

Vergaderjaar 2018–2019

35 249

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

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I Algemeen deel

1. Doel en inhoud van het wetsvoorstel

Met dit wetsvoorstel wordt een regeling ingevoerd op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders betreffende de herstructurering van schulden kan goedkeuren (homologeren). De homologatie leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd, kunnen toch aan het akkoord worden gebonden als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde eisen voldoet. Daarom wordt in deze context ook wel de term «*dwangakkoord*» gebruikt. De regeling wordt onderdeel van de Faillissementswet (Fw).

De voorgestelde Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: WHOA) ziet primair op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. Doel is het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken. In Nederland ontbreekt een wettelijke regeling voor een dwangakkoord buiten faillissement. Op dit moment kan een onderhands schuldsaneringsakkoord alleen tot stand komen als alle betrokken vermogensverschaffers – d.w.z. schuldeisers en aandeelhouders – daarmee instemmen. Elke individuele vermogensverschaffer heeft daardoor een prikkel om instemming te weigeren om daarmee een betere positie voor zichzelf te creëren. Hierdoor is het moeilijk en vaak onmogelijk om tot overeenstemming te komen. Op deze wijze kan het gedrag van één of enkele dwarsliggende schuldeisers of aandeelhouders er toe leiden dat de onderneming alsnog faillieert of dat de andere vermogensverschaffers – om een faillissement te voorkomen – een onevenredig deel van de herstructureringslasten voor hun rekening moeten nemen. De WHOA biedt een oplossing voor dit probleem. Bedoeling is dat de WHOA het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringsstraject versterkt en dat de mogelijkheid van een dwangakkoord dient

als «*uiterste redmiddel*»). De WHOA beoogt op geen enkele wijze afbreuk te doen aan de bestaande praktijk van buitengerechtelijke herstructureringen. Integendeel, de WHOA heeft mede tot doel deze praktijk te versterken. In het minnelijke herstructureringstraject onderhandelen partijen tegen de achtergrond van het alternatief van de wettelijke regeling. Omdat de WHOA een effectief middel biedt om een oplossing gerechtelijk op te laten leggen, zullen dwarsliggers minder gauw kunnen overvragen. Dit zal het bereiken van overeenstemming faciliteren. Het enkele feit dat er een effectieve en efficiënte regeling bestaat die leidt tot een snelle finale beslissing van de rechter, kan de noodzaak van een daadwerkelijke gang naar de rechter voorkomen.

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

Het wetsvoorstel maakt deel uit van het Programma «Herijking Faillissementsrecht». Zoals de Tweede Kamer bij brief van 26 november 2012 is meegedeeld, rust dat programma op drie pijlers: (i) fraudebestrijding, (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure.¹ Dit wetsvoorstel is onderdeel van de tweede pijler. Thans is voorzien dat de tweede pijler in totaal zal bestaan uit vier wetsvoorstellen, waaronder het onderhavige voorstel. De overige drie wetsvoorstellen betreffen vooralsnog de invoering van:

- (i) een regeling waarin een uitdrukkelijke wettelijke grondslag wordt geboden voor een in de praktijk ontwikkelde methode (ook wel aangeduid als de «pre-pack») waarbij de rechtbank kort voor een verwachte faillietverklaring van een onderneming op verzoek van het bestuur in stilte al aanwijst wie in geval van faillissement zal worden benoemd tot curator; de Wet Continuïteit Ondernemingen I²,
- (ii) een Wet overgang van onderneming in faillissement³, en
- (iii) verschillende maatregelen die erop gericht zijn de effectiviteit van de surseance en de faillissementsregeling te vergroten.

2. Achtergrond en aanleiding voor het wetsvoorstel

Bij ondernemingen van enige omvang is het gebruikelijk dat, wanneer zich ernstige financiële problemen aandienen, door het bestuur of de feitelijk leidinggevenden (hierna, kort gezegd: het bestuur) adviseurs worden benaderd waarmee wordt gezocht naar een oplossing. Veelal worden de schuldeisers in een dergelijk herstructureringstraject verzocht akkoord te gaan met een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de uitstaande vorderingen, dan wel omzetting daarvan in aandelenkapitaal. Echter, zolang er geen sprake is van faillissement of surseance van betaling, wordt de totstandkoming van dergelijke afspraken beheerst door de algemene regels van het vermogensrecht. Daarbij geldt de wettelijke hoofdregel dat schuldeisers aanspraak kunnen maken op volledige betaling van hun vordering. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan – op grond van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW) – plaats zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee

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

² Kamerstukken I 2015–2016, 34 218.

³ https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

te werken.⁴ Volgens de Hoge Raad ligt het in beginsel op de weg van de schuldenaar die zodanige medewerking in rechte wenst af te dwingen, om specifieke feiten en omstandigheden te stellen en te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met het akkoord heeft kunnen komen.⁵

De oplossing voor de financiële problemen kan eveneens gezocht worden in het aantrekken van nieuw kapitaal. Aan aandeelhouders wordt dan gevraagd een aanvullende investering te doen in de onderneming of om akkoord te gaan met de uitgifte van nieuwe aandelen om op die manier nieuwe investeerders te kunnen aantrekken (vgl. artikel 2:96a en 206a BW). Ook voor de aandeelhouders geldt dat zij in principe vrij zijn om al dan niet hun medewerking te verlenen en dat zij niet kunnen worden gedwongen nieuwe aandelen te nemen (artikel 2:81 en 192 BW). Het voorkeursrecht van aandeelhouders bij de uitgifte van nieuwe aandelen kan vanwege financiële nood van de onderneming opzij worden gezet door de rechter.⁶

Als het Nederlandse insolventierecht wordt vergeleken met regimes van andere landen, dan komt hieruit naar voren dat Nederland het goed doet waar het gaat om de afwikkeling van faillissementen.⁷ Wat betreft de herstructureringsmogelijkheden voor ondernemingen blijft Nederland echter ruim achter. De huidige akkoordregeling in surseance is ineffectief gebleken en blijft om deze reden in de praktijk zo goed als ongebruikt, terwijl de praktijk juist dringend behoefte heeft aan een werkbare akkoordregeling buiten faillissement. Dit blijkt uit de literatuur⁸ en uit de reacties op de twee voorontwerpen waarover in 2014 en 2017 is geconsulteerd⁹. In dit verband wordt ook verwezen naar het feit dat talloze bedrijven over de gehele wereld de afgelopen jaren naar het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten zijn gegaan om hun financiële problemen op te lossen. Daar hebben zij gebruik gemaakt van respectievelijk de «*Scheme of Arrangement*» en de «*Chapter 11*»-procedure. Hieronder waren ook verschillende Nederlandse bedrijven.¹⁰ Voorts heeft de Europese Commissie eind 2016 een richtlijnvoorstel uitgebracht dat ervoor moet zorgen dat 1) «*levensvatbare ondernemingen en ondernemers in financiële moeilijkheden* [in iedere lidstaat] *toegang hebben tot doeltreffende nationale preventieve herstructureringsstelsels die hen in staat stellen hun activiteiten voort te zetten*; 2) *eerlijke ondernemers die insolvent zijn of een overmatige schuldenlast hebben na een redelijke termijn een volledige kwijtschelding van schuld kunnen krijgen*

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

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

⁶ Ondernemingskamer 31 december 2009, Inter Access, ECLI:NL:HAMS:2009:BL3680.

⁷ Dit blijkt onder meer uit de «*Doing Business indicator*» van de Wereldbank (<http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/resolving-insolvency>) en uit de «*Insolvency Indicator*» van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) (<http://www.oecd.org/eco/growth/policies-for-productivity-the-design-of-insolvency-regimes-across-countries-2018-going-for-growth.pdf>).

⁸ Sinds 1835 wordt al gepleit voor een akkoordregeling buiten insolventie. Zie voor een beknopte samenvatting van deze geschiedenis N.W.A. Tollenaar, «*Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk*» (diss. 2016), paragraaf 1.2.).

⁹ <https://www.internetconsultatie.nl/wco2/details> en <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie>.

¹⁰ De meeste zaken blijven vertrouwelijk en komen niet in de openbaarheid. Enkele openbare voorbeelden zijn Van Gansewinkel Groep B.V. (Engelse scheme); New World Resources (scheme); Indah Kiat International Finance Company B.V. (scheme); DAP Holdings N.V. (scheme); European Directories (scheme); Estro Groep B.V. (scheme); NEF Telecom B.V. (scheme); Magyar Telecom B.V. (scheme); Nortel Networks B.V. (Engelse administration), Eurodis B.V. (Engelse pre-pack); Almatris B.V. (Ch. 11, VS); Marco Polo Seatrade B.V. (Ch. 11, VS); Global Telesystems Europe B.V. (Ch. 11, VS); Versatel Telecom International N.V. (Ch. 11); United Pan-Europe Communications N.V. (Ch. 11).

waardoor hen een tweede kans wordt gegeven; en 3) dat de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld efficiënter worden [...]» (hierna: de richtlijn).¹¹ De richtlijn heeft tot doel bij te dragen aan het goed functioneren van de interne markt en een eind te maken aan de belemmeringen voor het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging, die voortvloeien uit verschillen tussen nationale regelingen. Eind december 2018 hebben de Raad, het Europees Parlement en de Europese Commissie overeenstemming bereikt over deze richtlijn.¹² Het eerste onderdeel van de richtlijn verplicht de lidstaten een regeling in te voeren voor een pre-insolventie-akkoordprocedure. Het wetsvoorstel sluit hierbij aan. In het artikelsgewijze deel van deze memorie van toelichting wordt dit nader toegelicht. Voor de implementatie van de richtlijn zal een afzonderlijk wetsvoorstel worden opgesteld. De memorie van toelichting bij dat wetsvoorstel zal een transponeringstabel omvatten waarin ook zal worden aangegeven op welke wijze de WHOA overeenkomt met het eerste onderdeel van de richtlijn.

Het wetsvoorstel dat – geïnspireerd is op de «*Scheme of Arrangement*» en de «*Chapter 11*»-procedure – beoogt met de WHOA een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het midden en kleinbedrijf (hierna: MKB). Wel is de verwachting dat in eerste instantie vooral grotere bedrijven voor de WHOA in aanmerking komen. De grootste winst van de WHOA voor kleinere ondernemingen zal aanvankelijk bestaan in een verbetering van hun positie als crediteur (vaak als toeleverancier). In de regel nemen kleinere ondernemingen in een faillissement de positie van concurrente crediteur in. Een schuldeiser met een concurrente vordering krijgt als laagst gerangschikte crediteur bij faillissement van zijn schuldenaar in de meeste gevallen geen of slechts een klein gedeelte van zijn vordering uitgekeerd. Uit Amerikaans onderzoek naar de toepassing van «*Chapter 11*»-procedure blijkt echter dat concurrente schuldeisers bij een dwangakkoord gemiddeld 52% van hun vordering ontvangen.¹³ Het is daarom waarschijnlijk dat toepassing van de WHOA in ieder geval in indirecte zin de positie van kleinere ondernemingen als crediteur versterkt.

3. Korte beschrijving van de inhoud van de regeling

3.1 Inleiding

Het wetsvoorstel voorziet met de WHOA in een regeling op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord betreffende de herstructurering van de schulden van een schuldenaar, zodat de schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd toch aan het akkoord kunnen worden gebonden (artikel 385). De voorgestelde regeling wordt in de Faillissementswet opgenomen in een nieuwe afdeling 4.2 (Homologatie van een onderhands akkoord), die weer opgedeeld is in vier paragrafen:

¹¹ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU 2016/0359 (COM/2016/723/FINAL) (*Kamerstukken II 2016/17*, 22 112, nr. 2292 (BNC fiche).

¹² Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18.

¹³ The economic impact of Chapter 11 reorganization versus Chapter 7 liquidation, Wade D Druin en Mike Allgrunn, in *Journal of Criminal Justice and Legal issues*, Volume 2, September, 2014.

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

De schuldenaar kan het traject voor het tot stand brengen van een akkoord zelf in gang zetten. Het is echter ook mogelijk dat schuldeisers, aandeelhouders of de binnen de onderneming ingestelde onderne­mingsraad (OR) of personeelsvertegenwoordiging het initiatief nemen. Zij kunnen de rechter vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdes­kundige die vervolgens een akkoord kan voorbereiden en aan de betrokken schuldeisers en aandeelhouders kan voorleggen.

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

1. De onderneming ten behoeve waarvan het akkoord wordt aan­ge­bo­den, verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken (artikelen 370, eerste lid, en 371, derde lid).
2. Doel van het akkoord kan zijn:
 - a. het afwenden van een dreigend faillissement van een onderneming die na een herstructurering van de schulden weer financieel gezond is, of
 - b. de afwikkeling van een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft en ook niet meer zal krijgen, waarbij een beter resultaat wordt behaald dan wanneer die afwikkeling zou plaatsvinden in faillissement.
3. Uit de stemming blijkt dat er in ieder geval één categorie (hierna: klasse) van betrokken schuldeisers of aandeelhouders is die het akkoord met de vereiste meerderheid steunt.
4. Het akkoord is redelijk in de zin dat de schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord worden betrokken erbij gebaat zijn of er in ieder geval niet op achteruit gaan, als het akkoord tot stand komt. Dit betekent tenminste dat:
 - a. de schuldeisers en aandeelhouders op basis van het akkoord niet in een aanmerkelijk slechtere positie komen dan in faillissement (artikel 384, derde lid);
 - b. de waarde (hierna: reorganisatiewaarde) die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden *eerlijk* onder de schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld (d.w.z. dat de reorganisatiewaarde verdeeld wordt conform de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar, tenzij één of meer klassen instemmen met een ander voorstel) (artikel 384, vierde lid, onder a), en
 - c. schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld zouden ontvangen en met de meerderheid van hun klasse tegen het akkoord hebben gestemd, het recht moeten hebben om «uit te stappen» (d.w.z. dat zij de mogelijkheid moeten hebben om te kiezen voor een uitkering in geld) (artikel 384, vierde lid, onder b).

Als alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en de besluitvor­ming zuiver is geweest (dat wil zeggen dat geen sprake is van één van de afwijzingsgronden opgenomen in artikel 384, tweede lid), mag ervan worden uitgegaan dat het akkoord *redelijk* is. Het is echter mogelijk dat er schuldeisers of aandeelhouders zijn die niet met het

akkoord hebben gestemd en zich verzetten tegen de homologatie. Als deze schuldeisers of aandeelhouders kunnen aantonen dat het akkoord toch *onredelijk* is omdat zij op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie komen dan in faillissement, wijst de rechter het homologatieverzoek alsnog af (artikel 384, derde lid). Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan is bepalend hoe in het aangeboden akkoord de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, verdeeld wordt onder de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Bij die verdeling mag niet ten nadele van een tegenstemmende klasse worden afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar. Als er schuldeisers of aandeelhouders zijn die met de meerderheid van hun klasse tegen het akkoord hebben gestemd en aantonen dat het akkoord niet aan deze voorwaarde voldoet, is dit eveneens een reden voor de rechter om het homologatieverzoek af te wijzen (artikel 384, vierde lid). Dit komt omdat het akkoord in dat geval een herstructureringsplan omvat waarin de reorganisatiewaarde *oneerlijk* is verdeeld en het akkoord om die reden dus onredelijk is.

Om partijen zo veel mogelijk ruimte te bieden om in goed overleg tot een akkoord te komen dat is toegesneden op de specifieke omstandigheden van het geval, is de WHOA zo veel mogelijk vormgegeven als een kaderregeling. Daarnaast is de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt. Om te voorkomen dat de rechter over punten van onzekerheid pas duidelijkheid geeft aan het eind van het traject wanneer het al te laat kan zijn, kan de schuldenaar de rechter vragen om in een eerder stadium duidelijkheid te verschaffen (artikel 378, eerste lid). Hiermee kan snel en definitief *«deal certainty»* worden verkregen; dat wil zeggen dat er snel duidelijkheid komt over de vraag of het aangeboden akkoord kans van slagen heeft of dat het nodig is het voorbereidingstraject bij te sturen en/of het aangeboden akkoord aan te passen. Deze systematiek sluit aan bij artikel 4 lid 6 van de richtlijn. Hierin is bepaald dat *«de lidstaten bepalingen kunnen vaststellen die de betrokkenheid van een rechterlijke [...] instantie in een preventief herstructureringsstelsel beperken tot situaties waarin die betrokkenheid noodzakelijk en evenredig is [...]»*. Verder biedt de WHOA duidelijkheid over wat de gevolgen zijn voor de schuldenaar en de betrokken schuldeisers en aandeelhouders van de homologatie van het akkoord en van de eventuele niet nakoming daarvan.

Tenslotte is van belang dat de WHOA voorziet in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand gebracht kan worden; 1) een *besloten akkoordprocedure buiten faillissement* en 2) een *openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement* (artikel 369, zesde lid). De openbare akkoordprocedure buiten faillissement zal worden aangemeld bij de Europese Commissie met het verzoek om deze procedure te laten opnemen in bijlage A van de Insolventieverordening.¹⁴ Bij de besloten akkoordprocedure buiten faillissement wordt niet publiek gemaakt dat de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige voornemens is om een akkoord aan te bieden en worden alle verzoeken aan de rechter in raadkamer behandeld (artikel 369, negende lid). Bij de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt aan het traject juist wel publiciteit gegeven door een kennisgeving in het insolventieregister (artikel 370, vierde lid). Verder zal in het Handelsregisterbesluit 2008 worden bepaald dat de toepassing van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement dient te worden ingeschreven in het Handelsregister. Dit is nu ook al gebruikelijk bij de andere openbare insolventieprocedures; dat wil zeggen

¹⁴ Verordening 2015/848 van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, Pb. EU L 141/19.

bij de faillietverklaring, de verlening van surseance van betaling en de toepassing van de schuldsaneringsregeling (artikel 39 van het Handelsregisterbesluit 2008). Daarnaast worden de verzoeken aan de rechter in het openbaar behandeld (artikel 369, negende lid).

Het is aan de schuldenaar of de schuldeisers en aandeelhouders dan wel de binnen de onderneming ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging – als die op basis van artikel 371, eerste lid, om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige vragen – om te bezien welke procedure het beste aansluit bij de situatie waarin de schuldenaar zich bevindt en het meeste kans biedt op succes. Zij moeten een keuze maken tussen één van beide procedures. Voor welke procedure wordt gekozen, moet in ieder geval duidelijk zijn als de rechter voor het eerst bij de poging om een akkoord tot stand te brengen, wordt betrokken. Nemen één of meer schuldeisers of aandeelhouders het initiatief om een akkoord tot stand te laten komen, dan moet hoe dan ook een keuze gemaakt worden voordat de rechter een herstructureringsdeskundige aanwijst (artikel 371, tweede lid). Is het de schuldenaar zelf die het akkoord voorbereidt en aanbiedt, dan moet die keuze in ieder geval gemaakt zijn voordat de rechter een homologatieverzoek in behandeling neemt (artikel 383, derde lid). Voor beide situaties geldt echter dat als de rechter voor die tijd al wordt benaderd met bijvoorbeeld een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode, de keuze voor één van de twee procedures in een (veel) eerder stadium gemaakt moet worden (artikel 376, derde lid). Is eenmaal gekozen voor één van de twee procedures, dan zal het traject dat afgelegd moet worden om een akkoord tot stand te kunnen brengen volledig binnen die procedure moeten plaatsvinden. Een tussentijdse overstap van de besloten naar de openbare procedure is dus niet mogelijk. Voordat de rechter een beslissing neemt over verzoeken die in het kader van de totstandkoming van het akkoord aan hem worden voorgelegd, moet hij eerst vaststellen of hij rechtsmacht heeft om deze verzoeken in behandeling te nemen. Bij de besloten akkoordprocedure buiten faillissement wordt dit bepaald aan de hand van artikel 3 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv). Bij de openbare akkoordprocedure is bepalend of het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar (de «COMI») gelegen is in één van de lidstaten van de EU (met uitzondering van Denemarken).¹⁵ Is dit het geval dan zal – door de vermelding van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement op bijlage A – op grond van de Insolventieverordening worden bepaald of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Ligt de «COMI» van de schuldenaar buiten de EU of in Denemarken, dan dient de vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft wederom beantwoord te worden aan de hand van artikel 3 Rv. Als de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, vloeit vervolgens uit de artikelen 262 en 269 Rv voort welke Nederlandse rechtbank relatief bevoegd is en dus waar de verzoeken die in het kader van de WHOA aan de rechter kunnen worden gedaan, zullen moeten worden ingediend (artikel 369, zevende en achtste lid).

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

¹⁵ «COMI» is een begrip dat wordt gebruikt in artikel 3 lid 1 van de Insolventieverordening. Het gaat om «de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die als zodanig voor derden herkenbaar is».

3.2 Aanbieding, inhoud en inrichting van het akkoord

Aanbieding van het akkoord

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

Ook één of meer schuldeisers en aandeelhouders of de binnen de onderneming ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging kunnen het initiatief nemen om een akkoord tot stand te laten komen. Zij krijgen op basis van de WHOA de mogelijkheid om bij de rechter een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Deze herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. Ook de schuldenaar kan vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Hij kan dit bijvoorbeeld doen om iedere schijn van belangenvermenging te voorkomen of om het vertrouwen in het proces en daarmee de slagingskans van het akkoord te vergroten (artikel 371, eerste lid). De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige sluit de gelijktijdige aanbieding van een akkoord door de schuldenaar uit (artikel 371, eerste lid). Op die manier concentreert de poging om een akkoord tot stand te brengen zich altijd binnen één traject.

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

De rechtbank stelt bij de aanwijzing ook het salaris van de herstructureringsdeskundige vast en bepaalt hoeveel de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de door hem ingeschakelde derden, ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan nadien nog door de rechtbank worden verhoogd. Tenzij anders is overeengekomen, dient de schuldenaar deze kosten te vergoeden (artikel 371, tiende lid). Op deze regel bestaat één uitzondering: als de meerderheid van de schuldeisers heeft verzocht om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, worden de kosten gedragen door de schuldeisers. Dit sluit aan bij artikel 5 lid 3 van de richtlijn.

Als de rechtbank besluit tot een aanwijzing, zijn de schuldenaar en allen die direct betrokkenen zijn bij de door hem gedreven onderneming – dat wil zeggen de bestuurders, de aandeelhouders en de commissarissen, alsmede de werknemers – verplicht om gevraagd en ongevraagd de herstructureringsdeskundige alle inlichtingen te verschaffen en medewerking te verlenen die deze nodig heeft om zijn taak goed te

kunnen vervullen (artikel 371, achtste lid). De herstructureringsdeskundige moet bovendien de gelegenheid krijgen om de administratie en alle overige relevante bedrijfsinformatie in te zien (artikel 371, zevende lid). De verkregen informatie deelt de herstructureringsdeskundige slechts met derden voor zover dit noodzakelijk is in het kader van de totstandkoming van het akkoord (artikel 371, negende lid). Aangezien de bevoegdheden van de herstructureringsdeskundige in het kader van de WHOA volledig gelijk zijn aan de bevoegdheden van de schuldenaar op grond van de nieuwe afdeling 4.2 als deze zelf het akkoord aanbiedt, richt deze algemene toelichting zich gemakshalve vooral op het scenario waarin het de schuldenaar is die het akkoord aanbiedt.

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

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

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

Het akkoord kan wijzigingen omvatten van de rechten van alle categorieën schuldeisers en aandeelhouders. Anders dan het surseance akkoord kan een dwangakkoord dat tot stand komt op basis van de WHOA dus ook zien op een aanpassing van de rechten van de preferente en zekerheidsge-rechtigde schuldeisers. Het akkoord kan geen wijzigingen aanbrengen in de rechten van werknemers op basis van de arbeidsovereenkomst en Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (artikel 369, vierde lid). De rechtspositie van werknemers kan niet worden gewijzigd door een akkoord en blijft dus geborgd.

Mocht een schuldeiser betrokken worden bij een akkoord en wordt zijn vorderingsrecht in dat kader gewijzigd, dan behoudt hij het recht om een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, die aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, aan te spreken tot voldoening van zijn oorspronkelijke vordering in de vorm en op het tijdstip zoals afgesproken vóór de homologatie van het akkoord (artikel 370, tweede lid, eerste zin). De derde kan voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord aan de schuldeiser voldoet, geen verhaal halen op de schuldenaar (artikel 370, tweede lid, tweede zin). Hiermee wordt voorkomen dat de schuldenaar alsnog voor de oorspronkelijke schuld wordt aangesproken en het akkoord uiteindelijk nog steeds geen oplossing biedt voor de financiële problemen. Indien en voor zover de betaling van de derde en de toekenning van rechten op basis van het akkoord ertoe leidt dat de schuldeiser meer aan waarde ontvangt dan het bedrag van zijn oorspronkelijke vordering op de schuldenaar, gaan de rechten die in het akkoord aan de schuldeiser zijn toegekend van

rechtswege over op de derde (artikel 370, tweede lid, derde zin). Op deze wijze kan het verlies dat de derde lijdt doordat hij geen regresrecht heeft op de schuldenaar enigszins worden gecompenseerd en wordt voorkomen dat de schuldeiser uiteindelijk meer ontvangt dan waarop hij op basis van zijn oorspronkelijke vordering jegens de schuldenaar recht heeft. De volgende situaties zijn denkbaar.

1. Het akkoord houdt in dat een schuldeiser drie jaar na de totstandkoming van het akkoord 50% van zijn vordering uitbetaald krijgt (met marktconforme rente). De schuldeiser wil niet zo lang wachten en spreekt de borg aan voor 100% van zijn vordering. De borg betaalt vervolgens de volledige vordering. Zodra dit is gebeurd gaat het recht van de schuldeiser op basis van het akkoord (uitbetaling van 50% van de vordering over drie jaar met rente) van rechtswege over op de borg. Als het akkoord wordt uitgevoerd zoals is afgesproken, ontvangt de borg na drie jaar 50% van het bedrag dat hij heeft voldaan aan de schuldeiser van de schuldenaar. Zouden de rechten op basis van het akkoord niet op de borg overgaan, dan zou de schuldeiser uiteindelijk 150% van zijn oorspronkelijke vordering op de schuldenaar ontvangen, terwijl de borg van regresrecht verstoken blijft.
2. Het akkoord houdt opnieuw in dat een schuldeiser drie jaar na de totstandkoming van het akkoord 50% van zijn vordering uitbetaald krijgt (met marktconforme rente). De schuldeiser spreekt nu de borg aan tot betaling van de «andere» 50% van de vordering. De borg betaalt deze 50% van vordering. De schuldeiser heeft hiermee aan waarde precies het bedrag van zijn oorspronkelijke vordering op de schuldenaar ontvangen; 50% op basis van het akkoord en 50% van de borg. De rechten op basis van het akkoord gaan nu niet over op de borg. Als dit wel zo zou zijn, zou de schuldeiser alsnog 50% van zijn oorspronkelijke vordering ontvangen en zou de borgtocht feitelijk waardeloos zijn.

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

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

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

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

De (concurrente) schadevordering die de wederpartij mogelijk toekomt na de eenzijdige, tussentijdse opzegging van de overeenkomst, kan de schuldenaar betrekken in het akkoord (artikel 373, tweede lid). Dit maakt

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

Naast een wijziging van de rechten van schuldeisers, kan het akkoord eveneens tot gevolg hebben dat de rechten van aandeelhouders worden gewijzigd (artikel 370, eerste lid). In dit verband moet vooral gedacht worden aan een akkoord waarbij sprake is van een «*debt for equity swap*». De «*debt for equity swap*» kent vele varianten, maar komt er – kort gezegd – op neer dat de vordering van een schuldeiser geheel of gedeeltelijk wordt omgezet in eigen vermogen. De schuldeiser krijgt daarmee een aandelenbelang en dus ook zeggenschap in de vennootschap, terwijl het aandelenbelang en de daaraan verbonden zeggenschap van de bestaande aandeelhouders verwateren.

Voor het uitgeven van aandelen is in de regel een besluit nodig dat wordt genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders (artikel 2:96/206 BW). Bij elke uitgifte van gewone aandelen hebben bestaande aandeelhouders bovendien een voorkeursrecht (artikel 2:96a/206a BW). In het kader van de totstandkoming van een dwangakkoord blijven deze regels buiten toepassing (artikelen 370, vijfde lid, en 371, eerste lid). Hierbij wordt aangesloten bij artikel 32 van de richtlijn.

De schuldenaar kan een akkoord aanbieden aan al zijn schuldeisers en aandeelhouders. Hij kan er ook voor kiezen zich te beperken tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders; bijvoorbeeld door een akkoord aan te bieden dat zich uitsluitend richt op een herstructurering van de schulden jegens financiers en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid laat (artikel 370, eerste lid). In het laatste geval hoeft de schuldenaar het akkoord ook alleen maar aan die beperkte groep schuldeisers of aandeelhouders voor te leggen (artikel 381, eerste lid). Dit biedt hem de mogelijkheid om met gebruikmaking van de besloten akkoordprocedure buiten faillissement in relatieve rust een akkoord tot stand te brengen en negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen en daarmee samenhangende nadelige consequenties te voorkomen. Als een bepaalde groep schuldeisers niet wordt betrokken bij het akkoord betekent dit feitelijk dat de rechten van die schuldeisers op geen enkele wijze worden gewijzigd en dat zij volledig moeten worden voldaan. In een dergelijk geval bestaat het risico dat één of meer bij het akkoord betrokken klassen van schuldeisers niet instemt met het akkoord en dat schuldeisers uit die klasse bezwaar maken tegen de homologatie. Het akkoord kan dan alleen in aanmerking komen voor homologatie, als:

- de klassen van schuldeisers met een gelijke of hogere rang met de vereiste meerderheid instemmen met het akkoord (dat betekent dat zij instemmen met de afwijking van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar), of
- de schuldenaar een redelijke grond aandraagt voor zijn keuze om bepaalde schuldeisers buiten het akkoord te houden (dat betekent dat die schuldeisers niet een deel van het tekort dragen) en aantoont dat

de schuldeisers met een gelijke of hogere rang daardoor niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).

Inhoud en inrichting van het akkoord

Het staat de schuldenaar in beginsel vrij om zelf te bepalen wat hij zijn schuldeisers en aandeelhouders aanbiedt en hoe hij zijn akkoord inricht. Maar om het akkoord in aanmerking te laten komen voor homologatie, dient de inhoud en de inrichting van het akkoord te voldoen aan een aantal voorschriften (artikelen 374 en 375). Zo dient de schuldenaar in het akkoord en in de bescheiden die hij daarbij moet overleggen, de in de wet voorgeschreven informatie op te nemen. Op deze manier wordt gewaarborgd dat de schuldeisers en aandeelhouders in staat zijn om een goed geïnformeerde beslissing te nemen als zij worden gevraagd hun stem uit te brengen over het akkoord (artikel 381, eerste lid).

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

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

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

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

3.3 Stemprocedure en stemrecht

Stemrecht en medezeggenschap

De schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd, hebben het recht om zich door middel van een stemming over het akkoord uit te spreken. Schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten niet worden geraakt door het akkoord, hoeven niet over het akkoord te worden geïnformeerd of bij de stemming te worden betrokken (artikel 381, eerste en derde lid).

Nu het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers, worden werknemers niet aangemerkt als stemgerechtigde schuldeisers. Vaak zal een akkoord onderdeel uitmaken van een breder reorganisatietraject waarbij naast een herstruc-

turing van schulden ook sprake is van een aanpassing van de bedrijfsvoering om kosten te besparen. Uit andere wetgeving kan dan voortvloeien dat partijen waarop het akkoord niet direct ziet, toch bij het proces moeten worden betrokken. Zo kent artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) aan medezeggenschapsorganen ten aanzien van een aantal voorgenomen besluiten van de onderneming een adviesrecht toe, waaronder besluiten betreffende:

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

Mocht het bredere reorganisatietraject waar het akkoord onderdeel van uitmaakt een dergelijk besluit omvat, dan moet de OR op basis van artikel 25 WOR in de gelegenheid worden gesteld om zich daarover middels een advies uit te spreken. Is dit aan de orde, dan moet dit worden gemeld in het akkoord (artikel 375, eerste lid, onderdeel l). De onderneming dient het advies tijdig aan te vragen (artikel 25 lid 2 WOR).

Er zijn situaties denkbaar waarin het economisch belang bij een vordering geheel of in overwegende mate bij een ander berust dan bij de juridisch rechthebbende. Het gaat dan bijvoorbeeld om begunstigen van uitgegeven obligaties. Volgens de Hoge Raad kan dit er – afhankelijk van de omstandigheden – in een concreet geval toe leiden dat dergelijke «*beneficiaries*» in een positie zijn die gegeven de omstandigheden van het geval vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid redelijkerwijs gelijkgesteld moet worden met de positie van schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet.¹⁶ In geval van surseance van betaling of faillissement hebben zij dan al de bevoegdheid te stemmen over een akkoord. Komt er op basis van de WHOA een akkoord tot stand waarin is voorzien in een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de vordering, dan draagt de economisch gerechtigde de daaruit voortvloeiende financiële gevolgen. Dit is een reden om de economisch gerechtigde de gelegenheid te geven om over het akkoord te stemmen. Ook de schuldenaar heeft hier doorgaans belang bij. De economisch gerechtigden zijn immers het beste in staat om het akkoord op zijn waarde te schatten. Er zijn verschillende manieren waarop het stemrecht bij de economische belanghebbende kan worden gelegd. Dit kan getrapt, via de juridische gerechtigde. De juridische gerechtigde stemt dan conform de instructies van economisch gerechtigde. Ook kan dit rechtstreeks door de economische belanghebbende direct stemrecht te geven en de juridische gerechtigde van het stemrecht uit te sluiten. Welke manier passend is, hangt af van de omstandigheden. Daarom is ten aanzien van dit punt voorzien in een flexibele regeling. De schuldenaar kan – hij hoeft dat niet te doen – de economisch gerechtigde (in plaats van de juridisch gerechtigde) uitnodigen voor de stemming (artikel 381, vierde lid). Besluit hij daartoe dan heeft de economisch gerechtigde naast het stemrecht ook de andere rechten die op basis van de WHOA toekomen aan stemgerechtigde schuldeisers, waaronder in het bijzonder het recht om de rechter te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikelen 381, derde lid, en 383, achtste lid). De juridisch gerechtigde heeft die rechten dan niet meer. Eenzelfde regeling geldt voor de situatie waarin het economisch belang bij een aandeel – dat wil zeggen alle vruchten die voortvloeien uit het aandeel – door de aandeelhouder is overgedragen aan een ander (de certificaathouder), terwijl de juridische

¹⁶ Hoge Raad 26 augustus 2003, JOR 2003/211 (UPC).

rechten verbonden aan het aandeel – inclusief de zeggenschapsrechten of het stemrecht – bij de aandeelhouder blijven berusten (artikel 381, vijfde lid).

Uit deze regeling vloeit logischerwijs voort dat wanneer niet de schuldeiser of aandeelhouder, maar ingevolge artikel 381, vierde of vijfde lid, een ander over het akkoord gestemd, het akkoord desalniettemin verbindend is voor de schuldeiser of aandeelhouder (artikel 385).

Stemprocedure

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

Zoals eerder is opgemerkt biedt de WHOA ook de mogelijkheid aan schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging om het initiatief te nemen bij de totstandbrenging van een akkoord. Daartoe kunnen zij vragen om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (artikel 371, eerste lid). Deze herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. Eerste stap in dit traject is dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd aan de schuldeisers en aandeelhouders. Als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, kan de herstructureringsdeskundige die stap alleen zetten met instemming van de schuldenaar (artikel 381, eerste en tweede lid).

Voorziet het akkoord in een klassenindeling, dan vindt er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord plaats. De schuldenaar bepaalt zelf op welke wijze gestemd kan worden. De stemming kan schriftelijk plaatsvinden. De schuldenaar kan ook besluiten om hiervoor een vergadering te organiseren. Voor beide situaties geldt dat daarbij gebruik gemaakt kan worden van elektronische communicatiemiddelen (artikel 381, zesde lid).

Stemuitslag

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

Voor het instemmen met een akkoord door een schuldeisersklasse is vereist dat het akkoord wordt gesteund door een groep schuldeisers die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht. Voor een aandeelhoudersklasse geldt dezelfde regel, met dien verstand dat dan bepalend is of het akkoord wordt gesteund door een groep aandeelhouders die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht (artikel 381, zesde en zevende lid).

Na de stemming moet de schuldenaar een verslag opstellen waarin hij – kort gezegd – de uitslag van de stemming vermeldt. Bovendien moet hij ervoor zorgen dat de betrokken schuldeisers en aandeelhouders onmid-

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

3.4 Homologatie van het akkoord door de rechter

Homologatie is mogelijk als uit de stemming blijkt dat er ten minste één klasse is die met het akkoord instemt. Dit dient een klasse te zijn die bestaat uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Ziet het akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze laatste eis niet (artikel 383, eerste lid). De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige kunnen bij de rechtbank een homologatieverzoek indienen. Als niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en de schuldenaar een MKB-bedrijf is, kan de herstructureringsdeskundige het homologatieverzoek alleen met instemming van de schuldenaar indienen (artikel 383, eerste en tweede lid).

De rechtbank bepaalt zo spoedig mogelijk bij beschikking de datum van de zitting waarop het homologatieverzoek wordt behandeld. Als niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en er nog geen herstructureringsdeskundige of observator bij het traject betrokken zijn, wijst de rechtbank in diezelfde beschikking alsnog een observator aan (artikel 383, vierde lid). De observator heeft ingevolge artikel 380, eerste lid, tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Met die bril zal de observator het akkoord dat voorligt, beoordelen en de rechtbank informeren.

Tot aan de dag van de zitting kunnen alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders bij de rechtbank een schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. Dit verzoek kunnen zij baseren op de *algemene* of de *aanvullende afwijzingsgronden* die zijn opgenomen in respectievelijk het tweede lid en het derde en vierde lid van artikel 384. De algemene afwijzingsgronden zijn vooral bedoeld om een zuivere besluitvorming te borgen. Met de aanvullende afwijzingsgronden wordt beoogd ervoor te zorgen dat het akkoord een herstructureringsplan omvat dat *redelijk* is. De aanvullende afwijzingsgronden kunnen alleen worden ingeroepen door schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd. Bovendien geldt dat de schuldeisers of aandeelhouders geen beroep meer kunnen doen op de aanvullende

afwijzingsgronden als zij al eerder op de hoogte waren van het mogelijk van toepassing zijn van die gronden, maar zij de schuldenaar daar niet tijdig op hebben aangesproken (artikel 383, zevende lid). De schuldeisers en aandeelhouders worden op deze manier gestimuleerd om eventuele bezwaren tegen de inrichting van het besluitvormingsproces of de inhoud van het akkoord tijdig – dat wil zeggen nog voor dat de stemming plaatsvindt – te melden. Dit biedt de schuldenaar de mogelijkheid om hiervoor voor de stemming – al dan niet met tussenkomst van de rechter (artikel 378, eerste lid) – een oplossing te vinden. Indien nodig kan de schuldenaar dan nog aanpassingen doorvoeren en eventuele obstakels voor de homologatie wegnemen. Hiermee wordt voorkomen dat een traject dat op voorhand kansloos is, wordt voortgezet met alle onnodige kosten van dien.

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

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

De rechtbank wijst het homologatieverzoek af als één van de algemene afwijzingsgronden opgenomen in artikel 384, tweede lid, zich voordoet. Zij kan dit doen op verzoek van een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder. Wordt het de rechtbank echter direct al duidelijk dat sprake is van één van de genoemde afwijzingsgronden, dan kan zij het homologatieverzoek ook ambtshalve afwijzen en hoeft zij verzoeken daartoe van schuldeisers en aandeelhouders niet af te wachten. De algemene afwijzingsgronden komen grotendeels overeen met de afwijzingsgronden die nu reeds gelden bij de homologatie van het surseance- en het faillissementsakkoord. Omdat de vraag of een akkoord gehomologeerd kan worden, in hoge mate afhangt van de steun die er voor het akkoord bestaat, is cruciaal dat het besluitvormingsproces zuiver is geweest. In dat kader is in ieder geval van belang of:

- alle schuldeisers of aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord, de gelegenheid hebben gehad hierover hun stem uit te brengen en op de hoogte zijn gebracht van de datum waarop de behandeling van het homologatieverzoek zou plaatsvinden (artikel 384, tweede lid, onderdeel b);
- de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen toereikend is (artikel 384, tweede lid, onderdeel c), en
- de schuldeisers en aandeelhouders op een correcte wijze zijn onderverdeeld in klassen en of zij voor het juiste bedrag in hun desbetreffende klasse zijn ingedeeld (artikel 384, tweede lid, onderdelen c en d).

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

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

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

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

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

Tegen de beslissing van de rechter over het homologatieverzoek staat geen hoger beroep of cassatie open (artikel 369, tiende lid). Dit is gerechtvaardigd omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie (artikel 370, eerste lid). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, moet het akkoord na de homologatie snel uitgevoerd kunnen worden. Vragen betreffende de juiste toepassing van de WHOA kunnen wel bij de Hoge Raad terechtkomen als de rechtbank in het kader van de behandeling van een verzoek tot het geven van een tussentijds oordeel of een homologatieverzoek prejudiciële vragen stelt. Dat kan op basis van respectievelijk de artikelen 378 en 384, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar of een belanghebbende schuldeiser of een aandeelhouder (artikel 392 e.v. van het Wetboek van

Burgerlijke Rechtsvordering). Een eventuele prejudiciële procedure moet vanwege de aard van de zaak met de vereiste voortvarendheid worden voltooid. Daarnaast blijft ook de mogelijkheid van een cassatieberoep van de procureur-generaal in het belang der wet mogelijk (artikel 78 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie).

3.5 Gevolgen van de homologatie van het akkoord

De homologatie heeft tot gevolg dat het akkoord verbindend is voor de schuldenaar en alle schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord zijn betrokken en gerechtigd waren daarover te stemmen. Dit betekent dat ook de schuldeisers of aandeelhouders die uiteindelijk geen stem hebben uitgebracht of niet met het akkoord hebben ingestemd, toch aan het akkoord zijn gebonden (artikel 385). Het is mogelijk dat de schuldenaar een akkoord aanbiedt aan een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders. Zo kan hij een akkoord aanbieden dat zich uitsluitend richt op een herstructurering van de schulden jegens financiers en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid laat (artikel 370, eerste lid). In dat geval zijn alleen de financiers gerechtigd om over het akkoord te stemmen (artikel 381, derde lid). Na de homologatie zijn alleen zij aan het akkoord gebonden.

Het vonnis van de rechtbank tot homologatie van een akkoord levert een executoriale titel op voor zover schuldeisers op basis van het akkoord een vordering krijgen tot betaling van een geldsom (artikel 386). Mocht de schuldenaar zijn verplichtingen op basis van het akkoord niet (tijdig) nakomen, dan kunnen de schuldeisers die iets van hem te vorderen hebben zich rechtstreeks op het vonnis beroepen om de nakoming alsnog af te dwingen. Voorts geldt dat wanneer de schuldenaar verzuimt om het akkoord (tijdig) na te komen, hij verplicht is tot vergoeding van de schade die de schuldeisers en aandeelhouders daardoor lijden. De schuldeisers of de aandeelhouders hebben in dat geval ook het recht om het akkoord te ontbinden. Artikel 165 Fw dat betrekking heeft op de ontbinding van een faillissementsakkoord, is van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit recht kan echter in het akkoord worden uitgesloten. Dit laatste ligt in de rede wanneer het akkoord elementen omvat die moeilijk zijn terug te draaien, zoals een «*debt for equity swap*», waarbij de vorderingen van bepaalde schuldeisers inmiddels al zijn omgezet in aandelen in de vennootschap (artikel 387). Toewijzing van de vordering tot ontbinding van het akkoord leidt namelijk – net als bij de ontbinding van een faillissementsakkoord – tot algehele ontbinding van het akkoord. De ontbinding werkt dus ten opzichte van alle schuldeisers voor wie het akkoord ingevolge artikel 385 verbindend is en niet slechts ten opzichte van de schuldeiser die de ontbinding van het akkoord vorderde. Net als het geval is bij een faillissements- en een surseanceakkoord, kan een akkoord dat tot stand is gekomen met gebruikmaking van de WHOA, niet worden vernietigd.

3.6 Betrokkenheid van de rechter

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

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

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

Het kan wenselijk zijn om de rechter al in een eerder stadium bij het traject te betrekken. Dit is bijvoorbeeld aan de orde als er in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord onzekerheid bestaat over de vraag of sprake is van een afwijzingsgrond die – zelfs als alle klassen van schuldeisers of aandeelhouders met het akkoord instemmen – aan de homologatie van het akkoord door de rechter in de weg zou staan. Het zou de verdere onderhandelingen over een akkoord ernstig kunnen bemoeilijken als hierover tot aan de behandeling van het homologatieverzoek onzekerheid blijft bestaan. Daarom krijgt de schuldenaar de mogelijkheid deze vraag al voor de stemming over het akkoord aan de rechter voor te leggen (artikel 378, eerste lid). Schuldeisers en aandeelhouders die menen dat er aspecten zijn die aan de rechter zouden moeten worden voorgelegd, kunnen dit aan de schuldenaar melden. Om te voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders proberen het traject te traineren, is ervoor gekozen om hen niet de mogelijkheid te geven zelf tussentijdse verzoeken bij de rechter in te dienen. Besluit de schuldenaar om de vraag niet eerder in het proces aan de rechter voor te leggen, dan kunnen de schuldeisers of de aandeelhouders de rechter verzoeken een herstructureringsdeskundige aan te wijzen die – als de rechtbank dat verzoek honoreert – de voorbereiding van het akkoord kan overnemen (artikel 371, eerste lid). Kiezen zij daar niet voor of wijst de rechter het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige af, dan behouden de schuldeisers of aandeelhouders hoe dan ook de mogelijkheid om hun bezwaren alsnog aan de orde te stellen in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek (artikelen 383, achtste en negende lid). Andersom geldt dat als de schuldenaar de kwesties wel al in een eerder stadium aan de rechter heeft voorgelegd en deze zich vervolgens daarover heeft uitgesproken, die uitspraak beschouwd moet worden als een bindende eindbeslissing die gezag van gewijsde heeft (artikel 378, achtste lid). Voorwaarde hierbij is dat de desbetreffende schuldeisers of aandeelhouders in de gelegenheid moeten zijn gesteld een zienswijze te geven (artikel 378, achtste lid). Voor een bindende eindbeslissing geldt de regel dat daarvan in dezelfde instantie niet meer kan worden teruggekomen, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden die het onaanvaardbaar zouden maken dat de rechter aan die beslissing gebonden is. Dit laatste kan met name het geval zijn als sprake is van een evidente feitelijke of juridische misslag van de rechter of als de desbetreffende beslissing blijkt te berusten op een, niet aan de belanghebbende partij toe te rekenen, onjuiste feitelijke grondslag.¹⁷ Als de rechter al eerder heeft beslist dat het besluitvormingsproces en de inhoud van het akkoord voldoen aan de in de wet gestelde voorschriften, heeft het dus geen zin voor een schuldeiser of aandeelhouder om verweer te voeren tegen de homologatie van het akkoord met als enkele grond dat hieraan niet voldaan is.

Als de rechter eenmaal wordt gevraagd om over een homologatieverzoek te beslissen, is zijn positie zeer bepalend. De rechter zal moeten beoordelen of de totstandkoming van een akkoord noodzakelijk is om dreigende

¹⁷ HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 m.nt. HJS.

insolventie te voorkomen en of het akkoord redelijk is. Bij die laatste vraag gaat het om de waarde die naar verwachting kan worden gerealiseerd als het akkoord tot stand komt. Die waarde is onder meer afhankelijk van de vraag of de onderneming wordt voortgezet, dan wel wordt stopgezet en afgewikkeld buiten faillissement. Bij de totstandkoming van het herstructureringsakkoord kunnen waarderingsvraagstukken (en de daarbij gehanteerde grondslagen, uitgangspunten en aannames) een groot twistpunt zijn tussen de betrokken crediteuren en aandeelhouders.¹⁸ In de consultatie over het voorontwerp is van verschillende kanten voorgesteld de behandeling van de homologatieverzoeken te beleggen bij één gespecialiseerde rechtbank. Ook de Afdeling Advisering van de Raad van State maakte hier opmerkingen over. Over dit punt heeft overleg plaatsgevonden met de Raad voor de rechtspraak (hierna; de Rvdr). De Rvdr heeft daarbij – kort gezegd – meegegeven dat het op dit moment nog niet duidelijk is tot hoeveel extra zaken de WHOA jaarlijks zal leiden. Dit maakt het niet goed mogelijk om nu al te bepalen wat de meest effectieve manier is om deze gespecialiseerde zaken door de rechtspraak te laten behandelen. Als het aantal extra zaken gering blijft, heeft volgens de Rvdr een klein(er) gespecialiseerd landelijk team de voorkeur. Zijn er juist veel extra zaken, dan heeft het de voorkeur dat iedere rechtbank in voldoende mate is geëquipeerd om deze zaken te behandelen. Het voordeel van een gespecialiseerd landelijk team is dat bij een bescheiden aantal zaken toch door rechters van alle rechtbanken ervaring kan worden opgebouwd met de WHOA. Dit maakt het mogelijk om de behandeling van WHOA-zaken op te schalen bij alle rechtbanken als het aantal zaken – in een ander economisch klimaat – een vlucht neemt.

Gelet hierop heeft de Rvdr voorgesteld dat de rechterlijke macht voor de eerste drie jaar na de inwerkingtreding van de WHOA de volgende werkwijze invoert:

- iedere rechtbank levert een rechter en een juridisch ondersteuner aan die deel uitmaakt van de WHOA-pool;
- de elf rechters en juridisch ondersteuners die deel uitmaken van de landelijke pool worden hier specifiek voor worden opgeleid;
- als een zaak zich voordoet, dan behandelt de WHOA-rechter uit het betreffende arrondissement de zaak, tezamen met twee andere WHOA-rechters uit de landelijke pool. Zij worden hierbij ondersteund door de juridisch ondersteuner uit het betreffende arrondissement;
- er komt geen fysieke locatie van de pool.

Hiermee wordt er op een flexibele wijze voor gezorgd dat gespecialiseerde rechters homologatieverzoeken in behandeling nemen.

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

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

De schuldenaar kan de rechter verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen jegens alle schuldeisers (hierna: een algemene afkoelingsperiode) of een aantal van hen (artikel 376, eerste lid). De afkondiging van

¹⁸ S.W. van den Berg, «Waarderingsvragen in het ondernemingsrecht en insolventierecht» (diss. 2019).

een afkoelingsperiode die in beginsel ten hoogste vier maanden duurt, heeft drie gevolgen:

- schuldeisers op wie de afkoelingsperiode van toepassing is, kunnen hun bevoegdheid tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet uitoefenen zonder machtiging van de rechtbank;
- de rechtbank kan op verzoek van de schuldenaar beslagen opheffen, en
- de behandeling van verzoeken tot verlening van surseance van betaling of faillietverklaring worden geschorst (artikel 376, tweede lid).

Bovendien behoudt de schuldenaar tijdens de afkoelingsperiode zijn bevoegdheid om de goederen waarop de afkoelingsperiode van toepassing is, te gebruiken, verbruiken of vervreemden voor zover dat nodig is in het kader van de normale voorzetting van zijn onderneming (artikel 377, eerste lid). Om zijn onderneming te kunnen voortzetten, moet de schuldenaar voorraden kunnen verbruiken en vervreemden, bedrijfsmiddelen kunnen gebruiken en vorderingen jegens zijn afnemers kunnen innen. Dit geldt ook als die goederen of vorderingen zijn belast met rechten van derden. Daarbij moet gedacht worden aan onder eigendomsvoorbehoud geleverde voorraden of bedrijfsmiddelen en vorderingen die met een zekerheidsrecht zijn belast. Van belang is wel dat de schuldenaar deze bevoegdheid alleen mag uitoefenen als de belangen van de partijen die op enigerlei wijze rechten ontlenen aan de desbetreffende goederen of vorderingen, voldoende gewaarborgd zijn (artikel 377, tweede en derde lid). Dit kan onder meer door vervangende zekerheid te bieden.

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

Met deze voorzieningen wordt voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders die niet willen meewerken aan een herstructurering na de aanbieding van een akkoord direct overgaan tot verhaalsacties of tot de indiening van een faillissementsaanvraag om het proces te blokkeren of te vertragen. Ter voorkoming van oneigenlijk gebruik van de regeling door de schuldenaar – die tijdens het hele traject volledig beschikkingsbevoegd blijft – is bepaald dat de rechtbank een verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode alleen kan toewijzen als summierlijk blijkt dat

- dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten;
- de gezamenlijke schuldeisers er belang bij hebben dat dit gebeurt, en
- op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat geen van de schuldeisers op wie de afkoelingsperiode van toepassing zal zijn, wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad (artikel 376, vierde lid).

De schuldenaar moet de rechtbank hiervan overtuigen. Wanneer de rechtbank overgaat tot de afkondiging van een afkoelingsperiode, kan zij alle voorzieningen treffen die zij nodig acht ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders (artikel 376, negende lid). De rechtbank zou er in dit verband bijvoorbeeld voor kunnen kiezen om een observator aan te stellen die het voorbereidingstraject zal monitoren. De rechtbank neemt de aanstelling van een observator in het bijzonder in overweging, als zij een algemene afkoelingsperiode afkondigt. Deze observator heeft daarbij tot taak de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar te behartigen (artikel 380, eerste lid). Zodra duidelijk wordt dat het de schuldenaar niet gaat lukken om een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamen-

lijke schuldeisers door zijn toedoen worden geschaad, moet de observator de rechtbank daarvan op de hoogte stellen. De rechtbank bepaalt dan wat hierop de vervolgstappen moeten zijn. Mochten de kansen op de totstandkoming van een akkoord nog niet verkeken zijn, dan kan zij tot de conclusie komen dat het wenselijk is om een herstructureringsdeskundige aan te stellen die de voorbereiding van een akkoord overneemt (artikel 380, tweede lid). De rechter heeft daarbij de vrijheid, maar niet de verplichting om de observator tot herstructureringsdeskundige te benoemen, als haar dat geraden voorkomt.

Ook het nieuwe artikel 42a en de aanpassing van artikel 54 moeten geschaad worden onder de categorie voorzieningen om de schuldenaar in staat te stellen een akkoord tot stand te brengen. Artikel 42a beoogt de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord te bevorderen. De schuldenaar kan de rechter vragen om een machtiging voor het verrichten van de rechtshandelingen die daarvoor nodig zijn. De rechter verleent de machtiging als op het moment dat de rechtshandelingen zullen worden aangegaan voldaan is aan enkele in het artikel genoemde randvoorwaarden. Deze komen er – kort gezegd – op neer dat:

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

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

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

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

4. Consultatie en advies

In 2014 is geconsulteerd over een eerste voorontwerp voor een regeling waarbij een onderneming in staat werd gesteld om een akkoord aan zijn schuldeisers en aandeelhouders aan te bieden om daarmee problematische schulden te herstructureren (het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen II).¹⁹ Naar aanleiding van de ingekomen reacties op de consultatie zijn de conceptwetstekst en de bijbehorende toelichting bijgewerkt. Van begin september tot begin december 2017 is over dit aangepaste voorontwerp met als nieuwe titel *Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement* geconsulteerd. Tijdens deze laatste consultatie zijn – naast de nodige reacties van individuele marktpartijen en wetenschappers – commentaren ontvangen van de volgende koepels: de Raad voor de rechtspraak (Rvdr)²⁰, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR)²¹, de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (Insolad)²², de Adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA)²³, de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB)²⁴, Eumedion (belangenbehartiger van institutionele beleggers)²⁵, de Nederlandse Vereniging Leasemaatschappijen (NVL), Factoring & Asset based financing Association Netherlands (FAAN)²⁶, de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA), VNO-NCW en MKB Nederland²⁷, de vakcentrales FNV, CNV en VCP²⁸, en de Pensioenfederatie.²⁹

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

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

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

¹⁹ <https://www.internetconsultatie.nl/wco2/details>.

²⁰ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

²¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

²² Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

²³ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

²⁴ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

²⁵ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

²⁶ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

²⁷ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

²⁸ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

²⁹ <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie>.

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

Hierbij is gehoor gegeven aan suggesties van onder meer de Rvdr, VNO-NCW en MKB Nederland, de NVB en Eumedion.
- De taken en bevoegdheden van de herstructureringsdeskundige zijn nader geconcretiseerd. Ook is voorzien in een regeling voor de betaling van de kosten die verband houden met zijn werkzaamheden (artikel 371, zesde tot en met dertiende lid). Hierbij is rekening gehouden met opmerkingen die tijdens de consultatie werden gemaakt door onder meer Insolad, de NVB en verschillende individuele marktpartijen.
- Om de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige meer gelegenheid te geven om een akkoord tot stand te brengen, zijn de volgende aanpassingen doorgevoerd:
 - a. De bepalingen betreffende de afkondiging van een afkoelingsperiode (inclusief de schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag) zijn verruimd. Hierom kan nu gevraagd worden zodra de schuldenaar is gestart met de voorbereiding van een akkoord of er een herstructureringsdeskundige is aangesteld en niet – zoals het geval was in het voorontwerp – pas als er al een concreet akkoordvoorstel op tafel ligt. Daarnaast duurt de afkoelingsperiode in beginsel vier maanden, maar kan deze worden verlengd tot in totaal acht maanden (artikel 376).
 - b. Ook zijn de bepalingen die het eenvoudiger moeten maken om nieuwe financiering te verkrijgen, verruimd. Op basis hiervan kan de rechter de rechtshandelingen die ten behoeve van die financiering verricht moeten worden, accorderen. Deze bepalingen zien nu niet meer uitsluitend op de eventuele zekerheden die in dit kader moeten worden verstrekt. Bovendien zijn alle vormen van financiering hieronder gebracht (artikel 42a).
 - c. Verder zijn er nieuwe bepalingen opgenomen die het mogelijk moeten maken om tijdens het voorbereidingstraject een rekening-courant faciliteit of goederen waarop rechten van derden rusten, te blijven gebruiken (artikelen 54 en 377).

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

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

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State is het wetsvoorstel nog iets verder aangepast om de WHOA aan te laten sluiten op de recentelijk definitief vastgestelde richtlijn.

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

Het wetsvoorstel bevat geen regeldruk-gevolgen voor *burgers*. De nalevingskosten voor het *bedrijfsleven* kunnen worden uitgesplitst in administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten. Administratieve lasten zijn de kosten die het bedrijfsleven moet maken om te voldoen aan informatieverplichtingen jegens de overheid, die voortvloeien uit wet- en regelgeving. Het wetsvoorstel brengt geen administratieve lasten met zich. De inhoudelijke nalevingskosten bestaan uit andere kosten die het bedrijfsleven moet maken om aan de verplichtingen te voldoen die nieuwe wet- en regelgeving stelt. Het wetsvoorstel bevat geen inhoudelijke nalevingskosten, omdat de gevolgen van het voorstel buiten de definitie van nalevingskosten vallen.³⁰ Het is overigens de verwachting dat ondernemers de regeling als lastenverlichting zullen ervaren.

³⁰ Hierbij speelt een rol dat een aanzienlijk aantal wijzigingen zien op de procedure bij de rechter. De verplichtingen in het kader van een gerechtelijke procedure vallen buiten de definitie van nalevingskosten. Het burgerlijk procesrecht biedt waarborgen voor een eerlijke en efficiënte procesvoering. Waar in het procesrecht eisen worden gesteld aan informatie-uitwisseling met rechter of wederpartij of anderszins, hangen de lasten als gevolg daarvan direct samen met deze waarborgfunctie. De lasten worden om die reden niet als regeldruk aangemerkt. Zie ook Meten is Weten II: Handleiding voor het definiëren en meten van administratieve lasten voor het bedrijfsleven, p. 33. Het burgerlijk procesrecht biedt waarborgen voor een eerlijke en efficiënte procesvoering. Waar in het procesrecht eisen worden gesteld aan informatie-uitwisseling met rechter of wederpartij of anderszins, hangen de lasten als gevolg daarvan direct samen met deze waarborgfunctie. De lasten worden om die reden niet als regeldruk aangemerkt.

De WHOA zal nieuwe werkzaamheden voor de rechtelijke macht meebrengen. De verwachting is dat de hiermee gemoeide kosten gedeeltelijk gecompenseerd zullen worden door enerzijds de griffierechtenheffing op basis van het nieuwe artikel 19a van de Wet griffierechten burgerlijke en anderzijds de werklasterlichting die voortvloeit uit het niet optreden van een faillissement. Voor de meerkosten is financiële dekking binnen de begroting van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (oplopend tot € 1,9 mln. vanaf 2022). Deze dekking maakt onderdeel uit van de prijsonderhandelingen voor de periode 2020–2022.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Onderdelen A en E

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

Het nieuwe artikel 3d ziet op de situatie waarin een eigen faillissementsaangifte van de schuldenaar of een verzoek tot faillietverklaring van een schuldeiser gelijktijdig aanhangig is met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371). Bepaald is dat in dat geval het aanwijzingsverzoek eerst wordt behandeld en dat de behandeling van het faillissementsverzoek wordt geschorst. Wordt het aanwijzingsverzoek gehonoreerd, dan start daarmee een traject dat tot doel heeft een akkoord tot stand te brengen. Om dit traject een kans te geven, kondigt de rechtbank dan tevens een afkoelingsperiode af. De schorsing blijft tijdens de afkoelingsperiode van kracht. Artikel 376 is hierop van toepassing. Dit artikel wordt hierna besproken.

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

Onderdeel B

Artikel 42a Fw (nieuw)³¹

Het nieuwe artikel 42a beoogt de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord te bevorderen. Het gaat daarbij niet alleen om financiering in de vorm van een geldlening, maar bijvoorbeeld ook om leveringen van goederen op krediet. Het artikel omvat een afwijking van artikel 42 Fw waarin een op het faillissement toegespitste regeling is opgenomen voor de vernietiging van rechtshandelingen die de schuldenaar onverplicht heeft verricht en waardoor schuldeisers zijn benadeeld («*faillissementspauliana*»). Als de schuldenaar een dergelijke benadelende rechtshandeling heeft verricht in de aanloop naar een faillissement, kan de curator deze rechtshandeling na de faillietverklaring vernietigen ten behoeve van de gemeenschappelijke schuldeisers. Een actio pauliana kan op grond van artikel 42 Fw succesvol door de curator worden ingesteld als is voldaan aan vijf voorwaarden: (i) de schuldenaar moet voor de faillietverklaring een rechtshandeling hebben verricht, (ii) hij heeft deze rechtshandeling onverplicht verricht, (iii) van de rechtshandeling is benadeling van schuldeisers het gevolg, (iv) de schuldenaar wist bij het verrichten van de rechtshandeling of behoorde

³¹ Gerechtshof Amsterdam, 29 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1832, JOR 2018/286, m.nt. mr. Ph.W. Schreurs. Gerechtshof Amsterdam, 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, JOR 2018/221, m.nt. mr. Ph.W. Schreurs.

op dat moment te weten dat dit het gevolg zou zijn en (v) ook degenen met of jegens wie de schuldenaar handelde wisten of behoorden dat te weten.

Het nieuwe artikel 42a ziet op de situatie waarin er voor het faillissement een poging is gedaan om een akkoord tot stand te brengen en er in dat kader ook nog financiering is verstrekt. Artikel 42a biedt de schuldenaar de mogelijkheid om de rechter te vragen om een machtiging voor het verrichten van de rechtshandelingen die nodig zijn om een financiering te kunnen krijgen. De rechter zal de machtiging verlenen als wordt voldaan aan de volgende in het artikel genoemde randvoorwaarden:

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

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

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

Artikel 42a sluit aan bij de artikelen 17 en 18 van de richtlijn. Hierin is – kort gezegd – bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tussentijdse financieringen of andere transacties die nodig zijn ter ondersteuning van het onderhandelingstraject, in stand blijven.

Onderdeel C

Artikel 47

De aanpassing van artikel 47 Fw vloeit logischerwijs voort uit de introductie van de nieuwe artikelen 3d en 376. Zoals is toegelicht in het kader van onderdeel B, kan een curator de faillissementspauliana alleen inroepen tegen rechtshandelingen die onverplicht door de schuldenaar zijn verricht (artikel 42 Fw). De voldoening van een *opeisbare* schuld door de schuldenaar kan daarom niet met een beroep op de faillissementspaulia worden aangetast. Artikel 47 Fw maakt hierop echter twee uitzonderingen; de voldoening van een opeisbare schuld (en dus een verplichte rechtshandeling) kan toch worden vernietigd, als (i) de schuldeiser op het moment dat de schuldenaar betaalde wist dat het

faillissement van de schuldenaar al was aangevraagd of (ii) de betaling is verricht na overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser en het daarbij de bedoeling was om de schuldeiser boven andere schuldeisers te begunstigen. De voorgestelde aanpassing van artikel 47 leidt ertoe dat een vernietiging wegens wetenschap van de indiening van een faillissementsaanvraag bij de schuldeiser, niet mogelijk is als de behandeling van die aanvraag op basis van de artikelen 3d, tweede lid, en 376, tweede lid, onder c, is geschorst vanwege de (verzochte) aanwijzing van een herstructureringsdeskundige of de (aankondiging van de) aanbieder door de schuldenaar van een akkoord. Ook deze bepaling valt binnen de categorie voorzieningen die erop gericht zijn de schuldenaar in de gelegenheid te stellen een akkoord tot stand te brengen. De bepaling beoogt ervoor te zorgen dat de schuldenaar zijn bedrijfsvoering kan voortzetten en dat hij de betalingen die daarvoor nodig zijn, kan verrichten.

Onderdeel D:

Artikel 54 lid 3 (nieuw)

Onderdeel D voegt een nieuw derde lid toe aan artikel 54 Fw. Ook deze bepaling past binnen de categorie voorzieningen om de schuldenaar in staat te stellen een akkoord tot stand te brengen. De achtergrond van artikel 54 Fw is dat schuldeisers die een faillissement van hun schuldenaar vrezen, in de verleiding kunnen komen om voor zichzelf een verrekeningsmogelijkheid te creëren door het overnemen van een schuld of vordering op de schuldenaar. De overgenomen schuld of vordering kan dan na de faillietverklaring worden verrekend. Op die manier kunnen de betreffende schuldeisers zichzelf bevoordelen ten nadele van de overige schuldeisers. Artikel 54 Fw beoogt dit risico te beperken. Daartoe is het volgende bepaald. Als het tot een faillissement komt en de curator erin slaagt te bewijzen dat bij de overneming van de schuld of vordering niet te goeder trouw is gehandeld, sluit artikel 54, eerste lid, Fw de mogelijkheid van een beroep op verrekening met een overgenomen schuld of vordering uit en kan de verrekening ongedaan worden gemaakt. De Hoge Raad heeft overwogen dat de schuldeiser bij de overneming van de schuld of vordering niet te goeder trouw is als hij wist dat zijn schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement, dan wel zijn surseance van betaling te verwachten was.³² Hetzelfde kan zich voordoen als het faillissement na de overneming nog geruime tijd uitblijft.³³

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

³² Hoge Raad 30 januari 1953, NJ 1953/578 (Doyer en Kalff/Bouman q.q.) en 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (Amro/Curatoren THB).

³³ Hoge Raad 17 februari 2012, JOR 2012/234 (Rabobank Maashorst/Kézér q.q.).

mislukt en een faillissement volgt, kan de curator de verrekenende bedragen niet terugvorderen. Met deze bepaling wordt beoogd te voorkomen dat degene die de schuldenaar de rekening-courant aanbiedt, deze faciliteit bevriest zodra de schuldenaar start met de onderhandelingen over een akkoord.

Onderdeel F:

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

In het wetsvoorstel inzake de Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I) wordt in de Faillissementswet een nieuwe Titel IV «*Buiten faillissement en surseance van betaling*» geïntroduceerd. Zoals opgemerkt in de memorie van toelichting bij dat wetsvoorstel is het de bedoeling om de in de WCO I voorziene regeling betreffende de aanwijzing van een beoogd curator en de onderhavige regeling op te nemen in twee afzonderlijke afdelingen in de nieuwe Titel IV.³⁴ De WHOA wordt opgenomen in een nieuwe afdeling 4.2 (Homologatie van een onderhands akkoord). De regeling is opgedeeld in vier paragrafen:

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

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 369

Artikel 369 bepaalt:

- wat het toepassingsbereik is van de WHOA (eerste tot en met het vijfde lid);
- dat de WHOA voorziet in een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare akkoordprocedure buiten faillissement (zesde en negende lid);
- wanneer de Nederlandse rechter beschikt over rechtsmacht om verzoeken die in het kader van de WHOA worden ingediend in behandeling te nemen (zevende lid);
- welke rechtbank relatief bevoegd is (achtste lid), en
- dat tegen beslissingen van de rechter in het kader van de WHOA geen hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep of cassatie – openstaat (tiende lid).

Lid 1

In het eerste lid is bepaald dat de WHOA ziet op schuldenaren die een onderneming drijven. Zoals is opgemerkt in het algemeen deel van de toelichting, is het de bedoeling om in Nederland een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het MKB. Daarom is ervoor gekozen de WHOA zo veel mogelijk vorm te geven als een kaderregeling. Daarmee biedt de WHOA de flexibiliteit om toegepast te worden op een breed spectrum aan ondernemingen en om een akkoord tot stand te brengen dat toegesneden is op de specifieke omstandigheden van het geval. Het maakt niet uit in welke rechtsvorm de schuldenaar zijn onderneming drijft.

³⁴ Kamerstukken II 2014–2015, 34 218, nr. 3, pag. 42.

De WHOA is niet van toepassing op banken of verzekeraars. De reden daarvoor is dat banken en verzekeraars met hoofdstuk 3A van de Wet op het financieel toezicht (Wft) hun eigen reddingsmechanisme kennen, dat ook behelst het voorkomen van een faillissement.³⁵ Het is onwenselijk als dit reddingsmechanisme zou kunnen worden doorkruist met een dwangakkoord.

Lid 2:

Het tweede lid maakt duidelijk waarop wordt gedoeld wanneer in de WHOA wordt gesproken over «*stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders*». Dit betreffen de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het voorgestelde akkoord worden gewijzigd. Om die reden hebben deze schuldeisers en aandeelhouders het recht om hun stem over het voorgestelde akkoord uit te brengen (artikel 381, derde lid). De schuldenaar kan een akkoord aanbieden aan al zijn schuldeisers en aandeelhouders. Hij kan er echter ook voor kiezen om het akkoord te beperken tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders (artikel 370, eerste lid). Daarom is deze bepaling van belang. Wordt artikel 369, tweede lid, gelezen in combinatie met de artikelen waarin het begrip «*stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders*» wordt gehanteerd, dan volgt hieruit dat de schuldenaar bij een dergelijk beperkter akkoord alleen de schuldeisers of aandeelhouders van wie hij een bijdrage vraagt in de herstructurering:

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

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

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

Lid 3:

De WHOA kan ook worden toegepast, wanneer de schuldenaar zijn onderneming drijft in de vorm van een vereniging of een coöperatie. Deze rechtsvormen hebben echter leden en geen aandeelhouders. Gelet hierop

³⁵ Op dit moment is bij de Eerste Kamer het wetsvoorstel aanhangig inzake de Wet herstel en afwikkeling verzekeraars (34.842). Na de inwerkingtreding van deze wet wordt de Wft uitgebreid met een specifiek reddingsmechanisme voor verzekeraars.

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

Lid 4:

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

Lid 5:

In het vijfde lid is bepaald dat een schuldenaar geen gebruik kan maken van de WHOA als hij in de drie voorgaande jaren al eens een mislukte poging heeft gedaan om op basis van de WHOA een dwangakkoord tot stand te brengen. Is een poging van de schuldenaar om een akkoord tot stand te brengen gestrand, dan blijft het mogelijk voor de schuldeisers of aandeelhouders om een herkansing te initiëren door een herstructureeringsdeskundige te laten aanwijzen. Deze herstructureeringsdeskundige kan een nieuw voorstel voor een akkoord voorbereiden en dat vervolgens voorleggen aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Dit kan er dan toe leiden dat er alsnog een akkoord tot stand komt. Het vijfde lid sluit aan bij artikel 4 lid 4 van de richtlijn, waarin is geregeld dat de lidstaten een beperking kunnen stellen aan het aantal keren dat een schuldenaar binnen een bepaalde periode toegang heeft tot het preventief herstructureeringsstelsel.

Lid 6 tot en met 9:

Zoals eerder is toegelicht in paragraaf 3.1 van deze toelichting voorziet de WHOA in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand kan worden gebracht; 1) een *besloten akkoordprocedure buiten faillissement* en 2) een *openbare akkoordprocedure buiten faillissement*. Dit is bepaald in het zesde lid. Degene die de akkoordprocedure initieert maakt de keuze voor één van deze procedures. Dit is de schuldenaar zelf of de schuldeisers, aandeelhouders dan wel de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging, als die op grond van artikel 371 om de aanwijzing van een herstructureeringsdeskundige vragen.

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

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

de verzoeken aan de rechter in het openbaar behandeld (artikel 369, negende lid).

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

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

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

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

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

- i) de schuldenaar die het akkoord aanbiedt, heeft zijn «COMI» of een vestiging in Nederland³⁶;
- ii) de schuldenaar die het akkoord aanbiedt, heeft (substantiële) activa in Nederland;
- iii) een (substantieel) deel van de door middel van het akkoord te herstructureren schulden vloeit voort uit verbintenissen die zijn onderworpen aan het Nederlands recht of waarbij een forumkeuze is gemaakt voor de Nederlandse rechter;
- iv) een (substantieel) deel van de groep waarvan de schuldenaar deel uitmaakt, bestaat uit in Nederland gevestigde vennootschappen, of
- v) de schuldenaar is aansprakelijk voor schulden van een andere schuldenaar ten aanzien waarvan de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft.

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

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

³⁶ Worden één of meer akkoorden aangeboden waarbij sprake is van een herstructurering van de schulden van meerdere rechtspersonen die samen een groep vormen, dan is voldoende dat tenminste één van de schuldenaren zijn «COMI» of een vestiging in Nederland heeft.

Lid 10:

In het negende lid is bepaald dat tegen beslissingen van de rechter in het kader van deze afdeling geen rechtsmiddel openstaat, tenzij anders is bepaald. Hieruit volgt dat er tegen een vonnis van de rechtbank tot homologatie van een akkoord op basis van artikel 384, geen hoger beroep of cassatie open staat. Dit is gerechtvaardigd en noodzakelijk omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie (artikel 370, eerste lid). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, moet het akkoord na de homologatie snel uitgevoerd kunnen worden. Dit vergt een snelle finale beslissing van de rechter.

De laatste zinsnede «*tenzij anders is bepaald*», verwijst naar het volgende. Is gekozen voor de openbare akkoordprocedure buiten faillissement en ontleent de rechter zijn rechtsmacht om verzoeken in het kader van die procedure in behandeling te nemen aan de Insolventieverordening, dan kunnen schuldeisers dit nog wel aanvechten op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid (artikel 371, veertiende lid). Deze verzetsmogelijkheid vloeit voort uit artikel 5, eerste lid, van de Insolventieverordening.

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

Artikel 370

Artikel 370 bepaalt wanneer een schuldenaar een akkoord kan aanbieden en wat dit akkoord kan behelzen. Ook regelt het artikel dat als de schuldenaar een besloten of een naamloze vennootschap is, bepaalde regels over de besluitvorming binnen de vennootschap niet van toepassing zijn.

Artikel 370 sluit aan bij artikel 4 leden 1 en 7 van de richtlijn. In artikel 4 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat «*de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren [...]*». Voorts is in artikel 4 lid 7 geregeld dat het preventieve herstructureringsstelsel beschikbaar moet zijn op aanvraag van de schuldenaar.

Lid 1:

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

Voorwaarde om van de regeling gebruik te kunnen maken is dat de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. De toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, komt – kort gezegd – neer op het volgende. De schuldenaar is nog in staat om zijn lopende verplichtingen te voldoen. Tegelijkertijd voorziet hij dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden, als zijn schulden niet worden geherstructureerd. Tussen het

moment van het invoeren van de regeling en het moment van de verwachte insolventie kan enige tijd liggen. Zo is denkbaar dat een schuldenaar voorziet dat hij een lening die over bijvoorbeeld een half jaar of een jaar vervalt, niet zal kunnen terugbetalen en dat hij bij het vervallen van die lening insolvent zal raken. De schuldenaar moet dan onmiddellijk met een beroep op de WHOA tot actie kunnen overgaan.

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

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

Het akkoord kan zien op alle schuldeisers en aandeelhouders van de onderneming. Een akkoord dat zich beperkt tot «*een aantal van hen*» – dat wil zeggen tot één of meer groepen (klassen) van schuldeisers en aandeelhouders – is ook mogelijk. Hierbij kan gedacht worden aan een akkoord dat zich uitsluitend richt op een herstructurering van de schulden jegens financiers met een zekerheidsrecht en de vorderingen van concurrente handelscrediteuren ongemoeid laat. De WHOA wijkt op dit punt af van de regeling voor het faillissements- en het surseanceakkoord. In faillissement kan de gefailleerde een akkoord aanbieden aan «*zijn gezamenlijke schuldeisers*» (artikel 138 Fw) en in surseance is de schuldenaar bevoegd om aan «*hen, die vorderingen hebben, ten aanzien waarvan de surseance werkt*» een akkoord aan te bieden (artikel 252 Fw). Als een bepaalde groep schuldeisers niet wordt betrokken bij het akkoord betekent dit feitelijk dat de rechten van die schuldeisers op geen enkele wijze worden gewijzigd en dat zij volledig moeten worden voldaan. In een dergelijk geval bestaat het risico dat één of meer bij het akkoord betrokken klassen van schuldeisers niet instemt met het akkoord en dat schuldeisers uit die klasse bezwaar maken tegen de homologatie. Het akkoord kan dan alleen in aanmerking komen voor homologatie, als:

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

Het is goed voorstelbaar dat de schuldenaar een akkoord aanbiedt en dat daarover vervolgens overleg en onderhandeling plaatsvindt met de schuldeisers en aandeelhouders. Dit kan ertoe leiden dat het akkoord nog moet worden aangepast. De WHOA biedt daar ruimte voor. De enige voorwaarde die in dit verband wordt gesteld, is dat de schuldenaar

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

Lid 2:

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

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

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

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

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

Indien en voor zover de betaling van de derde ertoe leidt dat de schuldeiser meer aan waarde ontvangt dan het bedrag van zijn oorspronkelijke vordering op de schuldenaar, gaan de rechten die in het akkoord aan de schuldeiser zijn toegekend van rechtswege over op de derde. Dit is

geregeld in de derde zin van het tweede lid. Op deze wijze kan het verlies dat de derde lijdt doordat hij geen regresrecht heeft op de schuldenaar enigszins worden gecompenseerd en wordt voorkomen dat de schuldeiser uiteindelijk meer ontvangt dan waarop hij op basis van zijn oorspronkelijke vordering jegens de schuldenaar recht heeft. In paragraaf 3.2 van deze toelichting is aan de hand van twee situatieschetsen geïllustreerd hoe deze bepaling in de praktijk uitwerkt.

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

Lid 3:

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

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

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

- de rechtbank heeft beslist op het homologatieverzoek, of

- de schuldenaar het verslag van de stemming heeft gedeponereerd en daarin heeft vermeld dat hij een dergelijk verzoek niet zal indienen. Zodra de inzagemogelijkheid van de stemgerechtigde schuldeisers en de aandeelhouders eindigt, kan de rechtbank de verklaring vernietigen. Zij doet dit in ieder geval één jaar na de deponering. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat een traject dat in gang wordt gezet om een akkoord tot stand te brengen niet langer dan een jaar zal lopen.

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

Lid 4:

Het vierde lid ziet specifiek op de situatie waarin de schuldenaar ervoor kiest om een akkoord tot stand te brengen in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement. Zoals eerder is toegelicht in paragraaf 3.1 van deze toelichting, geldt dat als de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt toegepast op een schuldenaar die zijn «COMI» heeft in Nederland dat de Insolventieverordening van toepassing is. In dat geval dienen de voorschriften die de Insolventieverordening stelt ten aanzien van de bekendmaking van de lopende procedure in acht te worden genomen. Het vierde lid voorziet daarin en bepaalt dat als de schuldenaar zijn akkoord aanbiedt in het kader van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement, hij de griffier van de rechtbank Den Haag moet vragen dit in de insolventieregisters, bedoeld in de artikelen 19 en 19a, en in de Staatscourant te vermelden. De schuldenaar moet dit doen zodra de rechter voor het eerst betrokken is bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. De eerste beslissing die de rechter in dat kader neemt, markeert de opening van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement. De datum waarop de procedure is geopend, is één van de gegevens die de schuldenaar ingevolge artikel 24 van de Insolventieverordening zal moeten aanleveren. Afhankelijk van het moment waarop de rechter voor het eerste bij het traject wordt betrokken, zou een openingsbeslissing kunnen zijn:

- de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige op verzoek van de schuldenaar (artikel 371);
- de verlening van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van de verkrijging van nieuwe financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord (artikel 42a);
- de afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376);
- het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (artikel 379);
- het geven van een tussentijds rechterlijk oordeel (artikel 378), of
- de beslissing op het homologatieverzoek (artikel 384).

Lid 5:

Het vijfde lid ziet op de situatie dat de schuldenaar een rechtspersoon is. De bepaling regelt dat bepaalde regels ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering niet van toepassing zijn wanneer op basis van de WHOA een akkoord wordt aangeboden. Concreet betekent dit in

ieder geval dat het bestuur van de rechtspersoon voor de aanbieding van een akkoord niet de goedkeuring nodig heeft van de algemene vergadering. Mocht de uitvoering van een door de rechter gehomologeerd akkoord een besluit van de algemene vergadering vergen, dan treedt het vonnis tot homologatie van het akkoord daarvoor in de plaats.

Zoals eerder is toegelicht en geïllustreerd in paragraaf 3.2 van deze toelichting, kan het voor een herstructurering van de schulden ook nodig zijn om de rechten van aandeelhouders te wijzigen. De bepaling die is opgenomen in het vijfde lid hangt hiermee samen. Met deze bepaling wordt voorkomen dat het bestuur vanwege weerstand bij aandeelhouders in zijn geheel niet toekomt aan het in gang zetten van een traject dat kan leiden tot de totstandkoming van een akkoord. Overigens betekent de buiten toepassing verklaring van de regels betreffende besluitvorming door de algemene vergadering niet dat de aandeelhouders zich helemaal niet meer over het akkoord kunnen uitspreken. De wijze waarop zij dit kunnen doen, is alleen anders geregeld. Wanneer het akkoord voorziet in een wijziging van de rechten van de aandeelhouders, dan hebben zij op basis van artikel 381, derde lid, het recht deel te nemen aan de stemming over het akkoord. Dient de schuldenaar na de stemming een verzoek in tot homologatie van het akkoord, dan kunnen de aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd de rechter vragen dit verzoek af te wijzen (artikel 383, achtste lid). In het kader van de behandeling van het homologatieverzoek kunnen zij dan nogmaals hun stem laten horen.

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

Artikel 371

In artikel 371 is een regeling opgenomen op basis waarvan schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging, dan wel de schuldenaar zelf de totstandkoming van een akkoord kunnen initiëren door de rechter te vragen om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Deze herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en met het instemmen brengen van dat akkoord het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. Het artikel regelt wanneer van deze mogelijkheid gebruik gemaakt kan worden. Ook is hierin bepaald welke middelen de herstructureringsdeskundige heeft en wat zijn verantwoordelijkheden zijn. Tot slot is in dit artikel geregeld wanneer een aanwijzing eindigt.

De aanwijzing van de herstructureringsdeskundige leidt er niet toe dat de schuldenaar de beschikking of het beheer over zijn vermogen verliest. Hij behoudt zelf de controle over zijn onderneming en kan deze gewoon blijven voortzetten, terwijl de akkoordprocedure loopt (*«debtor in possession»*).

Dat er financiële problemen zijn, hoeft – zeker als gebruik wordt gemaakt van de besloten akkoordprocedure buiten faillissement – niet breed bekend te worden. Dat voorkomt negatieve publiciteit en daarmee samenhangende nadelige consequenties voor de bij de onderneming betrokken partijen.

Artikel 371 sluit aan bij artikel 4 leden 1 en 8 en artikel 5 leden 1, 2 en 3, onderdeel c, van de richtlijn. In artikel 4 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat *«de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren [...]»*. Vervolgens is in lid 8 van dit

artikel bepaald dat de lidstaten tevens kunnen bepalen dat het preventief herstructureringsstelsel ook beschikbaar is voor schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers. Via de aanstelling van een herstructureringsdeskundige kunnen de schuldeisers en de OR of de personeelsvertegenwoordiging de beschikking krijgen over het herstructureringsstelsel waarin de WHOA voorziet.

In artikel 5 lid 1 van de richtlijn is geregeld dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat *«schuldenaren die toegang hebben tot preventieve herstructureringsprocedures, volledig of ten minste gedeeltelijk, de controle behouden over hun activa en over de dagelijkse bedrijfsvoering van de onderneming»*. In artikel 5 lid 2 van de richtlijn is bepaald dat door een rechterlijke instantie een herstructureringsdeskundige kan worden aangesteld. De rechterlijke instantie moet per geval beoordelen of dit nodig is, met dien verstande dat artikel 5 lid 3 van de richtlijn drie specifieke gevallen opsomt waarin er altijd een herstructureringsdeskundige moet worden aangesteld. Eén van die gevallen – genoemd in onderdeel c – betreft de situatie waarin de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers daarom heeft verzocht.

Lid 1:

Het eerste lid biedt schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde OR of de personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid om de rechter te vragen een herstructureringsdeskundige aan te wijzen.

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

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

Lid 2 en 14:

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

Voor welke akkoordprocedure wordt gekozen, dient in ieder geval duidelijk te zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Dat moment kan samenvallen met de indiening van een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. In het tweede lid is bepaald dat degene die het aanwijzingsverzoek indient, in dat geval moet vermelden voor welke akkoordprocedure hij kiest en welke redenen aan die keuze ten grondslag liggen. Als het verzoek is ingediend door een schuldeiser, een aandeelhouder dan wel de OR of de personeelsvertegenwoordiging, krijgt de schuldenaar op basis van het tweede lid nog de gelegenheid om zich uit te spreken over de keuze die is gemaakt. Is de schuldenaar het oneens met de gemaakte

keuze, dan bepaalt de rechter welke akkoordprocedure zal worden toegepast.

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

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

Als de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt toegepast en de Insolventieverordening van toepassing is, dienen de voorschriften die daarin zijn opgenomen ten aanzien van de bekendmaking van de lopende procedure te worden nageleefd. Aan het slot van het tweede lid is bepaald dat artikel 370, vierde lid, dan van overeenkomstige toepassing is. Voor een nadere uitleg hierbij wordt verwezen naar de toelichting bij die bepaling.

Lid 3, 4, 5 en 10:

Op basis van het derde lid geldt als voorwaarde voor de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige dat de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Hiermee wordt voor de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige aangesloten bij de voorwaarde waaraan – ingevolge artikel 370, eerste lid – voldaan moet zijn, wil de schuldenaar een akkoord tot stand kunnen brengen op basis van de WHOA. Voor een nadere toelichting hierop wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 370, eerste lid.

Als dit nodig is om een beslissing te kunnen nemen, kan de rechter een deskundige vragen om te onderzoeken of de schuldenaar inderdaad verkeert in een dergelijke toestand van onvermijdelijke insolventie. Dit laatste is geregeld in het vierde lid.

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

Uit het voorgaande spreekt de gedachte dat de WHOA vooral ook bedoeld is ter behartiging van de belangen van schuldeisers en van andere betrokkenen – zoals werknemers – die graag willen dat de onderneming wordt voortgezet, maar geconfronteerd worden met een kleine groep schuldeisers of onwillige aandeelhouders die een reddingspoging blokkeren. De aanwijzing van de herstructureringsdeskundige ziet erop dat er een poging wordt gedaan om te voorkomen dat het faillissements-scenario dat dreigt, zich daadwerkelijk gaat voordoen. Zeker wanneer de schuldenaar zelf geen of onvoldoende actie lijkt te ondernemen, is het belang van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige voor de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen eigenlijk al gegeven. Maar ook als de schuldenaar al wel met de voorbereiding van een akkoord gestart is, kan de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige toch gewenst zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval als bij een schuldenaar-rechtspersoon de onafhankelijkheid van het bestuur niet boven iedere twijfel verheven is. Als de poging om een akkoord tot stand te brengen wordt overgenomen door een externe onafhankelijke herstructureringsdeskundige, kan dit het vertrouwen in het proces en daarmee de slagingskans vergroten. De benoeming van een onafhankelijke door de rechtbank aangewezen herstructureringsdeskundige kan eventuele vrees voor misbruik helpen voorkomen. Echter, hoe verder het door de schuldenaar aangeboden akkoord is gevorderd en hoe groter de steun van de betrokken schuldeisers voor dat akkoord, hoe groter het belang van de schuldeisers bij een voortvarende afronding door de schuldenaar van het door hem ingezette akkoordtraject. De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige zal een reeds ingezet traject hoe dan ook vertragen. De herstructureringsdeskundige zal zich altijd van vooraf af aan moet inwerken. Steeds zal moeten worden afgewogen of de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige voor de gezamenlijke schuldeisers direct of indirect meerwaarde oplevert die opweegt tegen de daar tegenoverstaande kosten en mogelijke vertraging. Is het aanwijzingsverzoek ingediend door de schuldenaar zelf of wordt het verzoek gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, dan wordt er in het derde lid van uitgegaan dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en zal de rechter het verzoek moeten honoreren. Dit sluit ook aan bij artikel 5 lid 3, onderdeel c, van de richtlijn. In artikel 5 lid 3 is bepaald dat de lidstaten in tenminste drie specifiek benoemde gevallen moeten voorzien in «*de aanstelling van een deskundige op het gebied van herstructurering om de schuldenaar en de schuldeisers te assisteren bij de onderhandelingen*». Eén van die gevallen – genoemd in onderdeel c – betreft de situatie waarin de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers daarom heeft verzocht.

Gaat de rechtbank over tot een aanwijzing, dan stelt zij ook het salaris van de herstructureringsdeskundige vast en bepaalt zij hoeveel de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de door hem op ingeschakelde derden, ten hoogste mogen kosten. Dit bedrag kan nadien nog door de rechtbank worden verhoogd. In beginsel dient de schuldenaar de kosten te vergoeden. Als de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige echter is gevolgd op een verzoek dat gesteund werd door de meerderheid van de schuldeisers, worden de kosten gedragen door de schuldeisers. Dit sluit aan bij het eerder genoemde artikel 5 lid 3, onderdeel c, van de richtlijn. De rechtbank kan aan de aanwijzing de voorwaarde verbinden van zekerheidstelling of bijschrijving van een voorschot op de rekening van het gerecht. Dit alles is geregeld in het tiende lid.

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

Lid 7 tot en met 9:

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

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

Dit laatste geldt ook voor de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers en, als de schuldenaar een vennootschap is, voor de bestuurders, commissarissen en aandeelhouders. Hiermee sluit het wetsvoorstel aan bij de artikelen 105 en 105a Fw betreffende de informatie- en medewerkingsplicht van de failliet jegens de curator. Als het bestuur verzuimt om medewerking te verlenen, kan de herstructureringsdeskundige de rechter vragen om het bestuur daartoe alsnog te dwingen, eventueel op straffe van een dwangsom (artikel 3:296 BW in combinatie met artikel 611a Rv). Daarnaast kan een weigering van het bestuur om mee te werken zich ook kwalificeren als onbehoorlijk bestuur. Mocht een faillietverklaring volgen en nadien blijken dat de onwillige houding van het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dan zouden de bestuurders op basis van de artikelen 2:138 en 248 BW hoofdelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor het tekort in faillissement.

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

Lid 6 en 11

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

De herstructureringsdeskundige is op basis van het elfde lid niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van de poging om een akkoord tot stand te brengen, tenzij hem een persoonlijk ernstig verwijt treft dat hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een

over voldoende inzicht en ervaring beschikkende herstructureringsdeskundige die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Hierbij sluit de regeling aan bij de in de jurisprudentie ontwikkelde «Maclou-norm»³⁷ die leidend is bij de bepaling van de eventuele aansprakelijkheid van de faillissementscurator.

Lid 12 en 13

Uit het dertiende lid volgt dat de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige in beginsel van rechtswege eindigt zodra de rechtbank het door de herstructureringsdeskundige aangeboden akkoord heeft gehomologeerd. De rechtbank kan in het vonnis tot homologatie van het akkoord echter bepalen dat de herstructureringsdeskundige nog wat langer aanblijft, bijvoorbeeld omdat het wenselijk is dat hij ook de uitvoering van het akkoord nog kan begeleiden.

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

Artikel 372

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

Lid 1 en 2:

Mocht een schuldeiser betrokken worden bij een akkoord en wordt zijn vorderingsrecht in dat kader gewijzigd, dan behoudt hij het recht om een derde, waaronder een borg en een medeschuldenaar, die aansprakelijk is voor een schuld van de schuldenaar of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld, aan te spreken tot voldoening van zijn oorspronkelijke vordering in de vorm en op het tijdstip zoals afgesproken vóór de homologatie van het akkoord (artikel 370, tweede lid, eerste zin). Artikel 372 maakt een uitzondering op deze regeling voor groepsgaranties die zijn afgegeven door rechtspersonen die onderdeel vormen van dezelfde groep. Als voldaan is aan de volgende vier voorwaarden, kan het akkoord ook voorzien in een wijziging van de rechten van de schuldeisers jegens een borg of een medeschuldenaar niet meer kan aanspreken voor de voldoening van de schuld van de schuldenaar (eerste lid):

- het akkoord brengt een wijziging aan in de rechten van schuldeisers die voortvloeien uit door de desbetreffende rechtspersonen verstrekte groepsgaranties of uit verbintenissen waarvoor die rechtspersonen met of naast de schuldenaar aansprakelijk zijn (onderdeel a);

³⁷ HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (Maclou).

- de betrokken rechtspersonen verkeren – evenals de hoofdschuldenaar – in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van hun schulden niet zullen kunnen voortgaan (onderdeel b);
- de betrokken rechtspersonen moeten met de voorgestelde wijziging hebben ingestemd of, als dat niet zo is, moet het akkoord zijn aangeboden door een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371 (onderdeel c), en
- de rechtbank moet beschikken over rechtsmacht om een homologatieverzoek betreffende een dergelijk breed akkoord te kunnen behandelen (onderdeel d).

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

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

Lid 3:

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

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

Artikel 373

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

Daarnaast regelt dit artikel dat zogenoemde «*ipso facto-clausules*» zonder gevolg blijven. Bedoeld zijn contractsbepalingen die automatisch contractuele gevolgen verbinden aan het openen van een akkoordprocedure of gebeurtenissen of handelingen die daarmee verband houden. De voorgestelde bepaling is nodig om te voorkomen dat waardevolle overeenkomsten als gevolg van de herstructurering verloren gaan. De wederpartij bij deze overeenkomsten heeft geen rechtens te respecteren belang om zich aan de overeenkomst te onttrekken. Hij krijgt na de homologatie van het akkoord juist een debiteur die weer financieel gezond is.

Deze regeling sluit aan op artikel 7 lid 4 en 5 van de richtlijn. In de eerste alinea van artikel 7 lid 4 en 5 van de richtlijn is – kort gezegd – bepaald dat de lidstaten moeten voorzien in regels die ervoor dat «*essentielle contracten*» in stand blijven. De lidstaten krijgen de mogelijkheid om ook «*niet-essentiële overeenkomsten*» onder het toepassingsbereik van deze regels te laten vallen.

Lid 1:

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

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

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

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

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

Lid 2:

De (concurrente) schadevordering die de wederpartij mogelijk toekomt na de eenzijdige tussentijdse opzegging van de overeenkomst, kan de schuldenaar betrekken in het akkoord. Dit is bepaald in het tweede lid. Kiest de schuldenaar hiervoor, dan maakt dit de wederpartij bij de overeenkomst stemgerechtigd schuldeiser met alle rechten die hem op basis van de WHOA toekomen. De wederpartij heeft dan onder meer het recht om over het akkoord te stemmen en het recht om de rechter te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikelen 381, derde lid, en 383, achtste lid).

Betrekt de schuldenaar de schadevordering die de wederpartij mogelijk heeft, niet in het akkoord, dan betekent dit feitelijk dat na de opzegging de schadevordering volledig zal moeten worden voldaan. De wederpartij is dan geen stemgerechtigd schuldeiser, omdat zijn recht op schadevergoeding op geen enkele wijze wordt gewijzigd. De wederpartij heeft in dat geval dus ook niet het recht om over het akkoord te stemmen en hij kan zich ook niet verzetten tegen de homologatie van het akkoord. De wederpartij kan de rechter wel verzoeken om geen toestemming te geven voor de opzegging van de overeenkomst op de grond dat de toestand van onvermijdelijke insolventie niet bestaat (artikelen 383, achtste lid, en 384, vijfde lid). Slaagt dit verzoek van de wederpartij, dan zal dit automatisch betekenen dat ook het akkoord niet kan worden gehomologeerd. Ook daarvoor geldt immers als voorwaarde dat de schuldenaar moet verkeren in een toestand van onvermijdelijke insolventie (artikel 384, tweede lid, onder a).

Lid 3 en 4:

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

Op basis van het derde lid blijven «*ipso-factoclausules*» zonder gevolg. Dit geldt zowel voor clausules die automatisch rechtsgevolg verbinden aan het aanbieden van het akkoord als clausules die daar beëindigingsrechten aan koppelen. Bovendien geldt de regel evenzeer voor clausules die de werking daarvan niet laten afhangen van het aanbieden van het akkoord, maar van gebeurtenissen of handelingen die daarmee samenhangen. Het gaat dan bijvoorbeeld om het onderhandelen over een akkoordvoorstel of de uitvoering van een gehomologeerd akkoord. Met dit laatste wordt onder meer zeker gesteld dat een akkoord dat een «*debt-for-equity-swap*» inhoudt, niet doorkruist kan worden door een «*change-of-control*» bepaling. Verder volgt uit het derde lid dat de voorbereiding, aanbieding of uitvoering van een akkoord evenmin een grond op kan leveren voor het vervroegd inroepen van de gevolgen van verzuim op grond van artikel 6:80 BW. Ook als een beroep wordt gedaan op de in de regeling opgenomen voorzieningen die de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige ten dienst staan om een akkoord tot stand te kunnen brengen (zie paragraaf 3.7), is dit aan te merken als een gebeurtenis of handeling die rechtstreeks verband houdt met het voorbereiden en aanbieden van een akkoord. Dit gaat dan bijvoorbeeld om de afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376). Ook dan blijven «*ipso-factoclausules*» zonder gevolg.

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

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

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

Artikel 374

Artikel 374 schrijft voor wanneer het akkoord moet voorzien in een klassenindeling. Deze verplichting bestaat als bij het akkoord – kort gezegd – verschillende categorieën van schuldeisers en aandeelhouders worden betrokken. Dit is ingevolge artikel 374 aan de orde als de schuldeisers en aandeelhouders in faillissement rechten hebben of op basis van het akkoord rechten krijgen die zodanig verschillend zijn, dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. Als de schuldeisers en aandeelhouders geen vergelijkbare positie hebben, beoordelen zij een akkoord doorgaans anders. Het is van belang dat hiermee rekening wordt gehouden. Dit is namelijk bepalend bij de vraag of een akkoord in aanmerking komt voor homologatie. Eerder is toegelicht in paragraaf 3.1 van het algemeen deel van deze toelichting dat het akkoord alleen in aanmerking kan komen voor homologatie door de rechter, als:

- er in ieder geval één categorie van betrokken schuldeisers of aandeelhouders is die het akkoord met de vereiste meerderheid steunt, en
- het akkoord een herstructureringsvoorstel omvat dat *redelijk* is ten opzichte van de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Dit betekent in ieder geval dat:
 - a) de schuldeisers en aandeelhouders op basis van het akkoord niet in een aanmerkelijk slechtere positie mogen komen dan in faillissement, en

- b) de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd (dat wil zeggen de *going concern*) of reorganisatiewaarde van de betrokken onderneming) *eerlijk* onder de schuldeisers en aandeelhouders moet zijn verdeeld.

Als alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en de besluitvorming zuiver is geweest (dat wil zeggen dat geen sprake is van één van de afwijzingsgronden opgenomen in artikel 384, tweede lid), mag ervan worden uitgegaan dat het akkoord *redelijk* is. Het is echter mogelijk dat er schuldeisers of aandeelhouders zijn die niet met het akkoord hebben ingestemd en zich verzetten tegen de homologatie. Als deze schuldeisers of aandeelhouders kunnen aantonen dat het akkoord toch *onredelijk* is omdat zij op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie komen dan in faillissement, wijst de rechter het homologatieverzoek alsnog af (artikel 384, derde lid). Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan is bepalend hoe in het aangeboden akkoord de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, verdeeld wordt onder de betrokken klassen. Bij die verdeling mag niet ten nadele van een tegenstemmende klasse worden afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar. Als er schuldeisers of aandeelhouders zijn die met de meerderheid van hun klasse tegen het akkoord hebben gestemd en aantonen dat het akkoord niet aan deze voorwaarde voldoet, is dit eveneens een reden voor de rechter om het homologatieverzoek af te wijzen (artikel 384, vierde lid). Dit komt omdat het akkoord in dat geval een herstructureringsplan omvat waarin de reorganisatiewaarde *oneerlijk* is verdeeld.

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

Uit artikel 374 volgt concreet dat:

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

Bij de klasseindeling is leidend welke rechten de schuldeisers en aandeelhouders hebben in faillissement en welke rechten zij krijgen op basis van het akkoord. In ieder geval dienen schuldeisers of aandeelhouders die een verschillende rang hebben bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar, in verschillende klassen te worden ingedeeld. Daarbij kunnen verschillen in rang voortvloeien uit Titel 10 van Boek 3 van het BW, een andere wet of een daarop gebaseerde regeling dan wel een contractuele regeling. Ten aanzien van een uit de wettelijke rangregeling voortvloeiende klassenindeling moet gedacht worden aan verschillende klassen voor bijvoorbeeld de crediteuren met een pand- of hypotheekrecht, de crediteuren met een eigendomsvoorbehoud of de concurrente crediteuren. Bij contractuele regelingen die bepalen in welke

volgorde schuldeisers verhaal kunnen nemen betreft het bijvoorbeeld achterstellingsovereenkomsten of een «*intercreditor agreement*». Dit laatste is een overeenkomst tussen de schuldenaar en meerdere schuldeisers die samen een lening verstrekken. In de overeenkomst zijn – kort gezegd – afspraken vastgelegd over de relatie tussen de verschillende kredietverstrekkers en over wat er gebeurt als de schuldenaar de voorwaarden van de lening niet nakomt.

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

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

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

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

Artikel 374 sluit aan bij de eerste alinea van artikel 9 lid 4 van de richtlijn. Hierin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat «*de betrokken partijen in afzonderlijke categorieën worden behandeld die, krachtens nationaal recht, voldoende gedeelde belangen weerspiegelen op basis van verifieerbare criteria*». Ook is voorgeschreven dat «*schuldeisers van door een zekerheid gedekte vorderingen en niet door een zekerheid gedekte vorderingen in ieder geval in afzonderlijke categorieën worden behandeld [...]*».

Artikel 375

Artikel 375 bepaalt welke informatie opgenomen moet worden in het akkoord en welke informatie daarbij overlegd moet worden. Deze bepaling heeft vooral tot doel ervoor te zorgen dat de schuldeisers en aandeelhouders de informatie krijgen die zij nodig hebben om effectief gebruik te kunnen maken van hun stemrecht op basis van artikel 381.

Het artikel sluit aan bij artikel 8 lid 1 van de richtlijn. Hierin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat een herstructureringsplan dat ter stemming aan de schuldeisers en aandeelhouders wordt voorgelegd, ten minste bepaalde informatie moet bevatten. Het is de lidstaten toegestaan om de informatievoorschriften aan te vullen. De onderdelen a, b, i en l van het eerste lid en de onderdelen a, b, c, d en e van het tweede lid sluiten aan bij artikel 8 lid 1 van de richtlijn. De overige onderdelen van artikel 375 betreffen aanvullingen op de in artikel 8 lid 1 van de richtlijn voorgescreven informatie.

Lid 1 en 2:

Het eerste lid omvat in de eerste plaats als uitgangspunt dat het akkoord alle informatie dient te omvatten die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich voor het plaatsvinden van de stemming een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over het akkoord. Voorts wordt in het eerste en het tweede lid voorgescreven welke informatie altijd in het akkoord opgenomen moet zijn of aan het akkoord gehecht moet zijn. Deze lijst met informatie is niet limitatief.

De informatie genoemd in het eerste lid moet in het akkoord zelf worden opgenomen. De informatie die is opgenomen in het tweede lid is omvangrijker en kan daarom beter als bijlage bij het akkoord worden gevoegd. Verder bestaat er geen onderscheid tussen de informatie in het eerste en het tweede lid. In artikel 384, tweede lid, onderdeel c, is bepaald dat de rechter een verzoek tot homologatie van het akkoord afwijst als het akkoord zelf of de daarbij overgelegde bescheiden niet alle in artikel 375 genoemde informatie omvat.

De voorgescreven informatie moet de schuldeisers en aandeelhouders in staat stellen:

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

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

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

Onderdeel f van het eerste lid schrijft voor dat in het akkoord ook informatie moet zijn opgenomen over «*de opbrengst die naar*

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

Op basis van onderdeel g van het eerste lid moet in het akkoord ook toegelicht worden hoe de schuldenaar dan wel de herstructureringsdeskundige op deze genoemde waardes is gekomen en in het bijzonder welke uitgangspunten en aannames daaraan tegen grondslag liggen. Dit laatste is van belang omdat schuldeisers de waarde berekeningen dan ook kunnen verifiëren.³⁸ In de consultatie werd door enkele respondenten gepleit voor de verplichting voor de schuldenaar om een door een onafhankelijk deskundige opgemaakt waarderingsrapport te overleggen. Een dergelijke verplichting zou echter een niet te veronachtzamen kostenpost meebrengen. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de regeling voor bepaalde ondernemingen wellicht ontoegankelijk wordt. Daarbij moet vooral gedacht worden aan MKB-bedrijven. Een wettelijke plicht hiertoe zou vooral voor hen een onevenredige last vormen. Dit geldt te meer omdat een dergelijke rapportage vaak niet nodig zal zijn. Ook kennen de huidige akkoordregelingen in faillissement en surseance een dergelijke plicht niet. Bovendien is een extern adviseur die door de schuldenaar wordt ingeschakeld en geïnstrueerd, niet werkelijk onafhankelijk te noemen. Hij zal zich altijd in meer of mindere mate door de schuldenaar als zijn opdrachtgever laten leiden. Het vertrouwen dat schuldeisers in diens rapportage kunnen stellen, is in dit opzicht dan ook betrekkelijk. Schuldeisers zullen meer vertrouwen stellen in een rapportage van een deskundige die door de rechtbank benoemd wordt en werkelijk onafhankelijk is, dat wil zeggen een rapportage van;

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

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

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

³⁸ S.W. van den Berg, «*Waarderingsvragen in het ondernemingsrecht en insolventierecht*» (diss. 2019).

geld zal worden uitbetaald of wanneer de obligaties of aandelen zullen worden uitgegeven.

Op basis van onderdeel d van het tweede lid moet ook inzicht gegeven worden in de financiële positie van de schuldenaar. Welke informatie daartoe precies overgelegd moet worden, hangt af van de omstandigheden van het geval. Veelal zal het gaan om (historische en vooruitkijkende) informatie over de vermogenspositie (de balans), de resultaten (de verlies- en winstrekening) en de liquiditeitspositie (de herkomst en besteding van middelen en de liquiditeitsprognose) van de schuldenaar.

Lid 3:

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

Artikel 376

Artikel 376 biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen jegens alle schuldeisers of een aantal van hen. Artikel 376 is erop gericht de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige de kans te geven een akkoord tot stand te brengen. Het artikel beoogt te voorkomen dat schuldeisers overgaan tot verhaalsacties. Tegelijkertijd is het risico van misbruik door de schuldenaar van de afkoelingsperiode onder ogen gezien. Het is niet de bedoeling dat de schuldenaar de schuldeisers van verhaal kan afhouden zonder dat dit geschiedt met het doel om aan een oplossing te werken waarmee de schuldeisers het best gediend zijn. Gelet daarop zijn op basis van dit artikel ook enkele voorwaarden verbonden aan de afkondiging van de afkoelingsperiode.

Artikel 376 sluit aan bij de artikelen 6 en 7 van de richtlijn. In de eerste alinea van artikel 6 lid 1 van de richtlijn is geregeld dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat «*schuldenaren gebruik kunnen maken van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen om de onderhandelingen over een herstructureringsplan in het kader van een preventief herstructureringsstelsel te ondersteunen*». In de overige onderdelen van de artikelen 6 en 7 van de richtlijn is geregeld wanneer de schorsing kan worden verleend, wat hiervan het toepassingsbereik en de maximale duur is en wanneer deze kan worden verlengd of juist moet worden ingetrokken.

Lid 1 en 4:

In het eerste lid is bepaald dat de afkondiging van een afkoelingsperiode alleen mogelijk is als er een herstructureringsdeskundige is aangewezen of de schuldenaar bij de griffie van de rechtbank een verklaring deponeert waaruit blijkt dat hij zelf een traject is gestart om een akkoord tot stand te brengen. In dit laatste geval dient de schuldenaar het akkoord ook al daadwerkelijk te hebben aangeboden of moet hij toezeggen dat hij dit binnen een termijn van ten hoogste twee maanden zal doen. Bovendien moet op basis van het vierde lid summierlijk blijken dat de afkondiging van de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord te kunnen blijven voortzetten. Ook moet op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs aan te nemen zijn dat de indivi-

duele schuldeisers op wie de afkoelingsperiode zal zien, daardoor niet wezenlijk in hun belangen worden geraakt. De schuldenaar moet de rechtbank hiervan overtuigen. Heeft er bijvoorbeeld al een stemming plaatsgevonden waarbij het door de schuldenaar aangeboden akkoord door alle klassen is weggestemd en heeft geen van de schuldeisers of aandeelhouders het initiatief genomen om een herkansing te initiëren met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, dan is de kans verkeken dat er een akkoord tot stand komt. Een afkoelingsperiode is dan niet op haar plaats.

Lid 2, 5, 6 en 8:

In het achtste lid is artikel 241a, tweede lid, Fw van overeenkomstige toepassing verklaard. Hieruit volgt dat de afkoelingsperiode betrekking kan hebben op alle schuldeisers (hierna: een algemene afkoelingsperiode) of een aantal van hen (hierna: beperkte afkoelingsperiode). Van belang is dat een afkoelingsperiode gericht kan zijn op alle schuldeisers van de schuldenaar en dus niet alleen op de schuldeisers die bij het akkoord betrokken zijn (de stemgerechtigde schuldeisers).

De afkondiging van een afkoelingsperiode heeft op basis van het tweede lid de volgende gevolgen. In de eerste plaats, kunnen schuldeisers hun bevoegdheid tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, alleen nog maar uitoefenen met machtiging van de rechter. Dit houdt bijvoorbeeld in dat een schuldeiser met een eigendomsvoorbehoud op geleverde voorraad deze goederen niet zonder toestemming van de rechter mag terughalen. Als het onderhandelings-traject in gevaar komt wanneer deze goederen worden teruggehaald, zal de rechter geen machtiging afgeven. Heeft de rechtbank een algemene afkoelingsperiode afgekondigd, dan geldt dit in beginsel voor alle schuldeisers van de schuldenaar. Is de afkoelingsperiode gericht tot een beperkte groep schuldeisers, dan kunnen alleen die schuldeisers geen verhaalsacties in gang zetten. In beide gevallen geldt wel als voorwaarde dat de desbetreffende schuldeisers geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat er een akkoord wordt voorbereid. Daarnaast kan de rechtbank tijdens de afkoelingsperiode op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige beslagen opheffen. Tot slot leidt de afkoelingsperiode ertoe dat de behandeling van een door de schuldenaar ingediend verzoek tot verlening van surseance of een eigen faillissementsaangifte, dan wel een door een schuldeiser jegens de schuldenaar ingediende faillissementsaanvraag wordt geschorst.

In het tweede lid is ook bepaald hoe lang een afkoelingsperiode maximaal kan duren. Een afkoelingsperiode geldt in beginsel voor de duur van vier maanden. Op basis van het vijfde lid kan de afkoelingsperiode daarna op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige nog met maximaal vier maanden worden verlengd. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zullen dan wel aan moeten tonen dat er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Als er inmiddels al een homologatieverzoek is ingediend bij de rechter, wordt daarvan uitgegaan.

Op deze regel bestaat één uitzondering. In het zesde lid is bepaald dat de afkoelingsperiode maximaal vier maanden duurt als hierom is verzocht in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement en in de drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van de WHOA de «COMI» van de schuldenaar verplaatst is van een lidstaat naar een andere lidstaat. Voor de definitie van het begrip «COMI» wordt verwezen naar artikel 3 lid

1 van de Insolventieverordening. Het zesde lid sluit aan bij artikel 6 lid 8 van de richtlijn. Hierin is bepaald dat als de lidstaten ervoor kiezen om de richtlijn om te zetten in één of meer procedures die worden opgenomen in bijlage A van de Insolventieverordening «*de totale duur van de schorsing volgens die procedures beperkt is tot maximaal vier maanden indien het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar vanuit een andere lidstaat is verplaatst binnen een periode van drie maanden voorafgaand aan de indiening van de aanvraag tot opening van een herstructureringsprocedure*». Eerder is opgemerkt:

- dat de openbare akkoordprocedure buiten faillissement zal worden aangemeld bij de Europese Commissie met het verzoek om deze procedure te laten opnemen in bijlage A van de Insolventieverordening, en
- dat de eerste beslissing die de rechter neemt op basis van de WHOA de opening van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement markeert.

Lid 7 en 8:

Afdeling 2.1 Fw kent al een afkoelingsregeling voor de surseance van betaling (artikel 421a e.v. Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is in het achtste lid nauw aangesloten bij deze regeling. Dit geldt niet voor artikel 241b Fw. Die bepaling staat een stil pandhouder toe mededeling te doen van een pandrecht op een vordering mits hij de ontvangen gelden bij een bewaarder stort. De mededeling leidt ertoe dat de schuldenaar de vordering jegens zijn afnemer zelf niet meer mag innen. De afnemer zal na de mededeling moeten betalen aan de pandhouder – doorgaans de bank – in plaats van de schuldenaar. Als dit gebeurt, drogen de inkomsten van de schuldenaar op. Hij is dan niet meer in staat om de verplichtingen te voldoen die hij aan moet gaan in het kader van zijn bedrijfsvoering. De continuïteit van de onderneming komt daarmee direct in gevaar en de schuldenaar heeft dan geen gelegenheid meer om een akkoord tot stand te brengen. Daarom is in het zevende lid expliciet bepaald dat de pandhouder geen mededeling mag doen. De schuldenaar blijft inningsbevoegd. Hij moet in het kader van de normale bedrijfsvoering over het geïnde bedrag kunnen blijven beschikken. Voorwaarde is wel dat de schuldenaar voor het verhaal van de pandhouder op toereikende wijze vervangende zekerheid stelt. Dit laatste zal vaak min of meer automatisch gaan omdat de nieuwe vorderingen die uit de voortgezette bedrijfsuitoefening ontstaan veelal aan de pandhouder zullen zijn verpand en de schuldenaar gedurende het traject beheers- en beschikkingsbevoegd blijft.

Lid 9:

Als de rechter overgaat tot de afkondiging van een afkoelingsperiode, kan hij daarbij op basis van het negende lid voorzieningen treffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en de aandeelhouders. Ook op een later moment – dat wil zeggen als de afkoelingsperiode al loopt – kan de rechter daartoe alsnog beslissen. De rechter kan hier ambtshalve toe besluiten of op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige of een van de schuldeisers op wie de afkoelingsperiode ziet.

De rechter kan bijvoorbeeld bepalen dat de schuldenaar ervoor moet zorgen dat er binnen een bepaalde termijn een stemming plaatsvindt over het akkoord en dat de schuldenaar de rechtbank en betrokken schuldeisers en aandeelhouders tot die tijd regelmatig informeert over de voortgang. Op die manier kan de rechter ervoor zorgen dat de schuldeisers en aandeelhouders zicht houden op het traject en dat zij binnen een afzienbare tijd duidelijkheid krijgen over de vraag of er een akkoord tot

stand komt. Ook de aanstelling van een observator behoort tot de mogelijkheden (artikel 380). In aansluiting op onderdeel a van het eerder in de toelichting bij artikel 371 genoemde artikel 5 lid 3 van de richtlijn is in het negende lid bepaald dat de rechtbank de aanstelling van een observator in het bijzonder in overweging neemt, wanneer zij een algemene afkoelingsperiode afkondigt. Het is de bedoeling dat de rechtbank dan in ieder geval beoordeelt of dit nodig is ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers. De observator heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Als de observator constateert dat het de schuldenaar niet zal lukken om een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, dient hij de rechtbank hierover direct te informeren. Vervolgens bepaalt de rechtbank welk gevolg hieraan gegeven moet worden. Een dergelijke gevolgtrekking kan zijn dat de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst die het herstructureringstraject overneemt (artikel 380, tweede lid).

Lid 10:

Op basis van het tiende lid geldt dat de rechter de schorsing zal opheffen als de omstandigheden na de schorsingsbeslissing wijzigen en daardoor niet langer wordt voldaan aan de voorwaarden waaraan ingevolge het eerste en vierde lid voldaan moet zijn om een afkoelingsperiode te rechtvaardigen. De rechter kan dit ambtshalve besluiten, dan wel op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige of de schuldeisers op wie de afkoelingsperiode van toepassing is.

Lid 11:

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

Lid 3 en 12:

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

een nadere toelichting op deze bepalingen wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 371, tweede en veertiende lid.

Lid 13:

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

Artikel 377

Tijdens de afkoelingsperiode worden de mogelijkheden van schuldeisers om zich te verhalen op goederen die behoren tot het vermogen van de schuldenaar, opgeschort. Ook kan de schuldenaar gedurende die periode afgifte weigeren van goederen die hij onder zich heeft (artikel 376). Artikel 377 vult deze regeling aan. Het artikel bepaalt dat de schuldenaar die goederen tijdens de afkoelingsperiode ook mag blijven gebruiken, verbruiken en/of vervreemden, als dat voor de afkoelingsperiode ook al mocht (hierna kort gezegd: gebruiksrecht). In het bij de toelichting op artikel 376 genoemde voorbeeld van een onder eigendomsvoorbehoud geleverde voorraad, betekent dit dat de schuldenaar die voorraad moet kunnen verkopen aan zijn afnemers. Artikel 377 ziet ook op de situatie waarin de schuldenaar een gebruiksrecht heeft gehad, maar dit recht hem kort (bijvoorbeeld twee weken) voor de afkondiging van de afkoelingsperiode wordt ontnomen. Zodra de rechtbank de afkoelingsperiode heeft afgekondigd, kan de schuldenaar zich beroepen op artikel 377 en zorgen dat zijn gebruiksrecht herleeft.

Lid 1 en 2:

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

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

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

Lid 3:

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

Artikel 378

Artikel 378 biedt de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de mogelijkheid om geschillen die opkomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord, aan de rechter voor te leggen. Zoals eerder is opgemerkt, is een belangrijk uitgangspunt van de regeling dat de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt is. Het is echter mogelijk dat eerder in het traject de vraag opkomt of sprake is van een afwijzingsgrond die – zelfs als alle klassen van schuldeisers of aandeelhouders met het akkoord instemmen – aan de homologatie van het akkoord door de rechter in de weg zou staan. Dan is het vanuit het oogpunt van het bevorderen van «*deal certainty*» van belang dat de onzekerheid daarover zo spoedig mogelijk kan worden weggenomen. Tegelijkertijd is van belang dat voorkomen wordt dat schuldeisers deze mogelijkheid aangrijpen met kennelijk geen ander doel dan om een kansrijk herstructureringstraject te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren. Mede daarom is deze mogelijkheid om de rechter eerder bij het traject te betrekken, niet opgesteld voor de schuldeisers en aandeelhouders.

Lid 1, 3, 5 en 6

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

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

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

Lid 1, onderdeel c, en lid 4:

De schuldenaar dient op basis van artikel 375, tweede lid, onderdeel b, bij het akkoord een lijst over te leggen waarop de namen van alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zijn vermeld. Hetzelfde geldt voor het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel. Het is mogelijk dat een medeschuldeiser of de schuldeiser dan wel de aandeelhouder zelf deze informatie vervolgens ter discussie stelt. Dat wil zeggen dat de hoogte of zelfs het bestaan van de vordering of het

recht in twijfel wordt getrokken. Aangezien deze informatie bepalend is voor de toelating van de schuldeiser of de aandeelhouder tot de stemming en uiteindelijk ook voor de stemuitslag, is het van belang dat de schuldenaar of herstructureringsdeskundige de rechter kan vragen hierover voor de stemming een beslissing te nemen. Het vierde lid bepaalt daarom dat als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een dergelijke kwestie aan de rechter voorlegt, de rechter bepaalt of en tot welk bedrag deze schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. De beslissing om een schuldeiser of aandeelhouder al dan niet, of gedeeltelijk toe te laten, zegt alleen iets over de toelating tot de stemming. De beslissing heeft slechts een procedureel effect en heeft geen invloed op de vaststelling van de vordering of het recht. Om hier definitief uitsluitel over te krijgen zal een afzonderlijke procedure gevoerd moeten worden. In het vierde lid is artikel 147 Fw van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit leidt ertoe dat als uit deze procedure blijkt dat een vordering niet bestond of dat deze lager of hoger was dan het bedrag waarvan men is uitgegaan bij de stemming, dit niet meer van invloed kan zijn op de stemuitslag. Als de rechter een schuldeiser of aandeelhouder in het geheel niet tot de stemming toelaat, kan hij ook niet opkomen tegen de homologatie van het akkoord, mits de desbetreffende schuldeiser of aandeelhouder voorafgaand aan deze beslissing door de rechter is gehoord (artikel 378, achtste lid). Omdat dan rechtens vaststaat dat de betrokken schuldeiser of aandeelhouder niet stemgerechtigd is, kan het akkoord echter ook niet jegens hem verbindend worden verklaard (artikel 385). Afdeling 2.1 Fw kent een vergelijkbare regeling al voor de surseance van betaling (artikel 267 Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is nauw aangesloten bij deze regeling. Anders ligt het als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een schuldeiser of een aandeelhouder niet tot de stemming heeft toegelaten en de rechter niet is gevraagd de juistheid van die beslissing op basis van artikel 378 op bindende wijze te bevestigen. In dat geval kan de schuldeiser of de aandeelhouder wel tegen de homologatie opkomen op grond van de stelling dat hij wel stemgerechtigd is en dat de schuldenaar of herstructureringsdeskundige hem ten onrechte niet tot de stemming heeft toegelaten. De rechter zal hier dan in het kader van de behandeling van het homologatieverzoek een beslissing over moeten nemen (artikel 384 lid 2 onder b).

Lid 7 en 8:

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

Lid 2 en 9:

Het tweede en het negende lid zien weer op het feit dat de WHOA zowel een besloten akkoordprocedure buiten faillissement als een openbare procedure akkoordprocedure buiten faillissement introduceert en dat er een keuze gemaakt moet worden voor één van deze procedures (artikel 369, zesde lid). Dit moet gebeuren voordat de rechter voor het

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

Artikelen 379 en 380

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

- de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371, eerste lid);
- de verlening van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van de verkrijging van nieuwe financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord (artikel 42a);
- de afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376, eerste lid);
- het geven van een oordeel over een voor de stemming over het akkoord opgekomen kwestie (artikel 378, eerste lid), of
- de beslissing op het homologatieverzoek (artikel 384).

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

Een specifieke voorziening betreft de in artikel 380 geregelde aanstelling van een observator. De observator heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De aanstelling van een observator staat alleen open voor de gevallen waarin de schuldenaar een akkoord tot stand probeert te brengen (artikel 380, eerste lid). Is er een herstructureringsdeskundige aangewezen om een akkoord voor te bereiden en vervolgens aan te bieden, dan is er al sprake van betrokkenheid van een onafhankelijk deskundige die optreedt voor de gezamenlijke schuldeisers. De aanstelling van een observator is dan niet nodig. Uitgangspunt van de onderhavige regeling is dat een herstructureringsdeskundige en een observator niet beiden tegelijkertijd in functie kunnen zijn. Als de observator constateert dat het de schuldenaar niet zal lukken om een akkoord tot stand te brengen of dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad, moet hij de rechtbank hierover direct informeren. De rechtbank bepaalt dan wat hierop de vervolgstappen moeten zijn. Mochten de kansen op de totstandkoming van een akkoord nog niet verkeken zijn, dan kan zij tot de conclusie komen dat het wenselijk is om een herstructureringsdeskundige aan te stellen die de voorbereiding van een akkoord overneemt. De rechter heeft daarbij de vrijheid, maar niet de verplichting om de observator tot herstructureringsdeskundige te benoemen, als haar dat geraden voorkomt (artikel 380,

tweede lid). Als de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst, dan eindigt daarmee hoe dan ook de aanstelling van de observator (artikel 380, derde lid).

De aanwijzing van een observator leidt er niet toe dat de schuldenaar de beschikking of het beheer over zijn vermogen verliest. Hij behoudt zelf de controle over zijn onderneming en kan deze gewoon blijven voortzetten, terwijl de akkoordprocedure loopt («*debtor in possession*»). Dit sluit aan bij artikel 5 lid 1 van de richtlijn. Daarin is geregeld dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat «*schuldenaren die toegang hebben tot preventieve herstructureringsprocedures, volledig of ten minste gedeeltelijk, de controle behouden over hun activa en over de dagelijkse bedrijfsvoering van de onderneming*».

De bevoegdheid tot het maken van nadere bepalingen, biedt de rechtbank de mogelijkheid om de bepalingen die van toepassing zijn op de totstandkoming van een dwangakkoord opzij te zetten of af te stemmen op de een specifieke situatie. Afdeling 2.1 Fw kent deze regeling al voor de surseance van betaling (artikel 225 Fw). Omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid, is nauw aangesloten bij deze regeling.

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

Artikel 381

Artikel 381 regelt binnen welke termijn voor de stemming de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige het definitieve akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en de aandeelhouders moet voorleggen, geeft regels over de stemming over het akkoord en over wie daaraan mogen deelnemen, en schrijft voor hoe de uitslag van de stemming wordt bepaald.

Het eerste, derde, vierde, zesde en zevende lid van artikel 381 sluiten aan bij artikel 9, lid 1, 2, 4 en 6 van de richtlijn. Hierin is – kort gezegd – bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat:

- een akkoord ter goedkeuring aan de betrokken partijen voorgelegd kan worden (lid 1);
- de betrokken partijen het recht hebben om te stemmen over het akkoord (lid 2);
- de te onderscheiden categorieën betrokken partijen in verschillende klassen worden ingedeeld en er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord plaatsvindt (lid 4), en
- een akkoord is goedgekeurd als het in iedere klasse wordt gesteund door een groep betrokken partijen die samen ten minste de meerderheid vertegenwoordigt van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de partijen binnen die klasse (lid 6).

In overweging 47 van de richtlijn is verder onder meer bepaald dat de lidstaten regels moeten kunnen vaststellen voor het geval dat partijen hun stemrecht niet op correcte wijze uitoefenen.

Artikel 381, tweede lid, vloeit voort uit artikel 4 lid 8 van de richtlijn. Deze bepaling wordt hierna specifiek toegelicht.

Lid 1:

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

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

Lid 2:

Het tweede lid sluit aan bij artikel 4 lid 8 van de richtlijn. In artikel 4 van de richtlijn is bepaald dat «*de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren [...]*». Op basis van artikel 4 lid 8 van de richtlijn kunnen de lidstaten er vervolgens voor kiezen het preventief herstructureringsstelsel ook beschikbaar te stellen voor schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers. Als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, geldt wel als voorwaarde dat de schuldenaar daarmee moet instemmen.

De WHOA biedt schuldeisers en de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid om het initiatief te nemen bij de totstandbrenging van een akkoord. Daartoe kunnen zij vragen om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (artikel 371, eerste lid). Deze herstructureringsdeskundige kan op basis van het eerste lid een akkoord in stemming brengen. In het tweede lid is bepaald dat als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, de herstructureringsdeskundige dit alleen kan doen met instemming van de schuldenaar. Hierbij is aansluiting gezocht bij de Europese definitie van MKB-bedrijf.³⁹ Is de schuldenaar een rechtspersoon, dan moet het bestuur om instemming gevraagd worden. De aandeelhouders mogen het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat het «*kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren*». Als hierover een geschil ontstaat, kan de rechter gevraagd worden om in dit kader een uitspraak te doen (artikel 378, lid 1, onderdeel g).

Op deze manier hebben de schuldeisers en de OR of personeelsvertegenwoordiging de beschikking over het herstructureringsstelsel waarin de

³⁹ Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36).

WHOA voorziet. Tegelijkertijd is geregeld dat als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, zij daarvan alleen met instemming van de schuldenaar gebruik kunnen maken.

Lid 3:

Het derde lid regelt welke schuldeisers en aandeelhouders over het akkoord mogen stemmen. Dit zijn de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd. Het betreft dan bijvoorbeeld schuldeisers die het verzoek krijgen om akkoord te gaan met een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van de uitstaande vorderingen. Ook kan het gaan om aandeelhouders die worden gevraagd om mee te werken aan de uitgifte van nieuwe aandelen om een «*debt for equity swap*» te kunnen realiseren. Hierdoor zal hun aandelenbelang en de daaraan verbonden zeggenschap verwateren. Schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten niet wijzigen, zijn niet stemgerechtigd. Aan hen hoeft het definitieve akkoord ook niet te worden voorgelegd.

Lid 4 en 5:

Zoals in paragraaf 3.3. van het algemeen deel van deze toelichting al is aangestipt, zijn er situaties denkbaar waarin het economisch belang bij een vordering geheel of in overwegende mate bij een ander berust dan bij de juridisch rechthebbende. Komt er op basis van de WHOA een akkoord tot stand waarin is voorzien in een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van die vordering, dan draagt de economisch gerechtigde de daaruit voortvloeiende financiële gevolgen. Dit is een reden om de economisch gerechtigde de gelegenheid te geven om over het akkoord te stemmen. Er zijn verschillende manieren waarop het stemrecht bij de economische belanghebbende kan worden gelegd. Dit kan getrappt, via de juridische gerechtigde. De juridische gerechtigde stemt dan conform de instructies van economisch gerechtigde. Ook kan dit rechtstreeks door de economische belanghebbende direct stemrecht te geven en de juridische gerechtigde van het stemrecht uit te sluiten. Welke manier het passend is, hangt af van de omstandigheden. Daarom is in het vierde lid ten aanzien van dit punt voorzien in een flexibele regeling. De schuldenaar kan – hij hoeft dat niet te doen – de economisch gerechtigde (in plaats van de juridisch gerechtigde) uitnodigen voor de stemming. Besluit hij daartoe dan heeft de economisch gerechtigde naast het stemrecht ook de andere rechten die op basis van de WHOA toekomen aan stemgerechtigde schuldeisers, waaronder in het bijzonder het recht om de rechter te vragen het verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikelen 381, vierde lid, en 383, achtste lid). De juridisch gerechtigde heeft die rechten dan niet meer.

Eenzelfde regeling geldt op basis van het vijfde lid voor de situatie waarin het economisch belang bij een aandeel – dat wil zeggen alle vruchten die voortvloeien uit het aandeel – door de aandeelhouder is overgedragen aan een ander (de certificaathouder), terwijl de juridische rechten verbonden aan het aandeel – inclusief de zeggenschapsrechten of het stemrecht – bij de aandeelhouder blijft berusten.

Lid 6:

Voorziet het akkoord in een klassenindeling, dan schrijft het zesde lid voor dat er in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord dient plaats te vinden. Verder bepaalt de schuldenaar zelf wanneer en op welke wijze gestemd kan worden. De stemming kan schriftelijk plaatsvinden. De schuldenaar kan ook besluiten om hiervoor een vergadering te organi-

seren, al dan niet met gebruik van een elektronisch communicatiemiddel. Het enige dat in dit kader van belang is, is dat de schuldenaar zich houdt aan hetgeen hij hierover – overeenkomstig artikel 375, eerste lid, onderdeel k – in het akkoord heeft opgenomen.

Lid 7 en 8:

Het zevende en het achtste lid schrijven voor hoe de uitslag van de stemming wordt bepaald. Daarbij is in de eerste plaats van belang dat alleen wordt gekeken naar de stemmen die daadwerkelijk zijn uitgebracht. Vooral bij kleine vorderingen of rechten van beperkte waarde, zal het voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders niet de moeite nemen om deel te nemen aan de stemming. Zouden ook de niet uitgebrachte stemmen worden meegerekend, dan leidt dit ertoe dat een akkoord alleen al door het wegblijven van schuldeisers of aandeelhouders niet in aanmerking kan komen voor homologatie. Om dit te voorkomen is voorgeschreven dat bij het bepalen van de uitslag van de stemming uitsluitend rekening wordt gehouden met de stemmen die daadwerkelijk zijn uitgebracht. Uiteraard is het in dit kader essentieel dat het eerste lid goed is toegepast zodat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders op de hoogte zijn van het akkoord en van het feit dat zij gerechtigd zijn hierover hun stem uit te brengen, alsmede wanneer en hoe zij dit precies kunnen doen. De rechtbank zal bij de behandeling van het homologatieverzoek toetsen of dit het geval is geweest. Mocht de schuldenaar hierin hebben verzuimd, dan zal de rechtbank de homologatie weigeren, tenzij de schuldeisers en aandeelhouders die niet goed zijn geïnformeerd, verklaren het akkoord te aanvaarden (artikel 384, tweede lid, onderdeel b).

Verder is bij het bepalen van de uitslag niet zozeer van belang hoeveel individuele schuldeisers of aandeelhouders voor het akkoord hebben gestemd, maar welk financieel belang de voorstemmers vertegenwoordigen. Voor het instemmen met een akkoord door een schuldeisersklasse is vereist dat het akkoord wordt gesteund door een groep schuldeisers die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht. Voor een aandeelhoudersklasse geldt dezelfde regel, met dien verstand dat dan bepalend is of het akkoord wordt gesteund door een groep aandeelhouders die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht.

Artikel 382

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

Lid 1:

In het eerste lid is bepaald dat in het verslag niet alleen melding wordt gemaakt van de uitslag van de stemming, maar ook van de schuldeisers en aandeelhouders die hebben gestemd en of zij zich daarbij vóór of tegen het akkoord hebben uitgesproken (onderdelen a tot en met c). Deze informatie stelt de schuldeisers en aandeelhouders in staat de stemuitslag, zoals die door de schuldenaar is verwoord, te controleren.

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

Lid 2:

Dient de schuldenaar een homologatieverzoek in, dan schrijft het tweede lid voor dat hij het verslag zal moeten deponeren bij de griffie van de rechtbank die het verzoek in behandeling zal nemen. Daarna zullen de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders het verslag kosteloos kunnen inzien totdat de rechtbank heeft beslist op het homologatieverzoek.

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

§ 3. De homologatie van het akkoord

Artikel 383

In artikel 383 is geregeld wanneer het mogelijk is om een verzoek tot homologatie van het akkoord in te dienen en binnen welke termijn de rechtbank dit verzoek zal behandelen. Ook is in dit artikel bepaald in welke gevallen schuldeisers en aandeelhouders nog bezwaar kunnen maken tegen de homologatie en hoe zij dit dan kunnen doen.

Artikel 383 sluit samen met artikel 384 aan bij de artikel 5 lid 3, artikel 10, artikel 11 leden 1 en 2 en artikel 14 van de richtlijn. In het kader van artikel 383 is het volgende van belang.

- In artikel 5 lid 3 is bepaald dat de lidstaten in tenminste drie specifiek benoemde gevallen moeten voorzien in «de aanstelling van een deskundige op het gebied van herstructurering om de schuldenaar en de schuldeisers te assisteren bij de onderhandelingen». Eén van die gevallen – genoemd in onderdeel b – betreft de situatie waarin de rechter wordt gevraagd om een akkoord te bevestigen waarmee niet alle klassen van schuldeisers hebben ingestemd.
- In artikel 10 van de richtlijn is voorgeschreven aan welke minimum eisen voldaan moet zijn om een akkoord door de rechter te kunnen laten bevestigen, zodat het akkoord verbindend is voor alle betrokken partijen. Kort gezegd, is voorgeschreven dat:
 - een verzoek tot bevestiging van het akkoord op efficiënte wijze behandeld moet worden, zodat de rechter voortvarend een beslissing kan nemen (lid 4);
 - een bevestiging van de rechter in ieder geval nodig is als niet alle betrokken partijen met het akkoord hebben ingestemd en als het akkoord nieuwe financiering omvat (lid 1);
 - de voorwaarden waaronder een akkoord door de rechter kan worden bevestigd duidelijk gespecificeerd moeten zijn (lid 2), en
 - ten minste vereist is dat:
 - a) er over het akkoord is gestemd (lid 2, onderdeel a);

- b) het akkoord voorziet in een klassenindeling als de daarin opgenomen herstructureringsmaatregelen betrekking heeft op verschillende categorieën van betrokkenen (lid 2, onderdeel b);
 - c) alle betrokkenen naar behoren zijn geïnformeerd over het akkoord (lid 2, onderdeel c);
 - d) wordt vastgesteld dat het akkoord de gezamenlijke belangen van de betrokkenen dient, voor zover dit betwist wordt (lid 2, onderdeel d);
 - e) eventuele nieuwe financiering noodzakelijk moet zijn om het akkoord uit te kunnen voeren en de betrokken schuldeisers hierdoor niet op onbillijke wijze in hun belangen worden benadeeld (lid 2, onderdeel e).
- de rechter de bevestiging van een akkoord kan weigeren als het daarin opgenomen herstructureringsplan «geen redelijk vooruitzicht biedt op het afwenden van de insolventie van de schuldenaar of op het waarborgen van de levensvatbaarheid van het bedrijf» (lid 3).
- In artikel 11 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat ook een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, bevestigd kan worden door de rechtbank. Daarbij gelden de volgende minimum eisen:
 - het akkoord voldoet aan de hierboven genoemde voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 10 leden 2 en 3 van de richtlijn (lid 1, onderdeel a);
 - tijdens de stemming heeft:
 - a) een meerderheid van de klassen ingestemd met het akkoord en daaronder viel tenminste een klasse van schuldeisers met een zekerheidsrecht of met een hogere rang dan de concurrente schuldeisers, of
 - b) ten minste één klasse ingestemd met het akkoord en deze bestond uit schuldeisers die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement geen uitkering zouden krijgen, (lid 1, onderdeel b);
 - de schuldeisers in de klassen die niet hebben ingestemd met het akkoord, worden ten minste even gunstig behandeld als elke andere klasse bestaande uit schuldeisers met dezelfde rang en gunstiger dan een klasse van schuldeisers met een lagere rang (lid 1, onderdeel c), en
 - geen enkele klasse van schuldeisers krijgt op basis van het akkoord meer dan het volledige bedrag van de vordering op de schuldenaar (lid 1, onderdeel d).
- Deze voorwaarden zijn geïnspireerd op twee onderdelen uit de Chapter 11-procedure uit de Verenigde Staten: de «*best interest of creditors' test*» en «*absolute priority rule*». Van belang is dat de richtlijn de lidstaten in de tweede alinea van artikel 11 lid 2 van de richtlijn ruimte laat om van deze voorwaarden af te wijken als «*dat nodig is om de doelstellingen van het herstructureringsplan te halen en indien het herstructureringsplan de rechten of belangen van betrokken partijen niet op onbillijke wijze in het gedrang brengt*».
- Is de schuldenaar een MKB-bedrijf en hebben niet alle klassen ingestemd met het akkoord, dan kan een verzoek tot bevestiging van het akkoord alleen met instemming van de schuldenaar bij de rechter ingediend worden (lid 1).
- In artikel 14 van de richtlijn is voorgeschreven dat:
 - de rechter uitsluitend een beslissing neemt over de waardebeoordeling van de onderneming van de schuldenaar als een betrokken partij die niet met het akkoord heeft ingestemd, aanvoert dat niet voldaan wordt aan de «*best interest of creditors' test*» of «*absolute priority rule*» (lid 1);

- de lidstaten er in dat verband voor moeten zorgen dat rechters voldoende gekwalificeerde deskundigen mogen aanstellen of horen, als dat nodig is om te kunnen beslissen over een dergelijk waarderingsvraagstuk (lid 2), en
- partijen die niet met het akkoord hebben ingestemd met het oog hierop een rechtsmiddel moeten kunnen instellen als de rechter wordt gevraagd om het akkoord te bevestigen (lid 3).

Lid 1 en 2:

In het eerste lid is bepaald dat indiening van een verzoek tot homologatie van het akkoord mogelijk is als uit de stemming blijkt dat er ten minste één klasse is die met het akkoord heeft ingestemd. Dit dient een klasse te zijn die bestaat uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Ziet het akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze laatste eis niet. Op basis van het tweede lid geldt een extra voorwaarde voor de indiening van een homologatieverzoek als niet alle klassen met het akkoord ingestemd hebben en de schuldenaar een MKB-bedrijf is. Bepaald is dat in dat geval vereist is dat de schuldenaar instemt met de indiening van het homologatieverzoek. Hierbij is aansluiting gezocht bij de Europese definitie van MKB-bedrijf.⁴⁰ Is de schuldenaar een rechtspersoon, dan moet het bestuur om instemming gevraagd worden. De aandeelhouders mogen het bestuur niet op onredelijke wijze belemmeren instemming te verlenen. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat het *«kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren»*. Als hierover een geschil ontstaat, kan de rechter gevraagd worden om in dit kader een uitspraak te doen (artikel 378, lid 1, onderdeel g).

Het eerste en het tweede lid sluiten aan bij het hierboven beschreven artikel 11 lid 1 van de richtlijn.

Lid 3:

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

Lid 4 tot en met 7:

Het vierde tot en met het zevende lid bepalen het volgende. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige overgaan tot de indiening van een homologatieverzoek, bepaalt de rechtbank zo spoedig mogelijk bij beschikking wanneer de zitting plaatsvindt waarop het verzoek wordt behandeld. Zoals is bepaald in het eerste lid, kan ook een akkoord

⁴⁰ Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36).

waarmee niet alle klassen hebben ingestemd gehomologeerd worden door de rechter. Wel geldt in dat geval als voorwaarde dat er een herstructureringsdeskundige of een observator betrokken moet zijn geweest in het traject. Mocht dit op het moment van de indiening van het homologatieverzoek nog niet het geval zijn, dan wijst de rechtbank alsnog een observator aan. Dit doet de rechtbank in de beschikking waarin zij de datum bepaalt waarop de behandeling van het homologatieverzoek plaatsvindt. Dit is geregeld in het vierde lid en sluit aan bij artikel 5 lid 3 van de richtlijn.

De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige moeten de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders vervolgens onverwijld in kennis stellen van deze beschikking. De rechtbank zal bij de behandeling van het homologatieverzoek ambtshalve toetsen of dit ook daadwerkelijk is gebeurd. Mocht de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige hierin hebben verzuimd, dan zal de rechtbank de homologatie weigeren, tenzij de schuldeisers en aandeelhouders die niet goed zijn geïnformeerd verklaren het akkoord te aanvaarden (artikel 384, tweede lid, onderdeel b). De zitting wordt in ieder geval gehouden binnen acht tot veertien dagen na de deponering van het verslag van de stemming en de indiening van het homologatieverzoek.

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

Lid 8 en 9:

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

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

Artikel 384

Artikel 384 regelt wanneer de rechtbank kan overgaan tot homologatie van het akkoord of wanneer zij een verzoek daartoe zal moeten afwijzen. Zoals hierboven al is opgemerkt sluit artikel 384 samen met artikel 383 aan op de artikelen 10 en 11 van de richtlijn.

Lid 1 en 5:

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

Voor een nadere toelichting op het vijfde lid betreffende de verlening van toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 373.

Lid 2

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

De algemene afwijzingsgronden komen grotendeels overeen met de afwijzingsgronden die nu reeds gelden bij de homologatie van het surseance- en het faillissementsakkoord (onderdelen e, g, h en i). Omdat de vraag of een akkoord gehomologeerd kan worden, in hoge mate afhangt van de steun die er voor het akkoord bestaat, is cruciaal dat het besluitvormingsproces zuiver is geweest. In dat kader is in ieder geval van belang of:

- alle schuldeisers of aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord, de gelegenheid hebben gehad hierover hun stem uit te brengen en op de hoogte zijn gebracht van de datum waarop de behandeling van het homologatieverzoek zou plaatsvinden (artikel 384, tweede lid, onderdelen b en c);
- de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen toereikend is (artikel 384, tweede lid, onderdeel c), en
- de schuldeisers en aandeelhouders op een correcte wijze zijn onderverdeeld in klassen en of zij voor het juiste bedrag in hun desbetreffende klasse zijn ingedeeld (artikel 381, tweede lid, onderdelen c en d).

Ten aanzien van de afwijzingsgrond genoemd in onderdeel e wordt nog het volgende opgemerkt. Bepaald is dat de rechter het homologatieverzoek zal afwijzen als de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd. Als het akkoord voorziet in een omzetting van een openstaande vordering in aandelenkapitaal of nieuwe leningen, zal de rechter het homologatieverzoek moeten afwijzen als er aanwijzingen zijn dat die omzetting niet op het toegezegde tijdstip zal (kunnen) plaatsvinden. Onderdeel e strekt niet zo ver dat de rechter moet onderzoeken of de toekomstige nakoming van de verplichtingen uit de in het akkoord

voorgestelde leningen zeker is.⁴¹ Het is aan de desbetreffende klasse van schuldeisers om het aanbod te beoordelen en vervolgens te bepalen of hier wel of niet mee kan worden ingestemd. Blijkt uit de stemming dat de desbetreffende klasse van schuldeisers het akkoord – en daarmee de voorgestelde omzetting – met de vereiste meerderheid steunt, dan mag de rechtbank ervan uitgaan dat er een redelijk aanbod is gedaan.

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

Lid 3:

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

Lid 4:

Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan wijst de rechtbank het homologatieverzoek af als het akkoord een herstructureeringsplan omvat waarin de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, niet *eerlijk* verdeeld wordt onder de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Hiervan is sprake als bij die verdeling ten nadele van een tegenstemmende klasse wordt afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar en de schuldenaar:

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

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

Een afwijzing van het homologatieverzoek op basis van het vierde lid, kan alleen plaatsvinden als de rechtbank daartoe een verzoek krijgt van een schuldeiser of aandeelhouder die is ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd en deze schuldeiser of aandeelhouder zelf ook zijn instemming niet heeft gegeven.

⁴¹ Zie in dit verband ook de beschikking van 11 juni 2018 waarin de rechtbank Amsterdam deze lijn volgde bij de homologatie van het akkoord in het faillissement van Ol Brasil Holdings coöperatief U.A. De beschikking is terug te vinden op de website waarop informatie over het faillissement wordt verstrekt: <http://oibrasilholdingscoop-administration.com/court-and-administrator/court-decisions>.

Lid 6 en 7:

Als de rechter dit nodig acht in het kader van de door hem te nemen beslissing, kan hij ingevolge het zesde lid een onafhankelijk deskundige vragen een onderzoek te verrichten en hierover verslag uit te brengen. Deze bepaling sluit aan bij artikel 378, vijfde lid, waar de mogelijkheid van raadpleging van een deskundige in het kader van een tussentijds rechterlijk oordeel is geregeld. Voor een nadere toelichting op het zesde lid wordt daarom verwezen naar de toelichting bij artikel 378, vijfde lid.

Daarnaast geldt op basis van het zevende lid dat de rechter voordat hij beslist, de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, de observator zo die is aangesteld, en de schuldeiser of de aandeelhouders en de wederpartij die een afwijzingsverzoek hebben ingediend, in de gelegenheid stelt elk hun zienswijze te geven.

Lid 8:

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

§ 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord

Artikelen 385, 386 en 387

De artikelen 385 tot en met 387 bepalen wat het gevolg is van de homologatie van het akkoord. Artikel 385 regelt dat het akkoord na de homologatie door de rechter verbindend is voor de schuldenaar en voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Dit houdt in dat ook de schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd hieraan gebonden zijn. Om welke schuldeisers en aandeelhouders het precies gaat is eenvoudig op te maken uit de lijst die ingevolge artikel 375, tweede lid, onderdeel b, bij het akkoord is overgelegd. Op basis van artikel 381, vierde of vijfde lid, is het mogelijk dat niet de schuldeiser of de aandeelhouder (de juridisch gerechtigde) over het akkoord stemt, maar een ander (de economisch gerechtigde). In artikel 385 is voor de duidelijkheid geëxpliciteerd, dat het akkoord dan toch verbindend is voor de schuldeiser of aandeelhouder (artikel 385). Dit is het logische gevolg van de regeling die is opgenomen in artikel 381, vierde en vijfde lid.

Artikel 385 sluit aan bij artikel 15 van de richtlijn dat ziet op de gevolgen van de bevestiging door de rechter van een akkoord.

Artikel 386 bepaalt dat het vonnis van de rechtbank tot homologatie van een akkoord een executoriale titel oplevert. Dit betekent dat wanneer de schuldenaar zijn verplichtingen op basis van het akkoord niet (tijdig) nakomt, de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders die iets van

hem te vorderen hebben zich rechtstreeks op het vonnis kunnen beroepen om de nakoming alsnog af te dwingen.

Voorts geldt op basis van artikel 387 dat wanneer de schuldenaar verzuimt om het akkoord (tijdig) na te komen, hij verplicht is tot vergoeding van de schade die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders daardoor lijden. Er is geen voorafgaande ingebrekestelling nodig. Mogelijk bestaat er voor de schuldeisers of de aandeelhouders in dat geval ook een recht om het akkoord te ontbinden. Dit recht kan echter in het akkoord worden uitgesloten. Dit laatste ligt in de rede wanneer het akkoord elementen omvat die moeilijk zijn terug te draaien, zoals een «*debt for equity swap*», waarbij de vorderingen van bepaalde schuldeisers inmiddels al zijn omgezet in aandelen in de vennootschap.

Onderdeel G

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

Artikel II

Uit artikel 3, tweede lid, van de Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz) volgt dat griffierecht zal worden geheven van:

- a) de schuldenaar voor de indiening van een homologatieverzoek en voor de indiening van een verzoek tot verlening van toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst (artikel 383, eerste, vijfde en zesde lid);
- b) de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor de indiening van een verzoek tot afwijzing van de verzoeken genoemd onder het vorige punt (artikel 383, achtste lid), en
- c) de schuldenaar, een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder of een andere belanghebbende voor de indiening van één van de overige verzoeken in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement of een besloten akkoordprocedure buiten faillissement.

Voor de verzoeken die worden ingediend door de herstructureringsdeskundige, de OR of de personeelsvertegenwoordiging wordt griffierecht geheven van de schuldenaar.

De verzoeken onder punt c betreffen:

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

In artikel II wordt een nieuw artikel 19a ingevoegd in de Wgbz betreffende de hoogte van het griffierecht. Hierin is bepaald dat voor de indiening van een homologatieverzoek het griffierecht wordt geheven dat ingevolge de tabel bij de Wgbz geldt voor zaken betreffende een vordering dan wel een verzoek met een beloop van meer dan € 100.000. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat het economisch belang dat schuil gaat achter een dergelijk verzoek altijd boven dit bedrag zal liggen. Dat is voor natuurlijke personen een bedrag van € 1.599 en voor rechtspersonen € 4.030 (zie de bijlage bij de Wgbz). De hoogte van het griffierecht dat wordt geheven van een stemgerechtigde schuldeiser of een stemgerechtigde aandeelhouder voor de indiening van een verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek wordt bepaald aan de hand van het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel.

Voor de overige verzoeken geldt dat het achterliggende economische belang minder duidelijk vast te stellen is. Daarom wordt voor de indiening van die verzoeken het griffierecht geheven dat ingevolge de tabel bij de Wgbz geldt voor zaken betreffende een vordering dan wel een verzoek van onbepaalde waarde. Voor natuurlijke personen is dit een bedrag van € 297 en voor rechtspersonen € 639 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

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

Artikelen III en IV

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

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker