

# **Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van de schulden (Wet continuïteit ondernemingen II)**

## **MEMORIE VAN TOELICHTING**

### **I Algemeen deel**

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

Dit voorstel strekt ertoe in de Faillissementswet een regeling in te voeren voor de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement. Het maakt deel uit van de tweede pijler van het Programma "Herijking Faillissementsrecht", die maatregelen behelst om onnodige faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen door ondernemers met dreigende betalingsproblemen te stimuleren die problemen in een vroeg stadium te adresseren en reorganisatie en herstructurering buiten faillissement te faciliteren.

Het voorstel voorziet in een behoefte van de praktijk. Het beoogt het proces van herstructurering van problematische schulden bij ondernemingen buiten faillissement te flexibiliseren, te bespoedigen en met zo min mogelijk formaliteiten, kosten en onzekerheden gepaard te doen gaan alsmede de werkgelegenheid voor in de onderneming werkzame personen zoveel mogelijk te behouden. Het voorstel maakt mogelijk dat de herstructurering van problematische schulden kan plaatsvinden op basis van een akkoord tussen de onderneming en haar schuldeisers en aandeelhouders inhoudend dat de rechten van die schuldeisers en aandeelhouders worden gewijzigd. Indien het akkoord door de meerderheid van de schuldeisers en aandeelhouders wordt ondersteund, kunnen schuldeisers en aandeelhouders die zich er op onredelijke gronden tegen verzetten tot medewerking worden gedwongen door een algemeen verbindend verklaring van het akkoord door de rechter. Door de algemeen verbindend verklaring afhankelijk te maken van een rechterlijke toets, waarborgt het voorstel enerzijds dat de sanering van de problematische schulden niet om willekeurige, onzakelijke of anderszins oneigenlijke redenen ten laste wordt gebracht van een minderheid van schuldeisers en aandeelhouders terwijl anderzijds het initiatief voor het aanbieden van het akkoord en de regie bij het bereiken ervan zoveel mogelijk blijft liggen bij de onderneming.

De voorgestelde regeling geldt voor ondernemingen, ongeacht welke activiteiten zij ontplooien en de rechtsvorm waarin zij worden gedreven, maar niet voor natuurlijke

personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen aangezien de wet voor hen met de mogelijkheid de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen reeds in de mogelijkheid van een dwangakkoord voorziet. Werknemers vallen niet onder de voorgestelde regeling. De Wet Werk en Zekerheid, die op 1 januari 2015 in werking treedt, biedt reeds mogelijkheden om aan te sluiten bij gewijzigde bedrijfseconomische omstandigheden.

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

### **2.1. Inleiding**

Als gevolg van de economische en financiële crisis is het aantal ondernemingen dat in financiële moeilijkheden of zelfs in surseance van betaling of faillissement is terecht gekomen de afgelopen jaren gestaag toegenomen. Thans lijkt sprake van de eerste tekenen van voorzichtig economisch herstel. Voor een bestendiging daarvan is van belang dat de Nederlandse economie kan bogen op zoveel mogelijk gezonde ondernemingen. Daaraan kan bijdragen dat onderneming die die zich geconfronteerd zien met problematische of mogelijk problematische schulden, maar volgens de betrokken stakeholders op zichzelf economisch levensvatbaar zijn, deze schulden kunnen saneren en terugbrengen tot beheersbare proporties.

### **2.2. Wenselijkheid van sanering zoveel mogelijk buiten faillissement**

Teneinde succesvolle saneringen te bevorderen en te bespoedigen moet worden bewerkstelligd dat deze plaats kunnen vinden middels een gestroomlijnde procedure die kan worden afgestemd op de omstandigheden van het geval. Van belang is ook dat reorganisaties zoveel mogelijk buiten faillissement kunnen plaatsvinden. Het faillissement is gericht op de vereffening van de boedel van schuldenaren die zijn opgehouden te betalen (artikel 1 jo. artikel 68 Fw). Indien het tot een faillissement komt, geraakt de onderneming veelal in een ongecontroleerd proces: schuldeisers eisen hun vorderingen op, kredietverstrekkers winnen hun zekerheden uit, leveranciers en klanten verliezen het vertrouwen en werknemers gaan op zoek naar een andere baan. Dit leidt tot onnodig verlies van waarde en werkgelegenheid en kan bovendien reputatieschade voor de betreffende ondernemer tot gevolg hebben. Voor een succesvolle reorganisatie is het dan in de regel te laat. Bovendien gaat een formele insolventieprocedure en het daarmee samenhangende verlies van waarde en werkgelegenheid gepaard met hoge kosten voor de maatschappij.

Om deze reden is de tweede pijler van het eind 2012 aangekondigde programma "Herijking Faillissementsrecht" (Kamerstukken II, 2012-2013, 29 911, nr. 74, p. 2) gericht

op de versterking van het reorganiserend vermogen door ondernemers te stimuleren tijdig hulp te zoeken voor hun eventuele problematische schulden en oplossingen daarvoor buiten faillissement te faciliteren.

### **2.3. *Schuldeisers zijn buiten faillissement thans niet verplicht tot medewerking aan redelijk akkoord en kunnen daardoor reorganisatie dwarsbomen***

Teneinde een faillissement te voorkomen, pogen ondernemingen hun schuldeisers er veelal informeel toe te bewegen ermee akkoord te gaan dat zij een deel van hun vorderingen niet of op een later moment dan oorspronkelijk voorzien terug krijgen. Indien het voor schuldeisers voldoende aannemelijk is dat een dergelijk onderhands akkoord het hoogst haalbare is alsmede dat het niet aanvaarden ervan zou leiden tot faillietverklaring terwijl een faillietverklaring op haar beurt voor de betreffende schuldeisers leidt tot geen uitkering of een lagere uitkering dan in het akkoord is voorzien, hebben zij er geen redelijk belang bij om hun medewerking aan het akkoord te weigeren.

Echter, doordat het onderhands akkoord thans niet in de wet is geregeld, en aldus wordt beheerst door de algemene regels van het vermogensrecht, geldt de wettelijke hoofdregel dat schuldeisers buiten faillissement aanspraak kunnen maken op volledige betaling van hun vordering. De mogelijkheden om in kort geding op grond van misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW) hun medewerking aan het akkoord te vorderen zijn zeer beperkt: de Hoge Raad heeft geoordeeld dat bij toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord terughoudendheid geboden is. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan plaats zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken. 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, zo nodig, te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met het akkoord heeft kunnen komen (Hoge Raad 12 augustus 2005, NJ 2006/230 (Payroll)).

Doordat schuldeisers er niet toe kunnen worden verplicht hun medewerking te verlenen aan een redelijk onderhands akkoord, zelfs niet indien dat door de meerderheid van de schuldeisers wordt ondersteund, kan een enkele schuldeiser de totstandkoming van een akkoord, en daarmee van de reorganisatie buiten faillissement, frustreren. In veel gevallen rest de schuldenaar die zijn onderneming wil redden dan niets anders dan de betreffende schuldeiser volledig te betalen, terwijl deze schuldeiser zijn vordering bij een eventueel

faillissement wellicht niet voldaan zou zien of slechts tot een kleiner bedrag dan in het akkoord voorzien.

## **2.4.    *Praktijk heeft behoefte aan een dwangakkoord***

### *2.4.1.    Insolventie(advies)praktijk pleit voor dwangakkoord*

Uit informele consultaties van en overleggen met deskundigen uit alle geledingen van de insolventiepraktijk – curatoren, rechters-commissarissen, advocaten en bedrijfsjuristen – alsmede uit de stakeholdersbijeenkomsten die in de aanloop van het programma en in het voorbereidingstraject van dit voorstel hebben plaatsgevonden, is gebleken dat de mogelijkheid voor een enkele schuldeiser om een akkoord te frustreren wordt ervaren als praktisch probleem en als een belangrijke oorzaak van het mislukken van de reorganisatie van op zichzelf economisch levensvatbare ondernemingen buiten faillissement.

Geluiden van dezelfde strekking kwamen ook uitdrukkelijk naar voren op een groot symposium over de herijking van het faillissementsrecht dat in 2013 is georganiseerd door de Vereniging van Insolventierecht Advocaten INSOLAD, de vereniging van rechters-commissarissen in faillissement RECOFA, de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen en het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en waar honderden vertegenwoordigers uit de bovengenoemde onderdelen van de insolventiepraktijk aanwezig waren.

### *2.4.2.    Ondernemers pleiten voor een dwangakkoord*

Ook VNO-NCW en MKB Nederland vinden het bezwaarlijk dat één onwillige schuldeiser de redding van een onderneming kan dwarsbomen. Deze organisaties wijzen erop dat in het buitenland schuldeisers tot medewerking kunnen worden gedwongen indien de meerderheid van de schuldeisers voor een akkoord is. Zij stellen dat een dergelijke regeling ook in Nederland kan worden ingevoerd en vinden dat een dwangakkoord mogelijk moet zijn indien de rechter heeft getoetst of schuldeisers daarmee beter af zijn dan met een faillissement (zie [vno-ncw.nl/Nieuws/Pages/Faillissementswet\\_op\\_de\\_schop](http://vno-ncw.nl/Nieuws/Pages/Faillissementswet_op_de_schop)).

### *2.4.3.    Banken zien meerwaarde in een dwangakkoord*

Tijdens de stakeholderbijeenkomsten die hebben plaatsgevonden in het aanlooptraject van dit voorstel heeft de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) aangegeven dat haar leden toegevoegde waarde zien in de introductie van de mogelijkheid van een dwangakkoord buiten faillissement. Vanuit deze organisatie is opgemerkt dat het dwangakkoord een

oplossing zou kunnen bieden voor het geval meerdere banken een onderneming financieren die in de financiële problemen is geraakt en een van die banken zich op onredelijke gronden tegen de redding van de betreffende onderneming verzet, terwijl de andere banken zich daarvoor sterk willen maken. Voorts is opgemerkt dat het dwangakkoord een oplossing zou kunnen bieden voor het geval een of meer aandeelhouders zich op onredelijke of onzakelijke gronden verzetten tegen de redding door middel van een *debt for equity-swap*, waarbij (een deel van) een lening wordt omgezet in aandelenkapitaal. Op dit punt wordt nader ingegaan in paragraaf 3.6.

#### *2.4.4. Literatuur pleit voor een dwangakkoord*

In de literatuur wordt, mede om de bovenstaande redenen, al geruime tijd gepleit voor de invoering van een dwangakkoord buiten faillissement. Men zie onder meer 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*, TvI 2013, p. 63-69 en Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel VI, TvI 2013/20; J.T. Jol, *Wettelijk faciliteren van (financiële) herstructureringen: het dwangakkoord* ([www.legalhoudini.nl](http://www.legalhoudini.nl)) en R.J. van Galen, *Knelpunten in ons faillissementsrecht*, Ondernemingsrecht 2014/81.

### **2.5. Aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie spoort lidstaten aan een dwangakkoord in te voeren**

#### *2.5.1. Inleiding*

De invoering van een dwangakkoord buiten faillissement is ook een belangrijk onderdeel van de op 12 maart 2014 door de Europese Commissie gepresenteerde aanbeveling inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie. Deze aanbeveling heeft tot doel de lidstaten aan te moedigen een stelsel in te voeren waardoor levensvatbare ondernemingen in financiële moeilijkheden efficiënt, in een vroeg stadium en buiten insolventie kunnen herstructureren en insolventie kan worden voorkomen (punt 1 en 6). Daarbij wordt als kader gesteld dat de herstructurering op een zo goedkoop en flexibel mogelijke wijze en zoveel mogelijk buitengerechtelijk kan plaatsvinden in die zin dat zij in elk geval zou moeten kunnen worden aangevangen zonder dat een gerechtelijke procedure nodig is en zonder dat een bemiddelaar of toezichthouder wordt aangewezen (punt 7, 8 en 9). De aanbeveling veronderstelt voorts dat in het geval van een herstructurering de zeggenschap

over de onderneming bij de schuldenaar blijft (punt 6 onder b) en tijdelijke schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen kan worden verzocht (punt 10).

De Europese Commissie wijst erop dat verschillende lidstaten momenteel bezig zijn met het herzien van hun insolventiewetgeving ter verbetering van wat de Commissie noemt "het stelsel van redding van ondernemingen." In punt 10 en 11 van de aanbeveling zet de Commissie uiteen dat zij het aangewezen acht om de samenhang tussen die nationale initiatieven te bevorderen en de verschillen tussen de nationale stelsels terug te brengen. In punt 36 van de aanbeveling geeft de Commissie vervolgens aan dat de uitvoering van de aanbeveling in de lidstaten uiterlijk 18 maanden na de datum van bekendmaking van de aanbeveling zal worden beoordeeld. Daarbij wordt opgemerkt dat de Commissie dan zal beoordelen of verdere maatregelen moeten worden voorgesteld teneinde de in de aanbeveling voorgestelde aanpak te versterken.

### *2.5.2. Achtergrond*

De aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie is onder meer gebaseerd op de uitkomsten van een door de Commissie gehouden consultatie over het faillissementsrecht en op de aanbevelingen van een door de Commissie ingestelde Expertgroep die vorig jaar een aantal malen bijeen is gekomen en waarin drie gezaghebbende Nederlandse experts op het gebied van het faillissementsrecht waren vertegenwoordigd.

De aanbeveling komt voort uit een al langer lopend traject waarin de Europese Unie beoogt de herstructurering van op zichzelf economisch levensvatbare ondernemingen buiten faillissement te bevorderen. Eind 2011 nam het Europees Parlement een resolutie aan waarin werd aangedrongen op harmonisatie van nationale insolventiewetten ten aanzien van herstructureringsplannen (Resolutie van het Europees Parlement met aanbevelingen aan de Commissie betreffende insolventieprocedures in het kader van het vennootschapsrecht van de EU, P7\_TA (2011) 0484). In 2012 wees de Commissie de modernisering van regels inzake insolventie aan als "een kernactie om ondernemingen betere overlevingskansen te bieden en ondernemers een tweede kans te bieden" (Mededeling van de Commissie inzake de Akte voor een Interne Markt van 3 oktober 2012, COM (2012) 573 final). In de mededeling "Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen" wordt door de Europese Commissie gewezen op de verschillen tussen de nationale regels op het gebied van insolventie (COM (2012) 742 final). In het actieplan "Ondernemerschap 2020" (COM (2012) 795 final) wordt lidstaten verzocht tegen 2020 "ondernemingen diensten te bieden voor een vroegtijdige herstructurering alsmede advies

om faillissementen te voorkomen." Ook wordt daarin gevraagd om "steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor hertstructurering en een nieuwe start".

### *2.5.3. Kader voor regeling dwangakkoord is belangrijk onderdeel van de aanbeveling*

Met het aansporen van de lidstaten om een dwangakkoord buiten faillissement in te voeren wordt volgens de Europese Commissie beoogd dat (a) een herstructureringsplan dat door de meerderheid van de schuldeisers is goedgekeurd en door een rechter is bevestigd, bindend moet kunnen zijn voor alle schuldeisers mits (schriftelijk) door een rechter bevestigd (punt 6d, 16 en 20), (b) betrokkenheid van de rechter wordt beperkt tot situaties waarin dit noodzakelijk en evenredig is ter bescherming van de rechten van schuldeisers en andere belanghebbenden die door het herstructureringsplan worden geraakt en herstructureringsplannen in beginsel schriftelijk door de rechter kunnen worden bevestigd (punt 7 en 21), (c) indien het herstructureringsplan niet alle schuldeisers raakt, ook niet alle schuldeisers in behoeven in te stemmen (punt 20), (d) schuldeisers met verschillende belangen in het kader van een herstructureringsplan in afzonderlijke klassen moeten kunnen worden ingedeeld waardoor die belangen worden weerspiegeld (punt 17) en (e) herstructureringsplannen die niet kansrijk zijn, bijvoorbeeld door een gebrek aan nieuwe financiering, kunnen worden afgewezen (punt 23).

Voor het welslagen van een reorganisatie is het verkrijgen van nieuwe of additionele financiering veelal essentieel. Kredietverschaffers wensen daarvoor normaal gesproken zekerheid. Het verschaffen daarvan kan in faillissement in sommige gevallen echter worden aangetast wegens benadeling van het geheel van (oude) schuldeisers. In dat geval blijven de nieuwe kredietverschaffers met lege handen achter terwijl de oude schuldeisers, die zonder het additionele krediet evenmin een uitkering zouden hebben ontvangen dankzij het noodkrediet wel (gedeeltelijk) kunnen worden voldaan. Een belangrijk onderdeel van de aanbeveling is in dat kader dat de positie van de verschaffers van nieuw krediet moet worden verbeterd in die zin dat rechtshandelingen verricht in het kader van nieuwe financiering niet kunnen worden aangetast wegens benadeling van het geheel van schuldeisers (punt 27-29).

## **2.6. *Belangrijke of met Nederland vergelijkbare landen kennen succesvolle regelingen van het dwangakkoord buiten faillissement***

### *2.6.1. Inleiding*

In de tweede voortgangsbrief over het programma "Herijking Faillissementsrecht" (Kamerstukken 2012-2013, 33 695, nr. 1, p. 2) is de Tweede Kamer bericht dat onder leiding van Prof. mr. P.M. Veder van het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen een rechtsvergelijkende verkenning heeft plaatsgevonden naar onder meer akkoorden buiten faillissement in zes lidstaten van de EU. Daarbij is op hoofdlijnen in kaart gebracht welke regelingen in de betreffende landen wettelijk zijn vastgelegd dan wel in vaste rechtspraak zijn ontwikkeld. De landen die in het onderzoek werden betrokken, zijn Engeland en Wales, België, Duitsland, Frankrijk, Italië en Spanje.

Uit het onderzoek volgt dat in alle onderzochte EU-lidstaten maatregelen bestaan om een akkoord vóór de opening van een insolventieprocedure te stimuleren. In vijf van de zes ervan, met uitzondering van Duitsland, is sprake van een zekere vorm van dwangakkoord buiten faillissement. Verder wordt in de meeste landen aan de verschaffers van nieuw krediet bescherming geboden tegen aantasting van de zekerheidsverschaffing voor nieuw krediet in het geval in een later stadium toch een faillissement intreedt. Goeddeels dezelfde conclusie volgt uit een in opdracht van de Europese Commissie door Insol Europe verricht onderzoek ([www.insol-europe.org](http://www.insol-europe.org)).

De regelingen vertonen onderling aanzienlijke verschillen, maar zijn allen in bepaalde mate geïnspireerd door de regelingen voor reorganisatie door middel van een dwangakkoord buiten faillissement in Engeland en Wales en de Verenigde Staten van Amerika.

#### 2.6.2. *Engeland en Wales: de scheme of arrangement*

De regeling van het akkoord buiten faillissement in Engeland en Wales is de oudste en bekendste in de Europese Unie. Daar kent men de procedure van het zogeheten *scheme of arrangement*, die reeds sinds meer dan 100 jaar wordt gebruikt voor het reorganiseren van ondernemingen en ook een belangrijke rol speelt bij veel herstructureringen van internationale concerns. Met de *scheme of arrangement* kunnen onredelijk dwarsliggende schuldeisers en/of aandeelhouders worden verplicht hun medewerking aan een redelijk akkoord te verlenen. De aanbieder van de *scheme* kan zelf kiezen wie hij in de *scheme* betreft: dat behoeven dus niet alle schuldeisers en/of aandeelhouders te zijn.

De *scheme of arrangement*-procedure behelst het bereiken van een akkoord tussen de onderneming en haar schuldeisers en/of aandeelhouders. De rechtspersoon die een *scheme of arrangement* wil uitvoeren richt daartoe een verzoek aan de rechtbank. Het verzoek kan ook worden gedaan door een ander, bijvoorbeeld een aandeelhouder of een schuldeiser. Over de *scheme of arrangement* wordt vervolgens gestemd in groepen, de zogenaamde



*classes*. In het verzoek aan de rechtbank worden de verschillende classes aangegeven. Gebruikelijke classes zijn die van zekerheidsgerechtigde schuldeisers, preferente schuldeisers, concurrente schuldeisers en aandeelhouders. Het is niet noodzakelijk dat een scheme met alle schuldeisers en/of aandeelhouders wordt aangegaan. Het uitgangspunt daarbij is dat schuldeisers met vorderingen en aandeelhouders met rechten die niet wezenlijk verschillen in dezelfde class worden ingedeeld.

Een scheme kan ook betrekking hebben op bepaalde groepen, zoals enkel de financierende banken. De wettelijke regeling van de scheme of arrangement voorziet erin dat alleen partijen die door de scheme worden geraakt de gelegenheid moeten krijgen zich erover uit te spreken. Partijen die er niet door geraakt worden omdat hun rechten niet worden aangetast dan wel omdat de onderneming zonder de scheme failliet zou gaan en voor hen in dat geval ook geen uitkering zou zijn te verwachten, behoeven niet de gelegenheid te krijgen zich erover uit te spreken.

De rechtbank controleert of de door de onderneming voorgestelde indeling van schuldeisers en andere betrokkenen in verschillende classes aan de daaraan te stellen eisen voldoet alsmede of de scheme een redelijke kans van slagen heeft. Als dat zo is, worden de verschillende classes door de rechtbank bijeengeroepen en wordt er gestemd. De scheme kan worden aangenomen als zij in iedere class wordt gesteund door een gewone meerderheid van het aantal schuldeisers die drie vierden van de waarde van de vorderingen in de betreffende class vertegenwoordigt. Het is niet mogelijk de scheme aan te nemen indien niet iedere class instemt.

De scheme of arrangement heeft pas werking na de algemeen verbindend verklaring door de rechter en registratie ervan bij het Engelse equivalent van het handelsregister, het Companies House. Bij de algemeen verbindend verklaring controleert de rechtbank of aan de procedurele normen is voldaan, of de schuldeisers en andere betrokkenen in iedere class voldoende werden vertegenwoordigd op de class meeting, of de crediteuren wel volledig zijn geïnformeerd en of de scheme *fair* is, hetgeen naar Nederlandsrechtelijke termen het best zou kunnen worden vertaald met redelijk en billijk.

### 2.6.3. *Verenigde Staten van Amerika: Chapter 11 United States Bankruptcy Code*

In de Verenigde Staten beschikt men met de zogenaamde Chapter 11-procedure over een procedure waarmee bedrijven kunnen worden gereorganiseerd. Ook de Chapter 11-procedure voorziet erin dat onredelijk dwarsliggende schuldeisers en/of aandeelhouders kunnen worden verplicht hun medewerking aan een redelijk akkoord te verlenen alsmede

dat de schuldenaar zelf kan kiezen met wie hij een akkoord aangaat en niet de rechten van alle schuldeisers en/of aandeelhouders in het akkoord behoeft te wijzigen.

De Chapter 11-procedure kan aanvangen op verzoek van de onderneming of op verzoek van schuldeisers. In het eerste geval wordt gesproken van een vrijwillige procedure. In het tweede geval van een onvrijwillige procedure. Een belangrijk element van de Chapter 11-procedure is de zogeheten *automatic stay* die zorgt voor een vrijwel algehele bevrozing van (executie)procedures tegen de vennootschap. De vennootschap krijgt aldus grote bescherming om zo haar ondernemingsactiviteiten te blijven uitoefenen.

Ook bij een Chapter 11-procedure worden schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen verdeeld, tenzij hun vorderingen of rechten niet wezenlijk verschillen. Klassen waarvan de rechten niet worden gewijzigd, worden geacht voor het akkoord te stemmen. Klassen die onder het akkoord geen uitkering ontvangen, worden geacht tegen het akkoord te stemmen. Na de eerste toetsingen van het reorganisatieplan door de rechter moeten de schuldeisers en aandeelhouders stemmen over het plan. In iedere klasse van schuldeisers, met uitzondering van de klassen die niet door het plan worden geraakt, wordt het plan aangenomen indien de helft van de schuldeisers die gezamenlijk twee derden van het bedrag van de geverifieerde vorderingen vertegenwoordigen voor het plan stemmen. Bij de klassen van aandeelhouders is vereist een twee derde meerderheid van de aandeelhouders die mogen stemmen voor het akkoord stemt.

Nadat het plan is aangenomen, moet de rechter het goedkeuren. Ook voor dit stadium gelden veel formele vereisten, behoudens het geval waarin alle klassen hebben voorgestemd. Zo moet het plan zijn tot stand gekomen in overeenstemming met de wettelijke voorschriften, te goeder trouw zijn voorgesteld en uitvoerbaar zijn. Daarbij mag iedere belanghebbende tegen het plan bezwaar aantekenen. De rechter gaat eerst tot goedkeuring over wanneer de daarvoor gestelde vereisten zijn vervuld. Anders dan het geval is met de scheme of arrangement in Engeland en Wales, voorziet Chapter 11 in de mogelijkheid dat de tegenstemmende klassen alsnog door de rechter aan het akkoord worden gebonden.

## **2.7. Tweede pijler programma "Herijking Faillissementsrecht"**

In het voorgaande is uiteengezet dat het ontbreken van een mogelijkheid tot het opleggen van een dwangakkoord buiten faillissement wordt ervaren als een concreet probleem. Bij de aankondiging van het programma "Herijking Faillissementsrecht" (Kamerstukken II, 2012-2013, 29 911, nr. 74, p. 2) is daarom aangegeven dat zou worden voorzien in de mogelijkheid van een akkoord buiten faillissement dat dwingend opgelegd kan worden aan

individuele schuldeisers, om te voorkomen dat zij een bedrijf onnodig failliet kunnen laten gaan.

In de eerste voortgangsbrief over het programma Herijking Faillissementsrecht (Kamerstukken II, 2012-2013, 33 695, nr. 1) is gemeld dat aan een daartoe strekkend wetsvoorstel, de Wet Continuïteit Ondernemingen II, werd gewerkt. In de tweede voortgangsbrief (Kamerstukken II, 2012-2013, 33 695, nr. 3) is een houtskoolschets gegeven van de met de Wet Continuïteit Ondernemingen II in te voeren regeling van het dwangakkoord. Aangegeven werd dat de regeling zou gaan behelzen dat schuldeisers of aandeelhouders die onredelijk dwarsliggen bij een door de meerderheid van de schuldeisers of aandeelhouders ondersteunde sanering van de schulden van de onderneming kunnen worden gedwongen aan een zodanige sanering mee te werken indien daardoor een faillissement zou kunnen worden voorkomen. Zij zou het mogelijk maken dat schuldeisers in verschillende klassen kunnen worden onderverdeeld alsmede dat aan elk van die klassen een separaat akkoord kan worden voorgelegd waarover zij dan zouden kunnen stemmen. Indien de meerderheid van de schuldeisers in de betreffende klasse voor het akkoord zou stemmen, zou het akkoord ook verbindend verklaard kunnen worden voor de andere schuldeisers en aandeelhouders in die klasse. In de tweede voortgangsbrief is bericht dat in overleg met de stakeholders en deskundigen uit de praktijk werd gewerkt aan de nadere vormgeving van deze regeling, die met het thans voorliggende wetsvoorstel gestalte heeft gekregen.

### **3. Uitgangspunten van de voorgestelde regeling**

#### **3.1. *Praktische oplossingen bieden, aansluiten bij bestaande regelingen***

Hierboven is reeds opgemerkt dat het programma "Herijking Faillissementsrecht" erop is gericht praktische oplossingen voor concrete problemen te bieden. Uiteengezet is dat voor het oplossen van het probleem van een schuldeiser die zich op onzakelijke gronden tegen een redelijk akkoord verzet in Engeland en Wales al lange tijd succesvol gebruik wordt gemaakt van de scheme of arrangement en in de Verenigde Staten van Chapter 11 van de United States Bankruptcy Code alsmede dat in andere lidstaten van de Europese Unie regelingen zijn getroffen die op veel belangrijke punten gelijkenis vertonen met de scheme of arrangement en Chapter 11. Vanwege de omstandigheid dat de scheme of arrangement en Chapter 11 veelvuldig gebruikt worden voor internationale herstructureringen zijn daarbij regelmatig ook Nederlandse ondernemingen op enigerlei wijze betrokken. Daardoor heeft in

ieder geval een gedeelte van de insolventie-adviespraktijk en financiële dienstverleners al de nodige ervaring met deze procedures.

Om die reden hebben de scheme of arrangement en Chapter 11 als belangrijkste inspiratie gediend voor de thans voor Nederland voorgestelde regeling. Daarbij is gepoogd om waar nodig ten aanzien van de punten waarop in Engeland en Wales en de Verenigde Staten behoefte bestaat aan verbetering of een enigszins aangepaste regeling een alternatief te bieden dat werkbaar is in de Nederlandse context, die overigens op veel punten een geheel andere is dan die van Engeland en Wales en de Verenigde Staten. Vanwege hun andere origine zijn de regelingen uit Engeland en Wales en de Verenigde Staten alsmede de daarin gebezigde terminologie niet één op één toepasbaar binnen het Nederlandse recht. In dit licht is met de wetssystematische vormgeving van het onderhavige voorstel en de daarin gebezigde terminologie zoveel mogelijk aangeknoopt bij in Nederland bestaande wettelijke regelingen, in het bijzonder die van het akkoord in faillissement en surseance alsook bij het kader dat de Europese Commissie in haar aanbeveling inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie heeft geschetst.

### ***3.2. Beperken rechterlijke betrokkenheid ter bevordering van snelheid, reductie van kosten en het spoedig verkrijgen van zekerheid***

De regeling van de scheme of arrangement gaat uit van een betrokkenheid van de rechter in twee stadia, namelijk bij de voorbereiding van het akkoord en de stemming alsmede bij de algemeen verbindend verklaring. Desalniettemin kan een scheme of arrangement relatief snel worden uitgevoerd: een ander kan binnen ongeveer acht weken zijn beslag krijgen. Deze snelheid wordt in het algemeen ervaren als een gunstig element van de regeling. De Chapter 11-procedure duurt in het algemeen (veel) langer. Vanwege de omstandigheid dat het een formele insolventieprocedure betreft, gaat Chapter 11 uit van een zeer intensieve rechterlijke betrokkenheid. Zo beziet de rechter voorafgaand aan de stemming of het akkoord adequate informatie bevat, stelt hij een crediteurencomité in en kan hij crediteuren horen. Ook kunnen crediteuren op veel verschillende momenten naar de rechter om hem om te vragen een formele beslissing te nemen. Naast deze formele beslissingen is er in het algemeen zeer intensief contact tussen de rechter en de betreffende onderneming. Beide procedures worden, mede vanwege de vele formele vereisten, als relatief kostbaar ervaren. De aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie stelt juist als kader dat de betrokkenheid van de rechter wordt beperkt tot situaties waarin dit noodzakelijk en evenredig is ter bescherming van de rechten van schuldeisers en andere belanghebbenden die door het herstructureringsplan worden

geraakt. Bovendien beoogt zij de kosten van een reorganisatie zoveel mogelijk te reduceren (punt 7, 15, 17 en 21 van de preambule).

Met het oog op de bespoediging van de voortgang van het reorganisatieproces, is er in de voorgestelde regeling voor gekozen het initiatief voor het akkoord zoveel mogelijk bij de betreffende onderneming te laten en is de rechterlijke betrokkenheid in beginsel beperkt tot de fase waarin algemeen verbindend verklaring van het akkoord wordt verzocht. Het algemeen verbindend te verklaren akkoord kan geheel buitengerechtelijk tot stand komen. Anderzijds is toch in een waarborg voorzien voor degenen van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd. Door deze opzet wordt de duur van de procedure beperkt en kan de betreffende onderneming relatief snel "deal certainty" krijgen. Zij leidt tevens tot een beperking van de kosten van de procedure. Dat geldt niet alleen voor de onderneming, maar ook voor de maatschappij: door de gekozen opzet wordt de belasting van de rechterlijke macht zoveel mogelijk beperkt.

### **3.3. *Maatwerk faciliteren ter bevordering van brede bruikbaarheid***

De aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie is erop gericht dat regelingen worden getroffen die werkbaar zijn voor zowel grote ondernemingen als voor ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf. Teneinde de voorgestelde regeling bruikbaar te maken voor een zo breed mogelijk spectrum van ondernemingen is het van belang dat zij de mogelijkheid schept om een op de specifieke omstandigheden van het geval toegesneden akkoord aan te bieden en door de rechter algemeen verbindend te laten verklaren. De procedure waarlangs dat geschiedt dient zodanig flexibel te zijn dat deze kan worden toegepast op alle tot dit brede spectrum behorende ondernemingen. In punt 20 van de aanbeveling van de Europese Commissie wordt hieromtrent opgemerkt dat het mogelijk zou moeten zijn dat een herstructureringsplan slechts aan bepaalde schuldeisers of bepaalde categorieën van schuldeisers wordt aangeboden en voorts dat om de efficiëntie te bevorderen en vertragingen en kosten te beperken, de nationale preventieve herstructureringsstelsels flexibele procedures moeten behelzen.

De thans voorgestelde regeling voorziet in de mogelijkheid om slechts bepaalde schuldeisers in het akkoord te betrekken. Zij is voorts, zoals in de vorige paragraaf reeds is opgemerkt, zodanig ingericht dat het akkoord in beginsel geheel buitengerechtelijk tot stand kan komen. Indien het akkoord is aangenomen, kan de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden de rechtbank vragen het akkoord algemeen verbindend te verklaren. Indien de rechtbank daartoe overgaat, geldt het akkoord voor alle in het akkoord

te betrekken schuldeisers en aandeelhouders, inclusief degenen die tegen het akkoord hebben gestemd.

Nu de waarborg voor individuele schuldeisers en aandeelhouders erin is gelegen dat de rechter de algemeen verbindend verklaring kan afwijzen indien de belangen van een of meer schuldeisers dan wel aandeelhouders door toewijzing van het verzoek onevenredig worden geschaad (vgl. het voorgestelde artikel 373 lid 3, onderdeel a), veronderstelt dit dat de schuldeisers en aandeelhouders die door het akkoord worden geraakt worden opgeroepen. Vanwege de omstandigheid dat akkoorden kunnen voorkomen in zeer grote ondernemingen maar ook in mkb-ondernemingen, kan er een groot verschil zijn in de aantallen schuldeisers en aandeelhouders van wie de belangen door het akkoord worden geraakt, hetgeen met zich brengt dat ook verschillende behoeften bestaan ten aanzien van de wijze waarop betrokkenen worden opgeroepen.

Met het oog op het bevorderen van de bruikbaarheid van de voorgestelde regeling is daarin voorzien dat de rechtbank kan bepalen dat de oproeping geschiedt overeenkomstig een voorstel daartoe gedaan door de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden. Voorts maakt het voorstel het mogelijk dat de relevante stukken elektronisch toegankelijk worden gemaakt in plaats van ze aan alle betrokken schuldeisers en aandeelhouders te zenden. Voor nadere toelichting op dit punt wordt op deze plaats verwezen naar het artikelsgewijze gedeelte van deze toelichting, in het bijzonder bij de voorgestelde artikelen 375 en 377.

#### **3.4. Misbruik voorkomen en samenhang met maatregelen uit de andere pijlers bewaken**

De thans voorgestelde regeling maakt zoals gezegd deel uit van de tweede pijler van het programma "Herijking faillissementsrecht," die erop is gericht faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen door te faciliteren dat herstructurering van ondernemingen met financiële problemen zoveel mogelijk buiten faillissement kan plaatsvinden. In de eerste voortgangsbrief over het programma (Kamerstukken 2013-2014, 33 695, nr. 3, p. 2) is uiteengezet dat de eerste pijler van het programma maatregelen behelst die erop zijn gericht laakbaar handelen bij of voorafgaand aan een faillissement te bestrijden. De achtergrond hiervan is onder andere dat voorkomen moet worden dat crediteuren en werknemers van een onderneming als gevolg van fraude of andere chicaneuze en slechts op eigen gewin gerichte handelingen van het bestuur of de feitelijk beleidsbepalers van een onderneming hun vorderingen niet betaald krijgen en daardoor schade lijden. In punt 19 van de aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement

en insolventie wordt daaromtrent opgemerkt dat algemeen verbindend verklaring van het akkoord door de rechter zou moeten worden afgewezen indien de rechten van hen die tegenstemmen door het akkoord zouden verminderen tot minder dan hetgeen zij in faillissement zouden ontvangen, waarbij de te verwachten kosten van afwikkeling van het faillissement in aanmerking moeten worden genomen. In de eerste voortgangsbrief is voorts uiteengezet dat de derde pijler van het programma wordt gevormd door de modernisering van de faillissementsprocedure en behelst maatregelen die erop gericht zijn de afwikkeling van faillissementen te faciliteren en te bespoedigen.

Een belangrijk uitgangspunt van de thans voorgestelde regeling is dat zij de doelen gesteld met de eerste en derde pijler en de in het kader van die pijlers getroffen maatregelen niet doorkruist. Aldus is zij erop gericht te voorkomen dat een akkoord wordt aangeboden met frauduleuze of oneigenlijke doeleinden, zoals de benadeling van één of enkele crediteuren of aandeelhouders of het nodeloos vertragen van een faillissementsprocedure. Deze punten worden in het voorstel geadresseerd doordat de rechtbank de mogelijkheid heeft een verzoek tot algemeen verbindend verklaring af te wijzen indien de belangen van een of meer schuldeisers of aandeelhouders door algemeen verbindend verklaring van het akkoord onevenredig worden geschaad dan wel wanneer zij op basis van het akkoord minder zouden ontvangen dan (a) het contante bedrag van de vermogensbestanddelen waarop zij een zekerheidsrecht hebben of (b) de uitkering die hen ten deel zou vallen bij een vereffening na faillissement (vgl. het voorgestelde artikel 373 lid 2 en het voorgestelde artikel 373 lid 3 onderdeel a tot en met d). Voorts leidt het aanbieden van een akkoord niet automatisch tot schorsing van de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring, maar is daarvoor een verzoek van de aanbieder van het akkoord vereist waarop rechterlijke toetsing plaatsvindt (vgl. het voorgestelde artikel 3c). Ten slotte moet de rechtbank het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord afwijzen in het geval nakoming ervan niet voldoende is gewaarborgd (vgl. het voorgestelde artikel 373 lid 3 onderdeel b)

### **3.5. Economische werkelijkheid waar mogelijk bepalend laten zijn**

Een herstructurering van een onderneming in financiële problemen gaat gepaard met een herschikking van juridische aanspraken: de rechten van bepaalde schuldeisers of investeerders worden gewijzigd. Teneinde de herstructurering te doen welslagen, is van belang dat de herschikking van juridische aanspraken zoveel mogelijk wordt gebaseerd op de economische waarde van de onderneming. Bezien moet worden hoeveel de onderneming waard is en welk bedrag er in geval van faillissement voor uitkering beschikbaar zou zijn.

Daarbij moet er rekening mee worden gehouden dat bepaalde crediteuren, zoals de Belastingdienst of pand- en hypotheekhouders, zich met voorrang op de goederen van de schuldenaar mogen verhalen.

Voor zover een bepaalde schuldeiser of investeerder in het geval van faillissement zijn vordering of investering geheel of gedeeltelijk kan terugkrijgen, kan worden gezegd dat hij "boven water" staat. Voor zover dat niet het geval is, staat de betreffende vordering of investering "onder water". Het thans voorliggende voorstel is gebaseerd op de economische werkelijkheid. Het heeft als uitgangspunt dat schuldeisers of investeerders van wie de vorderingen of de investeringen onder water staan, en die aldus ook in het geval van faillissement geen uitkering zouden ontvangen zich weliswaar over het akkoord mogen uitspreken door erover te stemmen, maar dat akkoord in beginsel niet zouden moeten kunnen tegenhouden. Voor stakeholders van wie de vorderingen geheel of gedeeltelijk "boven water" staan, geldt dat zij het akkoord in beginsel niet moeten kunnen tegenhouden voor zover hun positie daardoor niet slechter wordt dan in faillissement het geval zou zijn.

Bij dit alles geldt overigens dat de uitkering die na faillissement beschikbaar zal komen niet alleen bepaald wordt door de vordering en de eventuele daaraan gekoppelde zekerheidsrechten, maar ook door de kosten van de afwikkeling van een eventueel faillissement.

### **3.6.        *Herschikking van de positie van de aandeelhouder mogelijk maken***

#### *3.6.1.        Inleiding*

Het in de vorige paragraaf beschreven uitgangspunt dat stakeholders van wie de vordering of de investering "onder water" staat het akkoord in beginsel niet moeten kunnen tegenhouden, is van bijzonder belang ten aanzien van de positie van de aandeelhouders. Zij verschaffen kapitaal waarmee de vennootschap haar onderneming kan drijven. Indien het de onderneming en daarmee de vennootschap goed gaat, profiteren de aandeelhouders daarvan. Aan hen kan dan dividend worden uitgekeerd of kunnen uitkeringen uit de vrije reserves van de vennootschap worden gedaan.

#### *3.6.2.        Aansluiten bij realiteit dat aandeelhouders risicodragend kapitaal verschaffen en eerst aangewezenen zijn om verliezen te dragen*

Waar aandeelhouders ervan profiteren als het de vennootschap goed gaat, zijn zij in beginsel ook de eerst aangewezenen om het verlies te dragen zodra het de onderneming minder goed gaat. Het door hen verschaft kapitaal is "het kussen waarop de schuldeisers



hun oor ter ruste kunnen leggen" (zie G.T.J. Hoff, De aandeelhouder als schuldeiser: een ongenode gast, in: I. Spinath (red.) Curator en Crediteuren, Insolad Jaarboek 2009, p. 22) en moet, in de woorden van de gezaghebbende vennootschapsrechtjuristen Van der Heijden en Van der Grinten, worden gezien als een "onlosbare vennootschappelijke schuld" (zie E.J.J. van der Heijden, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, bewerkt door W.C.L. van der Grinten (12<sup>e</sup> druk) 1992, nr. 161).

In dit kader is illustratief het belangrijke uitgangspunt van het vennootschapsrecht dat van een uitkering van dividend of uitkeringen uit de vrije reserves geen sprake kan zijn indien dat tot gevolg zou hebben dat de vennootschap met het betalen van haar opeisbare schulden niet kan voortgaan. Dit uitgangspunt volgt voor de NV nog uit de jurisprudentie (Hoge Raad 8 november 1991, NJ 1992/174 (Nimox)), maar is voor de BV bij de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht in de wet opgenomen (artikel 2:216 lid 2 BW).

Indien het de onderneming zodanig slecht gaat dat het tot een faillissement komt, wordt het eventuele nog in de vennootschap aanwezige vermogen verdeeld onder de schuldeisers. Aandeelhouders zijn in dat geval de hekkensluiters: zij ontvangen pas een uitkering zodra alle andere schuldeisers zijn voldaan. Zover komt het meestal echter niet. Een wezenlijk element van het faillissement is immers dat de vennootschap zelfs haar opeisbare schulden niet meer kan betalen. In dat geval staat de investering van de aandeelhouder "onder water", hetgeen in hedendaagse financieringstermen ook wel wordt omschreven met de formulering dat de aandeelhouder "out of the money" is.

### *3.6.3. Wegnemen van "perverse prikkel" voor aandeelhouders om niet mee te werken aan een herstructurering*

Een herstructurering kan vorm krijgen doordat de bestaande aandeelhouders additioneel kapitaal inbrengen. In de praktijk worden zij daartoe veelal door de crediteuren aangespoord. Wanneer hun investering onder water staat, kunnen aandeelhouders echter in de verleiding komen toe te geven aan een "perverse prikkel" en besluiten om geen extra kapitaal in te brengen. Daarmee nemen zij weliswaar het risico dat de onderneming failliet gaat en zij hun investering niet terug krijgen, maar indien het overschot aan schulden op een andere wijze wordt gesaneerd, bijvoorbeeld omdat schuldeisers er teneinde een eventueel verlies te beperken mee instemmen dat zij een deel van hun vordering niet of op een later moment terug krijgen, kan de onderneming op termijn ook zonder kapitaalinjectie van de aandeelhouders weer winstgevend worden. Daardoor zal de waarde van de aandelen uiteindelijk weer stijgen en verschuift de waarde van de crediteuren naar de

aandeelhouders terwijl de crediteuren in economische zin het risicodragend kapitaal hebben verschaft. Zij hebben echter geen controle over de onderneming, aangezien die in handen van de aandeelhouders blijft. Aldus kunnen aandeelhouders zonder zelf nader aan de redding van de onderneming bij te dragen, daarvan toch profiteren.

Een goede oplossing om ook de meewerkende crediteuren te laten delen in de baten van het door hun "offer" bewerkstelligde voortbestaan van de onderneming is de *debt for equity swap*, die dan ook dikwijls wordt gebruikt voor herstructurering van schulden. De debt for equity swap kent vele varianten, maar komt er in hoofdlijn op neer dat een gedeelte van de vordering van de crediteuren wordt omgezet in eigen vermogen, waarmee de crediteuren een aandelenbelang en daarmee zeggenschap in de vennootschap krijgen. Voor het aan de crediteuren uitgeven van aandelen is echter een besluit nodig. Dat besluit moet in beginsel door de algemene vergadering worden genomen, tenzij de algemene vergadering de bevoegdheid daartoe aan het bestuur van de vennootschap heeft overgelaten. In dat geval kan het bestuur het besluit tot uitgifte van aandelen aan de crediteur nemen, tenzij reeds het maximum aantal aandelen is uitgegeven: alsdan is een besluit van de algemene vergadering nodig om extra aandelen uit te geven (artikel 2:96/206 lid 1 BW).

Bij elke uitgifte van gewone aandelen hebben bestaande aandeelhouders bovendien een voorkeursrecht. Dit geeft hen het recht nieuwe aandelen te nemen voor een evenredig bedrag als zij al houden. De achtergrond daarvan is te voorkomen dat hun belang en daarmee hun controle verwaterd. Teneinde te bewerkstelligen dat een aandelenuitgifte aan crediteuren leidt tot het verkrijgen van zeggenschap, wordt het voorkeursrecht van bestaande aandeelhouders wel uitgesloten. Daarvoor is echter wel nodig dat de bestaande aandeelhouders daarmee akkoord gaan. Indien zij dat niet doen, en aan hun voorkeursrecht vasthouden, kan de debt for equity swap en daarmee de redding van de onderneming in gevaar komen.

#### *3.6.4. Aansluiten bij ontwikkeling in de jurisprudentie dat aandeelhouder onder omstandigheden moet meewerken aan noodzaakfinanciering*

In de jurisprudentie heeft zich een ontwikkeling afgetekend die inhoudt dat de aandeelhouder in beginsel weliswaar niet verplicht is om zijn kapitaaldeelname uit te breiden bij noodzaakfinanciering (Gerechtshof Amsterdam 11 maart 2004 (OK), JOR 2004/190 (Pito/Booij)), maar onder omstandigheden wel mee dient te werken aan een aandelenuitgifte dan wel een dergelijke uitgifte moet dulden wanneer het belang van de vennootschap dat vordert. Dat is het geval indien de uitgifte noodzakelijk is om een surseance of faillissement te voorkomen en de mogelijkheden en de middelen voor de

uitgifte aanwezig zijn (Hoge Raad 19 oktober 2001, JOR 2002/5 (Skygate)). De aandeelhouder moet dan een verwatering van zijn belang en/of een verschuiving in de zeggenschapsverhouding accepteren (Gerechtshof Amsterdam (OK) 15 november 2001, JOR 2002/6 (Decidewise); 25 april 2002, JOR 2002/128 (Gorillapark) en 25 mei 2011, JOR 2011/288 (Rhodes)).

Een in dit verband in het oog springende zaak is die van Inter Access. Daarin deed een minderheidsaandeelhouder/financier van een vennootschap in financiële problemen een voorstel inhoudend dat een door hem aan de vennootschap verstrekte lening zou worden omgezet in aandelen. Daarmee zouden de financiële problemen kunnen worden opgelost en de voorzetting van de vennootschap met ruim zevenhonderd werknemers mogelijk worden gemaakt. Door de uitgifte van aandelen zou echter een verwatering optreden van het belang van de grootaandeelhouder. Om die reden verzette de betreffende grootaandeelhouder zich tegen het reddingsplan en kwam hij met een alternatief voorstel dat echter geen reële oplossing zou bieden voor de financiële problemen waarmee de vennootschap zich geconfronteerd zag. De Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (31 december 2009, JOR 2010/60 (Inter Access)) was, daarin gesteund door de Hoge Raad (25 februari 2011, JOR 2011/115 (Inter Access)), van oordeel dat het belang van de continuïteit van de betreffende onderneming van meer gewicht was dan het belang van de betreffende grootaandeelhouder. Aldus kon een onmiddellijke voorziening worden getroffen, inhoudende dat een uitgifte van aandelen met uitsluiting van het voorkeursrecht van een grootaandeelhouder mogelijk werd gemaakt, waardoor de redding van de onderneming doorgang kon vinden.

Het thans voorliggende voorstel sluit aan bij de in het voorgaande beschreven ontwikkeling in de jurisprudentie. Het maakt het mogelijk dat ook aandeelhouders, na een rechterlijke toets, worden gebonden aan een akkoord teneinde te vermijden dat zij de herstructurering van de onderneming om oneigenlijke of onzakelijke redenen frustreren. In dit kader wordt ook de verhouding geregeld tussen enerzijds de regels die in dit voorstel zijn voorzien voor de totstandkoming van het akkoord en anderzijds de in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of in de statuten opgenomen bepalingen omtrent rechten van aandeelhouders en de besluitvorming door de algemene vergadering. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar het artikelsgewijze gedeelte.

#### **4. Beschrijving van de procedure**

##### **4.1. Bevoegdheid om een akkoord aan te bieden**

De voorgestelde regeling komt erop neer dat een schuldenaar die een onderneming drijft zijn schuldeisers een akkoord kan aanbieden ter sanering van zijn schulden. Ook de schuldeiser die vaststelt dat zijn schuldenaar op een faillissement afstevent kan zijn medeschuldeisers en de aandeelhouders een akkoord aanbieden. De voorwaarde daarvoor is wel dat de betreffende schuldeiser eerst de schuldenaar heeft gevraagd een akkoord aan te bieden en aan dat verzoek door de schuldenaar geen gehoor is gegeven.

#### **4.2. Inhoud van het akkoord**

Het akkoord moet deel uitmaken van een onderliggend, goed onderbouwd herstructureringsplan. De eisen aan dat plan zullen verschillen al naar gelang de aard en de omvang van de onderneming. Bij een grote, beursgenoteerde onderneming zal in het algemeen meer en uitgebreidere informatie nodig zijn dan bij een MKB-onderneming. Het akkoord zal ertoe strekken dat een herschikking van de juridische aanspraken van schuldeisers en aandeelhouders plaatsvindt in die zin dat hun rechten worden gewijzigd.

Voor schuldeisers zal die beperking in de meeste gevallen inhouden dat zij ermee instemmen dat een gedeelte van de vordering die zij op de schuldenaar hebben door hem niet op het afgesproken tijdstip wordt voldaan of dat de schuldeisers in plaats van terugbetaling van hun vordering een deelneming krijgen in het kapitaal. Voor aandeelhouders zal de beperking kunnen inhouden dat de normaal aan de algemene vergadering voorbehouden beslissing tot het aantrekken van nieuw kapitaal ook zonder medewerking van de algemene vergadering kan worden genomen. Ook kan het voorkeursrecht van bestaande aandeelhouders worden uitgesloten bij de uitgifte van nieuwe aandelen aan de verstrekker van nieuw krediet of de schuldeisers als compensatie voor een gedeeltelijke afschrijving van hun vordering. Ook kan van aandeelhouders worden verwacht dat zij meewerken aan de verkoop van aandelen aan de verschaffer van nieuw geld. Door de uitgifte van nieuwe aandelen of de verkoop van bestaande verwatert het belang van de oorspronkelijke aandeelhouders. Aldus zal hun invloed kleiner zijn wanneer de onderneming weer gezond is.

De positie van de schuldeisers van een onderneming is niet in alle gevallen gelijk. Sommige schuldeisers hebben een vordering die is versterkt met een zekerheidsrecht zoals pand of hypotheek of met een bijzonder verhaalsrecht, en andere schuldeisers niet. In het geval van een akkoord zal dikwijls aan de orde zijn dat slechts de rechten worden gewijzigd van schuldeisers met vorderingen versterkt met een recht van pand en hypotheek, zoals banken, en de rechten van concurrente schuldeisers als handelscrediteuren ongewijzigd blijven, terwijl in geval van faillissement de schuldeisers met een recht van pand en

hypotheek nu juist zouden voorgaan op de concurrente schuldeisers. Het voortbestaan van de onderneming is echter afhankelijk van de leveringen van handelscrediteuren.

Ook de positie van aandeelhouders is niet in alle gevallen gelijk. De wet kent verschillende soorten aandelen zoals gewone aandelen, preferente aandelen of stem- dan wel winstrechtloze aandelen. Hier geldt evenzeer dat het slechts aangewezen kan zijn de rechten van de houders van een bepaalde soort aandelen te wijzigen, bijvoorbeeld houders van preferente of prioriteitsaandelen. In het algemeen geldt dat aandeelhouders in het geval van een faillissement van de onderneming geen uitkering zullen ontvangen. Zij hebben dus in veel gevallen geen reden om zich tegen het akkoord te verzetten en zullen dan ook een beperking van hun rechten moeten accepteren.

Vanwege de omstandigheid dat de positie van schuldeisers en aandeelhouders kan verschillen, voorziet het voorstel erin dat de schuldeisers in het voorstel voor het akkoord in verschillende klassen kunnen worden verdeeld. Schuldeisers met vorderingen en aandeelhouders met rechten van niet wezenlijk verschillende aard moeten echter juist in dezelfde klasse worden ondergebracht aangezien anders de stemming over het akkoord zou kunnen worden gemanipuleerd door middel van de "verdeel en heers"-tactiek.

### **4.3. Totstandkoming van het akkoord**

#### *4.3.1. Inleiding*

Een belangrijk deel van het voorstel bestaat uit regels voor de totstandkoming van het akkoord. Het bevat waarborgen voor schuldeisers en aandeelhouders van wie de belangen door het akkoord worden geraakt.

#### *4.3.2. Aanbieding van het voorstel voor het akkoord*

Het eerste stadium van de totstandkoming van het akkoord is het aanbieden van het voorstel voor het akkoord aan de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd. De voorgestelde regeling bepaalt dat zij tijdig kennis moeten kunnen nemen van het voorstel voor het akkoord. Ook is bepaald welke informatie het voorstel voor het akkoord in elk geval moet bevatten. Hiermee wordt beoogd schuldeisers en aandeelhouders die stemgerechtigd zijn in staat te stellen te komen tot een verantwoorde oordeelsvorming. Voorts wordt bewerkstelligd dat schuldeisers en aandeelhouders voor hun belangen op kunnen komen indien zij menen dat het voorstel voor het akkoord onregelmatigheden bevat, de klassenindeling manipulatief of anderszins niet adequaat is of de stemprocedure niet objectief is. Door dergelijke vraagstukken al in een

vroeg stadium te adresseren, wordt voorkomen dat het akkoord wordt vertraagd of in een later stadium op losse schroeven komt te staan. Aldus voorziet de voorgestelde regeling erin dat schuldeisers en aandeelhouders de rechtbank kunnen vragen een rechter-commissaris te benoemen die richting kan geven ten aanzien van de wijze van waardering of de stemprocedure.

#### *4.3.3. Stemming over het akkoord*

Vervolgens vindt de stemming over het akkoord plaats. Om saneringen te bespoedigen en te voorkomen dat zij worden tegengehouden door schuldeisers of aandeelhouders die daar geen redelijk belang bij hebben, voorziet de voorgestelde regeling erin dat slechts die schuldeisers en aandeelhouders stemgerechtigd zijn voor wie het akkoord gevolgen heeft. Dat is het geval indien hun rechten worden gewijzigd. Over het akkoord mag dus niet worden gestemd door schuldeisers voor wie het akkoord geen gevolgen heeft. Dat is het geval indien de betreffende schuldeisers ook na het akkoord hun vordering gewoon voldaan krijgen. Ten aanzien van aandeelhouders geldt dat zij op grond van de voorgestelde regeling slechts gerechtigd zijn om over het akkoord te stemmen indien de aan de aan de door hen gehouden aandelen verbonden rechten worden gewijzigd.

Uit het oogpunt van tijd- en kostenbesparing voorziet de voorgestelde regeling erin dat de stemming kan geschieden in een fysieke vergadering of langs elektronische weg. Het akkoord is aangenomen indien in alle stemgerechtigde klassen van schuldeisers en aandeelhouders de gewone meerderheid van de tot die klassen behorende schuldeisers en aandeelhouders voor het akkoord hebben gestemd en die schuldeisers en aandeelhouders tezamen ten minste twee derden van het geheel aan vorderingen dan wel twee derden van het geplaatst aandelenkapitaal in die klassen vertegenwoordigen. Deze versterkte meerderheden zijn gerechtvaardigd nu het gaat om een procedure buiten insolventie en er geen curator is die toezicht houdt. Zij sluiten bovendien aan bij de voorwaarden die gebruikt worden in de modellen van de Loan Market Association, die internationaal bekend zijn en doorgaans bij financieringen gebruikt worden.

#### **4.4. Algemeen verbindend verklaring van het akkoord**

Indien het akkoord is aangenomen kan de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden de rechtbank verzoeken het akkoord algemeen verbindend te verklaren. Daardoor zijn alle schuldeisers en aandeelhouders eraan gebonden, ook degenen die tegen het akkoord hebben gestemd, zich van stemming onthouden hebben of niet zijn verschenen. De rechtbank wijst het verzoek tot algemeen verbindend verklaring toe, tenzij

de belangen van een of meer schuldeisers dan wel aandeelhouders daardoor onevenredig worden geschaad. Daarbij kijkt de rechtbank niet alleen naar de belangen van de aandeelhouders en schuldeisers die over het akkoord hebben gestemd, maar zo nodig ook naar de belangen van de aandeelhouders en schuldeisers die niet over het akkoord mochten stemmen. In deze rechterlijke toets is voor deze schuldeisers en aandeelhouders een tweede waarborg gelegen.

Indien het akkoord is verworpen, voorziet de regeling erin dat de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden het akkoord alsnog algemeen verbindend kan verklaren. Dat is mogelijk indien alle omstandigheden in aanmerking genomen de tegenstemmende klasse(n) in redelijkheid niet tot dat stemgedrag hebben kunnen komen. Op deze wijze kan een gehele klasse van schuldeisers of aandeelhouders die zonder gegronde reden tegen het akkoord stemt, toch aan het akkoord worden gebonden. Dat is echter niet mogelijk indien de algemeen verbindend verklaring zou leiden tot naar maatstaven van redelijkheid ongerechtvaardigd verschil in behandeling met een of meer andere stemgerechtigde klassen, bijvoorbeeld omdat de klasse die tegengestemd heeft dat heeft gedaan omdat zij een beperktere uitkering krijgt dan in faillissement het geval zou zijn.

Bij de beoordeling of sprake is van een redelijk akkoord kan de rechtbank alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemen, zoals de uitkering die de tegenstemmende klasse zou hebben ontvangen indien de schuldenaar failliet zou gaan. Ook het feit dat de meerderheid van de klassen tegen het akkoord heeft gestemd kan voor de rechtbank een belangrijke indicator zijn. In dat geval is immers de vraag in hoeverre draagvlak voor het akkoord bestaat.

## **5. Consultatie**

PM

## **6. Administratieve lasten**

PM

# **II ARTIKELEN**

## **1. Overzicht van artikelen en de daarin geregelde materie**

<b>Onderwerp</b>	<b>Geregeld door</b>
Schorsing behandeling verzoek tot faillietverklaring in geval akkoord is aangeboden.	Nieuw artikel 3c Fw
Beperking toepassingsbereik actio pauliana t.a.v. zekerheidsverschaffing voor noodkrediet	Nieuw artikel 42a Fw
Beperking toepassingsbereik mogelijkheid van vernietiging van betalingen in zicht van faillissement in geval van schorsing van behandeling verzoek tot faillietverklaring	Wijziging artikel 47 Fw
Beperking toepassingsbereik verrekeningsverbod t.a.v. betalingen van derden ten gunste van de schuldenaar op diens rekening bij bank die noodkrediet verschaft gedurende periode waarin akkoord tot stand komt en/of behandeling verzoek tot faillietverklaring is geschorst.	Wijziging artikel 54 Fw
Aanbieding van dwangakkoord <ul style="list-style-type: none"> <li>- Wettelijke grondslag</li> <li>- Wie kan het akkoord aanbieden?</li> <li>- Wat kan het akkoord inhouden?</li> <li>- Verhouding regeling dwangakkoord en Boek 2 BW/statutaire regelingen</li> </ul>	Nieuw artikel 368 Fw
Klassenverdeling en stemrecht <ul style="list-style-type: none"> <li>- Wettelijke grondslag</li> <li>- Maatstaf</li> <li>- Stemrecht</li> </ul>	Nieuw artikel 369 Fw
Voorstel voor het akkoord <ul style="list-style-type: none"> <li>- Inhoud</li> <li>- Tijdstip van aanbieding</li> <li>- Wijze van aanbieding</li> </ul>	Nieuw artikel 370 Fw
Geschillen over waardering, klassenindeling en stemrecht	Nieuw artikel 371 Fw
Stemming over het akkoord <ul style="list-style-type: none"> <li>- Wijze van stemming</li> <li>- Quora voor aanneming akkoord</li> <li>- Verbindendheid voor tegenstemmende schuldeisers en/of aandeelhouders</li> <li>- Verslaglegging over de stemming</li> </ul>	Nieuw artikel 372 Fw



<ul style="list-style-type: none"> <li>- Bekendmaking uitslag van de stemming</li> <li>- Bekendmaking voornemen tot verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord</li> </ul>	
<p>Algemeen verbindend verklaring van het akkoord</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Algemeen verbindend verklaring van een aangenomen akkoord</li> <li>- Algemeen verbindend verklaring van een afgewezen akkoord</li> <li>- Gevallen waarin verzoek tot algemeen verbindend verklaring kan/moet worden afgewezen</li> </ul>	Nieuw artikel 373 Fw
<p>Verzoekschrift t.b.v. algemeen verbindend verklaring</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Indiening</li> <li>- Inhoud</li> </ul>	<p>Wijziging artikel 5 Fw</p> <p>Nieuw artikel 374 Fw</p>
Vaststelling datum terechtzitting	Nieuw artikel 375 Fw
Procedurevoorschriften voor de oproeping	<p>Nieuw artikel 374 Fw</p> <p>Nieuw artikel 376 Fw</p>
Horen partijen en deskundigen	Nieuw artikel 377 Fw
Aanvulling van het akkoord in de fase waarin verzoek tot algemeen verbindend verklaring wordt behandeld	Nieuw artikel 378 Fw
Hoger beroep en cassatie	<p>Nieuw artikel 379 Fw</p> <p>Nieuw artikel 380 Fw</p>
Executoriale titel en uitsluiting verzet	Nieuw artikel 381 Fw
<p>Niet verbindendheid voor schuldeisers en aandeelhouders</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- In het geval van niet in de gelegenheid gesteld te stemmen</li> <li>- In het geval van niet opgeroepen voor terechtzitting waarin verzoek tot algemeen verbindend verklaring wordt behandeld</li> </ul>	Nieuw artikel 382 Fw
Internationale verwickelingen	Nieuw artikel 383 Fw
Samenloop, Inwerkingtreding, Citeertitel	Artikel III, IV en V van dit voorstel

## **2. Toelichting per artikel**

### **Artikel I**

#### **A (Introductie nieuw artikel 3c Fw)**

##### *Inleidende opmerkingen*

Het nieuwe artikel 3c opent voor de aanbieder van een akkoord de mogelijkheid om de rechtbank bij wie een verzoek tot faillietverklaring van een onderneming aanhangig is te verzoeken de behandeling van dat verzoek te schorsen in het geval van een akkoord dat is aangeboden maar waarover nog niet is gestemd of waarover wel is gestemd en waarvan inmiddels de algemeen verbindend verklaring is verzocht.

De voorgestelde bepaling is erop gericht te voorkomen dat een schuldeiser het aanvragen van een faillissement of het dreigen daarmee gebruikt als oneigenlijk drukmiddel om volledige betaling van zijn vordering af te dwingen of om de onderhandelingen over een akkoord te vertragen dan wel naar zijn hand te zetten. Zij is echter zodanig ingericht dat het aanbieden van een akkoord door de schuldenaar niet louter kan worden gebruikt om een naar alle waarschijnlijkheid onafwendbaar faillissement af te wenden of te vertragen. Aldus wordt, in de lijn van het in paragraaf 3.4 van het algemeen deel van deze toelichting uiteengezette uitgangspunt, aangesloten bij de doelstelling van de maatregelen uit de eerste pijler, die gericht zijn op het voorkomen van fraude in (het zicht van een) faillissement wordt doorkruist alsmede bij de doelstelling van de maatregelen van de derde pijler, die gericht zijn op een spoedige en efficiënte afwikkeling van het faillissement.

De wijze waarop het thans voorgestelde artikel is ingericht, brengt met zich dat andere executiemaatregelen dan een faillissementsaanvraag, zoals beslag of ontruiming, in beginsel hangende de procedure mogelijk blijven. Dat wil echter niet zeggen dat een schuldeiser die het met de onderhandelingen over het akkoord niet eens is, die middelen naar hartenlust kan inzetten om de onderhandelingen te frustreren of te doorkruisen. Hier zou dan ook in de eerste instantie moeten gelden het adagium "een broedende kip moet niet gestoord worden". Indien door de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden aannemelijk wordt gemaakt dat het akkoord een redelijke kans van slagen heeft, beschikt de voorzieningenrechter over de mogelijkheid om een beslag op te heffen of de tenuitvoerlegging ervan te schorsen dan wel om de schuldeiser te gebieden af te zien van ontruiming

### *Lid 1*

Dit lid bepaalt dat indien een verzoek is gedaan tot faillietverklaring van een rechtspersoon, dan wel van een natuurlijke persoon die al dan niet in samenwerking met een of meer andere natuurlijke of rechtspersonen een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, de behandeling van dat verzoek op verzoek van de schuldenaar of een of meer van diens schuldeisers die het akkoord hebben aangeboden gedurende een redelijke termijn door de rechtbank kan worden geschorst indien (i) een akkoord is aangeboden als bedoeld in het voorgestelde artikel 368 of (ii) wanneer dat akkoord is verworpen, maar door de aanbieder van het akkoord op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 2 een verzoek is gedaan om een verworpen akkoord toch algemeen verbindend verklaren omdat de tegenstemmende klasse(n) in redelijkheid niet tot dat stemgedrag hebben kunnen komen.

Uit de voorgestelde bepaling volgt dat de schorsing van de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring kan worden verzocht vanaf het moment dat de schuldenaar of diens schuldeisers een akkoord hebben aangeboden. Aan de keuze voor dat moment liggen twee overwegingen ten grondslag. De eerste overweging is dat het eenvoudig is vast te stellen: het betreft immers het in het voorgestelde artikel 370 lid 1 voorziene moment waarop het akkoord wordt voorgelegd aan degenen die over het akkoord mogen stemmen. De tweede overweging is dat voorkomen moet worden dat er een nieuwe, aan de surseance van betaling voorafgaande fase wordt gecreëerd waarin de rechten van schuldeisers potentieel beperkt worden. Zulks zou niet alleen slecht passen binnen het doel van de tweede pijler van het programma "Herijking Faillissementsrecht", namelijk het bevorderen van reorganisatie buiten faillissement, maar ook vanuit het oogpunt van voorzienbaarheid onwenselijk zijn nu het moment van aanvang van een dergelijke fase niet op voorhand duidelijk is.

Aan de thans gemaakte keuze zou kunnen worden tegengeworpen dat zij voor schuldeisers de mogelijkheid open laat om gedurende de periode dat over het akkoord wordt onderhandeld, maar het nog niet is aangeboden, een verzoek tot faillietverklaring in te dienen. De totstandkoming van een akkoord zou dan alsnog kunnen worden gefrustreerd door schuldeisers die een volledige betaling van hun vordering willen afdwingen of door schuldeisers die menen dat zij bij een faillietverklaring meer zouden ontvangen dan onder het akkoord.

Ten aanzien van de eerste reden geldt dat de gedachte die aan dit wetsvoorstel ten grondslag ligt, is dat schulden die ontstaan gedurende periode waarin het akkoord tot stand komt, voldaan moeten kunnen blijven worden. Indien en voor zover dat het geval is, is geen sprake van een toestand waarin de schuldenaar heeft "opgehouden te betalen." Alsdan is

ook niet voldaan aan het vereiste voor faillietverklaring dat wordt gesteld in artikel 1 lid 1 Fw en kan geen sprake zijn van een faillietverklaring, die dan dus ook niet als drukmiddel kan worden gebruikt. Indien de schuldenaar niet de mogelijkheid heeft om de nieuwe operationele schulden die gedurende de periode van totstandkoming van het akkoord ontstaan te voldoen, is sprake van een zwaarwichtige reden in de zin van lid 3 van dit artikel. Dit heeft tot gevolg dat het verzoek tot schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring in elk geval moet worden afgewezen.

Ten aanzien van de tweede reden geldt dat indien en voor zover een schuldeiser bij faillietverklaring en de daarop volgende vereffening meer zou ontvangen dan onder het akkoord, het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 2 onder a of b moet worden afgewezen.

In lid 1 is voorts bepaald dat de rechtbank de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring *kan* schorsen. Daarmee wordt de rechtbank een discretionaire bevoegdheid geboden die haar de ruimte laat om al dan niet over te gaan tot een schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring en bij die beslissing alle omstandigheden van het geval te betrekken. Zo zal een belangrijke rol kunnen spelen in hoeverre het voorstel voor het akkoord naar behoren is onderbouwd en de informatie bevat die door het voorgestelde artikel 370 lid 2 wordt voorgeschreven. Indien de rechtbank van mening is dat zulks niet of niet in voldoende mate het geval is, dan wel aanwijzingen heeft dat het akkoord om die reden zal worden verworpen, kan zij het verzoek tot schorsing afwijzen.

Op dit punt verschilt dit lid met de in lid 2 voorziene mogelijkheid van een verzoek tot schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring indien het akkoord is aangenomen: in dat geval bestaat geen discretionaire bevoegdheid. Dit verschil houdt ermee verband dat in het door dit lid geregelde geval het akkoord nog niet is aangenomen of zelfs is verworpen. Aldus staat, in tegenstelling tot het door het tweede lid geregelde geval, (nog) niet vast dat voor het akkoord onder de meerderheid van de schuldeisers en aandeelhouders draagvlak voor het akkoord bestaat en is een zelfstandige en ruime beoordelingsmarge voor de rechtbank gerechtvaardigd.

#### *Lid 2*

Dit lid geeft de schuldenaar of de schuldeiser die een aangenomen akkoord heeft aangeboden en op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 1 algemeen verbindend verklaring daarvan heeft verzocht de mogelijkheid om de rechtbank te verzoeken de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring te schorsen totdat op het verzoek tot algemeen verbindend verklaring is beslist.

In dit lid gaat het dus om een aangenomen akkoord. In het vorige lid gaat om een akkoord dat niet is aangenomen omdat (i) nog niet over het akkoord is gestemd, dan wel (ii) het akkoord is verworpen maar desalniettemin algemeen verbindend verklaring is verzocht. Omdat het in dit lid een aangenomen akkoord betreft, voorziet dit lid niet in een discretionaire bevoegdheid voor de rechtbank: een verzoek om schorsing moet in beginsel worden toegewezen. In de toelichting bij het vorige lid werd al ingegaan op de reden voor dit verschil: in het geval het akkoord is aangenomen, is duidelijk dat daarvoor draagvlak bestaat. Op deze plaats wordt daaraan toegevoegd dat voor aanneming van het akkoord op grond van het voorgestelde artikel 372 lid 2 is vereist dat het akkoord in alle stemgerechtigde klassen door de meerderheid van de schuldeisers is aangenomen en die meerderheid twee derden vertegenwoordigt van het bedrag aan vorderingen van schuldeisers die in de betreffende klasse deelnemen aan de stemming. De aanneming van het akkoord betekent dus dat er een breed draagvlak bestaat voor het akkoord en daarmee voor de redding van de onderneming. In een dergelijk geval is het onwenselijk dat die redding alsnog zou kunnen worden doorkruist door een faillietverklaring, dan wel dat een schuldeiser die om enige reden tegen het akkoord heeft gestemd de uitvoering daarvan kan frustreren door een faillissement aan te vragen. Om die reden is ook bepaald dat indien een verzoek tot faillietverklaring en een verzoek tot schorsing van de behandeling daarvan gelijktijdig aanhangig zijn, het verzoek tot schorsing eerst wordt behandeld.

Het voorgaande neemt niet weg dat de rechtbank, indien zij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het verzoek om algemeen verbindend verklaring zal worden afgewezen, ook het verzoek om schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring moet afwijzen. Dat zal bijvoorbeeld aan de orde zijn indien de oproeping van de schuldeisers niet voldoet aan de daarvoor in het voorgestelde artikel 376 gestelde eisen. Ook wanneer op voorhand duidelijk is dat zich een van de in het voorgestelde artikel 373 lid 3 genoemde gevallen voordoet waarin de rechtbank het verzoek tot algemeen verbindend verklaring kan afwijzen, namelijk: (a) de belangen van één of meer schuldeisers worden door het akkoord onevenredig geschaad, (b) de nakoming van het akkoord is niet voldoende gewaarborgd of (c) het akkoord is op oneerlijke wijze tot stand gekomen of (d) andere zwaarwegende redenen verzetten zich tegen de algemeen verbindend verklaring.

### *Lid 3*

Dit lid beoogt misbruik te voorkomen. Het bepaalt dat de rechtbank de schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring niet uitspreekt indien zwaarwegende redenen zich daartegen verzetten. Dit lid vormt als het ware een aanvulling op het eerste en

tweede lid, waarin is bepaald dat een verzoek tot schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring niet wordt toegewezen als gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat het akkoord zal worden verworpen (lid 1) of niet algemeen verbindend zal worden verklaard (lid 2). Deze gronden zijn dus beperkt. De in dit lid genoemde grond is ruimer en ziet ook op de situatie waarin het akkoord mogelijk wel wordt aangenomen of algemeen verbindend verklaard. Ook in die situatie kunnen er immers omstandigheden zijn die rechtvaardigen dat geen schorsing wordt uitgesproken. Daarbij kan de rechtbank alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemen, in het bijzonder of de schuldenaar de operationele schulden die tijdens het proces van totstandkoming van het akkoord ontstaan kan blijven voldoen. Indien dat niet het geval is, is de onderneming feitelijk al failliet. In dat geval zal de rechtbank het verzoek tot schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring overeenkomstig dit lid moeten afwijzen.

#### *Lid 4*

Tijdens de totstandkomingsfase van dit voorstel is door een stakeholder gesuggereerd dat gedurende de periode van schorsing een soort van "stille bewindvoerder" zou moeten worden benoemd die moet voorkomen dat het uitstellen van het faillissement ertoe leidt dat de schuldenaar overgaat tot het doen van een uitkering aan een grootaandeelhouder, selectieve betaling van bepaalde tot de groep behorende schuldeisers of tot het aangaan van verplichtingen waarvan hij weet dat hij ze niet zal kunnen nakomen.

Voor deze gevallen bestaan thans echter al regels. In het geval van een uitkering aan een aandeelhouder geldt voor de BV de uitkeringstest van artikel 2:216 BW: indien de uitkering ertoe leidt dat de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van haar schulden, zijn bestuurders en aandeelhouders aansprakelijk. Voor de NV volgt deze regel uit de jurisprudentie (Hoge Raad 8 november 1991, NJ 1992/174 (Nimox)). In het geval een bestuurder namens de onderneming verplichtingen aangaat waarvan hij weet of zou moeten weten dat ze niet kunnen worden nagekomen, geldt dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk is indien de vennootschap geen verhaal biedt voor de schade die de schuldeiser daardoor leidt (Hoge Raad 16 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel)). Wanneer het een concernrelatie betreft, is in geval van het wekken van de schijn van kredietwaardigheid of indien sprake is van intensieve bemoeienis van de moeder met de dochter, een doorbraak van aansprakelijkheid mogelijk (Hoge Raad 19 februari 1988, NJ 1988/487 (Albada Jelgersma II)). Ten aanzien van het punt van selectieve betaling geldt dat het maken van onderscheid tussen schuldeisers die wel en niet tot een zelfde groep behoren, resulterend in een achterstelling van de tweede categorie van schuldeisers,

onrechtmatig is. Dit is alleen anders indien de voorkeursbehandeling van de groepsverbonden schuldeisers door de vennootschap kan worden gerechtvaardigd op grond van bijzondere omstandigheden. Stelplicht en bewijslast rusten daarbij op de vennootschap. (Hoge Raad 12 juni 1998, JOR 1998/107 (Coral/Stalt) en 26 maart 2010, JOR 2010/127 (Zandvliet/ING)).

In het licht van het voorgaande wordt een algemene regeling inhoudende dat indien een akkoord is aangeboden en een verzoek tot schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring wordt toegewezen een "stille bewindvoerder" of een andere persoon die toezicht houdt op het akkoord alvorens dat algemeen verbindend wordt verklaard, niet aangewezen geacht. Een dergelijke regeling zou verdragend kunnen werken en tot gevolg kunnen hebben dat de schuldenaar onnodig wordt afgeschrikt. Zij zou bovendien afbreuk doen aan het ook aan de scheme of arrangement, Chapter 11 en de aanbeveling van de Europese Commissie (PM punt) ten grondslag liggende uitgangspunt dat de schuldenaar in beginsel zelf de beschikking over zijn vermogen moet houden.

In plaats van een "stille bewindvoerder" is, in navolging van artikel 225 Fw, de rechtbank de mogelijkheid gegeven om de voorzieningen treffen die zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers nodig oordeelt. Daarbij zou voorstelbaar kunnen zijn dat de schuldenaar voor bepaalde rechtshandelingen toestemming moet krijgen van de rechter-commissaris. In dit kader zou rechtbank voorts inspiratie kunnen vinden in de onmiddellijke voorzieningen zoals die door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam wel worden getroffen op grond van artikel 2:349a lid 2 BW in het geval van een enquêteprocedure.

#### *Lid 5 en 6*

Deze leden regelen dat de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring door de rechtbank moet worden voortgezet zodra de schorsing ervan niet langer gerechtvaardigd is. Dat is het geval zodra (i) schulden die gedurende het proces van schorsing ontstaan en opeisbaar worden onvoldaan blijven, (ii) het akkoord is verworpen dan wel (iii) de verwachting dat het akkoord wordt aangenomen niet langer gerechtvaardigd is en (iv) de rechtbank afwijzend heeft beslist op een verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord op grond van artikel 373.

Ten aanzien van het geval onder (i) geldt dat in het voorgestelde lid 3 is bepaald dat de rechtbank de schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring niet uitspreekt indien zwaarwegende redenen zich daartegen verzetten. In de toelichting bij dat lid is aangegeven dat de rechtbank alle omstandigheden van het geval in aanmerking kan nemen, in het bijzonder of de schuldenaar de operationele schulden die tijdens het proces

van totstandkoming van het akkoord ontstaan kan blijven voldoen. Indien dat niet het geval is, is de onderneming feitelijk al failliet. In dat geval zal de rechtbank het verzoek tot schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring overeenkomstig dit lid moeten afwijzen. Het kan ook voorkomen dat in de eerste instantie de verwachting is dat de schuldenaar zijn operationele schulden die gedurende de periode van schorsing ontstaan kan blijven voldoen, maar zulks toch niet het geval blijkt te zijn. Ook hier geldt dat de onderneming dan feitelijk al failliet is en uitstel van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring dus niet gewenst is, aangezien daardoor de schade voor crediteuren zou worden vergoed. In dat geval zal de rechtbank het verzoek tot schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring overeenkomstig dit lid moeten opheffen.

Het geval onder (ii) is een objectief moment, dat valt zodra de uitslag van de stemming over het akkoord vaststaat. Het geval onder (iii) bergt een meer variabel element in zich. Het zal immers van geval tot geval verschillen wanneer duidelijk wordt dat de verwachting dat het akkoord wordt aangenomen niet langer gerechtvaardigd is. Teneinde zoveel mogelijk houvast te bieden is aangesloten is bij bestaande terminologie uit artikel 2:118a lid 2 onderdeel a BW, dat bepaalt dat aan een certificaathouder een stemvolmacht mag worden geweigerd indien de gerechtvaardigde verwachting is dat een openbaar bod zal worden uitgebracht, die ook wel wordt geïnterpreteerd als "redelijke verwachting" (zie M.L. Lennarts, Tekst en Commentaar Ondernemings- en effectenrecht, artikel 2:188a BW). Voorts wordt met de betreffende formulering benadrukt dat geen kansloos akkoord mag worden aangeboden louter om een faillissement op te houden of de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring te vertragen.

Ten aanzien van de gevallen (ii) en (ii) geldt dat nu het akkoord via een buitengerechtelijke procedure tot stand komt, het aan de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden is om de rechtbank ervan te verwittigen dat daarvan is sprake is. De rechtbank heft de schorsing niet op als een andere schuldeiser dan die welke het akkoord heeft aangeboden deze melding doet. Zulks zou immers potentieel kunnen leiden tot misbruik door een dwarsliggende schuldeiser. Ten aanzien van geval (iii) geldt dat de rechtbank daar zelf van op de hoogte is en dus een mededeling van de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord niet behoeft af te wachten.

Dat onverwijld mededeling moet worden gedaan vindt zijn grondslag in de omstandigheid dat een faillissement niet langer moet worden uitgesteld dan noodzakelijk is, aangezien zulks slechts leidt tot een toename van schulden en daarmee tot meer schade voor crediteuren. Daartegen bestaan overigens al waarborgen doordat de bestuurders die nalaten tijdig de mededeling te doen, en de schorsing van de behandeling van het verzoek



tot faillietverklaring langer laten duren dan noodzakelijk persoonlijke aansprakelijkheid riskeren indien de kans dat de rechtspersoon geen verhaal meer biedt voor de betreffende schulden (Hoge Raad 16 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel)).

Indien het akkoord is aangenomen of indien het verzoek tot algemeen verbindend verklaring wordt toegewezen, bestaat er geen aanleiding de schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring op te heffen. Indien hoger beroep wordt ingesteld tegen de beslissing op het verzoek tot algemeen verbindend verklaring is een toets aangewezen en kan een nieuw verzoek tot schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring worden ingediend. Indien hoger beroep wordt ingesteld tegen de toewijzing van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring ligt de opheffing van de schorsing overigens niet voor de hand. Indien hoger beroep wordt ingesteld tegen de afwijzing van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring zal het afhangen van de omstandigheden van het geval.

Voor de formulering "de rechtbank heft op" is in lid 6 gekozen teneinde te benadrukken dat de rechtbank hier geen discretionaire bevoegdheid heeft. Indien zij dat wel zou hebben, zou het risico bestaan dat een te grote "juridisering" optreedt en de rechtbank als het ware een tweede maal zou moeten oordelen over de algemeen verbindend verklaring van het akkoord of moeten anticiperen op de beslissing van de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden om een verzoek tot algemeen verbindend verklaring te doen op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 2.

## **B (Wijziging artikel 5 Fw)**

### *Inleidende opmerkingen*

Artikel 5 Fw regelt in welke gevallen procesvertegenwoordiging verplicht is. Nu het dwangakkoord buiten faillissement thans nog niet in de wet is geregeld, is ook niet geregeld of voor het indienen van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring procesvertegenwoordiging is vereist.

### *Wijziging van lid 1*

Met de voorgestelde wijziging van lid 1 wordt bewerkstelligd dat voor het indienen van een verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord procesvertegenwoordiging verplicht is. Dat geldt zowel voor een verzoek tot algemeen verbindend verklaring van een aangenomen akkoord (artikel 373 lid 1) als voor een verzoek tot algemeen verbindend verklaring van een verworpen akkoord (artikel 373 lid 2). De schuldenaar die het verzoek tot algemeen verbindend verklaring doet zal zich dus moeten laten bijstaan door een

advocaat. Hetzelfde geldt voor de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden en een verzoek tot algemeen verbindend verklaring doet.

De eis van verplichte procesvertegenwoordiging is gerechtvaardigd omdat van belang is dat de schuldenaar voordat hij een verzoek tot algemeen verbindend verklaring doet, wordt ingelicht over onder meer de voorwaarden waaraan dit verzoek, ingevolge het voorgestelde artikel 370, eerste lid, moet voldoen, wil de rechtbank over kunnen gaan tot toewijzing daarvan. Ook is van belang dat de schuldenaar of de schuldeiser die algemeen verbindend verklaring van een akkoord verzoekt voordat hij een dergelijk verzoek indient kennis heeft van de juridische betekenis van dat verzoek. Zo is het belangrijk dat hij beseft wat er van hem zelf wordt verwacht, waarbij hij in ieder geval gewezen zal moeten worden op de inlichtingenplicht die ingevolge het voorgestelde artikel 371 lid 3 en 377 lid 1 op hem zal rusten. Verder dient de schuldenaar die een verzoek tot algemeen verbindend verklaring doet te beseffen dat hij als enige verantwoordelijk blijft voor zijn eigen handelen: hij houdt zelf het beheer en de beschikking over het tot de onderneming behorende vermogen. De advocaat zou de schuldenaar mede daarom in ieder geval moeten adviseren voorzichtig te zijn bij het aangaan van nieuwe verplichtingen. In het geval dat de schuldenaar een vennootschap is, zal bijvoorbeeld gelden dat de bestuurders van die vennootschap zich er ter voorkoming van latere aansprakelijkheidsclaims steeds van moeten vergewissen of de vennootschap aangepaste verplichtingen zal kunnen nakomen en in geval van faillissement voldoende verhaal biedt omdat zij anders persoonlijke aansprakelijkheid riskeren (Hoge Raad 16 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel)).

De betrokkenheid van een advocaat kan er voorts toe bijdragen dat het verzoek goed beargumenteerd en onderbouwd wordt. De advocaat zal daarnaast aangeven wanneer een verzoek tot algemeen verbindend verklaring niet kansrijk is. In zekere zin kan hij er dus toe bijdragen dat de rechtbank niet wordt geconfronteerd met akkoorden die zich niet lenen voor algemeen verbindend verklaring of met verzoeken die onvoldoende onderbouwd zijn en aldus dat niet onnodig beslag wordt gelegd op de toch al schaarse middelen van de rechtspraak en de daarmee eveneens schaarse capaciteit.

## **C (Introductie nieuw artikel 42a Fw)**

### *Inleidende opmerkingen*

Artikel 42 Fw regelt de zogeheten faillissementspauliana, waarmee door de schuldenaar vóór het faillissement onverplicht verrichte rechtshandelingen waardoor schuldeisers zijn benadeeld ná faillissement door de curator ten behoeve van de boedel kunnen worden vernietigd. Artikel 42 Fw beperkt aldus de vrijheid van schuldenaren om naar eigen

goeddunken over hen toebehorende vermogensbestanddelen of baten te beschikken. Deze beperking is erop gericht te voorkomen dat een schuldenaar die voorziet dat zijn faillissement aanstaande is, ten eigen bate vermogensbestanddelen wegmaakt of door andere handelingen zijn schuldeisers benadeelt. Daarmee zou immers de waarborg worden uitgehold die voor de schuldeisers is gelegen in artikel 3:276 BW, op grond waarvan de schuldenaar met zijn gehele vermogen aansprakelijk is voor de voldoening van zijn schulden (zie B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, Serie Insolventierecht, Deel III (2010), nr. 3017).

Een actio pauliana kan op grond van artikel 42 Fw succesvol worden ingesteld indien is voldaan aan vijf voorwaarden: (i) de schuldenaar moet voor de faillietverklaring een rechtshandeling hebben verricht, (ii) hij heeft deze rechtshandeling onverplicht verricht, (iii) van de rechtshandeling is benadeling van schuldeisers het gevolg, (iv) de schuldenaar wist bij het verrichten van de rechtshandeling of behoorde op dat moment te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn en (v) ook degenen met of jegens wie de schuldenaar handelde wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

Artikel 43 lid 1 Fw bepaalt dat indien de rechtshandeling waardoor de schuldeisers zijn benadeeld is verricht binnen een jaar voor de faillietverklaring en de schuldenaar zich daartoe niet reeds voor de aanvang van die termijn had verplicht, in een aantal gevallen de wetenschap van benadeling behoudens tegenbewijs wordt geacht te bestaan, zowel aan de zijde van de schuldenaar als van degene(n) met wie hij heeft gehandeld. Uit onderdeel 2 van artikel 43 lid 1 Fw volgt dat een van die gevallen is rechtshandelingen ter zekerheidsstelling voor een niet opeisbare schuld, dat wil zeggen een schuld die hij op dat moment nog niet aan die schuldeiser hoeft terug te betalen. Sinds het arrest van de Hoge Raad van 29 november 2013 (Roeffen q.q./Jaya, JOR 2014/213) staat vast dat het bewijsvermoeden ex artikel 43 lid 1 aanhef en onder 2<sup>o</sup> Fw niet van toepassing is bij een rechtshandeling waarin bij het aangaan van een nieuwe kredietrelatie zekerheid wordt bedongen voor de verschaffing van krediet(ruimte). Echter, ook zonder toepassing van het in artikel 43 lid 2 Fw voorziene bewijsvermoeden kan artikel 42 lid 1 Fw leiden tot complicaties bij de totstandkoming van het akkoord. Dit proces vergt enige tijd, gedurende welke de onderneming zal moeten worden doorgefinancierd. In de meeste gevallen vereist dit dat de kredietverschaffer extra krediet verleent, bijvoorbeeld door de onderneming verder te laten "rood staan" of door haar een overbruggingskrediet te geven. Als onderpand voor dit extra krediet zal de kredietverschaffer in de meeste gevallen extra zekerheden verlangen. Daarop kan hij zich dan met voorrang boven andere crediteuren verhalen indien

alsnog een faillissement intreedt doordat het akkoord uiteindelijk geen doorgang vindt omdat het wordt verworpen of de algemeen verbindend verklaring ervan wordt afgewezen. Deze gang van zaken brengt strikt genomen mee dat de verhaalsmogelijkheden van andere crediteuren verminderen en zij daardoor worden benadeeld.

Nu juist in het geval waarin een akkoord geen doorgang vindt en daarna een faillissement intreedt de rechtshandeling tot zekerheidsverschaffing is verricht in een periode dat duidelijk was dat er een herstructurering moest komen, zal de curator haar mogelijk trachten te vernietigen met een beroep op de pauliana van artikel 42 lid 1 Fw. Indien hij daarin slaagt, blijft de verschaffer van het noodkrediet met lege handen achter. Teneinde een dergelijk risico te vermijden, zou de kredietverschaffer kunnen kiezen voor het beëindigen van de kredietrelatie. Een al te vroegtijdige opzegging van een kredietrelatie kan echter onrechtmatig zijn (zie bv. Vزر. Rechtbank Assen 31 augustus 2005, JOR 2005/285 en Gerechtshof Arnhem 18 februari 2003, JOR 2003/267) en er bovendien toe leiden dat de financier zijn vordering in het geheel niet meer of maar zeer ten dele voldaan ziet.

Geconfronteerd met een schuldenaar in financiële problemen die zijn schuldeisers een akkoord heeft aangeboden maar behoefte heeft aan noodfinanciering, zien kredietverschaffers zich aldus veelal geconfronteerd met wat Advocaat-Generaal Huydecoper in zijn conclusie bij het arrest Van Emden q.q./Rabobank (Hoge Raad 2 februari 2007, JOR 2007/102) omschrijft als een situatie waarin zij moeten laveren tussen Scylla en Charybdis: zij moeten kiezen tussen een (mogelijk) paulianeuze herfinanciering en een mogelijk als ontijdig beoordeelde kredietafbouw, waarbij zijn hun vordering niet terugkrijgen. Indien zij ervoor kiezen de onderneming niet door te financieren, wordt bovendien de redding van de onderneming kansloos. Daardoor zullen veel van de overige schuldeisers hun vorderingen evenmin terug krijgen en veel werknemers hun baan verliezen die in het geval van een geslaagd akkoord aan de slag zouden kunnen blijven. Voorkomen moet worden dat de balans onnodig naar deze zijde doorslaat.

In het algemene gedeelte van deze toelichting is aangegeven dat de regeling van de scheme of arrangement van Engeland en Wales een van de belangrijkste inspiratiebronnen voor dit voorstel was. Daarbij is uiteengezet dat is gepoogd om op de ten aanzien van de scheme gesignaleerde verbeterpunten een oplossing te bieden. Het onderhavige punt is nu zo een verbeterpunt: in Engeland en Wales wordt ten aanzien van de scheme of arrangement gesignaleerd dat behoefte bestaat aan meer zekerheid voor de verschaffers van nieuw krediet. (zie G. O'Dea, J. Long e.a. (red.), Schemes of arrangement, Law and Practice, Oxford University Press (2012), p.6). Ook de Europese Commissie heeft in haar

eerdergenoemde aanbeveling van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie (punt 27-29) de lidstaten ertoe aangespoord de positie van de verschaffers van nieuw krediet te verbeteren in die zin dat rechtshandelingen verricht in het kader van nieuwe financiering niet kunnen worden aangetast wegens benadeling van het geheel van schuldeisers. Aan de betreffende aanbeveling van de Europese Commissie wordt met dit artikel gevolg gegeven.

#### *Lid 1*

Bepaald wordt dat rechtshandelingen die strekken tot het verschaffen van zekerheid voor schulden die ontstaan tussen het moment van aanbidding van het akkoord dan wel het moment waarop de schuldeiser de schuldenaar heeft gevraagd een akkoord aan te bieden en het moment van sluiting van de stemming over het akkoord niet kunnen worden vernietigd met een beroep op de pauliana.

De voorgestelde bepaling past binnen de benadering waarin de actio pauliana wordt beschouwd als een uitvloeisel van het beginsel dat de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar en tussen de schuldeisers onderling wordt beheerst door de beginselen van redelijkheid en billijkheid (zie daaromtrent J.J. van Hees, Enkele pauliana-perikelen, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht deel 7, p. 567 e.v. en Benadeling in verhaalsmogelijkheden: pauliana of onrechtmatige daad?, JORplus 2002, p. 66 ev.). In deze benadering draait het om de vraag of de handelende partijen in het licht van de te verwachten consequenties en van wat zij zich daaromtrent behoorden te realiseren zodanig onzorgvuldig met de belangen van andere crediteuren zijn omgesprongen dat zulks als onbetamelijk moet worden gekwalificeerd. Advocaat-generaal Huydecoper merkt hieromtrent in zijn bovengenoemde conclusie op dat het verlenen van krediet aan een in financiële moeilijkheden verkerende partij in ruil voor zakelijke zekerheid slechts als paulianeus zou moeten worden gekwalificeerd indien partijen voor ogen hadden een of meer crediteuren op onbetamelijke wijze te bevoordelen of te benadelen. Bij het verschaffen van een noodkrediet voor een bona fide reddingspoging is zulks juist niet aan de orde. Veeleer is dan het tegendeel het geval: indien het akkoord wordt aangenomen en de reddingspoging slaagt, zal dat ertoe leiden dat de crediteuren hun vordering voor een groter gedeelte voldaan zien dan in het geval van een faillissement. Aldus zijn crediteuren gebaat bij een noodfinanciering.

Het proces van totstandkoming van een akkoord vangt niet pas aan zodra het akkoord is aangeboden: doorgaans zal daarover gedurende een bepaalde periode onderhandeld worden. Ook gedurende die periode zal doorfinancieren noodzakelijk zijn en aldus behoefte

bestaan aan de mogelijkheid van zekerheidsverschaffing zonder dat die achteraf kan worden vernietigd. Voor deze fase geldt eveneens dat degene die het aandurft het risico van doorfinanciering te dragen daar niet voor gestraft zou moeten worden indien het onverhoopt misgaat. De andere crediteuren worden er immers ook beter van als de poging slaagt.

Het moment waarop de onderhandelingen over het akkoord een aanvang nemen, zal van geval tot geval verschillen. Aldus laat het zich moeilijk vangen in een algemene bepaling. Om die reden is in dit lid voorzien in een objectief vaststelbaar moment, namelijk het moment van aanbieden van het akkoord dan wel het moment waarop de schuldeiser aan de schuldenaar een schriftelijk verzoek heeft gedaan om een akkoord aan te bieden. Ten aanzien van rechtshandelingen strekkend tot zekerheidsverschaffing voor schulden die ná dit moment ontstaan kan in elk geval geen beroep worden gedaan op de pauliana. Ten aanzien van rechtshandelingen strekkend tot zekerheidsverschaffing voor schulden die vóór dit moment ontstaan zal gelden dat zij in beginsel niet vatbaar zijn voor vernietiging op grond van de pauliana indien en voor zover zij zijn verricht met het oog op het garanderen dat de onderneming kan worden doorgefinancierd en daarbij zorgvuldig met de belangen van de andere crediteuren is omgesprongen.

#### *Lid 2*

Dit lid beoogt goeddeels hetzelfde als het voorgaande lid, met dien verstande dat sprake is van een ander startmoment, namelijk het moment waarop de algemeen verbindend verklaring van een akkoord is verzocht. Zulks is ingevolge het voorgestelde artikel 373 mogelijk indien het akkoord is aangenomen (lid 1), maar ook indien het akkoord is verworpen maar alle omstandigheden in aanmerking genomen moet worden beschouwd als redelijk (lid 2). De keuze voor deze momenten houdt verband met de omstandigheid dat indien het akkoord is aangenomen, daarmee de kans op faillissement in het algemeen enigszins zal verminderen, maar het faillissement desalniettemin kan intreden indien het verzoek tot algemeen verbindend verklaring door de rechtbank wordt afgewezen. Indien het akkoord is verworpen, neemt de kans op een faillissement bovendien eerder toe, waardoor het risico van een vernietiging van de zekerheidsverschaffing op grond van de pauliana ook toeneemt. Zonder deze bepaling zou de bereidheid van kredietverschaffers tot het verschaffen van een noodkrediet dan ook nog verder afnemen.

## **D (Wijzing artikel 47 Fw)**

### *Inleidende opmerkingen*

Artikel 47 Fw heeft als doel te voorkomen dat de onderlinge gelijkheid van de schuldeisers ter zake van verhaal op het vermogen van de schuldenaar wordt verstoord. Het regelt dat de voldoening door de schuldeiser van een opeisbare schuld na de faillietverklaring door de curator kan worden vernietigd indien (i) degene die de betaling ontving wist dat het faillissement van de schuldenaar was aangevraagd of (ii) de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser dat ten doel had de schuldeiser die de betaling heeft ontvangen te bevoordelen boven andere schuldeisers. Aan de bepaling ligt de gedachte ten grondslag dat indien de schuldeiser weet dat een verzoek, een vordering of een aangifte tot faillietverklaring van de schuldenaar is ingediend, hij handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid die hij ook jegens zijn medeschuldeisers in acht moet nemen indien hij al dan niet na daarop te hebben aangedrongen, een betaling ontvangt en zich zo aan de gelijkheid van schuldeisers onttrekt.

#### *Nieuw lid 1*

Thans bestaat artikel 47 Fw niet uit verschillende leden, maar dat verandert met dit wetsvoorstel. Het voorgestelde lid 1 behelst de integrale tekst van het oude artikel 47 Fw. Deze is ten behoeve van de leesbaarheid thans echter verdeeld in een sub a en b. Van een inhoudelijke wijziging is geen sprake.

#### *Nieuw lid 2*

Dit wetsvoorstel is erop gericht de continuïteit van economisch levensvatbare ondernemingen te bevorderen door hen in staat te stellen zich buiten faillissement te reorganiseren en de mogelijkheid te geven om schuldeisers tot medewerking aan het akkoord te dwingen indien om onzakelijke of oneigenlijke redenen weigeren aan het akkoord hun medewerking te verlenen. Teneinde te voorkomen dat het aanvragen van faillissement door een onwillige schuldeiser wordt gebruikt om de totstandkoming van het akkoord te frustreren, de voorwaarden ervan al te zeer naar zijn hand te zetten of om volledige betaling van zijn vordering af te dwingen zonder zich iets aan de poging om tot een akkoord te komen gelegen te laten liggen, is in het voorgestelde artikel 3c de mogelijkheid voorzien van een verzoek tot schorsing van de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring. Een dergelijk verzoek kan worden gedaan door de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden. Wil de onderneming draaiende gehouden kunnen worden, dan moet zij, ook indien een verzoek tot faillietverklaring is ingediend de daartoe benodigde producten en diensten kunnen afnemen en betalen zonder dat de schuldeisers het risico lopen de ontvangen betalingen te moeten terugbetalen. Het obstakel

dat artikel 47 Fw in haar huidige vorm daarvoor zou kunnen opleveren, wordt met dit lid weggenomen.

## **E (Wijziging artikel 54 Fw)**

### *Inleidende opmerkingen*

Deze bepaling wijzigt artikel 54 Fw. De achtergrond van artikel 54 Fw is dat schuldeisers die vrezen dat hun schuldenaar in staat van faillissement komt te verkeren, in de verleiding zouden kunnen komen om voor zichzelf een verrekeningsmogelijkheid te scheppen door het overnemen van een vordering op de toekomstige gefaillieerde. Vervolgens kan de overgenomen vordering worden verrekend met de schuld aan de toekomstige gefaillieerde. Aldus kunnen de betreffende schuldeisers zich bevoordelen ten nadele van de overige schuldeisers. Artikel 54 Fw beoogt dit risico te beperken. Dat gebeurt als volgt: Indien het tot een faillissement komt, en de curator erin slaagt te bewijzen dat bij de overneming niet te goeder trouw is gehandeld, sluit artikel 54 lid 1 Fw de mogelijkheid van een beroep op verrekening met een overgenomen schuld uit en kan de verrekening ongedaan worden gemaakt. De Hoge Raad heeft overwogen dat de schuldeiser bij de overneming van de vordering niet te goeder trouw is indien 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)). Ook indien het faillissement na de overneming nog geruime tijd uitblijft, kan er nog sprake van zijn dat de overnemer wist of behoorde te weten dat het faillissement te verwachten was (Hoge Raad 17 februari 2012, JOR 2012/234 (Rabobank Maashorst/Kézér q.q.)).

Dit alles leidt tot het volgende: Indien een debiteur van de schuldenaar zijn schuld aan deze voldoet door storting op de bankrekening van de schuldenaar, maakt de bank zich op zijn beurt door creditering van die rekening tot debiteur van de schuldenaar. Wanneer de bank daarbij niet te goeder trouw is in de zin van artikel 54 Fw, verzet deze bepaling zich ertegen dat de bank zich op verrekening beroept (Hoge Raad 8 juli 1987, NJ 1988/104 (Loeffen q.q./Bank Mees en Hope I)). Daarbij maakt het niet uit of de bank voor de faillietverklaring van de rekeninghouder of daarna een beroep op de verrekening heeft gedaan (Hoge Raad 19 november 2004, NJ 2005/199 (ING/Gunning q.q.)).

### *Nieuw lid 3*

De ruime uitleg die de Hoge Raad aan artikel 54 Fw geeft, heeft voor de bank van een onderneming die "rood staat" tot gevolg dat bepaalde betalingen die door derden verricht



worden op de bankrekening van de schuldenaar niet mogen worden verrekend door de bank indien die niet te goeder trouw zou zijn. Dat brengt met zich dat indien een akkoord wordt aangeboden maar wordt verworpen en daarna een faillissement volgt, de curator op grond van artikel 54 lid 1 Fw zou kunnen trachten zich op het standpunt te stellen dat de bedragen die door de bank vanaf de datum van de aanbieding van het akkoord zijn ontvangen, alsnog moeten worden afgestaan aan de boedel.

Voor de bank die gedurende de periode tot aan de verwerping van akkoord heeft doorgefinancierd en in dat kader heeft ingestemd met onderhandse verkoop van voorraden waarop zij een pandrecht had kan dit bezwaarlijk zijn indien zij wel een pandrecht had op die voorraden, maar niet op de vorderingen die bij verkoop ervan ontstaan op de debiteuren van de schuldenaar, bijvoorbeeld omdat er tegen contante betaling is verkocht. In dat geval mag de bank niet verrekenen met het debetsaldo op de rekening. Weliswaar heeft de Hoge Raad in een recent arrest (12 januari 2014, JOR 2014/118 (Feenstra q.q./ING)) een uitzondering hierop geformuleerd in het kader van een executieverkoop door de pandgever, maar daarvan zal in deze gevallen geen sprake zijn omdat een executieverkoop pas aan de orde kan zijn nadat de financiering is opgezegd en de vordering van de bank opeisbaar is geworden. Dat zal doorgaans niet aan de orde zijn.

Een en ander komt erop neer dat als de schuldenaar tijdens de schorsing gebruik kan blijven maken van zijn rekening-courant, de bank op grond van artikel 54 lid 1 Fw het risico loopt om bij een faillissement de inkomende betalingen te moeten afdragen aan de curator terwijl anderzijds het debetsaldo is verhoogd als gevolg van de uitgaande betalingen door de schuldenaar en/of de dekking voor de roodstand is afgenomen door verkoop van de (verpande) voorraad. Gezien dit risico zullen de meeste financiers na het aanbieden van het akkoord niet bereid zijn om vanaf het moment van schorsing door te financieren. Dat zou resulteren in het stopzetten van uitgaande betalingen. In dat geval is het niet mogelijk om de onderneming voort te zetten en kan de continuïteit van het bedrijf acuut in gevaar komen, onder meer omdat er bij het uitblijven van betaling geen goederen en/of diensten meer geleverd zullen worden. Dit is onwenselijk in het licht van de doelstelling van dit voorstel, namelijk de continuering van economisch levensvatbare ondernemingen.

Het thans voorgestelde lid 3 voorziet in een oplossing voor deze problematiek door het verrekeningsverbod (van artikel 54 lid 1) buiten toepassing te stellen voor betalingen van derden ten gunste van de schuldenaar die worden ontvangen op de bankrekening van de schuldenaar. Om misbruik te voorkomen gelden twee eisen, namelijk (i) de betreffende crediteur is een bank in de zin van artikel 212g, onderdeel a Fw en daarmee een bank die onder toezicht staat en (ii) de schulden zijn overgenomen door de bank doordat betaald is

op de rekening van de schuldenaar bij de bank tussen (a) het moment van aanbidding van het akkoord als bedoeld in het voorgestelde artikel 368, eerste lid en de sluiting van de stemming over het akkoord of (b) het moment van het schriftelijk verzoek van de schuldeiser om een akkoord aan te bieden als bedoeld in het voorgestelde artikel 368, tweede lid en het moment van sluiting van de stemming over het akkoord. Daarmee sluit het aan bij punt 6 onderdeel e van de aanbeveling van de Europese Commissie, dat behelst dat de positie van de verschaffers van nieuw krediet bedoeld om de onderneming draaiende te houden versteviging verdient.

Er is bewust voor gekozen uitsluitend de overname van een schuld door de bank van de toepasselijkheid van artikel 54 Fw uit te sluiten en niet ook de overname van een vordering door de bank of de overname van vorderingen door andere crediteuren. Het door de bank verstrekken van additioneel krediet, op basis van een bestaande of een nieuwe kredietovereenkomst, door de bank in de relevante periode valt overigens niet onder de overname van een vordering in de zin van artikel 54 Fw (Vgl. Hoge Raad 21 juni 2013, NJ 2012/272 (Eringa/ABN AMRO NV)).

#### *Nieuw lid 4*

Het voorgestelde derde lid beoogt de mogelijkheid te bieden voor verrekening door de bank van schulden aan de schuldenaar die zijn overgenomen doordat betaald is op rekening van de schuldenaar bij de bank. Een vergelijkbare situatie kan zich echter voordoen in het geval het akkoord is aangenomen en algemeen verbindend verklaring ervan is verzocht maar door de rechtbank wordt afgewezen of in het geval het akkoord is verworpen maar toch algemeen verbindend verklaring is verzicht. Indien doorfinanciering gedurende deze periode niet mogelijk zou zijn, zou de redding van de onderneming alsnog in gevaar kunnen komen. Om die reden is in lid 4 bepaald dat het derde lid van overeenkomstige toepassing is.

#### *Nieuw lid 5*

Dit lid stelt zeker dat een verrekening ook kan plaatsvinden gedurende de periode dat schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring is verzocht. De reden daarvoor is mutatis mutandis dezelfde als aan orde in de door de voorgaande leden geregelde situaties.

## **F**

Deze bepaling beoogt te bewerkstelligen dat een schuldenaar niet twee keer een akkoord kan aanbieden, namelijk op grond van deze regeling en op grond van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Daarmee zouden volgtijdig twee akkoorden kunnen worden aangeboden, indien beide akkoorden niet slagen, zou zulks ertoe kunnen leiden dat de onderneming steeds verder wegzakt en de schulden zover oplopen dat zij in elk geval niet meer kunnen worden voldaan.

## **G (Introductie nieuwe afdeling IV.2 Fw)**

Dit onderdeel voorziet in de introductie van een nieuwe afdeling IV.2. Met het voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I, houdende een mogelijkheid voor de rechtbank om reeds voorafgaand aan een faillissement aan te geven wie zij zal aanwijzen als curator en rechter-commissaris, is aan de Faillissementswet een titel IV toegevoegd ter zake reorganisatie buiten faillissement. De regeling met betrekking tot de aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris vormt afdeling IV.1. De thans voorgestelde regeling inzake het dwangakkoord buiten faillissement vormt dus afdeling IV.2

### **Artikel 368 Aanbieden van een buitengerechtelijk akkoord**

#### *Inleidende opmerkingen*

Dit artikel bepaalt wie een akkoord kan aanbieden en wat het akkoord kan inhouden. Voorts regelt het artikel de verhouding met de door Boek 2 BW en eventuele statutaire dan wel tussen de rechtspersoon en haar aandeelhouders of leden overeengekomen bepalingen ten aanzien van de besluitvorming over het aanbieden een akkoord dan wel de uitvoering daarvan.

#### *Lid 1*

Uit de passage "rechtspersoon dan wel een natuurlijke persoon die al dan niet in samenwerking met een of meer andere personen een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent" volgt dat de regeling ziet op ondernemingen: slechts zij kunnen een akkoord aanbieden. De term "rechtspersoon" brengt daarbij tot uitdrukking dat de regeling niet alleen ziet op door vennootschappen (NV of BV) gedreven ondernemingen, maar ook op door een vereniging, een coöperatie of een stichting gedreven ondernemingen.

De zinsnede "natuurlijke persoon die al dan niet in samenwerking met een of meer andere personen een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent" houdt ermee verband dat

tijdens een bespreking van een conceptvoorstel met de stakeholders naar voren werd gebracht dat buiten twijfel zou moeten worden gesteld dat ook ondernemingen die in de vorm van de personenvennootschappen maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap worden gedreven eronder vallen. Zulks wordt met de thans gekozen formulering bewerkstelligd. Daarmee wordt aangesloten bij het in paragraaf 3.3 van het algemene gedeelte van deze toelichting uiteengezette uitgangspunt dat de regeling bruikbaar moet zijn voor een breed scala aan ondernemingen.

In dit lid is vermeld dat de onderneming zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders een akkoord aan kan bieden. Daarmee is bedoeld aan te geven dat het akkoord zowel aan de schuldeisers als de aandeelhouders kan worden aangeboden. Maatwerk wordt zo mogelijk gemaakt. Geenszins is bedoeld te bepalen dat indien het akkoord wordt aangeboden aan schuldeisers, het dan ook aan aandeelhouders moet worden aangeboden.

De term "akkoord" is gekozen omdat deze reeds bekend is in de Faillissementswet, namelijk in het geval van een akkoord in faillissement (artikel 138 Fw) en surseance (artikel 214 lid 3 Fw). Tevens impliceert deze term een actieve rol van de schuldenaar die het akkoord aan zijn schuldeisers aanbiedt, dan wel van de schuldeiser die het akkoord aan zijn mede-schuldeisers aanbiedt. De term "akkoord" brengt voorts het best tot uitdrukking dat sprake moet zijn van de steun van de meerderheid van hen wier rechten erdoor gewijzigd worden. In dit kader is illustratief dat bij de scheme of arrangement, waardoor de thans voorgestelde regeling zoals gezegd is geïnspireerd, wordt verondersteld dat er sprake is van een "compromise" en deze term zodanig wordt uitgelegd dat er zowel bij schuldenaar als bij de schuldeiser een element van geven en een element van nemen moet zijn en alle partijen zich tot op een bepaalde hoogte moeten aanpassen. (zie G. O'Dea, L. Long e.a., *Schemes of arrangement, Law and Practice*, Oxford University Press 2012, p. 35). Het slechts aan een partij ontnemen van zijn rechten zonder dat daarover zijn mening is gevraagd of zonder dat daar iets tegenover staat past niet binnen dit kader: het akkoord dient ter verdeling van het risico van de sanering van de schulden over alle relevante betrokkenen in plaats van dat risico louter af te wenden op een of meer schuldeisers of aandeelhouders. In de thans voorgestelde regeling komt dit element ook terug in het voorgestelde artikel 373 lid 3, waarin is bepaald dat de rechtbank het akkoord niet algemeen verbindend verklaart indien de belangen van een of meer schuldeisers daardoor onevenredig worden geschaad.

Met de formulering "ter herstructurering van zijn schulden" wordt beoogd aan te geven dat het akkoord niet alleen kan zien op bestaande schulden maar ook de herstructurering kan behelzen van toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit ten tijde van de aanbieding van het akkoord bestaande rechtsverhoudingen. Voor dat laatste bestaan goede

gronden nu het voor een succesvolle reorganisatie vereist kan zijn dat ook dergelijke toekomstige verplichtingen worden gesaneerd. Daarbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan de huur van een kantoorpand die naar beneden moet worden bijgesteld om te voorkomen dat zij als een molensteen rond de nek van de onderneming blijft hangen en aldus een succesvolle reorganisatie hindert of de rente die op een bepaald krediet moet worden betaald.

Een aantal stakeholders heeft in dit kader naar voren gebracht dat een wijziging van toekomstige verplichtingen onredelijk bezwarend zou kunnen zijn voor de partij jegens wie de verplichtingen gewijzigd worden: zij zou ertoe kunnen leiden dat die partij zelf in de problemen komt met zijn business-model of financieringsstructuur en in het ergste geval zijn eigen verplichtingen niet meer kan nakomen. Dit risico wordt echter door twee waarborgen ondervangen: de eerste is dat in dit geval de betreffende schuldeisers in een klasse worden ondergebracht die tegen het akkoord kan stemmen. Indien dat gebeurt, is op grond van het voorgestelde artikel 372 lid 2 en 3 het akkoord verworpen. De aanbieder kan op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 2 dan weliswaar alsnog een algemeen verbindend verklaring van het verzoeken, maar ook daarbij is voorzien in bescherming. Zo kan rechter op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 3 slechts tot de algemeen verbindend verklaring van een verworpen akkoord overgaan indien alle omstandigheden in aanmerking genomen de tegenstemmende klasse in redelijkheid niet tot dat stemgedrag heeft kunnen komen. Bovendien moet het verzoek tot algemeen verbindend verklaring op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 3 onderdeel a door de rechter worden afgewezen indien de belangen van een of meer schuldeisers dan wel aandeelhouders door toewijzing van het verzoek onevenredig worden geschaad. Indien dus de betreffende schuldeisers aannemelijk kunnen maken dat het akkoord niet redelijk is en/of dat een wijziging van de overeenkomst voor de toekomst ertoe leidt dat hun belangen onevenredig worden geschaad, zal het akkoord door de rechter niet algemeen verbindend worden verklaard. De tweede waarborg is dat de betreffende schuldeisers de overeenkomst op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 4 kunnen beëindigen.

Met het woord "aanbieden" is beoogd aan te geven dat het akkoord in wezen niets anders is dan een afspraak tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers. Het staat de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord aanbiedt vrij om het voorstel voor het akkoord vorm te geven zoals hij wenst. Vervolgens staat de schuldeisers vrij om het akkoord al dan niet te aanvaarden. Indien de schuldeisers het akkoord aanvaarden, komt daarmee een meerpartijenovereenkomst tot stand. Het bijzondere aan de meerpartijenovereenkomst "akkoord buiten faillissement" is echter dat normaal gesproken

een schuldeiser alleen bij een overeenkomst partij kan worden indien zijn wil daartoe zich in een verklaring heeft geopenbaard (artikel 3:33 BW) terwijl hij in het geval van een dwangakkoord ook tegen zijn wil partij kan worden bij de overeenkomst. Dat is mogelijk indien dat akkoord door een meerderheid van de schuldeisers wordt aanvaard en door de rechter algemeen verbindend wordt verklaard.

Met de woorden "dat voorziet in een wijziging van hun rechten" is beoogd aan te geven wat een akkoord kan inhouden, namelijk een wijziging van de rechten van schuldeisers en van aandeelhouders. Het saneringsakkoord buiten faillissement zal er immers toe strekken dat er een herschikking van de juridische aanspraken van schuldeisers en aandeelhouders plaatsvindt in die zin dat de rechten van de schuldeisers en aandeelhouders worden beperkt. Voor schuldeisers zal die beperking de meeste gevallen inhouden dat zij ermee instemmen dat een gedeelte van de vordering die zij op de schuldenaar hebben niet door hem wordt voldaan. Zij doen daarmee afstand van (een deel van) hun vordering op de schuldenaar. De afstand kan worden gedaan in absolute zin of in relatieve zin. Indien sprake is van een absolute afstand schelden de schuldeisers het betreffende deel van de vordering volledig kwijt, waardoor het ophoudt te bestaan. Indien sprake is van relatieve afstand, doet de schuldeiser slechts afstand van zijn bevoegdheid om het betreffende gedeelte van de vordering op te eisen. In dat geval blijft de vordering wel bestaan (zie nader R.M. Hermans en R.D. Vriesendorp, Het dwangakkoord in het insolventierecht: Vrijheid in gebondenheid, TvI 2014/10)

Schuldeisers kunnen in een saneringsakkoord ook afspreken dat zij de voorwaarden versoepelen die aan hun vordering zijn verbonden. Zo kunnen zij uitstel van betaling overeenkomen, genoeg nemen een lagere rente of ervan afzien boetes op te eisen dan wel ertoe overgaan de opeisingsgronden voor een lening versoepelen.

Voor aandeelhouders zal de wijziging kunnen inhouden dat zij aan hun aandelen verbonden rechten niet kunnen uitoefenen, zoals het stemrecht, het vergaderrecht het instemmingsrecht het winstrecht of het recht op liquidatiesaldo dan wel dat deze rechten komen te vervallen. Een belangrijke en relatief veel voorkomende wijziging van de rechten van aandeelhouder zal zijn dat de normaal aan de algemene vergadering voorbehouden beslissing tot het aantrekken van nieuw kapitaal ook zonder medewerking van de algemene vergadering kan worden genomen alsmede dat in geval het voorkeursrecht van bestaande aandeelhouders wordt uitgesloten bij de uitgifte van nieuwe aandelen aan de verstrekker van nieuw krediet of de schuldeisers als compensatie voor een gedeeltelijke afschrijving van hun vordering. Door de uitgifte van nieuwe aandelen verwatert het belang van de oorspronkelijke aandeelhouders. Aldus zal hun invloed kleiner zijn wanneer de onderneming

weer gezond is. Hetzelfde is het geval indien de nominale waarde van de aandelen wordt verminderd of de door de aandeelhouders gehouden aandelen worden ingetrokken zonder (volledige) terugbetaling.

#### *Lid 2*

Dit lid regelt dat ook een schuldeiser een akkoord kan aanbieden. Op dit punt komt de regeling overeen met de scheme of arrangement en Chapter 11, die beide eveneens voorzien in de mogelijkheid voor een schuldeiser om een akkoord aan te bieden. De reden daarvoor is dat het kan voorkomen dat de schuldeisers weliswaar bereid zijn de onderneming door middel van een akkoord te redden, maar het bestuur van de onderneming daar onder druk van de aandeelhouder niet aan mee wenst te werken. Thans maken schuldeisers in een dergelijk geval wel gebruik van het recht van enquête dat geldt voor pandhouders met een vergaderrecht of schuldeisers die contractueel het recht hebben bedongen om een enquête te verzoeken (artikel 2:346 sub c BW). Dit is echter een tijdrovende, kostbare en dus weinig wenselijke oplossing. Om die reden is voorgesteld dat de betreffende schuldeiser de andere schuldeisers zelf een akkoord kan aanbieden.

Aan het aanbieden van een akkoord door de schuldeiser zijn wel twee voorwaarden verboden, namelijk (i) de schuldeiser heeft vastgesteld dat de schuldenaar afstevent op een faillissement en (ii) hij heeft de schuldenaar eerst in de gelegenheid heeft gesteld om zelf een akkoord aan te bieden. De eis dat de schuldeiser moet hebben vastgesteld dat de schuldenaar afstevent op een faillissement is bedoeld om te voorkomen dat schuldeisers wanneer het hen belieft overgaan tot het aanbieden van een akkoord, daarmee onnodig onrust creëren en zo de normale bedrijfsuitoefening van de onderneming frustreren. De eis dat aan het aanbieden van het akkoord een redelijke termijn vooraf moet zijn gegaan zonder dat de onderneming daar na aandringen van de schuldeiser zelf toe is overgegaan, is in de wet niet onbekend: in het geval een aandeelhouder bij de Ondernemingskamer een verzoek doet tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken in een rechtspersoon, vereist artikel 2:349 lid 1 BW ook dat de aandeelhouder eerst zijn bezwaren kenbaar maakt en dat hij het bestuur van de onderneming een redelijke termijn gunt om aan die bezwaren tegemoet te komen. In het geval van een dwangakkoord is hetzelfde aan de orde: de onderneming moet eerst de tijd krijgen om zelf maatregelen te treffen.

In de besprekingen die met de stakeholders hebben plaatsgevonden naar aanleiding van een concept voor dit wetsvoorstel is de vraag gesteld of aandeelhouders of leden het bestuur van de rechtspersoon kunnen vragen dan wel instrueren een akkoord aan te bieden. Voor zover zij zelf schuldeiser zijn kunnen de aandeelhouders of leden in hun

hoedanigheid van schuldeiser de rechtspersoon vragen een akkoord aan te bieden. Voor zover zij zelf geen schuldeiser zijn, geldt dat aandeelhouders of leden het bestuur van de rechtspersoon kunnen vragen een akkoord aan te bieden. Vanwege het beginsel van de bestuursautonomie, waarop nader zal worden ingegaan in de toelichting bij lid 5 van dit artikel, behoeft aan een dergelijk verzoek van een individueel lid in beginsel geen gehoor te worden gegeven nu het bepalen van het beleid en de strategie van de rechtspersoon zijn voorbehouden aan het bestuur. In het geval van een vereniging of een stichting kunnen de statuten echter voorzien in een instructierecht voor bepaalde leden. Voor de NV en de BV is dat niet het geval. Voor de NV geldt dat de wet (artikel 2:129 lid 4 BW) bepaalt dat de statuten erin kunnen voorzien dat het bestuur zich dient te gedragen naar de instructies van een ander orgaan van de vennootschap. Daarnaast geldt dat dergelijke instructies de algemene lijnen van het beleid moeten betreffen. Een individuele aandeelhouder is geen orgaan. Het door de aandeelhouder instrueren van het bestuur tot het aanbieden van een akkoord is aan te merken als een concrete instructie, die niet door het bestuur van de NV behoeft te worden opgevolgd. Voor de BV bepaalt de wet (artikel 2:239 lid 4 BW) dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander *orgaan* van de vennootschap. Individuele aandeelhouders zijn niet als orgaan te beschouwen. Aldus kunnen individuele aandeelhouders van een BV het bestuur niet instrueren een akkoord aan te bieden.

In de besprekingen met de stakeholders is tevens de vraag gesteld of schuldeisers concurrerende akkoorden mogen aanbieden. Met de thans gekozen formulering is daarvoor de ruimte geschapen. De gedachte die aan die keus ten grondslag ligt is dat daardoor het risico wordt verminderd dat de partij die het akkoord aanbiedt louter zijn eigen belang in het oog heeft.

### *Lid 3*

Met dit lid wordt tegemoetgekomen aan een wens van de praktijk om de herstructurering van een groep van ondernemingen in één keer af te wikkelen. Het opent de mogelijkheid om niet alleen de betreffende "hoofdonderneming" in het akkoord te betrekken, maar ook de tot de groep van die onderneming behorende maatschappijen die borg zijn, garant staan of zakelijke zekerheid hebben verschaft. Hetzelfde geldt voor de moedermaatschappij die een verklaring heeft afgegeven op grond van artikel 2:403 BW en zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de schuld van een dochtermaatschappij alsmede de hoofdelijke aansprakelijkheid van dochtermaatschappijen in geval van een fiscale eenheid in de zin van artikel 39 Invorderingswet. Teneinde de sanering van de gehele groep van



ondernemingen te kunnen bewerkstelligen, is de onderhavige bepaling voorts zodanig ingericht dat daaronder ook vallen verrekeningsrechten van schuldeisers op bijvoorbeeld groepsmaatschappijen van de schuldenaar.

Dit lid biedt bijvoorbeeld een financieringsvennootschap die onder garantie van haar moedermaatschappij door middel van een obligatielening geld heeft aangetrokken, de mogelijkheid aan haar schuldeisers een akkoord aan te bieden, waarbij die schuldeisers dan afstand moeten doen van hun aanspraak op de garanderende moedermaatschappij. Daardoor kan een substantieel waardeverlies van het concern worden voorkomen, dat zou ontstaan indien de moedermaatschappij failliet zou gaan. Economisch gezien vormen de moedermaatschappij en haar financieringsdochter immers een eenheid. Wil het akkoord voor de schuldeisers van de financieringsmaatschappij aanvaardbaar zijn, dan moeten de aandeelhouders en (sommige) schuldeisers van de moedermaatschappij met een vrijwillige schuldsanering akkoord gaan. Daar moet dan wel tegenover staan dat het akkoord ten opzichte van de schuldeisers van de financieringsmaatschappij billijk is ondanks het feit dat zij hun rechten jegens de garanderende moedermaatschappij opgeven (zie daarover R.M. Hermans en R.D. Vriesendorp, Het dwangakkoord in het insolventierecht: Vrijheid in gebondenheid?, TvI 2014/10).

Met dit lid wordt tegemoetgekomen aan de aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, waarin wordt aangedrongen op een zover mogelijke reductie van de kosten van een reorganisatie. Bovendien beoogt zij de kosten van een reorganisatie zoveel mogelijk te reduceren (punt 7, 15, 17 en 21 van de preambule).

#### *Lid 4 en 5*

Deze leden regelen dat de regels ten aanzien van besluitvorming door de algemene vergadering niet van toepassing zijn ten aanzien van het akkoord. Ook is erin geregeld dat het bestuur van de rechtspersoon voor de aanbidding van een akkoord niet de goedkeuring nodig heeft van de algemene vergadering en is bepaald dat statutaire of contractuele regelingen van die strekking nietig zijn. Verder wordt geregeld dat voor zover de uitvoering van het akkoord een besluit van de algemene vergadering vereist, de in kracht van gewijsde gegane beschikking tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord daarvoor in de plaats treedt.

De voorgestelde bepaling past in het systeem van ons rechtspersonenrecht en de daaruit voortvloeiende verdeling van bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden tussen de verschillende organen. Artikel 2:9 BW bepaalt dat het bestuur tegenover de rechtspersoon

is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Volgens artikel 2:129/239 lid 5 BW moet het bestuur van een NV of een BV zich bij de uitoefening van zijn taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Indien het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen (Kamerstukken II, PM) tot wet wordt verheven, wordt in plaats van deze bepalingen een algemene bepaling (artikel PM) opgenomen, waarmee voor bestuurders van alle rechtspersonen zal komen te gelden dat zij zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie.

Dat het bestuur zich moet richten naar het belang van de rechtspersoon wil zeggen dat het moet zorgen voor een gezond bestaan, uitgroei en voortbestaan van de rechtspersoon, waarbij overigens geldt dat het voortbestaan geen doel op zich is. Deze ook wel Rijnlands genoemde benadering van het vennootschapsrecht is in continentaal Europa nog steeds gemeengoed en wordt ook door het kabinet onderschreven. Zij brengt mee dat het bestuur niet alleen de belangen van de aandeelhouders moet behartigen: ook de belangen van de in de door de vennootschap gedreven onderneming werkzame werknemers en de belangen van de crediteuren moeten in de afweging van het bestuur worden betrokken (zie daarover J.M.M. Maeijer in Asser/Maeijer 2-III (2000), nr. 293; Oratie 1964 en Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 7 (1972) en deel 22 (1982)).

Uit vaste jurisprudentie van Hoge Raad volgt dat het bestuur van de rechtspersoon bij de uitoefening van haar taak autonoom is: het is dan ook slechts aan het bestuur om het beleid en de strategie van de rechtspersoon te bepalen (Hoge Raad 21 januari 1955, NJ 1959/43 (Forumbank); 13 juli 2007, JOR 2007/178 (ABN AMRO) en 9 juli 2010, JOR 2010/228 (ASMI)).

Juist indien de rechtspersoon zich in financiële problemen bevindt is het in de eerste instantie aan het bestuur om daarvoor een oplossing te vinden. Daarvoor is essentieel dat het bestuur naar eigen inzicht en in relatieve rust gebruik kan maken van haar ter beschikking staande instrumenten, waarvan het akkoord er een is. Anderzijds is de nodige snelheid in de besluitvorming aangewezen. Teneinde te voorkomen dat de onderneming in een negatieve spiraal geraakt waarin haar waarde snel verloren gaat, is het voorts van belang dat het akkoord in relatieve stilte kan worden voorbereid. Indien voor de aanbidding van het akkoord eerst door het bestuur toestemming zou moeten worden gevraagd aan de algemene vergadering, zou het vooral bij grotere vennootschappen met veel aandeelhouders in de praktijk vrijwel onmogelijk zijn om de aanbidding van het akkoord stil te houden. Het feit dat een groot aantal personen (de aandeelhouders) eerst moet worden opgeroepen voor de algemene vergadering waarbij zij vervolgens worden ingelicht over de

financiële problemen en het daarmee samenhangende voornemen om een akkoord aan te bieden, brengt een groot risico mee dat "het nieuws" over de financiële problemen op straat ligt nog voordat het akkoord is aangeboden. Zoals in paragraaf 3.6 van het algemeen deel van deze toelichting uiteengezette uitgangspunt moet daarnaast worden voorkomen dat aandeelhouders, daartoe slechts gedreven door een "perverse prikkel" in plaats van door een zakelijke reden, een herstructurering kunnen blokkeren. In dezelfde paragraaf is uiteengezet dat om die reden een herschikking van de positie van de aandeelhouders ook mogelijk moet zijn zonder dat deze hun instemming vereist.

Bij dit alles past niet dat het bestuur voor het aanbieden van het akkoord en de uitvoering daarvan afhankelijk zou zijn van een positieve besluitvorming daarover door algemene vergadering. Indien hun rechten door het akkoord gewijzigd worden, kunnen aandeelhouders zich daarover uitspreken middels de in de regeling van het akkoord voorziene procedure die hen evenzeer waarborgen verschaft nu is voorzien in versterkte meerderheden, quora en een tweevoudige toets door de rechter bij de algemeen verbindend verklaring.

#### *Lid 6*

In paragraaf 1 van het algemene gedeelte van deze toelichting is uiteengezet dat de regeling van het dwangakkoord geldt voor alle ondernemingen, ongeacht in welke rechtsvorm zij worden gedreven. Ondernemingen kunnen ook worden gedreven door verenigingen en coöperaties. Deze rechtsvormen hebben echter leden en geen aandeelhouders. Aldus is in dit lid bepaald dat hetgeen voor aandeelhouders geldt, ook voor leden geldt.

#### *Lid 7*

Hetgeen hierboven bij de toelichting op het zesde lid is uiteengezet, geldt mutatis mutandis ook voor certificaathouders, die vergaderrechten kunnen hebben en op grond daarvan tegen het akkoord zouden kunnen stemmen. Ook vallen hieronder aan de beurs van New York genoteerde ADR's, waarvan Nederlandse ondernemingen die aan die beurs zijn genoteerd wel gebruik maken en die veel overeenkomsten vertonen met certificaten.

Ten aanzien van houders van een pandrecht op aandelen geldt echter dat zij weliswaar de rechten van een certificaathouder kunnen hebben (artikel 2:89/198 lid 4 BW), maar zij daardoor nog niet het economisch belang bij de aandelen hebben: dat blijft bij de aandeelhouder rusten.

#### *Lid 8*

Dit lid bewerkstelligt dat de regeling inzake het dwangakkoord niet van toepassing is op banken. De reden daarvoor is dat banken met de Interventiewet hun eigen reddingsmechanisme kennen, dat ook behelst het voorkomen van een faillissement. Dit reddingsmechanisme zou kunnen worden doorkruist met een dwangakkoord, hetgeen onwenselijk is.

#### *Lid 9*

Uit dit lid volgt dat het akkoord niet de wijziging van een arbeidsovereenkomst kan inhouden. Daarvoor dient het daartoe bestemde traject, dat recent met de Wet Werk en Zekerheid is gestroomlijnd.

### **Artikel 369 Verdeling schuldeisers en aandeelhouders in klassen en stemrecht**

#### *Inleidende opmerkingen*

Deze bepaling behelst een van de hoofdonderdelen van de regeling. Zij biedt een grondslag voor de indeling in klassen en bepaalt wie stemgerechtigd zijn.

#### *Lid 1*

Dit lid regelt dat schuldeisers en aandeelhouders door de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord aanbiedt in klassen kunnen worden verdeeld. Daarmee wordt aangesloten bij de regeling van de scheme of arrangement en Chapter 11. Aldus wordt de mogelijkheid geschapen om een op de specifieke omstandigheden van het geval toegesneden akkoord aan te bieden en wordt aangesloten bij de aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement die er in punt 20 van uitgaat dat het mogelijk zou moeten zijn dat een herstructureringsplan slechts aan bepaalde schuldeisers of bepaalde categorieën van schuldeisers aan te bieden.

Aldus maakt dit het lid het mogelijk om bijvoorbeeld alleen een akkoord aan te bieden aan schuldeisers van wie de vordering met een pandrecht is versterkt of aan houders van preferente aandelen of prioriteitsaandelen.

#### *Lid 2*

Dit lid bevat de maatstaf voor de indeling in klassen. In Nederland bestaat thans nog geen regeling van het dwangakkoord buiten faillissement. Ook de regeling van het akkoord in sursance en faillissement voorziet niet in een indeling in klassen. Daarmee is evenmin

voorzien in een maatstaf voor de indeling in klassen. Om deze reden is ten aanzien van de klassenindeling en de daarvoor te hanteren maatstaf aangesloten bij de regeling van de scheme of arrangement en de jurisprudentie daaromtrent alsmede bij de aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie. Punt 17 daarvan stelt dat schuldeisers met verschillende belangen in het kader van een herstructureringsplan in afzonderlijke klassen moeten kunnen worden ingedeeld waardoor die belangen worden weerspiegeld.

Evenmin als het geval is bij de regeling van de scheme of arrangement, voorziet de thans voorgestelde regeling in vooraf vastgelegde klassen. Een dergelijk systeem is onvermijdelijk statisch en bergt het risico in zich dat uiteindelijk niet goed kan worden aangesloten bij de omstandigheden van het geval. Alsdan zou voorbij worden geschoten aan een van de belangrijkste doelen van dit voorstel: een zo flexibel mogelijke regeling die juist kan worden toegesneden op de omstandigheden van het geval. Ook zou de noodzaak kunnen ontstaan van een voortdurend en tijdrovend proces van aanpassing. Om deze redenen is er ook vanuit de praktijk op aangedrongen dat in de wet geen limitatief opgesomde klassenindeling zou worden opgenomen. Aan die wens is met de thans voorgestelde bepaling tegemoetgekomen.

De regeling van de scheme of arrangement voorziet niet in een expliciete maatstaf voor de indeling van klassen. De in de jurisprudentie daaromtrent aangelegde maatstaf is dat "a class must be confined to those persons whose rights are not so dissimilar as to make it impossible for them to consult together with a view to their common interest." De vraag die daarbij moet worden beantwoord is: "are the rights of those to be affected by the scheme proposed such that the scheme can be seen as a single arrangement; or ought the scheme to be regarded, on a true analysis, as a number of linked arrangements? (Bowen Justice in *Re Hawk Insurance Co Ltd* (2001), 2 BCLC 480, paragraaf 23 en 30 en Chadwick Lord Justice in *Sovereign Life Assurance Company v. Dodd* (1892), QB 573, paragraaf 583).

In het thans voorgestelde lid 2 is bepaald dat schuldeisers met vorderingen en aandeelhouders met rechten die redelijkerwijs als gelijkaardig moeten worden aangemerkt in dezelfde klasse moeten worden ondergebracht. Met deze voorgestelde maatstaf wordt enerzijds een maximale flexibiliteit gecreëerd. Anderzijds is met de woorden "redelijkerwijs" en "aangemerkt" toch een vorm van begrenzing aangebracht die voorkomt wat in de jurisprudentie ten aanzien van de scheme of arrangement wordt omschreven als "een onnodige proliferatie van klassen" (Lord Justice Pill in *Re Hawk Insurance Co Ltd* (2001), 2 BCLC 480, paragraaf 33).

Als invulling van de thans voorgestelde maatstaf kan dienen dat een klasse moet omvatten de schuldeisers of aandeelhouders van wie de vorderingen of rechten zodanig met elkaar overeenkomen dat redelijkerwijs van hen mag worden verwacht dat zij in onderling overleg tot een gezamenlijk standpunt kunnen komen. Ter verdere inkleuring van deze maatstaf kan worden gezien of de rechten van degenen die door het akkoord worden geraakt zodanig overeenstemmen dat jegens hen van een enkel akkoord kan worden gesproken, indien dat het geval is moeten zij in een klasse worden ondergebracht. Indien dat niet het geval is, en de rechten zodanig verschillen dat eigenlijk gesproken moet worden van een samenstel van afzonderlijke akkoorden dat uiteindelijk leidt tot een groot akkoord, mogen zij in afzonderlijke klassen worden ondergebracht. Met dit criterium en deze invulling kan bijvoorbeeld onderscheid worden gemaakt tussen pand- en hypotheekhouders van verschillende rang of tussen het gezeekerde en het ongezeekerde deel van een schuld. Een vraag die in het kader van dit lid zou kunnen opkomen is wanneer moet worden beoordeeld of de vorderingen van schuldeisers en de rechten van aandeelhouders gelijkaardig zijn. Voor de hand ligt dat dat moment is het moment waarop het akkoord aan hen wordt voorgelegd.

### *Lid 3*

In dit lid is bepaald wie gerechtigd zijn om over het akkoord te stemmen. Dat zijn de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd. Daarmee wordt aangesloten bij punt 20 van de aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, die inhoudt dan indien het herstructureringsplan niet alle schuldeisers raakt, ook niet alle schuldeisers in behoeven in te stemmen. Ook de regeling van de scheme of arrangement gaat ervan uit dat aandeelhouders of schuldeisers van wie de rechten niet worden gewijzigd niet met het akkoord behoeven in te stemmen (Re United Provident Assurance Company Ltd (1910), 2 Ch 477, waarover G. O'Dea en L. Long e.a., Schemes of arrangement, Law and Practice, Oxford University Press 2012, p. 37).

Overwogen is om in dit lid te bepalen dat schuldeisers en/of aandeelhouders die in het geval de boedel van de schuldenaar in faillissement zou worden vereffend geen uitkering zouden ontvangen of een lagere uitkering dan onder het akkoord voorzien geen stemrecht hebben. Een dergelijke opzet kan er, zo blijkt uit de ervaringen met Chapter 11, echter toe leiden dat reeds in de fase waarin het akkoord tot stand komt allerlei ingewikkelde waarderingvraagstukken kunnen rijzen die dan door de rechter moeten worden beslecht. Het zou dan in het bijzonder gaan om de vraag hoeveel de uitkering in faillissement zou

bedragen. Dit alles leidt tot vertraging en hoge kosten. Dergelijke geschilpunten kunnen door kwaadwillende schuldeisers bovendien al vroeg in de procedure worden opgeworpen enkel om de totstandkoming van het akkoord te frustreren. Door de thans gekozen opzet, waarin alle schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd stemrecht hebben, wordt dit voorkomen.

#### *Lid 4*

Dit lid houdt ermee verband dat allerlei situaties denkbaar zijn waarin het economisch belang bij een vordering, afgeleid recht of een aandeel bij een ander berust dan de juridisch rechthebbende. De economisch gerechtigde draagt het risico van de waardevermindering. In het geval van een akkoord komt dus het risico dat op grond van het akkoord een gedeelte van de vordering of de aandelen-investering niet, op een later moment of onder andere voorwaarden wordt terugbetaald voor rekening van de economisch gerechtigde. Om die reden ligt het voor de hand dat de economisch gerechtigde over het akkoord kan stemmen indien hij dat verlangt. Het thans voorgestelde lid 4 biedt daartoe de gelegenheid.

De omstandigheid dat de economisch gerechtigde kan stemmen op het akkoord, houdt niet in dat de juridisch gerechtigde die zich door de uitkomst van het akkoord benadeeld acht met lege handen staat: hij kan verweer voeren tegen de algemeen verbindend verklaring van het akkoord. In het voorgestelde artikel 373 lid 3 sub a is immers bepaald dat de rechtbank een verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord afwijst indien de belangen van de een of meer schuldeisers of aandeelhouders door toewijzing van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord onevenredig worden geschaad.

Dit lid kan in elk geval in een aantal gevallen nuttige dienst bewijzen. Zo valt te denken aan bijvoorbeeld beneficiaries van uitgegeven obligaties. Volgens de Hoge Raad (26 augustus 2003, JOR 2003/211 (UPC)) moeten dergelijke beneficiaries vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid op één lijn worden gesteld met de schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet. In geval van surseance van betaling of faillissement hebben zij dan ook de bevoegdheid te stemmen over een akkoord. Hetzelfde wordt nu bewerkstelligd voor het dwangakkoord buiten faillissement

Ten aanzien van aandelen geldt dat dit lid van nut kan zijn in het geval zij zijn gecertificeerd, hetgeen inhoudt dat de stemrechten op de aandelen en de economische rechten (het verkrijgen van dividend) zijn gescheiden. De aandeelhouder heeft het stemrecht en de certificaathouder heeft het economische recht: het dividend wordt door de

aandeelhouder doorgesluisd naar de certificaathouder. De certificaathouder kan nu stemmen.

## **Artikel 370 Voorstel voor het akkoord**

### *Inleidende opmerkingen*

Het doel van dit artikel is om degenen van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd en erover mogen stemmen de gelegenheid te geven een goed geïnformeerde beslissing te nemen. Daartoe regelt het artikel wanneer het akkoord aan hen moet worden voorgelegd alsmede welke informatie in het voorstel voor het akkoord moet worden opgenomen dan wel daaraan moet worden gehecht. Ook is een voorschrift opgenomen ten aanzien van de procedure voor stemming.

### *Lid 1*

Dit lid regelt dat het akkoord ten minste acht dagen voor de stemming moet worden voorgelegd aan de schuldeisers en de aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, dan wel dat hen moet worden bericht hoe zij van het akkoord kennis kunnen nemen.

De termijn van ten minste acht dagen is relatief kort. Een van de vereisten voor een succesvolle herstructurering is echter dat deze binnen een zo kort mogelijke periode kan plaatsvinden. Dit is aldus een doel van dit wetsvoorstel. Indien in dit lid zou worden opgenomen dat het akkoord langer voor de stemming moet worden voorgelegd, zou dat ten koste gaan van de snelheid. De termijn van acht dagen zal in veel gevallen ook niet bezwaarlijk zijn aangezien de schuldeisers die het betreft al voordat het voorstel aan hen wordt voorgelegd van de inhoud op de hoogte zullen zijn doordat daarover al door de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord aanbiedt met hen over is gesproken of is onderhandeld. In herstructureringen waarbij gebruik wordt gemaakt van Chapter 11 komt het zelfs vaak voor dat crediteuren reeds voor het aanbieden van een akkoord wordt gevraagd te verklaren of zij voor of tegen het akkoord zullen stemmen.

Voor de bepaling dat het akkoord moet worden voorgelegd aan de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten erdoor worden gewijzigd is gekozen omdat slechts die schuldeisers en aandeelhouders stemrecht hebben. Met deze benadering wordt tevens voorkomen dat het akkoord bekend wordt in een grotere kring dan strikt noodzakelijk en daarmee ook de financiële problemen van de onderneming "op straat komen te liggen". Met deze formulering wordt tevens aangesloten bij de aanbeveling van de Europese Commissie



inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie. Daarin is aangegeven (punt 20) dat indien het herstructureringsplan niet alle schuldeisers raakt, ook niet alle schuldeisers in behoeven in te stemmen.

Teneinde het voorstel voor het akkoord voor te leggen aan de schuldeisers en de aandeelhouders kan de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord wenst aan te bieden ervoor kiezen elke schuldeiser en aandeelhouder het gehele voorstel met bijbehorende documenten toe te zenden. Hij kan er in het kader van de besparing van kosten en de bespoediging van het proces echter ook voor kiezen hen te berichten hoe zij van de betreffende documenten kennis kunnen nemen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen via een besloten gedeelte van de website van de onderneming. Ook zou mogelijk zijn dat de betreffende informatie ter beschikking wordt gesteld via de tegenwoordig bij grote financieringen steeds gebruikelijker wordende crediteurenportalen als Intralinks of Epiq waar de onderneming en ook de crediteuren onderling informatie uitwisselen.

#### *Lid 2*

Dit lid regelt welke informatie het voorstel voor het akkoord moet bevatten:

(a) het akkoord, een onderbouwing daarvan en een omschrijving van de financiële gevolgen per klasse van aandeelhouders en de wijze waarop het akkoord bijdraagt aan het voorkomen van een faillissement. Hiermee wordt degenen van wie de rechten door het akkoord worden geraakt inzicht geboden in de hoofdelementen van het akkoord. Zonder deze elementen kunnen zij geen geïnformeerde beslissing nemen. Deze informatie zal tevens essentieel zijn voor de beoordeling van een verzoek tot schorsing van de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring, dat op grond van het voorgestelde artikel 3c kan worden gedaan door de schuldenaar of de schuldeiser die een akkoord heeft aangeboden.

(b) De klassenindeling en de criteria op basis waarvan deze is gemaakt. Hiervoor wordt verwezen naar de toelichting bij het voorgestelde artikel 369.

(c) De waardering. De schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord aanbiedt, bepaalt de waarderingmethode in de eerste instantie zelf. De waarderingmethode kan aldus inhouden de going concern-waarde, maar ook de liquidatiewaarde of enige andere vorm van waardering. De omstandigheid dat de schuldeiser zelf de waarderingmethode kan kiezen brengt met zich dat hij inzichtelijk zal moeten maken waarom de betreffende methode is gekozen. Van de waardering van de vorderingen hangt immers bijvoorbeeld af hoeveel gewicht de stem van een schuldeiser in de schaal legt.

Schuldeisers die bezwaren hebben tegen de door de schuldenaar gehanteerde wijze van waardering of de motivering ervan onvoldoende vinden, kunnen op grond van het voorgestelde artikel 371 de rechtbank vragen om een rechter-commissaris te benoemen en die rechter-commissaris vervolgens vragen of naar zijn voorlopig oordeel de wijze van waardering voldoet aan de eisen die de rechtbank stelt bij de beoordeling van een verzoek tot algemeen verbindend verklaring. Bovendien kunnen schuldeisers van wie de rechten worden gewijzigd in de fase waarin de schuldeiser een verzoek heeft gedaan tot algemeen verbindendverklaring van het akkoord stellen dat zij door de gehanteerde methode van waardering en de daaruit voortvloeiende klassenindeling onevenredig benadeeld worden.

(d) Indien het akkoord een uitkering behelst: het moment waarop die uitkering wordt gedaan. Hierdoor weten de schuldeisers en aandeelhouders wanneer zij een gedeelte van hun vordering of investering terug kunnen zien.

(d) De wijze waarop schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, informatie kunnen verkrijgen. Aldus zal een functionaris moeten worden aangewezen bij wie schuldeisers en aandeelhouders met vragen terecht kunnen. Dit kan ook een advocaat of een accountant zijn.

(f) De procedure voor de stemming over het akkoord, ten minste inhoudend dat per klasse van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders in een fysieke, dan wel schriftelijke of door middel van een elektronisch communicatiemiddel te houden vergadering wordt gestemd alsmede het moment waarop de betreffende vergadering plaatsheeft dan wel waarop de stem uiterlijk moet zijn uitgebracht. Dit onderdeel maakt maatwerk mogelijk en draagt bij aan kostenreductie doordat ook langs elektronische weg kan worden gestemd. De reden dat per klasse een vergadering moet worden gehouden is dat aan verschillende klassen verschillende (deel)akkoorden kunnen zijn voorgelegd. Indien dat niet zo, is sprake van schuldeisers met vorderingen en van aandeelhouders met rechten die redelijkerwijs als gelijkaardig moeten worden beschouwd. Alsdan ligt een verdeling in verschillende klassen niet voor de hand.

(g) De wijze en het tijdstip waarop de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd kennis kunnen nemen van de uitslag. Hiervoor geldt dat schuldeisers en aandeelhouders.

### *Lid 3*

Dit lid regelt welke aanvullende informatie aan het voorstel van het akkoord moet worden gehecht, namelijk:

(a) een plan waarin wordt uiteengezet op welke wijze de schuldenaar beoogt de continuïteit van de door hem gedreven onderneming na de uitvoering van het akkoord te verzekeren. In dit plan zal ten minste moeten worden uiteengezet de financiële, operationele, organisatorische en andere aanpassingen die ten grondslag liggen aan het akkoord. Dit reorganisatieplan kan tevens de rechtbank behulpzaam zijn bij het beoordelen van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord.

(b) een lijst van schuldeisers met daarbij in elk geval vermeld de hoogte van hun vordering alsmede in welke klasse zij vallen. Dit stelt schuldeisers in staat met elkaar in contact te treden voor zover zij dat al niet gedaan hebben. Overigens zal het kunnen voorkomen dat niet alle schuldeisers bekend zijn. In dat geval zullen zij moeten worden opgeroepen op een daartoe door de aanbieder van het akkoord aan de rechtbank voor te stellen wijze.

(c) in het geval het akkoord een statutenwijziging vergt, een door een notaris ondertekend concept daarvoor. In het voorgestelde artikel 379 lid 2 is bepaald dat voor zover de uitvoering van het akkoord een besluit van de algemene vergadering of een notariële akte vereist, de in kracht van gewijsde gegane beschikking tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord daarvoor in de plaats treedt. Dat geldt ook indien een statutenwijziging is vereist. In dat kader is het aangewezen dat de inhoud van die statutenwijziging vooraf bekend is.

(d) – (f) Deze informatie dient vooral om de houders van aandelen en/of effecten inzicht te geven in hoeveel gewicht hun stem in de schaal zal leggen.

(g) voor zover beschikbaar, de opgemaakte jaarrekeningen en het jaarverslag over de laatste twee boekjaren waarover een jaarrekening is opgemaakt. Deze formulering houdt rekening met de mogelijkheid dat de jaarrekening wel is opgemaakt, maar niet is vastgesteld. Ter beoordeling van het voorstel voor het akkoord kan het wenselijk zijn om niet alleen te beschikken over de laatste jaarrekening, maar ten minste ook over die van het jaar ervoor. Dat stelt degenen van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd in staat een geïnformeerde vergelijking te maken. Het ter beschikking moeten stellen van jaarrekeningen over voorgaande jaren is bepaald niet ongebruikelijk. In een uitkoopprocedure op grond van artikel 2:201a BW vraagt de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam zelfs om de jaarrekeningen van de afgelopen drie jaar.

(h) – (i) een kasstroom-overzicht en een staat van bekende baten en lasten geven inzicht in welke inkomensstromen nog te verwachten zijn en daarmee in de haalbaarheid van het akkoord..

(j) de balans en verlies- en winstrekening of cijfers over het laatste boekjaar dan wel een tussentijdse balans of verlies en winstrekening of cijfers die inzicht geven in de

vermogenspositie en de resultaten van de vennootschap tot minimaal drie maanden voor het aanbieden van het akkoord geven inzicht in de ontwikkeling van inkomsten en uitgaven.

## **Artikel 371    Geschillen over waardering, klassenindeling en stemming**

### *Inleidende opmerkingen*

In het algemene gedeelte van deze toelichting is aangegeven dat een van de uitgangspunten van dit voorstel is om de rechterlijke betrokkenheid zoveel mogelijk te beperken. Voorts is uiteengezet dat het akkoord moet worden gezien als een overeenkomst. Nu overeenkomsten tussen partijen tot stand komen, komt rechter in beginsel eerst in beeld wanneer hij het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord toetst. Door die algemeen verbindend verklaring kunnen immers ook partijen aan het akkoord gebonden met wie geen overeenkomst is bereikt. Echter, in de fase waarin het akkoord tot stand komt, meer in het bijzonder nadat het is aangeboden aan de schuldeisers en/of de aandeelhouders, kunnen geschillen rijzen over de waardering van vorderingen, de klassenindeling of de stemprocedure. Indien met het oplossen van dergelijke geschillen zou moeten worden gewacht tot de fase waarin het verzoek tot het algemeen verbindend verklaring door de rechter wordt getoetst, zou zulks tot gevolg kunnen hebben dat het akkoord op losse schroeven komt te staan.

Dit risico is onwenselijk in het kader van de "deal ertainty" die voor de bij het akkoord betrokkenen van belang is. Indien daarna opnieuw over het akkoord zou moeten worden onderhandeld en gestemd, zou dat ook ten koste gaan van de snelheid waarmee het akkoord tot stand komt. Anderzijds moet worden voorkomen dat de fase waarin het akkoord wordt aangeboden en over het akkoord moet worden gestemd al te zeer gejuridiseerd raakt. Ook dat leidt immers tot vertraging en bovendien tot hoge kosten. Juist ten aanzien van deze punten bestaat in Engeland en Wales en de Verenigde behoefte aan enige verbetering van de regeling van de scheme of arrangement en Chapter 11.

### *Lid 1*

Dit lid bepaalt dat de rechtbank op verzoek van de schuldenaar, de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden of schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd een rechter-commissaris *kan* benoemen. Deze benoeming is dus niet standaard, aangezien het uitgangspunt van de akkoord-procedure is dat deze buitengerechtelijk plaatsvindt tot aan het moment van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord.

In dit lid is verder bepaald dat de rechter-commissaris kan *aangeven* of de wijze van waardering van vorderingen van schuldeisers, de indeling in klassen of de stemprocedure *naar zijn voorlopig oordeel* voldoet aan de eisen die de rechtbank daaraan zou stellen bij de beoordeling van een verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord. De term "naar zijn voorlopig oordeel" beoogt uit te drukken dat de rechter-commissaris slechts een eerste indicatie geeft dan wel verricht wat zou kunnen worden omschreven als een eerste marginale controle. Een toetsing ten gronde door de rechter-commissaris ligt niet voor de hand: zulks zou in wege staan aan het uitgangspunt van beperkte rechterlijke betrokkenheid in de buitengerechtelijke fase en ten koste gaan van de snelheid van de procedure. Nu het dwangakkoord in de kern een overeenkomst betreft, staat het partijen vrij om daarmee in al dan niet in te stemmen. Indien echter de meerderheid voor het akkoord stemt, kunnen de tegenstemmende partijen ook gebonden worden, maar voor dat gebeurt vindt een rechterlijke toets plaats.

Op grond van onderdeel b van dit lid kan de rechter-commissaris aangeven of het voorstel voor het akkoord wijziging of aanvulling behoeft omdat zulks redelijkerwijs noodzakelijk is voor een goede oordeelsvorming. De rechter-commissaris zal er hier op letten welke informatie in vergelijkbare gevallen in het algemeen voorhanden is.

#### *Lid 2*

Vanuit de praktijk is de wens geuit dat de rechter knopen kan doorhakken indien verschil van mening bestaat over wie tot welk bedrag tot de stemming wordt toegelaten. Ook de regeling van de scheme of arrangement kent een regeling voor dit punt in die zin dat de door de rechter goedgekeurde voorzitter van de vergadering van de betreffende klasse de bevoegdheid heeft om te bepalen of en zo ja tot welk bedrag een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming wordt toegelaten. Ten aanzien van het dwangakkoord in surseance van betaling voorziet de wet thans al in die mogelijkheid met artikel 267 Fw. Dit lid is door die bepaling geïnspireerd en geeft de rechter-commissaris, of indien die niet is benoemd de rechtbank, de bevoegdheid om op verzoek van een schuldeiser of aandeelhouder te bepalen of hij wordt toegelaten tot de stemming en tot welk bedrag.

De rechter-commissaris of de rechtbank neemt zijn beslissing op basis van vrije oordeelsvorming op basis van hetgeen door partijen is aangevoerd. Hij is vrij in de weging daarvan. De beslissing van de rechter-commissaris dan wel de rechtbank zal kunnen variëren van het niet toelaten van de desbetreffende schuldeiser of aandeelhouder tot het geheel of gedeeltelijk toelaten. Tegen de beslissing van de rechter-commissaris kan geen hoger beroep worden ingesteld, zulks zou ten koste gaan van de snelheid van de procedure.

De beslissing van de rechter-commissaris kan later nog wel ter discussie gesteld bij de behandeling van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring.

#### *Lid 3 en 4*

Lid 3 verwoordt het beginsel van hoor en wederhoor, dat zo vanzelf spreekt dat het geen nadere toelichting behoeft. Het akkoord in het algemeen en waarderingskwesties in het bijzonder kunnen ingewikkelde materie betreffen. Het is daarom goed voorstelbaar dat de rechter-commissaris of de rechtbank ondersteuning nodig heeft van een onafhankelijke deskundige. Lid 4 biedt hem de mogelijkheid een dergelijke deskundige te raadplegen.

#### *Lid 5*

Dit lid sluit hoger beroep ten aanzien van de uitlatingen van de rechter-commissaris als bedoeld in lid 1 en beslissingen van de rechter-commissaris of de rechtbank als bedoeld in lid 2 uit. Ten aanzien van de uitlatingen als bedoeld in lid 1 geldt dat de rechter-commissaris geen formele beslissing neemt. Het is aan de aanbieder van het akkoord om te beslissen wat hij met de uitlatingen van de rechter-commissaris doet. Indien hij ze naast zich neerlegt, is het risico daarvan dat de rechtbank hetzelfde inzicht heeft als de rechter-commissaris en het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord afwijst. Ten aanzien van de in lid 2 bedoelde beslissingen geldt dat de schuldenaar ze later, in de fase van de beoordeling van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord weer ter discussie kan stellen. Om die reden is hoger beroep hier uitgesloten.

### **Artikel 372      Stemming over het akkoord**

#### *Inleidende opmerkingen*

Dit artikel regelt de procedure van stemming over het akkoord, de meerderheden die vereist zijn voor een geldige stemming alsmede de wijze waarop over de stemming verslag wordt uitgebracht aan degenen die hun stem hebben uitgebracht.

#### *Lid 1*

Dit lid bepaalt dat de stemming geschiedt volgens de procedure die daarvoor voorzien is in het voorstel voor het akkoord. Op deze wijze kan worden ingespeeld op de omstandigheden van het geval en wordt maximale flexibiliteit gecreëerd. Aldus wordt aangesloten bij de in paragraaf 3.2 en 3.3 van het algemene gedeelte van deze toelichting uiteengezette uitgangspunten dat maatwerk mogelijk moet zijn en kosten waar mogelijk beperkt moeten

worden. Ook de aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie is erop gericht dat regelingen worden getroffen die werkbaar zijn voor zowel grote ondernemingen als voor ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf.

#### *Lid 2*

Dit lid bepaalt dat het akkoord is aangenomen indien alle klassen met akkoord hebben ingestemd. Indien niet alle klassen hebben ingestemd, is het akkoord verworpen. In dat geval kan de aanbieder van het akkoord op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 2 echter alsnog algemeen verbindend verklaring van het akkoord verzoeken.

Met de formulering van dit lid, waarin alle klassen van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders moeten instemmen met het akkoord, is niet gekozen voor een opzet zoals in Chapter 11, waarin klassen die onder het akkoord geen uitkering ontvangen, worden geacht tegen het akkoord te stemmen. Ook in het geval klassen onder het akkoord geen uitkering ontvangen, kunnen voor hen namelijk redenen bestaan om voor het akkoord te stemmen, bijvoorbeeld indien de totstandkoming van het akkoord ertoe zou leiden dat zij een goede handelsrelatie met de onderneming houden.

#### *Lid 3*

Dit lid bepaalt wanneer een klasse met het akkoord heeft ingestemd. Dat is het geval als aan twee voorwaarden is voldaan, namelijk (a) een gewone meerderheid, dat wil zeggen meer dan de helft, van de tot die klasse behorende en aan de stemming deelnemende schuldeisers of aandeelhouders moet voor het akkoord hebben gestemd en (b) die meerderheid moet ten minste twee derden vertegenwoordigen van het bedrag aan vorderingen van de aan de stemming deelnemende schuldeisers dan wel ten minste twee derden van het geplaatst aandelenkapitaal dat de stemmende aandeelhouders in die klassen vertegenwoordigen. Deze versterkte meerderheden zijn gerechtvaardigd nu het gaat om een procedure buiten insolventie en er geen curator is die toezicht houdt. In het algemene gedeelte van deze toelichting is al uiteengezet dat de in dit lid voorgeschreven meerderheden aansluiten bij de voorwaarden die gebruikt worden in de modellen van de Loan Market Association, die internationaal bekend zijn en doorgaans bij financieringen gebruikt worden.

Bij de drempel in onderdeel b, is ervoor gekozen dat de meerderheid twee derden van het totaal bedrag aan vorderingen van de aan de stemming deelnemende schuldeisers moet vertegenwoordigen dan wel twee derden van het door die aandeelhouders gehouden geplaatste kapitaal moet vertegenwoordigen. Niet is gekozen voor een meerderheid van het totale bedrag aan vorderingen of het totale bedrag aan geplaatste aandelen inclusief de

vorderingen en aandelen van niet aan de stemming deelnemende schuldeisers of aandeelhouders. De reden hiervoor is dat moet worden voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders door enkel weg te blijven de stemming kunnen manipuleren. Bovendien mag van partijen van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd en die daarover tijdig worden geïnformeerd en geraadpleegd een bepaald soort van verantwoordelijkheid worden verwacht, inhoudend dat zij zich realiseren dat indien zij niet aan de stemming deelnemen de kans dat hun rechten tegen hun gewijzigd worden daardoor potentieel groter wordt. Daarnaast geldt dat ook niet aan de stemming deelnemende partijen in het geval van een verzoek tot algemeen verbindend verklaring op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 3 onderdeel a bij de rechter kunnen betogen dat hun belangen daardoor onevenredig worden geschaad.

#### *Lid 4*

Dit lid regelt dat latere, na de stemming optredende veranderingen in het getal van de schuldeisers of in het bedrag van vorderingen geen invloed hebben op de geldigheid van de stemming. De regeling ten aanzien van het akkoord in faillissement kent met artikel 147 Fw, dat op grond van artikel 268 lid 2 Fw van overeenkomstige toepassing is in geval van een akkoord bij surseance, een vergelijkbare regeling. Indien een dergelijke regeling niet zou worden getroffen, zou de grootste onzekerheid kunnen ontstaan over het doorgaan van het akkoord, hetgeen onwenselijk is.

Ten aanzien van schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, maar die niet in de gelegenheid zijn gesteld om hun stem uit te brengen, geldt op grond van het voorgestelde artikel 382 onderdeel a dat het akkoord jegens hen niet werkt. Teneinde ervoor te zorgen dat het akkoord niet op losse schroeven komt te staan, is in het voorgestelde artikel 380 lid 2 echter een regeling opgenomen die de ruimte biedt voor een uitkering in geld. Voor een toelichting wordt naar de betreffende plaats verwezen.

#### *Lid 5 en 6*

Lid 5 regelt dat de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden een verslag van de stemming moet opmaken. Dat dient onverwijld na de stemming te gebeuren. Teneinde de regeling zo flexibel mogelijk te houden is niet gekozen voor een vaste termijn. Het verslag van een akkoord waardoor de rechten van veel schuldeisers en/of aandeelhouders worden gewijzigd kan immers aanzienlijk meer tijd vergen dan een verslag van een akkoord waardoor slechts de rechten van enkele schuldeisers en/of aandeelhouders



worden gewijzigd. Daarbij komt dat de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden doorgaans zal willen dat het akkoord spoedig zijn beslag zal kunnen krijgen, en daardoor zelf het grootste belang heeft bij het spoedig opmaken van het verslag. Aldus zal hij met het opmaken daarvan niet dralen. Overigens, ook indien het akkoord is verworpen zal het spoedig opmaken van het verslag de aanbieder van het akkoord helpen, aangezien hij dan des te sneller een verzoek zal kunnen indienen om het akkoord alsnog algemeen verbindend te laten verklaren.

Lid 5 regelt tevens welke informatie het verslag moet bevatten. Daarvoor is aangesloten bij de regeling daaromtrent ten aanzien van het dwangakkoord in faillissement, die is opgenomen in artikel 148 Fw. Ten opzichte van dit artikel is in het thans voorgestelde lid 5 nieuw dat is bepaald dat ook moet worden aangegeven of de schuldenaar dan wel de schuldeiser die het verzoek heeft aangeboden een verzoek zal doen tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord. Daarbij kan het gaan om een verzoek op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 1, dat wil zeggen de algemeen verbindend verklaring van een aangenomen akkoord, maar ook om een verzoek op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 2, namelijk de algemeen verbindend verklaring van een verworpen akkoord. Op deze wijze wordt bewerkstelligd dat schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd er vroegtijdig van op de hoogte geraken dat een verzoek tot algemeen verbindend verklaring zal worden gedaan.

Lid 6 is opgenomen in het kader van behoud van snelheid in de procedure, het vroegtijdig informeren van de schuldeisers die het betreft en de flexibiliteit. Bepaald is dat de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd onverwijld na het ondertekenen van het verslag daarvan kennis moeten kunnen nemen. Dat kan op de wijze zoals voorzien in het voorstel voor het akkoord. De schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd, zijn dus van tevoren op de hoogte van hoe zij van de uitslag van de stemming kennis kunnen nemen.

#### *Lid 7*

Dit lid is bedoeld teneinde te garanderen dat een schorsing van de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring op grond van artikel 3c niet langer duurt dan nodig. Indien het akkoord is verworpen, kan de rechtbank de schorsing in beginsel opheffen.

### **Artikel 373      Algemeen verbindend verklaring van het akkoord**

#### *Inleidende opmerkingen*

Dit artikel regelt de algemeen verbindend verklaring van het akkoord. Met de algemeen verbindend verklaring komt het akkoord te gelden voor alle schuldeisers en/of aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd, inclusief degenen die tegen het akkoord hebben gestemd, zich van stemming onthouden hebben of niet zijn verschenen. Voor de schuldeisers en aandeelhouders die niet zijn verschenen geldt op grond van het voorgestelde artikel 380 lid 1 onderdeel a echter dat indien zij niet in de gelegenheid zijn gesteld hun stem uit te brengen, het akkoord niet tegen hen werkt en zij in beginsel gewoon betaling van hun vorderingen kunnen eisen. Het artikel bevat voorts waarborgen teneinde te voorkomen de sanering van de problematische schulden om willekeurige, onzakelijke of anderszins oneigenlijke redenen ten laste wordt gebracht van een minderheid van schuldeisers en aandeelhouders.

Op deze plaats enige opmerkingen ten aanzien van het recht op ongestoorde eigendom, dat is neergelegd in artikel 1 Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Lid 1 daarvan bepaalt dat iedere natuurlijke of rechtspersoon recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom alsmede dat aan niemand zijn eigendom zal worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. Lid 2 van artikel 1 Eerste Protocol EVRM bepaalt dat een staat het recht heeft om die wetten toe te passen die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met algemeen belang.

Met de algemeen verbindend verklaring van het akkoord worden de rechten van de schuldeisers en aandeelhouders die het betreft gewijzigd, ook van degenen die tegen het akkoord hebben gestemd. Door de algemeen verbindend verklaring van het akkoord kunnen schuldeisers en aandeelhouders een gedeelte van de aanspraken op hun eigendomsrechten of vorderingsrechten verliezen of in de uitvoering van hun rechten worden belemmerd. Daarmee is sprake van een inmenging in hun eigendomsrecht. Een inmenging is echter geen schending van artikel 1, Eerste Protocol bij het EVRM zolang zij gerechtvaardigd is. Uit de vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt dat daarvoor aan drie voorwaarden moet zijn voldaan, namelijk (i) is de inmenging voorzien bij de wet, (ii) de inmenging is gerechtvaardigd omdat zij een algemeen belang dient en (iii) de inmenging is proportioneel.

Aan deze drie eisen is met het thans voorliggende voorstel voldaan. Ten aanzien van de eerste eis geldt dat met artikel 368 jo. artikel 373 lid 1 of 2 de basis voor de inmenging in de wet is gegeven, nu artikel 368 voorziet in de mogelijkheid van het aanbieden van het akkoord en artikel 373 lid 1 en 2 de mogelijkheid geven van algemeen verbindend

verklaring. Ten aanzien van de tweede eis geldt dat de inmenging inderdaad is gerechtvaardigd en een algemeen belang dient omdat het akkoord nodig is teneinde het voortbestaan van de onderneming te garanderen en daarmee te bewerkstelligen dat schuldeisers het grootste deel van hun vordering alsnog voldaan zijn alsmede dat zoveel mogelijk arbeidsplaatsen voor de in de onderneming werkzame personen behouden blijven en geen andere alternatieven voorhanden zijn. Ten aanzien van de derde eis, de proportionaliteit, geldt dat de rechten van schuldeisers en aandeelhouders niet verder moeten worden gewijzigd dan noodzakelijk voor de herstructurering van de schulden.

#### *Lid 1*

Dit lid regelt dat de rechtbank het akkoord algemeen verbindend verklaart als het is aangenomen. Dat gebeurt op verzoek van de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden. Indien het akkoord door alle klassen is aangenomen, is er een heel breed draagvlak. Om deze reden is gekozen voor de formulering "verklaart de rechtbank het akkoord algemeen verbindend." Deze formulering brengt mee dat erin beginsel geen discretionaire bevoegdheid voor de rechtbank is: een aangenomen akkoord moet algemeen verbindend worden verklaard indien daarom verzocht wordt. Daarop bestaat echter een uitzondering, die is opgenomen in het voorgestelde lid 3, namelijk indien de belangen van een of meer schuldeisers of aandeelhouders lid 3 onevenredig worden geschaad. Voor een toelichting wordt naar het betreffende lid verwezen.

#### *Lid 2*

Op grond van het voorgestelde artikel 369 lid 3 jo. 372 lid 1 mogen alle klassen van schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd over het akkoord stemmen. Voor de aanneming van het akkoord is op grond van het voorgestelde artikel 372 lid 2 nodig dat alle klassen met het akkoord instemmen. Deze opzet zou ertoe kunnen leiden dat schuldeisers of aandeelhouders enkel door met een tegenstem te dreigen een gunstiger positie af kunnen dwingen dan eigenlijk gerechtvaardigd zou zijn met het oog op wat hun positie zou zijn in het geval de boedel van de schuldenaar in faillissement zou worden vereffend. In het algemeen deel van de toelichting is ten aanzien van aandeelhouders bijvoorbeeld reeds opgemerkt dat zij geneigd kunnen zijn om tegen het akkoord te stemmen in de hoop dat zij daardoor enerzijds de controle over de onderneming behouden, maar anderzijds niet hoeven bij te dragen aan de redding.

In paragraaf 3.4. van het algemene gedeelte van deze toelichting is uiteengezet dat het uitgangspunt van dit voorstel is dat schuldeisers of investeerders van wie de vorderingen of

de investeringen onder water staan, en die aldus ook in het geval van faillissement geen uitkering zouden ontvangen of een lagere uitkering dan in het akkoord is voorzien zich weliswaar over het akkoord mogen uitspreken door erover te stemmen, maar dat akkoord in beginsel niet zonder goede grond zouden moeten kunnen tegenhouden. Voor stakeholders van wie de vorderingen geheel of gedeeltelijk "boven water" staan, geldt dat zij het akkoord in beginsel niet moeten kunnen tegenhouden voor zover hun positie daardoor niet slechter wordt dan in faillissement het geval zou zijn. Zulks wordt met dit lid bewerkstelligd: ook een akkoord dat is verworpen omdat niet alle klassen van stemgerechtigde schuldeisers en/of aandeelhouders ermee hebben ingestemd kan op verzoek van de schuldenaar of de schuldeiser die het heeft aangeboden door de rechtbank algemeen verbindend verklaard worden. Dat is mogelijk indien de rechtbank, alle omstandigheden in aanmerking genomen van oordeel is dat de tegenstemmende klassen niet in redelijkheid tot dit stemgedrag hebben kunnen komen.

De woorden "niet in redelijkheid tot dit stemgedrag hebben kunnen komen" komen overeen met de regeling van het akkoord in faillissement (artikel 146 onderdeel b Fw), die erin voorziet dat de rechter-commissaris een verworpen akkoord kan vaststellen als ware het aangenomen indien schuldeisers die tegenstemden niet in redelijkheid tot dit stemgedrag hebben kunnen komen. De regeling van het akkoord in faillissement voorziet er echter in dat een door de rechter-commissaris vastgesteld akkoord daarna nog moet worden gehomologeerd. Met dit lid worden deze twee fasen ten aanzien van het akkoord buiten faillissement samengevoegd, hetgeen leidt tot een besparing van tijd en kosten.

De regeling van Chapter 11 kent een enigszins vergelijkbare regeling, die het mogelijk maakt dat de rechter een klasse aan het akkoord bindt "if the plan is equitable with respect to each class" (vgl. paragraaf 1129 United States Bankruptcy Code). Of het akkoord redelijk is, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Deze zullen door de rechtbank allemaal in aanmerking moeten worden genomen, zo volgt uit het voorgestelde. Zo zal bij de beoordeling een belangrijke maar niet per definitie doorslaggevende rol spelen of de meerderheid van de klassen voor het akkoord heeft gestemd of juist daartegen het akkoord heeft gestemd.

In paragraaf 3.5 van het algemene gedeelte van deze toelichting is opgemerkt dat er bij de herschikking van de juridische aanspraken die nodig is voor de herstructurering moet worden bezien hoeveel de onderneming waard is en welk bedrag er in geval van faillissement voor uitkering beschikbaar zou zijn. Ook is aangegeven dat er daarbij rekening mee moet worden gehouden dat bepaalde crediteuren, zoals de Belastingdienst of pand- en hypotheekhouders, zich met voorrang op de goederen van de schuldenaar mogen verhalen.

In dat kader is in dit lid een viertal gevallen genoemd waarin een stem tegen het akkoord in elk geval niet als onredelijk kan worden aangemerkt. Het betreft daarbij kort gezegd gevallen waarin tot een bepaalde klasse van schuldeisers of aandeelhouders onder het akkoord minder zouden ontvangen dan zij zouden ontvangen in het geval zijn hun rechten zouden inroepen of indien de boedel van de schuldenaar in faillissement zou worden vereffend.

Ten aanzien schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht geldt dat zij het recht van parate executie hebben en daarmee een contante opbrengst kunnen realiseren. Om die reden is in onderdeel a van dit lid bepaald dat een tegenstem van een klasse van schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht niet met een algemeen verbindend verklaring van het akkoord kan worden "overruled" indien de tot die klasse behorende schuldeisers onder het akkoord een contant bedrag ontvangen dat lager is dan de onderhandse verkoopwaarde van de goederen waarop het pand- of hypotheekrecht is gevestigd hebben.

Ten aanzien van schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud geldt dat zij de door hen geleverde goederen kunnen opeisen indien de prijs niet wordt voldaan. Om die reden is in onderdeel b van dit lid bepaald dat een tegenstem van een klasse schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud niet met een algemeen verbindend verklaring kan worden "overruled" indien de tot die klasse behorende schuldeisers onder het akkoord een contant bedrag ontvangen dat lager is dan de prijs waarvoor de betreffende goederen aan de schuldenaar zijn geleverd.

Ten aanzien van klassen van preferente schuldeisers geldt dat zij zich in geval van faillissement met voorrang op de boedel kunnen verhalen. Concurrente schuldeisers hebben dat recht niet, maar in beide gevallen zou het akkoord niet als redelijk kunnen worden aangemerkt indien de uitkering die zij onder het akkoord zouden ontvangen die lager is dan de uitkering die zij zouden ontvangen indien de boedel van de schuldenaar in faillissement zou worden vereffend. In onderdeel c is dit expliciet opgenomen. Ten aanzien van aandeelhouders geldt goedgevoel hetzelve: indien zij onder het akkoord minder zouden ontvangen dan in geval van vereffening na faillissement, kan het akkoord jegens niet als redelijk worden aangemerkt.

### *Lid 3*

Dit lid bevat een algemene vangnetbepaling die beoogt te voorkomen dat akkoorden om oneigenlijke reden worden aangeboden of de uit het akkoord voortvloeiende schade door de meerderheid van de schuldeisers of aandeelhouders ten laste van de minderheid wordt gebracht. Indien één van de in dit lid genoemde omstandigheden zich voordoet, moet de

rechtbank het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord afwijzen. Voor de formulering "wijst af" is gekozen teneinde tot uitdrukking te brengen dat de rechtbank hier geen discretionaire bevoegdheid heeft. De gevallen waarin de rechtbank het verzoek tot algemeen verbindend verklaring moet afwijzen stemmen voor wat betreft de gronden b tot en met d overeen met de gevallen waarin de rechtbank op grond van artikel 153 Fw de homologatie van een akkoord in faillissement weigeren. Zij dienen er vooral te voorkomen dat het akkoord wordt aangeboden teneinde een verzoek tot faillietverklaring op te houden of de behandeling ervan oneigenlijk te vertragen. In dit kader wordt verwezen naar de toelichting bij het voorgestelde artikel 3c, dat voor de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden de mogelijkheid opent om te verzoeken dat de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst.

Onderdeel a behelst dat de rechtbank het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord moet afwijzen indien door toewijzing van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord de belangen van een of meer schuldeisers dan wel aandeelhouders door toewijzing onevenredig worden geschaad. Een dergelijke bepaling komt niet voor in de regeling ten aanzien van het akkoord in faillissement en het akkoord in surseance van betaling. Het onderdeel is erop gericht te voorkomen dat de lasten van de herstructurering om oneigenlijke redenen of met behulp van een manipulatieve of anderszins incorrecte stemprocedure ten laste van de minderheid van schuldeisers of aandeelhouders wordt gebracht. Het onderdeel is gebaseerd op de jurisprudentie ten aanzien van de scheme of arrangement, waarin enkele eisen worden gesteld, namelijk dat (i) "the statutory majority must act bona fide and not coercing the minority, (ii) an intelligent and honest person, a member of the class concerned and acting in his own interest might reasonably approve the scheme en (iii) there must be no blot on the scheme". Chapter 11 kent soortgelijke criteria, namelijk dat "the plan must not discriminate unfairly and is fair and equitable with respect to each class."

Indien men de in Engeland en Wales en de Verenigde Staten aangelegde criteria naar Nederlandse context vertaalt, kan worden gesteld dat de belangen van aandeelhouders of schuldeisers die tegen het akkoord hebben gestemd door algemeen verbindend verklaring daarvan in elk geval onevenredig worden geschaad indien (i) het akkoord geen ander doel dient dan het op de tegenstemmende minderheid afwentelen van het risico van de reorganisatie, (ii) geen redelijk denkend schuldeiser of aandeelhouder voor het akkoord zou hebben gestemd of (iii) de stemming over het akkoord oneerlijk is verlopen.

#### *Lid 4*

Dit lid houdt verband met de mogelijkheid dat het akkoord een wijziging inhoudt van toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit rechtsverhoudingen die ten tijde van het akkoord bestaan. De mogelijkheid van wijziging van toekomstige verplichtingen is ook voorzien in de regeling van de scheme of arrangement, waarop de voorgestelde regeling is gebaseerd. In de scheme of arrangement is echter voor de aanneming van het akkoord de instemming van alle klassen vereist. Aldus kunnen de schuldeisers jegens wie de schuldenaar de toekomstige verplichtingen verschuldigd zal worden door tegen het akkoord te stemmen voorkomen dat die verplichtingen worden aangepast. In de regeling van de scheme of arrangement is echter niet voorzien in de mogelijkheid dat de aanbieder van het akkoord alsnog de algemeen verbindend verklaring kan verzoeken indien het akkoord is verworpen. Deze mogelijkheid is met lid 2 van dit artikel wel voorzien in de thans voorgestelde regeling.

Een aantal stakeholders heeft in dit kader naar voren gebracht dat een wijziging van toekomstige verplichtingen onredelijk bezwarend zou kunnen zijn voor de partij jegens wie de verplichtingen gewijzigd worden: zij zou ertoe kunnen leiden dat die partij zelf in de problemen komt met zijn business-model of financieringsstructuur en in het ergste geval zijn eigen verplichtingen niet meer kan nakomen. Dit risico wordt ondervangen doordat de betreffende schuldeisers in een klasse worden ondergebracht die tegen het akkoord kan stemmen en daarmee het akkoord op grond van het voorgestelde artikel 372 lid 2 en 3 is verworpen. De aanbieder kan op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 2 dan weliswaar alsnog een algemeen verbindend verklaring van het akkoord verzoeken, maar ook daarbij is voorzien in bescherming. Zo moet de rechter op grond van het voorgestelde lid 2 toetsen of het akkoord alle omstandigheden in aanmerking genomen redelijk is en moet het verzoek tot algemeen verbindend verklaring op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 3 onderdeel a door de rechter worden afgewezen indien de belangen van een of meer schuldeisers dan wel aandeelhouders door toewijzing van het verzoek onevenredig worden geschaad. Indien dus de betreffende schuldeisers aannemelijk kunnen maken dat het akkoord niet redelijk is en/of dat een wijziging van de overeenkomst voor de toekomst ertoe leidt dat hun belangen onevenredig worden geschaad, zal het akkoord door de rechter niet algemeen verbindend worden verklaard.

De tweede waarborg is gelegen in dit lid. Zij houdt in dat de betreffende schuldeisers de overeenkomst op grond van het voorgestelde artikel 373 lid 4 kunnen beëindigen per de datum waarop de beslissing tot algemeen verbindend verklaring in kracht van gewijsde gaat. Wel is bepaald dat de schuldenaar de rechtbank kan verzoeken nadere voorwaarden

aan de beëindiging te stellen. Dergelijke voorwaarden zouden bijvoorbeeld kunnen inhouden dat eerst tegen een bepaalde, latere, datum mag worden beëindigd of dat een boeteclausule buiten toepassing blijft. Op deze wijze wordt een balans gecreëerd tussen enerzijds het belang van de schuldenaar om niet vast te blijven zitten aan een overeenkomst die in de weg staat aan een succesvolle reorganisatie en anderzijds het belang van zijn contractspartner om niet vast te komen zitten die hem zelf in de problemen brengt.

## **Artikel 374     Het verzoekschrift**

### *Inleidende opmerkingen*

Dit artikel regelt wanneer het verzoek tot algemeen verbindend verklaring kan worden gedaan alsmede aan welke vereisten het verzoek moet voldoen.

### *Lid 1*

In het eerste lid is bepaald dat tussen het moment waarop schuldeisers en aandeelhouders van de uitslag van de stemming kennis kunnen nemen en het moment waarop het verzoek tot algemeen verbindend verklaring wordt ingediend minimaal acht dagen moeten zitten. Deze termijn is overgenomen uit de regeling van het akkoord in faillissement, die erin voorziet dat schuldeisers gedurende acht dagen inzage kunnen krijgen in het proces-verbaal van de stemming over het akkoord.

### *Lid 2*

In dit lid is bepaald dat welke documenten aan het verzoekschrift moeten worden gehecht. Daaronder vallen zowel het uiteindelijk bereikte akkoord als het oorspronkelijke voorstel. De rechtbank moet van beide documenten kunnen kennisnemen om te kunnen vaststellen of er in de tussentijd wijzigingen zijn doorgevoerd. Dat kan de beoordeling van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring bijvoorbeeld van belang zijn bij de beoordeling of een tegenstemmende klasse in redelijkheid tot haar stemgedrag heeft kunnen komen. Indien bijvoorbeeld vergaande aanpassingen zijn doorgevoerd om de betreffende klasse tegemoet te komen, zal dat kunnen bijdragen aan het oordeel dat zij niet in redelijkheid tot haar stemgedrag heeft kunnen komen.

Ten aanzien van aandeelhouders geldt dat er sprake kan zijn van aandelen op naam en aandelen aan toonder. In het geval van aandelen op naam weet de vennootschap wie haar aandeelhouders zijn. In het geval van aandelen aan toonder weet zij dat doorgaans niet en



zal de oproeping moeten plaatsvinden langs een daartoe door de rechtbank aangewezen weg.

#### *Lid 3*

Dit lid is opgenomen om te benadrukken dat het verzoek tot algemeen verbindend verklaring met de meeste spoed moet worden behandeld teneinde te bewerkstelligen dat de herstructurering zo snel mogelijk haar beslag kan krijgen.

### **Artikel 375 Vaststelling van de datum van de terechtzitting**

#### *Inleidende opmerkingen*

Dit artikel regelt de vaststelling van de datum van de terechtzitting en opent de mogelijkheid om bezwaren in te dienen tegen de algemeen verbindend verklaring.

#### *Lid 1*

De in dit lid voorgestelde regeling verschilt enigszins van de regeling van het akkoord in faillissement (artikel 150 lid 1 Fw). De regeling van het akkoord in faillissement voorziet erin dat de rechter-commissaris voor het sluiten van de vergadering waarin over het akkoord is gestemd de terechtzitting bepaalt waarop de rechtbank de homologatie zal behandelen. Nu de thans voorgestelde regeling ervan uitgaat dat de stemming buitengerechtelijk plaatsvindt, kan een dergelijke regeling niet aan de orde zijn. Om die reden is bepaald dat de rechtbank de datum van de terechtzitting over het verzoek tot algemeen verbindend verklaring bepaalt zodra zij het verzoek heeft ontvangen.

#### *Lid 2*

De in dit lid voorgestelde regeling is overgenomen uit de regeling voor het akkoord in faillissement (artikel 151 Fw). Zij maakt het mogelijk dat schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd en die bezwaren hebben tegen de algemeen verbindend verklaring die bezwaren bij de rechtbank kunnen indienen. Schuldeisers en aandeelhouders kunnen op grond van het voorgestelde artikel 377 lid 1 hun bezwaren ook op de zitting zelf kenbaar maken.

### **Artikel 376 Procedurevoorschriften voor de oproeping en de verzending van processtukken**

### *Inleidende opmerkingen*

Deze leden regelen de oproeping en de verzending van processtukken. Gepoogd is de regeling zodanig in te richten dat voor de oproeping en de verzending van processtukken zo weinig mogelijk kosten behoeven te worden gemaakt alsmede haar geschikt te maken voor gevallen waarin de rechten van weinig schuldeisers en aandeelhouders worden gewijzigd als gevallen waarin de rechten van een groot aantal schuldeisers en aandeelhouders worden gewijzigd.

### *Lid 1, 2 en 3*

Ten aanzien van de oproeping is gekozen voor een overname van de regeling uit artikel 1013 Rv waarin de oproeping wordt geregeld in geval van een verzoekschrift betreffende de verbindend verklaring van een overeenkomst strekkend tot collectieve schadeafwikkeling. Niet is ervoor gekozen om, zoals in artikel 1013 lid 5 Rv te bepalen dat de oproeping geschiedt door aankondiging van de terechtzitting in één of meer nieuwsbladen. Dat zou er immers toe kunnen leiden dat onnodig alom bekend wordt dat er een akkoord en daarmee financiële problemen aan de orde zijn. Indien het echter gaat om onbekende schuldeisers of aandeelhouders zal het in een nieuwsblad of internet bekend maken van de oproeping echter onvermijdelijk zijn wil men bereiken dat het akkoord ook tegen die schuldeisers en/of aandeelhouders kan worden ingeroepen.

Ook de regeling ten aanzien van de stukkenwisseling in lid 3 is overgenomen uit de Wet Collectieve afwikkeling massaschade.

## **Artikel 377 Horen van partijen en deskundigen**

### *Inleidende opmerkingen*

Dit artikel verankert het beginsel van hoor en wederhoor in de procedure. Het artikel is geïnspireerd op de regeling ten aanzien van het horen van schuldeisers in geval van dwangakkoord in faillissement, en op de Wet Collectieve afwikkeling massaschade.

### *Lid 1*

De regeling van het dwangakkoord in faillissement voorziet erin dat alle schuldeisers, en dus niet slechts de schuldeisers ten aanzien van wie het akkoord verbindend is, kunnen aangewezen waarom zij homologatie van het akkoord niet wenselijk achten (artikel die is opgenomen in artikel 152 lid 1 Fw). Daarvoor in de in dit lid voorgestelde regeling niet gekozen. Zulks zou immers veronderstellen dat alle schuldeisers en aandeelhouders zouden

moeten worden opgeroepen, hetgeen ertoe leidt dat algemeen bekend wordt dat een akkoord aan de orde is. De negatieve publiciteit die daarmee gepaard gaat kan ertoe leiden dat de onderneming alsnog ten onder gaat.

#### *Lid 2*

Deze regeling is overgenomen uit artikel 1016 lid 1 Rv. Evenals bij een overeenkomst strekkend tot collectieve schadeafwikkeling zal bij het akkoord mogelijk zijn uitgegaan van verschillende aannames zoals bijvoorbeeld ten aanzien van het contante bedrag van de goederen waarop zekerheid is gevestigd of de uitkering die in geval van faillissement voor een bepaalde schuldeiser is te verwachten. Voor de rechtbank kan het daarbij van belang zijn om te toetsen of deze aannames wel reëel zijn teneinde te kunnen beoordelen of de belangen van schuldeisers of aandeelhouders door het akkoord niet onevenredig worden geschaad dan wel of tegenstemmende klassen van schuldeisers of aandeelhouders in redelijkheid tot hun stemgedrag hebben kunnen komen. Dit lid biedt de rechtbank de mogelijkheid alsdan een deskundige in te schakelen.

### **Artikel 378      Aanvulling van het akkoord**

Dit artikel biedt de rechtbank de mogelijkheid partijen de gelegenheid te geven het akkoord aan te vullen. Daaraan kan behoefte bestaan indien het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord zonder de betreffende aanvulling zou worden afgewezen. Alsdan zou immers een nieuw akkoord moeten worden aangeboden, hetgeen tijd en geld kost.

### **Artikel 379      Hoger beroep**

#### *Inleidende opmerkingen*

De algemeen verbindend verklaring van het akkoord leidt tot een inmenging in de eigendom van schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd. Voor de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd, betekent de algemeen verbindend verklaring van het akkoord dat die inmenging plaatsvindt tegen hun wil. Een inmenging in de eigendom is een zo zwaar middel dat een procedure in twee instanties aangewezen wordt geacht. Aldus zijn tegen de beschikking van de rechtbank ten aanzien van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord hoger beroep en cassatie mogelijk. Ook op dit punt is aangesloten bij de regeling van de scheme of arrangement zoals die geldt in Engeland en Wales.

#### *Lid 1 en 2*

Deze leden regelen dat hoger beroep kan worden ingesteld tegen de beslissing van de rechtbank op het verzoek tot algemeen verbindend verklaring. Indien het verzoek is afgewezen, kan daartegen beroep worden ingesteld door de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden. Niet is ervoor gekozen om ook de schuldeisers of aandeelhouders die voor het akkoord hebben gestemd de mogelijkheid te geven hoger beroep in te stellen. Daarmee zou de onderneming de regie teveel kwijtraken.

Indien het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord is toegewezen, kan daartegen hoger beroep worden ingesteld door de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd. De overige schuldeisers en aandeelhouders, die voor het akkoord hebben gestemd, hebben immers geen belang bij het instellen van hoger beroep.

#### *Lid 3*

Dit lid komt overeen met de regeling van het dwangakkoord in faillissement (artikel 155 lid 1 Fw) en geeft aan dat hoger beroep bij verzoekschrift moet worden ingesteld.

#### *Lid 4*

Dit lid is opgenomen teneinde te voorkomen dat het hoger beroep tot zodanig veel tijdsverlies leidt dat het akkoord niet meer uitvoerbaar is. De termijn komt overeen met de regeling van het dwangakkoord in faillissement (artikel 155 lid 1 Fw).

### **Artikel 380      Beroep in cassatie**

Hierboven is bij de toelichting ten aanzien van artikel 379 al aangegeven dat een procedure in twee instanties aangewezen wordt geacht. Om de snelheid te bewaren is ook de termijn voor behandeling van het cassatieberoep kort gehouden.

### **Artikel 381      Executoriale titel en uitsluiting verzet**

#### *Inleidende opmerkingen*

Dit artikel komt overeen met artikel 159 Fw, dat regelt dat de beschikking van de rechtbank tot homologatie van een akkoord een executoriale titel oplevert. Het artikel regelt de uitvoering van het akkoord en beoogt zoveel mogelijk te voorkomen dat schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd zich aan het akkoord zullen kunnen onttrekken.

### *Lid 1*

Dit lid bewerkstelligt kort gezegd dat de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden met de uitspraak houdende de algemeen verbindend verklaring in de hand de partijen van wie de rechten worden gewijzigd tot medewerking kan dwingen.

### *Lid 2*

Dit lid is van belang voor zover het akkoord bijvoorbeeld een wijziging van de statuten vergt of bijvoorbeeld een splitsing. Voor dergelijke besluiten is een notariële akte vereist. Op grond van dit lid is een notariële akte niet nodig. Voor zover de uitvoering van het akkoord een notariële akte vereist, treedt de in kracht van gewijsde gegane beschikking tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord voor de notariële akte in de plaats.

### *Lid 3*

Voor zover de uitvoering van het akkoord maatregelen vergt waartegen crediteuren in verzet kunnen komen, wordt dat verzet door dit lid uitgesloten. Het betreft dan bijvoorbeeld het verzet van crediteuren tegen het intrekken van aandelen of het verminderen van het kapitaal (artikel 2:100/210 lid 2 BW). Op deze wijze wordt tijd en geld bespaard terwijl de belangen van de betreffende crediteuren worden gewaarborgd door de toets van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord.

## **Artikel 382 Niet verbindendheid van het akkoord jegens schuldeisers en aandeelhouders die niet in de gelegenheid zijn gesteld over het akkoord te stemmen of niet zijn opgeroepen**

Dit artikel beoogt schuldeisers en aandeelhouders de garantie te bieden dat hun rechten niet worden gewijzigd zonder dat zij daarvan op de hoogte zijn en zonder dat zij zich daarover kunnen uitspreken.

Het artikel bepaalt dat het akkoord niet werkt jegens een schuldeiser of aandeelhouder van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd indien de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden redelijkerwijs wist of behoorde dat te weten dat zijn rechten werden gewijzigd, maar hem toch akkoord niet heeft voorgelegd en niet in de gelegenheid heeft gesteld om te stemmen. Hetzelfde geldt ten aanzien van een schuldeiser of aandeelhouder van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, maar die niet behoorlijk is opgeroepen in de procedure waarin het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord is behandeld. De achtergrond van deze bepaling is

dat de procedure waarin het akkoord tot stand komt grotendeels, namelijk in elk geval tot aan het indienen van het verzoek tot algemeen verbindend verklaring buitengerechtelijk is. Ook nadien berust een grote verantwoordelijkheid bij de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden doordat de oproeping voor de terechtzitting daarover op grond van het voorgestelde 376 lid 1 wordt verzorgd door de schuldenaar of de schuldeiser die de algemeen verbindend verklaring van het akkoord verzoekt.

Deze opzet heeft als voordeel dat zij flexibel en relatief snel is en bovendien leidt tot zo min mogelijk kosten. Zij zou de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord aanbiedt echter ook in de verleiding kunnen brengen om schuldeisers of aandeelhouders van wie hij vermoedt dat hun stemgedrag hem onwelgevallig zal zijn buiten de stemming over het akkoord te houden. Zulks is onaanvaardbaar, nu het akkoord in wezen een overeenkomst is tussen de verschillende partijen en de totstandkoming van een overeenkomst de instemming van beide partijen vergt. Aldus gaat het niet aan dat de rechten van schuldeisers of aandeelhouders worden gewijzigd zonder dat zij zich daarover hebben kunnen uitspreken.

De met dit voorstel te introduceren regeling van het dwangakkoord buiten faillissement zal komen te gelden voor ondernemingen die worden gedreven door een rechtspersoon of een personenvennootschap. Ten aanzien van rechtspersonen bepaalt artikel 2:10 BW lid 1 bepaalt dat het bestuur verplicht is van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon een zodanige administratie bij te houden dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Artikel 3:15i BW bevat een vergelijkbare bepaling ten aanzien van personenvennootschappen. Aldus gaat de wet ervan uit dat de onderneming weet wie haar schuldeisers zijn. In dat systeem past het te verlangen dat schuldeisers van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd in de gelegenheid worden gesteld over het akkoord te stemmen en worden opgeroepen voor de terechtzitting over het verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord.

Ten aanzien van aandeelhouders geldt dat houders van aandelen op naam bij de vennootschap bekend zijn doordat zij in het aandeelhoudersregister zijn geregistreerd (artikel 2:84/194 lid 1 BW) en de rechtspersoon aldus over hun namen en woonplaatsen beschikt. Ten aanzien van houders van aandelen aan toonder geldt dat deze in beginsel slechts bij de vennootschap bekend zijn indien zij zich bekend hebben gemaakt op grond van de Wet melding zeggenschap. Voor het overige zullen zij moeten worden opgeroepen door middel van bijvoorbeeld een advertentie. Overigens zal het in de gevallen dat een akkoord wordt aangeboden aan aandeelhouders aan toonder in de meeste gevallen zo zijn

dat de vennootschap zich tevoren verzekert van voldoende steun van bijvoorbeeld een grote aandeelhouder. Dat neemt echter niet weg dat in dat geval ook de rechten van kleine aandeelhouders worden gewijzigd. Zulks is echter in de wet geen onbekend verschijnsel nu bijvoorbeeld ook de uitkoopregeling van artikel 2:201a BW voorziet in de mogelijkheid van onbekende aandeelhouders.

### **Artikel 383 Internationale verwikkelingen**

Dit artikel dient om de regeling van het dwangakkoord buiten faillissement onder de werking van de Insolventieverordening te brengen. Zulks maakt erkenning automatische erkenning van de regeling in andere EU-lidstaten gemakkelijker.

### **Artikel III Samenloop**

PM

### **Artikel III Inwerkingtreding**

Dit artikel bevat de gebruikelijke inwerkingtredingsbepaling.

### **Artikel IV Citeertitel**

In verband met de herkenbaarheid alsmede om de verbondenheid tussen de verschillende maatregelen uit de tweede pijler te benadrukken, is ervoor gekozen de drie wetsvoorstellen die van deze pijler deel uit te maken te noemen Wet Continuïteit Ondernemingen I, II en III. Dit is het tweede wetsvoorstel uit de tweede pijler. Om die reden in de citeertitel Wet Continuïteit Ondernemingen II.

De Minister van Veiligheid en Justitie,