

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a postprint version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/106292>

Please be advised that this information was generated on 2019-06-19 and may be subject to change.

Hervorming van het Duitse insolventierecht: versterking van het reorganiserend vermogen

Mr. B.A. Schuijling, datum 04-05-2012

1. Inleiding

De Duitse insolventiewetgever zit niet stil. Op 7 december 2011 is namelijk het *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* vastgesteld.^[1] Deze wet is op 1 maart 2012 in werking getreden. Het doel van deze wetswijziging is om het reorganiserend vermogen van de insolventieprocedure te versterken door het wegnemen van enkele bestaande knelpunten. Ook vanuit Nederlands perspectief – met een herziening van ons insolventierecht nog altijd in ons achterhoofd – kan het interessant zijn om van deze ontwikkeling kennis te nemen. In deze bijdrage zullen de achtergrond en enkele hoofdpunten uit de wet worden besproken.^[2]

2. Achtergrond van de wetswijziging^[3]

Hoewel de Insolvenzordnung (InsO) een nog relatief jonge insolventiewet is – zij trad in 1999 in werking –, is gaandeweg de overtuiging ontstaan dat het Duitse insolventierecht nog talrijke obstakels kende voor een succesvolle sanering van een onderneming met (dreigende) financiële problemen. Het gebrek aan saneringsmogelijkheden zou er zelfs toe hebben geleid dat sommige ondernemingen zich hebben bediend van de mogelijkheden die het Engelse recht op dit punt biedt. In het bijzonder kan worden gewezen op het zogenoemde *Scheme of Arrangement*.^[4] Deze tendens vormde de aanzet voor een discussie over de saneringsmogelijkheden naar Duits recht en de zwakheden van de bestaande regelgeving op dit punt.^[5] Als enkele nadelen van het Duitse recht kwamen naar voren dat het verloop van de insolventieprocedure onberekenbaar zou zijn voor de schuldenaar en schuldeisers en, in het bijzonder, dat schuldeisers nauwelijks invloed hebben op de keuze van de aan te stellen bewindvoerder. Ook ontbrak het aan een regeling in het insolventierecht waarin schulden konden worden omgezet in aandelen, een zogenoemde *debt-for-equity swap*. De werking van een saneringsplan kon bovendien met maanden of zelfs jaren worden uitgesteld door het instellen van rechtsmiddelen door een enkele dwarsliggende crediteur. De bijzondere mogelijkheden die het Duitse insolventierecht reeds bood, werden daarentegen onvoldoende benut. Zo kent het Duitse insolventierecht de figuur van *Eigenverwaltung*, een vorm van insolventie waarbij de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen behoudt. De rechterlijke macht bleek echter zeer terughoudend in het toepassen van deze figuur, zelfs in die gevallen dat geen bezwaren bestonden bij de crediteuren van de verzoeker. Deze gebreken maakten dat een vroege insolventieaanvraag met het oogmerk om de onderneming te saneren nog altijd uitzonderlijk is. De insolventieaanvraag wordt in de regel nog altijd uitgesteld tot het allerlaatste moment. De kansen voor een succesvolle sanering zijn dan vaak al vervlogen.

Het doel van de wetswijziging is om het reorganiserend vermogen van de insolventieprocedure te versterken door middel van het wegnemen van deze gesignaleerde knelpunten. Als uiteindelijk effect beoogt de wetswijziging de sanering van daartoe geschikte ondernemingen te vergemakkelijken en daarmee het behoud van werkgelegenheid te bevorderen. Uit dit laatste moet overigens niet worden afgeleid dat een optimale voldoening van de gezamenlijke schuldeisers niet langer het leidende uitgangspunt van de insolventieprocedure zou zijn.^[6] Het in stand houden van een insolvente onderneming is uitdrukkelijk geen doel op zich. Sanering van de onderneming hoort ook het belang van de schuldeisers te dienen, dat wil zeggen dat voor sanering alleen plaats hoort te zijn als de voortzettingswaarde van de onderneming groter is dan haar liquidatiewaarde.^[7]

3. Meer invloed van schuldeisers

Een van de wijzigingen die in het oog springt, is de mogelijkheid voor de schuldeisers om een (voorlopige) bewindvoerder te kiezen. De gezamenlijke schuldeisers waren al bevoegd om de bewindvoerder te vervangen.^[8] Daarnaast bestond in de praktijk bij enkele rechtbanken al de gewoonte om de schuldeisers te horen voordat zij een (voorlopige) bewindvoerder aanstelden.^[9] Thans kunnen de schuldeisers al in een eerdere fase van de insolventieprocedure hun invloed doen gelden.^[10] Op grond van § 22a InsO dient de rechtbank na indiening van de insolventieaanvraag ten aanzien van een grotere onderneming (minimaal een balanswaarde van € 4.840.000, een omzet van € 9.680.000 over het afgelopen jaar en een gemiddeld aantal werknemers van 50) een voorlopige schuldeiserscommissie instellen. Besluiten van deze voorlopige commissie ten aanzien van de aan de (voorlopige) bewindvoerder te stellen eisen, binden de rechtbank.^[11] Indien de commissie unaniem een bepaalde persoon voordraagt, dan dient de rechtbank deze persoon te benoemen, tenzij de

rechtbank van oordeel is dat de persoon ongeschikt is.^[12] Zo dient de bewindvoerder voldoende onafhankelijk te zijn. Echter, dit betekent niet dat voorafgaand aan het insolventieverzoek geen enkel contact tussen de schuldenaar en de voorgedragen bewindvoerder is toegestaan. De onafhankelijkheid van de bewindvoerder is uitdrukkelijk niet in het geding indien hij de schuldenaar in algemene zin heeft geadviseerd over de mogelijkheden en gevolgen van een insolventieprocedure of indien hij betrokken is geweest bij het uitwerken van een akkoord tussen de schuldenaar en diens schuldeisers.^[13]

De invloed van de crediteuren mag echter niet tot al te veel vertraging leiden. De schuldenaar wordt bij een eigen aanvraag dan ook verplicht opgave te doen van zijn schuldeisers en schulden en in het geval van een onderneming dient ook melding te worden gemaakt van de balanswaarde, de omzet en het gemiddeld aantal werknemers over het afgelopen boekjaar.^[14] Met deze gegevens kan redelijk snel worden overgegaan tot het instellen van een voorlopige crediteurencommissie.^[15]

4. Versterking van het gerechtelijk akkoord

Binnen de insolventieprocedure bestaat de mogelijkheid voor de bewindvoerder of schuldenaar om een akkoord (*Insolvenzplan*) aan te bieden aan de rechtbank. Met de wetwijziging wordt beoogd de slagkracht van deze figuur te vergroten. Dat gebeurt op verschillende manieren. Zo worden chicanes door het instellen van rechtsmiddelen tegen het akkoord zo goed als onmogelijk gemaakt.^[16] Een bijzonder aspect dat een meer uitgebreide behandeling verdient, zijn de mogelijkheden om de rechten van aandeelhouders te wijzigen. Doorgaans staan de aandeelhouders van een insolvent verklaarde vennootschap geheel buiten de insolventieprocedure. Soms vereist een succesvolle reorganisatie van een onderneming dat aan de rechten van de aandeelhouders wordt getornd. Dat is op zich ook mogelijk door middel van een akkoord. Daarbij geldt echter wel dat de wijzigingen in het aandeelhouderschap dienen te geschieden met inachtneming van het toepasselijke vennootschapsrecht. Deze 'klassieke scheiding' is met de wetwijziging verlaten.

In het kader van een akkoord is het nu mogelijk om maatregelen ten aanzien van het kapitaal van de vennootschap te treffen. Daarbij moet vooral worden gedacht aan de omzetting van schulden in aandelen, een *debt-equity swap*.^[17] Een dergelijke omzetting van vreemd vermogen in eigen vermogen kan een belangrijk reorganisatie-instrument zijn voor ondernemingen in financiële moeilijkheden. De omzetting leidt tot een afname van het passief en verhoogt de kans dat de schuldenaar in de toekomst zijn schulden kan betalen. De schuldeisers kunnen op hun beurt zeggenschap in de gesaneerde vennootschap verkrijgen. De mogelijkheden zijn echter niet tot deze ene figuur beperkt. In principe kan het akkoord elke vennootschapsrechtelijk toelaatbare regeling bevatten, zoals bijvoorbeeld voortzetting van een beëindigde vennootschap, de toekenning van voorkeursrechten, de overdracht van aandelen of verhoging of verlaging van het (geplaatste) kapitaal.^[18] De aandeelhouders mogen meestemmen over de wijziging van hun rechten.^[19] Zij vormen één van de groepen in de stemming over het akkoord. Slechts in een zeer beperkt omschreven geval kan de aandeelhouder weigering van het akkoord verzoeken^[20]. In principe zal buiten de insolventieprocedure om moeten worden geprocedeerd over een eventuele vergoeding van geleden schade. De procedure is geënt op de reorganisatieprocedure volgens Chapter 11 van de Amerikaanse *Bankruptcy Code*. Ook daar kunnen de rechten van aandeelhouders worden gewijzigd door een saneringsplan en kunnen de aandeelhouders over het plan meestemmen.^[21]

5. Bevorderen van *Eigenverwaltung*

Het Duitse insolventierecht kent de bijzondere figuur van *Eigenverwaltung*: de schuldenaar kan in dat geval zijn insolventieprocedure grotendeels 'in eigen beheer' afwickelen. ^[22] De schuldenaar blijft in dat geval bevoegd tot het beheer en de beschikking over zijn vermogen. Zijn kennis en ervaring met betrekking tot de bedrijfsvoering blijven daarmee behouden. Geen bewindvoerder, maar een 'zaakwaarnemer' (*Sachwalter*) wordt aangesteld die toezicht houdt op de financiële situatie, de bedrijfsleiding en uitgaven voor levensonderhoud.^[23] De rechtbanken waren echter terughoudend met het toepassen van de figuur. Niettemin heeft de *Eigenverwaltung*, volgens de Duitse wetgever, inmiddels aangetoond een succesvol instrument te zijn. Met de wetwijziging beoogt men de figuur toegankelijker en aantrekkelijker te maken voor reorganisaties.

Allereerst worden de toelatingseisen versoepeld.^[24] De rechtbank zal een verzoek tot een 'insolventie in eigen beheer' moeten toewijzen indien er geen omstandigheden bekend zijn op grond waarvan te verwachten is dat een dergelijke procedure nadelig zal uitpakken voor de schuldeisers.^[25] Indien de voorlopige crediteurencommissie unaniem de aanvraag tot *Eigenverwaltung* ondersteunt, kan de rechtbank de aanvraag niet afwijzen als zijnde nadelig voor de schuldeisers.^[26] Om te voorkomen dat een kansrijk verzoek tot *Eigenverwaltung* in de tijd tussen het verzoek en de verlening niet nadelig wordt beïnvloed door de aanstelling van een 'sterke' voorlopige bewindvoerder, mag de rechtbank in een dergelijk geval slechts een voorlopige zaakwaarnemer benoemen.^[27] De ondernemer behoudt daarmee ook hangende het verzoek de controle over zijn onderneming.^[28] Daarbij is verduidelijkt dat gedurende de *Eigenverwaltung* het toezicht op de onderneming bij de zaakwaarnemer ligt en uitdrukkelijk niet bij een eventuele raad van commissarissen, de aandeelhoudersvergadering of andere organen. Zo is de benoeming en het ontslag van bestuurders is slechts mogelijk met toestemming van de

^[29]

zaakwaarnemer.^[29]

Indien de schuldenaar Eigenverwaltung verzoekt wegens een *dreigende* betalingsonmacht, dan dient de rechtbank haar eventuele intentie om het verzoek af te wijzen gemotiveerd kenbaar te maken aan de schuldenaar. De schuldenaar krijgt vervolgens de gelegenheid om het verzoek in te trekken.^[30] Hij ontloopt hiermee het risico dat de rechtbank de Eigenverwaltung afwijst en de schuldenaar vervolgens insolvent verklaard met alle gevolgen van dien. Op deze wijze moet het aantrekkelijker worden voor de schuldenaar om vroegtijdig een poging te wagen voor een gerechtelijke sanering in eigen beheer.^[31]

Is een verzoek tot Eigenverwaltung toegewezen dan staat de schuldenaar een bijzondere procedure ter beschikking om tot een akkoord te komen. Indien slechts sprake is van dreigende betalingsonmacht of van een te grote schuldenlast, kan de rechtbank een periode van maximaal drie maanden afkondigen waarin de schuldenaar in betrekkelijke rust kan werken aan een saneringsplan dat hopelijk kan worden omgezet in een gerechtelijk akkoord.^[32]

6. Tot besluit

De wetswijziging heeft geen afbreuk gedaan aan de uniforme procedure onder de Insolvenzordnung. De wijzigingen beogen de reorganisatie van ondernemingen te vergemakkelijken *binnen* het raamwerk van de insolventieprocedure. De invoering van een bijzondere saneringsprocedure, zoals bijvoorbeeld het Scheme of Arrangement, had kennelijk niet de voorkeur.^[33] Het is enerzijds prijzenswaardig dat men het uitgangspunt van de Insolvenzordnung in stand heeft willen houden, maar anderzijds is de reorganisatie van een onderneming hierdoor wel belast met het stigma van een insolventieverklaring. De vraag is nu of de aanpassingen het Duitse insolventierecht aantrekkelijker zullen maken voor de sanering van een onderneming, althans voldoende aantrekkelijk om een vlucht in buitenlandse saneringsprocedures te ontmoedigen. Overigens zijn de hervormingen van het Duitse insolventierecht nog niet afgerond. Als we de minister van Justitie mogen geloven volgen er binnen afzienbare tijd nog twee aanpassingen: een herziening van het insolventierecht inzake consumenten (het *Verbraucherinsolvenzrecht*) en de insolventiebestendigheid van licenties.^[34]

Voetnoten

[1]

Bundesgesetzblatt 2011, deel 1, nr. 64, p. 2582 e.v.

[2]

Vgl. E. Braun & J. Heinrich, 'Auf dem Weg zu einer (neuen) Insolvenzplankultur in Deutschland – Ein Beitrag zu dem Regierungsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen', *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI)* 2011, p. 505-517; K. Trams, 'Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen', *NJW-Spezial* 2011, p. 149-150; M. Dahl, 'Die Neuregelungen des ESUG – ein Überblick', *NJW-Spezial* 2012, p. 21-22. Een van de voorgestelde wijzigingen die het overigens niet heeft gered, was een concentratie van de insolventierechtspraak, vgl. het ontwerp voor § 2 lid 2 InsO, *Bundestag Drucksache* 17/5712, p. 7.

[3]

Zie de algemene toelichting bij het wetsvoorstel: *Bundestag Drucksache* 17/5712, p. 17-20.

[4]

Zie over deze Duitse vlucht in de Scheme of Arrangement in verhouding tot de onderhavige wetswijziging: J. Bormann, 'Kreditreorganisationsgesetz, ESUG und Scheme of Arrangement', *NZI* 2011, p. 892-898. In Nederland speelt een vergelijkbare tendens, zie bijv. I. van Gasteren, 'Herstructurering van schulden door middel van een Engelse 'Scheme of Arrangement': ook toepasbaar op een Nederlandse schuldenaar?', *FIP* 2011, p. 44-49.

[5]

Zie bijv. W. Uhlenbruck, 'Von der Notwendigkeit eines eigenständigen Sanierungsgesetzes', *NZI* 2008, p. 201-206; en H. Eidenmüller, 'Reformperspektiven im Restrukturierungsrecht', *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2010, p. 649 e.v.

[6]

Dit doel volgt uit § 1 InsO.

[7]

Bundestag Drucksache 17/5712, p. 17.

[8]

§ 57 InsO.

[9]

Aldus *Bundestag Drucksache* 17/5712, p. 26.

[10]

§ 21 lid 2 onder 1a (nieuwe) en § 22a lid 1 (nieuw) InsO. Zie ook *Bundestag Drucksache* 17/5712, p. 24.

[11]

§ 22a lid 1 (nieuw) en § 56a lid 1 (nieuw) InsO.

[12]

§ 56a lid 2 (nieuw) InsO.

[13]

§ 56 lid 1 (nieuw) InsO. Zie ook *Bundestag Drucksache 17/5712*, p. 26.

[14]

§ 13 lid 1 (nieuw) InsO.

[15]

Vgl. *Bundestag Drucksache 17/5712*, p. 23.

[16]

Vgl. § 253 (nieuw) InsO.

[17]

Vgl. § 225a lid 2 (nieuw) InsO. Zie hierover J.M. Schmidt, 'Der Debt Equity Swap als Sanierungsinstrument im Fokus des Gesetzgebers', *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* 2010, p. 568 e.v.; en A.F. Bauer & A. Dimmling, 'Endlich im Gesetz(entwurf): Der Debt-Equity-Swap', *NZI* 2011, p. 517-521. Zie over de reorganisatie van een besloten vennootschap (GmbH) op deze wijze: K. Schmidt & W. Uhlenbruck (red.), *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, Köln: Otto Schmidt 2009, nr. 2.219-2.225.

[18]

§ 225a leden 2 en 3 (nieuw) InsO.

[19]

§ 238a (nieuw) InsO.

[20]

§ 251 (nieuw) InsO.

[21]

Vgl. § 1123(a)(5)(J) (voor de mogelijkheid van een *debt equity swap*), § 1126 USC (voor de wijze van stemming) en § 1145 (voor vrijstellingen van het effectenrecht) van de *US Code, Title 11 – Bankruptcy*.

[22]

§ 270-285 InsO. Zie hierover onder meer: S. Smid, L.F. Flöther & S. Wehdekkung, *Die Eigenverwaltung in der Insolvenzrecht*, München: Beck 2005.

[23]

§ 270 lid 3 jo. 274 lid 2 InsO.

[24]

Bundestag Drucksache 17/5712, p. 38.

[25]

§ 270 lid 2 (nieuw) InsO.

[26]

§ 270 lid 3 (nieuw) InsO.

[27]

§ 270a lid 1 (nieuw) InsO.

[28]

Bundestag Drucksache 17/5712, p. 39.

[29]

§ 276a (nieuw) InsO.

[30]

§ 270a lid 2 (nieuw) InsO.

[31]

Bundestag Drucksache 17/5712, p. 39-40.

[32]

§ 270b (nieuw) InsO. Zie ook *Bundestag Drucksache 17/5712*, p. 40-41.

[33]

Zie bijvoorbeeld ook W. Uhlenbruck, 'Von der Notwendigkeit eines eigenständigen Sanierungsgesetzes', *NZI* 2008, p. 201-206 en H. Vallender,

'Insolvenzkultur gestern, heute und morgen', *NZJ* 2010, p. 838-844.

[34]

Zie A. Fridgen, 'Das ESUG – Abschluss der ersten Stufe der Insolvenzrechtsreform', *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* 2011, p. 535 e.v.