

In de onderhavige zaak was aan de R-C de vraag voorgelegd op welke wijze bepaalde vorderingen van Amerikaanse obligatiehouders moeten worden ingediend in voorlopige surseance van betaling en op welke wijze dan moet worden gestemd over een ontwerpakkoord. De R-C wilde deze vraag eerst beantwoorden ter gelegenheid van de stemming over het ontwerpakkoord. Dit werd met het oog op de tijdsdruk onverantwoord geacht. Vervolgens is de vraag in bovenstaande procedure ter beoordeling aan de rechtbank voorgelegd. De R-C werpt in deze procedure twee 'ontvankelijkheidsvragen' op: ten eerste dat niet de rechtbank, maar hij bevoegd is over die vraag te beslissen en ten tweede dat de rechtbank geen buitenwettelijke voorziening — een overeenkomstige toepassing van de stemming in de Amerikaanse Chapter 11-procedure in de Nederlandse akkoordprocedure — zou mogen treffen. In deze bijdrage staan deze vragen centraal. De rechtsvraag van verzoekers¹ komt slechts aan de orde voorzover hiermee verweven. Na een beschrijving van de casus, de rechtsvragen en de beslissing van de rechtbank² zal ik enkele kanttekeningen plaatsen.

2 Casus en rechtsvragen

Op 14 november 2001 heeft de Rechtbank Amsterdam aan Global TeleSystems Europe BV (hierna: 'GTS'), een 100% kleindochter van Global TeleSystems Inc. (hierna: 'Inc.'), voorlopige surseance van betaling verleend. Op diezelfde datum heeft de bevoegde United States Bankruptcy Court een zogenaamde Chapter 11-procedure op GTS en Inc. gezamenlijk van toepassing verklaard.

Het toen nog kennelijk voldoende solvabele KPNQwest was bereid onder een aantal voorwaarden GTS en andere groepsonderdelen over te nemen. Een van deze voorwaarden was de totstandkoming van een akkoord, waarin onder meer was opgenomen dat de obligatiehouders ermee instemmen dat hun huidige obligaties in een bepaalde ruilverhouding worden omgezet in obligaties KPNQwest.

In de Amerikaanse procedure heeft GTS samen met Inc. een daartoe strekkend akkoord aan haar 'schuldeisers' aangeboden. Dit akkoord is met overgrote meerderheid aangenomen. Bij het Nederlandse verzoek tot surseance heeft GTS eveneens een ontwerpakkoord met gelijke strekking gevoegd. In de Nederlandse akkoordprocedure doet zich echter het probleem voor dat het stemrecht alleen toekomt aan degenen die in juridische zin zijn aan te merken als schuldeiser. De belangrijkste geldschietters van GTS, de obligatiehouders (die tezamen een bedrag van bijna 100% van de schuldvorderingen vertegenwoordigen³), waren op grond van het toepasselijke Amerikaanse recht slechts aan te merken als 'beneficial owners'. Naar Nederlands recht zijn zij dan strikt genomen geen schuldeisers.⁴ Hun belangen worden vertegenwoordigd door een trustee, de 'legal owner' van de schuldvorderingen en daarmee formeel de schuldeiser.⁵ Dientengevolge is slechts de Trustee gerechtigd om de schuldvorderingen in te dienen en om te stemmen. Echter, volgens de zogenaamde 'Indentures', die de rechtsverhouding tussen de Trustee en GTS beheersen, was hij wel bevoegd tot indiening van de vorderingen, maar niet bevoegd om te stemmen. Het stemrecht komt toe aan de obligatiehouders, de 'beneficial owners'. In de Nederlandse surseance zou dit tot ongewenste consequenties leiden. Indien de Trustee op eigen naam wel de vorderingen zou indienen, maar niet zou stemmen dan zou het akkoord worden verworpen. Voor het aannemen van het akkoord dienen immers de schuldeisers die ten minste drievierde van het bedrag der erkende en der toegelaten schuldvorderingen vertegenwoordigen, voor te stemmen. Maar zelfs al zou de Trustee volgens de zogenaamde Indentures bevoegd zijn te stemmen, dan nog was de kans aanwezig dat het akkoord zou worden verworpen, aangezien volgens verzoekers de Trustee alsdan maar één stem⁶ zou mogen uitbrengen. Indien ter vergadering een klein aantal schuldeisers tegen het akkoord zou stemmen, zou dan niet zijn voldaan aan het getalscriterium van art. 268 Fw.

Het verschil tussen het Amerikaanse en Nederlandse rechtstelsel dreigde dus te leiden tot twee tegengestelde uitkomsten. Om dit te voorkomen dienen de twee bewindvoerders, de schuldenaar, de potentiële overnemer KPNQwest NV, de Bank of America NA en de Dresdner Bank AG⁷ bij de rechtbank het verzoek in om uitsluitel te geven over de volgende vragen: op welke wijze dienen de vorderingen uit de obligatieleningen te worden ingediend, en op welke wijze dient te worden gestemd over het ontwerpakkoord? Wat dit laatste betreft bepleiten verzoekers een overeenkomstige toepassing van de stemming in de Amerikaanse Chapter 11-procedure in de Nederlandse akkoordprocedure. Voorzover uit de uitspraak blijkt — en in deze noot ga ik hiervan uit — verzoeken zij de rechtbank namelijk te bepalen dat de beneficial owners stemgerechtigd zijn, dat de stemmen bij de in art. 268 Fw genoemde stemming worden geteld volgens de Amerikaanse telprocedure⁸ en dat de stemmen van de Amerikaanse akkoordprocedure worden overgenomen als stemmen die ter schuldeisersvergadering door de beneficial owners zijn uitgebracht bij de stemming over het Nederlandse akkoord.

Alvorens deze vragen te kunnen beantwoorden dient de rechtbank zich evenwel te buigen over de twee vragen die de R-C bij wijze van 'ontvankelijkheidsvragen' heeft opgeworpen, waartoe de rechtbank overweegt:

4.1 In de eerste plaats heeft hij zich op het standpunt gesteld dat hem het rechterlijk oordeel toekomt over de rechtsvraag die in het verzoekschrift wordt gesteld, dat hij daarover ter gelegenheid van de stemming van het akkoord zal beslissen en dat een andere rechter of rechterlijk college niet de bevoegdheid heeft hem op te dragen in een bepaalde zin te beslissen.

4.2 De r-c heeft voorts de vraag opgeworpen of van de rechtbank kan worden verlangd dat zij wettelijke bepalingen opzij zet.

3 Beslissing

Met betrekking tot de eerste vraag van de R-C overweegt de rechtbank als volgt:

5.1 De rechtbank is van oordeel dat zich hier niet de situatie voordoet dat de ene rechter de andere rechter opdraagt in een bepaalde zin te beslissen, maar de situatie waarin zowel de rechtbank (op basis van art. 225 Fw) als de r-c (ter gelegenheid van de stemming over het akkoord in de zin van art. 268 Fw) geroepen kunnen worden over een bepaalde rechtsvraag een uitspraak te doen.

5.2 Gezien de strekking van de genoemde wettelijke bepalingen ligt het voor de hand dat de rechtbank alleen dan een beslissing neemt als de beslissing van de r-c niet kan worden afgewacht. Naar het oordeel van de rechtbank doet die situatie zich hier voor.

De rechtbank motiveert haar oordeel als volgt:

5.4 Verzoekers hebben er groot belang bij dat zij het antwoord op deze rechtsvraag vernemen voordat de stemming wordt gehouden, nu het al dan niet aanvaarden van het akkoord van de beantwoording van die rechtsvraag afhangt en het hier om zeer grote financiële belangen gaat. Daarbij komt dat als de r-c de rechtsvraag op een bepaalde manier beantwoordt en het resultaat is dat het akkoord wordt verworpen, voor verzoekers in ieder geval tijdsverlies zal optreden, hetgeen in een zaak als deze grote risico's met zich brengt.

5.5 Deze bijzondere omstandigheden rechtvaardigen dat de rechtbank reeds thans een rechtsvraag beslist die in normale gevallen door de r-c ter gelegenheid van de stemming over het akkoord zou zijn beslist.

Over de tweede vraag van de R-C oordeelt de rechtbank:

6 De rechtbank is — mede gelet op de rechtsgeleerde literatuur over deze bepaling en de rechtspraak over de Faillissementswet in algemene zin — van oordeel dat art. 225 Fw in een situatie als deze, waarvoor geen pasklare wettelijke regeling is gegeven, de bevoegdheid geeft zo nodig in afwijking van de bepalingen van de Faillissementswet een voorziening 'op maat' te treffen in het belang van de schuldeisers. Deze dient echter in overeenstemming te zijn met het systeem van de Faillissementswet en aan te sluiten bij de daarin geregelde gevallen.

De rechtbank oordeelt verder:

11 [...] De rechtbank is van oordeel dat deze bevoegdheid niet alleen is gegeven ter bescherming van de belangen van alle schuldeisers, maar dat deze ook kan worden toegepast om de belangen van bepaalde (groepen van) schuldeisers te beschermen. 12. Genoemde bepaling (art. 225 Fw) biedt de basis voor een voorziening ter regeling van de wijze waarop de stemmen bij de in art. 268 Fw bedoelde stemming moeten worden geteld. Een dergelijke voorziening laat onverlet dat de r-c een eigen verantwoordelijkheid blijft behouden bij de beoordeling van de vraag of bij de stemming als bedoeld in art. 268 Fw het voorgestelde akkoord al dan niet is aangenomen .

De rechtbank treft de door verzoekers verzochte voorziening.

4 Opmerkingen

Met deze uitspraak lijkt de rechtbank te komen tot een praktische oplossing van de aan haar voorgelegde kwesties. Nadere bestudering doet echter enige vragen rijzen.

Eerste vraag van de R-C

De R-C stelt zich allereerst op het standpunt dat hij bevoegd is te oordelen over de rechtsvraag van verzoekers en dat deze bevoegdheid niet aan de rechtbank toekomt. De rechtbank oordeelt echter dat zij bevoegd is ex art. 225 Fw gelet op de 'bijzondere' omstandigheden en dat onder normale omstandigheden de R-C bevoegd is ter gelegenheid van de stemming over het akkoord in de zin van art. 268 Fw. Met andere woorden, de omstandigheden bepalen wie bevoegd is. Dit is een vreemde beslissing.

Ten eerste, omdat in de Faillissementswet de wijze van indiening (art. 257 e.v. Fw) en stemming (art. 268 e.v. Fw) zijn geregeld en niet is bepaald dat ter zake hiervan aan de R-C enigerlei beslissingsbevoegdheid toekomt. In het kader van de stemming heeft de R-C naast zijn algemene taak — het geven van advies aan de bewindvoerder op diens verzoek⁹ — slechts de taak toebedeeld gekregen te constateren of het akkoord al dan niet is aangenomen. Star Busmann verwoordt dit als volgt:

Het proces-verbaal bevat niet beschikkingen, maar constateert slechts wat er geschiedt, wat ten overstaan van de r-c wordt verhandeld¹⁰; deze beslist ook niet, dat het akkoord is verworpen of aangenomen, maar constateert bloot, dat de door de wet gevorderde meerderheid al of niet aanwezig is.

11

Hierbij wordt opgemerkt dat zodoende problemen rijzen waarin de wet niet heeft voorzien.

Niettemin kunnen in de vergadering verschillende vragen rijzen, wier beantwoording van invloed is, hetzij op den uitslag van de stemming, bijvoorbeeld de vraag of een schuldeiser stemgerechtigd is [...]. De r-c heeft noch de macht rechtsvragen op te lossen noch de bevoegdheid ze te verwijzen naar de rechtbank.

12

Ten tweede, omdat de rechtbank aanvoert dat zij gezien de 'bijzondere' omstandigheden bevoegd is op grond van art. 225 Fw. Aangezien het mijns inziens in het belang van de schuldeisers is dat de rechtbank een voorziening treft om uit de impasse te geraken, deel ik het standpunt dat zij bevoegd is, maar de motivering van de rechtbank begrijp ik niet. Onder de 'bijzondere' omstandigheden¹³ verstaat de rechtbank namelijk, kort samengevat, het grote financiële belang van verzoekers bij een spoedig antwoord. Een vraag¹⁴ die zich vervolgens opwerpt is waarom de rechtbank de belangen van verzoekers centraal stelt en niet die van de schuldeisers, aangezien zij haar bevoegdheid baseert op art. 225 Fw, welk artikel bepaalt dat de rechtbank bevoegd is voorzieningen te treffen 'ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers (mijn cursivering, AL)'.

Tweede vraag van de R-C

De tweede vraag die de R-C heeft opgeworpen is 'of van de rechtbank kan worden verlangd dat zij wettelijke bepalingen opzij zet'. Voorzover valt af te leiden uit de beschikking bedoelt de R-C dat de rechtbank de verzochte voorziening niet kan treffen, omdat daarmee art. 268 Fw opzij wordt gezet. De rechtbank oordeelt echter terecht¹⁵ dat zij op basis van art. 225 Fw een buitenwettelijke voorziening kan treffen waarin wordt bepaald dat de beneficial owners stemgerechtigd zijn en de stemmen, bij de in art. 268 Fw bedoelde stemming, op een door haar voorgeschreven wijze dienen te worden geteld.¹⁶ Ter zake van de verzochte voorziening, het overnemen van de stemmen in de Amerikaanse Chapter 11-procedure als stemmen die ter schuldeisersvergadering door de beneficial owners zijn uitgebracht bij de stemming over het Nederlandse akkoord, overweegt de rechtbank dat hierdoor 'aan de strekking van de Faillissementswet het meest recht wordt gedaan'. Hieruit en doordat zij deze voorziening heeft getroffen, kan worden afgeleid dat de rechtbank meent dat deze voorziening strekt ter 'beveiliging van de belangen van de schuldeisers' (ex art. 225 Fw). Alhoewel aan de rechtbank ter beoordeling hiervan een beleidsvrijheid toekomt¹⁷, is het maar de vraag of deze zo ver strekt dat zij het overnemen van stemmen als zodanig kon kwalificeren. Ik zal dit hieronder toelichten.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de stemmen van de Amerikaanse procedure kunnen worden overgenomen in de Nederlandse akkoordprocedure omdat:

14 [...] de door de Amerikaanse rechter vastgestelde procedure van voldoende waarborgen voorzien om aan te kunnen nemen dat de beneficial owners zich hebben kunnen uitspreken over het al dan niet aanvaarden van het akkoord [...].

Deze motivering overtuigt niet. Het feit immers dat de door de Amerikaanse rechter vastgestelde procedure met voldoende waarborgen is voorzien, brengt geenszins met zich mee dat de rechtbank deze stemmen in de Nederlandse procedure geheel en al mocht overnemen zonder degenen omtrent wier belangen het handelt — de Trustee als legal owner dan wel de beneficial owners — hierin te betrekken of zich hierover te laten uitspreken. De rechtbank heeft zodoende de schuldeisers in feite hun stemrecht over een 'akkoord' in de Nederlandse procedure ontnomen.¹⁸

Men zou kunnen tegenwerpen dat het niet waarschijnlijk is dat de schuldeisers die in de Amerikaanse procedure akkoord waren gegaan in Nederland opeens tegen het akkoord zouden stemmen. Geheel hypothetisch is deze situatie echter niet, nu het hier gaat om obligatievorderingen waarin ook gedurende de surseance volop gehandeld kon worden. Dan valt niet uit te sluiten dat door het tijdsverschil tussen de Amerikaanse en Nederlandse procedure in de Nederlandse procedure andere schuldeisers bevoegd zijn te stemmen. In de Amerikaanse procedure stelt de rechter een tijdstip vast waarop moet worden beoordeeld wie obligatiehouder is en derhalve stemgerechtigd, de zogenaamde 'record date'. In de onderhavige procedure was dit 9 januari 2002. Het Nederlandse recht kent hiervoor geen bijzondere voorziening. Het uitgangspunt is: dat diegenen die op het moment van de stemming schuldeiser zijn¹⁹, bij uitsluiting gerechtigd zijn zich uit te laten over het aangeboden akkoord. Dit moment was 25 februari 2002.²⁰

Maar zelfs al zou er niet gehandeld zijn in de obligaties en zouden precies dezelfde schuldeisers bevoegd zijn geweest te stemmen, dan kon door voortschrijdend inzicht de uitslag van de stemming anders zijn geweest. In de Amerikaanse procedure stemmen de beneficial owners op een eerder tijdstip dan in Nederland. De uitkomst van de in de loop van januari/februari 2002 uitgebrachte stemmen in Amerika is uiteindelijk door de Amerikaanse rechter vastgesteld op 19 februari 2002. Indien de rechtbank de stemmen van de Amerikaanse procedure niet zou hebben overgenomen, zou in de Nederlandse procedure de stemming hebben moeten plaatsvinden ten tijde van de schuldeisersvergadering van 25 februari 2002. Met de toentertijd reeds plaatsvindende verslechtering van de positie van KPNQwest, waarvan de schuldeisers van GTS obligaties in ruil kregen toebedeeld, was een ander stemgedrag van de obligatiehouders van GTS in de latere Nederlandse procedure niet ondenkbaar geweest.

Het zou dus kunnen zijn dat de beneficial owners (of Trustee) in de Nederlandse procedure niet 'akkoord' waren gegaan met het akkoord. Uit de beschikking blijkt niet dat de rechtbank zich hiervan bewust is geweest. Het feit dat de Amerikaanse procedure op zichzelf met voldoende waarborgen omkleed is doet aan dit alles niets af. Aldus is het maar de vraag of het oordeel van de rechtbank juist is dat er sprake is van een 'beveiliging van de belangen van de schuldeisers' (ex art. 225 Fw) door het overnemen van de stemmen in de Amerikaanse Chapter 11-procedure in de

Nederlandse 'akkoord'procedure, zonder de schuldeisers op enigerlei wijze in deze procedure te betrekken.

Mr. drs. A.P.K. **Luttikhuis** RA is als onderzoeker verbonden aan het Center for Company Law, Universiteit van Tilburg en tevens advocaat.

-
- 1 Deze rechtsvraag wordt besproken door P.M. Veder in zijn noot bij deze uitspraak in de JOR 2002/107. R.J. van Galen bespreekt deze zijdelings in zijn column bijdrage 'Kabels en knopen' in Ondernemingsrecht 2002, p. 247–248. [Terug](#)
 - 2 De betreffende R-C heeft zich in de beslissing van de rechtbank niet kunnen vinden en heeft de P-G gevraagd cassatie in het belang der wet in te stellen (Van Galen 2002, p. 248 (zie noot 1)), waarop inmiddels negatief is beslist. [Terug](#)
 - 3 Naast deze obligatiehouders zijn er dus nog enkele andere crediteuren waarvan de vorderingen tezamen een relatief klein bedrag vertegenwoordigen (zie JOR 2002, p. 802, nr. 3). Deze laat ik verder buiten beschouwing. [Terug](#)
 - 4 Zij lopen weliswaar het economische risico maar hebben geen vordering op GTS. [Terug](#)
 - 5 Schuldeiser in de zin van de Faillissementswet is degene die krachtens een persoonlijke verbintenis het van zijn vermogen deel uitmakend subjectief recht heeft om van de schuldenaar een zekere prestatie te vorderen (B. Wessels, Polak-Wessels, Insolventierecht. Verificatie van schuldvorderingen. Deel V. Deventer: Kluwer 1999, nr. 5015). [Terug](#)
 - 6 Bij GTS waren geen toonderstukken zodat in beginsel art. 260 Fw lid 2 jo. art. 134 Fw niet van toepassing is (zie ook Van Galen 2002, p. 247 (zie noot 1)). [Terug](#)
 - 7 Voorzover uit de uitspraak blijkt, wordt het verzoek opmerkelijk genoeg niet gedaan door de Trustee (Bank of New York), als legal owner, of de obligatiehouders, als beneficial owners. [Terug](#)
 - 8 Indien de Trustee volgens de Indentures zou mogen stemmen, zou hij volgens verzoekers maar één stem mogen uitbrengen. Verzoekers trachten mijn inziens uit te sluiten dat, indien de rechtbank oordeelt dat de 'beneficial owners' mogen stemmen, de R-C tijdens de schuldeisersvergadering alsnog zou bepalen dat zij tezamen maar één stem mogen uitbrengen. In de Amerikaanse procedure mochten de beneficial owners tezamen meerdere stemmen uitbrengen. [Terug](#)
 - 9 Art. 223a Fw, zie ook A.L. Leuftink, Surséance van betaling, Deventer: Kluwer 1995, p. 105–106. Ter zake van de indiening is aan de R-C weliswaar een specifieke bevoegdheid toegekend om te beslissen of een betwiste schuldeiser of schuldvordering al dan niet wordt toegelaten tot de stemming (art. 267 Fw), maar dit is hier niet aan de orde. [Terug](#)
 - 10 Zie C.W. Star Busmann, De Faillissementswet verklaard door mr. W.L.P.A. Molengraaff, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, p. 463, noot 1: 'zie HR 14/3/1912, W. 9331: de r-c heeft slechts te constateren al hetgeen op de vergadering is behandeld en voorgevallen, doch daarbij kunnen door hem niet beslissingen worden genomen, die, na verloop van enigen termijn, als in kracht van gewijsde gegaande beschikkingen zijn te beschouwen, bindend voor de rechtbank bij haar oordeel over het al of niet homologeren van het aangeboden akkoord'. [Terug](#)
 - 11 Star Busmann 1951, p. 463 (zie noot 10). Ten aanzien van art. 268 Fw merkt Star Busmann in beginsel niet iets specifiek op, maar omdat bij de introductie van het akkoord in surseance aansluiting is gezocht bij de akkoordprocedure in faillissement wordt i.c. verwezen naar hetgeen door hem wordt geschreven ten aanzien van art. 145 Fw in faillissement (welk artikel nagenoeg gelijk is aan art. 268 Fw). [Terug](#)
 - 12 Star Busmann 1951, p. 463, noot 2 (zie noot 10). [Terug](#)
 - 13 Zie r.o. 5.2.–5.5. [Terug](#)
 - 14 Ten aanzien van de door de rechtbank genoemde 'bijzondere' omstandigheden, rijzen weliswaar meer vragen, waaronder bijvoorbeeld of spoedeisend geen normale omstandigheid is, maar deze hebben grotendeels betrekking op de motivering van de rechtbank waarin zij haar bevoegdheid afzet tegen die van de R-C. Aangezien ik hierboven heb betoogd dat de R-C nimmer bevoegd is, kom ik aan een bespreking van deze vragen niet meer toe. [Terug](#)
 - 15 Zie hieromtrent B. Wessels, Polak-Wessels, Insolventierecht. Surseance van betaling. Deel VIII. Deventer: Kluwer 2000, nr. 8113. [Terug](#)
 - 16 De rechtbank merkt terzijde op dat genoemde regeling de eigen verantwoordelijkheid van de R-C om te beoordelen of bij de stemming ex art. 268 Fw het akkoord al dan niet is aangenomen,

- onverlet laat. Ik deel dit standpunt met de kanttekening dat — naar ik hierboven heb uiteengezet — de eigen verantwoordelijkheid van de R-C niet een beslissingsbevoegdheid omvat, maar slechts een constatering is of een akkoord al dan niet is aangenomen. [Terug](#)
- 17 De wetgever geeft in art. 225 Fw niet aan welke bepalingen hij op het oog heeft, maar laat dit in beginsel over aan de beleidsvrijheid van de rechtbank, die dit al naar gelang de situatie invult (vgl. Leuftink 1995, p. 132 (zie noot 9)). [Terug](#)
- 18 Deze gang van zaken staat ook op gespannen voet met de definitie van een akkoord in een surseance: een overeenkomst tussen de schuldenaar en zijn gezamenlijke schuldeisers, voor de geldigheid waarvan rechterlijke goedkeuring (homologatie) is vereist (Leuftink 1995, p. 255 (zie noot 9)). [Terug](#)
- 19 Vgl. P.M. Veder JOR 2002/107. [Terug](#)
- 20 In het geval de rechtbank de stemmen niet had overgenomen. Om de stemmen over te kunnen nemen, diende de rechtbank de record date van de Amerikaanse procedure over te nemen. Ik ga ervan uit dat, als zij de stemmen niet had overgenomen, zij de record date ook niet had overgenomen. [Terug](#)