelijke kant van geschillen bij dreigende insolventie. De vraag is echter of het instrument mediation een oplossing biedt voor de in de voorgaande hoofdstukken geconstateerde knelpunten.

Openbaarheid

Aan een mediationstraject zijn geen publicatieverplichtingen verbonden, waardoor het traject in relatieve stilte kan worden doorlopen. In het vorige hoofdstuk is al aangegeven, dat dit de kans op de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord kan vergroten. Het concept-wetsvoorstel Wet bevordering mediation beoogt hier geen verandering in te brengen.

³⁵⁴ Adriaanse 2007, p. 45; Adriaanse 2006, p. 69 e.v.

³⁵⁵ Adriaanse 2007, p. 45.

³⁵⁶ Adriaanse 2007, p. 45.

³⁵⁷ Adriaanse e.a. 2004, p. 12; Adriaanse & Van Beukering-Rosmuller 2014, p. 117.

³⁵⁸ Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015, p. 5; Adriaanse e.a. 2004, p. 12; Adriaanse & Van Beukering-Rosmuller 2014, p. 118.

³⁵⁹ Adriaanse 2007, p. 48.

Beheers- en beschikkingsbevoegdheid

Een van de kernwaarden van mediation is het zelfbeschikkingsrecht. Dit betekent dat partijen dus zelf beslissen over de uitkomst van het conflict. De schuldenaar behoudt door het zelfbeschikkingsrecht de volledige controle over het informele reorganisatieproces. Ten opzichte van het huidige recht dat geldt bij een informele reorganisatie, is dat geen verandering. Ook na eventuele invoering van het concept-wetsvoorstel Wet bevordering mediation blijft deze situatie ongewijzigd.

Tijdsaspect en kosten

Een mediation-traject heeft een kortere doorlooptijd dan conflictoplossing via een gerechtelijke procedure.³⁶⁰ Door de relatief korte doorlooptijd ontstaat er vrij snel duidelijkheid voor de schuldenaar of het buitengerechtelijk akkoord tot stand komt. Het korte tijdsbestek waarin geprobeerd wordt om tot een oplossing te komen, draagt bij aan de slagingskans van de financiële herstructurering.

Ten opzichte van het huidige recht alsmede in de eerste fase van de WCO II – waarbij de schuldenaar zelf tot een buitengerechtelijke oplossing moet zien te komen – brengt het inhuren van een mediator voor de schuldenaar extra kosten met zich mee. Op het moment dat sprake is van een geslaagde mediation, dan hoeft de schuldenaar geen verzoek tot algemeen verbindend verklaring meer in te dienen bij de rechtbank. De daaraan verbonden kosten voor het inhuren van een advocaat hoeven dan dus niet te worden gemaakt. Echter, op het moment dat de mediation mislukt en alsnog een verzoekschriftprocedure dient te worden gevoerd, dan krijgt de schuldenaar te maken met dubbele lasten. De schuldenaar zal hier dus een weloverwogen beslissing moeten nemen over de te volgen route.

Verbindendheid van het akkoord

Deelname aan de mediation geschiedt op vrijwillige basis. Dit betekent dat schuldeisers niet tegen hun wil gebonden kunnen worden aan het buitengerechtelijke akkoord. Indien sprake is van een geslaagde mediation, dan zijn alleen de deelnemende partijen gebonden. De schuldenaar heeft dus – evenals bij de WCO II – de vrijheid om ervoor te kiezen bepaalde schuldeisers door te betalen en met anderen door middel van een mediation tot een oplossing van de financiële moeilijkheden te komen. Deze flexibiliteit heeft een positieve invloed op de slagingskans van de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord.

³⁶⁰ Combrink-Kuiters e.a., p. 77, 150 e.v. en 161.

Gelijkheidsbeginsel

Het juridisch kader waarin de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord dient plaats te vinden, verandert niet door de toepassing van mediation. Bij een mediation in het kader van de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord speelt het gelijkheidsbeginsel, in het insolventierecht aangeduid als de *paritas creditorum*, formeel geen rol. Echter, ook in dit geval dient een schuldenaar te streven naar gelijke behandeling van schuldeisers die in eenzelfde positie zitten. Dit is geen verandering ten opzichte van de huidige situatie en ook het concept-wetsvoorstel Wet bevordering mediation brengt hierin geen verandering. Partijen dienen er echter goed op te letten hoe zij de gemaakte afspraken willen vastleggen. Schuldeisers verwachten – evenals in de huidige situatie – transparantie en openheid van zaken van de schuldenaar. Transparantie en openheid van zaken vergroten sowieso de kans op een geslaagde financiële herstructurering.³⁶¹

Hold-out strategie van de schuldeisers

Partijen hebben de vrijheid om wel of niet deel te nemen aan een mediation-traject. De toepassing van mediation heeft ook geen invloed op de contractsvrijheid van partijen. De schuldeisers kunnen deze hold-out-strategie dus blijven toepassen. De schuldenaar die zijn financiële problemen met behulp van mediation wenst op te lossen, zal dat in eerste instantie zelf kenbaar dienen te maken aan zijn schuldeisers. Ondanks dat mediation een vrijwillig proces is, kan de schuldeiser de mediator verzoeken een poging te ondernemen om deze weigerende schuldeisers alsnog bij de onderhandelingen te betrekken. Hij kan dit doen door de betreffende schuldeisers te wijzen op de alternatieven, zoals procederen of een faillissement.

Lukt het ook de mediator niet om de betreffende schuldeisers aan tafel te krijgen, dan lijkt de regeling zoals voorgesteld in het concept-wetsvoorstel WCO II in dit kader een structurelere oplossing te bieden, mits aan de daartoe gestelde eisen is voldaan. Ook in deze situatie biedt het concept-wetsvoorstel Wet bevordering mediation geen ondersteuning.

Lukt het de mediator echter alsnog om de betreffende schuldeisers aan tafel te krijgen, dan kan hij invloed uitoefenen op de belangrijkste faalfactoren van een informele reorganisatie, zoals achterdocht, frustratie en gebrekkige communicatie. De mediator kan ervoor zorgen dat de onderhandelingen beter verlopen dan wanneer de schuldenaar dit proces alleen doet. De mediator kan partijen helpen bij het zoeken naar een voor beide partijen aanvaardbare oplossing en daar waar

³⁶¹ Vriesendorp 2013, p. 43.

nodig polarisatie van tegenstellingen voorkomen. De kans op een geslaagde informele reorganisatie neemt daardoor aanzienlijk toe.

Nuisance value

Ook hierbij zal het in eerste instantie afhangen van de overtuigingskracht van de schuldenaar en de mediator of de betreffende schuldeiser(s) wil(len) deelnemen aan het mediationproces. Indien deze schuldeiser(s) daartoe besluit(en), dan dienen eventuele lopende gerechtelijke procedures te worden stilgelegd.³⁶² Deelname aan een mediation gebeurt op basis van vrijwilligheid. Het concept-wetsvoorstel Wet bevordering mediation biedt geen structurele oplossing voor dit knelpunt. Ondanks dat de rechter tijdens een eventueel lopende procedure partijen naar mediation kan verwijzen, blijft een weigering tot deelname zonder consequentie. De in de WCO II voorgestelde procedure biedt daardoor een structurelere oplossing voor dit knelpunt. Daarbij is van belang dat de schuldenaar de (onwillige) schuldeisers informeert over het akkoord en hen in de gelegenheid stelt daarover te stemmen. Indien het akkoord – ondanks een onthouding of tegenstem van de betreffende schuldeiser(s) – met een gekwalificeerde meerderheid wordt aangenomen, dan kan de schuldenaar algemeen verbindend verklaring van het akkoord verzoeken. Door de algemeen verbindend verklaring worden deze schuldeisers alsnog gebonden aan het akkoord.

Op het moment dat deze schuldeisers wel deelnemen aan mediation, dan neemt door toepassing ervan de kans op geslaagde onderhandelingen toe. En daarmee dus ook de kans op een structurele oplossing voor de financiële problemen.

Incasso- en executiemaatregelen en de faillissementsaanvraag als incassomiddel

Alle aan een mediation deelnemende partijen dienen eventuele lopende gerechtelijke procedures te schorsen.³⁶³ Dit gebeurt op basis van vrijwilligheid. Er vindt geen wijziging in de rechten of verplichtingen plaats. Op het moment dat schuldeisers besluiten deel te nemen aan de mediation, dan worden de onderhandelingen niet meer verstoord door dergelijke incasso- en executiemaatregelen. Hierdoor neemt de kans op een geslaagde reddingspoging toe. Indien schuldeisers echter weigeren om deel te nemen aan de mediation, dan verandert er niets ten opzichte van de huidige situatie. Ook

³⁶² Brochure 'Mediation naast Rechtspraak', via: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rechtspraak-en-geschiloplossing/documenten/brochures/2011/09/19/mediation-naast-rechtspraak> (laatstelijk geraadpleegd op 8 september 2016).

³⁶³ Brochure 'Mediation naast Rechtspraak', via: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rechtspraak-en-geschiloplossing/documenten/brochures/2011/09/19/mediation-naast-rechtspraak> (laatstelijk geraadpleegd op 8 september 2016).

het concept-wetsvoorstel Wet bevordering mediation biedt dan geen ondersteuning. Ondanks dat de rechter tijdens een eventueel lopende procedure partijen naar mediation kan verwijzen, blijft een weigering tot deelname zonder consequentie. De lopende procedure zal dan worden voortgezet.

Dwang en inbreuk op de rechten van partijen

Deelname aan mediation geschiedt op basis van vrijwilligheid. Er is op geen enkele manier sprake van dwang. Dit is ook het uitgangspunt van het concept-wetsvoorstel Wet bevordering mediation. Mediation maakt daardoor geen inbreuk op de rechten van schuldeisers in tegenstelling tot de formele akkoorden en het in de WCO II voorgestelde akkoord buiten insolventie waar wel sprake is van dwang. Het draaipunt is dan ook steeds de bereidheid van schuldeisers om deel te nemen aan de mediation. Indien die bereidheid er is, dan lijkt de kans op de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord aanzienlijk toe te nemen.

Uit het voorgaande blijkt dat – evenals de WCO II - ook het instrument mediation geen volledige oplossing biedt voor de bestaande knelpunten bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord. Daarnaast is duidelijk geworden dat mediation wel degelijk een positieve bijdrage zou kunnen leveren aan de onderhandelingen over de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord, waardoor de kans op een geslaagde informele reorganisatie toeneemt. Het draaipunt is daarbij de bereidheid van de schuldeiser om deel te nemen aan de mediation. De vraag is dus hoe dwarsliggende schuldeisers toch rond de mediationtafel te krijgen.

Verplichte mediation?

De wetgever beoogt met het concept-wetsvoorstel Wet bevordering mediation geschiloplossing door middel van mediation stimuleren. Bij een buitengerechtelijk akkoord is doorgaans geen sprake van een procedure waarbij de rechter partijen naar mediation kan verwijzen. Mijns inziens biedt het concept-wetsvoorstel Wet bevordering mediation onvoldoende mogelijkheden om dwarsliggende schuldeisers rond de mediationtafel te krijgen. Een dwarsliggende schuldeiser laat zich naar mijn verwachting niet overtuigen door een wet die de kwaliteit van een mediator waarborgt (als hij daar de inhoud al van kent). De betreffende schuldeisers hebben vaak andere motieven om deelname aan mediation te weigeren. Zij zullen aan hun eigen belang denken en niet aan het gezamenlijk belang en/of het maatschappelijk belang. Hier kan de overtuigingskracht van de schuldenaar en de mediator een belangrijke rol spelen. Daarnaast is te weinig kennis over mediation een belangrijke reden om

mediation niet te overwegen als een mogelijke oplossing.³⁶⁴ Deze schuldeisers zullen dus op een andere manier gestimuleerd (verplicht?) moeten worden om aan mediation deel te nemen, teneinde de kans op een geslaagde informele reorganisatie te vergroten.

In de literatuur wordt onder 'verplichte' mediation verstaan dat een rechter partijen doorverwijst en van hen verlangt dat zij zich inzetten om tot een oplossing van het geschil te komen. Het op deze wijze stimuleren van partijen om deel te nemen aan een mediation-traject is niet in strijd met de vrijwilligheid van mediation.³⁶⁵ Het nadeel van doorverwijzing is, dat partijen dit kunnen ervaren als dwang, welk gevoel als contra-indicatie wordt beschouwd voor een geslaagde mediation.³⁶⁶ Uit onderzoek is gebleken dat hoe vrijer men is om te kiezen voor mediation, hoe minder mensen deelnemen, maar hoe hoger de kans van slagen.³⁶⁷ Het omgekeerde geldt ook.³⁶⁸ Dit maakt het effect van 'dwang' bij doorverwijzing door de rechter duidelijk zichtbaar. Zoals gezegd, is bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk crediteurenakkoord van doorverwijzing in principe geen sprake.

Het effect van dwang wordt wellicht anders als het doorlopen van een mediation verplicht wordt gesteld voorafgaand aan een gerechtelijke procedure. Een belangrijk criterium is dan of voor partijen de weg naar de rechter open blijft.³⁶⁹ Het verplicht stellen van mediation mag dus geen uitsluiting van de toegang tot de rechter tot gevolg hebben. Er kan alleen sprake zijn van uitstel, aldus Brenninkmeijer e.a.³⁷⁰ Dit volgt ook uit artikel 17 Gw en artikel 6 EVRM. De weg naar de rechter mag drempels bevatten, doch deze mogen niet zodanig hoog zijn dat de toegang erdoor wordt belemmerd.³⁷¹ Daarnaast mag verplichte mediation geen strijd opleveren met het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM). Verkerk sluit in dit kader strijd met het *equality of arms*-beginsel niet uit.³⁷² Hij denkt daarbij aan een machtsongbalans als gevolg van een in de praktijk bestaande machtsverhouding of verschil in verbale eigenschappen. Mijns inziens is daarvan geen sprake. De mediator dient partijen juist te helpen om de inhoudelijke en de emotionele aspecten van elkaar te scheiden. Hij dient de gebrekkige communicatie op te lossen en een eventuele machtsongbalans tussen partijen te neutraliseren.³⁷³ De

³⁶⁴ Guiaux, Zwenk & Tumewu 2009, p. 124.

³⁶⁵ Asser e.a. 2003, p. 57; Santing-Wubs 2012, p. 82.

³⁶⁶ Combrink-Kuiters e.a. 2003, p. 72.

³⁶⁷ Pel 2003, p. 26.

³⁶⁸ Pel 2003, p. 26.

³⁶⁹ Kamerstukken II 2003/04, 29 528, 2, p. 11.

³⁷⁰ Brenninkmeijer e.a. 2005, p. 126-127.

³⁷¹ Verkijk 2005, p. 38.

³⁷² Verkijk 2005, p. 39.

³⁷³ Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 75-76.

mediator begeleidt partijen bij de onderhandelingen. Bovendien kan de mediator afzonderlijk en vertrouwelijk met partijen overleggen en ook op deze manier misverstanden pareren.³⁷⁴

Jagtenberg en De Roo voorzien strijd met art. 6 EVRM, wanneer het resultaat van een verplichte mediation niet vol getoetst kan worden door een instantie die aan alle relevante vereisten van art. 6 EVRM voldoet.³⁷⁵ Volle toetsing zal meestal niet mogelijk zijn in verband met de geheimhoudingsplicht van partijen. Zij stellen dat als toetsing van het resultaat aan de 'uitgangszijde' niet mogelijk is, mediation aan de 'ingangszijde' alleen op basis van vrijwilligheid kan plaatsvinden.³⁷⁶ Daar kan ik mij op zich in vinden. Echter, uitgaande van de basisprincipes van mediation kan van bovengenoemde situatie geen sprake zijn. Zelfs als partijen worden gedwongen om de mogelijkheid te onderzoeken om tot een gezamenlijke oplossing te komen, kunnen zij in verband met de contractsvrijheid niet gedwongen worden een geheel traject te doorlopen. Partijen kunnen namelijk op ieder gewenst moment stoppen met de mediation. Is sprake van een geslaagde mediation, dan zijn de afspraken vrijwillig tot stand gekomen en is toetsing van het resultaat doorgaans niet nodig. Mislukt de mediation, dan is er geen sprake van nadelige consequenties. De weg naar de rechter staat nog altijd open. Er is mijns inziens dan geen sprake van strijd met art. 6 EVRM.

Van Beukering-Rosmuller en Van Schelven zijn juist van mening, dat verplichte mediation onder bepaalde voorwaarden wel mogelijk is.³⁷⁷ Zij baseren zich daarbij op het door het Hof van Justitie van de Europese Unie gewezen Alassini-arrest.³⁷⁸ Volgens het Hof kan de toegang tot de rechter worden beperkt, mits deze beperkingen 'werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van het algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, geen onevenredige en onduidbare ingreep impliceren, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast'.³⁷⁹ In casu moest de tussenstap leiden tot een snellere en goedkopere geschillenbeslechting, waardoor de rechtspraak zou worden ontlast. Het Hof baseert haar uitspraak op het door A-G Kokott ingenomen standpunt, dat het invoeren van een facultatieve procedure geen efficiënt middel is om te komen tot een snelle en kostenefficiënte procedure en een afname van de druk van het rechterlijk apparaat. Met andere woorden: de regeling mag geen afbreuk doen aan het recht van partijen om een beroep te doen op de rechter. Daarnaast moet de invoering van de

³⁷⁴ MfN-mediationreglement 2008, artikel 4.

³⁷⁵ Jagtenberg & De Roo 2013, p. 2056-2059.

³⁷⁶ Jagtenberg & De Roo 2013, p. 2056.

³⁷⁷ Van Beukering-Rosmuller & Van Schelven 2013, p. 40.

³⁷⁸ HvJ EU 18 maart 2010, *NJ* 2010, 382, m.nt. M.R. Mok (Alassini).

³⁷⁹ HvJ EU 18 maart 2010, *NJ* 2010, 382, m.nt. M.R. Mok (Alassini), r.o. 54 t/m 57 en r.o. 61 t/m 66; Widdershoven 2011, p. 104.

tussenstap het algemeen belang dienen en mag deze geen onevenredige en ondukbare ingreep impliceren.³⁸⁰

Hiervoor gaf ik al aan dat wanneer partijen worden verplicht de mogelijkheid te onderzoeken om tot een gezamenlijke oplossing te komen, dit mijns inziens geen strijd oplevert met art. 6 EVRM. Bij een mislukte mediation blijft een beroep op de rechter mogelijk. De door de wetgever geformuleerde beleidsdoelen in beide concept-wetsvoorstellen dienen evident het algemeen belang. Onnodige faillissementen hebben een grote maatschappelijke impact en dienen dus te worden voorkomen. Ze leiden niet alleen tot verlies van waarde van vermogensbestanddelen, verlies van werkgelegenheid en reputatieschade voor de betreffende ondernemer, maar gaan ook met hoge kosten voor de maatschappij gepaard. Met het stimuleren van mediation hoopt de wetgever te bereiken dat geschillen op een kwalitatief betere en meer effectieve wijze worden opgelost, waardoor een afname van de druk op de rechtspraak wordt bewerkstelligd. Gezien de door de wetgever geformuleerde doelstellingen, is er naar mijn mening dan ook geen sprake van een onevenredige ingreep.

Het is mijns inziens dan ook mogelijk om in de Faillissementswet een voorziening op te nemen waarbij partijen verplicht worden de mogelijkheid te onderzoeken om tot een gezamenlijke oplossing te komen voorafgaand aan een gerechtelijke procedure, zonder inbreuk te maken op de rechten van partijen. Er is dan geen sprake van een ondukbare ingreep. Het is dus mogelijk om dwarsliggende schuldeisers onder dwang aan de mediantafel te krijgen.

Er kleven echter ook nadelen aan een dergelijke verplichting. Mijns inziens wordt het effect van dwang niet anders als het doorlopen van een mediation verplicht wordt gesteld voorafgaand aan een gerechtelijke procedure. Ook hier leidt zo'n verplichting naar verwachting tot een gevoel van dwang, hetgeen een contra-indicatie is voor een geslaagde mediation. Dwang heeft een negatief effect op de welwillendheid van schuldeisers om mee te werken aan een informele reorganisatie.³⁸¹ Het succes van mediation hangt vooral af van partijenkenmerken en niet van zaakskenmerken.³⁸² Bij een gebrek aan onderhandelingsbereidheid is een verplichte poging tot mediation niet zinvol. Bovendien kunnen de hieraan verbonden kosten dan ook achterwege blijven. Evenals Santing-Wubs, ben ik van mening dat het verplicht stellen van mediation, als voorwaarde om tot de rechter te worden toegelaten, te ver gaat.³⁸³ De essentie van mediation is vrijwilligheid; daarbij past geen dwang. Daarnaast geldt dat met name te weinig kennis over mediation een belangrijke reden is om mediation als mogelijk oplossing

³⁸⁰ HvJ EU 18 maart 2010, *NJ* 2010, 382, m.nt. M.R. Mok (Alassini), r.o. 54 t/m 57 en r.o. 61 t/m 66; Jagtenberg & De Roo 2013, p. 2057; zie ook Jagtenberg 2010.

³⁸¹ Adriaanse e.a. 2004, p. 12.

³⁸² Kamerstukken II 2003/04, 29 528, 1, p. 6.

³⁸³ Santing-Wubs 2012, p. 85.

niet te overwegen. Een door de overheid geregelde voorlichtingscampagne over de mogelijkheden van mediation zou dan bijvoorbeeld ook al uitkomst kunnen bieden.

Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat mediation effectief kan worden ingezet bij het oplossen van conflicten en knelpunten waarin vele belangen spelen. Mediation is bij uitstek een methode die maatwerkoplossingen kan bieden voor belangentegenstellingen. Bij dreigende insolventie is ook vaak sprake van belangentegenstellingen, vooral van financieel-economische aard.³⁸⁴ Bij een informele reorganisatie dient aandacht te zijn voor gevoelens en belangen van de betrokken schuldeisers. Deze gegevens openen de weg voor mediation binnen het insolventierecht.

Het instrument mediation lost echter niet (volledig) de bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord bestaande problemen op. De toepassing van mediation geeft geen garantie dat alle (belangrijke) schuldeisers aan tafel komen. Nog steeds kunnen schuldeisers hun medewerking aan het akkoord onthouden. Op het moment dat schuldeisers echter besluiten wel deel te nemen aan de mediation, dan kunnen zij de onderhandelingen in principe niet langer frustreren door tussentijdse incasso- en executiemaatregelen. Verder levert het instrument mediation flexibiliteit op voor de schuldenaar. De onderhandelingsvrijheid en contractsvrijheid staan voorop. De meerwaarde van het instrument mediation ligt bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk crediteurenakkoord vooral in het begeleiden van de onderhandelingen in de voorfase. De mediator treedt op als procesbegeleider en procesbewaker.

Het draaipunt is steeds de bereidheid van partijen om deel te nemen aan een mediation-traject. Niet duidelijk is hoe het concept-wetsvoorstel Wet bevordering mediation bijdraagt aan een toename van de bereidheid van (dwarsliggende) schuldeisers om aan de mediationtafel aan te schuiven in deze voorfase.

Daarnaast is duidelijk geworden dat het onder bepaalde voorwaarden mogelijk is om in de Faillissementswet een voorziening op te nemen waarbij partijen verplicht worden de mogelijkheid te onderzoeken om tot een gezamenlijke oplossing te komen voorafgaand aan een gerechtelijke procedure, zonder inbreuk te maken op de rechten van partijen. Het is dus mogelijk om dwarsliggende schuldeisers onder dwang aan de mediationtafel te krijgen. Echter, de mate waarin het doorlopen van een mediation-traject verplicht wordt gesteld (dwang), heeft invloed op de participatiegraad en de slagingskans van de mediation. De essentie van mediation is vrijwilligheid en daar past dwang niet bij.

³⁸⁴ Adriaanse & Van Beukering-Rosmuller 2014, p. 113.

Een verplichte voorziening heeft daarom niet mijn voorkeur. En omdat met name te weinig kennis over mediation geldt als een belangrijke reden om mediation als mogelijk oplossing niet te overwegen, zou een door de overheid geregelde voorlichtingscampagne over de mogelijkheden van mediation al een uitkomst kunnen bieden. Hier geldt: onbekend maakt onbemind. Op het moment dat er meer bekendheid bestaat over wat mediation is en welke voordelen het toepassen van mediation kan hebben, zal het voor de schuldenaar (en de mediator) eenvoudiger worden om de dwarsliggende schuldeisers vrijwillig aan de onderhandelingstafel te krijgen.

In het volgende en tevens laatste hoofdstuk staat de beantwoording van de probleemstelling centraal.

Hoofdstuk 5 – Conclusie

Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn de deelonderwerpen behandeld die gezamenlijk een antwoord geven op de centrale onderzoeksvraag. De daar getrokken tussenconclusies worden hier kort herhaald, waarna de probleemstelling wordt beantwoord.

De centrale vraag in dit onderzoek is:

Welke knelpunten kennen de buitengerechtelijke (dwang)akkoorden naar huidig Nederlands recht alsmede in de WCO II en kan de toepassing van mediation bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord als (verplicht) onderdeel van de Nederlandse Faillissementswet deze knelpunten wegnemen (zonder inbreuk te maken op de rechten van partijen)?

Daarna volgt de discussie en de interpretatie van de conclusie.

Samenvatting tussenconclusies en beantwoording van de probleemstelling

De huidige Nederlandse insolventiewetgeving biedt onvoldoende instrumenten voor de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord als onderdeel van een informele reorganisatie. De schuldenaar wordt daardoor met een aantal knelpunten geconfronteerd.

Bij een buitengerechtelijk akkoord staan de onderhandelingsvrijheid en contractsvrijheid voorop. Het is voor de totstandkoming van een akkoord echter wel van belang dat alle (belangrijke) schuldeisers instemmen met het akkoord. Het wordt dan ook als knelpunt gezien dat schuldeisers in principe niet gedwongen kunnen worden tot deelname aan het akkoord. Daarnaast wordt als knelpunt gezien dat de *paritas creditorum* formeel geen rol speelt bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord. De schuldenaar dient er echter wel degelijk rekening mee te houden, om niet achteraf alsnog in de problemen te komen. Schuldeisers die later ontdekken dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden, kunnen alsnog hun stemming met het akkoord laten herroepen of vernietiging verzoeken wegens dwaling of bedrog. De schuldenaar dient daarom in de onderhandelingen voldoende transparant te zijn en openheid van zaken te geven. De praktijk wijst uit dat dit geen eenvoudige opgave is, waardoor een informele reorganisatie vaak mislukt. Ten slotte kunnen individuele schuldeisers de onderhandelingen over een akkoord frustreren door tussentijdse incasso- en executiemaatregelen te blijven nemen, waardoor de kans op een geslaagde reddingspoging van de schuldenaar snel afneemt.

Het concept-wetsvoorstel WCO II beoogt succesvolle saneringen te bevorderen en een oplossing te bieden voor de huidige knelpunten. De WCO II maakt het inderdaad mogelijk dat tegenstemmende schuldeisers onder voorwaarden gedwongen kunnen worden tot deelname aan een akkoord buiten insolventie. De schuldenaar kan een aangenomen akkoord buiten insolventie algemeen verbindend laten verklaren, waardoor dit knelpunt wordt opgelost. Er is dan sprake van een inbreuk op de rechten van de betreffende schuldeisers (een dwangakkoord). Voor de knelpunten ten aanzien van de paritas creditorum en de incasso- en executiemaatregelen biedt de WCO II in de eerste fase geen oplossing. De paritas creditorum geldt formeel wel, doch is volledig aan het beoordelingsvermogen van de schuldenaar overgelaten, waardoor de situatie feitelijk niet verandert. Incasso- en executiemaatregelen hoeven pas te worden gestaakt op het moment dat de schuldenaar in de tweede fase van de WCO II algemeen verbindend verklaring verzoekt van het akkoord buiten insolventie.

Het instrument mediation biedt in principe geen oplossing voor de geconstateerde knelpunten. Deelname aan mediation geschiedt op basis van vrijwilligheid en kan in principe niet worden afgedwongen. De toepassing van mediation heeft geen invloed op het feit dat de paritas creditorum formeel geen rol speelt. Voor het derde knelpunt geldt dat mediation pas een oplossing biedt vanaf het moment dat schuldeisers besluiten deel te nemen aan de mediation. Vanaf dat moment geldt dat incasso- en executiemaatregelen in beginsel dienen te worden gestaakt. Deelname aan mediation geschiedt op vrijwillige basis en maakt daardoor geen inbreuk op de rechten van partijen.

Tenslotte is het mogelijk om in de Faillissementswet een voorziening op te nemen waarbij partijen verplicht worden een poging te ondernemen om tot een gezamenlijke oplossing te komen voordat een beroep op de rechter kan worden gedaan, zonder dat dit strijd oplevert met art. 6 EVRM en van invloed is op de contractsvrijheid van partijen.

Het bovenstaande leidt tot de volgende conclusie.

De toepassing van mediation kan de bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord geconstateerde knelpunten slechts gedeeltelijk wegnemen en het is mogelijk om in de Faillissementswet een voorziening op te nemen waarbij partijen verplicht worden een poging te ondernemen om tot een gezamenlijke oplossing te komen voordat een beroep op de rechter kan worden gedaan.

Discussie: Knelpunten in de huidige wetgeving en WCO II in relatie tot de toepassing van mediation

De meerwaarde van het instrument mediation ligt vooral in de onderhandelingsfase voorafgaand aan de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord. De totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord mislukt meestal al in de onderhandelingsfase als gevolg van miscommunicatie, gebrek aan erkenning, tijdgebrek en onzekerheid door te weinig grip op het reorganisatieproces. In deze fase zal de meeste winst te behalen zijn ten aanzien van het reorganiserend vermogen van vennootschappen teneinde *onnodige* faillissementen te voorkomen. Mediation is een kortlopend traject waarin snel duidelijkheid ontstaat voor partijen, hetgeen vaak noodzakelijk is bij financiële problemen. De mediator wordt ingezet om de onderhandelingen over een herstructureringsplan te vergemakkelijken en om misverstanden te voorkomen. Het belangrijkste draaipunt daarbij is de bereidheid van schuldeisers om deel te nemen aan een mediation-traject. Het is nog de vraag in hoe verre het concept-wetsvoorstel Wet bevordering mediation hier een positieve bijdrage aan levert. Het concept-wetsvoorstel faciliteert de mogelijkheid voor de rechter om partijen te verwijzen naar mediation. Er is dan al sprake van een gerechtelijke procedure. Bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord is daarvan doorgaans geen sprake. Er zal dus al in een eerder stadium voorlichting over mediation moeten plaatsvinden. Wellicht dat een voorlichtingscampagne van overheidswege hiertoe kan bijdragen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een 'Postbus 51'-campagne.

Zowel het huidige recht als de WCO II biedt in meer of mindere mate de mogelijkheid om dwarsliggende schuldeisers aan een buitengerechtelijk akkoord te binden. Deze dwangdeelname is echter een zware inbreuk op de contractsvrijheid van deze schuldeisers. Dwangdeelname dient daarom zoveel mogelijk te worden voorkomen. Mediation kan daarbij helpen. Maar voor de 'echte' dwarsliggers biedt de WCO II een uitkomst, waardoor de regeling kan bijdragen aan het voorkomen van onnodige faillissementen.

Interpretatie: Eindconclusie

De toepassing van mediation kan de bij de totstandkoming van een buitengerechtelijk akkoord geconstateerde knelpunten slechts gedeeltelijk wegnemen. Mediation kan echter wel een zeer waardevol instrument zijn in de onderhandelingsfase over een buitengerechtelijk akkoord. De toepassing van mediation kan bijdragen aan het vinden van een oplossing voor de problematische situatie waarin de schuldenaar in tijden van financiële moeilijkheden met zijn schuldeisers snel tot afspraken moet komen. Op deze manier kan mediation bijdragen aan het uiteindelijke doel, namelijk

het versterken van het reorganiserend vermogen van vennootschappen zodat *onnodige* faillissementen zoveel mogelijk kunnen worden voorkomen.

LITERATUURLIJST

(Bijdragen in) boeken, artikelen en dissertaties

Adriaanse e.a. 2004

J.A.A. Adriaanse e.a., *Informeel reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement*, WODC-rapport, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Adriaanse 2006

J.A.A. Adriaanse, 'Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden?', *TMD* 2006, nr. 3, p. 65-74.

Adriaanse 2007

J.A.A. Adriaanse, 'Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden. Een analyse van knelpunten en conflicten bij dreigend faillissement', *TMD* 2007, nr. 11, p. 33-50.

Adriaanse & Van Beukering-Rosmuller 2014

J.A.A. Adriaanse en E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'ADR/mediation bij (dreigende) insolventie', *TvA* 2014/51, p. 113-119.

Adriaanse, Van der Rest & Verdoes 2015

J.A.A. Adriaanse, J.I. van der Rest en T.L.M. Verdoes, 'Deal or No Deal? Het dwangakkoord buiten faillissement en het perspectief van de schuldeiser: een civilologische verkenning', p. 1-20, in: *BW-krant Jaarboek*, Deventer: Kluwer 2015.

Van Amsterdam 2001

A.M.J.G. van Amsterdam, 'Een accountant, die een continuïteitsvraag heeft te beantwoorden, opereert altijd in een spanningsveld', *Tvl* 2001/6, p. 172-178.

Asser e.a. 2003

W.D.H. Asser e.a., *Uitgebalanceerd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 6, Verbintenissenrecht, Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010

A.S. Hartkamp, C.J. Sieburgh, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 6, Verbintenissenrecht, Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2010.

Van den Berg 2014

S.W. van den Berg, 'WCO II: de *cram down* beschouwd vanuit waarderingsperspectief', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk* 2014, nr. 7, p. 237-246.

Van Beukering-Rosmuller & Van Schelven 2013

E.J.M. van Beukering-Rosmuller en P.C. van Schelven, *De implementatie van de Europese Mediationrichtlijn in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2013.

Boot & Ligterink 2000

A.W.A. Boot en J.E. Ligterink, 'Faillissementswetgeving in Internationaal Perspectief', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 2000/11, p. 492-499.

Brenninkmeijer e.a. 2005

A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005.

Brenninkmeijer e.a. 2013

A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

Combrink-Kuiters e.a. 2003

L. Combrink-Kuiters e.a., *Ruimte voor Mediation*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Van Dijck 2013

G. van Dijck, 'Biedt een basisvergoeding soelaas? Empirisch onderzoek naar salaristekorten in faillissement.', *TvI* 2013, 19, 1.

Draaijer & Van Hees 2013

A. Draaijer en T. van Hees, 'Pilot mediation in faillissementen', *TvI* 2013/40, p. 244-247.

Van der Feltz II 1897

G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel II (1897); Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht; Deel 2-II, Zolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Gilson 1996

S.C. Gilson, 'Managing Default: Some Evidence on How Firms Choose between Workouts and Chapter 11', In: *Corporate Bankruptcy, Economic and Legal Perspectives*, New York: Cambridge University Press, 1999.

Guiaux, Zwenk & Tumewu 2009

M. Guiaux, F. Zenk en M. Tumewu, *Mediation Monitor 2005-2008*, Eindrapport WODC 2009.

Hermans & Vriesendorp 2014

R.M. Hermans en R.D. Vriesendorp, 'Het dwangakkoord in het insolventierecht: vrijheid in gebondenheid?', *TvI* 2014/10, p. 96-103.

Hummelen 2014

J.M. Hummelen, 'Aandeelhouders, absolute prioriteit en de debt-for-equity swap', p. 1-10, via:

http://www.houthoff.com/uploads/tx_hhpublications/Hummelen_Aandeelhouders_absolute_prioriteit_en_de_debt-for-equity_swap.pdf (laatstelijk geraadpleegd: 25-9-2016).

Jagtenberg 2010

R. Jagtenberg, 'Het Alassini arrest en verplichte bemiddeling', *TMD* 2010, Afl. 2, p. 35-43.

Jagtenberg & De Roo 2013

R. Jagtenberg en A. de Roo, 'Verplichte mediation in het Europese recht', *Nederlands Juristenblad* 2013, afl. 30, p. 2056-2059.

Jol 2013

J. Jol, 'Wettelijk faciliteren van (financiële) herstructureren: het dwangakkoord', p. 37-53, in: *Herstructurering en insolventie: naar een Scheme of Arrangement?*, Deventer: Kluwer 2013.

Kortmann e.a. 2007

Voorontwerp Insolventiewet 2007 (www.rijksoverheid.nl).

Toelichting Voorontwerp Insolventiewet 2007 (www.rijksoverheid.nl).

Kruit 2010

V.H.B. Kruit, 'Het buitengerechtelijk akkoord', *ControllersMagazine* mei 2010, p. 38-40.

Labohm 2002

A.N. Labohm, 'Het belang van de mediationovereenkomst', *TMD* 2000-2.

Leuftink 1995

A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995.

Mennens & Veder 2015

A.M. Mennens en P.M. Veder, 'Clementie en recht: het dwangakkoord buiten insolventie', *NTBR* 2015/2, afl. 1, p. 4-18.

Mijnheer 2015

D. Mijnheer, 'Het extreme verdienmodel van curatoren', d.d. 25 september 2015, via:

<https://www.ftm.nl/artikelen/het-extreme-verdienmodel-van-curatoren>.

Oosterhout 1998

H.B. Oosterhout, *De doorstart van een insolvente onderneming*, Deventer: Kluwer 1998.

Pel 2003

M. Pel, 'Mediation naast rechtspraak, Naar een effectieve geschilafdoening op maat', *Justitiële verkenningen*, jrg. 29, nr. 8 2003, p. 21-34.

Pel 2006

M. Pel, 'Geschilbeslechting en belangenbehartiging op maat in de insolventiepraktijk, *Tvl* 2006/6, p. 205-214.

Polak Pannevis 2011

N.J. Polak, *Insolventierecht*, 12^e druk, bewerkt door M. Pannevis, Deventer: Kluwer 2011.

La Poutré & Boelrijk 2010

B. la Poutré & M.N.A. Boelrijk, *Mediation als alternatief*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2010.

Raaijmakers e.a. 2001

M.J.G.C. Raaijmaker e.a., Eindrapport van de MDW-groep Modernisering Faillissementsrecht tweede fase, Den Haag oktober 2001.

Santing-Wubs 2012

A.H. Santing-Wubs, *Mediation in juridisch perspectief*, Deventer: Kluwer 2012.

Soedira 2011

A.D.W. Soedira, *Het Akkoord*, diss. Nijmegen (Serie Onderneming en Recht, deel 60), Deventer: Kluwer 2011.

Tekst & Commentaar Insolventierecht 2014

Insolventierecht, Tekst & Commentaar, M.Ph. van Sint Truiden en F.M.J. Verstijlen (red.), Deventer: Kluwer 2014.

Tideman 2015

B.J. Tideman, 'Is het wetsvoorstel inzake het dwangakkoord buiten faillissement misbruikbestendig?', *NTBR* 2015/22, afl. 5, p. 156-161.

Veder 2012

P.M. Veder, 'Europese ontwikkelingen in het insolventierecht', *Tvl* 2012/32, p. 187-197.

Van der Veld 2012

P. van der Veld, 'Mediation in zakelijke geschillen', *V&O* 2012, nr. 9, p. 141-145.

Verkijk 2005

R. Verkijk, 'Mediation in wetgeving in Nederland?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2005, nr. 2, p. 34-40.

Vriesendorp 2013

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 8, Deventer: Kluwer 2013.

Vriesendorp 2014

R.D. Vriesendorp, 'Het buitengerechtelijk akkoord en het concept-voorstel WCO II', *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'*, Vol. 2014, p. 67-120.

Vriesendorp, Hermans & De Vries 2013a

R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans en K.A.J. de Vries, 'Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of *opportunity* voor een Nederlandse *scheme of arrangement*?', *Tvl* 2013/2, p. 63-69.

Vriesendorp, Hermans & De Vries 2013b

R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans en K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV', *Tvl* 2013/20, p. 110-127.

Vriesendorp & Van den Sigtenhorst 2013

R.D. Vriesendorp en R. van den Sigtenhorst, 'Herstructurerings in de moderne financieringspraktijk: Nederland vs. de V.S.', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2013-2, p. 94-101.

Van der Werf & Venhuizen 2002

H.G. van der Werf en S.M.A.M. Venhuizen, *Mediation*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Wessels 2013

B. Wessels, *Het akkoord*, Deventer: Kluwer 2013.

Widdershoven 2011

R.J.G.M. Widdershoven, 'Het beginsel van effectieve rechtsbescherming', p.103-114, in: A. van den Brink, S.A. de Vries en M.P.A. de Koninck (red.), *Beginnelsen bouwen Burgerschap*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Jurisprudentie

Rb. Amsterdam 8 november 1938, *NJ* 1938, p. 1138.

HR 13 december 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981, 635 (Haviltex).

Rb. Utrecht 9 augustus 1989, ECLI:NL:RBUTR:1989:AC0987, *NJ* 1990, 399 (Breevast).

HR 18 mei 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1120, *NJ* 1991, 412, m.nt. MMM.

HR 31 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0492, *NJ* 1992, 686, m.nt. PvS.

HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2905, *JOR* 1999, 213, m.nt. ASO (Payroll).

Rb. Amsterdam (pres.) 16 september 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AH8017, *JOR* 2000, 36, m.nt. AS.

Hof Arnhem 11 januari 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AS4000, *JOR* 2005, 158.

HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006, 230, m.nt. PvS.

Rb. Arnhem (vrz.) 7 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4911.

HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3724, *NJ* 2006, 75.

Rb. Groningen (vzr.) 20 januari 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AV1689.

HvJ EU 18 maart 2010, ECLI:NL:XX:2010:BL9245, *NJ* 2010, 382, m.nt. M.R. Mok (Alassini).

Rb. Arnhem (vzr.) 7 september 2010, ECLI:NL:RBARN:1020:BN6823, *JOR* 2010, 24.

Regelgeving en parlementaire stukken

Europa

Richtlijn nr. 2008/52/EG van de Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (PbEU L 136).

Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, C(2014) 1500 final.

Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's d.d. 30 september 2015 inzake Actieplan voor de opbouw van de kapitaalmarktunie, COM(2015) 468 final.

Evaluatie van de tenuitvoerlegging van de aanbeveling inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie (http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/insolvency/index_en.htm) (laatstelijk geraadpleegd 10 oktober 2016).

Consultation on an effective insolvency framework within the EU, d.d. 14 juni 2016, via: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/160321_en.htm (laatstelijk geraadpleegd 10 oktober 2016).

Nederland

Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

Voorstel van wet d.d. 14 augustus 2014: Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden (Wet Continuïteit Ondernemingen II), (www.internetconsultatie.nl/wco2).

Memorie van Toelichting bij voorstel van wet d.d. 14 augustus 2014: Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden (Wet Continuïteit Ondernemingen II), (www.internetconsultatie.nl/wco2).

Concept-consultatie d.d. 13 juli t/m 30 september 2016: Wet houdende regels ter bevordering van de kwaliteit van mediators en het gebruik van mediation als alternatieve vorm van geschiloplossing (Wet bevordering mediation), (www.internetconsultatie.nl/wetmediation).

Ontwerp Toelichting Wet bevordering mediation concept consultatie 2016 (www.internetconsultatie.nl/wetmediation).

Kamerstukken II 1999/00, 26 352, 19 (Brief van de Minister en de Staatssecretaris van Justitie).

Kamerstukken II 1999/00, 27 244, 3 (Memorie van Toelichting).

Kamerstukken II 2003/04, 29 528, 1 (Brief van de Minister van Justitie).

Kamerstukken II 2003/04, 29 528, 2 (Verslag van een schriftelijk overleg).

Kamerstukken II 2011/12, 33 122, 1 (Initiatiefnota Mediation, begeleidende brief).

Kamerstukken II 2011/12, 33 122, 2 (Initiatiefnota Mediation).

Kamerstukken II 2012/13, 29 911, 74 (Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie).

Kamerstukken II 2014/15, 33 722, 23 (Brief van het lid Van Oosten).

Kamerstukken II 2014/15, 33 722, 24 (Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie).

Kamerstukken II 2014/15, 33 723, 14 (Brief van het lid Van Oosten).

Kamerstukken II 2014/15, 33727, 12 (Brief van het lid Van Oosten).

Aanhangsel Handelingen II 2010/11, 1014 (Vragen van het lid Gesthuizen (SP) aan de ministers van Veiligheid en Justitie en van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie over de wijziging van de Faillissementswet (ingezonden 19 november 2010); Antwoord van minister Opstelten (Veiligheid en Justitie), mede namens de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (ontvangen 11 januari 2011).

Overige

MfN-mediationreglement 2008.

Persbericht d.d. 8 mei 2012 van de Afdeling Voorlichting en Communicatie rechtbank Amsterdam

Advies Wet continuïteit ondernemingen II van de Raad voor de Rechtspraak d.d. 21 november 2014, gericht aan de Minister van Veiligheid en Justitie.

Brochure 'Mediation naast Rechtspraak', via:

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rechtspraak-en-geschiloplossing/documenten/brochures/2011/09/19/mediation-naast-rechtspraak> (laatstelijk geraadpleegd 8 september 2016).