

# W16.18.0319/II

## Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

### VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om in de Faillissementswet een regeling te treffen op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord betreffende de herstructurering van schulden;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

### Artikel I

De **Faillissementswet** wordt als volgt gewijzigd:

A

Na artikel 3c worden twee artikelen ingevoegd, luidende:

### Artikel 3d

1. Als een eigen aangifte of een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het laatste in behandeling.
2. De behandeling van de eigen aangifte of het verzoek tot faillietverklaring wordt in ieder geval geschorst totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. Wordt het verzoek toegewezen, dan blijft de schorsing van kracht gedurende een termijn van ten hoogste vier maanden. Artikel 3e, derde tot en met het achtste lid, zijn van overeenkomstige toepassing.

### Artikel 3e

1. De rechtbank kan de behandeling van een jegens een schuldenaar ingediend verzoek tot faillietverklaring op zijn verzoek gedurende een termijn van ten hoogste vier maanden schorsen, als:
  - a. de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring deponeert als bedoeld in artikel 370, derde lid, en een akkoord als bedoeld in het eerste lid van dat artikel heeft aangeboden of toezegt dat hij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een dergelijk akkoord zal aanbieden, en
  - b. summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar gediend zijn bij de schorsing.
2. De rechtbank kan eveneens tot een schorsing overgaan op verzoek van een door haar op basis van artikel 371 aangewezen herstructureringsdeskundige. Dit geldt ook als het de behandeling van een door de schuldenaar ingediende eigen aangifte als bedoeld in artikel 1, eerste lid, betreft.
3. Is een verzoek tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 383, eerste lid, ingediend, maar is de in het eerste lid bedoelde termijn van vier maanden verstreken, dan kan de rechtbank de schorsing op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, verlengen met een door haar te bepalen termijn, met dien verstande dat de totale termijn met inbegrip van verlengingen niet langer kan zijn dan acht maanden.
4. De rechtbank kan bij haar beslissing tot schorsing of gedurende de termijn waarbinnen de schorsing geldt, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, dan wel de schuldeiser die het verzoek tot faillietverklaring heeft ingediend, zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt. Artikel 380 is van overeenkomstige toepassing.
5. De rechtbank heft de schorsing ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, dan wel de schuldeiser die het verzoek tot faillietverklaring heeft ingediend, op als niet langer wordt voldaan aan het eerste lid, onder a en b.
6. Het verzoek tot faillietverklaring of de eigen aangifte vervalt van rechtswege zodra de rechtbank het akkoord overeenkomstig artikel 384 heeft gehomologeerd. Was de schuldeiser op het moment dat hij het verzoek tot faillietverklaring indiende, niet op de hoogte van het feit dat er een akkoord werd voorbereid, dan beslist de rechter of de schuldenaar de kosten van het geding die de schuldeiser heeft gemaakt, moet vergoeden.
7. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste tot en met het zesde lid dan nadat zij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, alsmede de schuldeiser die het verzoek tot faillietverklaring heeft ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.
8. Tegen de beslissingen van de rechtbank, bedoeld in het eerste tot en met het zesde lid, staat geen rechtsmiddel open.

## B

Na artikel 42 wordt ingevoegd een artikel 42a, luidende:

### **Artikel 42a**

Een rechtshandeling die is verricht nadat de schuldenaar ter griffie van rechtbank een verklaring heeft gedeponereerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan niet met een beroep op het vorige artikel worden vernietigd, als de rechter op verzoek van de schuldenaar daarvoor een machtiging heeft afgegeven. De rechter honoreert dit verzoek als:

- a. het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord als bedoeld in de genoemde artikelen te kunnen blijven voortzetten, en
- b. op het moment dat de machtiging wordt verstrekt redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

## C

In artikel 47 wordt na 'aangevraagd was,' ingevoegd 'en er geen sprake was van een opschorting van de behandeling van die aanvraag overeenkomstig de artikelen 3d en 3e'.

## D

Aan artikel 54 wordt een lid toegevoegd, luidende:

3. Degene die een verrekening verricht, is te goeder trouw als bedoeld in het eerste lid als deze verrekening:
  - a. geschiedt nadat de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponereerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, en
  - b. wordt verricht in het kader van de financiering van de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming en niet strekt tot inperking van die financiering.

## E

Aan artikel 215 worden twee leden toegevoegd, luidende:

3. Als een verzoek tot verlening van surseance en een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 gelijktijdig aanhangig zijn, komt eerst het laatste in behandeling en vindt in afwijking van het tweede lid geen voorlopige verlening van surseance plaats.
4. De behandeling van het verzoek en de voorlopige verlening van surseance van betaling worden in ieder geval geschorst totdat de rechtbank beslist op het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. Wordt het verzoek toegewezen, dan blijft de schorsing van kracht gedurende een termijn van ten hoogste vier maanden. Artikel 3e, derde tot en met het achtste lid, zijn van overeenkomstige toepassing.

F

Na artikel 368 wordt opgenomen een nieuwe afdeling, luidend als volgt:

## **TWEEDE AFDELING                      HOMOLOGATIE VAN EEN ONDERHANDS AKKOORD**

### **§ 1.        Algemene bepalingen**

#### **Artikel 369**

1. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op een natuurlijke persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, noch op een bank als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a, of een verzekeraar als bedoeld in artikel 213, onderdeel a, als schuldenaar.
2. Het in deze afdeling ten aanzien van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders bepaalde, is van toepassing op de schuldeisers en aandeelhouders die overeenkomstig artikel 381, tweede lid, stemgerechtigd zijn.
3. Als de schuldenaar een vereniging of coöperatie is, is het in deze afdeling ten aanzien van aandeelhouders bepaalde van overeenkomstige toepassing op de leden.
4. Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.
5. Behoudens de gevallen waarin sprake is van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, is het in deze afdeling bepaalde niet van toepassing als de schuldenaar in de afgelopen drie jaar een akkoord heeft aangeboden dat bij een stemming als bedoeld in artikel 381 door alle klassen is verworpen of ten aanzien waarvan de rechtbank op de voet van artikel 384 de homologatie heeft geweigerd.

6. Een akkoord kan op basis van deze afdeling naar keuze worden voorbereid en aangeboden in een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.
7. Of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen wordt bepaald:
  - a. op grond van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening voor zover het verzoeken betreft die worden ingediend in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement en de genoemde verordening van toepassing is, dan wel
  - b. artikel 3 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering.
8. Het in deze afdeling ten aanzien van de rechtbank bepaalde is van toepassing op de rechtbank die ingevolge de artikelen 262 of 269 relatief bevoegd is om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen. Heeft een rechtbank zich in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement eenmaal relatief bevoegd verklaard om kennis te nemen van een verzoek ten aanzien van een schuldenaar, dan is deze rechtbank met uitsluiting van andere relatief bevoegde rechtbanken, eveneens relatief bevoegd om kennis te nemen van alle verdere verzoeken die in die procedure op grond van deze afdeling ten aanzien van de schuldenaar worden ingediend. Bieden meerdere rechtspersonen die samen een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek tegelijkertijd een akkoord aan op grond van deze afdeling, dan kunnen zij één van de gerechten die relatief bevoegd is, in een gezamenlijk verzoek vragen kennis te nemen van alle verzoeken die worden ingediend in het kader van de totstandkoming van een akkoord ten aanzien van deze rechtspersonen op grond van deze afdeling.
9. Verzoeken aan de rechter in het kader van deze afdeling worden in raadkamer behandeld, tenzij het akkoord wordt voorbereid en aangeboden in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.
10. Tegen de beslissingen van de rechtbank in het kader van deze afdeling staat geen rechtsmiddel open.

## **§ 2. De aanbieding van en stemming over een akkoord**

### **Artikel 370**

1. Als een schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, kan hij zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten en dat door de rechtbank overeenkomstig artikel 384 kan worden gehomologeerd.
2. Als een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar aan een schuldeiser als bedoeld in het eerste lid of op enigerlei wijze zekerheid

heeft gesteld voor de betaling van die schuld, is artikel 160 Fw van overeenkomstige toepassing, behoudens voor zover het een akkoord betreft als bedoeld in artikel 372, tweede lid. De derde kan voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord voldoet aan de schuldeiser geen verhaal nemen op de schuldenaar. Voldoet de derde een deel van een schuld van de schuldenaar, terwijl de schuldeiser voor dat deel op basis van het akkoord recht heeft op iets anders dan een uitkering in geld, dan gaat dat recht van rechtswege over op de derde.

3. Zodra de schuldenaar start met de voorbereiding van een akkoord, deponeert hij een verklaring waaruit dit blijkt ter griffie van de rechtbank, alwaar deze gedurende uiterlijk één jaar zal blijven liggen. De deponering geschiedt kosteloos. Nadat de schuldenaar het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorlegt, kunnen zij de verklaring kosteloos inzien totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek, bedoeld in artikel 383, eerste lid, dan wel totdat het verslag, bedoeld in artikel 382, is gedeponerd en de schuldenaar daarin meedeelt dat hij een dergelijk verzoek niet zal indienen.
4. Biedt de schuldenaar het akkoord aan in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement, dan verzoekt hij zodra de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van deze afdeling, de griffier van de rechtbank Den Haag onverwijld in de registers, bedoeld in de artikelen 19 en 19a, en in de Staatscourant melding te maken van de gegevens, bedoeld in artikel 24 van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening. De gegevens, bedoeld in de tweede zin, worden door de schuldenaar aan de griffier verstrekt in de Nederlandse, Engelse, Duitse of Franse taal.
5. Als de schuldenaar een rechtspersoon is, heeft het bestuur voor het aanbieden van een akkoord als bedoeld in het eerste lid en de uitvoering van een akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd geen instemming nodig van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding en zijn de artikelen 38 en 107a en titel 5.3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede artikel 5:25ka van de Wet op het financieel toezicht en eventuele statutaire bepalingen of tussen de entiteit en haar aandeelhouders dan wel tussen twee of meer aandeelhouders onderling overeengekomen regelingen ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, niet van toepassing. Voor zover de uitvoering van een akkoord een besluit van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding vereist, treedt het akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd daarvoor in de plaats.

### **Artikel 371**

1. Iedere schuldeiser of aandeelhouder kan bij de rechtbank een verzoek indienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die aan de schuldeisers en aandeelhouders van een schuldenaar, of een aantal van hen, overeenkomstig deze afdeling een akkoord kan aanbieden. Ook de

schuldenaar kan een dergelijk verzoek doen. In dit laatste geval is artikel 370, vijfde lid, van overeenkomstige toepassing. Wordt het verzoek toegewezen, dan kan de schuldenaar zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt geen akkoord aanbieden op basis van artikel 370, eerste lid.

2. Heeft de rechter nog niet eerder een beslissing genomen in het kader van deze afdeling, dan vermeldt de schuldeiser of de aandeelhouder, dan wel de schuldenaar in het verzoek, bedoeld in het eerste lid, voor welke procedure als bedoeld in artikel 369, zesde lid, hij kiest en welke redenen daaraan ten grondslag liggen. Het verzoek bevat dan ook zodanige gegevens dat de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht toekomt. Is het verzoek ingediend door een schuldeiser of aandeelhouder, dan stelt de rechtbank de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid zich uit te laten over de keuze voor één van de in artikel 369, zesde lid, genoemde procedures. In geval van een geschil hierover, beslist de rechtbank welke van de in artikel 369, zesde lid, genoemde procedures toepassing vindt. Artikel 370, vierde lid, is van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het in dat lid bedoelde verzoek in dit geval kan worden gedaan door de herstructureringsdeskundige of de schuldenaar.
3. Een verzoek als bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn.
4. De rechtbank kan een of meer deskundigen benoemen om een onderzoek in te stellen naar de vraag of sprake is van een toestand als bedoeld in het vorige lid. Artikel 378, vijfde lid, is dan van overeenkomstige toepassing.
5. Over een verzoek als bedoeld in het eerste lid, beslist de rechtbank niet dan nadat zij de schuldenaar en de schuldeiser of aandeelhouder die het verzoek heeft ingediend, en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Dit geldt ook voor de beslissingen, bedoeld in het tiende, twaalfde en dertiende lid. In de laatste twee gevallen roept de rechtbank ook de herstructureringsdeskundige op om te worden gehoord.
6. De herstructureringsdeskundige voert zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit.
7. De herstructureringsdeskundige is gerechtigd tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de schuldenaar waarvan hij kennisneming nodig acht voor een juiste vervulling van zijn taak.
8. De schuldenaar of zijn bestuurders en de aandeelhouders en commissarissen zo die er zijn, alsmede degenen die in dienst zijn van de schuldenaar, zijn verplicht de herstructureringsdeskundige alle inlichtingen te verschaffen als dit van hen wordt verlangd, op de wijze als daarbij is bepaald. Zij lichten de herstructureringsdeskundige eigener beweging in over feiten en omstandigheden waarvan zij weten of behoren te weten dat deze voor de

herstructureringsdeskundige voor een juiste vervulling van zijn taak van belang zijn en verlenen alle medewerking die daarvoor nodig is.

9. Behoudens in het kader van de toepassing van het in deze afdeling bepaalde, deelt de herstructureringsdeskundige de verkregen informatie niet met derden.
10. De rechtbank bepaalt het salaris van de herstructureringsdeskundige. Ook stelt de rechtbank een bedrag vast dat de werkzaamheden van herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd ten hoogste mag kosten. Dit bedrag kan gedurende het proces door de rechtbank op verzoek van de herstructureringsdeskundige worden verhoogd. Voor zover niet anders overeengekomen is, betaalt de schuldenaar deze kosten. De rechtbank kan ten behoeve hiervan aan de aanwijzing de voorwaarde van zekerheidstelling verbinden.
11. De herstructureringsdeskundige is niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van de poging om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen, tenzij hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende herstructureringsdeskundige die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.
12. Zodra duidelijk wordt dat het niet mogelijk is om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen, stelt de herstructureringsdeskundige de rechtbank hiervan op de hoogte en verzoekt hij om de intrekking van zijn aanwijzing.
13. De aanwijzing eindigt van rechtswege zodra de rechtbank het akkoord overeenkomstig artikel 384 homologeert, tenzij de rechtbank bij haar homologatiebeslissing bepaalt dat deze nog met een door haar te bepalen termijn voortduurt. Daarnaast kan de rechtbank te allen tijde een herstructureringsdeskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen, een en ander op verzoek van hemzelf of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve.
14. Heeft de rechtbank nog niet eerder een beslissing genomen in het kader van deze afdeling, en ontleent zij haar rechtsmacht aan de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening, dan wordt in de aanwijzingsbeschikking vermeld of het een hoofdinsolventieprocedure dan wel een territoriale insolventieprocedure in de zin van de verordening betreft. Elke schuldeiser die niet al op basis van het vierde lid in de gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze kenbaar te maken, kan gedurende acht dagen na de melding, bedoeld in artikel 370, vierde lid, daartegen in verzet komen op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid als bedoeld in artikel 5, eerste lid, van de genoemde verordening.

## **Artikel 372**

1. Een akkoord als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan ook voorzien in de wijziging van rechten van schuldeisers jegens rechtspersonen die samen met de schuldenaar een groep vormen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek mits:



- a. de rechten van die schuldeisers jegens de betrokken rechtspersonen strekken tot voldoening of tot zekerheid voor de nakoming van verbintenissen van de schuldenaar of van verbintenissen waarvoor die rechtspersonen met of naast de schuldenaar aansprakelijk zijn;
  - b. de betrokken rechtspersonen verkeren in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid;
  - c. de betrokken rechtspersonen met de voorgestelde wijziging hebben ingestemd of het akkoord wordt aangeboden door een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, en
  - d. de rechtbank rechtsmacht heeft als deze rechtspersonen zelf een akkoord op grond van deze afdeling zouden aanbieden en een verzoek zouden indienen als bedoeld in artikel 383, eerste lid.
2. Bij een akkoord als bedoeld in het eerste lid:
    - a. verstrekt de schuldenaar, of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, ook de in artikel 375 genoemde informatie ten aanzien van de in het eerste lid bedoelde rechtspersonen, en
    - b. toetst de rechtbank bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve dan wel op verzoek ten aanzien van deze rechtspersonen of het akkoord voldoet aan artikel 384.
  3. De schuldenaar dan wel de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, is bij uitsluiting bevoegd om ten behoeve van de in het eerste lid bedoelde rechtspersonen verzoeken bij de rechtbank in te dienen als bedoeld de artikelen 3e, 376, eerste lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, eerste lid.

### **Artikel 373**

1. Als de schuldenaar verkeert in een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, aan een wederpartij met wie de schuldenaar een overeenkomst heeft gesloten, een voorstel doen tot wijziging of beëindiging van die overeenkomst. Stemt de wederpartij niet in met het voorstel, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de overeenkomst tussentijds doen opzeggen, mits een akkoord is aangeboden dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank wordt gehomologeerd en de rechtbank daarbij toestemming geeft voor deze eenzijdige opzegging. De opzegging vindt in dat geval van rechtswege plaats op de dag waarop het akkoord door de rechtbank is gehomologeerd tegen een door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige gestelde termijn. Komt deze termijn de rechtbank niet redelijk voor, dan kan zij bij de verlening van de toestemming een langere termijn vaststellen, met dien verstande, dat een termijn van drie maanden vanaf de homologatie van het akkoord in elk geval voldoende is.
2. Na de eenzijdige opzegging, bedoeld in het eerste lid, heeft de wederpartij recht op vergoeding van de schade die hij lijdt vanwege de beëindiging van de overeenkomst. Afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing. Het akkoord, bedoeld in artikel 370, eerste lid, kan voorzien in een wijziging van het toekomstige recht op schadevergoeding.

3. Het voorbereiden en aanbieden van een akkoord als bedoeld artikel 370, eerste lid, en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, alsmede gebeurtenissen en handelingen die daarmee of met de uitvoering van het akkoord rechtstreeks verband houden en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn, zijn geen grond voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.
4. Is overeenkomstig artikel 376 een afkoelingsperiode afgekondigd, dan geldt tijdens die periode dat een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór de afkoelingsperiode, geen grond is voor de wijziging van verbintenissen of verplichtingen van of jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst voor zover zekerheid is gesteld voor de nakoming van de nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode.

#### **Artikel 374**

Schuldeisers en aandeelhouders worden in verschillende klassen ingedeeld, als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. In ieder geval worden schuldeisers of aandeelhouders die overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling dan wel een overeenkomst bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar een verschillende rang hebben, in verschillende klassen ingedeeld.

#### **Artikel 375**

1. Het akkoord bevat alle informatie die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich voor het plaatsvinden van de stemming, bedoeld in artikel 381, een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over het akkoord, waaronder voor zover redelijkerwijs mogelijk:
  - a. de klassenindeling en de criteria op basis waarvan de schuldeisers en aandeelhouders in een of meerdere klassen zijn ingedeeld;
  - b. de financiële gevolgen van het akkoord per klasse van schuldeisers en aandeelhouders;
  - c. de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt;
  - d. de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd wordt bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement;
  - e. de bij de berekening van de waardes, bedoeld onder c en d, gehanteerde grondslagen, uitgangspunten en aannames;
  - f. als het akkoord een toedeling van rechten aan de schuldeisers en aandeelhouders behelst: het moment of de momenten waarop de rechten zullen worden toebedeeld;

- g. de wijze waarop de schuldeisers en aandeelhouders nadere informatie over het akkoord kunnen verkrijgen, en
  - h. de procedure voor de stemming over het akkoord alsmede het moment waarop deze plaats vindt dan wel waarop de stem uiterlijk moet zijn uitgebracht.
2. Aan het akkoord worden, voor zover redelijkerwijs mogelijk, gehecht:
- a. een door behoorlijke bescheiden gestaafe staat van alle activa en schulden, en
  - b. een lijst waarop:
    - 1°. de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij naam worden genoemd of, als dit niet mogelijk is, de schuldeisers of aandeelhouders onder verwijzing naar één of meer categorieën worden vermeld;
    - 2°. het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel wordt gemeld, en
    - 3°. wordt meegedeeld in welke klassen of klassen zij zijn ingedeeld.
  - c. een opgave van schuldeisers of aandeelhouders die niet onder het akkoord vallen, bij naam of, als dit niet mogelijk is, onder verwijzing naar één of meer categorieën, alsmede een toelichting waarom zij niet worden meegenomen in het akkoord;
  - d. een liquiditeitsprognose, en
  - e. een beschrijving van de aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen, welke pogingen zijn ondernomen om deze problemen op te lossen en op welke wijze het akkoord bijdraagt aan een oplossing.
3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald welke informatie verder in het akkoord of in de daaraan te hechten bescheiden wordt opgenomen en op welke wijze deze informatie wordt verstrekt, alsmede kan worden voorzien in een standaardformulier.

### **Artikel 376**

1. Als de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring deponeert als bedoeld in artikel 370, derde lid, en een akkoord als bedoeld in het eerste lid van dat artikel heeft aangeboden of toezegt dat hij binnen een termijn van ten hoogste twee maanden een dergelijk akkoord zal aanbieden, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen. Tijdens die periode, die geldt voor een termijn van ten hoogste vier maanden, kan elke bevoegdheid van derden 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 worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank.
2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.
3. Het verzoek, bedoeld in het eerste lid, wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar gediend zijn bij de afkoelingsperiode en de belangen van de derden, bedoeld in dat lid, voldoende zijn gewaarborgd.

4. Is een verzoek tot homologatie van het akkoord als bedoeld in artikel 383, eerste lid, ingediend, maar is de uiterste termijn voor de afkoelingsperiode, bedoeld in het eerste lid, inmiddels verstreken, dan kan de rechtbank de afkoelingsperiode op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, verlengen met een door haar te bepalen termijn, met dien verstande dat de totale termijn met inbegrip van verlengingen niet langer kan zijn dan acht maanden.
5. Ingeval de schuldenaar overeenkomstig artikel 239, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek een pandrecht heeft gevestigd op een vordering op naam of op het vruchtgebruik van een zodanige vordering, is de pandhouder tijdens de afkoelingsperiode niet bevoegd de mededeling, bedoeld in het derde lid van dat artikel, te doen of betalingen in ontvangst te nemen dan wel te verrekenen met een vordering op de schuldenaar, mits de schuldenaar op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt voor het verhaal van de pandhouder krachtens dat pandrecht of vruchtgebruik.
6. De artikelen 241a, tweede en derde lid, 241c, 241d zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het bij de overeenkomstige toepassing van artikel 241a, derde lid, gaat om een termijn die aan de schuldenaar is gesteld.
7. Op verzoek van de derden, bedoeld in het eerste lid, kan de rechtbank bij haar beslissing tot het afkondigen van een afkoelingsperiode of gedurende de termijn waarbinnen deze geldt, voorzieningen treffen als bedoeld in artikel 379. Artikel 380 is van overeenkomstige toepassing.
8. De rechtbank heft de afkoelingsperiode ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, of de derden, bedoeld in het eerste lid, op, als niet langer wordt voldaan aan het derde lid.
9. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het vierde, zevende en achtste lid dan nadat zij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, alsmede de derden, bedoeld in het eerste lid, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.
10. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

#### **Artikel 377**

1. Aan de schuldenaar die voor de afkondiging van de afkoelingsperiode, bedoeld in artikel 376, de bevoegdheid had tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen, dan wel de inning van vorderingen, blijft deze bevoegdheid tijdens de afkoelingsperiode toekomen, voor zover dit past binnen de normale voortzetting van de onderneming die hij drijft.
2. De schuldenaar maakt alleen gebruik van de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid, als de belangen van de betrokken derden, voldoende zijn gewaarborgd.

3. De rechtbank heft de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid op of beperkt het gebruik van deze bevoegdheid op verzoek van één of meer betrokken derden, als niet langer wordt voldaan aan het vorige lid. De rechtbank beslist hierover niet dan nadat zij de genoemde derden, de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, en de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

### **Artikel 378**

1. Voordat het akkoord overeenkomstig artikel 381, eerste lid, ter stemming is voorgelegd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, de rechtbank verzoeken een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord overeenkomstig deze afdeling, waaronder:
  - a. de inhoud van de informatie die in het akkoord of in de daaraan gehechte bescheiden is opgenomen, als ook de door de schuldenaar gehanteerde waarden en grondslagen, uitgangspunten en aannames, bedoeld in artikel 375, eerste lid, onderdelen c tot en met e;
  - b. de klassenindeling;
  - c. de toelating tot de stemming van een schuldeiser of aandeelhouder;
  - d. de procedure voor de stemming en binnen welke termijn nadat het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders is voorgelegd of hen is meegedeeld hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, de stemming redelijkerwijs zou mogen plaatsvinden;
  - e. of, als alle klassen instemmen met het akkoord, een afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 384, tweede en derde lid, alsnog aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan, en
  - f. of, als niet alle klassen instemmen met het akkoord, een afwijzingsgrond als bedoeld in artikel 384, tweede, derde en vierde lid, aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan.
2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.
3. De rechtbank behandelt de verzoeken die overeenkomstig het eerste lid aan haar worden gedaan zoveel mogelijk gezamenlijk en doet deze zoveel mogelijk op één zitting af.
4. Wordt de rechter op grond van het eerste lid verzocht zich uit te laten over de toelating van een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming of over de hoogte van het bedrag van de vordering van de schuldeiser dan wel het nominale bedrag van het aandeel van de aandeelhouder, dan bepaalt de rechtbank of en tot welk bedrag, deze schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. Artikel 147 is van overeenkomstige toepassing.
5. Als zij dit nodig acht in het kader van een door haar te nemen beslissing, kan de rechtbank een of meer deskundigen benoemen om binnen een door haar te bepalen termijn, die zo nodig kan worden verlengd, een onderzoek in te stellen en een beredeneerd verslag van hun bevindingen uit te brengen. De deskundigen leggen hun verslag neder ter griffie van de rechtbank, ter inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Artikel 371 zevende en achtste lid zijn van

overeenkomstige toepassing. De rechtbank kan te allen tijde een deskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, ontslaan en door een ander vervangen, een en ander op verzoek van hemzelf of ambtshalve.

6. Als informatie ontbreekt om de gevraagde beslissing te kunnen geven, kan de rechtbank de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een redelijke termijn gunnen om de ontbrekende gegevens te verstrekken, alvorens zij een beslissing neemt als bedoeld in het eerste en vijfde lid.
7. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste en vierde lid, dan nadat zij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, en de schuldeisers en aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks geraakt worden door de beslissing op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Wordt de rechter gevraagd om een beslissing te nemen als bedoeld in het vierde lid, dan is de vorige zin in ieder geval van toepassing op de schuldeiser of aandeelhouder, bedoeld in dat lid.
8. Beslissingen van de rechtbank op grond van dit artikel zijn slechts bindend voor die schuldeisers en aandeelhouders die op grond van het vorige lid door de rechtbank in de gelegenheid zijn gesteld om een zienswijze te geven.
9. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

#### **Artikel 379**

1. Als de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponereerd als bedoeld in artikel 370, tweede lid, of er overeenkomstig artikel 371 door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige dan wel ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt.
2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

#### **Artikel 380**

1. Als het akkoord overeenkomstig artikel 370 door de schuldenaar wordt voorbereid, kan een voorziening als bedoeld in artikel 379 zijn de aanstelling van een observator. Deze heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.
2. Zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet zal lukken om overeenkomstig deze afdeling een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, stelt de observator de rechtbank hiervan op de hoogte. De rechtbank stelt in dat geval de

observator en de schuldenaar op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid een zienswijze te geven en trekt hieruit vervolgens de gevolgtrekking die zij geraden acht. Een dergelijke gevolgtrekking kan zijn dat de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst als bedoeld in artikel 371.

3. Wordt na de aanstelling van observator door de rechtbank een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 ingediend en wijst de rechtbank dit verzoek toe, dan trekt zij daarbij de aanstelling van de observator in.
4. Artikel 371, vijfde tot en met dertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

### **Artikel 381**

1. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, legt het akkoord gedurende een redelijke termijn die in ieder geval niet korter is dan acht dagen, voor het plaatsvinden van de stemming voor aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders of bericht hun hoe zij daarvan kennis kunnen nemen, zodat zij hierover een geïnformeerd oordeel kunnen vormen.
2. Stemgerechtigd zijn schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd.
3. Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op vorderingsrechten waarvoor geldt dat het economisch belang geheel of in overwegende mate ligt bij een ander dan de schuldeiser en waardoor die ander zich in een positie bevindt die, gegeven de omstandigheden van het geval, redelijkerwijs gelijkgesteld moet worden met die van een schuldeiser als bedoeld in het tweede lid, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige deze ander in plaats van de schuldeiser uitnodigen naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de schuldeiser bepaalde van toepassing op de ander.
4. Biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een akkoord aan dat mede betrekking heeft op aandelen ten aanzien waarvan certificaten zijn uitgegeven, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, de certificaathouder, in plaats van de aandeelhouder, uitnodigen om naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen. In dat geval is het in deze afdeling ten aanzien van de aandeelhouder bepaalde van toepassing op de certificaathouders. Hetzelfde geldt voor vruchtgebruikers.
5. De stemming over het akkoord geschiedt per klasse van schuldeisers of aandeelhouders, overeenkomstig de in artikel 375, eerste lid, onderdeel h, gegeven informatie, in een fysieke of door middel van een elektronisch communicatiemiddel te houden vergadering of schriftelijk.
6. Een klasse van schuldeisers heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.

7. Een klasse van aandeelhouders heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van aandeelhouders die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen die klasse een stem hebben uitgebracht.

## **Artikel 382**

1. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, eerste lid, zo die is aangewezen, stelt zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen zeven dagen na de stemming een verslag op dat vermeldt:
  - a. de namen van de schuldeisers en aandeelhouders of, als dit niet mogelijk is, een verwijzing naar één of meer categorieën van schuldeisers en aandeelhouders, die een stem hebben uitgebracht en of zij zich daarbij voor of tegen het akkoord hebben uitgesproken, alsmede de hoogte van het bedrag van hun vorderingen dan wel het nominale bedrag van hun aandelen;
  - b. de uitslag van de stemming, en
  - c. of de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige voornemens zijn een verzoek als bedoeld in artikel 383, eerste lid, in te dienen, en indien dat het geval is, wat verder rondom de stemming of, indien aan de orde, bij de vergadering waarin deze heeft plaatsgevonden, is voorgevallen en relevant is in het kader van dat verzoek.
2. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige stelt de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders onverwijld in staat van het verslag kennis te nemen. Wordt door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een verzoek gedaan als bedoeld in artikel 383, eerste lid, dan deponeert hij het verslag ter griffie van de rechtbank. Het verslag ligt aldaar ter kosteloze inzage van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek, bedoeld in artikel 383, eerste lid.

## **§ 3. De homologatie van het akkoord**

### **Artikel 383**

1. Als ten minste één klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, zo die is aangewezen, de rechtbank schriftelijk verzoeken om homologatie van het akkoord. Als het akkoord een wijziging omvat van rechten van schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan, dient die ene klasse, bedoeld in de vorige zin, te bestaan uit schuldeisers die vallen binnen deze categorie schuldeisers.
2. Artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, is van overeenkomstige toepassing.



3. Heeft de rechtbank rechtsmacht om het verzoek in behandeling te nemen, dan bepaalt zij zo spoedig mogelijk bij beschikking de zitting waarop zij de homologatie behandelt. Van deze beschikking geeft de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige onverwijld schriftelijk kennis aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.
4. De zitting wordt ten minste acht en ten hoogste veertien dagen nadat het verzoek, bedoeld in het eerste lid, en het verslag, bedoeld in artikel 382, ter griffie ter inzage is gelegd, gehouden.
5. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid wil gebruiken om een overeenkomst overeenkomstig artikel 373, eerste lid, eenzijdig op te zeggen, dan omvat het homologatieverzoek tevens een verzoek om toestemming voor die opzegging.
6. Tot aan de dag van de zitting, bedoeld in het derde lid, kunnen stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij de rechtbank een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord. Tot dat moment kan ook de wederpartij bij de overeenkomst, bedoeld in het vorige lid, een met redenen omkleed schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het verzoek tot verlening van toestemming voor de opzegging, bedoeld in dat lid.
7. Een schuldeiser, aandeelhouder of wederpartij als bedoeld in het vijfde lid kan geen beroep doen op een afwijzingsgrond, als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die afwijzingsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.

#### **Artikel 384**

1. De rechtbank geeft zo spoedig mogelijk haar met redenen omkleed vonnis waarbij zij het verzoek tot homologatie van het akkoord en, indien aan de orde, een verzoek om toestemming voor de opzegging van een overeenkomst als bedoeld in artikel 383, vijfde lid, toewijst, tenzij zich een van de afwijzingsgronden, bedoeld in het tweede tot en met het vijfde lid, voordoet.
2. De rechtbank wijst een verzoek tot homologatie van het akkoord af als:
  - a. van een toestand als bedoeld in artikel 370, eerste lid, geen sprake is;
  - b. de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige niet jegens alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders heeft voldaan aan de kennisgevingsverplichtingen, bedoeld in de artikelen 381, eerste lid, en 383, derde lid, tenzij de desbetreffende schuldeisers en aandeelhouders verklaren het akkoord te aanvaarden;
  - c. de in het akkoord of in de daaraan gehechte bescheiden opgenomen informatie niet toereikend is, de klasseindeling niet voldoet aan de eisen van artikel 374 of de procedure voor de stemming niet voldeed aan artikel 381, tenzij zodanig gebrek redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;
  - d. een schuldeiser of de aandeelhouder voor een ander bedrag tot de stemming over het akkoord had moeten worden toegelaten, tenzij die beslissing niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden;

- e. de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd;
  - f. het akkoord door bedrog, door begunstiging van een of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders of met behulp van andere oneerlijke middelen tot stand is gekomen, onverschillig of de schuldenaar dan wel een ander daartoe heeft meegewerkt;
  - g. het loon en de verschotten van de door de rechtbank ingevolge respectievelijk de artikelen 371, 378, vijfde lid, en 380 aangewezen of aangestelde herstructureringsdeskundige, deskundige of observator niet zijn gestort of daarvoor geen zekerheid is gesteld, of
  - h. er andere redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.
3. Op verzoek van één of meer schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, kan de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord, afwijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord rechten aangeboden krijgen die een aanmerkelijk lagere waarde hebben dan de betaling die zij naar verwachting zouden ontvangen bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.
4. Op verzoek van één of meer schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd en zijn ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten en in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd hadden moeten worden ingedeeld, wijst de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, af als:
- a. bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd ten nadele van de klasse die niet heeft ingestemd wordt afgeweken van de rangorde bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar overeenkomstig Titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling, dan wel een contractuele regeling, tenzij voor die afwijking een redelijke grond bestaat en de genoemde schuldeisers of aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad, of
  - b. de genoemde schuldeisers op basis van het akkoord niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting aan betaling in geld zouden ontvangen.
5. Op verzoek van de wederpartij bij de overeenkomst wijst de rechtbank het verzoek om toestemming voor de opzegging van een overeenkomst, bedoeld in artikel 383, vijfde lid, af op de grond bedoeld in het tweede lid, onder a.
6. Artikel 378, vijfde lid, is van overeenkomstige toepassing.
7. De rechtbank beslist niet als bedoeld in het eerste lid, dan nadat zij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator, bedoeld in artikel 380, zo die is aangesteld, en de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders, dan wel de wederpartij, zo die een verzoek tot afwijzing van het verzoek tot homologatie van het akkoord of tot verlening van toestemming voor de opzegging van de overeenkomst als bedoeld in artikel 383, zesde of zevende

lid, hebben ingediend, op een door haar nader te bepalen wijze in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.

8. Artikel 371, veertiende lid, is van overeenkomstige toepassing.

#### **§ 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord**

##### **Artikel 385**

Het gehomologeerde akkoord is verbindend voor de schuldenaar en voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.

##### **Artikel 386**

Het vonnis van homologatie levert ten behoeve van de stemgerechtigde schuldeisers met niet door de schuldenaar betwiste vorderingen een voor tenuitvoerlegging vatbare titel op tegen de schuldenaar en tegen de tot het akkoord als borgen toegetreden personen, voor zover de aard van de rechten die de schuldeisers op basis van het akkoord krijgen zich daartegen niet verzet.

##### **Artikel 387**

De schuldenaar is in verzuim bij iedere tekortkoming in de nakoming van het akkoord en is verplicht de schade die de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders daardoor lijden te vergoeden, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Artikel 75 en afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing. In het akkoord kan de ontbinding en vernietiging van het akkoord worden uitgesloten.

G

Aan het slot van artikel 362, tweede lid, wordt toegevoegd ‘, met uitzondering van de artikelen 262 en 269 van dat wetboek voor zover het verzoeken betreft die op basis van de tweede afdeling van titel IV worden ingediend in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement’.

##### **Artikel II**

In de Wet griffierechten burgerlijke zaken wordt een nieuw artikel 19a ingevoegd, luidende:

##### **Artikel 19a**

1. Voor de indiening van verzoeken als bedoeld in de artikelen 3e, 42a, 371, eerste lid, 376, eerste lid, 377, derde lid, 378, eerste lid, 379, eerste lid, en 383, vijfde en zesde lid, van de Faillissementswet wordt van de verzoeker het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken met betrekking tot een vordering van onbepaalde waarde op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd.
2. Voor de indiening van een verzoek tot homologatie van een akkoord als bedoeld in artikel 383, eerste lid, van de Faillissementswet wordt van de verzoeker het griffierecht geheven bij de rechtbank voor andere zaken dan kantonzaken met betrekking tot een vordering, dan wel een verzoek met een bedrag van meer dan € 100.000 op basis van de tabel die als bijlage bij deze wet is gevoegd.
3. Bij de toepassing van de voorgaande leden geldt, dat als het verzoek wordt gedaan door een herstructureringsdeskundige, het griffierecht wordt geheven van de schuldenaar.

### **Artikel III**

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

### **Artikel IV**

Deze wet wordt aangehaald als: Wet homologatie onderhands akkoord.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven,

De Minister voor Rechtsbescherming,

# Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

## MEMORIE VAN TOELICHTING

### I Algemeen deel

#### 1. Doel en inhoud van het wetsvoorstel

Met dit wetsvoorstel wordt een regeling ingevoerd op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de herstructurering van schulden kan goedkeuren (homologeren). 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 toch aan het akkoord worden gebonden als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde eisen voldoet. Daarom wordt in deze context ook wel de term '*dwangakkoord*' gebruikt. De regeling wordt onderdeel van de Faillissementswet.

De voorgestelde regeling ziet primair op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. Doel is het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken. De regeling biedt de mogelijkheid om 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 hun medewerking aan de voorgestelde herstructurering te onthouden. Bedoeling is dat de nieuwe regeling het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject versterkt en dat de mogelijkheid van een dwangakkoord dient als '*uiterste redmiddel*'. De nieuwe regeling beoogt op geen enkele wijze afbreuk te doen aan de bestaande praktijk van buitengerechtelijke herstructureringen. Integendeel, de nieuwe regeling heeft mede tot doel deze praktijk te versterken. In het minnelijke herstructureringstraject onderhandelen partijen tegen de achtergrond van het alternatief van de wettelijke regeling. Omdat de nieuwe regeling een effectief middel biedt om een oplossing gerechtelijk op te laten leggen, zullen dwarsliggers minder gauw kunnen overvragen. Dit zal het bereiken van overeenstemming faciliteren. Het enkele feit dat er een effectieve en efficiënte regeling bestaat die leidt tot een snelle finale beslissing van de rechter, kan de noodzaak van een daadwerkelijke gang naar de rechter voorkomen. Als het Nederlandse insolventierecht wordt vergeleken met regimes van andere landen, dan komt hieruit naar voren dat Nederland het goed doet waar het gaat om de afwikkeling van faillissementen.<sup>1</sup> Wat betreft de

---

<sup>1</sup> Dit blijkt onder meer uit de 'Doing Business indicator' van de Wereldbank (<http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/resolving-insolvency>) en uit de 'Insolvency Indicator' van de

herstructureringsmogelijkheden voor ondernemingen blijft Nederland echter ruim achter. De huidige akkoordregeling in surseance is ineffectief gebleken en blijft om deze reden in de praktijk zo goed als ongebruikt, terwijl de praktijk juist dringend behoefte heeft aan een werkbare akkoordregeling. Het komt voor dat Nederlandse vennootschappen buiten de landsgrenzen te rade gaan om van akkoordregelingen elders gebruik te kunnen maken. Vanwege de kosten van een herstructurering in het buitenland, staat deze weg echter alleen voor de grotere bedrijven open. Dit wetsvoorstel beoogt in Nederland een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het midden en klein bedrijf. Gelet hierop was een belangrijk uitgangspunt bij het ontwerpen van de regeling, dat de daarin voorziene procedure in de praktijk snel, efficiënt en flexibel moet kunnen worden toegepast.

Daarnaast staat de voorgestelde regeling ook open voor de homologatie van een akkoord waarbij een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld. De regeling kan in die situatie worden toegepast als met een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement.

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.<sup>2</sup> Dit wetsvoorstel is onderdeel van de tweede pijler. Thans is voorzien dat de tweede pijler in totaal zal bestaan uit drie wetsvoorstellen, waaronder het onderhavige voorstel. De overige twee wetsvoorstellen betreffen voornamelijk 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 I<sup>3</sup>, en
- (ii) verschillende maatregelen die erop gericht zijn de effectiviteit van de surseance en de faillissementsregeling te vergroten.

## **2. Achtergrond en aanleiding voor het wetsvoorstel**

Bij ondernemingen van enige omvang is het gebruikelijk dat, wanneer 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 worden de schuldeisers in een

---

Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) (<http://www.oecd.org/eco/growth/policies-for-productivity-the-design-of-insolvency-regimes-across-countries-2018-going-for-growth.pdf>).

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2012–2013, 29 911, nr. 74.

<sup>3</sup> Kamerstukken I 2015-2016, 34 218.

dergelijk herstructureringstraject verzocht akkoord te gaan met een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de uitstaande vorderingen, dan wel omzetting daarvan in aandelenkapitaal. 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. Daarbij 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

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 aandeelhouders bij de uitgifte van nieuwe aandelen kan vanwege financiële nood van de onderneming opzij worden gezet door de rechter.<sup>6</sup>

In de praktijk betekent het voorgaande dat buiten surseance en faillissement schuldeisers en aandeelhouders maar in zeer beperkte mate kunnen worden verplicht hun medewerking te verlenen aan een onderhands akkoord. Dit is zelfs het geval als er in ruime mate steun is voor deze oplossing en het de enige manier is om een faillissement te voorkomen, terwijl geen enkele schuldeiser of aandeelhouder door het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie komt dan in faillissement. Wordt een akkoord geblokkeerd, dan rest de schuldeisers en aandeelhouders die de onderneming willen redden, veelal niets anders dan de schuldeisers of aandeelhouders die weigeren in te stemmen, volledig tegemoet te komen in hun wensen. Dit betekent doorgaans dat de weigerachtige schuldeiser volledige betaling van zijn vordering kan afdwingen of dat de rechten van de aandeelhouder ongemoeid worden gelaten en dat de andere schuldeisers een onevenredig deel van de herstructureringslasten voor hun rekening moeten nemen.

---

<sup>4</sup> Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485 en Gerechtshof Arnhem Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9827.

<sup>5</sup> Hoge Raad 12 augustus 2005, NJ 2006/230 (*Groenmeijer/Payroll*) en Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485.

<sup>6</sup> Ondernemingskamer 31 december 2009, Inter Access, ECLI:NL:HAMS:2009:BL3680.

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.<sup>7</sup> Een dergelijke regeling bestaat al geruime tijd in het Verenigd Koninkrijk ('*Scheme of arrangement*'). Inmiddels hebben ook verschillende andere Europese lidstaten hun eigen regeling. In de toelichting bij een eerste voorontwerp van dit wetsvoorstel waarover eind 2014 is geconsulteerd, zijn enkele van deze regelingen genoemd en op hoofdlijnen besproken.<sup>8</sup> Ook heeft de Europese Commissie het initiatief genomen om de dringende behoefte aan effectieve herstructureringsmaatregelen op Europees niveau te agenderen met het uitbrengen van het 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.<sup>9</sup> 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 herstructurering van de schulden van een schuldenaar, zodat de schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd toch aan het akkoord kunnen worden gebonden (artikel 385). De voorgestelde regeling wordt in de Faillissementswet opgenomen in een nieuwe afdeling 4.2 (Homologatie van een onderhands akkoord), die weer opgedeeld is 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 schuldenaar kan het traject voor het tot stand brengen van een akkoord zelf in gang zetten. Het is echter ook mogelijk dat schuldeisers of aandeelhouders het initiatief nemen. Zij kunnen de rechter vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die vervolgens een akkoord kan voorbereiden en aanbieden.

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Dit voorontwerp is te vinden op <http://www.internetconsultatie.nl/wco2>.

<sup>9</sup> Kamerstukken II, 2016–2017, 22 112, nr. 2292.



Een akkoord komt alleen in aanmerking voor homologatie door de rechter als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan een aantal voorschriften voldoet. Eén van de belangrijkste voorwaarden is dat de schuldeisers en aandeelhouders in de gelegenheid moeten zijn geweest om zich via een stemming over het akkoord uit te spreken. Bovendien geldt dat een dwangakkoord alleen aan de orde kan zijn als dit in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is. Daarom moet voldaan zijn aan de volgende voorwaarden:

1. De onderneming ten behoeve waarvan het akkoord wordt aangeboden, verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken (artikelen 370, eerste lid, en 371, derde lid).
2. Doel van het akkoord kan zijn:
  - a. het afwenden van een dreigend faillissement van een onderneming die na een herstructurering van de schulden weer financieel gezond is, of
  - b. de afwikkeling van een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft en ook niet meer zal krijgen, waarbij een beter resultaat wordt behaald dan wanneer die afwikkeling zou plaatsvinden in faillissement.
3. Uit de stemming blijkt dat er in ieder geval één categorie (hierna: klasse) van betrokken schuldeisers of aandeelhouders is die het akkoord met de vereiste meerderheid steunt.
4. Het akkoord is *redelijk* in de zin dat de schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord worden betrokken erbij gebaat zijn of er in ieder geval niet op achteruit gaan, als het akkoord tot stand komt. Dit betekent tenminste dat:
  - a) de schuldeisers en aandeelhouders op basis van het akkoord niet in een aanmerkelijk slechtere positie komen dan in faillissement, en
  - b) de waarde (hierna: reorganisatiewaarde) die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden *eerlijk* onder de schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld.

Als alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en de besluitvorming zuiver is geweest (dat wil zeggen dat geen sprake is van één van de afwijzingsgronden opgenomen in artikel 384, tweede lid), mag ervan worden uitgegaan dat het akkoord *redelijk* is. Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan is bepalend hoe in het aangeboden akkoord de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, verdeeld wordt onder de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Bij die verdeling mag niet ten nadele van een tegenstemmende klasse worden afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar (artikel 384, derde en vierde lid).

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. Om te voorkomen dat de rechter

over punten van onzekerheid pas duidelijkheid geeft aan het eind van het traject wanneer het al te laat kan zijn, kan de schuldenaar de rechter vragen om in een eerder stadium duidelijkheid te verschaffen (artikel 378, eerste lid). Hiermee kan snel en 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 voorbereidingstraject bij te sturen en/of het aangeboden akkoord aan te passen.

Verder 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.

Tenslotte is van belang dat de voorgestelde regeling voorziet in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand gebracht kan worden; 1) een *besloten akkoordprocedure buiten faillissement* en 2) een *openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement* (artikel 369, zesde lid). De openbare akkoordprocedure buiten faillissement zal worden aangemeld bij de Europese Commissie met het verzoek om deze procedure te laten opnemen in bijlage A van de Insolventieverordening.<sup>10</sup> Bij de besloten akkoordprocedure buiten faillissement wordt niet publiek gemaakt dat de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige voornemens is om een akkoord aan te bieden en worden alle verzoeken aan de rechter in raadkamer behandeld (artikel 369, negende lid). Bij de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt aan het traject juist wel publiciteit gegeven door een kennisgeving in het insolventieregister (artikel 370, vierde lid). Verder zal in het Handelsregisterbesluit 2008 worden bepaald dat de toepassing van de openbare insolventieprocedure buiten faillissement dient te worden ingeschreven in het Handelsregister. Dit is nu ook al gebruikelijk bij de andere openbare insolventieprocedures; dat wil zeggen bij de faillietverklaring, de verlening van surseance van betaling en de toepassing van de schuldsaneringsregeling (artikel 39 van het Handelsregisterbesluit 2008). Daarnaast worden de verzoeken aan de rechter in het openbaar behandeld (artikel 369, negende lid).

Het is aan de schuldenaar of de schuldeisers en aandeelhouders die op basis van artikel 371, eerste lid, om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige vragen, om te bezien welke procedure het beste aansluit bij de situatie waarin de schuldenaar zich bevindt en het meeste kans biedt op succes. Zij moeten een keuze maken tussen één van beide procedures. Voor welke procedure wordt gekozen, moet in ieder geval duidelijk zijn als de rechter voor het eerst bij de poging om een akkoord tot stand te brengen, wordt betrokken. Nemen één of meer schuldeisers of aandeelhouders het initiatief om een akkoord tot stand te laten komen, dan moet hoe dan ook een keuze gemaakt worden voordat de rechter een herstructureringsdeskundige aanwijst (artikel 371, tweede lid). Is het de schuldenaar zelf die het akkoord voorbereidt en aanbiedt, dan moet die keuze in ieder geval gemaakt zijn voordat de rechter een homologatieverzoek in behandeling neemt (artikel 383, tweede lid). Voor beide situaties geldt echter dat als de rechter voor die tijd al wordt benaderd met bijvoorbeeld een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode, de keuze voor één van de twee procedures in een (veel) eerder stadium gemaakt

---

<sup>10</sup> Verordening 2015/848 van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, Pb. EU L 141/19.

moet worden (artikel 376, tweede lid). Is eenmaal gekozen voor één van de twee procedures, dan zal het traject dat afgelegd moet worden om een akkoord tot stand te kunnen brengen volledig binnen die procedure moeten plaats vinden. Een tussentijdse overstap van de besloten naar de openbare procedure is dus niet mogelijk. Voordat de rechter een beslissing neemt over verzoeken die in het kader van de totstandkoming van het akkoord aan hem worden voorgelegd, moet hij eerst vaststellen of hij rechtsmacht heeft om deze verzoeken in behandeling te nemen. Bij de besloten akkoordprocedure buiten faillissement wordt dit bepaald aan de hand van artikel 3 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv). Bij de openbare akkoordprocedure is bepalend of het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar (de 'COMI') gelegen is in één van de lidstaten van de EU (met uitzondering van Denemarken). Is dit het geval dan zal – door de vermelding van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement op bijlage A – op grond van de Insolventieverordening worden bepaald of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Ligt de 'COMI' van de schuldenaar buiten de EU of in Denemarken, dan dient de vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft wederom beantwoord te worden aan de hand van artikel 3 Rv. Als de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, moet vervolgens uit de artikelen 262 en 269 Rv voort welke Nederlandse rechtbank relatief bevoegd is en dus waar de verzoeken die in het kader van de voorgestelde regeling aan de rechter kunnen worden gedaan, zullen moeten worden ingediend (artikel 369, zevende en achtste lid).

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

Allereerst kan de schuldenaar ter herstructurering van zijn schulden zelf een akkoord voorbereiden en aanbieden aan zijn schuldeisers en aandeelhouders. Voorwaarde om daarbij van de voorgestelde regeling gebruik te kunnen maken is dat de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken (artikel 370, eerste lid).

Ook één of meer schuldeisers en aandeelhouders kunnen het initiatief nemen om een akkoord tot stand te laten komen. Zij krijgen op basis van de voorgestelde regeling de mogelijkheid om bij de rechter een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Deze herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en met de aanbieding daarvan vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. Ook de schuldenaar kan vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Hij kan dit bijvoorbeeld doen om iedere schijn van belangenvermenging te voorkomen of om het vertrouwen in het proces en daarmee de slagingskans van het akkoord te vergroten (artikel 371, eerste lid). De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige sluit de gelijktijdige aanbieding van een akkoord door de

schuldenaar uit (artikel 371, eerste lid). Op die manier concentreert de poging om een akkoord tot stand te brengen zich altijd binnen één traject.

Voorwaarde voor de toewijzing van het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige is dat de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken. Indien nodig kan de rechter een deskundige vragen om dit te onderzoeken (artikel 371, vierde lid). Als de schuldenaar inderdaad in de beschreven toestand verkeert, honoreert de rechter het verzoek tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daarbij niet gediend zijn (artikel 371, derde lid). Dit laatste kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als het aanwijzingsverzoek is ingediend door een schuldeiser die dit klaarblijkelijk doet met geen ander doel dan om een vergevorderd en kansrijk herstructureringstraject te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren, terwijl de gezamenlijke schuldeisers door dergelijk strategisch gedrag en de daarmee veroorzaakte vertraging nadeel ondervinden.

De rechtbank stelt bij de aanwijzing ook het salaris van de herstructureringsdeskundige vast en bepaalt hoeveel de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de door hem ingeschakelde derden, ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan nadien nog door de rechtbank worden verhoogd. Tenzij anders is overeengekomen, dient de schuldenaar deze kosten te vergoeden (artikel 371, tiende lid).

Als de rechtbank besluit tot een aanwijzing, zijn de schuldenaar en allen die direct betrokkenen zijn bij de door hem gedreven onderneming – dat wil zeggen de bestuurders, de aandeelhouders en de commissarissen, alsmede de werknemers – verplicht om gevraagd en ongevraagd de herstructureringsdeskundige alle inlichtingen te verschaffen en medewerking te verlenen die deze nodig heeft om zijn taak goed te kunnen vervullen (artikel 371, achtste lid). De herstructureringsdeskundige moet bovendien de gelegenheid krijgen om de administratie en alle overige relevante bedrijfsinformatie in te zien (artikel 371, zevende lid). De verkregen informatie deelt de herstructureringsdeskundige slechts met derden voor zover dit noodzakelijk is in het kader van de totstandkoming van het akkoord (artikel 371, negende lid). Aangezien de bevoegdheden van de herstructureringsdeskundige in het kader van de voorgestelde regeling volledig gelijk zijn aan de bevoegdheden van de schuldenaar op grond van de nieuwe afdeling 4.2 als deze zelf het akkoord aanbiedt, richt deze algemene toelichting zich gemakshalve op het scenario waarin het de schuldenaar is die het akkoord aanbiedt.

Zodra de schuldenaar start met de voorbereiding van een akkoord, deponereert hij een verklaring waarin hij dit vermeldt bij de griffie van de rechtbank. Dit is voor hem van belang omdat hij vanaf dat moment een beroep kan doen op enkele in de regeling opgenomen voorzieningen om hem te helpen het akkoord tot stand te brengen (zie paragraaf 3.7). Nadat de schuldenaar zijn akkoord aan de schuldeisers en aandeelhouders heeft aangeboden, kunnen zij de verklaring inzien (artikel 370, derde lid).

Bepaald is dat het akkoord wijzigingen kan aanbrengen in de rechten van schuldeisers (artikel 370, eerste lid). Hierbij gaat het om een wijziging van het recht van een schuldeiser om nakoming door de schuldenaar van de op hem rustende verplichtingen af te dwingen. Gedacht kan worden aan:

- een gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van een openstaande vordering, waarbij de schuldenaar geheel of gedeeltelijk wordt verlost van zijn betalingsverplichting en het recht van de schuldeiser om jegens de schuldenaar (volledige) betaling van de oorspronkelijke schuld te vorderen, komt te vervallen, of
- een uitstel van betaling, waarbij de schuldenaar meer tijd krijgt om aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen en het recht van de schuldeiser om betaling op het oorspronkelijk afgesproken moment af te dwingen, komt te vervallen.

Het akkoord kan wijzigingen omvatten van de rechten van alle categorieën schuldeisers en aandeelhouders. 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 zekerheidsgerechtigde schuldeisers. Het akkoord kan geen wijzigingen aanbrengen in de rechten van werknemers op basis van de arbeidsovereenkomst en Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (artikel 369, vierde lid). De rechtspositie van werknemers kan niet worden gewijzigd door een akkoord en blijft dus geborgd.

Mocht een schuldeiser betrokken worden bij een akkoord en wordt zijn vorderingsrecht in dat kader gewijzigd, dan behoudt hij het recht om een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, die aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, aan te spreken tot voldoening van zijn oorspronkelijke vordering in de vorm en op het tijdstip zoals afgesproken vóór de homologatie van het akkoord (artikel 370, tweede lid, eerste zin). De derde kan voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord aan de schuldeiser voldoet, geen verhaal halen op de schuldenaar (artikel 370, tweede lid, tweede zin). Hiermee wordt voorkomen dat de schuldenaar alsnog voor de oorspronkelijke schuld wordt aangesproken en het akkoord uiteindelijk nog steeds geen oplossing biedt voor de financiële problemen. Leidt de betaling van de derde ertoe dat de oorspronkelijke schuld van de schuldenaar geheel of gedeeltelijk wordt voldaan, dan gaan de rechten die in het akkoord aan de schuldeiser zijn toegekend voor het deel van de oorspronkelijke schuld dat door de derde is voldaan, van rechtswege over op de derde (artikel 370, tweede lid, derde zin). Op deze wijze kan het verlies dat de derde lijdt doordat hij geen regresrecht heeft op de schuldenaar enigszins worden gecompenseerd en wordt voorkomen dat de schuldeiser uiteindelijk meer ontvangt dan waarop hij op basis van zijn oorspronkelijke vordering jegens de schuldenaar recht heeft.

Een uitzondering op de regel dat het akkoord rechten op derden onaangetast laat, wordt gemaakt voor het geval waarin sprake is van een akkoord als bedoeld in artikel 372. Bij een dergelijk akkoord is het de bedoeling om ook te voorzien in een herstructurering van garanties, voor zover die zijn afgegeven door

vennootschappen die onderdeel vormen van de groep waar de schuldenaar ook onderdeel van uitmaakt. Dit kan alleen als voldaan is aan de voorwaarden die in dat artikel zijn opgenomen.

De voorgestelde regeling biedt de schuldenaar ook de mogelijkheid om lopende overeenkomsten eenzijdig te beëindigen als de wederpartij niet instemt met een voorgestelde vrijwillige wijziging of beëindiging (artikel 373). Denk bijvoorbeeld aan een huurovereenkomst die als een molensteen rond de nek van de onderneming hangt. Arbeidsovereenkomsten kunnen niet worden aangepast (artikel 369, vierde lid).

Bepaald is dat de schuldenaar zijn wederpartij een voorstel kan doen tot wijziging of beëindiging van de overeenkomst. Stemt deze daarmee niet in, dan heeft de schuldenaar het recht de overeenkomst met toestemming van de rechter eenzijdig op te zeggen. De schuldenaar dient in dat geval zijn homologatieverzoek te vergezellen van een verzoek tot het verlenen van toestemming voor de eenzijdige opzegging van de overeenkomst (artikel 383, vijfde lid). Voorwaarden voor deze eenzijdige, tussentijdse opzegging met toestemming van de rechter zijn dat:

- a. de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken, en
- b. de rechter het akkoord homologeert (artikel 373, eerste lid, en 384, vijfde lid).

De (concurrente) schadevordering die de wederpartij mogelijk toekomt na de eenzijdige, tussentijdse opzegging van de overeenkomst, kan de schuldenaar betrekken in het akkoord (artikel 373, tweede lid). Dit maakt de wederpartij bij de overeenkomst dan stemgerechtigd schuldeiser met alle rechten die hem op basis van de voorgestelde regeling toekomen, waaronder het recht om over het akkoord te stemmen en het recht om de rechter te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikelen 381, tweede lid, en 383, zesde lid). Betreft de schuldenaar de schadevordering die de wederpartij mogelijk heeft, niet in het akkoord, dan heeft de wederpartij niet het recht om over het akkoord te stemmen. Hij kan zich dan ook niet tegen de homologatie van het akkoord verzetten. De wederpartij kan de rechter wel verzoeken om geen toestemming te geven voor de opzegging van de overeenkomst op de grond dat de toestand van onvermijdelijke insolventie niet bestaat (artikel 384, vijfde lid).

Naast een wijziging van de rechten van schuldeisers, kan het akkoord eveneens tot gevolg hebben dat de rechten van aandeelhouders worden gewijzigd (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 – kort gezegd – op neer dat de vordering van een schuldeiser geheel of gedeeltelijk wordt omgezet in eigen vermogen. De schuldeiser krijgt daarmee een aandelenbelang en dus ook zeggenschap in de vennootschap, terwijl het aandelenbelang en de daaraan verbonden zeggenschap van de bestaande aandeelhouders verwateren.

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 (artikelen 370, vijfde lid, en 371, eerste lid). Is de schuldenaar een naamloze vennootschap, dan staat de herziene tweede vennootschapsrichtlijn (2012/30/EU) daaraan thans 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 herstructurering van de schulden jegens financiers en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid laat (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 381, eerste lid). Dit biedt hem de mogelijkheid om met gebruikmaking van de besloten akkoordprocedure buiten faillissement in relatieve rust een akkoord tot stand te brengen en negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en daarmee samenhangende nadelige consequenties te voorkomen. Als een bepaalde groep schuldeisers niet wordt betrokken bij het akkoord betekent dit feitelijk dat de rechten van die schuldeisers op geen enkele wijze worden gewijzigd en dat zij volledig moeten worden voldaan. In een dergelijk geval bestaat het risico dat één of meer bij het akkoord betrokken klassen van schuldeisers niet instemt met het akkoord en dat schuldeisers uit die klasse bezwaar maken tegen de homologatie. Het akkoord kan dan alleen in aanmerking komen voor homologatie, als:

- de klassen van schuldeisers met een gelijke of hogere rang met de vereiste meerderheid instemmen met het akkoord (dat betekent dat zij instemmen met de afwijking van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar), of
- de schuldenaar een redelijke grond aandraagt voor zijn keuze om bepaalde schuldeisers buiten het akkoord te houden (dat betekent dat die schuldeisers niet een deel van het tekort dragen) en aantoonbaar dat de schuldeisers met een gelijke of hogere rang daardoor niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

#### 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. Maar om het akkoord in aanmerking te laten komen voor homologatie, dient de inhoud en de inrichting van het akkoord te voldoen aan een aantal voorschriften (artikelen 374 en 375). Zo dient de schuldenaar in het akkoord en in de bescheiden die hij daarbij moet overleggen, de in de wet voorgeschreven informatie op te nemen. Op deze manier wordt gewaarborgd

dat de schuldeisers en aandeelhouders in staat zijn om een goed geïnformeerde beslissing te nemen als zij worden gevraagd hun stem uit te brengen over het akkoord (artikel 381, eerste lid).

Heeft een akkoord betrekking op verschillende categorieën van schuldeisers en aandeelhouders – dat wil zeggen dat zij zodanig verschillende rechten hebben in faillissement of krijgen op basis van het akkoord, dat zij niet in een vergelijkbare positie verkeren – dan dient het akkoord te voorzien in een klassenindeling. Dit betekent dat:

- de te onderscheiden categorieën schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen worden ingedeeld (artikel 374);
- iedere klasse een op de rechten van de desbetreffende schuldeisers of aandeelhouders aansluitend voorstel krijgt (artikel 375), en
- er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord plaatsvindt (artikel 381, vijfde lid).

Schuldeisers of aandeelhouders die niet tot dezelfde rang horen, moeten in verschillende klassen worden ingedeeld. Gedacht moet worden aan verschillende klassen voor preferente schuldeisers, schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud, schuldeisers met een retentierecht en concurrente schuldeisers. Het staat de schuldenaar vrij om één categorie schuldeisers onder te verdelen in verschillende klassen. Daarbij kan hij die klassen ook een verschillend aanbod doen, eventueel met als gevolg dat de ene klasse daarbij beter wordt bedeeld dan de andere klasse. Wil het akkoord in dit laatste geval in aanmerking komen voor homologatie, dan moet de schuldenaar er wel voor zorgen:

- dat de minder bedeelde klasse met de vereiste meerderheid instemt met het akkoord en daarmee met de keuze om de andere klasse een beter bod te doen, of
- dat hij een redelijke grond kan aandragen voor zijn keuze om een onderscheid te maken en kan aantonen dat de schuldeisers in de minder bedeelde klasse daardoor niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

### 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 381, tweede lid). Schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten niet worden geraakt door het akkoord, hoeven niet over het akkoord te worden geïnformeerd of bij de stemming te worden betrokken.

Nu het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers, worden werknemers niet aangemerkt als stemgerechtigde schuldeisers. Vaak zal een akkoord onderdeel 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 artikel 25 van 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 moet de OR op basis van artikel 25 WOR in de gelegenheid worden gesteld om zich daarover middels een advies uit te spreken. De onderneming dient het advies tijdig aan te vragen (artikel 25 lid 2 WOR).

Er zijn situaties denkbaar waarin het economisch belang bij een vordering geheel of in overwegende mate bij een ander berust dan bij de juridisch rechthebbende. Het gaat dan bijvoorbeeld om begunstigen van uitgegeven obligaties. Volgens de Hoge Raad kan dit ertoe leiden dat dergelijke *'beneficiaries'* in een positie zijn die gegeven de omstandigheden van het geval vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid redelijkerwijs gelijkgesteld moet worden met de positie van schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet.<sup>11</sup> In geval van surseance van betaling of faillissement hebben zij dan al de bevoegdheid te stemmen over een akkoord. Komt er op basis van de voorgestelde regeling een akkoord tot stand waarin is voorzien in een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de vordering, dan draagt de economisch gerechtigde de daaruit voortvloeiende financiële gevolgen. Dit is een reden om de economisch gerechtigde de gelegenheid te geven om over het akkoord te stemmen. Ook de schuldenaar heeft hier doorgaans belang bij. De economisch gerechtigden zijn immers het beste in staat om het akkoord op zijn waarde te schatten. Er zijn verschillende manieren waarop het stemrecht bij de economische belanghebbende kan worden gelegd. Dit kan getrapt, via de juridische gerechtigde. De juridische gerechtigde stemt dan conform de instructies van economisch gerechtigde. Ook kan dit rechtstreeks door de economische belanghebbende direct stemrecht te geven en de juridische gerechtigde van het stemrecht uit te sluiten. Welke manier het passend is, hangt af van de omstandigheden. Daarom is ten aanzien van dit punt voorzien in een flexibele regeling. De schuldenaar kan – hij hoeft dat niet te doen – de economisch gerechtigde (in plaats van de juridisch gerechtigde) uitnodigen voor de stemming (artikel 381, derde lid). Besluit hij daartoe dan heeft de economisch gerechtigde naast het stemrecht ook de andere rechten die op basis van de voorgestelde regeling toekomen aan stemgerechtigde schuldeisers, waaronder in het bijzonder het recht om de rechter te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikelen 381, derde lid, en 383, zesde

---

<sup>11</sup> Hoge Raad 26 augustus 2003, JOR 2003/211 (UPC).

lid). De juridisch gerechtigde heeft die rechten dan niet meer. Eenzelfde regeling geldt 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 de juridische rechten verbonden aan het aandeel – inclusief de zeggenschapsrechten of het stemrecht – bij de aandeelhouder blijven berusten (artikel 381, vierde lid).

### Stemprocedure

De schuldenaar moet het definitieve akkoord gedurende een redelijke termijn aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorleggen. Die termijn mag in ieder geval niet korter zijn dan acht dagen voor het plaatsvinden van de stemming (artikel 381, eerste lid). Doel hierbij is dat de schuldeisers en aandeelhouders voor de stemming voldoende gelegenheid hebben om het akkoord te beoordelen en de gevolgen die daar voor hen uit voortvloeien te overzien.

Voorziet het akkoord in een klassenindeling, dan vindt er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord plaats. De schuldenaar bepaalt zelf op welke wijze gestemd kan worden. De stemming kan schriftelijk plaatsvinden. De schuldenaar kan ook besluiten om hiervoor een vergadering te organiseren. Voor beide situaties geldt dat daarbij gebruik gemaakt kan worden van elektronische communicatiemiddelen (artikel 381, vijfde 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 instemmen met 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 bepalend is of het akkoord wordt gesteund door een groep aandeelhouders die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht (artikel 381, zesde en zevende lid).

Na de stemming moet de schuldenaar een verslag opstellen waarin hij – kort gezegd – de uitslag van de stemming vermeldt. Bovendien moet hij ervoor zorgen dat de betrokken schuldeisers en aandeelhouders onmiddellijk in staat zijn kennis te nemen van het verslag (artikel 382, eerste lid). 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

niet met het akkoord hebben ingestemd en overwogen om de rechtbank te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikel 383, zesde lid). Mede op basis van de informatie die opgenomen is in het verslag kunnen zij een eerste beoordeling maken van de kans van slagen van een dergelijk verzoek. Mochten zij besluiten om daadwerkelijk een verzoek in te dienen, dan kan deze informatie gebruikt worden ter onderbouwing van hun bezwaren tegen de homologatie. Dient de schuldenaar een homologatieverzoek in, dan moet hij het verslag deponeren bij de griffie van de rechtbank die het verzoek in behandeling zal nemen. Daarna kunnen de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders het verslag inzien tot het moment waarop de rechtbank beslist op het homologatieverzoek (artikel 382, tweede lid). Het is in het belang van de schuldenaar om het verslag en het homologatieverzoek zo snel mogelijk te deponeren. Bepaald is namelijk dat de zitting waarop het homologatieverzoek wordt behandeld, dient te worden gehouden binnen acht tot veertien dagen nadat het verzoek is ingediend en het verslag ter inzage is gelegd (artikel 383, vierde lid).

### 3.4 *Homologatie van het akkoord door de rechter*

Homologatie is mogelijk als uit de stemming blijkt dat er ten minste één klasse is die met het akkoord instemt. Dit dient een klasse te zijn die bestaat uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Ziet het akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze laatste eis niet (artikel 383, eerste lid).

Tot aan de dag van de zitting kunnen alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij de rechtbank een schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Dit verzoek kunnen zij baseren op de *algemene* of de *aanvullende afwijzingsgronden* die zijn opgenomen in respectievelijk het tweede lid en het derde en vierde lid van artikel 384. De algemene afwijzingsgronden zijn vooral bedoeld om een zuivere besluitvorming te borgen. Met de aanvullende afwijzingsgronden wordt beoogd ervoor te zorgen dat het akkoord een herstructureringsplan omvat dat *redelijk* is. De aanvullende afwijzingsgronden kunnen alleen worden ingeroepen door schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd. Bovendien geldt dat de schuldeisers of aandeelhouders geen beroep meer kunnen doen op de algemene en de aanvullende afwijzingsgronden als zij al eerder op de hoogte waren van het mogelijk van toepassing zijn van die gronden, maar zij de schuldenaar daar niet tijdig op hebben aangesproken (artikel 383, zevende lid). De schuldeisers en aandeelhouders worden op deze manier gestimuleerd om eventuele bezwaren tegen de inrichting van het besluitvormingsproces of de inhoud van het akkoord tijdig – dat wil zeggen nog voor dat de stemming plaatsvindt – te melden. Dit biedt de schuldenaar de mogelijkheid om hiervoor voor de stemming – al dan niet met tussenkomst van de rechter (artikel 378, eerste lid) – een oplossing te vinden. Indien nodig kan de schuldenaar dan nog aanpassingen doorvoeren en eventuele obstakels voor de homologatie wegnemen. Hiermee wordt

voorkomen dat een traject dat op voorhand kansloos is, wordt voortgezet met alle onnodige kosten van dien.

Heeft de schuldenaar verzocht om toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst, dan kan de wederpartij bij die overeenkomst de rechter verzoeken de toestemming te weigeren. Dit verzoek dient de wederpartij dan te baseren op de stelling dat de schuldenaar niet bevoegd is om de overeenkomst op te zeggen omdat van een toestand van onvermijdelijke insolventie geen sprake is (artikelen 383, vijfde en zesde lid, en 384, vijfde lid).

De rechtbank neemt zo spoedig mogelijk een beslissing over het homologatieverzoek. Is de rechtbank nog niet eerder in het traject gevraagd om een oordeel, dan moet de rechtbank eerst vaststellen of zij rechtsmacht heeft en bevoegd is om het verzoek in behandeling te nemen. Of de rechtbank rechtsmacht heeft volgt uit de Insolventieverordening of uit artikel 3 Rv. Zoals eerder opgemerkt, is hierbij bepalend of het akkoord is aangeboden in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement. Heeft de schuldenaar hierin nog geen keuze gemaakt, dan stelt de rechtbank hem daartoe alsnog in de gelegenheid.

De rechtbank wijst het homologatieverzoek af als één van de algemene afwijzingsgronden opgenomen in artikel 384, tweede lid, zich voordoet. Zij kan dit doen op verzoek van een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder. Wordt het de rechtbank echter direct al duidelijk dat sprake is van één van de genoemde afwijzingsgronden, dan kan zij het homologatieverzoek ook ambtshalve afwijzen en hoeft zij verzoeken daartoe van schuldeisers en aandeelhouders niet af te wachten. De algemene afwijzingsgronden komen grotendeels overeen met de afwijzingsgronden die nu reeds gelden bij de homologatie van het surseance- en het faillissementsakkoord. Omdat de vraag of een akkoord gehomologeerd kan worden, in hoge mate afhangt van de steun die er voor het akkoord bestaat, is cruciaal dat het besluitvormingsproces zuiver is geweest. In dat kader is in ieder geval van belang 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 384, tweede lid, onderdeel b);
- de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen toereikend is (artikel 384, tweede lid, onderdeel c), en
- de schuldeisers en aandeelhouders op een correcte wijze zijn onderverdeeld in klassen en of zij voor het juiste bedrag in hun desbetreffende klasse zijn ingedeeld (artikel 384, tweede lid, onderdelen c en d).

Heeft de rechtbank geen aanleiding om aan te nemen dat sprake is van één van de algemene afwijzingsgronden en heeft geen van de schuldeisers of aandeelhouders met een beroep op de aanvullende aanwijzingsgronden bezwaar gemaakt tegen de homologatie, dan honoreert zij het homologatieverzoek. Pas als er wel bezwaar is gemaakt tegen de homologatie, vindt een verdere toets van het akkoord door de rechter plaats (artikel 384, derde en vierde lid).

Hebben alle klassen van schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord ingestemd, dan kan de rechtbank op verzoek van één of meer tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders het homologatieverzoek toch afwijzen als blijkt dat de desbetreffende schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie zouden komen dan in faillissement (artikel 384, derde lid).

Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan wijst de rechtbank het homologatieverzoek af als het akkoord een herstructureringsplan omvat dat *onredelijk* is. De rechtbank doet dit als zij daartoe een verzoek krijgt van een schuldeiser of aandeelhouder die is ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd en deze schuldeiser of aandeelhouder zelf ook zijn instemming niet heeft gegeven. Een herstructureringsplan is onredelijk als de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, niet *eerlijk* onder de schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld. Hiervan is sprake als bij die verdeling ten nadele van een tegenstemmende klasse wordt afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar en de schuldenaar:

- geen goede grond kan aanvoeren voor die afwijking, en
- niet kan aantonen dat de schuldeisers of aandeelhouder die bezwaar hebben gemaakt niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

Het herstructureringsplan is eveneens onredelijk als de klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd bestaat uit schuldeisers die in faillissement een uitkering in geld tegemoet kunnen zien en deze schuldeisers in het akkoord niet de mogelijkheid geboden krijgen om hiervoor te kiezen (artikel 384, vierde lid, onderdeel b). De aanvullende afwijzingsgronden van artikel 384, derde en vierde lid, onder a, zijn grotendeels geïnspireerd op twee onderdelen uit de Chapter 11-procedure uit de Verenigde Staten; de *'best interest of creditors' test* en *'absolute priority rule'*. De afwijzingsgrond opgenomen in artikel 384, vierde lid, onder b, omvat een extra waarborg voor schuldeisers die niet met de vereiste meerderheid met het akkoord hebben ingestemd. Deze schuldeisers kunnen niet gedwongen worden om in de onderneming te blijven investeren, als zij bij een faillissement van de schuldenaar een uitkering in geld tegemoet zouden kunnen zien.

Tegen de beslissing van de rechter over het homologatieverzoek staat geen hoger beroep of cassatie open (artikel 369, tiende lid). Dit is gerechtvaardigd omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende

situatie van dreigende insolventie (artikel 370, eerste lid). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, moet het akkoord na de homologatie snel uitgevoerd kunnen worden. Vragen betreffende de juiste toepassing van de voorgestelde regeling kunnen wel bij de Hoge Raad terecht komen als de rechtbank in het kader van de behandeling van een verzoek tot het geven van een tussentijds oordeel of een homologatieverzoek prejudiciële vragen stelt. Dat kan op basis van respectievelijk de artikelen 378 en 384, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar of een belanghebbende schuldeiser of een aandeelhouder (artikel 392 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Een eventuele prejudiciële procedure moet vanwege de aard van de zaak met de vereiste voortvarendheid worden voltooid. 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 de schuldenaar en alle schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord zijn betrokken en gerechtigd waren daarover te stemmen. Dit betekent dat ook de schuldeisers of aandeelhouders die uiteindelijk geen stem hebben uitgebracht of niet met het akkoord hebben ingestemd, toch aan het akkoord zijn gebonden (artikel 385). Het is mogelijk dat de schuldenaar een akkoord aanbiedt aan een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders. Zo kan hij een akkoord aanbieden dat zich uitsluitend richt op een herstructurering van de schulden jegens financiers en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid laat (artikel 370, eerste lid). In dat geval zijn alleen de financiers gerechtigd om over het akkoord te stemmen. Na de homologatie zijn alleen zij aan het akkoord gebonden.

Het vonnis van de rechtbank tot homologatie van een akkoord levert een executoriale titel op (artikel 386). 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 het vonnis 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. De schuldeisers of de aandeelhouders hebben in dat geval ook het 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 387).

### *3.6 Betrokkenheid van de rechter*

Zoals in paragraaf 1 van deze toelichting is opgemerkt, is het doel van het onderhavige wetsvoorstel om een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen. In dat kader wordt een procedure geïntroduceerd die in de praktijk snel, efficiënt en flexibel moet kunnen worden toegepast. Dit is in het bijzonder van belang nu de regeling zal worden toegepast in de klemmende situatie van dreigende insolventie en het de bedoeling is om ondernemers in die situatie een instrument te bieden waarmee zij hun financiële problemen alsnog tijdig kunnen oplossen. Tegen deze achtergrond is veel aandacht besteed aan het vinden van een goed evenwicht tussen:

- enerzijds het voorkomen van onnodige beroepen op de rechter door schuldeisers of aandeelhouders die niet willen meewerken aan een herstructurering en het proces proberen te blokkeren of te vertragen, en
- anderzijds het bieden van de nodige rechterlijke waarborgen waar de regeling ingrijpende gevolgen mee kan brengen voor schuldeisers en aandeelhouders.

Hierbij aansluitend is de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt, tenzij de schuldenaar eerder een beroep doet op de rechter.

Het kan wenselijk zijn om de rechter al in een eerder stadium bij het traject te betrekken. Dit is bijvoorbeeld aan de orde als er in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord onzekerheid bestaat over de vraag of sprake is van een afwijzingsgrond 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. Daar om krijgt de schuldenaar de mogelijkheid deze vraag al voor de stemming over het akkoord aan de rechter voor te leggen (artikel 378, eerste lid). Schuldeisers en aandeelhouders die menen dat er aspecten zijn die aan de rechter zouden moeten worden voorgelegd, kunnen dit aan de schuldenaar melden. Om te voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders proberen het traject te traineren, is ervoor gekozen om hen niet de mogelijkheid te geven zelf tussentijdse verzoeken bij de rechter in te dienen. Besluit de schuldenaar om de vraag niet eerder in het proces aan de rechter voor te leggen, dan kunnen de schuldeisers of de aandeelhouders de rechter verzoeken een herstructureringsdeskundige aan te wijzen die – als de rechtbank dat verzoek honoreert – de voorbereiding en de aanbidding van het akkoord kan overnemen (artikel 371, eerste lid). Kiezen zij daar niet voor of wijst de rechter het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige af, dan behouden de schuldeisers of aandeelhouders hoe dan ook de mogelijkheid om hun bezwaren alsnog aan de orde te stellen in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek (artikelen 383, zesde en zevende lid). Andersom geldt dat als de schuldenaar de kwesties wel al in een eerder stadium aan de rechter heeft voorgelegd en deze zich vervolgens daarover heeft uitgesproken, die uitspraak beschouwd moet worden als een bindende eindbeslissing die gezag van gewijsde heeft (artikel 378, achtste lid). Voorwaarde hierbij is dat de desbetreffende schuldeisers of

aandeelhouders in de gelegenheid moeten zijn gesteld een zienswijze te geven (artikel 378, achtste lid). Voor een bindende eindbeslissing 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 die beslissing gebonden is. Dit laatste kan met name het geval zijn als sprake is van een evidente feitelijke of juridische misslag van de rechter of als de desbetreffende beslissing blijkt te berusten op een, niet aan de belanghebbende partij toe te rekenen, onjuiste feitelijke grondslag.<sup>12</sup> Als de rechter al eerder heeft beslist dat het besluitvormingsproces en de inhoud van het akkoord voldoen aan de in de wet gestelde voorschriften, 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 hieraan niet voldaan is.

### *3.7 Voorzieningen om de schuldenaar in staat te stellen een akkoord tot stand te brengen*

Om de schuldenaar de gelegenheid te geven een akkoord tot stand te brengen, is voorzien in een aantal voorzieningen. Om aanspraak te kunnen maken op de toepassing van deze voorzieningen dient de schuldenaar bij de griffie van de rechtbank een verklaring te deponeren waaruit blijkt dat hij een poging doet om een akkoord tot stand te brengen. Ook dient hij het akkoord al daadwerkelijk te hebben aangeboden of moet hij toezeggen dat hij dit binnen een termijn van ten hoogste twee maanden zal doen (artikelen 3e, eerste lid, en 376, eerste lid).

De schuldenaar kan de rechter verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen jegens alle schuldeisers of een aantal van hen (artikel 376). Tijdens deze periode die in beginsel ten hoogste vier maanden duurt, 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 zonder machtiging van de rechtbank. Bovendien behoudt de schuldenaar tijdens die periode zijn bevoegdheid om de desbetreffende goederen te gebruiken, verbruiken of vervreemden voor zover dat nodig is in het kader van de normale voorzetting van zijn onderneming (artikel 377, eerste lid). Om zijn onderneming te kunnen voortzetten, moet de schuldenaar voorraden kunnen verbruiken en vervreemden, bedrijfsmiddelen kunnen gebruiken en vorderingen jegens zijn afnemers kunnen innen. Dit geldt ook als die goederen of vorderingen zijn belast met rechten van derden. Daarbij moet gedacht worden aan onder eigendomsvoorbehoud geleverde voorraden of bedrijfsmiddelen en vorderingen die met een zekerheidsrecht zijn belast. Van belang is wel dat de schuldenaar deze bevoegdheid alleen mag uitoefenen als de belangen van de partijen die op enigerlei wijze rechten ontlenuen aan de desbetreffende goederen of vorderingen, voldoende gewaarborgd zijn (artikel 377, tweede en derde lid). Dit kan onder meer door vervangende zekerheid te bieden.

Wordt na de start van een onderhandelingstraject dat tot doel heeft om een akkoord tot stand te brengen een faillissementsaanvraag ingediend, dan kan de schuldenaar de rechter verzoeken de

---

<sup>12</sup> HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 m.nt. HJS.



behandeling van die aanvraag te schorsen. Ook dit kan in beginsel voor een periode van ten hoogste vier maanden.

Verder is nog van belang dat het aanbieden van een akkoord geen grond is voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen van of jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst (artikel 373, derde lid).

Met deze voorzieningen wordt voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders die niet 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. Ter voorkoming van oneigenlijk gebruik van de regeling door de schuldenaar – die tijdens het hele traject volledig beschikkingsbevoegd blijft – is bepaald dat de rechtbank een verzoek tot het treffen van deze voorzieningen alleen kan toewijzen als summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar daarmee gediend zijn (artikelen 3e, eerste lid, en 376, derde lid). De schuldenaar moet de rechtbank hiervan overtuigen. In dit kader is onder meer van belang dat de schuldenaar aan kan tonen dat hij nog over voldoende middelen beschikt om aan de verplichtingen die tijdens de afkoelingsperiode of de schorsing van de faillissementsaanvraag ontstaan, te voldoen. Is dit niet het geval, dan is het faillissement zo nabij dat de behandeling van het faillissementsverzoek niet op zich kan laten wachten. Bovendien kan de rechtbank, wanneer zij overgaat tot het treffen van een afkoelingsperiode of een schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag, alle voorzieningen treffen die zij nodig acht ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders (artikel 379). De rechtbank zou er in dit verband bijvoorbeeld voor kunnen kiezen om een observator aan te stellen die het voorbereidingstraject zal monitoren. Deze observator heeft daarbij tot taak de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar te behartigen (artikel 380, eerste lid). Zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet gaat lukken om een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers door zijn toedoen worden geschaad, moet de observator de rechtbank daarvan op de hoogte stellen. De rechtbank bepaalt dan wat hierop de vervolgstappen moeten zijn. Mochten de kansen op de totstandkoming van een akkoord nog niet verkeken zijn, dan kan zij tot de conclusie komen dat het wenselijk is om een herstructureringsdeskundige aan te stellen die de voorbereiding van een akkoord overneemt (artikel 380, tweede lid). De rechter heeft daarbij de vrijheid, maar niet de verplichting om de observator tot herstructureringsdeskundige te benoemen, als haar dat geraden voorkomt.

Ook het nieuwe artikel 42a en de aanpassing van artikel 54 moeten geschaard worden onder de categorie voorzieningen om de schuldenaar in staat te stellen een akkoord tot stand te brengen. Artikel 42a beoogt de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord te bevorderen. De schuldenaar kan de rechter vragen om een machtiging voor het verrichten van de

rechtshandelingen die daarvoor nodig zijn. De rechter verleent de machtiging als op het moment dat de rechtshandelingen zullen worden aangegaan voldaan is aan enkele in het artikel genoemde randvoorwaarden. Deze komen er – kort gezegd – op neer dat:

- er financiering nodig is om een akkoord te kunnen voorbereiden en de onderneming in de tussentijd te kunnen blijven voortzetten,
- de gezamenlijke schuldeisers er belang bij hebben dat dit gebeurt, en
- de belangen van individuele schuldeisers hier niet door worden geschaad.

De machtiging van de rechter leidt ertoe dat de desbetreffende rechtshandelingen niet door de curator kunnen worden vernietigd op basis van artikel 42 Fw mocht er later alsnog een faillissement worden uitgesproken.

De aanpassing van artikel 54 Fw is ervoor bedoeld om de schuldenaar in staat te stellen tijdens het voorbereidingstraject gebruik te kunnen blijven maken van een rekening-courant faciliteit. Via deze faciliteit wordt de schuldenaar een krediet aangeboden dat binnen een bepaalde bandbreedte dient te blijven. Daartoe worden op de desbetreffende rekening doorlopend bedragen – dat wil zeggen inkomsten en uitgaven van de schuldenaar – met elkaar verrekend. Artikel 54 biedt de curator de mogelijkheid om verrekeningen die in de aanloop naar het faillissement zijn verricht alsnog ongedaan te maken als daarbij niet te goede trouw is gehandeld. In het nieuwe artikel 54, derde lid, wordt nu bepaald dat wanneer de verrekening heeft plaatsgevonden in de periode waarin een poging werd gedaan om een akkoord tot stand te brengen en deze niet strekte tot inperking van de kredietruimte (de 'roodstand'), degene die de verrekening heeft verricht daarbij te goeder trouw was. Met deze bepaling wordt beoogd te voorkomen dat degene die de schuldenaar de rekening-courant aanbiedt deze faciliteit bevriest zodra de schuldenaar start met de onderhandelingen over een akkoord om te voorkomen dat hij, als de akkoordpoging mislukt en een faillissement volgt, wordt geconfronteerd met een terugvordering van de curator van de verrekende bedragen.

De omstandigheid dat een schuldenaar een traject is gestart om een akkoord tot stand te brengen beperkt de Belastingdienst niet in het gebruik van alle hem ten dienste staande fiscale én civiele aansprakelijkheidsbepalingen (waaronder de bestuurdersaansprakelijkheid). Zo blijven voorbeeld de bepalingen betreffende de aansprakelijkheid van deelnemers in een fiscale eenheid betreffende de omzetbelasting van toepassing op alle bestaande (al dan niet geformaliseerde) belastingschulden. Ook het fiscale (bodem)voordeel van de Belastingdienst blijft van toepassing.

#### 4. Consultatie

In 2014 is geconsulteerd over een eerste voorontwerp voor een regeling waarbij een onderneming in staat werd gesteld om een akkoord aan zijn schuldeisers en aandeelhouders aan te bieden om daarmee problematische schulden te herstructureren (het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen II).<sup>13</sup> Naar aanleiding van de ingekomen reacties op de consultatie zijn de conceptwetstekst en de bijbehorende toelichting bijgewerkt. Van begin september tot begin december 2017 is over dit aangepaste voorontwerp met als nieuwe titel *Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement* geconsulteerd. Tijdens deze laatste consultatie zijn – naast de nodige reacties van individuele marktpartijen en wetenschappers – commentaren ontvangen van de volgende koepels: de Raad voor de rechtspraak (Rvdv), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR), de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (Insolad), de Adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), Eumedion (belangenbehartiger van institutionele beleggers), de Nederlandse Vereniging Leasemaatschappijen (NVL), Factoring & Asset based financing Association Netherlands (FAAN), de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA), VNO-NCW en MKB Nederland, de vakcentrales FNV, CNV en VCP, en de Pensioenfederatie.<sup>14</sup>

De reacties op de voorgestelde regeling waren overwegend positief. Meerdere respondenten merkten expliciet op dat de regeling tegemoet komt aan een sterke roep uit de praktijk en een belangrijke bijdrage kan leveren aan het reorganiserend vermogen van ondernemingen die in financiële problemen verkeren. De consultatie leverde desalniettemin ook verschillende suggesties op tot verbetering van de regeling, dan wel de toelichting daarop. De hoofdelementen van de regeling zijn gelijk gebleven. Wel is de technische uitwerking daarvan naar aanleiding van de gedane suggesties aangescherpt of, al dan niet door middel van aanvullingen, verduidelijkt. Dit heeft er ook toe geleid dat verschillende artikelen zijn vernummerd.

Aanpassingen met een meer materieel karakter betroffen de volgende aspecten van de regeling:

- Het voorontwerp voorzag in het scenario waarin een onderneming via een akkoord weer financieel gezond wordt gemaakt en de activiteiten van de onderneming ('*going concern*') worden voortgezet. Naar aanleiding van een suggestie van Insolad is daaraan nu een tweede scenario toegevoegd. Het is ook mogelijk gemaakt om via een akkoord te komen tot een gecontroleerde stopzetting en afwikkeling van een onderneming. Voorwaarde is dat hiermee een beter resultaat te behalen moet zijn dan met een afwikkeling van de onderneming in faillissement. Een combinatie van deze twee

---

<sup>13</sup> <https://www.internetconsultatie.nl/wco2/details>.

<sup>14</sup> <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie>.

scenario's is ook mogelijk. Daarbij worden enkele onderdelen van de onderneming stopgezet, terwijl de andere onderdelen worden voortgezet.

- Ingevoerd is een systeem dat voorziet in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; 1) een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en 2) een openbare akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid). Ook is geëxpliciteerd dat de rechter, voordat hij een beslissing neemt in het kader van één van deze procedures, steeds zal moeten vaststellen of hij rechtsmacht heeft en is nader geregeld en toegelicht op grond van welke regels hij dit zal moeten doen (artikel 369, zevende lid, en 371, tweede lid). Deze aanpassingen volgden onder meer op het advies van de NOvA.
- Om de inspraak van schuldeisers bij de herstructurering te vergroten en te voorkomen dat schuldenaar de regeling oneigenlijk gebruikt:
  - a. is de mogelijkheid voor schuldeisers om de totstandkoming van een akkoord – door middel van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige – te initiëren breder opengesteld (artikel 371, eerste en derde lid);
  - b. heeft de rechter de mogelijkheid gekregen om een observator aan te stellen die een door de schuldenaar ingezet akkoordtraject monitort en in dat kader de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar behartigt (artikel 380), en
  - c. is vrijwel steeds wanneer de rechter tijdens het voorbereidingstraject wordt gevraagd een beslissing te nemen, bepaald dat ook de schuldeisers die hierdoor geraakt zullen worden, eerst de gelegenheid krijgen een zienswijze te geven (artikelen 3e, zevende lid, 371, vijfde lid, 376, negende lid, 377, derde lid, 378, zevende lid, 384, zevende lid).

Hierbij is gehoor gegeven aan suggesties van onder meer de Rvdr, VNO-NCW en MKB Nederland, de NVB en Eumedion.

- De taken en bevoegdheden van de herstructureringsdeskundige zijn nader geconcretiseerd. Ook is voorzien in een regeling voor de betaling van de kosten die verband houden met zijn werkzaamheden (artikel 371, zesde tot en met dertiende lid). Hierbij is rekening gehouden met opmerkingen die tijdens de consultatie werden gemaakt door onder meer Insolad, de NVB en verschillende individuele marktpartijen.
- Om de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige meer gelegenheid te geven om een akkoord tot stand te brengen, zijn de volgende aanpassingen doorgevoerd:
  - a. De bepalingen betreffende de schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag en de afkondiging van een afkoelingsperiode zijn verruimd. Hierom kan nu gevraagd worden zodra de schuldenaar is gestart met de voorbereiding van een akkoord of er een herstructureringsdeskundige is aangesteld en niet – zoals het geval was in het voorontwerp – pas als er al een concreet akkoordvoorstel op tafel ligt. Daarnaast duurt de schorsing of de afkoelingsperiode in beginsel vier maanden, maar kan deze worden verlengd tot in totaal acht

maanden als een homologatieverzoek aanhangig is op het moment dat de eerste termijn afloopt (artikelen 3e en 376).

- b. Ook zijn de bepalingen die het eenvoudiger moeten maken om nieuwe financiering te verkrijgen, verruimd. Op basis hiervan kan de rechter de rechtshandelingen die ten behoeve van die financiering verricht moeten worden, accorderen. Deze bepalingen zien nu niet meer uitsluitend op de eventuele zekerheden die in dit kader moeten worden verstrekt. Bovendien zijn alle vormen van financiering hieronder gebracht (artikel 42a).
- c. Verder zijn er nieuwe bepalingen opgenomen die het mogelijk moeten maken om tijdens het voorbereidingstraject een rekening-courant faciliteit of goederen waarop rechten van derden rusten, te blijven gebruiken (artikelen 54 en 377).

Hierbij zijn suggesties opgevolgd die werden gedaan door onder meer Insolad, de NOvA, VNO-NCW en MKB Nederland, de NVB, de NBA, wetenschappers en enkele marktpartijen.

- In reactie op het advies van de Rvdv is de rol van de rechter versterkt. De rechterlijke toets in het kader van het homologatieverzoek is verruimd voor zover het de algemene afwijzingsgronden betreft, die vooral bedoeld zijn om een zuivere besluitvorming te borgen en sluipakkoorden te voorkomen (artikel 384, tweede lid). Naar aanleiding van suggesties daartoe van onder meer Insolad en de NVB zijn de kwesties waarover de rechter een tussentijds oordeel kan geven, uitgebreid (artikel 378, eerste lid).
- Op advies van onder meer de NOvA, Insolad, de NVB en de NVL, zijn de regels verbeterd betreffende de eventuele gevolgen van de homologatie van een akkoord op:
  - a. het recht van schuldeisers om derden aan te spreken tot voldoening van hun vorderingen op de schuldenaar, en
  - b. het recht van deze derden om na betaling aan de schuldeiser – kort gezegd – regres te nemen op de schuldenaar (artikelen 370, tweede lid, en 372).
- Om tegemoet te komen aan de zorg die in de consultatie werd geuit door onder meer de NVL en FAAN dat de schuldenaar op basis van de voorgestelde regeling overeenkomsten te gemakkelijk eenzijdig zou kunnen beëindigen, zijn de bepalingen hierover aangescherpt. De rechter zal toestemming moeten geven voor de eenzijdige opzegging. Bovendien geldt als voorwaarden dat sprake is van een toestand van onvermijdelijke insolventie en dat het akkoord door de rechter wordt gehomologeerd. De wederpartij kan de rechter verzoeken de toestemming te weigeren (artikelen 373, 383, vijfde lid, en 384, vijfde lid).

## **5. Gevolgen voor bedrijfsleven en burgers en voor de rechterlijke macht**

Het wetsvoorstel bevat geen regeldruk-gevolgen voor *burgers*. De nalevingskosten voor het *bedrijfsleven* kunnen worden uitgesplitst in administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten. Administratieve lasten zijn de kosten die het bedrijfsleven moet maken om te voldoen aan informatieverplichtingen jegens

de overheid, die voortvloeien uit wet- en regelgeving. Het wetsvoorstel brengt geen administratieve lasten met zich. De inhoudelijke nalevingskosten bestaan uit andere kosten die het bedrijfsleven moet maken om aan de verplichtingen te voldoen die de nieuwe wet- en regelgeving stelt. Het wetsvoorstel bevat geen inhoudelijke nalevingskosten, omdat de gevolgen van het voorstel buiten de definitie van nalevingskosten vallen.<sup>15</sup> Het is overigens de verwachting dat ondernemers de regeling als lastenverlichting zullen ervaren.

De voorgestelde regeling zal nieuwe werkzaamheden voor de rechterlijke macht meebrengen. De verwachting is dat de hiermee gemaakte kosten gecompenseerd zullen worden door enerzijds de griffierechtenheffing en anderzijds de werklasterlichting die voortvloeit uit het niet optreden van een faillissement. In het kader van de voorgestelde regeling zal overeenkomstig het nieuwe artikel 19a van de Wet griffierechten burgerlijke zaken van de schuldenaar, de schuldeiser of de aandeelhouder die in het kader van de voorgestelde regeling een beroep doet op de rechter griffierecht worden geheven. Voorts geldt dat als er op basis van de nieuwe regeling een akkoord tot stand komt, dit betekent dat er een faillissement zal zijn afgewend. Een faillissementsprocedure heeft een langere looptijd dan de in deze regeling voorziene akkoordprocedure en de rechterlijke betrokkenheid daarbij is ook groter. Dit leidt dan tot een werklasterverlaging bij de rechterlijke macht. Gelet hierop is de verwachting dat de voorgestelde regeling kostenneutraal is.

## **ARTIKELSGEWIJS**

### **Artikel I**

#### Onderdelen A en E

*Artikelen 3d (nieuw) en 215, derde en vierde lid (nieuw)*

Het nieuwe artikel 3d ziet op de situatie waarin een eigen faillissementsaanvraag van de schuldenaar of een verzoek tot faillietverklaring van een schuldeiser gelijktijdig aanhangig is met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371). Bepaald is dat in dat geval het aanwijzingsverzoek eerst wordt behandeld. Wordt dit verzoek gehonoreerd, dan start daarmee een traject

---

<sup>15</sup> Hierbij speelt een rol dat een aanzienlijk aantal wijzigingen zien op de procedure bij de rechter. De verplichtingen in het kader van een gerechtelijke procedure vallen buiten de definitie van nalevingskosten. Het burgerlijk procesrecht biedt waarborgen voor een eerlijke en efficiënte procesvoering. Waar in het procesrecht eisen worden gesteld aan informatie-uitwisseling met rechter of wederpartij of anderszins, hangen de lasten als gevolg daarvan direct samen met deze waarborgfunctie. De lasten worden om die reden niet als regeldruk aangemerkt. Zie ook Meten is Weten II: Handleiding voor het definiëren en meten van administratieve lasten voor het bedrijfsleven, p. 33. Het burgerlijk procesrecht biedt waarborgen voor een eerlijke en efficiënte procesvoering. Waar in het procesrecht eisen worden gesteld aan informatie-uitwisseling met rechter of wederpartij of anderszins, hangen de lasten als gevolg daarvan direct samen met deze waarborgfunctie. De lasten worden om die reden niet als regeldruk aangemerkt.

dat tot doel heeft een akkoord tot stand te brengen. Om dit traject een kans te geven wordt de behandeling van de faillissementsaanvraag of het faillissementsverzoek in beginsel voor vier maanden geschorst, onder de voorwaarden die zijn opgenomen in het nieuwe artikel 3e. Dit artikel wordt hierna besproken.

In onderdeel E is door toevoeging van twee nieuwe leden aan artikel 215 Fw eenzelfde regeling getroffen voor gevallen waarin een verzoek van de schuldenaar tot verlening van surseance van betaling gelijktijdig aanhangig is met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige.

#### *Artikel 3e (nieuw)*

Het is mogelijk dat jegens een schuldenaar een faillissementsaanvraag wordt ingediend, terwijl er een traject loopt waarbinnen er een poging wordt gedaan om de schulden van de schuldenaar te herstructureren door middel van een akkoord. Het nieuwe artikel 3e biedt de schuldenaar de mogelijkheid om de rechtbank dan te verzoeken de behandeling van die faillissementsaanvraag te schorsen. Het artikel geldt niet alleen voor faillissementsaanvragen die zijn ingediend door schuldeisers die door de schuldenaar bij de herstructurering zijn betrokken, maar ook voor aanvragen van schuldeisers die hier buiten zijn gelaten.

#### Lid 1, 3 en 5:

Artikel 3e is erop gericht de schuldenaar de kans te geven een akkoord tot stand te brengen. Het artikel beoogt onder meer te voorkomen dat schuldeisers faillissementsverzoeken indienen met geen ander doel dan om de totstandkoming van een akkoord te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren. Tegelijkertijd is het risico van misbruik door de schuldenaar van de indiening van een schorsingsverzoek onder ogen gezien. Het is niet de bedoeling dat de schuldenaar de schuldeisers van verhaal door middel van faillissement kan afhouden zonder dat dit geschiedt met het doel om aan een oplossing te werken waarmee de schuldeisers het best gediend zijn. Gelet daarop zijn enkele voorwaarden verbonden aan de schorsing.

In de eerste plaats is in het eerste lid bepaald dat een schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag alleen mogelijk is als de schuldenaar bij de griffie van de rechtbank een verklaring deponereert waaruit blijkt dat hij een traject is gestart om een akkoord tot stand te brengen. Ook dient de schuldenaar het akkoord al daadwerkelijk te hebben aangeboden of moet hij toezeggen dat hij dit binnen een termijn van ten hoogste twee maanden zal doen. Verder moet summierlijk blijken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de schorsing. De schuldenaar moet de rechtbank hiervan overtuigen. Heeft er bijvoorbeeld al een stemming plaatsgevonden waarbij het door de schuldenaar aangeboden akkoord door alle klassen is weggestemd en heeft geen van de schuldeisers of aandeelhouders het initiatief genomen om een herkansing te initiëren met een verzoek tot aanwijzing van

een herstructureringsdeskundige, dan is de kans verkeken dat er een akkoord tot stand komt. Een schorsing is dan niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en dus niet op haar plaats.

Vorst is in het eerste en het derde lid bepaald hoe lang een schorsing maximaal kan duren. Een schorsing geldt in beginsel voor de duur van vier maanden. Daarna kan de schorsing nog met maximaal vier maanden worden verlengd, mits er op dat moment al een homologatieverzoek aanhangig is.

Tenslotte geldt op basis van het vijfde lid dat de rechter de schorsing zal opheffen als de omstandigheden na de schorsingsbeslissing wijzigen en daardoor niet langer is voldaan aan bovengenoemde voorwaarden. De rechter kan dit ambtshalve besluiten, dan wel op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, of de schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend.

#### Lid 2:

De voorgestelde regeling biedt ook schuldeisers en aandeelhouders de mogelijkheid om de totstandkoming van een akkoord te initiëren. Zij kunnen de rechter vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371). Deze herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en met de aanbidding daarvan vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. Honoreert de rechtbank het aanwijzingsverzoek, dan kan ook de herstructureringsdeskundige vragen om een schorsing van de behandeling van een door een schuldeiser ingediende faillissementsaanvraag. Daarnaast kan de herstructureringsdeskundige de rechter ook vragen om de behandeling van een door de schuldenaar ingediende een eigen faillissementsaangifte te schorsen. Dit laatste is opgenomen om te voorkomen dat de schuldenaar een door de schuldeisers of aandeelhouders ingezet traject kan dwarsbomen.

#### Lid 4:

Als de rechter het schorsingsverzoek honoreert, kan hij daarbij op basis van het vierde lid voorzieningen treffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en de aandeelhouders. Ook op een later moment – dat wil zeggen als de schorsingstermijn al loopt – kan de rechter daartoe alsnog beslissen. De rechter kan hier ambtshalve toe besluiten, dan wel op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, of de schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend.

De rechter kan bijvoorbeeld bepalen dat de schuldenaar ervoor 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. Op die manier kan de rechter ervoor zorgen dat de schuldeisers en aandeelhouders zicht houden op het traject en dat zij binnen een afzienbare tijd duidelijkheid krijgen over de vraag of er een akkoord tot stand komt. Ook de aanstelling van een observator behoort tot de mogelijkheden (artikelen 3e, vierde lid, en 380). De observator heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te



hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Als de observator constateert dat het de schuldenaar niet zal lukken om een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, dient hij de rechtbank hierover direct te informeren. Vervolgens bepaalt de rechtbank welk gevolg hieraan gegeven moet worden. Een dergelijke gevolgtrekking kan zijn dat de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst die het herstructureringsstraject overneemt (artikel 380, tweede lid).

#### Lid 6:

In het zesde lid is bepaald dat een faillissementsverzoek of een eigen faillissementsaangifte van rechtswege vervalt wanneer het akkoord door de rechter wordt gehomologeerd. Op dat moment zal het faillissement immers zijn afgewend. Was de schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend niet op de hoogte van het feit dat er een traject liep om een akkoord tot stand te brengen, dan kan de rechter bepalen dat de proceskosten die hij heeft gemaakt vergoed moeten worden door de schuldenaar. Bij de begroting van die kosten zal zoals gebruikelijk het liquidatietarief worden gehanteerd.

#### Lid 7:

Voor alle beslissingen die de rechter op basis van artikel 3e kan nemen, geldt ingevolge het zevende lid dat de rechter de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, en de schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, eerst in de gelegenheid stelt elk hun zienswijze kenbaar te maken. Heeft de rechter een observator aangesteld, dan wordt ook deze gevraagd zijn visie te geven.

### Onderdeel B

#### *Artikel 42a Fw (nieuw)*

Het nieuwe artikel 42a beoogt de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord te bevorderen. Het gaat daarbij niet alleen om financiering in de vorm van een geldlening, maar bijvoorbeeld ook om leveringen van goederen op krediet. Het artikel omvat een afwijking van artikel 42 Fw waarin een op het faillissement toegespitste regeling is opgenomen voor de vernietiging van rechtshandelingen die de schuldenaar onverplicht heeft verricht en waardoor schuldeisers zijn benadeeld (*'faillissementspauliana'*). Als de schuldenaar een dergelijke benadelende rechtshandeling heeft verricht in de aanloop naar een faillissement, kan de curator deze rechtshandeling na de faillietverklaring vernietigen ten behoeve van de gemeenschappelijke schuldeisers. Een actio pauliana kan op grond van artikel 42 Fw succesvol door de curator worden ingesteld als 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 dit het gevolg zou zijn en (v) ook degenen met of jegens wie de schuldenaar handelde wisten of behoorden dat te weten.

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 kader ook nog financiering is verstrekt. Artikel 42a biedt de schuldenaar de mogelijkheid om de rechter te vragen om een machtiging voor het verrichten van de rechtshandelingen die nodig zijn om een financiering te kunnen krijgen. De rechter zal de machtiging verlenen als wordt voldaan aan de volgende in het artikel genoemde randvoorwaarden:

- de financiering is nodig om een akkoord te kunnen voorbereiden en de onderneming in de tussentijd te kunnen blijven voortzetten, en
- op het moment dat de machtiging wordt verstrekt redelijkerwijs valt aan te nemen dat de gezamenlijke schuldeisers er belang bij hebben dat de rechtshandeling wordt verricht en dat de individuele schuldeisers hierdoor niet wezenlijk in hun belangen worden geraakt.

Hoe de voorgenomen rechtshandeling uiteindelijk daadwerkelijk zal uitpakken valt op voorhand altijd moeilijk te zeggen. Het gaat erom dat op het moment dat de machtiging wordt gevraagd er geen wetenschap bestaat dat de voorgenomen rechtshandeling tot benadeling van schuldeisers zal leiden. De schuldenaar zal de rechtshandeling snel na het verkrijgen van de machtiging moeten verrichten. De situatie kan namelijk snel veranderen en een verwachting die ten tijde van het verlenen van de machtiging realistisch leek, is dat enige tijd later als gevolg van nieuwe ontwikkelingen mogelijk niet meer. De machtiging van de rechter leidt ertoe dat de desbetreffende rechtshandelingen niet door de curator kunnen worden vernietigd op basis van artikel 42 Fw, mocht er later alsnog een faillissement worden uitgesproken.

De aanwijzing van de herstructureringsdeskundige leidt er niet toe dat de schuldenaar de beschikking of het beheer over zijn vermogen verliest. Hij behoudt zelf de controle over zijn onderneming en kan deze gewoon blijven voortzetten, terwijl de akkoordprocedure loopt ('*debtor in possession*'). De schuldenaar blijft daarmee ook uitsluitend bevoegd om rechtshandelingen te verrichten. Gelet hierop is de in artikel 42a geboden mogelijkheid om de rechter om een machtiging te vragen voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van een financiering, alleen opgesteld voor de schuldenaar en niet ook voor de herstructureringsdeskundige.

## Onderdeel C

### *Artikel 47*

De aanpassing van artikel 47 Fw moet logischerwijs voort uit de introductie van de nieuwe artikelen 3d en 3e. Zoals is toegelicht in het kader van onderdeel B, kan een curator de faillissementspauliana alleen

inroepen tegen rechtshandelingen die onverplicht door de schuldenaar zijn verricht (artikel 42 Fw). 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, als (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 als de behandeling van die aanvraag op basis van de artikelen 3d en 3e is opgeschort vanwege de (aankondiging van de) aanbieding door de schuldenaar van een akkoord of de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Ook deze bepaling valt binnen de categorie voorzieningen 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 zijn bedrijfsvoering kan voortzetten en dat hij de betalingen die daarvoor nodig zijn, kan verrichten.

#### Onderdeel D:

##### *Artikel 54 lid 3 (nieuw)*

Onderdeel D voegt een nieuw derde lid toe aan artikel 54 Fw. Ook deze bepaling past binnen de categorie voorzieningen om de schuldenaar in staat te stellen een akkoord tot stand te brengen. De achtergrond van artikel 54 Fw is dat schuldeisers die een faillissement van hun schuldenaar vrezen, in de verleiding kunnen komen om voor zichzelf een verrekeningsmogelijkheid te creëren door het overnemen van een schuld of vordering op de schuldenaar. De overgenomen schuld of vordering kan dan na de faillietverklaring worden verrekend. Op die manier kunnen de betreffende schuldeisers zichzelf bevoordelen ten nadele van de overige schuldeisers. Artikel 54 Fw beoogt dit risico te beperken. Daartoe is het volgende bepaald. Als het tot een faillissement komt en de curator erin slaagt te bewijzen dat bij de overneming van de schuld of vordering niet te goeder trouw is gehandeld, sluit artikel 54, eerste lid, Fw de mogelijkheid van een beroep op verrekening met een overgenomen schuld of vordering uit en kan de verrekening ongedaan worden gemaakt. De Hoge Raad heeft overwogen dat de schuldeiser bij de overneming van de schuld of vordering niet te goeder trouw is als hij wist dat zijn schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement, dan wel zijn surseance van betaling te verwachten was (Hoge Raad 30 januari 1953, NJ 1953/578 (Doyer en Kalff/Bouman q.q.) en 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (Amro/Curatoren THB)). Hetzelfde kan zich voordoen als het faillissement na de overneming nog geruime tijd uitblijft (Hoge Raad 17 februari 2012, JOR 2012/234 (Rabobank Maashorst/Kézér q.q.)).

Gelet op deze uitleg wordt aan artikel 54 Fw een nieuw derde lid toegevoegd dat specifiek ziet op de situatie dat er voorafgaand aan het faillissement nog een traject heeft plaatsgevonden waarin een poging is gedaan om een akkoord tot stand te brengen. De aanpassing van artikel 54 Fw is ervoor bedoeld om de schuldenaar in staat te stellen tijdens dat traject gebruik te blijven maken van een rekening-courant faciliteit. Via een rekening-courant faciliteit wordt de schuldenaar een krediet aangeboden dat binnen een bepaalde bandbreedte dient te blijven. Daartoe worden op de desbetreffende rekening doorlopend bedragen – dat wil zeggen inkomsten en uitgaven van de schuldenaar – met elkaar verrekend. In het nieuwe derde lid wordt nu bepaald dat wanneer een verrekening heeft plaatsgevonden in de periode waarin een poging werd gedaan om een akkoord tot stand te brengen en deze niet strekte tot inperking van de kredietruimte (de ‘roodstand’), degene die de verrekening heeft verricht daarbij te goeder trouw was. Als de akkoordpoging mislukt en een faillissement volgt, kan de curator de verrekende bedragen niet terugvorderen. Met deze bepaling wordt beoogd te voorkomen dat degene die de schuldenaar de rekening-courant aanbiedt, deze faciliteit bevriest zodra de schuldenaar start met de onderhandelingen over een akkoord.

#### Onderdeel F:

##### *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 dat wetsvoorstel is het de bedoeling 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.<sup>16</sup> 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:

- wat het toepassingsbereik is van de voorgestelde regeling (eerste tot en met het vijfde lid);
- dat de regeling voorziet in een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare akkoordprocedure buiten faillissement (zesde en negende lid);

---

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2014–2015, 34 218, nr. 3, pag. 42.

- wanneer de Nederlandse rechter beschikt over rechtsmacht om verzoeken die in het kader van deze regeling worden ingediend in behandeling te nemen (zevende lid);
- welke rechtbank relatief bevoegd is (achtste lid), en
- dat tegen beslissingen van de rechter in het kader van deze afdeling geen hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep of cassatie – openstaat (tiende lid).

#### 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 het de bedoeling om in Nederland een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het midden en klein bedrijf. Daarom 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.

De regeling is niet van toepassing op banken of verzekeraars. De reden daarvoor is dat banken en verzekeraars met hoofdstuk 3A van de Wet op het financieel toezicht (Wft) hun eigen reddingsmechanisme kennen, dat ook behelst het voorkomen van een faillissement.<sup>17</sup> Het is onwenselijk als dit reddingsmechanisme zou kunnen worden doorkruist met een dwangakkoord.

#### Lid 2:

Het tweede lid maakt duidelijk waarop wordt gedoeld wanneer in de voorgestelde regeling wordt gesproken over ‘*stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders*’. Dit betreffen de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het voorgestelde akkoord worden gewijzigd. Om die reden hebben deze schuldeisers en aandeelhouders het recht om hun stem over het voorgestelde akkoord uit te brengen (artikel 381, tweede lid). De schuldenaar kan een akkoord aanbieden aan al zijn schuldeisers en aandeelhouders. Hij kan er echter ook voor kiezen om het akkoord te beperken tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders (artikel 370, eerste lid). Daarom is deze bepaling van belang. Wordt artikel 369, tweede lid, gelezen in combinatie met de 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 381, eerste lid);

---

<sup>17</sup> Op dit moment is bij de Eerste Kamer het wetsvoorstel aanhangig inzake de Wet herstel en afwikkeling verzekeraars (34.842). Na de inwerkingtreding van deze wet wordt de Wft uitgebreid met een specifiek reddingsmechanisme voor verzekeraars.

- in de gelegenheid hoeft te stellen over het akkoord te stemmen (artikel 381, tweede lid);
- kennis moet kunnen laten nemen van het verslag dat na de stemming door hem dient te worden opgesteld (artikel 382, tweede lid), en
- in kennis moet stellen van de beschikking van de rechtbank waarbij zitting is vastgesteld waarop het homologatieverzoek wordt behandeld (artikel 383, derde lid).

Voorts geldt dat alleen deze schuldeisers en aandeelhouders de rechter kunnen vragen om het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikel 383, zesde lid). Het zijn ook alleen deze stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders die aan een eenmaal gehomologeerd akkoord gebonden zijn en daaraan rechten kunnen ontleen jegens de schuldenaar (artikel 385 ev.).

Dat de schuldenaar niet alle bij de onderneming betrokken partijen hoeft te betrekken bij het traject, biedt hem de mogelijkheid om met gebruikmaking van de besloten akkoordprocedure buiten faillissement in relatieve rust een akkoord tot stand te brengen. Daarmee kan hij wellicht negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en daarmee samenhangende nadelige consequenties voorkomen. Zoals reeds is opgemerkt in het algemeen deel van de toelichting, neemt het voorgaande niet weg dat uit artikel 25 van de WOR kan voortvloeien dat de medezeggenschapsorganen geïnformeerd moeten worden en de gelegenheid moeten krijgen om een advies uit te brengen over het akkoord.

#### Lid 3:

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 derde lid bepaald dat hetgeen voor aandeelhouders geldt, ook van toepassing is op de leden van een vereniging of een coöperatie.

#### Lid 4:

Uit het vierde lid volgt dat het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst. Daarvoor dient een specifieke regeling die met de Wet Werk en Zekerheid is gestroomlijnd.

#### Lid 5:

In het vijfde lid is bepaald dat een schuldenaar geen gebruik kan maken van de voorgestelde regeling als hij in de drie voorgaande jaren al eens een mislukte poging heeft gedaan om een dwangakkoord tot stand te brengen. Is een poging van de schuldenaar om een akkoord tot stand te brengen gestrand, dan blijft het mogelijk voor de schuldeisers of aandeelhouders om een herkansing te initiëren door een herstructureringsdeskundige te laten aanwijzen. Deze herstructureringsdeskundige kan een nieuw voorstel voor een akkoord voorbereiden en dat vervolgens aanbieden aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Dit kan er dan toe leiden dat er alsnog een akkoord tot stand komt.

Lid 6 tot en met 9:

Zoals eerder is toegelicht in paragraaf 3.1 van deze toelichting voorziet de voorgestelde regeling in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; 1) een *besloten akkoordprocedure buiten faillissement* en 2) een *openbare akkoordprocedure buiten faillissement*. Dit is bepaald in het zesde lid. De schuldenaar of de schuldeisers en aandeelhouders die op grond van artikel 371 om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige vragen en daarmee een akkoordprocedure initiëren, maken de keuze voor één van deze procedures.

Bij de besloten akkoordprocedure buiten faillissement wordt niet publiek gemaakt dat de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige voornemens is om een akkoord aan te bieden. Daarnaast worden alle verzoeken aan de rechter in raadkamer behandeld (artikel 369, negende lid). Deze procedure lijkt daarmee vooral geschikt voor het geval waarin het akkoord wordt beperkt tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders (artikelen 369, zesde lid, en 370, eerste lid). De besloten akkoordprocedure buiten faillissement biedt dan de mogelijkheid om het akkoord in relatieve rust tot stand te brengen en negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en daarmee samenhangende nadelige consequenties te voorkomen.

Bij de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt aan het traject juist wel publiciteit gegeven door een kennisgeving in het insolventieregister (artikel 370, vierde lid). Verder zal in het Handelsregisterbesluit 2008 worden bepaald dat de toepassing van de openbare insolventieprocedure buiten faillissement zal worden ingeschreven in het Handelsregister zoals nu ook al gebruikelijk is bij andere openbare insolventieprocedures; dat wil zeggen bij de faillietverklaring, de verlening van surseance van betaling en de toepassing van de schuldsaneringsregeling (artikel 39 van het Handelsregisterbesluit 2008). Daarnaast worden de verzoeken aan de rechter in het openbaar behandeld (artikel 369, negende lid).

Is eenmaal gekozen voor één van de twee procedures, dan dient het traject dat moet worden afgelegd om een akkoord tot stand te brengen, volledig binnen die procedure plaats te vinden. Een tussentijdse overstap van de besloten naar de openbare procedure is dus niet mogelijk.

Voor welke procedure wordt gekozen, moet in ieder geval duidelijk te zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Voordat de rechter een beslissing neemt over verzoeken die in het kader van de totstandkoming van het akkoord aan hem worden voorgelegd, moet hij vaststellen of hij rechtsmacht heeft om deze verzoeken in behandeling te nemen. Het achtste lid omvat hiervoor de regeling.

Bij de besloten akkoordprocedure buiten faillissement wordt de rechtsmacht bepaald aan de hand van artikel 3 Rv. Artikel 3 Rv bepaalt – voor zover relevant in dit kader – dat de Nederlandse rechter in zaken die met de indiening van een verzoek worden ingeleid, rechtsmacht heeft als:

- a. de verzoeker of, als er meer verzoekers zijn, één van hen, dan wel één van de in het verzoek genoemde belanghebbenden in Nederland zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft, of
- b. de zaak anderszins voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden is.

Wat betreft deze laatste grond zijn omstandigheden die (ieder voor zich) voldoende verband met de Nederlandse rechtssfeer opleveren, onder meer (maar niet uitsluitend):

- i) de schuldenaar die het akkoord aanbiedt, heeft zijn 'COMI'<sup>18</sup> of een vestiging in Nederland<sup>19</sup>;
- ii) de schuldenaar die het akkoord aanbiedt, heeft (substantiële) activa in Nederland;
- iii) een (substantieel) deel van de door middel van het akkoord te herstructureren schulden vloeit voort uit verbintenissen die zijn onderworpen aan het Nederlands recht of waarbij een forumkeuze is gemaakt voor de Nederlandse rechter;
- iv) een (substantieel) deel van de groep waarvan de schuldenaar deel uitmaakt, bestaat uit in Nederland gevestigde vennootschappen, of
- v) de schuldenaar is aansprakelijk voor schulden van een andere schuldenaar ten aanzien waarvan de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft.

De openbare akkoordprocedure buiten faillissement zal worden aangemeld bij de Europese Commissie met het verzoek om deze procedure te laten opnemen in bijlage A van de Insolventieverordening. Dit betekent dat voor het antwoord op de vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft in het kader van deze procedure bepalend is of de 'COMI' van de schuldenaar gelegen is in Nederland. Is dit het geval dan volgt uit de Insolventieverordening dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Ligt de 'COMI' van de schuldenaar buiten de EU of in Denemarken, dan dient de vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft wederom beantwoord te worden aan de hand van artikel 3 Rv.

Als de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, vloeit vervolgens uit de artikelen 262 en 269 Rv voort welke Nederlandse rechtbank relatief bevoegd is en waar de verzoeken die in het kader van de akkoordprocedure aan de rechter kunnen worden gedaan, moeten worden ingediend (artikel 369, achtste lid).

#### Lid 9:

In het negende lid is bepaald dat tegen beslissingen van de rechter in het kader van deze afdeling geen hoger beroep of cassatie openstaat. Dit is gerechtvaardigd en noodzakelijk omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie (artikel 370, eerste lid). Om een faillissement

---

<sup>18</sup> 'COMI' is een begrip dat wordt gebruikt in de Insolventieverordening. Hieronder wordt verstaan het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar.

<sup>19</sup> Worden één of meer akkoorden aangeboden waarbij sprake is van een herstructurering van de schulden van meerdere rechtspersonen die samen een groep vormen, dan is voldoende dat tenminste één van de schuldenaren zijn 'COMI' of een vestiging in Nederland heeft.



nog af te kunnen wenden, moet het akkoord na de homologatie snel uitgevoerd kunnen worden. Dit vergt een snelle finale beslissing van de rechter.

## § 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 als de schuldenaar een besloten of een naamloze vennootschap is, bepaalde regels over de besluitvorming binnen de vennootschap niet van toepassing zijn.

### Lid 1:

Artikel 370, eerste lid, omvat één van de kernbepalingen van de voorgestelde regeling. Hierin is geregeld dat een schuldenaar zijn schuldeisers en aandeelhouders een akkoord kan aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten. De rechter kan het akkoord vervolgens goedkeuren (homologeren), als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde eisen voldoet (artikelen 383, eerste lid, en 384, eerste lid). De homologatie leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders (artikel 385). Stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd of geen stem hebben uitgebracht, kunnen op die manier toch aan het akkoord worden gebonden.

Voorwaarde om van de regeling gebruik te kunnen maken is dat de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. De toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, komt kort gezegd neer op het volgende. De schuldenaar is nog in staat om zijn lopende verplichtingen te voldoen. Tegelijkertijd voorziet hij dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden, als zijn schulden niet worden geherstructureerd. Tussen het moment van het inroepen van de regeling en het moment van de verwachte insolventie kan enige tijd liggen. Zo is denkbaar dat een schuldenaar voorziet dat hij een lening die over bijvoorbeeld een half jaar of een jaar vervalt, niet zal kunnen terugbetalen en dat hij bij het vervallen van die lening insolvent zal raken. De schuldenaar moet dan onmiddellijk met een beroep op deze regeling tot actie kunnen overgaan.

Bij een '*wijziging van de rechten van de schuldeisers en de aandeelhouders*' gaat het om een wijziging van het recht van een schuldeiser of aandeelhouder om nakoming door de schuldenaar van de op hem rustende verplichtingen af te dwingen. Gedacht kan worden aan:

- een gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van een openstaande vordering, waarbij de schuldenaar geheel of gedeeltelijk wordt verlost van zijn betalingsverplichting en het recht van de schuldeiser om jegens de schuldenaar (volledige) betaling te vorderen, komt te vervallen;
- een uitstel van betaling, waarbij de schuldenaar meer tijd krijgt om aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen en het recht van de schuldeiser om betaling op het oorspronkelijk afgesproken moment af te dwingen, komt te vervallen, of
- een '*debt for equity swap*', waarbij een gedeelte van een vordering van een schuldeiser wordt omgezet in een aandelenbelang en dus ook zeggenschap in de vennootschap, terwijl het aandelenbelang en de daaraan verbonden zeggenschap van de bestaande aandeelhouders verwateren.

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 groepen (klassen) van schuldeisers en aandeelhouders – is ook mogelijk. Hierbij kan gedacht worden aan een akkoord dat zich uitsluitend richt op een herstructurering van de schulden jegens financiers met een zekerheidsrecht 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 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). Als een bepaalde groep schuldeisers niet wordt betrokken bij het akkoord betekent dit feitelijk dat de rechten van die schuldeisers op geen enkele wijze worden gewijzigd en dat zij volledig moeten worden voldaan. In een dergelijk geval bestaat het risico dat één of meer bij het akkoord betrokken klassen van schuldeisers niet instemt met het akkoord en dat schuldeisers uit die klasse bezwaar maken tegen de homologatie. Het akkoord kan dan alleen in aanmerking komen voor homologatie, als:

- de klassen van schuldeisers met een gelijke of hogere rang met de vereiste meerderheid instemmen met het akkoord (dat betekent dat zij instemmen met de afwijking van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar), of
- de schuldenaar een redelijke grond aandraagt voor zijn keuze om bepaalde schuldeisers buiten het akkoord te houden (dat betekent dat die schuldeisers niet een deel van het tekort dragen) en aantoont dat de schuldeisers met een gelijke of hogere rang daardoor niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

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 stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zal moeten voorleggen. Dit zal hij moeten doen binnen een redelijke termijn voor het plaatsvinden van de stemming. Deze termijn mag in ieder geval niet korter zijn dan acht dagen (artikel 381, eerste lid).

Lid 2:

Mocht een schuldeiser betrokken worden bij een akkoord en wordt zijn vorderingsrecht in dat kader gewijzigd, dan behoudt hij het recht om een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, die aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, aan te spreken tot voldoening van zijn oorspronkelijke vordering in de vorm en op het tijdstip zoals afgesproken vóór de homologatie van het akkoord. Dit kan als de schuldeiser een deel van de vordering heeft moeten kwijtschelden, maar ook als de vordering niet op het oorspronkelijk afgesproken tijdstip wordt voldaan of de betaling plaatsvindt in een andere vorm (denk aan de '*debt-for-equity-swap*'). Dit is geregeld in de eerste zin van het tweede lid.

Hierbij wordt aangesloten bij artikel 160 Fw waarin eenzelfde regel is opgenomen voor het faillissementsakkoord. Met de bepaling wordt voorkomen dat afgegeven garanties na de homologatie van het akkoord op losse schroeven komen te staan. Zonder deze bepaling zou een wijziging van de oorspronkelijke vordering onder het akkoord veelal tot gevolg hebben dat ook de rechten onder een borgtocht of een andere vorm van mede-aansprakelijkheid of zekerheidstelling worden gewijzigd. Als de schuldenaar in het akkoord bijvoorbeeld een uitstel van betaling krijgt van vijf jaar, zou zonder deze bepaling de opeisbaarheid van de vordering op de borg ook verschuiven met vijf jaar. De schuldeiser heeft dan in feite niets aan zijn borgtocht.

In de tweede zin van het tweede lid is bepaald dat de derde voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord aan de schuldeiser voldoet, geen verhaal kan halen op de schuldenaar. Hiermee wordt voorkomen dat de schuldenaar alsnog voor de oorspronkelijke schuld wordt aangesproken en het akkoord uiteindelijk nog steeds geen oplossing biedt voor de financiële problemen.

De bepaling sluit aan bij de systematiek van artikel 136, tweede lid, Fw. Die bepaling omvat – kort gezegd – een regeling op basis waarvan het niet mogelijk is dat twee of meer personen – dat wil zeggen de schuldeiser en bijvoorbeeld de borg – voor dezelfde schuld opkomen in het faillissement. Dit zou de andere schuldeisers anders benadelen, omdat hun uitkering dan lager zou uitvallen. Uit artikel 370, tweede lid, tweede zin, volgt dat als een vordering van een schuldeiser wordt geherstructureerd in het akkoord, de borg vervolgens niet een regresvordering kan instellen waarmee hij bij de schuldenaar alsnog de volledige betaling van de oorspronkelijke schuld afdwingt. Ook nu is de ratio van deze bepaling dat dit niet mogelijk moet zijn omdat dit de andere schuldeisers zou benadelen.

De rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de garantieggever kan ook beheerst worden door buitenlands recht. Daarom ziet de bepaling in artikel 370, tweede lid, tweede zin, niet alleen op regres op basis van artikel 6:10 en 6:13 BW, maar ook op regres op grond van een buitenlandse wettelijke regeling.

Leidt de betaling van de derde ertoe dat de oorspronkelijke schuld van de schuldenaar geheel of gedeeltelijk wordt voldaan, dan gaan de rechten die in het akkoord aan de schuldeiser zijn toegekend voor het deel van de vordering dat de derde heeft voldaan van rechtswege over op de derde. Dit is geregeld in de derde zin van het tweede lid. In het eerder genoemde voorbeeld krijgt de schuldenaar in het akkoord een uitstel van betaling van vijf jaar. Spreekt de schuldeiser na de homologatie van het akkoord de borg aan en ontvangt hij een volledige terugbetaling van de schuld van de borg, dan volgt uit artikel 370, tweede lid, derde zin, dat het recht dat is toegekend aan de schuldeiser om over vijf jaar uitbetaald te worden, overgaat op de borg. Op deze wijze kan het verlies dat de derde lijdt doordat hij geen regresrecht heeft op de schuldenaar enigszins worden gecompenseerd en wordt voorkomen dat de schuldeiser uiteindelijk meer ontvangt dan waarop hij op basis van zijn oorspronkelijke vordering jegens de schuldenaar recht heeft.

Een uitzondering op de regel dat het akkoord rechten op derden onaangetast laat, wordt gemaakt voor het geval waarin sprake is van een akkoord als bedoeld in artikel 372. Bij een dergelijk akkoord is het de bedoeling om de herstructurering van garanties mee te nemen, voor zover die zijn afgegeven door vennootschappen die onderdeel vormen van dezelfde groep. Dit kan alleen als voldaan is aan de voorwaarden die in dat artikel zijn opgenomen.

### Lid 3:

In het derde lid is bepaald dat de schuldenaar, zodra hij start met de voorbereiding van een akkoord, een verklaring deponereert bij de griffie van de rechtbank. Dit betreft de rechtbank die relatief bevoegd is de verzoeken die in het kader van de akkoordprocedure kunnen worden ingediend in behandeling te nemen (artikelen 369, achtste lid). Het belang van deze bepaling is vooral gelegen in het feit dat de schuldenaar vanaf dit moment de rechter kan verzoeken voorzieningen te treffen die hem helpen een akkoord tot stand te brengen (zie paragraaf 3.7). Het gaat dan om verzoeken tot:

- schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag (artikel 3e);
- verlening van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van de verkrijging van nieuwe financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord (artikel 42a);
- afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376), en
- het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (artikel 379).

Gelet op deze laatste categorie verzoeken is het moment van deponering van de verklaring ook van belang voor de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Een voorziening die de rechter in hun belang bijvoorbeeld kan treffen is de aanstelling van een observator. De observator heeft tot taak toezicht

te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet gaat lukken om een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers door zijn toedoen worden geschaad, moet de observator de rechtbank daarvan op de hoogte stellen (artikel 380). De rechter kan op basis van artikel 379 ook bepalen dat de schuldenaar ervoor moet zorgen dat er binnen een bepaalde termijn een stemming plaatsvindt over het akkoord en dat hij de rechtbank en betrokken schuldeisers en aandeelhouders tot die tijd regelmatig informeert over de voortgang. Treft de rechtbank de laatst genoemde voorziening, dan kunnen schuldeisers en aandeelhouders zicht houden op het proces en krijgen zij binnen een afzienbare tijd duidelijkheid over de vraag of er een akkoord tot stand komt. Nu de deponering van de verklaring dus ook van belang is voor de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, is bepaald dat zij – nadat de schuldenaar een akkoord heeft aangeboden – de verklaring bij de griffie kunnen inzien. Dit is mogelijk totdat:

- de rechtbank heeft beslist op het homologatieverzoek, of
- de schuldenaar het verslag van de stemming heeft gedeponerd en daarin heeft vermeld dat hij een dergelijk verzoek niet zal indienen.

Zodra de inzagemogelijkheid van de stemgerechtigde schuldeisers en de aandeelhouders eindigt, kan de rechtbank de verklaring vernietigen. Zij doet dit in ieder geval één jaar na de deponering. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat een traject dat in gang wordt gezet om een akkoord tot stand te brengen niet langer dan een jaar zal lopen.

Verder is nog van belang dat de deponering van de verklaring ook relevant is in het kader van het nieuwe derde lid dat wordt toegevoegd aan artikel 54. Zoals hierboven is opgemerkt in de toelichting bij onderdeel D, is deze nieuwe bepaling ervoor bedoeld om de schuldenaar in staat te stellen tijdens het traject waarin wordt geprobeerd om een akkoord tot stand te brengen, gebruik te maken van een rekening-courant faciliteit. Ook hierbij geldt dat de deponering van de verklaring als ijkmoment wordt genomen; dit is het moment waarop het voorbereidingstraject is gestart en dus ook het moment vanaf wanneer toepassing kan worden gegeven aan het nieuwe derde lid van artikel 54 Fw.

#### Lid 4:

Het vierde lid ziet specifiek op de situatie waarin de schuldenaar ervoor kiest om een akkoord tot stand te brengen in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement. Zoals eerder is toegelicht in paragraaf 3.1 van deze toelichting, geldt dat als de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt toegepast op een schuldenaar die zijn 'COMI' heeft in Nederland dat de Insolventieverordening van toepassing is. In dat geval dienen de voorschriften die de Insolventieverordening stelt ten aanzien van de bekendmaking van de lopende procedure in acht te worden genomen. Het vierde lid voorziet daarin en bepaalt dat als de schuldenaar zijn akkoord aanbiedt in het kader van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement, hij de griffier van de rechtbank Den Haag moet vragen dit in de insolventieregisters,

bedoeld in de artikelen 19 en 19a, en in de Staatscourant te vermelden. De schuldenaar moet dit doen zodra de rechter voor het eerst betrokken is bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. De eerste beslissing die de rechter in dat kader neemt, markeert de opening van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement. De datum waarop de procedure is geopend, is één van de gegevens die de schuldenaar ingevolge artikel 24 van de Insolventieverordening zal moeten aanleveren in de Nederlandse, Engelse, Duitse of Franse taal. Afhankelijk van het moment waarop de rechter voor het eerste bij het traject wordt betrokken, zou een openingsbeslissing kunnen zijn:

- de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige op verzoek van de schuldenaar (artikel 371);
- de schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag (artikel 3e);
- de verlening van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van de verkrijging van nieuwe financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord (artikel 42a);
- de afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376), en
- het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (artikel 379);
- het geven van een tussentijds rechterlijk oordeel (artikel 378), of
- de bepaling van de datum waarop een homologatieverzoek zal worden behandeld (artikel 383, derde lid).

#### Lid 5:

Het vijfde 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. Concreet betekent dit in ieder geval dat het bestuur van de rechtspersoon voor de aanbieding 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.<sup>20</sup> Mocht de uitvoering van een door de rechter gehomologeerd akkoord een besluit van de algemene vergadering vergen, dan treedt het vonnis tot homologatie van het akkoord daarvoor in de plaats.

Zoals eerder is toegelicht en geïllustreerd in paragraaf 3.2 van deze toelichting, kan het voor een herstructurering van de schulden ook nodig zijn om de rechten van aandeelhouders te wijzigen. De bepaling die is opgenomen in het vijfde lid hangt hiermee samen. Met deze bepaling wordt 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

---

<sup>20</sup> Uit de herziene tweede vennootschapsrichtlijn (2012/30/EU) vloeit voort dat in dat geval wel toestemming vereist is.

aandeelhouders zich helemaal niet meer over het akkoord kunnen uitspreken. De wijze waarop zij dit 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 381, 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 kunnen de aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd de rechter vragen dit verzoek af te wijzen (artikel 383, zesde lid). In het kader van de behandeling van het homologatieverzoek kunnen zij dan nogmaals hun stem laten horen.

Het voorgaande is ook van toepassing op de besluitvorming door houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.

#### *Artikel 371*

In artikel 371 is een regeling opgenomen op basis waarvan schuldeisers en aandeelhouders de totstandkoming van een akkoord kunnen initiëren. Zij kunnen de rechter vragen om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Deze herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en met de aanbidding daarvan vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. Het artikel regelt wanneer schuldeisers en aandeelhouders gebruik kunnen maken van deze mogelijkheid. Ook is hierin bepaald welke middelen de herstructureringsdeskundige heeft en wat zijn verantwoordelijkheden zijn. Tot slot is in dit artikel geregeld wanneer een aanwijzing eindigt.

De aanwijzing van de herstructureringsdeskundige leidt er niet toe dat de schuldenaar de beschikking of het beheer over zijn vermogen verliest. Hij behoudt zelf de controle over zijn onderneming en kan deze gewoon blijven voortzetten, terwijl de akkoordprocedure loopt ('*debtor in possession*'). Dat er financiële problemen zijn, hoeft – zeker als gebruik wordt gemaakt van de besloten akkoordprocedure buiten faillissement – niet breed bekend te worden. Dat voorkomt negatieve publiciteit en daarmee samenhangende nadelige consequenties voor de bij de onderneming betrokken partijen.

#### Lid 1:

Het eerste lid biedt schuldeisers en aandeelhouders de mogelijkheid om de rechter te vragen een herstructureringsdeskundige aan te wijzen.

Ook het bestuur van een schuldenaar-vennootschap kan op basis van het eerste lid om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige vragen. Hiermee kan het bestuur voorkomen dat het klem komt te zitten in een belangenconflict tussen aandeelhouders en schuldeisers. Het bestuur heeft om die reden voor het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige niet de goedkeuring nodig van de aandeelhouders.

De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige sluit de gelijktijdige aanbieding van een akkoord door de schuldenaar uit. Op die manier concentreert de poging om een akkoord tot stand te brengen zich altijd binnen één traject. Er kunnen niet tegelijkertijd meerdere parallelle akkoordtrajecten aanhangig zijn.

Lid 2 en 14:

Zoals is toegelicht in paragraaf 3.1 van het algemeen deel van deze toelichting, voorziet de voorgestelde regeling in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid). Het tweede en veertiende lid houden hiermee verband.

Voor welke akkoordprocedure wordt gekozen, dient in ieder geval duidelijk te zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Dat moment kan samenvallen met de indiening van een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. In het tweede lid is bepaald dat degene die het aanwijzingsverzoek indient, in dat geval moet vermelden voor welke akkoordprocedure hij kiest en welke redenen aan die keuze ten grondslag liggen.

Als het verzoek is ingediend door een schuldeiser of een aandeelhouder, krijgt de schuldenaar op basis van het tweede lid nog de gelegenheid om zich uit te spreken over de keuze die is gemaakt. Is de schuldenaar het oneens met de gemaakte keuze, dan bepaalt de rechter welke akkoordprocedure zal worden toegepast.

Wordt de rechter met de indiening van het aanwijzingsverzoek voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen, dan moet hij voordat hij een beslissing neemt, vaststellen of hij rechtsmacht heeft om het verzoek in behandeling te nemen. In het tweede lid is bepaald dat degene die het aanwijzingsverzoek indient, er dan voor moet zorgen dat het verzoek zodanige gegevens omvat dat de rechter hiertoe in staat is.

Is gekozen voor de openbare akkoordprocedure buiten faillissement en ontleent de rechter zijn rechtsmacht om het aanwijzingsverzoek in behandeling te nemen aan de Insolventieverordening, dan kan de beslissing tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige een '*beslissing tot opening van een hoofdinsolventieprocedure*' zijn, als bedoeld in artikel 5 van de Insolventieverordening. Als dit het geval is, dient de rechter dit op basis van het veertiende lid te vermelden in zijn aanwijzingsbeslissing. Belanghebbende schuldeisers die niet eerder in staat zijn gesteld hun zienswijze kenbaar te maken, kunnen deze beslissing dan nog aanvechten op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid. Deze verzetsmogelijkheid is eveneens geregeld in het veertiende lid en vloeit voort uit artikel 5, eerste lid, van de Insolventieverordening.

Als de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt toegepast en de Insolventieverordening van toepassing is, dienen de voorschriften die daarin zijn opgenomen ten aanzien van de bekendmaking



van de lopende procedure te worden nageleefd. Aan het slot van het tweede lid is bepaald dat artikel 370, vierde lid, dan van overeenkomstige toepassing is. Voor een nadere uitleg hierbij wordt verwezen naar de toelichting bij die bepaling.

Lid 3, 4, 5 en 10:

Op basis van het derde lid geldt als voorwaarde voor de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige dat de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Als dit nodig is om een beslissing te kunnen nemen, kan de rechter een deskundige vragen om te onderzoeken of de schuldenaar inderdaad verkeert in een dergelijke toestand van onvermijdelijke insolventie. Dit laatste is geregeld in het vierde lid.

Het criterium waaraan de rechter toetst bij de behandeling van een aanwijzingsverzoek, sluit aan bij de voorwaarde waaraan – ingevolge artikel 370, eerste lid – voldaan moet zijn, wil de schuldenaar een akkoord tot stand kunnen brengen op basis van de nieuwe afdeling 4.2. Voor een nadere toelichting op onderdeel a, wordt verwezen naar de toelichting bij die artikel 370, eerste lid.

Als de schuldenaar inderdaad in een toestand van onvermijdelijke insolventie verkeert, zal de rechter het aanwijzingsverzoek honoreren tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daarbij niet gediend zijn. Dit laatste kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als het aanwijzingsverzoek is ingediend door een schuldeiser die dit klaarblijkelijk doet met geen ander doel dan om een vergevorderd en kansrijk herstructureringsstraject te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren, terwijl de gezamenlijke schuldeisers door dergelijk strategisch gedrag en de daarmee veroorzaakte vertraging nadeel ondervinden.

Als is aangetoond dat de schuldenaar verkeert in een toestand van onvermijdelijke insolventie zal de rechtbank een door één of meer schuldeisers ingediend aanwijzingsverzoek doorgaans honoreren. Dit sluit aan bij de gedachte dat de voorgestelde regeling vooral ook bedoeld is ter behartiging van de belangen van schuldeisers en van andere betrokkenen – zoals werknemers – die graag willen dat de onderneming wordt voortgezet, maar geconfronteerd worden met een kleine groep schuldeisers of onwillige aandeelhouders die een reddingspoging blokkeren. De aanwijzing van de herstructureringsdeskundige ziet erop dat er een poging wordt gedaan om te voorkomen dat het faillissementsscenario dat dreigt, zich daadwerkelijk gaat voordoen. Zeker wanneer de schuldenaar zelf geen of onvoldoende actie lijkt te ondernemen, is het belang van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige voor de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen eigenlijk al gegeven. Maar ook als de schuldenaar al wel met de voorbereiding van een akkoord gestart is, kan de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige toch gewenst zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval als bij een schuldenaar-rechtspersoon de onafhankelijkheid van het bestuur niet boven iedere twijfel verheven is. Als de poging om een akkoord tot stand te brengen wordt overgenomen door een externe onafhankelijke herstructureringsdeskundige, kan dit het vertrouwen in het proces en daarmee de

slagingskans vergroten. De benoeming van een onafhankelijke door de rechtbank aangewezen herstructureringsdeskundige kan eventuele vrees voor misbruik helpen voorkomen. Echter, hoe verder het door de schuldenaar aangeboden akkoord is gevorderd en hoe groter de steun van de betrokken schuldeisers voor dat akkoord, hoe groter het belang van de schuldeisers bij een voortvarende afronding door de schuldenaar van het door hem ingezette akkoordtraject. De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige zal een reeds ingezet traject hoe dan ook vertragen. De herstructureringsdeskundige zal zich altijd van vooraf af aan moet inwerken. Steeds zal moeten worden afgewogen of de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige voor de gezamenlijke schuldeisers direct of indirect meerwaarde oplevert die opweegt tegen de daar tegenoverstaande kosten en mogelijke vertraging. Als een poging van de schuldenaar om een akkoord tot stand te brengen is gestrand, dan kunnen de schuldeisers met het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige een herkansing initiëren.

Gaat de rechtbank over tot een aanwijzing, dan stelt zij ook het salaris van de herstructureringsdeskundige vast en bepaalt zij hoeveel de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de door hem op ingeschakelde derden, ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan nadien nog door de rechtbank worden verhoogd. Tenzij anders is overeengekomen, dient de schuldenaar de kosten te vergoeden. Met het oog hierop kan de rechtbank aan de aanwijzing de voorwaarde van zekerheidstelling verbinden. Dit alles is geregeld in het tiende lid.

Voordat de rechter beslissingen neemt ten aanzien van de hiervoor toegelichte kwesties, stelt hij de schuldenaar, de schuldeiser of de aandeelhouders die om de aanwijzing hebben gevraagd, en, indien aan de orde, de observator of de herstructureringsdeskundige eerst nog de gelegenheid elk hun zienswijze te geven. Dit volgt uit het vijfde lid.

#### Lid 7 tot en met 9:

De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige brengt op basis van het zevende en het achtste lid mee dat – voor zover dit nodig is om de herstructureringsdeskundige in staat te stellen zijn taak goed te kunnen vervullen:

- de herstructureringsdeskundige toegang krijgt tot de volledige bedrijfsadministratie en alle overige relevante bedrijfsinformatie, en
- de schuldenaar de herstructureringsdeskundige gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen moeten verschaffen en medewerking moeten verlenen.

Dit laatste geldt ook voor de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers en, als de schuldenaar een vennootschap is, voor de bestuurders, commissarissen en aandeelhouders. Hiermee sluit het wetsvoorstel aan bij de artikelen 105 en 105a Fw betreffende de informatie- en medewerkingsplicht van de failliet jegens de curator.

Als het bestuur verzuimt om medewerking te verlenen, kan de herstructureringsdeskundige de rechter vragen om het bestuur daartoe alsnog te dwingen, eventueel op straffe van een dwangsom (artikel 3:296 BW in combinatie met artikel 611a Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering). Daarnaast kan een weigering van het bestuur om mee te werken zich ook kwalificeren als onbehoorlijk bestuur. Mocht een faillietverklaring volgen en nadien blijken dat de onwillige houding van het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dan zouden de bestuurders op basis van de artikelen 2:138 en 248 BW hoofdelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor het tekort in faillissement.

Om ongewenste verspreiding van gevoelige informatie te vermijden, is in het negende lid bepaald dat de herstructureringsdeskundige de verkregen informatie slechts met derden zal delen voor zover dit noodzakelijk is in het kader van de totstandkoming van het akkoord. Afhankelijk van de omstandigheden kan het daarbij aangewezen zijn dat de herstructureringsdeskundige informatie niet met een derde deelt dan nadat hij met die derde onder de gebruikelijk voorwaarden geheimhouding heeft afgesproken.

#### Lid 6 en 11

In het zesde lid is bepaald dat de herstructureringsdeskundige zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk moet uitvoeren. Om hiertoe in staat te zijn, zal de herstructureringsdeskundige iemand moeten zijn die beschikt over financiële kennis en kennis op het terrein van het insolventierecht. Ook moet hij beschikken over ervaring met herstructureringen van schulden bij ondernemingen. In internationale gevallen zou de rechtbank, als haar dat geraden voorkomt, ook een insolventiefunctionaris in een buitenlandse insolventieprocedure tot herstructureringsdeskundige in een procedure op grond van de onderhavige regeling kunnen aanwijzen (zie in dit verband ook paragraaf 50 en artikelen 42 lid 3 onder a en 57 lid 3 onder a van de Insolventieverordening).

De herstructureringsdeskundige is op basis van het elfde lid niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van de poging om een akkoord tot stand te brengen, tenzij hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende herstructureringsdeskundige die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Hierbij sluit de regeling aan bij de in de jurisprudentie ontwikkelde 'Maclou-norm'<sup>21</sup> die leidend is bij de bepaling van de eventuele aansprakelijkheid van de faillissementscurator.

#### Lid 12 en 13

Uit het dertiende lid volgt dat de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige in beginsel van rechtswege eindigt zodra de rechtbank het door de herstructureringsdeskundige aangeboden akkoord heeft gehomologeerd. De rechtbank kan in het vonnis tot homologatie van het akkoord echter bepalen

---

<sup>21</sup> HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (Maclou).

dat de herstructureringsdeskundige nog wat langer aanblijft, bijvoorbeeld omdat het wenselijk is dat hij ook de uitvoering van het akkoord nog kan begeleiden.

Het twaalfde lid houdt rekening met de mogelijkheid dat op een eerder moment in het traject al duidelijk wordt dat het niet zal lukken om een akkoord tot stand te brengen. Bepaald is dat de herstructureringsdeskundige de rechtbank hiervan op de hoogte moet stellen. Dit zal er in beginsel toe leiden dat de rechtbank aanwijzing intrekt. Voordat de rechter hierover een beslissing neemt, geeft hij de schuldenaar en de schuldeiser of de aandeelhouders die om de aanwijzing hebben gevraagd eerst nog de gelegenheid elk hun zienswijze te geven (vierde lid).

#### *Artikel 372*

Artikel 372 regelt dat het akkoord kan voorzien in een wijziging van de rechten van schuldeisers jegens rechtspersonen die samen met de schuldenaar een groep vormen als bedoeld in artikel 2:24b BW. Bedoeld is de situatie waarin de schuldenaar die een akkoord aanbiedt (hierna: de hoofdschuldenaar) een economische en organisatorische eenheid vormt met andere rechtspersonen en er sprake is van groepsgaranties. Zo kan afgesproken zijn dat een andere rechtspersoon binnen de groep borg staat voor de nakoming van de verplichtingen van de hoofdschuldenaar.

#### Lid 1 en 2:

Mocht een schuldeiser betrokken worden bij een akkoord en wordt zijn vorderingsrecht in dat kader gewijzigd, dan behoudt hij het recht om een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, die aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, aan te spreken tot voldoening van zijn oorspronkelijke vordering in de vorm en op het tijdstip zoals afgesproken vóór de homologatie van het akkoord (artikel 370, tweede lid, eerste zin). De derde kan voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord aan de schuldeiser voldoet, geen verhaal halen op de schuldenaar (artikel 370, tweede lid, tweede zin). Artikel 372 maakt een uitzondering op deze regeling voor groepsgaranties die zijn afgegeven door rechtspersonen die onderdeel vormen van dezelfde groep. Deze uitzondering is echter slechts van toepassing als voldaan is aan de volgende vier voorwaarden die zijn opgenomen in het eerste lid:

- het akkoord kan wijzigingen aanbrengen in rechten van schuldeisers die voortvloeien uit door de desbetreffende rechtspersonen verstrekte groepsgaranties of uit verbintenissen waarvoor die rechtspersonen met of naast de schuldenaar aansprakelijk zijn (onderdeel a);
- de betrokken rechtspersonen verkeren – evenals de hoofdschuldenaar – in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van hun schulden niet zullen kunnen voortgaan (onderdeel b);
- de betrokken rechtspersonen moeten met de voorgestelde wijziging hebben ingestemd of, als dat niet zo is, moet het akkoord zijn aangeboden door een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 (onderdeel c), en

- de rechtbank moet beschikken over rechtsmacht om een homologatieverzoek betreffende een dergelijk breed akkoord te kunnen behandelen (onderdeel d).

De hoofdschuldenaar kan op grond van artikel 372 alleen verplichtingen van aansprakelijke groepsvennootschappen in zijn akkoord betrekken, indien de betrokken groepsvennootschappen niet reeds zelf een akkoord tot herstructurering van de betreffende verplichtingen hebben aangeboden.

Uit het tweede lid volgt dat een breed akkoord alleen in aanmerking komt voor homologatie door de rechter als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord ten aanzien van alle betrokken rechtspersonen binnen de groep voldoet aan de in de voorgestelde regeling opgenomen eisen (artikelen 383, eerste lid, en 384, eerste lid).

#### Lid 3:

Om de akkoordprocedure overzichtelijk te houden, is bepaald dat wanneer er een breed akkoord wordt aangeboden de hoofdschuldenaar of de herstructureringsdeskundige het voortouw houdt en dat hij bij uitsluiting bevoegd is om verzoeken in te dienen als bedoeld in de artikelen 3e, 376, eerste lid, 378, eerste lid, en 379 en 383, eerste lid. Dit betreft verzoeken aan de rechter tot:

- schorsing van een faillissementsaanvraag (artikel 3e);
- afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376, eerste lid);
- het geven van een tussentijds rechterlijk oordeel (artikel 378, eerste lid);
- het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (artikel 379, eerste lid), en
- homologatie van het akkoord (artikel 383, eerste lid).

#### *Artikel 373*

Artikel 373 biedt in de eerste plaats de mogelijkheid om ook lopende overeenkomsten te herstructureren. Naast de schuldenaar kan ook de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, hiervan gebruik maken. Bij deze bepaling kan gedacht worden aan een huurovereenkomst die als een molensteen rond de nek van de onderneming hangt. De bepaling kan worden toegepast op alle type overeenkomsten, behalve op arbeidsovereenkomsten (artikel 369, vierde lid).

Daarnaast regelt dit artikel dat zogenoemde '*ipso facto-clausules*' zonder gevolg blijven. Bedoeld zijn contractsbepalingen die automatisch contractuele gevolgen verbinden aan het openen van een akkoordprocedure of gebeurtenissen of handelingen die daarmee verband houden. De voorgestelde bepaling is nodig om te voorkomen dat waardevolle overeenkomsten als gevolg van de herstructurering verloren gaan. De wederpartij bij deze overeenkomsten heeft geen rechtens te respecteren belang om

zich aan de overeenkomst te onttrekken. Hij krijgt na de homologatie van het akkoord juist een debiteur die weer financieel gezond is.

Lid 1:

In het eerste lid is bepaald dat de schuldenaar zijn wederpartij een voorstel kan doen tot wijziging of beëindiging van de overeenkomst. Dit is nu al gebruikelijk als een schuldenaar voorziet dat hij op termijn niet meer in staat zal zijn om aan de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen te voldoen. Nieuw is dat de schuldenaar op basis van het eerste lid de mogelijkheid krijgt om de overeenkomst eenzijdig te beëindigen als de wederpartij niet instemt met een voorgestelde vrijwillige wijziging of beëindiging. De schuldenaar kan van deze mogelijkheid gebruik maken als de rechter:

- a. toestemming verleent voor de tussentijdse opzegging, en
- b. het akkoord homologeert.

Uit de voorwaarde onder a vloeit voort dat de schuldenaar zijn homologatieverzoek zal moeten vergezellen van een verzoek tot het verlenen van toestemming voor de eenzijdige opzegging van de overeenkomst (artikel 383, vijfde lid). Uit artikel 384, vijfde lid, volgt dat de rechter dit verzoek zal honoreren als de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken. Het criterium waaraan de rechter het verzoek toetst, sluit aan bij de voorwaarde waaraan – ingevolge artikel 370, eerste lid – voldaan moet zijn, wil de schuldenaar een akkoord tot stand kunnen brengen op basis van de voorgestelde regeling. Voor een nadere toelichting op onderdeel a, wordt verwezen naar de toelichting bij die artikel 370, eerste lid.

Verleent de rechter toestemming voor de opzegging en homologeert hij het akkoord, dan vindt de eenzijdige opzegging van rechtswege plaats op de dag waarop het vonnis tot homologatie van het akkoord is gewezen tegen de termijn die de schuldenaar heeft voorgesteld, tenzij de rechter deze termijn onredelijk acht. In dat laatste geval zal de rechter in zijn beslissing op het verzoek om toestemming voor de opzegging een termijn vaststellen. Die termijn is in ieder geval niet langer dan drie maanden.

Buiten de schuldenaar kan ook de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, gebruik maken van de in het eerste lid geboden mogelijkheid om lopende overeenkomsten te herstructureren.

Lid 2:

De (concurrente) schadevordering die de wederpartij mogelijk toekomt na de eenzijdige tussentijdse opzegging van de overeenkomst, kan de schuldenaar betrekken in het akkoord. Dit is bepaald in het tweede lid. Kiest de schuldenaar hiervoor, dan maakt dit de wederpartij bij de overeenkomst stemgerechtigd schuldeiser met alle rechten die hem op basis van de voorgestelde regeling toekomen. De wederpartij heeft dan onder meer het recht om over het akkoord te stemmen en het recht om de

rechter te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikelen 381, tweede lid, en 383, zesde lid).

Betrekt de schuldenaar de schadevordering die de wederpartij mogelijk heeft, niet in het akkoord, dan betekent dit feitelijk dat na de opzegging de schadevordering volledig zal moeten worden voldaan. De wederpartij is dan geen stemgerechtigd schuldeiser, omdat zijn recht op schadevergoeding op geen enkele wijze wordt gewijzigd. De wederpartij heeft in dat geval dus ook niet het recht om over het akkoord te stemmen en hij kan zich ook niet verzetten tegen de homologatie van het akkoord. De wederpartij kan de rechter wel verzoeken om geen toestemming te geven voor de opzegging van de overeenkomst op de grond dat de toestand van onvermijdelijke insolventie niet bestaat (artikel 384, vijfde lid). Slaagt dit verzoek van de wederpartij, dan zal dit automatisch betekenen dat ook het akkoord niet kan worden gehomologeerd. Ook daarvoor geldt immers als voorwaarde dat de schuldenaar moet verkeren in een toestand van onvermijdelijke insolventie (artikel 384, tweede lid, onder a).

#### Lid 3 en 4:

Uit de bepaling die in het derde lid is opgenomen, volgt dat het aanbieden van een akkoord geen grond is voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Deze bepaling heeft de volgende achtergrond. Het reguliere overeenkomstenrecht blijft na invoering van de voorgestelde regeling in beginsel van kracht. Contractspartijen zouden na de inwerkingtreding van de nieuwe regeling in hun overeenkomsten bepalingen (zogenoemde '*ipso-factoclausules*') kunnen opnemen op grond waarvan de wederpartij van de schuldenaar die akkoordonderhandelingen start, lopende overeenkomsten zou kunnen beëindigen zelfs als de schuldenaar nimmer tekort is geschoten en heeft aangegeven de overeenkomst te kunnen en willen blijven nakomen. Hier wordt nu een stokje voor gestoken. Vooral wanneer de bedrijfsvoering afhankelijk is van bepaalde contracten – zoals overeenkomsten met leveranciers, afnemers, werknemers en automatiseerders – is het voor het voortbestaan van de onderneming van cruciaal belang dat deze overeenkomsten in stand blijven.

Op basis van het derde lid blijven '*ipso-factoclausules*' zonder gevolg. Dit geldt zowel voor clausules die automatisch rechtsgevolg verbinden aan het aanbieden van het akkoord als clausules die daar beëindigingsrechten aan koppelen. Bovendien geldt de regel evenzeer voor clausules die de werking daarvan niet laten afhangen van het aanbieden van het akkoord, maar van gebeurtenissen of handelingen die daarmee samenhangen. Het gaat dan bijvoorbeeld om het onderhandelen over een akkoordvoorstel of de uitvoering van een gehomologeerd akkoord. Met dit laatste wordt onder meer zeker gesteld dat een akkoord dat een '*debt-for-equity-swap*' inhoudt, niet doorkruist kan worden door een '*change-of-control*' bepaling. Verder volgt uit het derde lid dat de voorbereiding, aanbieding of uitvoering

van een akkoord evenmin een grond op kan leveren voor het vervroegd inroepen van de gevolgen van verzuim op grond van artikel 6:80 BW.

Het derde lid geldt voor alle schuldeisers en dus ook voor de schuldeisers waarvan de rechten niet worden gewijzigd op basis van het akkoord en schuldeisers die niet worden geraakt door de afkoelingsperiode.

Het vierde lid ziet specifiek op de situatie waarin een afkoelingsperiode is afgekondigd. In dat geval geldt dat zolang de afkoelingsperiode voortduurt, een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór die periode ook niet mag worden aangegrepen als grond voor – kort gezegd – beëindiging, opschorting of ontbinding van een overeenkomst met de schuldenaar. Anders dan onder het derde lid is onder het vierde lid echter wel vereist dat de schuldenaar voor de nakoming van nieuwe verplichtingen onder de overeenkomst die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode, zekerheid stelt. Met de regeling in het vierde lid wordt enerzijds voorkomen dat een afkoelingsperiode die tot doel heeft om de schuldenaar enige tijd en rust te gunnen om het akkoord tot stand te kunnen brengen, alsnog geen effect heeft. Anderzijds zorgt de regeling ervoor dat de belangen van de wederpartij die reeds met een verzuim is geconfronteerd, voldoende zijn gewaarborgd. Onder het derde lid is de schuldenaar niet verplicht voor nieuwe verplichtingen zekerheid te stellen. De reden hiervoor is dat het derde lid uitgaat van de situatie waarin de schuldenaar niet in verzuim is geweest. Een verplichting tot zekerheidsstelling zou de financiële moeilijkheden die de schuldenaar al ondervindt, kunnen vergroten en de bedrijfsuitoefening van de schuldenaar daarmee tot een halt kunnen brengen of deze verder kunnen belemmeren. Dit kan de belangen van de gezamenlijke crediteuren schaden, terwijl een wederpartij bij een overeenkomst die volledig en stipt wordt nagekomen geen grond heeft zich aan de overeenkomst te onttrekken of voor de voortzetting daarvan zekerheid te verlangen. Dit is anders voor een wederpartij die wel al met verzuim van de schuldenaar te maken heeft gehad.

In beide gevallen – zowel die onder het derde als het vierde lid – geldt dat het bestuur van een schuldenaar-rechtspersoon aansprakelijk is voor nieuwe verplichtingen als deze worden aangegaan terwijl het bestuur weet of behoort te weten dat de rechtspersoon die niet zal kunnen voldoen (Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel)).

#### *Artikel 374*

Artikel 374 schrijft voor wanneer het akkoord moet voorzien in een klassenindeling. Deze verplichting bestaat als bij het akkoord – kort gezegd – verschillende categorieën van schuldeisers en aandeelhouders worden betrokken. Dit is ingevolge artikel 374 aan de orde als de schuldeisers en aandeelhouders in faillissement rechten hebben of op basis van het akkoord rechten krijgen die zodanig verschillend zijn, dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. Als de schuldeisers en aandeelhouders geen vergelijkbare positie hebben, beoordelen zij een akkoord doorgaans anders. Het is van belang dat hiermee rekening wordt gehouden. Dit is namelijk bepalend bij de vraag of een akkoord in aanmerking



komt voor homologatie. Eerder is toegelicht in paragraaf 3.1 van het algemeen deel van deze toelichting dat het akkoord alleen in aanmerking kan komen voor homologatie door de rechter, als:

- er in ieder geval één categorie van betrokken schuldeisers of aandeelhouders is die het akkoord met de vereiste meerderheid steunt, en
- het akkoord een herstructureringsvoorstel omvat dat *redelijk* is ten opzichte van de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Dit betekent in ieder geval dat:
  - a) de schuldeisers en aandeelhouders op basis van het akkoord niet in een aanmerkelijk slechtere positie mogen komen dan in faillissement, en
  - b) de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd (dat wil zeggen de ‘*going concern*’ of reorganisatiewaarde van de betrokken onderneming) *eerlijk* onder de schuldeisers en aandeelhouders moet zijn verdeeld.

Als alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en de besluitvorming zuiver is geweest (dat wil zeggen dat geen sprake is van één van de afwijzingsgronden opgenomen in artikel 384, tweede lid), mag ervan worden uitgegaan dat het akkoord *redelijk* is. Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan is bepalend hoe in het aangeboden akkoord de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, verdeeld wordt onder de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Bij die verdeling mag niet ten nadele van een tegenstemmende klasse worden afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar (artikel 384, derde en vierde lid).

Hieruit volgt het belang van de klasseindeling bij akkoorden die betrekking hebben op verschillende categorieën schuldeisers en aandeelhouders. De klasseindeling helpt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, bij het opstellen van het herstructureringsplan en stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders en de rechter bij de beoordeling van dat plan. De klassenindeling biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid om inzichtelijk te maken hoe wordt voldaan aan de voorwaarde dat het akkoord *redelijk* moet zijn. De klassenindeling stelt de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders in staat om voor de stemming te verifiëren of dit het geval is en na de stemming of er voldoende steun bestaat voor het akkoord. Voor de rechter is de klassenindeling een soort meetlat bij de behandeling van het homologatieverzoek.

Uit artikel 374 volgt concreet dat:

- de te onderscheiden categorieën schuldeisers en aandeelhouders in het akkoord in verschillende klassen moeten worden ingedeeld;
- iedere klasse een op die klasse afgestemd voorstel moet krijgen (artikel 375), en
- in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord moet plaatsvinden (artikel 381, derde lid).

Bij de klasseindeling is leidend welke rechten de schuldeisers en aandeelhouders hebben in faillissement en welke rechten zij krijgen op basis van het akkoord. In ieder geval dienen schuldeisers of aandeelhouders die een verschillende rang hebben bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar, in verschillende klassen te worden ingedeeld. Daarbij kunnen verschillen in rang voortvloeien uit Titel 10 van Boek 3 van het BW, een ander wet of een daarop gebaseerde regeling dan wel een contractuele regeling. Ten aanzien van een uit de wettelijke rangregeling voortvloeiende klassenindeling moet gedacht worden aan verschillende klassen voor bijvoorbeeld de crediteuren met een pand- of hypotheekrecht, de crediteuren met een eigendomsvoorbehoud of de concurrente crediteuren. Bij contractuele regelingen die bepalen in welke volgorde schuldeisers verhaal kunnen nemen betreft het bijvoorbeeld achterstellingsovereenkomsten of een *'intercreditor agreement'*. Dit laatste is een overeenkomst tussen meerdere schuldeisers die samen een lening verstrekken en de schuldenaar. In de overeenkomst zijn – kort gezegd – afspraken vastgelegd over de relatie tussen de verschillende partijen en over wat er gebeurt als de schuldenaar de voorwaarden van de lening niet nakomt.

Bij de klassendeling kan – maar dit hoeft dus niet – ook rekening gehouden worden met andere factoren die van invloed kunnen zijn op de manier waarop schuldeisers en aandeelhouders het akkoord beoordelen. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om de verschillende fiscale gevolgen die het akkoord heeft voor de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Om redenen van eenvoud en hanteerbaarheid, is er voor gekozen om een klassenindeling alleen verplicht voor te schrijven als er een akkoord wordt aangeboden aan schuldeisers of aandeelhouders met verschillende (bij faillissement) bestaande of (op basis van het akkoord aangeboden) nieuwe rechten. Zou bij de klassenindeling met meer factoren rekening moeten worden gehouden, dan zou dat de klassenindeling te complex maken. Dit zou afbreuk doen aan de beoogde eenvoud en efficiëntie van de regeling.

Het is mogelijk dat een schuldeiser voor dezelfde vordering in verschillende klassen wordt ingedeeld, bijvoorbeeld omdat een deel van de vordering gedekt is door een pand- of hypotheekrecht en een deel niet. Deze schuldeiser moet in beginsel voor het deel van zijn vordering dat wordt gedekt door het onderpand, ingedeeld worden in een klasse van zekerheidsgerechtigde schuldeisers. Voor het overige deel van zijn vordering moet hij worden ingedeeld in een klasse van concurrente schuldeisers. De schuldeiser stemt dan ook in beide klassen.

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 kan 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 de minder bedeede klasse met de vereiste meerderheid instemt met het akkoord en daarmee met de keuze om de andere klasse een beter bod te doen, of

- dat hij een redelijke grond kan aandraagen voor zijn keuze om een onderscheid te maken en kan aantonen dat de schuldeisers in de minder bedeelde klasse daardoor niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

#### *Artikel 375*

Artikel 375 bepaalt welke informatie opgenomen moet worden in het akkoord en welke informatie daarbij overlegd moet worden. 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 381.

#### 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 informatie altijd in het akkoord opgenomen moet zijn of aan het akkoord gehecht moet zijn, als dit redelijkerwijs mogelijk is. Deze lijst is niet limitatief. Er zal vrijwel altijd aanvullende informatie moeten worden verschaft om aan het genoemde uitgangspunt te voldoen. De genoemde informatie moet de schuldeisers en aandeelhouders in staat stellen:

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

Uiteraard dient de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zich ervan te vergewissen dat de verstrekte informatie correct en duidelijk is. Dit om een onzuivere besluitvorming betreffende het al dan niet kunnen instemmen met het akkoord bij de schuldeisers en aandeelhouders te voorkomen.

In onderdeel c van het eerste lid is bepaald dat het akkoord informatie dient te omvatten over '*waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt*'. Deze bepaling verwijst naar de waarde die met de uitvoering van het akkoord voor de schuldeisers behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden. In de Amerikaanse praktijk spreekt men over de '*reorganization value*' wat men zou kunnen vertalen als de reorganisatiewaarde. Er zijn twee scenario's die uit het akkoord kunnen voortvloeien: 1) de ('*going concern*') voortzetting van de activiteiten van de onderneming en 2) de stopzetting en afwikkeling van de onderneming buiten faillissement. Een combinatie van deze scenario's is ook mogelijk. Daarbij worden enkele onderdelen van de onderneming stopgezet, terwijl de andere onderdelen worden voortgezet. Afhankelijk van het scenario waarop het akkoord zich richt en dat intreedt bij de uitvoering van het gehomologeerde akkoord, moet het akkoord de waarde vermelden van:

- de verdien capaciteit van de activiteiten die zullen worden voortgezet, of
- de activa die na de stopzetting van de onderneming te gelde kunnen worden gemaakt.

Onderdeel d van het eerste lid schrijft voor dat in het akkoord ook informatie moet zijn opgenomen over *'de opbrengst die naar verwachting gerealiseerd wordt bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement'*. Deze bepaling verwijst naar de waarde die voor de schuldeisers overblijft als het akkoord niet tot stand komt. Dit betreft niet zonder meer de liquidatiewaarde van activa als deze in faillissement los van elkaar te gelde worden gemaakt. Bestaat er een mogelijkheid dat in faillissement een activatransactie zou kunnen plaatsvinden waarbij bedrijfsonderdelen worden verkocht die vervolgens door de koper worden voortgezet, dan zal de opbrengst hoger zijn dan de liquidatiewaarde van de afzonderlijke activa. In dat geval dient de *'going concern'* waarde die bij een dergelijke verkoop kan worden gerealiseerd te worden vermeld.

Op basis van onderdeel e moet in het akkoord ook toegelicht worden hoe de schuldenaar dan wel de herstructureringsdeskundige op deze genoemde waardes is gekomen en in het bijzonder welke grondslagen, uitgangspunten en aannames daaraan tegen grondslag liggen. Dit laatste is van belang omdat schuldeisers de waarde berekeningen dan ook kunnen verifiëren. In de consultatie werd door enkele respondenten gepleit voor de verplichting voor de schuldenaar om een door een onafhankelijk deskundige opgemaakt waarderingsrapport te overleggen. Een dergelijke verplichting zou echter een niet te veronachtzamen kostenpost meebrengen. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de regeling voor bepaalde ondernemingen wellicht ontoegankelijk wordt. Daarbij moet vooral gedacht worden aan MKB-bedrijven. Een wettelijke plicht hiertoe zou vooral voor hen een onevenredige last vormen. Dit geldt te meer omdat een dergelijke rapportage vaak niet nodig zal zijn. Ook kennen de huidige akkoordregelingen in faillissement en surseance een dergelijke plicht niet. Bovendien is een extern adviseur die door de schuldenaar wordt ingeschakeld en geïnstrueerd, niet werkelijk onafhankelijk te noemen. Hij zal zich altijd in meer of mindere mate door de schuldenaar als zijn opdrachtgever laten leiden. Het vertrouwen dat schuldeisers in diens rapportage kunnen stellen, is in dit opzicht dan ook betrekkelijk. Schuldeisers zullen meer meer vertrouwen stellen in een rapportage van een deskundige die door de rechtbank benoemd wordt en werkelijk onafhankelijk is, dat wil zeggen een rapportage van;

- een onafhankelijke deskundige als bedoeld in de artikelen 371, vierde lid, 378, vijfde lid, of 384, zesde lid, of
- de herstructureringsdeskundige, dan wel een door hem ingeschakelde externe adviseur.

Wordt de schuldenaar wettelijk verplicht om altijd zelf ook een externe adviseur in te schakelen, dan kan dit tot een vermenigvuldiging van kosten leiden. Gelet hierop is ervoor gekozen om de overlegging van een waarderingsrapport niet verplicht te stellen. Wel geldt dat wanneer de rechter uiteindelijk zal worden betrokken bij het traject en er in het kader van de door hem te nemen beslissingen waarderingsvragen opkomen, het voordelen kan hebben wanneer er al een waarderingsrapport beschikbaar is. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige kunnen hierin een eigen afweging maken.

Ten aanzien van de informatie die wordt genoemd in het eerste lid, onderdeel f, 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 f, 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.

Lid 3:

Voor het geval het in de toekomst nodig mocht blijken om de lijst met informatie 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 376*

Artikel 376 biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen jegens alle schuldeisers of een aantal van hen. Tijdens die periode 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 in dat een schuldeiser met een eigendomsvoorbehoud op geleverde voorraad deze goederen niet zonder toestemming van de rechter mag terughalen.

Van belang is dat artikel 376 ziet op alle schuldeisers en dus niet alleen op de schuldeisers die bij het akkoord betrokken zijn (de stemgerechtigde schuldeisers).

Net als het voorgestelde nieuwe artikel 3e op basis waarvan de behandeling van een faillissementsaanvraag kan worden geschorst, is artikel 376 erop gericht de schuldenaar de kans te geven een akkoord tot stand te brengen. Zoals al eerder is opgemerkt, moet voorkomen worden dat schuldeisers overgaan tot verhaalsacties met kennelijk geen ander doel dan om een kansrijk herstructureringstraject te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren, terwijl de gezamenlijke schuldeisers door dergelijk strategisch gedrag nadeel ondervinden. De voorwaarden waaronder een afkoelingsperiode kan worden afgekondigd en de overwegingen die daarbij een rol spelen, komen overeen. Daarom wordt voor de toelichting op dit artikel verwezen naar de toelichting op artikel 3e.

Afdeling 2.1 Fw kent al een afkoelingsregeling voor de surseance van betaling (artikel 421a e.v. Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is in het zesde lid nauw aangesloten bij deze regeling. Dit geldt niet voor artikel 241b Fw. Die bepaling staat een stil pandhouder toe mededeling te

doen van een pandrecht op een vordering mits hij de ontvangen gelden bij een bewaarder stort. De mededeling leidt ertoe dat de schuldenaar de vordering jegens zijn afnemer zelf niet meer mag innen. De afnemer zal na de mededeling moeten betalen aan de pandhouder – doorgaans de bank – in plaats van de schuldenaar. Als dit gebeurt, drogen de inkomsten van de schuldenaar op. Hij is dan niet meer in staat om de verplichtingen te voldoen die hij aan moet gaan in het kader van zijn bedrijfsvoering. De continuïteit van de onderneming komt daarmee direct in gevaar en de schuldenaar heeft dan geen gelegenheid meer om een akkoord tot stand te brengen. Daarom is in het zesde lid expliciet bepaald dat de pandhouder geen mededeling mag doen, mits de schuldenaar het verhaal van de pandhouder op toereikende wijze zeker stelt. Dit laatste zal vaak min of meer automatisch gaan omdat de nieuwe vorderingen die uit de voortgezette bedrijfsuitoefening ontstaan veelal aan de pandhouder zullen zijn verpand en de schuldenaar gedurende het traject beheers- en beschikkingsbevoegd blijft.

Het tweede en het tiende lid zien op het feit dat de voorgestelde regeling voorziet in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid). Voor welke akkoordprocedure wordt gekozen, dient in ieder geval duidelijk te zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Dat moment kan samenvallen met de indiening van een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode. In het tweede en het tiende lid worden het tweede en het veertiende lid van artikel 371 (deels) van overeenkomstige toepassing verklaard. Voor een nadere toelichting op deze bepalingen wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 371, tweede en veertiende lid.

Een afkoelingsbeslissing moet snel gegeven kunnen worden (soms binnen dezelfde dag). Als de rechter eerst nog de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige of de observator – zo die is aangewezen/aangesteld – dan wel de schuldeisers zou moeten horen, leidt dit tot problemen. Daarom is dit niet voorgeschreven in het negende lid. Indien een getroffen partij meent dat voor de afkondiging van een afkoelingsperiode geen grond bestaat, kan zij de rechter om opheffing vragen. Het horen vindt dan in het kader van dat opheffingsverzoek plaats. Anders is het wanneer het een beslissing betreft over een verlenging van de afkoelingsperiode na afloop van de initiële vier maanden (vierde lid), het treffen van voorzieningen als bedoeld in artikel 379 (dat in het zevende lid van artikel 376 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard) of de opheffing van de afkoelingsperiode. In die gevallen hoort de rechter wel eerst de genoemde personen voordat hij een beslissing neemt (negende lid).

#### *Artikel 377*

Tijdens de afkoelingsperiode worden de mogelijkheden van schuldeisers om zich te verhalen op goederen die behoren tot het vermogen van de schuldenaar, opgeschort. Ook kan de schuldenaar

gedurende die periode afgifte weigeren van goederen die hij onder zich heeft (artikel 376). Artikel 377 vult deze regeling aan. Het artikel bepaalt dat de schuldenaar die goederen tijdens de afkoelingsperiode ook mag blijven gebruiken, verbruiken en/of vervreemden, als dat voor de afkoelingsperiode ook al mocht (hierna kort gezegd: gebruiksrecht). In het bij de toelichting op artikel 376 genoemde voorbeeld van een onder eigendomsvoorbehoud geleverde voorraad, betekent dit dat de schuldenaar die voorraad moet kunnen verkopen aan zijn afnemers.

#### Lid 1 en 2:

Uit het eerste en het tweede lid volgt dat het gebruiksrecht van de schuldenaar is ingekaderd met twee voorwaarden. De schuldenaar mag de goederen blijven gebruiken voor zover:

- dit nodig is in het kader van de normale bedrijfsvoortzetting (eerste lid), en
- de belangen van de derden die aanspraak kunnen maken op die goederen voldoende zijn gewaarborgd (tweede lid).

De laatste voorwaarde komt neer op het volgende. Als de schuldenaar de goederen verbruikt of vervreemdt, vervalt daarmee doorgaans ook het recht van de derde op die goederen. Om ervoor te zorgen dat zekerheidsgerechtigde schuldeisers hierdoor niet in hun belangen worden geschaad, zal de schuldenaar de betreffende schuldeisers vervangende zekerheid moet verschaffen.

#### Lid 3:

De rechtbank zal het gebruiksrecht van de schuldenaar op verzoek van één of meer betrokken derden opheffen of beperken als niet langer kan worden gegarandeerd dat de belangen van de derden voldoende zijn gewaarborgd (derde lid). Voordat de rechter hierover beslist, stelt hij de derden die het verzoek hebben ingediend, de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, en de observator zo die is aangesteld, in de gelegenheid om elk hun zienswijze te geven.

#### *Artikel 378*

Artikel 378 biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, 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. Het is echter mogelijk dat eerder in het traject de vraag opkomt of sprake is van een afwijzingsgrond 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 de onzekerheid daarover zo spoedig mogelijk kan worden weggenomen. Tegelijkertijd is van belang dat voorkomen wordt dat schuldeisers deze mogelijkheid aangrijpen met kennelijk geen ander doel dan om een kansrijk herstructureringsproces te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor

zichzelf te creëren. Mede daarom is deze mogelijkheid om de rechter eerder bij het traject te betrekken, niet opengesteld voor de schuldeisers en aandeelhouders.

#### Lid 1, 3, 5 en 6

Het eerste lid omvat een niet-limitatieve opsomming van kwesties die de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige aan de rechter kan voorleggen. Deze kwesties zijn samen te vatten in de hoofdvraag of het akkoord dat voorligt in aanmerking komt voor homologatie door de rechter of dat er wellicht sprake is van één of meer van de afwijzingsgronden genoemd in artikel 384, tweede, derde of vierde lid. Mocht de rechter tot het oordeel komen dat dit laatste inderdaad het geval is, dan heeft de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige nog de mogelijkheid om het akkoord aan te passen en zodoende het traject bij te sturen. Om dit proces zo efficiënt mogelijk te laten verlopen, zal de rechter kwesties die aan hem worden voorgelegd zoveel mogelijk in keer afdoen (derde lid).

Als de rechter dit nodig acht in het kader van een te nemen beslissing, kan hij op basis van het vijfde lid een onafhankelijk deskundige vragen een onderzoek te verrichten en hierover verslag uit te brengen. Van belang is dat de algemene regels van bewijsrecht die voortvloeien uit het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering hier niet van toepassing zijn (zie in dit verband de toelichting bij onderdeel G). Dit betekent onder meer dat de rechter de betrokken partijen niet hoeft te betrekken in de keuze van een deskundige en ook niet in de formulering van de vragen aan de deskundige, maar dat hij hierin zelf een snelle beslissing kan nemen.

Mocht er informatie die van belang is voor de beslissing van de rechter ontbreken, dan krijgt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de gelegenheid om deze informatie alsnog aan te leveren alvorens de rechter een beslissing neemt (zesde lid).

#### Lid 1, onderdeel c, en 4:

De schuldenaar dient op basis van artikel 375, tweede lid, onderdeel b, bij het akkoord een lijst over te leggen waarop de namen van alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zijn vermeld. Hetzelfde geldt voor het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel. 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 in twijfel wordt getrokken. 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 de schuldenaar of herstructureringsdeskundige de rechter kan vragen hierover voor de stemming een beslissing te nemen. Het vierde lid bepaalt daarom dat als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een dergelijke kwestie aan de rechter voorlegt, de rechter bepaalt 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 uitsluitseel over te krijgen zal een afzonderlijke procedure gevoerd moeten worden. In het vierde lid is artikel 147 Fw van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit leidt ertoe dat als 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 stemming, dit niet meer van invloed kan zijn op de stemuitslag. Als de rechter een schuldeiser of aandeelhouder in het geheel niet tot de stemming toelaat, kan hij ook niet opkomen tegen de homologatie van het akkoord, mits de desbetreffende schuldeiser of aandeelhouder voorafgaand aan deze beslissing door de rechter is gehoord (artikel 383, zesde lid). Omdat dan rechtens vaststaat dat de betrokken schuldeiser of aandeelhouder niet stemgerechtigd is, kan het akkoord echter ook niet jegens hem verbindend worden verklaard (artikel 385). Afdeling 2.1 Fw kent een vergelijkbare regeling al voor de surseance van betaling (artikel 267 Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is nauw aangesloten bij deze regeling. Anders ligt het als de schuldenaar of herstructureringsdeskundige een schuldeiser niet tot de stemming heeft toegelaten en de rechter niet hebben gevraagd de juistheid van die beslissing op basis van artikel 378 op bindende wijze te bevestigen. In dat geval kan de schuldeiser wel tegen de homologatie opkomen op grond van de stelling dat hij wel stemgerechtigd is en dat de schuldenaar of herstructureringsdeskundige hem ten onrechte niet tot de stemming heeft toegelaten. De rechter zal hier dan in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek een beslissing over moeten nemen (artikel 384 lid 2 onder d).

#### Lid 7 en 8:

Voordat de rechter beslist over een aan hem voorgelegde kwestie, stelt hij de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige of de observator zo die is aangewezen, de observator zo die is aangesteld, en de schuldeiser of de aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks zullen worden geraakt door de beslissing, in de gelegenheid elk hun zienswijze te geven. Dit is geregeld in het zevende lid. Voorts is in het achtste lid bepaald dat de beslissing die op grond van artikel 378 door de rechter wordt genomen, slechts bindend is voor die schuldeisers en aandeelhouders die de mogelijkheid hebben gehad om hun visie te geven. Dit sluit aan bij een van de fundamentele beginselen van ons burgerlijk procesrecht, namelijk bij het uitgangspunt een rechterlijke beslissing slechts bindend is voor partijen als voldaan is aan het beginsel van hoor en wederhoor.

#### Lid 2 en 9:

Het tweede en het negende lid zien weer op het feit dat de voorgestelde regeling zowel een besloten akkoordprocedure buiten faillissement als een openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement introduceert en dat de schuldenaar een keuze moet maken voor één van deze procedures (artikel 369, zesde lid). Hij zal dit moeten doen voordat de rechter voor het eerst een beslissing neemt in het kader

van deze regeling. Dit moment kan samenvallen met het tussentijds rechterlijk oordeel op basis van artikel 378. Nadat de schuldenaar zijn keuze heeft gemaakt, moet de rechter vaststellen of hij rechtsmacht heeft om het verzoek in behandeling te nemen. Voor een nadere toelichting op deze bepalingen wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 371, tweede en dertiende lid. Deze bepalingen wordt in het tweede en het negende lid (deels) van overeenkomstige toepassing verklaard.

#### *Artikelen 379 en 380*

Artikel 379 biedt de rechtbank de mogelijkheid om tijdens het herstructureringstraject voorzieningen te treffen of nadere bepalingen te maken om de belangen van de betrokken schuldeisers of aandeelhouders te waarborgen. In artikel 379, eerste lid, is bepaald dat de schuldenaar de rechtbank hierom kan vragen vanaf het moment dat hij een verklaring als bedoeld in artikel 370, tweede lid, deponeert bij de griffie van de rechtbank. De herstructureringsdeskundige kan dit doen vanaf het moment dat hij is aangewezen. De rechtbank kan ook ambtshalve overgaan tot het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen. Dit laatste geldt uiteraard pas vanaf het moment dat de rechtbank voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Dat moment kan samenvallen met:

- de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371, eerste lid);
- de schorsing van de behandeling van een ingediende faillissementsaanvraag (artikel 3e);
- de verlening van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van de verkrijging van nieuwe financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord (artikel 42a);
- de afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376, eerste lid);
- het geven van een oordeel over een voor de stemming over het akkoord opgekomen kwestie (artikel 378, eerste lid), of
- het bepalen van de zitting waarop het homologatieverzoek wordt behandeld (artikel 383, derde lid).

Wat betreft de te treffen voorzieningen moet gedacht worden aan het stellen van de voorwaarde dat binnen een bepaalde termijn over het akkoord moet worden gestemd. Ook is denkbaar dat de rechtbank bepaalt dat de schuldenaar de schuldeisers en de rechtbank regelmatig moet informeren over hoe het proces vordert.

Een specifieke voorziening betreft de in artikel 380 geregelde aanstelling van een observator. De observator heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De aanstelling van een observator staat alleen open voor de gevallen waarin de schuldenaar een akkoord tot stand probeert te brengen (artikel 380, eerste lid). Is er een herstructureringsdeskundige aangewezen om een akkoord voor te bereiden en vervolgens aan te bieden, dan is er al sprake van betrokkenheid van een onafhankelijk deskundige die optreedt voor de gezamenlijke schuldeisers. De aanstelling van een observator is dan niet nodig. Uitgangspunt van de onderhavige regeling is dat een herstructureringsdeskundige en een observator niet

beiden tegelijkertijd in functie kunnen zijn. Als de observator constateert dat het de schuldenaar niet zal lukken om een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, moet hij de rechtbank hierover direct informeren. De rechtbank bepaalt dan wat hierop de vervolgstappen moeten zijn. Mochten de kansen op de totstandkoming van een akkoord nog niet verkeken zijn, dan kan zij tot de conclusie komen dat het wenselijk is om een herstructureringsdeskundige aan te stellen die de voorbereiding van een akkoord overneemt. De rechter heeft daarbij de vrijheid, maar niet de verplichting om de observator tot herstructureringsdeskundige te benoemen, als haar dat geraden voorkomt (artikel 380, tweede lid). Als de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst, dan eindigt daarmee hoe dan ook de aanstelling van de observator (artikel 380, derde lid).

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.

Het tweede lid van artikel 379 ziet op het feit dat de voorgestelde regeling voorziet in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid). Voor welke akkoordprocedure wordt gekozen, dient in ieder geval duidelijk te zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Dat moment kan samenvallen met de indiening door de schuldenaar van een verzoek tot toepassing van artikel 379. Voor de toelichting op het tweede lid wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 371, tweede en veertiende lid. Deze bepalingen worden in het tweede lid (deels) van overeenkomstige toepassing verklaard.

#### *Artikel 381*

Artikel 381 regelt binnen welke termijn voor de stemming de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige het definitieve akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en de aandeelhouders moet voorleggen, 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 geïnformeerd oordeel te kunnen vormen'* over het akkoord. Waar het om gaat is dat de stemgerechtigde 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 afhankelijk van de omstandigheden 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 stemgerechtigde 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 stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders toegankelijke website plaatsen en de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hiervan een (elektronische) 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 betreft dan bijvoorbeeld schuldeisers die het verzoek krijgen om akkoord te gaan met een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de uitstaande vorderingen. Ook kan het gaan om aandeelhouders die worden gevraagd om mee te werken aan de uitgifte van nieuwe aandelen om een *'debt for equity swap'* te kunnen realiseren. Hierdoor zal hun aandelenbelang en de daaraan verbonden zeggenschap verwateren. 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 en 4:

Zoals in paragraaf 3.3. van het algemeen deel van deze toelichting al is aangestipt, zijn er situaties denkbaar waarin het economisch belang bij een vordering geheel of in overwegende mate bij een ander berust dan bij de juridisch rechthebbende. Komt er op basis van de voorgestelde regeling een akkoord tot stand waarin is voorzien in een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van die vordering, dan draagt de economisch gerechtigde de daaruit voortvloeiende financiële gevolgen. Dit is een reden om de economisch gerechtigde de gelegenheid te geven om over het akkoord te stemmen. Er zijn verschillende manieren waarop het stemrecht bij de economische belanghebbende kan worden gelegd. Dit kan getrapt, via de juridische gerechtigde. De juridische gerechtigde stemt dan conform de instructies van economisch gerechtigde. Ook kan dit rechtstreeks door de economische belanghebbende direct stemrecht te geven en de juridische gerechtigde van het stemrecht uit te sluiten. Welke manier het passend is, hangt af van de omstandigheden. Daarom is in het derde lid ten aanzien van dit punt voorzien in een flexibele regeling. De schuldenaar kan – hij hoeft dat niet te doen – de economisch gerechtigde (in plaats van de juridisch gerechtigde) uitnodigen voor de stemming. Besluit hij daartoe dan heeft de economisch gerechtigde naast het stemrecht ook de andere rechten die op basis van de voorgestelde regeling toekomen aan stemgerechtigde schuldeisers, waaronder in het bijzonder het recht

om de rechter te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikelen 381, derde lid, en 383, zesde lid). De juridisch gerechtigde heeft die rechten dan niet meer.

Eenzelfde regeling geldt op basis van het vierde lid 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 de juridische rechten verbonden aan het aandeel – inclusief de zeggenschapsrechten of het stemrecht – bij de aandeelhouder blijft berusten.

#### Lid 5:

Voorziet het akkoord in een klassenindeling, dan schrijft het vijfde 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 kan 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 375, eerste lid, onderdeel h – in het akkoord heeft opgenomen.

#### Lid 6 en 7:

Het zesde en het zevende 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 kan 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 en hoe zij dit precies kunnen doen. De rechtbank zal bij de behandeling van het homologatieverzoek 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 384, tweede lid, onderdeel b).

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 instemmen met 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 bepalend is of het akkoord wordt gesteund door een groep aandeelhouders die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht.

#### *Artikel 382*

Artikel 382 schrijft voor dat de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige na de stemming een verslag moet opstellen en de betrokken schuldeisers en aandeelhouders onmiddellijk in staat moet stellen daarvan kennis te nemen.

#### Lid 1:

In het eerste lid is bepaald dat in het verslag niet alleen melding wordt gemaakt 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 (onderdelen a tot en met c). Deze informatie stelt de schuldeisers en aandeelhouders in staat de stemuitslag, zoals die door de schuldenaar is verwoord, te controleren.

Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige na de stemming een verzoek indient tot homologatie van het akkoord, kunnen de schuldeisers en aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd op basis van het verslag inschatten of het zin heeft om zich tegen de homologatie te verzetten. Mochten zij de rechter vragen het homologatieverzoek af te wijzen, dan kan de in het verslag opgenomen informatie gebruikt worden ter onderbouwing van hun bezwaren tegen de homologatie.

#### 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 kosteloos kunnen inzien totdat de rechtbank heeft beslist op het homologatieverzoek.

Het is in het belang van de schuldenaar om het verslag zo snel mogelijk te deponeren. Bepaald is namelijk dat de zitting waarop het homologatieverzoek wordt behandeld, wordt gehouden binnen acht tot veertien dagen nadat niet alleen het homologatieverzoek is ingediend maar ook het verslag van de stemming ter inzage is gelegd (artikel 383, vierde lid).

### § 3. De homologatie van het akkoord

### *Artikel 383*

In artikel 383 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 kunnen doen.

#### Lid 1:

In het eerste lid is bepaald dat indiening van een verzoek tot homologatie van het akkoord mogelijk is als uit de stemming blijkt dat er ten minste één klasse is die met het akkoord heeft ingestemd. Dit dient een klasse te zijn die bestaat uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Ziet het akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze laatste eis niet.

#### Lid 2:

Het tweede lid van artikel 383 ziet op het feit dat de voorgestelde regeling voorziet in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid). Voor welke akkoordprocedure wordt gekozen, dient in ieder geval duidelijk te zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Dat moment kan samenvallen met de indiening door de schuldenaar van een verzoek tot homologatie van het akkoord. Voor de toelichting op het tweede lid wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 371, tweede en veertiende lid. Deze bepalingen worden in het tweede lid (deels) van overeenkomstige toepassing verklaard.

#### Lid 3, 4 en 5:

Het vierde en het vijfde lid bepalen het volgende. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige overgaan tot de indiening van een homologatieverzoek, bepaalt de rechtbank zo spoedig mogelijk bij beschikking wanneer de zitting plaatsvindt waarop het verzoek wordt behandeld. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige moeten de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders vervolgens onverwijld in kennis van deze beschikking. De rechtbank zal bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve toetsen of dit ook daadwerkelijk is gebeurd. Mocht de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige 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 384, tweede lid, onderdeel b).

De zitting wordt in ieder geval gehouden binnen acht tot veertien dagen na de deponering van het verslag van de stemming en de indiening van het homologatieverzoek.

Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige tevens gebruik wil maken van de in artikel 373 geboden mogelijkheid om een overeenkomst eenzijdig op te zeggen, dan moet hij – ingevolge het vijfde lid – het homologatieverzoek vergezellen van een verzoek tot het verlenen van toestemming voor die opzegging.

#### Lid 6 en 7:

Op basis van het zesde lid kunnen alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders tot aan de dag van de zitting bij de rechtbank een schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Dit verzoek kunnen zij baseren op de *algemene* of de *aanvullende afwijzingsgronden* die zijn opgenomen in respectievelijk het tweede en het derde en vierde lid van artikel 384. De algemene afwijzingsgronden zijn vooral bedoeld om een zuivere besluitvorming te borgen. Met de aanvullende afwijzingsgronden wordt beoogd ervoor te zorgen dat het akkoord een herstructureringsplan omvat dat *redelijk* is.

De aanvullende afwijzingsgronden kunnen alleen worden ingeroepen door schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd (artikel 384, derde en vierde lid). Bovendien geldt ingevolge het zevende lid dat de schuldeisers of aandeelhouders geen beroep meer doen kunnen op de algemene en de aanvullende afwijzingsgronden als zij al eerder op de hoogte waren van het mogelijk van toepassing zijn van die gronden, maar zij de schuldenaar daar niet tijdig op hebben aangesproken. De schuldeisers en aandeelhouders worden op deze manier gestimuleerd om eventuele bezwaren tegen de inrichting van het besluitvormingsproces of de inhoud van 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 (artikel 378, eerste lid) – een oplossing te vinden. Indien nodig kan de schuldenaar dan nog aanpassingen doorvoeren en eventuele obstakels voor de homologatie wegnemen. Hiermee wordt voorkomen dat een traject dat op voorhand kansloos is, wordt voortgezet met alle onnodige kosten van dien.

#### *Artikel 384*

Artikel 384 regelt wanneer de rechtbank kan overgaan tot homologatie van het akkoord of wanneer zij een verzoek daartoe zal moeten afwijzen.

#### Lid 1:

In het eerste lid is bepaald dat de rechtbank zo spoedig mogelijk een beslissing neemt over het homologatieverzoek en, indien aan de orde, het verzoek om toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst. De rechtbank honoreert het verzoek, tenzij sprake is van één of meer van de afwijzingsgronden genoemd in het tweede tot en met het vijfde lid.

#### Lid 2



De rechtbank wijst het homologatieverzoek af als één van de algemene afwijzingsgronden opgenomen in het tweede lid, zich voordoet. Zij kan dit doen op verzoek van een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder. Wordt het de rechtbank echter direct al duidelijk dat sprake is van één van de genoemde afwijzingsgronden, dan kan zij het homologatieverzoek ook ambtshalve afwijzen en hoeft zij verzoeken daartoe van schuldeisers en aandeelhouders niet af te wachten.

De algemene afwijzingsgronden komen grotendeels overeen met de afwijzingsgronden die nu reeds gelden bij de homologatie van het surseance- en het faillissementsakkoord. Omdat de vraag of een akkoord gehomologeerd kan worden, in hoge mate afhangt van de steun die er voor het akkoord bestaat, is cruciaal dat het besluitvormingsproces zuiver is geweest. In dat kader is in ieder geval van belang 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 384, tweede lid, onderdelen b en c);
- de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen toereikend is (artikel 384, tweede lid, onderdeel c), en
- de schuldeisers en aandeelhouders op een correcte wijze zijn onderverdeeld in klassen en of zij voor het juiste bedrag in hun desbetreffende klasse zijn ingedeeld (artikel 381, tweede lid, onderdelen c en d).

Ten aanzien van de afwijzingsgrond genoemd in onderdeel e wordt nog het volgende opgemerkt. Bepaald is dat de rechter het homologatieverzoek zal afwijzen als de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd. Als het akkoord voorziet in een omzetting van een openstaande vordering in aandelenkapitaal of nieuwe leningen, zal de rechter het homologatieverzoek moeten afwijzen als er aanwijzingen zijn dat die omzetting niet op het toegezegde tijdstip zal (kunnen) plaatsvinden. Onderdeel e strekt niet zo ver dat de rechter moet onderzoeken of de toekomstige nakoming van de verplichtingen uit de in het akkoord voorgestelde leningen zeker is.<sup>22</sup> Het is aan de desbetreffende klasse van schuldeisers om het aanbod te beoordelen en vervolgens te bepalen of hier wel of niet mee kan worden ingestemd. Blijkt uit de stemming dat de desbetreffende klasse van schuldeisers het akkoord – en daarmee de voorgestelde omzetting – met de vereiste meerderheid steunt, dan mag de rechtbank ervan uitgaan dat er een redelijk aanbod is gedaan.

---

<sup>22</sup> Zie in dit verband ook de beschikking van 11 juni 2018 waarin de rechtbank Amsterdam deze lijn volgde bij de homologatie van het akkoord in het faillissement van OI Brasil Holdings coöperatief U.A. De beschikking is terug te vinden op de website waarop informatie over het faillissement wordt verstrekt: <http://oibrasilholdingscoop-administration.com/court-and-administrator/court-decisions>.

Heeft de rechtbank geen aanleiding om aan te nemen dat sprake is van één van de algemene afwijzingsgronden en heeft geen van de schuldeisers of aandeelhouders met een beroep op de aanvullende aanwijzingsgronden bezwaar gemaakt tegen de homologatie, dan honoreert zij het homologatieverzoek. Pas als er wel bezwaar is gemaakt tegen de homologatie, vindt een verdere toets van het akkoord door de rechter plaats (artikel 384, derde en vierde lid).

#### Lid 3 en 4:

Hebben alle klassen van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord ingestemd, dan kan de rechtbank het homologatieverzoek toch afwijzen als blijkt dat er schuldeisers of aandeelhouders zijn die op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie zouden komen dan in faillissement. De rechter kan hiertoe overgaan op verzoek van één of meer van deze schuldeisers of aandeelhouders, als deze zelf niet met het akkoord heeft ingestemd. Dit is bepaald in het derde lid.

Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan wijst de rechtbank het homologatieverzoek af als het akkoord een herstructureringsplan omvat dat *onredelijk* is. De rechtbank doet dit als zij daartoe een verzoek krijgt van een schuldeiser of aandeelhouder die is ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd en deze schuldeiser of aandeelhouder zelf ook zijn instemming niet heeft gegeven. Dit is geregeld in het vierde lid.

Een herstructureringsplan is onredelijk als de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, niet *eerlijk* onder de schuldeisers en aandeelhouders verdeeld wordt. Hiervan is sprake als bij die verdeling ten nadele van een tegenstemmende klasse wordt afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar en de schuldenaar:

- geen goede grond kan aanvoeren voor die afwijking, en
- niet kan aantonen dat de schuldeisers of aandeelhouder die bezwaar hebben gemaakt niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

Het herstructureringsplan is eveneens onredelijk als de klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd bestaat uit schuldeisers die in faillissement een uitkering in geld tegemoet kunnen zien en deze schuldeisers in het akkoord niet de mogelijkheid geboden krijgen om te kiezen voor een bedrag in geld ter grootte van het bedrag in contanten dat zij naar verwachting in geval van faillissement zouden hebben ontvangen (artikel 384, vierde lid, onderdeel b).

#### Lid 6 en 7:

Als de rechter dit nodig acht in het kader van de door hem te nemen beslissing, kan hij ingevolge het zesde lid een onafhankelijk deskundige vragen een onderzoek te verrichten en hierover verslag uit te brengen. Deze bepaling sluit aan bij artikel 378, vijfde lid, waar de mogelijkheid van raadpleging van een

deskundige in het kader van een tussentijds rechterlijk oordeel is geregeld. Voor een nadere toelichting op het zesde lid wordt daarom verwezen naar de toelichting bij artikel 378, vijfde lid.

Daarnaast geldt op basis van het zevende lid dat de rechter voordat hij beslist, de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator zo die is aangesteld, en de schuldeiser of de aandeelhouders van wie de belangen rechtstreeks zullen worden geraakt door de beslissing, in de gelegenheid stelt elk hun zienswijze te geven.

#### Lid 8:

Is ervoor gekozen voor het akkoord tot stand te brengen binnen de openbare akkoordprocedure buiten faillissement en ontleent de rechter zijn rechtsmacht om het homologatieverzoek in behandeling te nemen aan de Insolventieverordening, dan kan de homologatiebeslissing een '*beslissing tot opening van een hoofdinsolventieprocedure*' zijn, als bedoeld in artikel 5 van de Insolventieverordening. Als dit het geval is, dient de rechter dit op basis van het achtste lid te vermelden in zijn vonnis tot homologatie. Belanghebbende schuldeisers die niet eerder in staat zijn gesteld hun zienswijze kenbaar te maken, kunnen deze beslissing dan nog aanvechten op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid. Deze verzetmogelijkheid is geregeld in het achtste lid. Daarbij is artikel 371, veertiende lid, van overeenkomstige toepassing verklaard. Deze regeling vloeit voort uit artikel 5, eerste lid, van de Insolventieverordening.

#### § 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord

##### *Artikelen 385, 386 en 387*

De artikelen 382 tot en met 384 bepalen wat het gevolg is van de homologatie van het akkoord. Artikel 382, eerste lid, regelt dat het akkoord na de homologatie door de rechter verbindend is voor de schuldenaar en 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 375, tweede lid, onderdeel b, bij het akkoord is overgelegd.

Artikel 385 bepaalt dat het vonnis 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 stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders die iets van hem te vorderen hebben zich rechtstreeks op het vonnis kunnen beroepen om de nakoming alsnog af te dwingen.

Voorts geldt op basis van artikel 386 dat wanneer de schuldenaar verzuimt om het akkoord (tijdig) na te komen, hij verplicht is tot vergoeding van de schade die de stemgerechtigde 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.

### Onderdeel G

In onderdeel G wordt artikel 362 Fw aangepast. Vanwege de specifieke aard van de insolventieprocedure is op basis van dit artikel de algemene titel voor verzoekschriftprocedures in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing op verzoeken ingevolge de Faillissementswet (artikel 362 lid 2 Fw). Een belangrijk kenmerk van insolventierechtelijke procedures is de vereiste voortvarendheid van de procedure. Daardoor is er in beginsel geen ruimte voor toepassing van de algemene regels van bewijsrecht. Omdat het insolventieprocesrecht is gericht op een spoedige rechtsgang neemt de insolventierechter zijn beslissing aan de hand van de vraag of feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk zijn. De insolventierechter moet een beslissing kunnen nemen na een kort, eenvoudig onderzoek zonder daarbij aan de algemene regels van bewijsrecht gebonden te zijn (Van der Feltz I, p. 270). Deze uitgangspunten van het insolventieprocesrecht zijn ook van belang en gelden evenzeer voor de onderhavige regeling. Op de algemene uitsluiting van de algemene titel voor verzoekschriftprocedures in artikel 362, tweede lid, Fw wordt in onderdeel G een specifieke uitzondering gemaakt voor artikelen 262 en 269 Rv in verband met de bijzondere regeling voor de relatieve bevoegdheid van de rechter om kennis te nemen van verzoeken op grond van dit wetsvoorstel (artikel 369, achtste lid). De verdere uitsluiting van de algemene titel voor verzoekschriftprocedures in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering neemt overigens niet weg dat de bepalingen uit deze titel onder omstandigheden analoog kunnen worden toegepast voor zover de bijzondere aard en de vereiste voortvarendheid van de procedure op grond van de onderhavige regeling zich daar niet tegen verzetten (vgl. HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1338, NJ 2014/299).

### **Artikel II**

In artikel II wordt een nieuw artikel 19a ingevoegd in de Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz). Hierin is bepaald dat voor de indiening van een homologatieverzoek het griffierecht zal worden geheven dat ingevolge de tabel bij de Wgbz geldt voor zaken betreffende een vordering dan wel een verzoek met een beloop van meer dan € 100.000. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat het economisch belang dat schuil gaat achter een dergelijk verzoek altijd boven dit bedrag zal liggen. Dat is voor natuurlijke personen een

bedrag van € 1.565 en voor rechtspersonen € 3.946 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

Voor de overige verzoeken die in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement of een besloten akkoordprocedure buiten faillissement zullen kunnen worden ingesteld en waarbij het achterliggende economische belang minder duidelijk vast te stellen is, zal het griffierecht zal worden geheven dat ingevolge de tabel bij de Wgbz geldt voor zaken betreffende een vordering dan wel een verzoek van onbepaalde waarde. Dit betreffen verzoeken tot:

- schorsing van een faillissementsaanvraag (artikel 3e);
- verlening van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van de verkrijging van nieuwe financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord (artikel 42a);
- aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371, eerste lid);
- afkondiging dan wel opheffing van een afkoelingsperiode (artikel 376, eerste lid);
- opheffing of beperking van het gebruiksrecht van de schuldenaar (artikel 377, derde lid);
- het geven van een oordeel over een voor de stemming over het akkoord opgekomen kwestie (artikel 378, eerste lid);
- het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (artikelen 3e, vierde lid, 376, zevende lid en 379);
- verlening van toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst dan wel de afwijzing van dat verzoek (artikel 383, vijfde lid), en
- afwijzing van het homologatieverzoek (artikel 383, zesde lid).

Voor natuurlijke personen is dit een bedrag van € 291 en voor rechtspersonen € 626 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

Het wetsvoorstel sluit hiermee aan bij de bestaande regeling voor de griffierechtenheffing op basis van de Wgbz. Het nieuwe artikel 19a verduidelijkt slechts hoe die regeling dient te worden toegepast in de context van de voorgestelde regeling betreffende de totstandkoming van een akkoord buiten faillissement.

### **Artikelen III en IV**

Artikel III betreft de gebruikelijke inwerkingtredingsbepaling. Artikel IV bevat de citeertitel.

De Minister voor Rechtsbescherming,