

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord om een dreigend faillissement af te wenden (Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement)

MEMORIE VAN TOELICHTING

I Algemeen deel

1. Doel en inhoud van het wetsvoorstel

Met dit wetsvoorstel wordt in de Faillissementswet een regeling ingevoerd op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de sanering en herstructurering van schulden kan goedkeuren (homologeren) als daarmee het faillissement van de schuldenaar kan worden voorkomen. De homologatie leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd, kunnen daardoor toch aan het akkoord worden gebonden. Daarom wordt in deze context ook wel de term '*dwangakkoord*' gebruikt.

De voorgestelde regeling ziet op ondernemingen die wel rendabele bedrijfsactiviteiten hebben, maar vanwege een te zware schuldenlast toch insolvent dreigen te raken. Doel is om het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken en te voorkomen dat een kleine groep van schuldeisers of aandeelhouders de belangen van de overige bij de onderneming betrokken partijen (waaronder andere schuldeisers en werknemers) schaadt door op oneigenlijke gronden een herstructurering tegen te houden waarmee een faillissement nog kan worden afgewend.

Bedoeling is dat de nieuwe regeling het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject versterkt en dat de mogelijkheid van een dwangakkoord zal dienen als '*uiterste redmiddel*'. Van de schuldenaar (onderneming) wordt verwacht dat hij eerst via de minnelijke weg probeert om met zijn schuldeisers en aandeelhouders tot een akkoord te komen. Pas als dit niet lukt, komt de mogelijkheid van een dwangakkoord in beeld.

Het wetsvoorstel maakt deel uit van het Programma "Herijking Faillissementsrecht". Zoals de Tweede Kamer bij brief van 26 november 2012 is meegedeeld, rust dat programma op drie pijlers: (i) fraudebestrijding, (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure.¹ Dit wetsvoorstel is onderdeel van de tweede pijler: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven (hierna ook: reorganisatiepijler). Deze pijler omvat maatregelen die erop gericht zijn om het reorganiserend vermogen van bedrijven te verbeteren om faillissementen te voorkomen of als dat niet mogelijk blijkt en een goede afwikkeling van het faillissement te faciliteren. Dat is in het belang van de onderneming en alle daarbij betrokken partijen, waaronder de schuldeisers en

¹ Kamerstukken II 2012–2013, 29 911, nr. 74.

werknemers. Thans is voorzien dat van de tweede pijler in totaal drie wetsvoorstellen deel uit zullen maken, waaronder het onderhavige voorstel. De overige twee wetsvoorstellen betreffen vooralsnog de invoering van:

- (i) een regeling waarin een uitdrukkelijke wettelijke grondslag wordt geboden voor een in de praktijk ontwikkelde methode (ook wel aangeduid als de “*pre-pack*”) waarbij de rechtbank kort voor een verwachte faillietverklaring van een onderneming op verzoek van het bestuur in stilte al aanwijst wie in geval van faillissement zal worden benoemd tot curator; de Wet Continuïteit Ondernemingen I², en
- (ii) verschillende maatregelen die erop gericht zijn de curator beter in staat te stellen om het faillissement op een doelmatige wijze af te wikkelen en op die manier de schade voor alle betrokkenen bij het faillissement zoveel mogelijk te beperken.

2. Achtergrond en aanleiding voor het wetsvoorstel

Bij ondernemingen van enige omvang is het gebruikelijk dat, wanneer er zich ernstige financiële problemen aandienen, door het bestuur of de feitelijk leidinggevenden (hierna, kort gezegd: het bestuur) adviseurs worden benaderd waarmee wordt gezocht naar een oplossing. Veelal zullen de schuldeisers in een dergelijk traject worden verzocht akkoord te gaan met een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de uitstaande vorderingen. Echter zolang er geen sprake is van faillissement of surseance van betaling wordt de totstandkoming van dergelijke afspraken beheerst door de algemene regels van het vermogensrecht en geldt de wettelijke hoofdregel dat schuldeisers aanspraak kunnen maken op volledige betaling van hun vordering. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan – op grond van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW) – plaats zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken.³ Volgens de Hoge Raad ligt het in beginsel op de weg van de schuldenaar die zodanige medewerking in rechte wenst af te dwingen om specifieke feiten en omstandigheden te stellen en te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met het akkoord heeft kunnen komen.⁴

De oplossing voor de financiële problemen kan eveneens gezocht worden in het aantrekken van nieuw kapitaal. Aan aandeelhouders wordt dan gevraagd een aanvullende investering te doen in de onderneming of om akkoord te gaan met de uitgifte van nieuwe aandelen om op die manier nieuwe investeerders te kunnen aantrekken (vgl. artikel 2:96a en 206a BW). Ook voor de aandeelhouders geldt dat zij in principe vrij zijn om al dan niet hun medewerking te verlenen en dat zij niet kunnen worden gedwongen nieuwe aandelen te nemen (artikel 2:81 en 192 BW). Het voorkeursrecht van

² Kamerstukken I 2015-2016, 34 218.

³ Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485 en Gerechtshof Arnhem Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9827.

⁴ Hoge Raad 12 augustus 2005, NJ 2006/230 (*Groenmeijer/Payroll*) en Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485.

aandeelhouders bij de uitgifte van nieuwe aandelen kan vanwege financiële nood van de onderneming door de rechter opzij worden gezet (zie uitspraak Ondernemingskamer 31 december 2009, Inter Access, ECLI:NL:HAMS:2009:BL3680).

In de praktijk betekent dit dat buiten surseance en faillissement schuldeisers en aandeelhouders maar in zeer beperkte mate kunnen worden verplicht hun medewerking te verlenen aan een onderhands akkoord, zelfs niet indien dit de enige manier is om een faillissement te voorkomen, er in ruime mate steun is voor het tot stand brengen van het akkoord en er geen enkele schuldeiser of aandeelhouder is die op basis van het akkoord in een wezenlijk slechtere positie zou komen dan in faillissement. Wordt een akkoord geblokkeerd, dan rest de andere schuldeisers en aandeelhouders die de onderneming wel willen redden, veelal niets anders dan de schuldeisers of aandeelhouders die weigeren in te stemmen volledig tegemoet te komen in hun wensen. Dit zal doorgaans betekenen dat de weigerachtige schuldeiser volledige betaling van zijn vordering zal kunnen afdwingen of dat de rechten van de aandeelhouder ongemoeid worden gelaten en dat de schuldeisers die wel aan het akkoord willen meewerken een onevenredig deel van de herstructureringslasten voor hun rekening zullen moeten nemen. In de praktijk en in de literatuur wordt, mede om deze reden al langer gepleit voor de invoering van een dwangakkoord buiten faillissement en surseance.⁵ Een dergelijke regeling bestaat al geruime tijd de Verenigde Staten en in het Verenigd Koninkrijk. Inmiddels hebben ook verschillende andere Europese lidstaten hun eigen regeling. In de toelichting bij het eerdere voorontwerp van dit wetsvoorstel waarover eind 2014 is geconsulteerd, zijn enkele van deze regelingen genoemd en op hoofdlijnen besproken.⁶ Ook heeft de Europese Commissie het initiatief genomen om de dringende behoefte aan effectieve herstructureringsmaatregelen op Europees niveau te agenderen, laatstelijk met het uitbrengen van het nieuw richtlijnvoorstel betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU.⁷ Deze ontwikkelingen onderstrepen het nut en de noodzaak om te komen tot een regeling voor een dwangakkoord buiten faillissement en surseance.

3. Korte beschrijving van de inhoud van de regeling

3.1 Inleiding

Het wetsvoorstel voorziet in een regeling op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord betreffende de sanering en herstructurering van de schulden van een schuldenaar, zodat de schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd toch

⁵ A.D.W. Soedira, *"Het akkoord"* (diss.), Serie Onderneming en Recht, deel 60 (2011); R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans en K. de Vries, *"Herijking Faillissementsrecht en het informeel akkoord"*, Tvl 2013, p. 63-69; R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans en K. de Vries, *"Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel VI"*, Tvl 2013/20; J.T. Jol, *"Wettelijk faciliteren van (financiële) herstructureringen: het dwangakkoord"* (www.legalhoudini.nl); R.J. van Galen, Knelpunten in ons faillissementsrecht, Ondernemingsrecht 2014/81.

⁶ Dit voorontwerp is te vinden op <http://www.internetconsultatie.nl/wco2>.

⁷ Kamerstukken II, 2016–2017, 22 112, nr. 2292.

aan het akkoord kunnen worden gebonden (artikel 382). De voorgestelde regeling is opgedeeld in vier paragrafen:

- § 1. Algemene bepalingen;
- § 2. De aanbieding van en de stemming over een akkoord;
- § 3. De homologatie van een akkoord, en
- § 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord.

De regeling gaat ervan uit dat de schuldenaar eerst via de minnelijke weg probeert om met zijn schuldeisers en aandeelhouders tot een akkoord te komen. Pas als dit niet lukt, komt de mogelijkheid van een dwangakkoord in beeld. Daarom komt een akkoord alleen in aanmerking voor homologatie door de rechter als eerst een traject is doorlopen waarbij een aantal procedurevoorschriften in acht is genomen betreffende de aanbieding, de inhoud en de inrichting van het akkoord en de schuldeisers en aandeelhouders in de gelegenheid zijn gesteld om zich via een stemming over het akkoord uit te spreken. De individuele rechtspositie van werknemers kan niet worden gewijzigd door een akkoord en blijft dus geborgd.

Bovendien geldt dat een dwangakkoord alleen aan de orde kan zijn als dit in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is. Daarom dient het akkoord te voldoen aan de volgende voorwaarden:

1. de totstandkoming van het akkoord is *noodzakelijk* en *toereikend* om een dreigend faillissement van de onderneming af te wenden;
2. er is in ieder geval één categorie (hierna: klasse) van betrokken schuldeisers of aandeelhouders die het akkoord in ruime meerderheid steunt, en
3. het akkoord is *redelijk*, in de zin dat het gezamenlijke belang van de schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord worden betrokken erbij gebaat is of er in ieder geval niet op achteruit gaat, wanneer het akkoord tot stand komt, wat tenminste betekent dat:
 - a) de schuldeisers en aandeelhouders op basis van het akkoord niet in een wezenlijk slechtere positie komen dan in faillissement, en
 - b) de met het akkoord gemoeide herstructureringslasten, alsmede de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd (dat wil zeggen de "*going concern*" waarde van de betrokken onderneming) eerlijk onder de klassen van schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld.

Om partijen zo veel mogelijk ruimte te bieden om in goed overleg tot een akkoord te komen dat is toegesneden op de specifieke omstandigheden van het geval, is de regeling zo veel mogelijk vormgegeven als een kaderregeling. Daarnaast is de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt. Wanneer partijen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord een verschil van inzicht hebben over de vraag of het ingezette traject of het voorgestelde akkoord voldoet aan de wettelijke randvoorwaarden, dan is het wenselijk dat zij hier zelf proberen uit te komen. Wordt er te vlug een beroep gedaan op de rechter, dan brengt dit het risico mee dat de situatie onnodig escaleert. Daarmee kunnen de mogelijkheden om tot een

minnelijke regeling te komen snel uit het zicht raken. Mocht het toch niet lukken om tot een oplossing te komen, dan biedt de regeling de schuldenaar de mogelijkheid om het geschilpunt aan de rechter voor te leggen en daarmee te voorkomen dat de onderhandelingen onnodig worden bemoeilijkt. Hiermee kan alsnog snel definitief “*deal certainty*” worden verkregen; dat wil zeggen dat er snel duidelijkheid komt over de vraag of het aangeboden akkoord kans van slagen heeft of dat het nodig is het traject bij te sturen en/of het aangeboden akkoord aan te passen.

Tenslotte biedt de voorgestelde regeling duidelijkheid over wat de gevolgen zijn voor de schuldenaar en de betrokken schuldeisers en aandeelhouders van de homologatie van het akkoord en van de eventuele niet nakoming daarvan.

De genoemde kernelementen van de regeling worden in de navolgende paragrafen kort toegelicht.

3.2 *Aanbieding, inhoud en inrichting van het akkoord*

Aanbieding van het akkoord

Uitgangspunt van de regeling is dat de schuldenaar in beginsel zelf het initiatief neemt om een akkoord tot stand te brengen (artikel 370). Mocht de schuldenaar er echter niet toe overgaan om zijn schuldeisers en aandeelhouders een voorstel te doen voor een akkoord, terwijl duidelijk is dat dit de enige manier is om een dreigend faillissement af te wenden – of doet hij dit wel, maar is het voorstel van dusdanig slechte kwaliteit dat van een serieuze poging geen sprake is – dan biedt de regeling ook schuldeisers de mogelijkheid om de totstandkoming van een akkoord te initiëren. Dit geldt eveneens wanneer de schuldenaar een poging heeft gedaan om een akkoord tot stand te brengen, maar dit hem uiteindelijk niet is gelukt omdat geen enkele klasse met het door hem voorgestelde akkoord heeft ingestemd of de rechtbank de homologatie van het akkoord heeft geweigerd. De schuldeisers kunnen de rechter in deze situaties vragen een deskundige aan te stellen die een voorstel voor een akkoord kan opstellen en vervolgens het traject kan inzetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter (artikelen 369, achtste lid en 371, eerste en tweede lid). Als de rechtbank besluit een deskundige aan te stellen, is de schuldenaar gehouden om de deskundige alle inlichtingen te verschaffen en medewerking te verlenen die deze nodig heeft om zijn taak te volbrengen (artikel 371, derde lid). De verkregen informatie zal de deskundige slechts met derden delen voor zover dit noodzakelijk is in het kader van de totstandkoming van het akkoord (artikel 371, vierde lid). Aangezien de verwachting is dat dit scenario waarbij de schuldeisers het initiatief nemen om een akkoord tot stand te brengen, vooral zal functioneren als vangnet en voor zover nodig als extra stimulans voor de schuldenaar om zelf tijdig in actie te komen, richt deze algemene toelichting zich verder op het eerste scenario waarin het de schuldenaar is die het akkoord aanbiedt.

Bepaald is dat het akkoord wijzigingen kan aanbrengen in de (vorderings)rechten van alle categorieën schuldeisers. Anders dan het surseance akkoord kan een dwangakkoord dat tot stand komt op basis van de voorgestelde regeling dus ook zien op een aanpassing van de rechten van de preferente en

gesecureerde schuldeisers (artikel 370, eerste lid). Het akkoord kan eveneens voorzien in een wijziging van de rechten van borgen, derden ten opzichte van wie schuldeisers van de schuldenaar rechten kunnen uitoefenen, en medeschuldenaren jegens de schuldenaar en de rechten van de schuldeisers jegens deze partijen (artikelen 369, zevende lid, en 370, tweede lid). Dit maakt mogelijk de herstructurering van een groep van ondernemingen in één keer af te wikkelen. Niet alleen een “*hoofdschuldenaar*” kan in het akkoord worden betrokken, maar ook de ondernemingen binnen de groep die borg zijn of zakelijke zekerheid hebben verschaft ten behoeve van de hoofdschuldenaar.

Voorts biedt de voorgestelde regeling de schuldenaar de mogelijkheid om – naast zijn bestaande schulden – toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit lopende overeenkomsten te herstructureren. Daarbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan de huur van een kantoorpand die naar beneden moet worden bijgesteld om te voorkomen dat zij als een molensteen rond de nek van de onderneming blijft hangen en aldus een succesvolle reorganisatie hindert. Bepaald is dat de schuldenaar zijn wederpartij hiertoe een voorstel kan doen. Stemt deze daarmee niet in, dan heeft de schuldenaar het recht de overeenkomst op te zeggen. De schadevordering die de wederpartij toekomt na de wijziging of opzegging van de overeenkomst, kan de schuldenaar betrekken in het akkoord (artikel 372). Het akkoord kan geen wijzigingen aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers op basis van de arbeidsovereenkomst en Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (artikel 369, negende lid).

Naast een wijziging van de rechten van schuldeisers, kan het akkoord eveneens een aanpassing van de rechten van aandeelhouders behelzen (artikel 370, eerste lid). In dit verband moet vooral gedacht worden aan een akkoord waarbij sprake is van een “*debt for equity swap*”. De “*debt for equity swap*” kent vele varianten, maar komt er in hoofdlijn op neer dat een gedeelte van de vordering van de schuldeisers wordt omgezet in eigen vermogen, waarmee de schuldeisers een aandelenbelang en daarmee zeggenschap in de vennootschap krijgen en de zeggenschap van de bestaande aandeelhouders verwatert. Voor het uitgeven van aandelen is in de regel een besluit nodig dat wordt genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders (artikel 2:96/206 BW). Bij elke uitgifte van gewone aandelen hebben bestaande aandeelhouders bovendien een voorkeursrecht (artikel 2:96a/206a BW). In het kader van de totstandkoming van een dwangakkoord blijven deze regels in geval van een besloten vennootschap buiten toepassing (artikel 370, derde lid, en 382, tweede lid). Is de schuldenaar een naamloze vennootschap, dan staat de herziene tweede vennootschapsrichtlijn (2012/30/EU) daaraan in de weg.

De schuldenaar kan een akkoord aanbieden aan al zijn schuldeisers en aandeelhouders. Hij kan er ook voor kiezen zich te beperken tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders; bijvoorbeeld door een akkoord aan te bieden dat zich uitsluitend richt op een sanering of herstructurering van de schulden jegens financiers en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid te laten (artikel 370, eerste lid). In het laatste geval hoeft de schuldenaar het akkoord ook alleen maar aan die beperkte groep schuldeisers of aandeelhouders voor te leggen (artikel 378, eerste lid). Dit biedt hem de

mogelijkheid om in relatieve rust een akkoord tot stand te brengen en negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en daarmee samenhangende nadelige consequenties te voorkomen. Wil het akkoord in een dergelijk geval in aanmerking kunnen komen voor homologatie, dan zal de schuldenaar er echter wel voor moeten zorgen:

- dat hij een redelijke grond kan aandragen voor zijn beslissing om bepaalde schuldeisers of aandeelhouders buiten het akkoord te houden en dus niet te vragen om ook een deel van de herstructureringslasten te dragen, of
- dat de klassen van schuldeisers of aandeelhouders met een gelijke of hogere rang in ruime meerderheid instemmen met het akkoord en daarmee met de gemaakte keuze om bepaalde schuldeisers en aandeelhouders daar niet bij te betrekken (artikel 381, vierde lid, onderdeel d).

Inhoud en inrichting van het akkoord

Het staat de schuldenaar in beginsel vrij om zelf te bepalen wat hij zijn schuldeisers en aandeelhouders aanbiedt en hoe hij zijn akkoord inricht. De schuldenaar zal zelf het beste weten op welke manier hij de meeste kans maakt om zijn schuldeisers en aandeelhouders ervan te overtuigen in te stemmen met een akkoord. Wil de schuldenaar later echter nog gebruik kunnen maken van de mogelijkheid van een dwangakkoord, dan dient de inhoud en de inrichting van het akkoord te voldoen aan een aantal procedurele randvoorwaarden (artikelen 373 en 374). Zo zal de schuldenaar in het akkoord en in de bescheiden die hij daarbij dient over te leggen, bepaalde in de wet voorgeschreven informatie moeten opnemen. Op deze manier wordt gewaarborgd dat de schuldeisers en aandeelhouders in staat zijn om een goed geïnformeerde beslissing te nemen wanneer hen uiteindelijk wordt gevraagd hun stem uit te brengen over het akkoord (artikel 378, eerste lid).

Heeft een akkoord betrekking op verschillende categorieën van schuldeisers en aandeelhouders – dat wil zeggen op schuldeisers of aandeelhouders van wie de belangen of rechten zo verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake kan zijn – dan dient het akkoord te voorzien in een klassenindeling (artikel 373). Dit betekent dat:

- de te onderscheiden categorieën schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen dienen te worden ingedeeld (artikel 373);
- iedere klasse een op de rechten van de desbetreffende schuldeisers of aandeelhouders aansluitend schuldsaneringsvoorstel dient te krijgen (artikel 374), en
- er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord dient plaats te vinden (artikel 378, derde lid).

In ieder geval worden schuldeisers of aandeelhouders die in faillissement niet dezelfde rang zouden hebben, in verschillende klassen ingedeeld. Gedacht moet worden aan verschillende klassen voor bijvoorbeeld preferente crediteuren, de crediteuren met een eigendomsvoorbehoud, de crediteuren met een retentierecht en de concurrente crediteuren. Het staat de schuldenaar vrij om één categorie schuldeisers onder te verdelen in verschillende klassen. Daarbij kan hij die klassen ook ieder een ander

aanbod doen en mag het zelfs zo zijn dat de ene klasse daarbij beter wordt bedeed dan de andere klasse. Wil het akkoord in dit laatste geval in aanmerking kunnen komen voor homologatie, dan zal de schuldenaar er echter wel voor moeten zorgen:

- dat hij een redelijke grond kan aandragen voor het onderscheid dat hij maakt, of
- dat de minder bedeede klasse in ruime meerderheid instemt met het akkoord en daarmee met de keuze om de andere klasse een beter bod te doen (artikel 381, vierde lid, onderdeel c).

3.3 Stemprocedure en stemrecht

Stemrecht en medezeggenschap

De schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd, hebben het recht om zich door middel van een stemming over het akkoord uit te spreken (artikel 378, tweede lid). Dit betekent dat schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten niet worden geraakt door het akkoord, niet over het akkoord hoeven te worden geïnformeerd of bij de stemming hoeven te worden betrokken. Nu het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers, zullen werknemers ook nimmer aangemerkt kunnen worden als stemgerechtigde schuldeisers. Dit neemt niet weg dat een akkoord veelal onderdeel zal uitmaken van een breder reorganisatietraject waarbij naast een herstructurering van schulden ook sprake is van een aanpassing van de bedrijfsvoering om kosten te besparen. Uit andere wetgeving kan dan voortvloeien dat partijen waarop het akkoord niet direct ziet, toch bij het proces moeten worden betrokken. Zo kent de Wet op de ondernemingsraden (WOR) aan medezeggenschapsorganen ten aanzien van een aantal voorgenomen besluiten van de onderneming een adviesrecht toe, waaronder besluiten betreffende:

- een *“belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming”* (onderdeel d);
- een *“belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming”* (onderdeel e), of
- *“het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming”* (onderdeel i).

Mocht het bredere reorganisatietraject waar het akkoord onderdeel van uitmaakt een dergelijk besluit omvatten, dan zal de OR op basis van artikel 25 WOR in de gelegenheid gesteld moeten worden om zich daarover middels een advies uit te spreken. Het ligt in de rede dat de onderneming tijdig advies aanvraagt. Mocht er onduidelijkheid bestaan over de vraag of de OR kan instemmen met een reorganisatietraject, dan zou dit ook kunnen leiden tot onzekerheid over de vraag of het akkoord toereikend is om een faillissement te voorkomen en daarmee of het akkoord wel in aanmerking komt voor homologatie door de rechter. Wordt dit bezwaar opgebracht in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek, dan zou dit ertoe kunnen leiden dat de rechter de homologatie zal moeten weigeren (artikel 381, derde lid).

Stemprocedure

Om de schuldeisers en aandeelhouders voldoende gelegenheid te geven om het akkoord te beoordelen en de consequenties die daar voor hen uit voortvloeien te overzien, dient het definitieve akkoord gedurende een redelijke termijn die in ieder geval niet korter mag zijn dan acht dagen voor het plaatsvinden van de stemming, aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders te worden voorgelegd (artikel 378, eerste lid). Voorziet het akkoord in een klassenindeling, dan vindt er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord plaats (artikel 378, derde lid). De schuldenaar bepaalt zelf op welke wijze gestemd zal kunnen worden. De stemming kan schriftelijk plaatsvinden. De schuldenaar kan ook besluiten om hiervoor een vergadering te organiseren, al dan niet met gebruik van een elektronisch communicatiemiddel (artikel 378, derde lid).

Stemuitslag

Bij het bepalen van de stemuitslag wordt alleen gekeken naar de schuldeisers of aandeelhouders die daadwerkelijk de moeite hebben genomen om hun stem uit te brengen. Hiermee wordt voorkomen dat het wegblijven van ongeïnteresseerde schuldeisers of aandeelhouders de kansen dat een akkoord tot stand komt, al dan niet onbedoeld verkleint.

Voor het aannemen van een akkoord door een schuldeisersklasse is vereist dat het akkoord wordt gesteund door een groep schuldeisers die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht. Voor een aandeelhoudersklasse geldt dezelfde regel, met dien verstand dat dan gekeken wordt naar het aantal stemmen van de aandeelhouders die voor het akkoord hebben gestemd ten opzichte van het aantal stemmen dat binnen de klasse is uitgebracht (artikel 378, vierde en vijfde lid).

Na de stemming dient de schuldenaar een verslag op te stellen waarin hij – kort gezegd – de uitslag van de stemming vermeldt en de betrokken schuldeisers en aandeelhouders onmiddellijk in staat te stellen daarvan kennis te nemen. Dit laatste is in het bijzonder van belang wanneer de schuldenaar besluit om een verzoek tot homologatie van het akkoord in te dienen. Het verslag omvat immers informatie die relevant is voor schuldeisers of aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd en overwegen om de rechtbank te verzoeken de homologatie van het akkoord te weigeren (artikel 380, derde lid). Mede op basis van de informatie die is opgenomen in het verslag kunnen zij een eerste beoordeling maken van de kans van slagen van een dergelijk verzoek en mochten zij besluiten om daadwerkelijk een weigeringsverzoek in te dienen, dan kan deze informatie gebruikt worden ter onderbouwing van hun bezwaren tegen de homologatie. Dient de schuldenaar een homologatieverzoek in, dan zal hij het verslag moeten deponeren bij de griffie van de rechtbank die het verzoek in behandeling zal nemen. Daarna zullen de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders het verslag gedurende acht dagen kosteloos kunnen inzien (artikel 379). Het is in het belang van de schuldenaar om het verslag zo snel mogelijk te deponeren. Bepaald is namelijk dat de terechtzitting waarop het

homologatieverzoek zal worden behandeld, zal worden gehouden binnen acht tot veertien dagen nadat het verslag ter inzage is gelegd (artikel 380, tweede lid).

3.4 *Homologatie van het akkoord door de rechter*

Homologatie is mogelijk wanneer er ten minste één klasse is die met het akkoord heeft ingestemd (artikel 380, eerste lid). Tot aan de dag van de terechtzitting kunnen de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd, bij de rechtbank een verzoek tot weigering van de homologatie indienen. Daarbij geldt wel dat de schuldeisers of aandeelhouders geen beroep meer kunnen doen op de gronden waarop de homologatie van een akkoord waarmee alle klassen hebben ingestemd, kan worden geweigerd indien zij al eerder op de hoogte waren van het mogelijk van toepassing zijn van die gronden, maar zij de schuldenaar daar nimmer over hebben aangesproken (artikel 380, derde lid). De schuldeisers en aandeelhouders worden op deze manier gestimuleerd om eventuele cruciale bezwaren tegen het akkoord tijdig – dat wil zeggen nog voor de stemming plaatsvindt – te melden. Dit biedt de schuldenaar de mogelijkheid om hiervoor nog voor de stemming – al dan niet met tussenkomst van de rechter – een oplossing te vinden. Indien nodig kan de schuldenaar het akkoord dan nog aanpassen en eventuele obstakels voor de homologatie wegnemen. Hiermee wordt voorkomen dat een traject dat op voorhand kansloos lijkt te zijn, wordt voortgezet met alle onnodige kosten van dien.

De rechtbank zal zo spoedig mogelijk een beslissing nemen over het homologatieverzoek. Alvorens zij daartoe overgaat, zal de rechtbank altijd ambtshalve toetsen of alle schuldeisers of aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord, de gelegenheid hebben gehad hierover hun stem uit te brengen en op de hoogte zijn gebracht van de datum waarop de behandeling van het homologatieverzoek zou plaatsvinden (artikel 381, tweede lid). Is dit het geval geweest en heeft verder niemand bezwaar gemaakt tegen de homologatie, dan zal de rechtbank het verzoek honoreren. Een diepgaandere toets van het akkoord door de rechter zal alleen plaatsvinden wanneer één of meer tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders met een beroep op één of meer van de wettelijke weigeringsgronden bezwaar hebben gemaakt tegen de homologatie (artikel 380, derde en vierde lid).

Hebben alle klassen van schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord ingestemd, dan zal een homologatieverzoek toch door de rechtbank moeten worden afgewezen indien sprake is van een van de volgende algemene weigeringsgronden:

- de procedurevoorschriften betreffende de aanbieding, de inhoud en de inrichting van het akkoord en de stemprocedure zijn niet correct toegepast (artikel 381, derde lid, onderdelen a tot en met c);
- het akkoord is *onredelijk* omdat er schuldeisers of aandeelhouders zijn die op basis van het akkoord in een wezenlijk slechtere positie zouden komen dan zij zouden zijn in faillissement (artikel 381, derde lid, onderdeel d), of

- er is sprake van één van de weigeringsgronden die nu reeds gelden voor het surseance- en het faillissementsakkoord (artikel 381, derde lid, onderdelen e tot en met h).

Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan gelden enkele aanvullende weigeringsgronden. Deze houden in dat de rechtbank de homologatie van het akkoord ook zal moeten weigeren indien het akkoord een plan omvat dat er – kort gezegd – toe leidt dat de herstructureringslasten of de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd (dat wil zeggen de “*going concern*” waarde van de betrokken onderneming) niet eerlijk onder de klassen van schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld. De criteria die worden gehanteerd om dit te bepalen zijn geïnspireerd op enkele regels uit de Chapter 11-procedure uit de Verenigde Staten, waaronder de “*absolute priority rule*” (artikel 381, vierde lid).

Tegen de beslissing van de rechter over het homologatieverzoek staat geen hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep of cassatie – open (artikel 381, zesde lid). Dit is gerechtvaardigd omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van een dreigende faillietverklaring (artikel 370, eerste lid). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, zal na de homologatie het akkoord snel uitgevoerd moet kunnen worden. Dit neemt niet weg dat vragen betreffende de juiste toepassing van de voorgestelde regeling nog steeds via andere weg bij de Hoge Raad terecht zouden kunnen komen. Zo is het mogelijk dat de rechtbank in het kader van de behandeling van een verzoek op basis van artikel 376 of 381, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar, een schuldeiser of een aandeelhouder, prejudiciële vragen stelt aan de Hoge Raad over de wijze waarop een bepaling dient te worden toegepast (artikel 392 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Daarnaast blijft ook de mogelijkheid van een cassatieberoep van de procureur-generaal in het belang der wet mogelijk (artikel 78 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie).

3.5 *Gevolgen van de homologatie van het akkoord*

De homologatie heeft tot gevolg dat het akkoord verbindend is voor alle schuldeisers en aandeelhouders die gerechtigd waren daarover te stemmen. Dit betekent dat ook de schuldeisers of aandeelhouders die uiteindelijk geen stem hebben uitgebracht of tegen het akkoord hebben gestemd, toch aan het akkoord zijn gebonden (artikel 382).

De beschikking van de rechtbank tot homologatie van een akkoord levert een executoriale titel op (artikel 383). Mocht de schuldenaar zijn verplichtingen op basis van het akkoord niet (tijdig) nakomen, dan kunnen de schuldeisers die iets van hem te vorderen hebben zich rechtstreeks op de beschikking beroepen om de nakoming alsnog af te dwingen. Voorts geldt dat wanneer de schuldenaar verzuimt om het akkoord (tijdig) na te komen, hij verplicht is tot vergoeding van de schade die de schuldeisers en aandeelhouders daardoor lijden. Mogelijk bestaat er voor de schuldeisers of de aandeelhouders in dat geval ook een recht om het akkoord te ontbinden. Dit recht kan echter in het akkoord worden uitgesloten. Dit laatste ligt in de rede wanneer het akkoord elementen omvat die moeilijk zijn terug te draaien, zoals

een “*debt for equity swap*”, waarbij de vorderingen van bepaalde schuldeisers inmiddels al zijn omgezet in aandelen in de vennootschap (artikel 384).

3.6 *Betrokkenheid van de rechter*

Zoals eerder opgemerkt en toegelicht, is de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt. Echter, er zijn situaties denkbaar waarin het wenselijk kan zijn om de rechter in een eerder stadium te betrekken. Dit is in het bijzonder het geval indien er in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord, onzekerheid bestaat over de vraag of sprake is van een weigeringsgrond die zelfs als alle klassen van schuldeisers of aandeelhouders met het akkoord instemmen, aan de homologatie van het akkoord door de rechter in de weg zou staan. Het zou de verdere onderhandelingen over een akkoord ernstig kunnen bemoeilijken als hierover tot aan de behandeling van het homologatieverzoek onzekerheid blijft bestaan. Daarom krijgt de schuldenaar de mogelijkheid deze vraag al voor de behandeling van een homologatieverzoek aan de rechter voor te leggen (artikel 376, eerste lid). Schuldeisers en aandeelhouders kunnen dit niet. Dit om te voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering deze mogelijkheid oneigenlijk zouden kunnen gebruiken om – met de indiening van ongefundeerde verzoeken (of een dreiging daartoe) – het proces te blokkeren of te vertragen, dan wel alsnog volledige betaling van hun vordering af te kunnen dwingen, waardoor zij de belangen van de overige schuldeisers, aandeelhouders en andere betrokkenen bij de onderneming schaden. Besluit de schuldenaar om de vraag niet eerder in het proces aan de rechter voor te leggen, dan behouden de schuldeisers of aandeelhouders de mogelijkheid om hun bezwaren alsnog aan de orde te stellen in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek (artikelen 380, derde lid, en 381, derde lid). Andersom geldt dat als de schuldenaar de bezwaren wel al in een eerder stadium aan de rechter heeft voorgelegd en deze zich daar vervolgens over heeft uitgesproken, die uitspraak beschouwd moet worden als een bindende eindbeslissing die gezag van gewijsde heeft. Voor een dergelijke beslissing geldt de regel dat daarvan in dezelfde instantie niet meer kan worden teruggekomen, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden die het onaanvaardbaar zouden maken dat de rechter aan de eindbeslissing in kwestie zou zijn gebonden. Dit laatste kan met name het geval zijn als sprake is van een evidente feitelijke of juridische misslag van de rechter of indien de desbetreffende beslissing blijkt te berusten op een, niet aan de belanghebbende partij toe te rekenen, onjuiste feitelijke grondslag.⁸ Als de rechter al eerder heeft beslist dat voldaan is aan de voor de homologatie vereiste procedurele randvoorwaarden, heeft het dus geen zin voor een schuldeiser of aandeelhouder om verweer te voeren tegen de homologatie van het akkoord met als enkele grond dat hij dit opnieuw in twijfel trekt.

3.7 *Aanvullende maatregelen om de schuldenaar in staat te stellen een akkoord tot stand te brengen*

⁸ HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 m.nt. HJS.

Om de schuldenaar de gelegenheid te geven een akkoord tot stand te brengen, is voorzien in de volgende aanvullende maatregelen.

- Na de aanbieding van een akkoord kan de schuldenaar de rechter verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen jegens alle schuldeisers of een aantal van hen (artikel 375). Tijdens die periode, van ten hoogste twee maal twee maanden, kunnen de betreffende schuldeisers hun bevoegdheid tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet uitoefenen dan met machtiging van de rechtbank.
- Wordt na de aanbieding van een akkoord een faillissementsaanvraag ingediend, dan kan de schuldenaar de rechter verzoeken de behandeling van die aanvraag eveneens gedurende een termijn van ten hoogste twee maal twee maanden te schorsen (artikel 3d).

Met deze maatregelen wordt voorkomen dat dat schuldeisers of aandeelhouders die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering na de aanbieding van een akkoord direct overgaan tot verhaalsacties of tot de indiening van een faillissementsaanvraag om het proces te blokkeren of te vertragen, dan wel alsnog volledige betaling van hun vordering af te kunnen dwingen, waardoor zij de belangen van de overige schuldeisers, aandeelhouders en andere betrokkenen bij de onderneming schaden. Ter voorkoming van misbruik door de schuldenaar – die tijdens het hele traject volledig beschikkingsbevoegd blijft – is bepaald dat de rechtbank een verzoek tot het treffen van deze maatregelen zal afwijzen als redelijkerwijs niet te verwachten valt dat het akkoord tot stand zal komen of, bij een verzoek tot schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag, er andere redenen zijn die daartoe dwingen (artikelen 3d, eerste lid, en 375, tweede lid). Dit laatste zou bijvoorbeeld het geval zijn wanneer ervaringen uit het verleden aanleiding zijn om te vrezen dat de schuldenaar zijn schuldeisers zal benadelen. Bovendien kan de rechtbank, wanneer zij wel overgaat tot het treffen van de genoemde maatregelen, alle voorzieningen treffen die zij nodig oordeelt ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders (artikel 377). Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het stellen van de voorwaarde dat binnen een bepaalde termijn over het akkoord zal moeten worden gestemd. Ook is denkbaar is dat de rechtbank bepaalt dat de schuldenaar regelmatig moet rapporteren over de voortgang van het proces of dat er een onafhankelijk deskundige wordt aangesteld die het vervolgtraject zal monitoren.

Ook het nieuwe artikel 42a moet geschaard worden onder de categorie aanvullende maatregelen. Dit artikel beoogt de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord te bevorderen. Wordt in het kader van een dergelijke financiering zekerheid verschaft en is daarbij voldaan aan de in dat artikel genoemde randvoorwaarden, dan wordt vermoed dat die rechtshandeling zich later niet zal kwalificeren als faillissementspauliana – dat wil zeggen een door de schuldenaar vóór het

faillissement onverplicht verrichte rechtshandeling waardoor schuldeisers zijn benadeeld die ná faillissement door de curator ten behoeve van de boedel kan worden vernietigd.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Onderdeel A

Artikel 3d (nieuw)

Zodra de schuldeisers een akkoord aangeboden krijgen, weten zij dat er financiële problemen zijn bij de schuldenaar. Dit kan voor hen een prikkel zijn om direct over te gaan tot indiening van een verzoek tot faillietverklaring. Het nieuwe artikel 3d opent voor de schuldenaar de mogelijkheid om de rechtbank te verzoeken de behandeling van dat verzoek te schorsen. De bepaling valt binnen de categorie aanvullende maatregelen die erop gericht zijn de schuldenaar in de gelegenheid te stellen een akkoord tot stand te brengen en beoogt te voorkomen dat de schuldeisers die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering, de onderhandelingen over een akkoord alsnog onder druk kunnen zetten door verhaalsacties in te stellen of daarmee te dreigen. Tegelijkertijd is ook het risico van misbruik door de schuldenaar van de indiening van een schorsingsverzoek onder ogen gezien. Het is niet de bedoeling dat de schuldenaar een onvermijdelijke faillietverklaring nog even weet uit te stellen door een akkoord aan te bieden, terwijl hij redelijkerwijs weet of zou moeten weten dat dit een kansloze missie is. Gelet daarop zijn in artikel 3d, eerste lid, een aantal voorwaarden verbonden aan de toewijzing van het verzoek tot schorsing.

In de eerste plaats is bepaald dat een schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag alleen mogelijk is als de schuldenaar op het moment dat hij de rechtbank daartoe een verzoek doet, zijn schuldeisers en aandeelhouders al daadwerkelijk een akkoord heeft aangeboden. Het hoeft nog niet te gaan om het definitieve akkoord waarover overeenkomstig artikel 378 zal worden gestemd. Het mag ook gaan om een eerste voorstel voor een akkoord. Wel moet het akkoord voldoende zijn uitgewerkt. Dit betekent dat het akkoord zal moeten voldoen aan de eisen van artikel 374 Fw. Bepaald is immers dat het schorsingsverzoek niet zal worden gehonoreerd, als “*de schuldenaar redelijkerwijs niet mag verwachten dat de rechtbank zal overgaan tot homologatie van het akkoord [...] of er andere redenen zijn die zich tegen een schorsing verzetten*”. Is het akkoord nog onvoldoende uitgewerkt, dan zal het schorsingsverzoek afstuiten op de eerste afwijzingsgrond. Verder is de kans dat er een akkoord tot stand komt in ieder geval ook verkeken wanneer de stemming al heeft plaatsgevonden en het aangeboden akkoord daarbij door alle klassen is weggestemd.

Mogelijke “andere redenen” voor de rechtbank om het verzoek tot schorsing af te wijzen zouden kunnen zijn, een op eerdere ervaringen met de schuldenaar gebaseerde gegronde vrees dat hij zich gedurende de schorsing schuldig zal maken aan kwade trouw in het beheer van zijn vermogen of dat hij zijn schuldeisers op een andere manier zal trachten te benadelen. Ook zou een reden kunnen zijn dat de schuldenaar de operationele betalingsverplichtingen – dat wil zeggen de betalingen die verband houden met de voortzetting van de bedrijfsvoering – die tijdens het traject van totstandkoming van het akkoord ontstaan naar verwachting niet zal kunnen blijven voldoen. Indien dat het geval is, is de onderneming feitelijk al (bijna) failliet en is het te laat om het faillissement nog af te kunnen wenden.

Voordat de rechter beslist over het schorsingsverzoek, stelt hij de schuldenaar en de schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, in de gelegenheid om hun zienswijze kenbaar te maken (artikel 3d, derde lid).

Indien de rechter het verzoek honoreert en de behandeling van het faillissementsverzoek schorst, kan hij daarbij op basis van artikel 377 voorzieningen treffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en de aandeelhouders. De rechter kan hier ambtshalve toe besluiten, dan wel op verzoek van de schuldenaar of de schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend. Zo zou de rechter ervoor kunnen zorgen dat de schuldeisers en aandeelhouders binnen een afzienbare tijd duidelijkheid krijgen over de vraag of er een akkoord tot stand komt, door te bepalen dat de schuldenaar er in ieder geval voor moet zorgen dat er binnen een bepaalde termijn een stemming plaatsvindt over het akkoord en dat de schuldenaar de rechtbank en betrokken schuldeisers en aandeelhouders tot die tijd regelmatig informeert over de voortgang.

Mochten de omstandigheden na de schorsingsbeslissing wijzigen, waardoor niet langer verwacht mag worden dat het akkoord tot stand komt, dan zal de rechter de schorsing op basis van artikel 3d, tweede lid, opheffen. Ook nu geldt dat de rechter de schuldenaar en de schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, eerst in de gelegenheid stelt hun zienswijze kenbaar te maken (artikel 3, derde lid).

Uit artikel 3d, vierde lid, volgt dat het faillissementsverzoek van rechtswege vervalt wanneer het akkoord door de rechter wordt gehomologeerd. Op dat moment zal het faillissement immers zijn afgewend.

Tot slot is nog van belang is dat de bepaling niet alleen geldt voor faillissementsaanvragen die zijn ingediend door schuldeisers van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd, maar ook voor schuldeisers die niet bij het akkoord worden betrokken.

Onderdeel B

Artikel 5 Fw

Artikel 5 Fw regelt wanneer bij de toepassing van bepalingen in de Faillissementswet procesvertegenwoordiging verplicht is. Met de voorgestelde wijziging van artikel 5, eerste lid, wordt

bewerkstelligd dat voor het indienen van de volgende verzoeken bij de rechter procesvertegenwoordiging verplicht is:

- een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 375);
- een verzoek tot beslechting van geschillen die opkomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord (artikel 376, eerste lid);
- een verzoek tot toepassing van de maatwerkbepaling op basis waarvan de rechtbank nadere bepalingen kan maken of voorzieningen kan treffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders (artikel 377);
- een verzoek tot homologatie van een akkoord (artikel 380, eerste lid), of
- een verzoek tot weigering van de homologatie van het akkoord (artikel 380, derde lid).

De eis van verplichte procesvertegenwoordiging is gerechtvaardigd. Voordat de schuldenaar, een schuldeiser of een aandeelhouder een dergelijk verzoek doet, dient hij te worden ingelicht over de voorwaarden waaraan dit verzoek moet voldoen, wil de rechtbank over kunnen gaan tot toewijzing daarvan. De betrokkenheid van een advocaat kan er toe bijdragen dat het verzoek goed beargumenteerd en onderbouwd wordt. Bovendien zal een advocaat goed kunnen uitleggen wanneer een verzoek wel of niet kansrijk is. Zo zal een advocaat aan een schuldeiser of aandeelhouder kunnen uitleggen dat als de rechter al eerder op basis van artikel 376 heeft beslist dat geen sprake is van één of meer van de in artikel 381, derde lid, opgenomen weigeringsgronden, het geen zin heeft om in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek opnieuw op basis van diezelfde gronden verweer te voeren tegen de homologatie van het akkoord. Op die manier kan de advocaat voorkomen dat de rechtbank wordt geconfronteerd met verzoeken waarvan op voorhand vaststaat dat zij niet voor toewijzing in aanmerking komen en dat onnodig beslag wordt gelegd op de toch al schaarse middelen en capaciteit van de rechtspraak.

Onderdeel C:

Artikel 42a Fw (nieuw)

Onderdeel C introduceert een nieuw artikel 42a. Zoals reeds is opgemerkt in het algemeen deel van deze toelichting, past deze bepaling binnen de categorie aanvullende maatregelen. Het artikel beoogt de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord te bevorderen. Het artikel omvat een afwijking van artikel 42 Fw waarin een op het faillissement toegespitste regeling is opgenomen voor de vernietiging van door de schuldenaar onverplicht verrichte rechtshandelingen waardoor schuldeisers zijn benadeeld ("*faillissementspauliana*"). Indien de schuldenaar een dergelijke benadelende rechtshandeling heeft verricht in de aanloop van een faillissement, kan de curator deze rechtshandeling na de faillietverklaring ten behoeve van de gemeenschappelijke schuldeisers vernietigen. Een actio pauliana kan op grond van artikel 42 Fw succesvol door de curator worden ingesteld indien is

voldaan aan vijf voorwaarden: (i) de schuldenaar moet voor de faillietverklaring een rechtshandeling hebben verricht, (ii) hij heeft deze rechtshandeling onverplicht verricht, (iii) van de rechtshandeling is benadeling van schuldeisers het gevolg, (iv) de schuldenaar wist bij het verrichten van de rechtshandeling of behoorde op dat moment te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn en (v) ook degenen met of jegens wie de schuldenaar handelde wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

Het nieuwe artikel 42a ziet op de situatie waarin er voor het faillissement een poging is gedaan om een akkoord tot stand te brengen en er in dat traject ook nog een financiering is verstrekt waarbij nieuwe zekerheden (een pand- of hypotheekrecht) zijn verschaft. Ingevolge artikel 42a wordt vermoed dat die rechtshandeling zich later niet zal kwalificeren als faillissementspauliana, indien het bij het aangaan van de geldlening expliciet de bedoeling was van zowel de schuldenaar als de geldverstrekker dat de lening door de schuldenaar zou worden aangewend om operationele betalingsverplichtingen – dat wil zeggen de betalingen die verband houden met de voortzetting van de bedrijfsvoering – te voldoen; dat wil zeggen dat de schuldenaar de lening zou gebruiken om betalingen te kunnen verrichten die noodzakelijk zouden zijn om zijn onderneming in de periode dat aan de totstandkoming van het akkoord zou worden gewerkt voor te kunnen zetten. Vernietiging van de rechtshandeling in faillissement door de curator is nog steeds mogelijk, maar de curator zal dan wel moeten aantonen dat (i) de lening niet is aangewend om betalingen te verrichten die noodzakelijk waren in het kader van de voortzetting van de bedrijfsvoering met het oog op het bereiken van een akkoord, waardoor die aanwending benadelend is geweest voor de schuldeisers en (ii) de verstrekker van lening hiervan op de hoogte was of behoorde te zijn en kon voorzien dat een faillissement met een tekort hiervan het gevolg zou zijn.

Onderdeel D:

Artikel 47

De in onderdeel D voorgestelde aanpassing van artikel 47 Fw vloeit logischerwijs voort uit de introductie van het nieuwe artikel 3d. Zoals is toegelicht in het kader van onderdeel C, geldt op grond van artikel 42 Fw als een van de voorwaarden voor het succesvol instellen van de actio pauliana door de curator dat de schuldenaar de rechtshandeling die de curator wenst te vernietigen, onverplicht heeft verricht. De voldoening van een *opeisbare* schuld door de schuldenaar kan daarom niet met een beroep op de faillissementspaulia worden aangetast. Artikel 47 Fw maakt hierop echter twee uitzonderingen; de voldoening van een opeisbare schuld (en dus een verplichte rechtshandeling) kan toch worden vernietigd, indien (i) de schuldeiser op het moment dat de schuldenaar betaalde wist dat het faillissement van de schuldenaar al was aangevraagd of (ii) de betaling is verricht na overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser en het daarbij de bedoeling was om de schuldeiser boven andere schuldeisers te begunstigen. De voorgestelde aanpassing van artikel 47 leidt ertoe dat een vernietiging wegens

wetenschap van de indiening van een faillissementsaanvraag bij de schuldeiser, niet mogelijk is indien de behandeling van die aanvraag op basis van artikel 3d is opgeschort vanwege de aanbieding door de schuldenaar van een herstructureringsakkoord. Ook deze bepaling valt binnen de categorie aanvullende maatregelen die erop gericht zijn de schuldenaar in de gelegenheid te stellen een akkoord tot stand te brengen. De bepaling beoogt ervoor te zorgen dat de schuldenaar in de periode dat hij probeert om een akkoord tot stand te brengen, in staat blijft zijn bedrijfsvoering voort te zetten en de in dat kader noodzakelijke betalingen te verrichten.

Onderdelen E en F:

Artikelen 252 en 287a

Aan de artikelen 252 en 287a Fw wordt een nieuw lid toegevoegd. Hierin is bepaald dat wanneer een schuldenaar een verzoek heeft ingediend tot verlening van surseance van betaling of toepassing van de schuldsaneringsregeling en hij in de drie jaar die daaraan vooraf zijn gegaan al eens een mislukte poging heeft gedaan om op basis van de nieuwe afdeling 4.2 een dwangakkoord tot stand te brengen, hij zijn schuldeisers geen surseance akkoord meer kan aanbieden overeenkomstig artikel 252 Fw en de rechter niet meer kan vragen om verbindendverklaring van een schuldregeling overeenkomstig artikel 287a, eerste lid, Fw. Komt de schuldenaar nog voor de stemming over het akkoord tot de conclusie dat hij beter in het kader van een surseance-procedure of een schuldsaneringsprocedure kan proberen om een akkoord tot stand te brengen, dan kan hij nog wel naar die procedure overstappen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de schuldenaar baat heeft bij het surseance instrumentarium, dat onder andere een algeheel uitstel van betaling omvat en de inschakeling van een bewindvoerder.

Onderdeel G:

Tweede Afdeling «Homologatie van een onderhands akkoord» (nieuw)

In het wetsvoorstel inzake de Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I) wordt in de Faillissementswet een nieuwe Titel IV «*Buiten faillissement en surseance van betaling*» geïntroduceerd. Zoals opgemerkt in de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel is het de bedoeling is om de in de WCO I voorziene regeling betreffende de aanwijzing van een beoogd curator en de onderhavige regeling op te nemen in twee afzonderlijke afdelingen in de nieuwe Titel IV. De onderhavige regeling wordt opgenomen in een nieuwe afdeling 4.2 (Homologatie van een onderhands akkoord). De regeling is opgedeeld in vier paragrafen:

- § 1. Algemene bepalingen;
- § 2. De aanbieding van en de stemming over een akkoord;

- § 3. De homologatie van een akkoord, en
- § 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord.

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 369

Artikel 369 bepaalt het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling.

Lid 1

In het eerste lid is bepaald dat de voorgestelde regeling ziet op schuldenaren die een onderneming drijven. Zoals is opgemerkt in het algemeen deel van de toelichting, is ervoor gekozen de regeling zo veel mogelijk vorm te geven als een kaderregeling. Daarmee biedt de regeling de flexibiliteit om toegepast te worden op een breed spectrum aan ondernemingen en om een akkoord tot stand te brengen dat toegesneden is op de specifieke omstandigheden van het geval. Het maakt niet uit in welke rechtsvorm de schuldenaar zijn onderneming drijft. Wel moet het gaan om een onderneming die rendabele bedrijfsactiviteiten heeft, maar vanwege een te zware schuldenlast toch insolvent dreigt te raken. Op dit uitgangspunt wordt één uitzondering gemaakt. De regeling is niet van toepassing op banken of verzekeraars. De reden daarvoor is dat banken en verzekeraars met de Interventiewet hun eigen reddingsmechanisme kennen, dat ook behelst het voorkomen van een faillissement. Dit reddingsmechanisme zou kunnen worden doorkruist met een dwangakkoord, hetgeen onwenselijk is.

Lid 2:

Artikel 369, tweede lid, maakt duidelijk waarop wordt gedoeld wanneer in de artikelen 371, tweede lid, 374, eerste en tweede lid, onderdeel b, 378, eerste lid, 379, tweede lid, 380, eerste lid, 381, tweede en derde lid, onderdeel f, en 382, eerste lid, wordt gesproken over "*stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders*". Dit betreffen de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd en die om die reden op basis van artikel 378, tweede lid, gerechtigd zijn hun stem over het akkoord uit te brengen. De bepaling is van belang omdat de schuldenaar een akkoord kan aanbieden aan al zijn schuldeisers en aandeelhouders, maar er ook voor kan kiezen zich te beperken tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders (artikel 370, eerste lid). Wordt artikel 369, tweede lid, gelezen in combinatie met bovengenoemde artikelen waarin het begrip "*stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders*" wordt gehanteerd, dan volgt hieruit dat de schuldenaar bij een dergelijk beperkter akkoord alleen de schuldeisers of aandeelhouders van wie hij een bijdrage vraagt in de herstructurering over het akkoord hoeft te informeren (artikelen 378, eerste lid). Het zijn ook alleen deze schuldeisers en aandeelhouders die:

- in de gelegenheid moeten worden gesteld over het akkoord te stemmen (artikel 378, tweede lid);

- kennis moeten kunnen nemen van het verslag dat na de stemming door de schuldenaar dient te worden opgesteld (artikel 379, tweede lid);
- door de schuldenaar in kennis moeten worden gesteld van de beschikking van de rechtbank waarbij terechtzitting is vastgesteld waarop het homologatieverzoek zal worden behandeld (artikel 380, eerste lid);
- mits zij tegen het akkoord hebben gestemd, bij de rechter bezwaar kunnen maken tegen de homologatie van het akkoord (artikelen 380, derde lid, en 381, derde en vierde lid), en
- aan een eenmaal gehomologeerd akkoord gebonden zijn (artikel 382, eerste lid).

Dat de schuldenaar niet alle bij de onderneming betrokken partijen hoeft te betrekken biedt hem de mogelijkheid om in relatieve rust een akkoord tot stand te brengen en negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en daarmee samenhangende nadelige consequenties te voorkomen.

Zoals reeds is opgemerkt in het algemeen deel van de toelichting, neemt het voorgaande niet weg dat uit de Wet op de Ondernemingsraden kan voortvloeien dat de medezeggenschapsorganen geïnformeerd moet worden en de gelegenheid moeten krijgen om een advies uit te brengen over het akkoord.

Lid 3:

Lid 3 bepaalt welke rechter bevoegd is om in het kader van de nieuwe afdeling 4.2 (Homologatie van een onderhands akkoord) beslissingen te nemen. Dit betreft:

- de afkondiging en opheffing van een afkoelingsperiode (artikel 375);
- de beslechting van geschillen die ontstaan in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord (artikel 376), en
- het nemen van een beslissing op het verzoek tot homologatie van het akkoord (artikel 381).

Deze bevoegdheid is toegekend aan de rechtbank die ingevolge artikel 2 Fw bevoegd is om de schuldenaar failliet te verklaren.

Lid 4 en lid 5:

Het vierde lid houdt ermee verband dat er situaties denkbaar zijn waarin het economisch belang bij een vordering bij een ander berust dan bij de juridisch rechthebbende. Komt er een akkoord tot stand waarin is voorzien in een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van die vordering, dan draagt deze ander (de economisch gerechtigde) het daaruit voortvloeiende financiële risico. Daarom is gerechtvaardigd om niet de juridisch gerechtigde, maar de economisch gerechtigde te laten stemmen over het akkoord. Het vierde lid bepaalt dat in dat geval uitsluitend de economisch gerechtigde deelneemt aan de stemming op basis van artikel 378 en dat de in de nieuwe afdeling 4.2 opgenomen regels waarin rechten worden toegekend aan de schuldeisers, dan van toepassing zijn op de economisch gerechtigde.

Het vierde lid is bijvoorbeeld van toepassing op begunstigen van uitgegeven obligaties. Volgens de Hoge Raad moeten dergelijke “*beneficiaries*” vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid

op één lijn worden gesteld met de schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet.⁹ In geval van surseance van betaling of faillissement hebben zij al de bevoegdheid te stemmen over een akkoord. Hetzelfde wordt nu bewerkstelligd voor het dwangakkoord buiten faillissement.

Het vijfde lid omvat eenzelfde regeling voor de situatie waarin het economisch belang bij een aandeel – dat wil zeggen alle vruchten die voortvloeien uit het aandeel – door de aandeelhouder is overgedragen aan een ander (de certificaathouder), terwijl het juridisch belang bij het aandeel – dat wil zeggen de zeggenschapsrechten of het stemrecht – bij de aandeelhouder blijft berusten. Bepaald is dat wanneer het akkoord betrekking heeft op aandelen ten aanzien waarvan certificaten zijn uitgegeven, de certificaathouders – in plaats van de aandeelhouder – deelnemen aan de stemming op basis van artikel 378 en dat de in de nieuwe afdeling 4.2 opgenomen regels waarin rechten worden toegekend aan de aandeelhouders, dan van toepassing zijn op de certificaathouders. Van belang is dat uit de tweede zin van het vijfde lid volgt dat aandeelhouders niet volledig worden uitgesloten van de toepassing van de afdeling. Dit betekent dat de artikelen 370, derde lid, en 382, tweede lid, van toepassing blijven op de aandeelhouder. Deze artikelen regelen – kort gezegd – dat bepaalde regels ten aanzien van besluitvorming door de algemene vergadering niet van toepassing zijn ten aanzien van de aanbieder en de uitvoering van een akkoord zoals geregeld in de nieuwe afdeling 4.2. Ook vruchtgebruikers van aandelen hebben een economisch belang bij het aandeel (vgl. artikel 2:88/197 BW). Daarom worden zij gelijkgesteld met certificaathouders.

Lid 6:

De voorgestelde regeling kan ook worden toegepast, wanneer de schuldenaar zijn onderneming drijft in de vorm van een vereniging of een coöperatie. Deze rechtsvormen hebben echter leden en geen aandeelhouders. Gelet hierop is in het zesde lid bepaald dat hetgeen voor aandeelhouders geldt, ook van toepassing is op de leden van een vereniging of een coöperatie.

Lid 7:

Bij de financiering van zakelijke activiteiten komt het regelmatig voor dat ook een borgtochtovereenkomst wordt gesloten. Bij die overeenkomst verbindt een derde zich ten gunste van een schuldeiser voor de nakoming van de overeenkomst voor het geval deze niet wordt nagekomen door de “*hoofdschuldenaar*” (artikel 7:850 BW). Zo komt het bijvoorbeeld voor dat bij de verstrekking van een financiering aan een besloten vennootschap (hierna: BV) de financier extra zekerheid wil voor het geval de BV haar terugbetalingsverplichting niet nakomt en de bestuurder daarom wordt gevraagd borg te staan. Wanneer de hoofdschuldenaar de overeenkomst niet nakomt, kan de schuldeiser de borg aanspreken. De borg die wordt aangesproken door een schuldeiser en vervolgens betaalt, heeft nadien een regresvordering op de hoofdschuldenaar (artikel 7:866 BW) en kan zich krachtens artikel 6:10 BW op de hoofdschuldenaar

⁹ Hoge Raad 26 augustus 2003, JOR 2003/211 (UPC).

verhalen. Mocht de schuldeiser betrokken worden bij een akkoord en wordt zijn vorderingsrecht in dat kader gewijzigd, dan zou hij de borg kunnen aanspreken voor het deel van de vordering dat hij heeft moeten kwijtschelden. Als de borg dit bedrag dan vervolgens weer zou kunnen verhalen op de schuldenaar, biedt het akkoord uiteindelijk nog steeds geen oplossing voor de financiële problemen van de schuldenaar. Daarom is in artikel 369, zevende lid, bepaald dat de bepalingen in de voorgestelde regeling die zien op de schuldeisers ook van toepassing zijn op borgen met een regresvordering. Dit betekent dat toekomstige regresvorderingen van borgen ook kunnen worden betrokken in het akkoord.

Naast de hiervoor beschreven aanspraken van borgen, ziet deze bepaling ook aanspraken van derden op basis van andere vormen van (contractuele) zekerheidstelling en op aanspraken van medeschuldenaren jegens de schuldenaar. De passage "*derden met goederen waarop schuldeisers rechten kunnen uitoefenen*" verwijst naar de situatie waarin een derde door de verstrekking van een pand- of hypotheekrecht op één of meer van zijn goederen zekerheid verschaft voor de nakoming door de hoofdschuldenaar van zijn verplichtingen jegens een schuldeiser.

Lid 8:

Het achtste lid ziet op het in artikel 371 geregelde scenario waarin niet de schuldenaar zelf maar één of meer van zijn schuldeisers de totstandkoming van een akkoord initiëren. Zij kunnen de rechter daartoe vragen een deskundige aan te stellen. Wanneer de rechter dit verzoek inwilligt, zijn de in de nieuwe afdeling 4.2 opgenomen regels waarin verplichtingen en bevoegdheden worden toegekend aan de schuldenaar, van toepassing zijn op die deskundige. Dit betekent – kort gezegd – dat de deskundige een voorstel voor een akkoord kan opstellen en vervolgens het traject kan inzetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter.

Lid 9:

Uit het negende lid volgt dat het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst. Daarvoor dient het daartoe bestemde traject, dat met de Wet Werk en Zekerheid is gestroomlijnd.

Lid 10:

In het tiende lid is bepaald dat een schuldenaar geen gebruik kan maken van de voorgestelde regeling indien hij in de drie voorgaande jaren al eens een mislukte poging heeft gedaan om een dwangakkoord tot stand te brengen. Hetzelfde geldt als in de drie voorgaande jaren al eens is geprobeerd een faillissements- of een surseanceakkoord tot stand te brengen. De bepaling komt inhoudelijk overeen met de in de onderdelen E en F voorziene aanpassing van de artikelen 252 en 287a Fw. Hiermee wordt voorkomen dat er een keten van procedures en herhaling van zetten ontstaat. Bovendien sluit dit aan bij de regelingen inzake het faillissements- en het surseanceakkoord, waarbij slechts één maal een akkoord kan worden aangeboden en in stemming worden gebracht (artikelen 138 en 252 Fw).

§ 2. De aanbieding van en de stemming over een akkoord

Artikel 370

Artikel 370 bepaalt wanneer een schuldenaar een akkoord kan aanbieden en wat dit akkoord kan behelzen. Ook regelt het artikel dat de regels ten aanzien van besluitvorming door de algemene vergadering in dit kader niet van toepassing zijn.

Lid 1:

Artikel 370, eerste lid, omvat één van de kernbepalingen van de voorgestelde regeling. Hierin is namelijk geregeld dat een onderneming die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigt te raken, zijn schuldeisers en aandeelhouders een akkoord kan aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten. Artikel 381 omvat de daarbij aansluitende tweede kernbepaling van de regeling. Op basis van die bepaling kan de rechter het akkoord homologeren, mits tenminste één klasse van schuldeisers of aandeelhouders met het akkoord heeft ingestemd (artikel 380, eerste lid) en er geen sprake is van enige weigeringsgrond (artikel 381, eerste lid). De homologatie leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders (artikel 382). Schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd, kunnen daardoor toch aan het akkoord worden gebonden.

Bij een “*wijziging van de rechten van de schuldeisers en de aandeelhouders*” kan het bijvoorbeeld gaan om een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van een uitstaande vordering. Ook kan sprake zijn van een “*debt for equity swap*” waarbij een gedeelte van een vordering wordt omgezet in een aandelenbelang in de onderneming.

Het akkoord kan zien op alle schuldeisers en aandeelhouders van de onderneming. Een akkoord dat zich beperkt tot “*een aantal van hen*” – dat wil zeggen tot één of meer categorieën van schuldeisers en aandeelhouders – is ook mogelijk. Hierbij kan gedacht worden aan een akkoord dat zich uitsluitend richt op een sanering of herstructurering van de schulden jegens financiers en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid laat. De voorgestelde akkoordregeling wijkt op dit punt af van de regeling voor het faillissements- en het surseanceakkoord. In faillissement kan de gefailleerde – bij monde van de curator – een akkoord aanbieden aan “*zijn gezamenlijke schuldeisers*” (artikel 138 Fw) en in surseance is de schuldenaar bevoegd om aan “*hen, die vorderingen hebben, ten aanzien waarvan de surseance werkt*” een akkoord aan te bieden (artikel 252 Fw). Besluit de schuldenaar een akkoord aan te bieden dat zich beperkt tot één of meer categorieën van schuldeisers en aandeelhouders, dan moet hij zich er wel rekenschap van geven dat dit akkoord alleen in aanmerking zal kunnen komen voor homologatie door de rechter, wanneer:

- hij een redelijke grond kan aandragen voor zijn beslissing om bepaalde schuldeisers of aandeelhouders buiten het akkoord te houden en dus niet te vragen om ook een deel van de herstructureringslasten te dragen, of
- de klassen van schuldeisers of aandeelhouders met een gelijke of hogere rang in ruime meerderheid instemmen met het akkoord en daarmee met de gemaakte keuze om bepaalde schuldeisers en aandeelhouders daar niet bij te betrekken (artikel 381, vierde lid, onderdeel d).

Het is goed voorstelbaar dat de schuldenaar een akkoord aanbiedt en dat daarover vervolgens overleg en onderhandeling plaatsvindt met de schuldeisers en aandeelhouders. Dit kan ertoe leiden dat het akkoord nog moet worden aangepast. De voorgestelde regeling biedt daar ruimte voor. De enige voorwaarde die in dit verband wordt gesteld, is dat de schuldenaar uiteindelijk een definitief akkoord aan de schuldeisers zal moeten voorleggen. Dit zal hij moeten doen binnen redelijke termijn voor het plaatsvinden van de stemming. Deze termijn mag in ieder geval niet korter zijn dan acht dagen (artikel 378, eerste lid).

Lid 2:

Zoals eerder is opgemerkt in het kader van artikel 369, zevende lid, komt het bij de financiering van zakelijke activiteiten regelmatig voor dat ook een borgtochtovereenkomst wordt gesloten. Is de schuldenaar een vennootschap die onderdeel uitmaakt van een groep vennootschappen, dan kan bijvoorbeeld afgesproken zijn dat een andere vennootschap binnen de groep borg staat. Mocht er een akkoord tot stand komen waarbij de schuldeiser de hoofdschuldenaar kwijting verleent voor een gedeelte van zijn vordering, dan laat dit de aanspraak die de schuldeiser heeft op de borg in beginsel onverlet. Het bedrag dat niet door de schuldenaar zal worden voldaan, zal de schuldeiser alsnog kunnen vorderen van de borg. Als de borg dit bedrag dan vervolgens weer zou kunnen verhalen op de schuldenaar, biedt het akkoord uiteindelijk nog steeds geen oplossing voor de financiële problemen van de schuldenaar. Daarom is in artikel 369, zevende lid, bepaald dat toekomstige regresvorderingen van borgen ook kunnen worden betrokken in het akkoord. Echter, wanneer de regresvordering van de borg op basis van het akkoord aanzienlijk wordt gereduceerd, zou dit ertoe kunnen leiden dat de borg zelf insolvent dreigt te gaan. Artikel 370, tweede lid, ziet op die situatie en bepaalt dat het akkoord dat door de schuldenaar wordt aangeboden in een dergelijk geval ook kan voorzien in een wijziging van de rechten van schuldeisers jegens borgen. Dit betekent dat het akkoord ook kan inhouden dat de aanspraak van een schuldeiser jegens een borg wordt gewijzigd. Naast de hiervoor beschreven aanspraken jegens borgen, ziet deze bepaling ook op aanspraken op basis van andere vormen van (contractuele) zekerheidstelling door derden en op aanspraken jegens medeschuldenaren. De passage "*derden met goederen waarop schuldeisers rechten kunnen uitoefenen*" verwijst naar de situatie waarin een derde zich verbindt jegens een schuldeiser voor de nakoming door de (hoofd)schuldenaar van zijn verplichtingen jegens de schuldeiser door de verstrekking van een pand- of hypotheekrecht op één of meer zijn goederen.

Artikel 370, tweede lid, maakt mogelijk de herstructurering van een groep van ondernemingen in één keer af te wikkelen. Niet alleen de hoofdschuldenaar kan in het akkoord worden betrokken, maar ook de ondernemingen binnen de groep die borg zijn of op een andere manier zakelijke zekerheid hebben verschaft ten behoeve van de hoofdschuldenaar. Uiteraard komt een dergelijk akkoord alleen in aanmerking voor homologatie door de rechter als in het onderhandelingstraject ten aanzien van de hele groep is voldaan aan alle procedurevoorschriften betreffende de aanbidding, de inhoud en de inrichting van het akkoord, alsmede de stemming over het akkoord (artikelen 370 tot en met 373 en 376). Bovendien is homologatie van het akkoord dan alleen mogelijk als ten aanzien van alle afspraken betreffende de verschillende groepsonderdelen is voldaan aan de homologatievoorwaarden genoemd in artikel 381. Daarom is in artikel 370, tweede lid, bepaald dat bij een dergelijk groepsakkoord het in de nieuwe afdeling 4.2 ten aanzien van de schuldenaar bepaalde eveneens van toepassing is op de ondernemingen binnen de groep die borg zijn of op een andere manier zakelijke zekerheid hebben verschaft ten behoeve van de hoofdschuldenaar. Om het traject overzichtelijk te houden, is wel bepaald dat de hoofdschuldenaar het voortouw houdt bij de te volgen procedure en dat hij bij uitsluiting bevoegd is om verzoeken in te dienen als bedoeld in de artikelen 375, eerste lid, 376, eerste lid, 377, en 380, eerste lid. Dit betreft verzoeken aan de rechter tot:

- afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 375, eerste lid);
- beslechting van geschillen die opkomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord (artikel 376, eerste lid);
- toepassing van de maatwerkbepaling op basis waarvan de rechtbank nadere bepalingen kan maken of voorzieningen kan treffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders (artikel 377), en
- homologatie van een akkoord (artikel 380, eerste lid).

Lid 3:

Het derde lid ziet op de situatie dat de schuldenaar een rechtspersoon is. De bepaling regelt dat bepaalde regels ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering niet van toepassing zijn wanneer op basis van de nieuwe afdeling 4.2 een akkoord wordt aangeboden. Dit geldt ook bij de uitvoering van een akkoord dat op basis van artikel 381 door de rechter is gehomologeerd. Mocht de uitvoering van het akkoord een besluit van de algemene vergadering vergen, dan regelt artikel 381, vijfde lid, dat de beschikking tot homologatie van het akkoord daarvoor in de plaats kan treden.

Het voorgaande betekent in ieder geval dat het bestuur van de rechtspersoon voor de aanbidding van een akkoord niet de goedkeuring nodig heeft van de algemene vergadering, behalve als het akkoord een wijziging in het kapitaal van een naamloze vennootschap behelst. Gelet op het feit dat het akkoord ook kan voorzien in een wijziging van de rechten van aandeelhouders, is een dergelijke bepaling noodzakelijk om te voorkomen dat het bestuur vanwege weerstand bij aandeelhouders in zijn geheel niet toekomt aan het in gang zetten van een traject dat kan leiden tot de totstandkoming van een akkoord. Overigens

betekent de buiten toepassing verklaring van de regels betreffende besluitvorming door de algemene vergadering niet dat de aandeelhouders zich helemaal niet meer over het akkoord zullen kunnen uitspreken. De wijze waarop zij dit zullen kunnen doen, is alleen anders geregeld. Wanneer het akkoord voorziet in een wijziging van de rechten van de aandeelhouders, dan hebben zij op basis van artikel 378, tweede lid, het recht deel te nemen aan de stemming over het akkoord. Dient de schuldenaar na de stemming een verzoek in tot homologatie van het akkoord, dan hebben de aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd, het recht om bij de rechter bezwaar te maken tegen de homologatie van het akkoord en zullen zij in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek nogmaals hun stem kunnen laten horen (artikel 380, derde lid).

Artikel 371

Artikel 371 bepaalt wanneer en hoe een schuldeiser de totstandkoming van een akkoord zou kunnen initiëren en wat hiervan dan de gevolgen zijn voor de schuldenaar.

Lid 1

Het eerste lid biedt schuldeisers de mogelijkheid om de rechter vragen een deskundige aan te stellen die een voorstel voor een akkoord kan opstellen en vervolgens het traject kan inzetten dat kan leiden tot de homologatie van dat akkoord door de rechter. De rechter zal het verzoek alleen kunnen honoreren, wanneer voldaan is aan drie voorwaarden, namelijk:

- (i) er zijn redenen om aan te nemen dat de schuldenaar afstevent op een faillissement;
- (ii) de schuldeiser heeft de schuldenaar daarom aangemaand om ter verlichting van de schuldenlast zijn schuldeisers en aandeelhouders een akkoord aan te bieden, en
- (iii) er is een week verstreken zonder dat de schuldenaar daarop heeft gereageerd, of de schuldenaar heeft toegezegd een akkoord te zullen aanbieden, maar een maand later is nog steeds niets van hem vernomen, dan wel heeft hij weliswaar een voorstel gedaan voor een akkoord, maar dit was van dusdanig slechte kwaliteit dat van een serieuze poging geen sprake is geweest.

De eerste voorwaarde is opgenomen omdat de aanstelling van een deskundige de nodige impact zal hebben op de normale bedrijfsuitoefening van de onderneming. In de eerste plaats leidt de aanstelling van een deskundige tot de introductie van een inlichtingen- en medewerkingsplicht voor de schuldenaar (lid 3). Daarnaast geldt bovendien dat wanneer het akkoord daadwerkelijk tot stand komt, dit akkoord uitgevoerd zal moeten worden door de schuldenaar. Dit maakt dat er dwingende redenen aanwezig moeten zijn om tot de aanstelling van een deskundige over te gaan. De tweede en de derde voorwaarde vormen een uitwerking van een belangrijk uitgangspunt van de voorgestelde regeling, namelijk dat de schuldenaar in beginsel zelf het initiatief neemt om een akkoord tot stand te brengen. Gelet daarop is de in artikel 371, eerste lid, geboden mogelijkheid vooral bedoeld om de schuldenaar te stimuleren zelf tijdig actie te ondernemen.

Lid 2

De in het eerste lid geboden mogelijkheid voor schuldeisers om de rechtbank te vragen een deskundige aan te stellen die een akkoordprocedure in gang kan zetten, is er op basis van het tweede lid ook wanneer de schuldenaar een poging heeft gedaan om een akkoord tot stand te brengen, maar dit hem uiteindelijk niet is gelukt omdat geen enkele klasse met het door hem voorgestelde akkoord heeft ingestemd of de rechtbank de homologatie van het akkoord heeft geweigerd. Deze bepaling is enerzijds bedoeld als stimulans voor de schuldenaar; besluit hij zelf een akkoordprocedure in gang te zetten, dan wordt van hem verwacht dat hij daartoe een serieuze poging doet. Anderzijds geldt deze bepaling als vangnet. Mocht een serieuze poging van de schuldenaar onverhoopt toch stranden, dan kunnen de schuldeisers dit herstellen door ervoor te zorgen dat er een deskundige wordt ingeschakeld die een aangepast akkoord kan aanbieden dat het wel haalt.

Lid 3 en 4:

Als de rechtbank besluit een deskundige aan te stellen, is de schuldenaar gehouden om de deskundige alle inlichtingen te verschaffen en medewerking te verlenen die deze nodig heeft om zijn taak te volbrengen (lid 3). Om ongewenste exposure te vermijden, zal de deskundige de verkregen informatie slechts met derden delen voor zover dit noodzakelijk is in het kader van de totstandkoming van het akkoord (lid 4).

Lid 5 en 6:

In het vijfde 5 is bepaald dat de rechtbank een verzoek van een schuldeiser tot aanstelling van een deskundige in raadkamer zal behandelen. Hiermee wordt aangesloten bij de praktijk betreffende de behandeling van de faillissementsaanvraag of aangifte. Behandeling in raadkamer is ingevolge artikel 4, eerste lid, Fw de regel bij de faillissementsaanvraag of aangifte, omdat het belang van de schuldenaar zich in het algemeen tegen openbare behandeling zal verzetten. Dit geldt nog sterker bij de behandeling van een verzoek tot aanstelling van een deskundige. Dit verzoek is er immers op gericht de totstandkoming van een akkoord te initiëren om te voorkomen dat de schuldenaar failliet gaat. Zou het verzoek in het openbaar worden behandeld, dan zou dit direct kunnen leiden tot negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en de kansen op een succesvolle redding van de onderneming aanzienlijk kunnen verkleinen.

Voordat de rechtbank over het verzoek beslist, dient zij de schuldenaar en de schuldeiser die het verzoek heeft ingediend in de gelegenheid te stellen om te worden gehoord. Zoals eerder is opgemerkt zal de aanstelling van een deskundige en de daarmee samenhangende start van een traject dat tot doel heeft een akkoord tot stand te brengen, een grote impact hebben op de bedrijfsvoering van de schuldenaar. Gelet hierop dient de schuldenaar de kans te krijgen om zich uit te spreken over het verzoek en de bezwaren die hij heeft tegen toewijzing daarvan naar voren te brengen. Voorts is het van

belang dat de schuldeiser die het verzoek heeft ingediend daar weer op kan reageren. Op die manier krijgt de rechtbank een volledig beeld van de situatie. Dit heeft zij nodig om een goede beslissing te kunnen nemen op het verzoek.

In het zesde lid is bepaald dat tegen de beslissing van de rechtbank geen rechtsmiddel openstaat.

Voor de indiening van het verzoek tot aanstelling van een deskundige zal de schuldeiser zich moeten laten vertegenwoordigen door een advocaat (artikel 5 Fw). Verder zal hij griffierecht verschuldigd zijn. Hem zal het tarief voor zaken van onbepaalde waarde in rekening worden gebracht. Dit is thans voor natuurlijke personen € 287 en voor rechtspersonen € 618 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

Artikel 372

Artikel 372 biedt de schuldenaar die insolvent dreigt te raken en zijn schuldeisers en aandeelhouders daarom een akkoord aanbiedt, de mogelijkheid om – naast zijn bestaande schulden – ook toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit lopende overeenkomsten te herstructureren. Daarbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan een huurovereenkomst voor een bedrijfsruimte, leaseovereenkomsten of doorlopende leveringsovereenkomsten. Artikel 372 is zowel van toepassing op overeenkomsten die voor een bepaalde tijd zijn aangegaan als overeenkomsten die voor onbepaalde tijd zijn aangegaan.

Daarnaast regelt dit artikel dat “*ipso facto-clausules*”, dat wil zeggen contractsbepalingen die automatisch contractuele gevolgen verbinden aan het openen van een insolventieprocedure of een andere insolventie gerelateerde gebeurtenis ten aanzien van de schuldenaar, zonder gevolg blijven.

Lid 1:

Het eerste lid biedt de schuldenaar de mogelijkheid om zijn wederpartij bij een lopende overeenkomst een voorstel kan doen tot aanpassing van die overeenkomst. Stemt de wederpartij daarmee niet in, dan heeft de schuldenaar het recht de overeenkomst op te zeggen. De opzegging dient te geschieden tegen een tijdstip dat naar plaatselijk gebruik gangbaar is. De opzegtermijn die in acht moet worden genomen, is of de overeengekomen opzegtermijn of de gebruikelijke termijn, met dien verstande dat deze termijn maximaal drie maanden mag bedragen. De regeling sluit hiermee aan bij artikel 39 Fw betreffende de opzegging van een huurovereenkomst in faillissement.

Het eerste lid stelt verder geen formele eisen betreffende de wijze waarop de opzegging dient plaats te vinden. Stelt een specifieke wettelijke regeling deze eisen wel, dan dienen die hier ook in acht te worden genomen. Zo zal de opzegging van een huurovereenkomst betreffende een bedrijfsruimte bij exploit of aangetekende brief moeten plaatsvinden (artikel 7:293, tweede lid, BW).

Lid 2:

Het tweede lid bepaalt dat de wederpartij na de wijziging dan wel opzegging van de overeenkomst recht heeft op schadevergoeding. De omvang van de schadevergoeding wordt bepaald door toepassing van afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Voorts is geregeld dat het akkoord dat de schuldenaar overeenkomstig artikel 370, eerste lid, aanbiedt ook kan voorzien in een aanpassing van deze vordering tot schadevergoeding.

Lid 3:

Is in enigerlei beding in een overeenkomst bepaald dat het aanbieden van een akkoord die overeenkomst automatisch doet eindigen of de wederpartij het recht geeft de overeenkomst te beëindigen, dan wel enig recht of enige verplichting onder die overeenkomst automatisch doet wijzigen of de wederpartij het recht geeft om een dergelijke wijziging tot stand te brengen, dan blijft dat beding ingevolge het derde lid buiten toepassing. Deze bepaling moet ruim worden gelezen. Zij heeft ook betrekking op bedingen met een vergelijkbaar effect. Daarbij moet onder meer gedacht worden aan zogenoemde “*change of control*” clausules. Mocht een dergelijke clause in de weg staan aan de aanbieding van een akkoord dat voorziet in een “*debt for equity swap*” waarbij er nieuwe aandeelhouders toetreden tot de vennootschap, dan blijft die clause eveneens buiten toepassing.

Deze bepaling is nodig om te voorkomen dat een schuldeiser zichzelf met een beroep op een dergelijk beding alsnog in een positie kan brengen waarin hij de herstructurering op oneigenlijke gronden kan blokkeren of volledige betaling van zijn vordering zou kunnen afdwingen ten koste van de overige betrokkenen.

Artikel 373

Eerder is opgemerkt dat het akkoord alleen in aanmerking kan komen voor homologatie door de rechter, indien dit een herstructureringsvoorstel omvat dat redelijk is ten opzichte van de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Dit betekent in ieder geval dat het voorstel ertoe moet leiden dat de lasten die uit de herstructurering zullen voortvloeien en de “*going concern*” waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd, eerlijk onder de schuldeisers en aandeelhouders worden verdeeld. De criteria die worden gehanteerd om dit te bepalen zijn geïnspireerd op enkele regels uit de Chapter 11-procedure uit de Verenigde Staten, waaronder de “*absolute priority rule*” (artikel 381, vierde lid). Wat eerlijk is hangt af van de positie van de desbetreffende schuldeiser of aandeelhouder. Gelet hierop is in artikel 373 bepaald dat als een akkoord betrekking heeft op schuldeisers en aandeelhouders met verschillende posities, voorzien moet zijn in een klassenindeling. Dit betekent dat de te onderscheiden categorieën schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen dienen te worden ingedeeld, iedere klasse een op de rechten van de desbetreffende schuldeisers of aandeelhouders aansluitend schuldsaneringsvoorstel dient te krijgen (artikel 374), en in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord dient plaats te vinden (artikel 378, derde lid).

Volgens artikel 373 is een klassenindeling vereist wanneer het akkoord betrekking heeft op “schuldeisers of aandeelhouders die belangen of rechten hebben of op basis van het akkoord rechten krijgen die zo verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake kan zijn”. Het gaat er dus om dat de schuldeisers of aandeelhouders een onvergelijkbare positie hebben. Of hiervan sprake is, hangt af van:

- de rechten die de betrokken schuldeisers en aandeelhouders hebben op het moment dat het akkoord wordt aangeboden;
- de rechten die zij op basis van het akkoord zullen krijgen, en
- hun belangen, in het bijzonder die bij de totstandkoming van het akkoord.

In ieder geval dienen schuldeisers of aandeelhouders die in faillissement een verschillende rang zouden hebben, in verschillende klassen te worden ingedeeld (vgl. titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede artikel 57 lid 1 Fw). Gedacht moet worden aan verschillende klassen voor bijvoorbeeld de crediteuren met een pand- of hypotheekrecht, de crediteuren met een eigendomsvoorbehoud of de concurrente crediteuren. Het is evident dat deze schuldeisers verschillende rechten en belangen hebben en daardoor niet in een vergelijkbare positie zijn.

Het is mogelijk dat een schuldeiser voor dezelfde vordering in verschillende klassen wordt ingedeeld, bijvoorbeeld omdat een deel van de vordering gedekt is door pand- of hypotheekrecht en een deel niet. Deze schuldeiser zal voor het deel van zijn vordering dat wordt gedekt door het onderpand, dienen te worden ingedeeld in een klasse van zekerheidsgerechtigde schuldeisers. Voor het overige deel van zijn vordering dient hij te worden ingedeeld in een klasse van concurrente schuldeisers.

Het staat de schuldenaar vrij om één categorie schuldeisers onder te verdelen in verschillende klassen. Daarbij kan hij die klassen ook ieder een ander aanbod doen en mag het zelfs zo zijn dat de ene klasse daarbij beter wordt bedeed dan de andere klasse. Wil het akkoord in dit laatste geval in aanmerking kunnen komen voor homologatie, dan zal de schuldenaar er echter wel voor moeten zorgen:

- dat hij een redelijke grond kan aandragen voor het onderscheid dat hij maakt, of
- dat de minder bedeelde klasse in ruime meerderheid instemt met het akkoord en daarmee met de keuze om de andere klasse een beter bod te doen (artikel 381, vierde lid, onderdeel c).

Artikel 374

Artikel 374 bepaalt welke informatie dient te worden opgenomen in het akkoord en welke informatie daarbij dient te worden overlegd. Deze bepaling heeft vooral tot doel ervoor te zorgen dat de schuldeisers en aandeelhouders de informatie krijgen die zij nodig hebben om effectief gebruik te kunnen maken van hun stemrecht op basis van artikel 378.

Lid 1 en 2:

Het eerste lid omvat in de eerste plaats als uitgangspunt dat het akkoord alle informatie dient te omvatten die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich voor het plaatsvinden van de stemming een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over het akkoord. Voorts wordt in het eerste en het tweede lid voorgeschreven welke basisinformatie *in ieder geval* in het akkoord dient te zijn opgenomen of aan het akkoord dient te zijn gehecht. Deze lijst is niet limitatief. Er zal vrijwel altijd aanvullende informatie moeten worden verschaft om aan het genoemde uitgangspunt te voldoen.

De lijst met basisinformatie moet de schuldeisers en aandeelhouders in staat stellen:

- te overzien wat voor hen de gevolgen zijn van het akkoord (lid 1, onderdelen b en d);
- in te schatten of de totstandkoming van het akkoord *noodzakelijk* en *toereikend* is om een dreigend faillissement af te wenden en of het akkoord *redelijk* is (lid 1, onderdelen a en c, en lid 2), en
- te vernemen hoe zij zich verder kunnen laten informeren (onderdeel e) alsmede hoe en wanneer zij hun stem over het akkoord zullen kunnen uitbrengen (onderdeel f).

Ten aanzien van de informatie die wordt genoemd in het eerste lid, onderdeel d, wordt nog het volgende opgemerkt. Het akkoord kan voorzien in een toedeling van rechten aan de schuldeisers en aandeelhouders. Dit kan zijn het recht op een uitkering in geld, maar ook een uitkering in een andere vorm; zoals obligaties of aandelen. Het eerste lid, onderdeel d, schrijft voor dat de schuldeisers in dat geval dienen te worden geïnformeerd over wanneer de toedeling van de rechten zal plaatsvinden. Bedoeld is dat de schuldenaar zal moeten melden wanneer het geld zal worden uitbetaald of wanneer de obligaties of aandelen zullen worden uitgegeven.

Voor het geval het in de toekomst wellicht nodig mocht blijken om de lijst met basisinformatie uit te breiden of nadere regels te stellen omtrent de wijze waarop de informatie dient te worden verstrekt, is in het derde lid voorzien in de mogelijkheid om hierover bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen.

Artikel 375

Artikel 375 biedt de schuldenaar de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen jegens alle schuldeisers of een aantal van hen. Tijdens die periode, van ten hoogste twee maal twee maanden, kunnen de desbetreffende schuldeisers hun bevoegdheid tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet uitoefenen dan met machtiging van de rechtbank. Dit houdt bijvoorbeeld ook in dat een bank de inkomsten van de schuldenaar die op zijn bankrekening binnenkomen niet zonder toestemming van de rechter zal mogen verrekenen met de uitstaande schuld (dat wil zeggen de roodstand op de rekening). Afdeling 2.1 Fw kent deze regeling al voor de surseance van betaling (artikel 421a e.v. Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is nauw aangesloten bij deze regeling.

De bepaling valt net als artikel 3d op basis waarvan de behandeling van een faillissementsaanvraag kan worden geschorst, binnen de categorie aanvullende maatregelen die erop gericht zijn de schuldenaar in de gelegenheid te stellen een akkoord tot stand te brengen en te voorkomen dat de schuldeisers die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering, de totstandkoming van een akkoord alsnog op oneigenlijke gronden kunnen blokkeren, vertragen of manipuleren. De voorwaarden waaronder deze maatregelen kunnen worden toegepast en de overwegingen die daarbij een rol spelen, komen overeen. Daarom wordt voor de verdere toelichting op dit artikel verwezen naar de toelichting op artikel 3d.

Artikel 376

Artikel 376 biedt de schuldenaar de mogelijkheid om geschillen die opkomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord, aan de rechter voor te leggen. Zoals eerder is opgemerkt, is een belangrijk uitgangspunt van de regeling dat de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt is. Bestaat er echter onzekerheid over de vraag of sprake is van een weigeringsgrond die zelfs als alle klassen van schuldeisers of aandeelhouders met het akkoord instemmen, aan de homologatie van het akkoord door de rechter in de weg zou staan, dan is het vanuit het oogpunt van het bevorderen van “*deal certainty*” van belang dat die zo spoedig mogelijk kan worden weggenomen. Tegelijkertijd moet voorkomen worden dat het proces in het kader van de totstandkoming van het akkoord niet onnodig wordt opgehouden. Mede daarom is deze mogelijkheid om de rechter eerder bij het proces te betrekken, niet opengesteld voor de schuldeisers en aandeelhouders. Op die manier wordt voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering, de totstandkoming van een akkoord alsnog op oneigenlijke gronden zouden kunnen blokkeren, vertragen of manipuleren.

Lid 1, 3 en 4

Het eerste lid omvat een opsomming van de geschilpunten die de schuldenaar aan de rechter kan voorleggen. Deze geschilpunten zijn samen te vatten in de hoofdvraag of het akkoord dat voorligt in aanmerking zou kunnen komen voor homologatie door de rechter of dat er wellicht sprake is van één of meer van de weigeringsgronden genoemd in artikel 381, derde lid. De rechter kan in dit stadium nog niet gevraagd worden om te toetsen aan de weigeringsgronden genoemd in artikel 381, vierde lid. Reden hiervoor is dat voor al deze gronden geldt dat pas na de stemming kan worden vastgesteld of deze al dan niet van toepassing zouden kunnen zijn. De eventuele toepasselijkheid van die gronden is immers afhankelijk van de vraag of één of meerdere klassen tegen het akkoord hebben gestemd.

Ten aanzien van de onderdelen a, b en c wordt nog het volgende opgemerkt. Een geschilpunt omtrent de bevoegdheid van de schuldenaar om op basis van afdeling 4.2 een akkoord aan te bieden, ziet vooral op de vraag of de schuldenaar daadwerkelijk in een situatie verkeert dat hij vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigt te raken (onderdeel a). Zoals eerder is opgemerkt is dit één van de

basisvoorwaarden waaraan voldaan moet zijn, wil het akkoord gehomologeerd kunnen worden. Desgevraagd, zal de rechter dus een insolventietoets dienen te verrichten.

Geschillen omtrent de inhoud van de informatie die in het akkoord of in de daaraan gehechte bescheiden is opgenomen (onderdeel b) kunnen onder meer betreffen:

- een betwisting van de waarderingen die de schuldenaar overeenkomstig artikel 374, eerste lid, onderdeel c, in zijn akkoord heeft opgenomen en die de basis vormen voor de in het akkoord opgenomen herstructureringsvoorstellen, of
- een geschil over de hoogte van de vordering van een schuldeiser dan wel de waarde van het recht van een aandeelhouder zoals de schuldenaar die overeenkomstig artikel 374, tweede lid, onderdeel b, in de bij het akkoord over te leggen lijst heeft vermeld en die bepalend is voor de toelating van de schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming (onderdeel c).

De rechter zou op basis van het derde lid een onafhankelijk deskundige kunnen vragen een onderzoek te verrichten naar deze informatie en hierover verslag uit te brengen. Op basis van dat verslag kan de rechter dan een beslissing nemen omtrent de betrouwbaarheid van de door de schuldenaar aangeleverde informatie. Mocht het geschil betrekking hebben op de vraag of bepaalde informatie al dan niet ontbreekt, dan kan de rechtbank alvorens zij een beslissing neemt, de schuldenaar een termijn gunnen waarbinnen hij die informatie alsnog kan aanvullen (lid 4).

Lid 2:

De schuldenaar dient op basis van artikel 374, tweede lid, onderdeel b, bij het akkoord een lijst over te leggen waarop de namen van alle schuldeisers en aandeelhouders zijn vermeld en het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld. Het is mogelijk dat een medeschuldeiser of de schuldeiser dan wel de aandeelhouder zelf deze informatie vervolgens ter discussie stelt. Dat wil zeggen dat de hoogte of zelfs het bestaan van de vordering of het recht wordt betwist. Aangezien deze informatie bepalend is voor de toelating van de schuldeiser of de aandeelhouder tot de stemming en uiteindelijk ook voor de stemuitslag, is het van belang dat hierover voor de stemming een beslissing wordt genomen. Artikel 376, tweede lid, bepaalt daarom dat als de schuldenaar een dergelijk geschil aan de rechter voorlegt, de rechter zal bepalen of en tot welk bedrag deze schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. De beslissing om een schuldeiser of aandeelhouder al dan niet, of gedeeltelijk toe te laten, zegt alleen iets over de toelating tot de stemming. De beslissing heeft slechts een procedureel effect en heeft geen invloed op de vaststelling van de vordering of het recht. Om hier definitief uitsluitsel over te krijgen zal een afzonderlijke procedure gevoerd moeten worden. De toepassing van artikel 147 Fw leidt ertoe dat als later uit deze procedure blijkt dat een vordering niet bestond of dat deze lager of hoger was dan het bedrag waarvan men is uitgegaan bij de totstandkoming van het akkoord, dit niet meer van invloed kan zijn op de uitkomst van de stemming. Als een schuldeiser of aandeelhouder helemaal niet wordt toegelaten tot de stemming, kan hij later ook niet opkomen tegen een homologatie van het akkoord (artikel 381, derde lid). Omdat de schuldeiser of

aandeelhouder niet over het akkoord heeft kunnen stemmen, kan het akkoord echter ook niet jegens hem verbindend worden verklaard (artikel 382, eerste lid). Afdeling 2.1 Fw kent deze regeling al voor de surseance van betaling (artikel 267 Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is nauw aangesloten bij deze regeling.

Lid 5 en 6:

In het vijfde lid is bepaald dat de rechtbank een verzoek van een schuldenaar tot het nemen van een beslissing omtrent een geschilpunt als bedoeld in het eerste lid in raadkamer zal behandelen. Hiermee wordt aangesloten bij de praktijk betreffende de behandeling van de faillissementsaanvraag of aangifte. Behandeling in raadkamer is ingevolge artikel 4, eerste lid, Fw de regel bij de faillissementsaanvraag of aangifte, omdat het belang van de schuldenaar zich in het algemeen tegen openbare behandeling zal verzetten. Dit geldt nog sterker bij de behandeling van een verzoek als bedoeld in het onderhavige artikel. Dit verzoek is er immers op gericht de totstandkoming van een akkoord te faciliteren om te voorkomen dat de schuldenaar failliet gaat. Zou het verzoek in het openbaar worden behandeld, dan zou dit direct kunnen leiden tot negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en de kansen op een succesvolle redding van de onderneming aanzienlijk kunnen verkleinen. Voordat de rechtbank een beslissing neemt in het kader van het eerste en tweede lid, dient zij de schuldenaar en de bij het geschil betrokken schuldeiser of aandeelhouder in de gelegenheid te stellen om te worden gehoord en hun standpunten naar voren te brengen. Op die manier krijgt de rechtbank een volledig beeld van de situatie. Dit heeft zij nodig om een goede beslissing te kunnen nemen.

In het zesde lid is bepaald dat tegen de beslissing van de rechtbank geen rechtsmiddel openstaat.

Voor de indiening van een verzoek als bedoeld in het eerste lid zal de schuldenaar zich moeten laten vertegenwoordigen door een advocaat (artikel 5 Fw). Verder zal hij griffierecht verschuldigd zijn. Hem zal het tarief voor zaken van onbepaalde waarde in rekening worden gebracht. Dit is thans voor natuurlijke personen €287 en voor rechtspersonen €618 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

Artikel 377

Artikel 377 biedt de rechtbank de mogelijkheid om voorzieningen te treffen of nadere bepalingen te maken om de belangen van de betrokken schuldeisers of aandeelhouders te waarborgen. De rechtbank kan dit doen op verzoek van de schuldenaar, maar ook ambtshalve. Uiteraard is dit alleen aan de orde wanneer de rechtbank op enig moment in het proces betreffende de totstandkoming van het akkoord wordt betrokken. Hiervan is in ieder geval sprake wanneer de schuldenaar de rechtbank vraagt:

- de behandeling van een ingediende faillissementsaanvraag te schorsen (artikel 3d);
- een afkoelingsperiode af te kondigen (artikel 375), of
- een beslissing te nemen over een geschil dat is opgekomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming (artikel 376).

In deze gevallen kunnen ook de betrokken schuldeisers of aandeelhouders de rechtbank verzoeken om voorzieningen te treffen of nadere bepalingen te maken.

Wat betreft de te treffen voorzieningen moet bijvoorbeeld gedacht worden aan het stellen van de voorwaarde dat binnen een bepaalde termijn over het akkoord zal moeten worden gestemd. Ook is denkbaar is dat de rechtbank bepaalt dat de schuldenaar regelmatig moet rapporteren over hoe het proces vordert of dat er een onafhankelijk deskundige wordt aangesteld die het traject zal monitoren.

De bevoegdheid tot het maken van nadere bepalingen, biedt de rechtbank de mogelijkheid om de bepalingen die van toepassing zijn op de totstandkoming van een dwangakkoord opzij te zetten of af te stemmen op de een specifieke situatie. Afdeling 2.1 Fw kent deze regeling al voor de surseance van betaling (artikel 225 Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is nauw aangesloten bij deze regeling. Ten aanzien van artikel 225 Fw heeft de Hoge Raad al eens geoordeeld dat een beslissing van de rechtbank waarbij zij een “*voting record date*” vaststelt om vervolgens te kunnen bepalen wie aangemerkt kunnen worden als “*beneficial holders*” van de obligaties en om die reden toegelaten moeten worden tot de stemming over een aangeboden akkoord, aangemerkt moet worden als een beslissing in de zin van artikel 225 Fw.¹⁰

Artikel 378

Artikel 378 regelt wanneer de schuldenaar zijn definitieve akkoord aan de schuldeisers en de aandeelhouders dient voor te leggen, geeft regels over de stemming over het akkoord en over wie daaraan mogen deelnemen, en schrijft voor hoe de uitslag van de stemming wordt bepaald.

Lid 1 en 2:

Het eerste lid bepaalt dat het definitieve akkoord gedurende een redelijke termijn die in ieder geval niet korter mag zijn dan acht dagen voor het plaatsvinden van de stemming, aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dient te worden voorgelegd. Zoals de bepaling expliciet voorschrijft, is het de bedoeling dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, voor de stemming voldoende gelegenheid krijgen om “*een goed geïnformeerd oordeel te kunnen vormen*” over het akkoord. Waar het om gaat is dat de schuldeisers en aandeelhouders voldoende gelegenheid hebben het definitieve ontwerp akkoord te bestuderen. Het hangt af van de omstandigheden van het geval hoeveel tijd daarvoor precies nodig is. Het is goed mogelijk dat daar meer tijd voor nodig is dan de genoemde termijn van acht dagen.

De schuldenaar mag zelf bepalen op welke wijze hij de schuldeisers en aandeelhouders informeert. De schuldenaar kan ervoor kiezen het akkoord en de bijbehorende stukken per post of via de elektronische weg toe te sturen. Ook kan hij het akkoord met de bijbehorende stukken op een voor de

¹⁰ HR 26 augustus 2003, NJ 2004/549 (Intercom Holdings c.s./UPC N.V.), r.o. 3.31.

schuldeisers en aandeelhouders toegankelijke website plaatsen en de schuldeisers en aandeelhouders hiervan een aankondiging sturen.

Het tweede lid regelt welke schuldeisers en aandeelhouders over het akkoord mogen stemmen. Dit zijn de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd. Het gaat dan bijvoorbeeld om schuldeisers die het verzoek krijgen om akkoord te gaan met een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de uitstaande vorderingen en om aandeelhouders die worden gevraagd om een aanvullende investering te doen in de onderneming of om mee te werken aan de uitgifte van nieuwe aandelen om op die manier nieuwe investeerders te kunnen aantrekken of een “*debt for equity swap*” te kunnen realiseren. Schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten niet wijzigen, zijn niet stemgerechtigd. Aan hen hoeft het definitieve akkoord ook niet te worden voorgelegd.

Lid 3:

Voorziet het akkoord in een klassenindeling, dan schrijft het derde lid voor dat er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord dient plaats te vinden. Verder bepaalt de schuldenaar zelf wanneer en op welke wijze gestemd zal kunnen worden. De stemming kan schriftelijk plaatsvinden. De schuldenaar kan ook besluiten om hiervoor een vergadering te organiseren, al dan niet met gebruik van een elektronisch communicatiemiddel. Het enige dat in dit kader van belang is, is dat de schuldenaar zich houdt aan hetgeen hij hierover – overeenkomstig artikel 374, eerste lid, onderdeel f – in het akkoord heeft opgenomen.

Lid 4 en 5:

Het vierde en het vijfde lid schrijven voor hoe de uitslag van de stemming wordt bepaald. Daarbij is in de eerste plaats van belang dat alleen wordt gekeken naar de stemmen die daadwerkelijk zijn uitgebracht. Vooral bij kleine vorderingen of rechten van beperkte waarde, zal het voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders niet de moeite nemen om deel te nemen aan de stemming. Zouden ook de niet uitgebrachte stemmen worden meegerekend, dan leidt dit ertoe dat een akkoord alleen al door het wegblijven van schuldeisers of aandeelhouders niet in aanmerking zou kunnen komen voor homologatie. Om dit te voorkomen is voorgeschreven dat bij het bepalen van de uitslag van de stemming uitsluitend rekening wordt gehouden met de stemmen die daadwerkelijk zijn uitgebracht. Uiteraard is het in dit kader essentieel dat het eerste lid goed is toegepast zodat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders op de hoogte zijn van het akkoord en van het feit dat zij gerechtigd zijn hierover hun stem uit te brengen, alsmede wanneer zij dit precies kunnen doen. De rechtbank zal bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve toetsen of dit het geval is geweest. Mocht de schuldenaar hierin hebben verzuimd, dan zal de rechtbank de homologatie weigeren, tenzij de schuldeisers en aandeelhouders die niet goed zijn geïnformeerd, verklaren het akkoord te aanvaarden (artikel 381, tweede lid).

Verder is bij het bepalen van de uitslag niet zozeer van belang hoeveel individuele schuldeisers of aandeelhouders voor het akkoord hebben gestemd, maar welk financieel belang de voorstemmers vertegenwoordigen. Voor het aannemen van een akkoord door een schuldeisersklasse is – ingevolge het vierde lid – vereist dat de schuldeisers die voor het akkoord hebben gestemd ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de klasse. In het vijfde lid is een soortgelijke regel opgenomen die uitgaat van twee derde van het aantal uitgebrachte stemmen van aandeelhouders.

Artikel 379

Artikel 379 schrijft voor dat de schuldenaar na de stemming een verslag dient op te stellen en de betrokken schuldeisers en aandeelhouders onmiddellijk in staat moet stellen daarvan kennis te nemen.

Lid 1:

In het eerste lid is bepaald dat de schuldenaar in het verslag niet alleen melding dient te maken van de uitslag van de stemming, maar ook van de schuldeisers en aandeelhouders die hebben gestemd en of zij zich daarbij vóór of tegen het akkoord hebben uitgesproken. Deze informatie stelt de schuldeisers en aandeelhouders in staat de stemuitslag, zoals die door de schuldenaar is verwoord, te controleren. Dient de schuldenaar na de stemming een verzoek in tot homologatie van het akkoord, dan kunnen de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd bovendien op basis van deze informatie inschatten of het zin heeft om zich hiertegen te verzetten. Mochten zij besluiten om daadwerkelijk een weigeringsverzoek in te dienen, dan kan deze informatie gebruikt worden ter onderbouwing daarvan.

Lid 2:

Dient de schuldenaar een homologatieverzoek in, dan schrijft het tweede lid voor dat hij het verslag zal moeten deponeren bij de griffie van de rechtbank die het verzoek in behandeling zal nemen. Daarna zullen de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders het verslag gedurende acht dagen kosteloos kunnen inzien. Het is in het belang van de schuldenaar om het verslag zo snel mogelijk te deponeren. Bepaald is namelijk dat de terechtzitting waarop het homologatieverzoek zal worden behandeld, zal worden gehouden binnen acht tot veertien dagen nadat het verslag ter inzage is gelegd (artikel 380, tweede lid).

§ 3. De homologatie van het akkoord

Artikel 380

In artikel 380 is geregeld wanneer het mogelijk is om een verzoek tot homologatie van het akkoord in te dienen en binnen welke termijn de rechtbank dit verzoek zal behandelen. Ook is in dit artikel bepaald in welke gevallen schuldeisers en aandeelhouders nog bezwaar kunnen maken tegen de homologatie en hoe zij dit dan zullen kunnen doen.

In het eerste lid is bepaald dat indiening van een verzoek tot homologatie van het akkoord mogelijk is wanneer er ten minste één klasse is die met het akkoord heeft ingestemd. Gaat de schuldenaar hier daadwerkelijk toe over, dan bepaalt de rechtbank zo spoedig mogelijk bij beschikking wanneer de terechtzitting waarop het verzoek zal worden behandeld, zal plaatsvinden. Ingevolge het tweede lid zal de terechtzitting in ieder geval binnen acht tot veertien dagen na de deponering van het verslag van de stemming door de schuldenaar, worden ingepland.

Het derde lid schrijft voor dat tot aan de dag van de terechtzitting bij de rechtbank verzoeken tot weigering van de homologatie kunnen worden ingediend. Daarbij geldt wel als beperking dat:

- alleen schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd, hiertoe kunnen overgaan, en
- zij geen beroep meer kunnen doen op een weigeringsgrond genoemd in artikel 381, derde lid, indien zij al eerder op de hoogte waren van het mogelijke bestaan van die grond, maar de schuldenaar daar nimmer over hebben aangesproken.

De schuldeisers en aandeelhouders worden op deze manier gestimuleerd om eventuele cruciale bezwaren tegen het akkoord tijdig – dat wil zeggen nog voor de stemming plaatsvindt – te melden. Dit biedt de schuldenaar de mogelijkheid om hiervoor – al dan niet met een beroep op de rechter (artikel 376, eerste lid) – tijdig een oplossing te vinden. Indien nodig kan de schuldenaar het akkoord dan nog aanpassen en eventuele obstakels voor de homologatie wegnemen. Hiermee wordt voorkomen dat een traject dat op voorhand kansloos lijkt te zijn, wordt voortgezet met alle onnodige kosten van dien.

Gelet op deze mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de homologatie, is het essentieel dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders accuraat en tijdig op de hoogte worden gesteld van de terechtzitting waarop het homologatieverzoek zal worden behandeld. De schuldenaar zal ervoor moeten zorgen dat deze informatie de schuldeisers en aandeelhouders bereikt. In het tweede lid is bepaald dat hij de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders schriftelijk in kennis dient te stellen van de beschikking van de rechtbank. De rechtbank zal bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve toetsen of dit ook daadwerkelijk is gebeurd. Mocht de schuldenaar hierin hebben verzuimd, dan zal de rechtbank de homologatie weigeren, tenzij de schuldeisers en aandeelhouders die niet goed zijn geïnformeerd verklaren het akkoord te aanvaarden (artikel 381, tweede lid).

Voor de indiening van een verzoek als bedoeld in het eerste en het derde lid zullen respectievelijk de schuldenaar en de schuldeiser of aandeelhouder zich moeten laten vertegenwoordigen door een advocaat (artikel 5 Fw). Verder zal zij griffierecht verschuldigd zijn. Hen zal het tarief voor zaken van onbepaalde waarde in rekening worden gebracht. Dit is thans voor natuurlijke personen € 287 en voor rechtspersonen € 618 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

Artikel 381

Artikel 381 regelt wanneer de rechtbank kan overgaan tot homologatie van het akkoord of wanneer zij een verzoek daartoe zal moeten weigeren.

Lid 1:

In het eerste lid is bepaald dat de rechtbank zo spoedig mogelijk een beslissing zal nemen over het homologatieverzoek en dat zij dit verzoek zal honoreren, tenzij sprake is van één van de weigeringsgronden genoemd in het tweede tot en met het vierde lid.

Lid 2:

In het tweede lid is voorgeschreven dat de rechtbank altijd ambtshalve zal toetsen of alle schuldeisers of aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft:

- naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord,
- de gelegenheid hebben gehad om over het akkoord hun stem uit te brengen, en
- bericht hebben gekregen van beschikking van de rechtbank waarbij zij de terechtzitting waarop het homologatieverzoek zou worden behandeld heeft bepaald.

Heeft de schuldenaar verzuimd om aan één of meer van deze informatieverplichtingen jegens de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders te voldoen, dan zal de rechtbank de homologatie moeten weigeren, tenzij de schuldeisers en aandeelhouders die niet goed zijn geïnformeerd verklaren het akkoord te aanvaarden. Heeft de schuldenaar voldaan aan de genoemde informatieverplichtingen en heeft verder niemand bezwaar gemaakt tegen de homologatie, dan zal de rechtbank het homologatieverzoek honoreren. Een diepgaandere toets van het akkoord door de rechter zal alleen plaatsvinden wanneer één of meer tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders met een beroep op één of meer van de wettelijke weigeringsgronden genoemd in het derde of vierde lid bezwaar hebben gemaakt tegen de homologatie.

Lid 3:

Het derde lid omvat de *algemene weigeringsgronden*; dat wil zeggen de gronden waarvoor geldt dat als daarop een succesvol beroep wordt gedaan, de rechtbank een homologatieverzoek zal moeten weigeren, zelfs als alle klassen van schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord hebben ingestemd. De rechtbank zal de homologatie van het akkoord moeten weigeren indien:

- de procedurevoorschriften betreffende de aanbidding, de inhoud en de inrichting van het akkoord en de stemprocedure niet correct zijn toegepast (onderdelen a tot en met c);

- het akkoord *onredelijk* is omdat er schuldeisers of aandeelhouders zijn die op basis van het akkoord in een wezenlijk slechtere positie zouden komen dan zij zouden zijn in faillissement (derde lid, onderdeel d), of
- één van de weigeringsgronden die nu reeds op basis van de artikelen 153, tweede lid, en 272, tweede lid, gelden voor het surseance- of het faillissementsakkoord van toepassing is (onderdelen e tot en met h).

In de toelichting op artikel 380, derde lid, is al opgemerkt dat alleen schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd, een beroep kunnen doen op deze weigeringsgronden en dat dit niet meer mogelijk is, indien zij al eerder op de hoogte waren van het mogelijke bestaan van één of meer van deze gronden, maar de schuldenaar daar nimmer over hebben aangesproken (artikel 380, derde lid).

Ten aanzien van onderdeel d wordt nog het volgende opgemerkt. De voorgestelde regeling biedt een onderneming de mogelijkheid om de rechtbank te vragen een onderhands akkoord tussen hem en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de sanering en herstructurering van schulden te homologeren om op die manier een faillissement te voorkomen. Een belangrijke voorwaarde daarbij is dat de homologatie, waardoor ook tegenstemmende schuldeisers en aandeelhouders aan het akkoord worden gebonden, in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd dient te zijn en dat dit onder andere betekent dat het akkoord redelijk moet zijn. Daarom moet het in ieder geval zo zijn dat de schuldeisers of aandeelhouders door het akkoord niet tegen hun zin in een slechtere positie zouden komen dan in faillissement. Wanneer in iedere klasse een ruime meerderheid van de stemmende schuldeisers en aandeelhouders zich voor het akkoord heeft uitgesproken, moet de rechter er in principe van uit kunnen gaan dat het akkoord voldoet aan die voorwaarde. Dit neemt niet weg dat er toch individuele schuldeisers of aandeelhouders kunnen zijn die een andere mening zijn toegedaan. Het feit dat zij een minderheidsoordeel vertegenwoordigen, rechtvaardigt dat de rechter dit bezwaar dan summierlijk toetst.

Lid 4:

Het vierde lid omvat de *aanvullende weigeringsgronden*. Deze gronden spelen uitsluitend een rol wanneer niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd. Op basis van deze gronden zal de rechtbank de homologatie van het akkoord ook moeten weigeren als dit ertoe zou leiden dat de herstructureringslasten of de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd (dat wil zeggen de “*going concern*” waarde van de betrokken onderneming) niet eerlijk onder de klassen van schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld. De criteria die worden gehanteerd om te bepalen of hiervan sprake is, zijn deels geïnspireerd op enkele regels uit de Chapter 11-procedure uit de Verenigde Staten, te weten:

- de “*absolute priority rule*”, zoals verwoord in de onderdeel a;
- de “*not more than 100%-rule*”, zoals verwoord in de onderdeel b, en
- de “*no unfair discrimination-test*”, zoals verwoord in onderdelen c en d.

Daarnaast volgt uit onderdeel e dat schuldeisers die in faillissement aanspraak zou kunnen maken op een uitkering in geld, slechts kunnen worden gedwongen om genoeg te nemen met een uitkering op

basis van het akkoord in een andere vorm, als de klasse waartoe zij behoren daarmee heeft in ruime meerderheid heeft ingestemd. Hierbij moet vooral gedacht worden aan financiers met een zekerheidsrecht. Mocht het akkoord voorzien in een “*debt for equity swap*” waarbij de verstrekte financiering of een deel daarvan wordt omgezet in eigen vermogen, dan betekent dit feitelijk dat de financier gedwongen wordt om door te blijven financieren in de onderneming. In faillissement zou die financiering eindigen en zou de financier het verkregen onderpand te gelde kunnen maken. Met die opbrengst zou hij een andere in zijn ogen wellicht interessantere financieringsovereenkomst kunnen aangaan. Mocht in de klasse van financiers in ruime meerderheid voor het akkoord hebben gestemd, dan mag de rechter ervan uitgaan dat de “*debt for equity swap*” in de gegeven omstandigheden een redelijk voorstel is.

Lid 5:

Voor de toelichting op het vijfde lid wordt verwezen naar hetgeen is opgemerkt in het kader van artikel 370, derde lid.

Lid 6:

In het zesde lid is bepaald dat tegen de beslissing van de rechter over het homologatieverzoek geen hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep of cassatie – open staat. Dit is gerechtvaardigd omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van een dreigende faillietverklaring (artikel 370, eerste lid). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, zal na de homologatie het akkoord snel uitgevoerd moet kunnen worden. Dit neemt niet weg dat vragen betreffende de juiste toepassing van de voorgestelde regeling nog steeds via andere weg bij de Hoge Raad terecht zouden kunnen komen. Zo is het mogelijk dat de rechtbank in het kader van de behandeling van een homologatieverzoek prejudiciële vragen te stelt aan de Hoge Raad over de wijze waarop een bepaling dient te worden toegepast (artikel 392 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Daarnaast blijft ook de mogelijkheid van een cassatieberoep van de procureur-generaal in het belang der wet mogelijk (artikel 78 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie).

§ 3. De gevolgen van de homologatie van het akkoord

Artikelen 382, 383 en 384

De artikelen 382 tot en met 384 bepalen wat de gevolgen zijn van de homologatie van het akkoord.

Artikel 382, eerste lid, regelt dat het akkoord na de homologatie door de rechter verbindend is voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Dit houdt in dat ook de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd hieraan gebonden zijn. Om welke schuldeisers en aandeelhouders het precies gaat is eenvoudig op te maken uit de lijst die ingevolge artikel 374,

tweede lid, onderdeel b, bij het akkoord dient te zijn overgelegd. Voor de toelichting op artikel 382, tweede lid, wordt verwezen naar hetgeen is opgemerkt in het kader van artikel 370, derde lid.

Artikel 383 bepaalt dat de beschikking van de rechtbank tot homologatie van een akkoord een executoriale titel oplevert. Dit betekent dat wanneer de schuldenaar zijn verplichtingen op basis van het akkoord niet (tijdig) nakomt, de schuldeisers die iets van hem te vorderen hebben zich rechtstreeks op de beschikking kunnen beroepen om de nakoming alsnog af te dwingen.

Voorts geldt op basis van artikel 384 dat wanneer de schuldenaar verzuimt om het akkoord (tijdig) na te komen, hij verplicht is tot vergoeding van de schade die de schuldeisers en aandeelhouders daardoor lijden. Er is geen voorafgaande ingebrekestelling nodig. Mogelijk bestaat er voor de schuldeisers of de aandeelhouders in dat geval ook een recht om het akkoord te ontbinden. Dit recht kan echter in het akkoord worden uitgesloten. Dit laatste ligt in de rede wanneer het akkoord elementen omvat die moeilijk zijn terug te draaien, zoals een "*debt for equity swap*", waarbij de vorderingen van bepaalde schuldeisers inmiddels al zijn omgezet in aandelen in de vennootschap.

De Minister van Veiligheid en Justitie,