
Tijdschrift voor Insolventierecht, Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV

Vindplaats:	Tvl 2013/20	Bijgewerkt tot:	29-04-2013
Auteur:	Prof. mr. R.D. Vriesendorp, mr. R.M. Hermans en mr. K.A.J. de Vries		

Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV

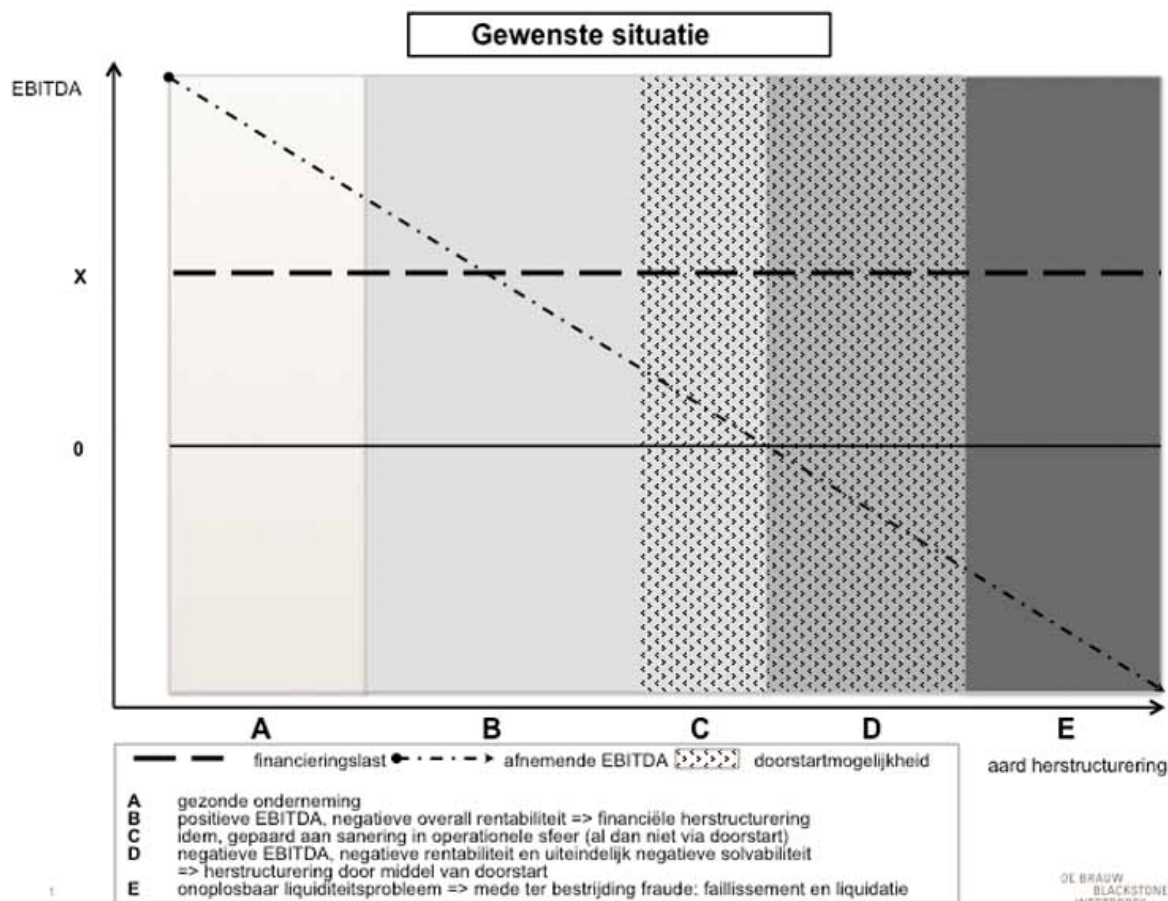
[1]

(Schuldsaneringsregeling rechtspersonen buiten surseance van betaling of faillissement)

1. Inleiding

In het vorige nummer van dit tijdschrift hebben wij een pleidooi gehouden om de aangekondigde herijking van het faillissementsrecht te gebruiken voor opnemng van een informeel (dwang)akkoord voor rechtspersonen in de Faillissementswet.^[2] In ons artikel hebben wij een voorstel gedaan om in Nederland gebruik te maken van ervaringen elders, vooral Engeland en de V.S. Wij zien vooral mogelijkheden voor herstructureringen van ondernemingen die operationeel een positieve EBITDA laten zien, maar door te hoge financieringslasten in financiële moeilijkheden zijn beland en waarbij een herstructurering van het passief nodig is. Deze categorie moet worden afgezet tegen gevallen waarin ook een operationele sanering gewenst is en er sprake is van een negatieve EBITDA. Met een gezonde onderneming aan de ene kant van het spectrum en een ten dode opgeschreven onderneming aan de andere kant, valt een en ander in de volgende grafiek weer te geven.

Situatie nu



Ons voorstel ziet vooral op de categorie ondernemingen die zich in kolom B bevindt. Aangezien de 'proof of the pudding is in the eating', hebben wij onze gedachten uitgewerkt in een wetsvoorstel, dat hieronder is opgenomen en van een toelichting is voorzien. Gebruikmakend van en voortbordurend op het voorwerk dat begin deze eeuw is verricht door de Commissie insolventierecht met haar Voorontwerp voor een Insolventiewet ('Voorontwerp' of 'Vw Iw'), hebben wij gemeend ons voorstel zo concreet mogelijk te maken om daarmee de wetgever en beleidsmakers een handvat te bieden dat zijn grondslag heeft in de praktijk en de daar ervaren tekortkomingen van ons huidige, sterk gedateerde systeem.

2. Concept-voorstel voor Titel IV Faillissementswet: Schuldsaneringsregeling rechtspersonen buiten surseance van betaling of faillissement

Eerste afdeling. Verzoek tot aanbieding akkoord

Artikel 363

1. Een ieder die voorziet dat een schuldenaar mogelijk met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan of in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, is bevoegd aan de schuldeisers van die schuldenaar een akkoord aan te bieden.
2. Deze regeling kan niet van toepassing worden verklaard op een verzekeraar als bedoeld in artikel 213, noch op een bank als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a.

Artikel 364

1. Aanbieding van het akkoord geschiedt door de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam te verzoeken het ontwerp van akkoord overeenkomstig deze afdeling in behandeling te nemen. Het verzoekschrift met het ontwerp van akkoord wordt ingediend ter griffie van de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam.

2. Het verzoekschrift bevat zodanige gegevens dat de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht toekomt op grond van de verordening, genoemd in artikel 5, derde lid.
3. Voorts bevat het verzoekschrift in ieder geval:
 - a. afschrift van de geldende statuten;
 - b. geldig besluit van het bestuur tot indiening van het verzoek, tenzij het verzoek wordt ingediend door een ander dan de schuldenaar;
 - c. meest recente jaarrekening, al dan niet vastgesteld en openbaar gemaakt, overeenkomstig titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;
 - d. lijst van vorderingen, waarop zijn vermeld de namen en woonplaatsen van de schuldeisers, het bedrag en de omschrijving van de vorderingen van ieder van hun, daaraan verbonden voorrechten of achterstellingen, eventueel gestelde of aanwezige zekerheden, alsmede of en in hoeverre de schuldenaar de vorderingen erkent of betwist;
 - e. voor zover van toepassing een lijst van aandeelhouders, daaronder zo nodig mede begrepen certificaathouders, leden in een coöperatie en eventuele andere direct of indirect gerechtigden in het vermogen van de rechtspersoon;
 - f. opgave van de goederen van de schuldenaar, waarvan de waarde gestaafd is door een actueel waarderingsrapport van een [erkend/gecertificeerd/gediplomeerd/...] deskundige, met vermelding van eventueel daarop rustende rechten van pand en hypotheek en retentierechten die daarop uitgeoefend kunnen worden;
 - g. voorstel voor een akkoord;
 - h. voor zover van toepassing, een voorstel tot indeling in afzonderlijke klassen van gelijkwaardige schuldeisers en in voorkomend geval van aandeelhouders, certificaathouders of leden in een coöperatie;
 - i. raadpleeg- en stemprocedure waarmee alle direct belanghebbenden bereikt worden om hun standpunt kenbaar te maken en hun stem uit te brengen;
 - j. opgave van de middelen waarmee het aangeboden akkoord kan worden uitgevoerd;
 - k. indien de schuldenaar aan zijn schuldeisers een buitengerechtelijke schuldregeling heeft aangeboden die niet is aanvaard, de inhoud daarvan, alsmede de reden waarom deze niet is aanvaard;
 - l. opgave van andere gegevens van belang voor het beoordelen van het akkoord.
4. De lijst van vorderingen wordt zo veel mogelijk opgesteld met inachtneming van de artikelen 128-131 en 133, 134, met dien verstande dat voor het in de artikelen 128, 130 en 131 bedoelde tijdstip van faillietverklaring in de plaats treedt het tijdstip van aanbidding van het akkoord.
5. Nadere regels met betrekking tot de inhoud van het verzoekschrift of de daarbij te voegen bijlagen kunnen worden gesteld bij of krachtens algemene maatregel van bestuur.

Artikel 365

1. Tenzij de ondernemingskamer zich aanstonds onbevoegd verklaart, stelt zij een datum vast voor de mondelinge behandeling van het verzoek. Tevens bepaalt de ondernemingskamer de uiterste datum waarop een verzoekschrift kan worden ingediend.
2. Iedere schuldeiser, of in voorkomend geval certificaathouder, lid in een coöperatie en aandeelhouder, is bevoegd een verzoekschrift in te dienen binnen de door de ondernemingskamer op grond van het vorige lid bepaalde termijn
3. De verzoeker is bevoegd om het verzoek aan te vullen of te wijzigen tot aan de zitting waarop de mondelinge behandeling plaatsvindt. Voor zover nodig met het oog op een deugdelijke procesgang kan de ondernemingskamer verweerders een korte termijn toestaan om op het aangevulde of gewijzigde verzoek te reageren.

Artikel 366

1. De ondernemingskamer wijst het verzoek om het ontwerp van een akkoord in behandeling te nemen af, indien het verzoek niet voldoet aan de eisen gesteld in artikel 364, tenzij het verzoek is ingediend door een ander dan de schuldenaar, van wie in redelijkheid niet kan worden gevergd aan de

desbetreffende eisen te voldoen. De ondernemingskamer kan de verzoeker in de gelegenheid stellen het verzoek aan te vullen alvorens definitief te beslissen. Indien het verzoek is ingediend door een ander dan de schuldenaar, kan de ondernemingskamer de schuldenaar gelasten om de ontbrekende informatie aan te leveren.

2. Voorts wijst de ondernemingskamer het verzoek af als het kennelijk onvoldoende kans op succes heeft, omdat de schuldenaar niet in staat blijkt om voor de duur van de procedure in zijn middelen van bestaan te voorzien.

3. In alle andere gevallen wijst de ondernemingskamer bij beschikking het verzoek toe en neemt zij het verzoek in behandeling. Hiertoe benoemt de ondernemingskamer een raadsheer-commissaris en stelt zij de procedure vast waarmee belanghebbenden geraadpleegd kunnen worden. Afwijking van de in dit verband door de verzoeker voorgestelde procedure genoemd in artikel 364, derde lid onder i, geschiedt gemotiveerd. Tegen de uitspraak van de ondernemingskamer staan geen gewone rechtsmiddelen open.

4. Voor zover nodig stelt de ondernemingskamer dag, uur en plaats vast waarop over het ontwerp van akkoord ten overstaan van de raadsheer-commissaris zal worden beraadslaagd en beslist. De ondernemingskamer kan bepalen dat het stemrecht toekomt aan een ander dan de rechthebbende, bij wie het economisch belang van de vordering ligt.

5. De ondernemingskamer kan tevens, indien daarvoor gronden aanwezig zijn:

- a. een deskundige benoemen;
- b. aan de deskundige opdracht verlenen binnen een door haar te bepalen termijn, die zo nodig kan worden verlengd, een onderzoek in te stellen naar het ontwerp van akkoord en de betrouwbaarheid van de door de verzoeker of de schuldenaar overgelegde lijst van vorderingen, indeling in klassen en andere bescheiden en een verslag van zijn bevindingen uit te brengen.

Ook de raadsheer-commissaris kan, na de schuldenaar en als het verzoek door een ander is ingediend, de verzoeker in de gelegenheid te hebben gesteld zich daarover uit te laten, een deskundige benoemen. De eerste drie zinnen van artikel 350 lid 3, alsmede de artikelen 351 en 352 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zijn van toepassing.

6. De raadsheer-commissaris kan op verzoek van elke belanghebbende of ambtshalve bij schriftelijke beschikking een afkoelingsperiode afkondigen, waarin elke bevoegdheid van derden tot verhaal op de goederen van de schuldenaar of tot de opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, voor een periode van ten hoogste twee maanden niet dan met zijn machtiging kan worden uitgeoefend. De raadsheer-commissaris kan deze periode eenmaal verlengen met een periode van ten hoogste twee maanden. De raadsheer-commissaris kan zijn beschikking beperken tot bepaalde derden en voorwaarden verbinden zowel aan zijn beschikking als aan de machtiging van een derde tot uitoefening van een aan deze toekomende bevoegdheid. Indien een derde ter zake van zijn bevoegdheid een redelijke termijn aan de schuldenaar stelt, wordt deze termijn geschorst tijdens de afkoelingsperiode.

7. Verder kan de ondernemingskamer zodanige regelingen treffen, als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of een doelmatige afwikkeling van de onderhavige procedure nodig oordeelt. Zij kan dit tot aan het in kracht van gewijsde gaan van haar einduitspraak ook doen op voordracht van de raadsheer-commissaris, op verzoek van de deskundige of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve. Over deze voordracht of dit verzoek worden zo mogelijk de schuldenaar en de bekende schuldeisers gehoord.

8. In afwijking van het bepaalde in de artikelen 234, 251 lid 1, 264 leden 5 en 6, 267 en 268 lid 2 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en de artikelen 438, 459, derde lid, 461b, 462, tweede lid, 463, derde lid, 463a, 465, 474bb, 474g, 475i, 481, eerste lid, 496, tweede lid, en 506, tweede lid, 513, 518, 538, 539, 545, 548, 552, 569, 571, 584b, 584h, 584m, 700, 705, 709, 710, 715, 721, 728 en 729d van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden de daarin bedoelde verzoeken ingesteld bij verzoekschrift gericht aan de ondernemingskamer. De ondernemingskamer kan de beslissing op deze verzoeken opdragen aan de raadsheer-commissaris. Indien op het tijdstip van toewijzing van het in deze afdeling bedoelde verzoek een verzoek als bedoeld in de eerste volzin aanhangig is, draagt de voorzieningenrechter onderscheidenlijk de rechtbank de behandeling van het verzoek over aan de

ondernemingskamer in de staat waarin deze zich bevindt. Een in weerwil van deze bepaling door de voorzieningenrechter onderscheidenlijk de rechtbank gedane uitspraak is nietig. Indien de ondernemingskamer de schuldenaar overeenkomstig het bepaalde in artikel 379 lid 5 in staat van faillissement verklaart en een verzoek als bedoeld in de eerste volzin aanhangig is, draagt de ondernemingskamer de behandeling van het verzoek over aan de voorzieningenrechter onderscheidenlijk de rechtbank in de staat waarin deze zich bevindt, tenzij het verzoek door het faillissement van de rechtspersoon niet langer toewijsbaar is.

9. Tegen de uitspraak van de ondernemingskamer staan geen gewone rechtsmiddelen open.

Artikel 367

Indien in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek een onmiddellijke voorziening is vereist, kan de ondernemingskamer in elke stand van de procedure op verzoek van de schuldenaar of een belanghebbende een of meer voorlopige voorzieningen treffen voor ten hoogste de duur van de procedure. De voorziening wordt gevraagd in het verzoekschrift als bedoeld in artikel 364 of, indien dit al is ingediend, bij afzonderlijk verzoekschrift. De artikelen 256, 257 en 258 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

Tweede afdeling. Behandeling van het akkoord

Artikel 368

1. De ondernemingskamer kan, in afwijking van artikel 365, eerste lid, bepalen dat de tot stemming over het akkoord bevoegde schuldeisers en eventuele andere belanghebbenden met ingang van een door de ondernemingskamer vast te stellen dag geacht zullen worden allen vóór het ontwerp van akkoord te hebben gestemd, tenzij ten minste één van hen uiterlijk op de daaraan voorafgaande dag schriftelijk aan de raadsheer-commissaris mededeling doet dat hij mondelinge beraadslaging en beslissing over het akkoord wenst.

2. Is tijdig een mededeling als bedoeld in het eerste lid gedaan, dan stelt de raadsheer-commissaris onverwijld alsnog een raadpleeg- en stemprocedure vast met inachtneming van het door de verzoeker gedane voorstel en dag, uur en plaats voor de beraadslaging en beslissing over het akkoord. De griffier geeft van de beschikking van de raadsheer-commissaris onverwijld kennis bij oproeping aan de schuldeisers, genoemd in de lijst van vorderingen, en eventuele andere in het verzoekschrift aangeduide partijen.

Artikel 369

1. Indien de ondernemingskamer een deskundige heeft benoemd, dient deze zijn verslag in ter griffie. Het verslag bevat een met redenen omkleed oordeel over het ontwerp van akkoord en de betrouwbaarheid van de door de verzoeker of de schuldenaar overgelegde lijst van vorderingen en andere bescheiden.

2. De griffier zendt afschrift van het verslag aan de schuldenaar en aan de schuldeisers, genoemd in de lijst van vorderingen, en eventuele andere in het verzoekschrift genoemde partijen.

Artikel 370

1. De griffier geeft onverwijld schriftelijk kennis aan de schuldeisers en eventuele andere in het verzoekschrift genoemde partijen, opgenomen in de lijsten als bedoeld in artikel 364, derde lid, onder d. en e., van

- a. de raadpleeg- en stemprocedure als bedoeld in artikel 364, derde lid onder i, zo nodig gewijzigd op basis van artikel 366 lid 3,
- b. de dag, het uur en de plaats waarop over het ontwerp van akkoord ten overstaan van de raadsheer-commissaris zal worden beraadslaagd en beslist, alsmede
- c. het verzoekschrift en de daarbij behorende bijlagen.

Voor zover van toepassing houdt deze kennisgeving tevens een oproeping in voor de vergadering waarop zal worden beraadslaagd en beslist.

2. Vorderingen die niet op de lijst van vorderingen zijn vermeld, kunnen door de verzoeker of de schuldenaar tot de aanvang van de beraadslaging en stemming over het akkoord alsnog op de lijst worden geplaatst, voor zover zij op het tijdstip van aanbieding van het akkoord reeds bestonden.
3. Als het verzoek door een ander dan de schuldenaar is ingediend, is de schuldenaar bevoegd tot aan de beraadslaging als bedoeld in artikel 371 een eigen ontwerp van akkoord voor te leggen.

Artikel 371

1. De beraadslaging en stemming over het akkoord geschiedt volgens de daartoe door de ondernemingskamer vastgestelde procedure en wordt voorgezeten door de raadsheer-commissaris. Schuldeisers en eventuele andere in het verzoekschrift genoemde partijen kunnen deelnemen aan de beraadslaging in persoon, bij schriftelijk gemachtigde of advocaat.
2. Op verzoek van de schuldenaar, een of meer schuldeisers, een of meer andere in het verzoekschrift genoemde partijen of de raadsheer-commissaris kan de deskundige verzocht worden om toelichting van zijn verslag tijdens de beraadslaging.
3. De verzoeker en in geval van artikel 370 lid 3 de schuldenaar zijn bevoegd het ontwerp van akkoord tijdens de beraadslaging toe te lichten, te verdedigen en te wijzigen.

Artikel 372

1. Ieder van de verschenen schuldeisers kan een door de schuldenaar geheel of gedeeltelijk erkende vordering betwisten.
2. Betwistingen en erkenningen, tijdens de beraadslaging gedaan, worden op de lijst aangetekend.
3. De raadsheer-commissaris of de daartoe in de raadpleeg- en stemprocedure als bedoeld in artikel 364, derde lid onder i, specifiek aangewezen persoon, bepaalt of en tot welk bedrag de schuldeisers van vorderingen die betwist zijn, tot de stemming zullen worden toegelaten.

Artikel 373

1. Tenzij het ontwerp van akkoord anders bepaalt, worden schuldeisers met vorderingen van gelijke rang in dezelfde klasse ondergebracht. Het is niet toegestaan om wezenlijk van elkaar verschillende vorderingen in het ontwerp van akkoord in een en dezelfde klasse onder te brengen. Voor het overige mag de verzoeker en in geval van artikel 370 lid 3 de schuldenaar bij de indeling in klassen afwijken van de wettelijke rangorde, behoudens dat een indeling in verschillende klassen van overwegend vergelijkbare vorderingen alleen geoorloofd is als dat gezien alle omstandigheden van het geval redelijk en billijk is en het onderscheid niet ongerechtvaardigd is.
2. Schuldeisers van wie de vordering versterkt is met een pand- of hypotheekrecht, een retentierecht, een eigendomsvoorbehoud of ander zekerheidsrecht worden in een afzonderlijke klasse ondergebracht, tenzij die schuldeiser afstand heeft gedaan van zijn desbetreffende zekerheidsrecht.
3. Het akkoord kan inhouden dat een schuldeiser afstand doet van een tegen een derde uit te oefenen recht.
4. De verzoeker en in geval van artikel 370 lid 3 de schuldenaar zijn bevoegd om in het ontwerp van akkoord zijn aandeelhouders, certificaathouders of leden in een coöperatie in een of meer afzonderlijke klassen onder te brengen. Hetgeen in deze titel is bepaald over klassen van schuldeisers is van overeenkomstige toepassing op klassen aandeelhouders, certificaathouders of leden in een coöperatie

Artikel 374

Tot stemming over het akkoord zijn bevoegd de in artikel 373 genoemde partijen voor het bedrag zoals vermeld op de lijst van vorderingen of aandelen, voor zover zij zijn erkend of op de voet van artikel 372 lid 3 zijn toegelaten tot de stemming.

Artikel 375

1. Tot het aannemen van het akkoord wordt instemming vereist van iedere klasse van schuldeisers die op basis van het akkoord niet volledig voldaan worden, tenzij de desbetreffende klasse naar alle waarschijnlijkheid geen uitkering ontvangt als de boedel van de schuldenaar in faillissement vereffend zou worden. Schuldeisers van vorderingen waarvoor het akkoord in geen enkel opzicht een beperking inhoudt, worden geacht het ontwerp van akkoord te aanvaarden.

2. Iedere klasse van schuldeisers waarvoor op grond van het eerste lid instemming noodzakelijk is, vereist de toestemming van [driekwart] van de ter vergadering verschenen erkende en toegelaten schuldeisers van die klasse die tot stemmen bevoegd zijn en van wie de vorderingen tezamen, in het geval de dat de boedel van de schuldenaar in faillissement vereffend zou worden, aanspraak zouden geven op ten minste [driekwart] van hetgeen aan hen wordt uitgedeeld.
3. In afwijking van het tweede lid kan de raadsheer-commissaris op verzoek van de schuldenaar, van een of meer schuldeisers, van een of meer andere in het verzoekschrift genoemde partijen of van de deskundige bij gemotiveerde beschikking een ontwerp van akkoord vaststellen als ware het aangenomen, indien per klasse waarvan instemming op grond van het eerste lid is vereist:
 - a. [driekwart] van de tijdens de beraadslaging verschenen erkende en toegelaten schuldeisers die tot stemmen bevoegd zijn voor het akkoord hebben gestemd; en
 - b. de verwerping van het akkoord het gevolg is van het tegenstemmen van een of meer ter vergadering verschenen schuldeisers die, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder het percentage dat die schuldeisers naar verwachting aan betaling op hun vordering zullen ontvangen indien de boedel in faillissement vereffend wordt, in redelijkheid niet tot dit stemgedrag hebben kunnen komen.
4. Tenzij alle schuldeisers op grond van het akkoord volledig voldaan worden, is voor verbindendheid van het akkoord de instemming van aandeelhouders, certificaathouders of leden in een coöperatie al dan niet in klassen onderverdeeld [en eventuele andere gerechtigden tot uitkering na vereffening] niet vereist.

Artikel 376

1. Het proces-verbaal van de beraadslaging vermeldt de inhoud van het akkoord, de namen van de verschenen stemgerechtigde schuldeisers en eventuele andere gerechtigden, hun klassen, de door ieder van hen uitgebrachte stem, de uitslag van de stemming en, indien toepassing is gegeven aan artikel 375 lid 3, de beschikking van de raadsheer-commissaris, alsmede al wat verder op de vergadering is voorgevallen. Het proces-verbaal wordt ondertekend door de raadsheer-commissaris en de griffier.
2. De opgemaakte lijst van vorderingen, zoals zij tijdens de beraadslaging is aangevuld of gewijzigd, wordt door de raadsheer-commissaris en de griffier gewaarmerkt, aan het proces-verbaal gehecht.
3. Afschriften van het proces-verbaal worden na afloop van de vergadering onverwijld door de griffier gezonden aan de schuldenaar, elk van de stemgerechtigde schuldeisers, vermeld op de lijst van vorderingen, en eventuele andere bij de beraadslaging betrokken stemgerechtigde personen.
4. Zowel de schuldeisers die vóór gestemd hebben als de schuldenaar kunnen gedurende veertien dagen na afloop van de vergadering aan de ondernemingskamer verbetering van het proces-verbaal verzoeken, indien uit de stukken zelf blijkt dat het akkoord door de raadsheer-commissaris ten onrechte als verworpen is beschouwd.

Derde afdeling. Homologatie van het akkoord

Artikel 377

1. Indien het akkoord is aangenomen of als zodanig is vastgesteld, bepaalt de raadsheer-commissaris vóór het sluiten van de beraadslaging de terechtzitting waarop de ondernemingskamer de homologatie zal behandelen. Van de dag van deze terechtzitting geeft de griffier schriftelijk kennis aan de stemgerechtigde schuldeisers die niet bij de beraadslaging of stemming over het akkoord aanwezig of vertegenwoordigd waren. Is het akkoord aangenomen zonder beraadslaging, dan behandelt de ondernemingskamer de homologatie op de daarvoor bij de beslissing, bedoeld in artikel 366 lid 1, bepaalde terechtzitting.
2. Bij toepassing van artikel 376 lid 4 geschiedt de bepaling van de terechtzitting door de ondernemingskamer in haar beschikking. Van deze beschikking geeft de griffier schriftelijk kennis aan de schuldenaar, elk van de stemgerechtigde schuldeisers, vermeld op de lijst van vorderingen, en eventuele andere bij de beraadslaging betrokken stemgerechtigde personen.

3. De terechtzitting zal gehouden worden ten minste acht en ten hoogste veertien dagen na de stemming over het akkoord of, bij toepassing van artikel 376 lid 4, na de beschikking van de ondernemingskamer. Tot aan de terechtzitting kunnen schuldeisers, ongeacht of zij op de lijst van vorderingen waren vermeld, bij verweerschrift gericht aan de ondernemingskamer de raadsheer-commissaris schriftelijk mededelen om welke redenen zij weigering van de homologatie wenselijk achten.

Artikel 378

1. Op de voor de homologatie bepaalde terechtzitting wordt door de raadsheer-commissaris mondeling of schriftelijk verslag gedaan en kan ieder van de schuldeisers in persoon, bij schriftelijk gemachtigde of advocaat de gronden uiteenzetten waarop hij de homologatie wenst of haar bestrijdt.

2. De schuldenaar is bevoegd op de terechtzitting zijn belangen te verdedigen. De deskundige als bedoeld in artikel 365 is ter terechtzitting aanwezig om door de ondernemingskamer verlangde inlichtingen te verstrekken.

Artikel 379

1. De ondernemingskamer geeft zo spoedig mogelijk haar met redenen omklede beschikking.

2. Zij zal de homologatie weigeren:

- a. indien de baten van de schuldenaar de bij het akkoord bedongen som aanmerkelijk te boven gaan;
- b. indien de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd;
- c. indien het akkoord door bedrog, door begunstiging van een of meer schuldeisers of met behulp van andere oneerlijke middelen is tot stand gekomen, onverschillig of de schuldenaar dan wel een ander daartoe heeft meegewerkt;

3. Indien niet alle klassen van schuldeisers, met uitzondering van de klassen waaraan het akkoord geen nadeel teweegbrengt, daarmee hebben ingestemd overeenkomstig artikel 375, kan de ondernemingskamer de homologatie weigeren:

- a. indien dat zou leiden tot een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongerechtvaardigd verschil in behandeling met een of meer andere klassen.
- b. indien degenen die deel uitmaken van een klasse die niet volledig wordt voldaan en als klasse de instemming als bedoeld in artikel 375 aan het akkoord heeft onthouden, door het akkoord minder ontvangen dan zij zouden krijgen bij een vereffening op grond van titel I van deze wet.

4. De ondernemingskamer kan de homologatie, zo nodig ambtshalve, ook op andere zwaarwegende gronden weigeren.

5. Als de ondernemingskamer de homologatie weigert kan zij de schuldenaar bij dezelfde beschikking in staat van faillissement verklaren. De artikelen 154-156 en 160 vinden overeenkomstige toepassing.

Vierde afdeling. Gevolgen van de homologatie van het akkoord

Artikel 380

Tenzij het akkoord anders bepaalt, is een gehomologeerd akkoord verbindend voor alle klassen die daarin zijn opgenomen en degenen die daarvan deel uitmaken.

Artikel 381

Tenzij het akkoord anders bepaalt, werkt het niet ten voordele van de borgen en andere medeschuldenaren van de schuldenaar en blijven de rechten welke schuldeisers op goederen van derden kunnen uitoefenen, bestaan alsof geen akkoord tot stand was gekomen.

Artikel 382

De in artikel 364 lid 3, onder d, bedoelde erkenning van een vordering heeft bindende kracht tegen de schuldenaar.

Artikel 383

1. De ondernemingskamer geeft aan schuldeisers bij of na de onherroepelijke homologatie van het akkoord desverlangd bevelschriften in executoriale vorm uit tegen de schuldenaar voor hun door de schuldenaar erkende vorderingen, voor zover deze afdwingbaar zijn gebleven.

2. Bevelschriften als bedoeld in het eerste lid kunnen ook worden uitgegeven tegen de tot het akkoord als borgen toetgetreden of anderszins al dan niet hoofdelijk aan het akkoord verbonden personen.
3. Indien in het akkoord een klasse van aandeelhouders, certificaathouders of leden in een coöperatie is opgenomen, wordt bij notariële akte vastgesteld wat de gevolgen van de homologatie van het akkoord voor de rechten van deze aandeelhouders, certificaathouders of leden in een coöperatie zijn. Indien in het akkoord aan een of meer klassen van schuldeisers aandelen, certificaten of lidmaatschapsrechten worden toegekend, worden deze bij notariële akte aan deze personen uitgegeven.

Vijfde afdeling. Ontbinding en vernietiging van het akkoord

Artikel 384

1. Ontbinding van het gehomologeerde akkoord kan verzocht worden door elke schuldeiser jegens wie de schuldenaar in gebreke blijft aan de inhoud daarvan te voldoen.
2. Op de schuldenaar rust het bewijs dat aan het akkoord is voldaan.
3. De rechter kan, ook ambtshalve, de schuldenaar uitstel van ten hoogste een maand verlenen om alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen.

Artikel 385

Het verzoek tot ontbinding van het akkoord wordt op dezelfde wijze aangebracht en beslist als ten aanzien van het verzoek tot faillietverklaring is voorgeschreven in de artikelen 4, 6-9 en 12.

Artikel 386

In de uitspraak van de rechter waarin de ontbinding van het akkoord is bepaald, kan de rechter de schuldenaar in staat van faillissement verklaren.

Artikel 387

1. Indien na onherroepelijke homologatie van het akkoord blijkt dat de schuldenaar heeft verzuimd een of meer klassen van schuldeisers in het akkoord te betrekken, kan de rechter het akkoord op verzoek van iedere in het akkoord betrokken schuldeiser vernietigen. Artikel 385 is van overeenkomstige toepassing.
2. De bevoegdheid tot het doen van een verzoek als bedoeld in het eerste lid vervalt door verloop van drie jaren na het tijdstip waarop de homologatie onherroepelijk is geworden.

3. Toelichting: algemeen

a. Achtergrond van het voorstel

Mede door de huidige economische crisis zijn er veel rechtspersonen die operationeel winstgevend zijn (dat wil zeggen, de EBITDA (winst voor rente, belastingen, afschrijvingen en *impairments*) is positief), maar niet in staat zijn de aan de vennootschap verstrekte financiering aan het einde van de looptijd terug te betalen en/of rente- en aflossingsverplichtingen ten opzichte van deze financiers na te komen. Technisch gesproken zijn deze ondernemingen failliet. Liquidatie van deze ondernemingen (in faillissement) leidt echter tot kapitaalvernietiging en grote en nodeloze maatschappelijke kosten. De liquidatiewaarde van de activa van deze ondernemingen is vaak maar een fractie van de waarde *going concern*, zodat de schuldeisers daardoor nauwelijks gebaat zijn. Verder gaat door liquidatie van de onderneming werkgelegenheid teniet. Als de onderneming na faillissement een doorstart maakt, kan het waardeverlies iets worden beperkt, maar wordt nooit de volledige *going concern*waarde gerealiseerd. Daarbij komt dat in geval van faillissement werknemers niet van rechtswege bij de overnemer in dienst treden, en er ook om deze reden werkgelegenheid verloren gaat. Daarom bestaat er in de praktijk behoefte aan een wettelijke mogelijkheid van (financiële) herstructurering van ondernemingen zonder faillissement, waarbij de verplichtingen van de rechtspersoon ten opzichte van schuldeisers worden aangepast aan de economische realiteit. De huidige daarvoor bestaande regeling, het in surséance van betaling aanbieden van een akkoord, voldoet niet. Hiervoor zijn verschillende redenen aan te voeren.

De eerste reden is dat surséance van betaling alleen werkt ten behoeve van concurrente schuldeisers, terwijl er in de praktijk juist ook behoefte is preferente en gezekerde schuldeisers (separatisten) in het akkoord te betrekken. De tweede reden is dat in surséance van betaling alle (concurrente) schuldeisers in één groep als geheel over het akkoord moeten stemmen en er geen klassen van schuldeisers kunnen

worden gevormd, die ieder afzonderlijk over het hen aangeboden akkoord kunnen stemmen. Een dergelijke onderverdeling van schuldeisers is gewenst, omdat in de praktijk blijkt dat de economische verhaalspositie van schuldeisers een heel andere kan zijn dan hun juridische positie. Zo zijn er concurrente schuldeisers die van levensbelang zijn voor het voortbestaan van de onderneming (zogenaamde dwangcrediteuren, zoals leveranciers en aanbieders van cruciale onderdelen of diensten), terwijl andere schuldeisers in het verleden van belang waren om de onderneming van geld te voorzien, maar voor de huidige bedrijfsvoering irrelevant zijn geworden (zoals beleggers in ingewikkelde financiële producten). Het is daarom wenselijk dat de schuldeisers worden onderverdeeld in klassen en per klasse kunnen stemmen over de aanvaarding van het akkoord. De derde reden is de verplichte benoeming van een bewindvoerder als de surséance van betaling verleend wordt. Dat betekent dat de schuldenaar de controle over het proces kwijtraakt, hetgeen een reden is om niet of te laat surséance van betaling aan te vragen. Een vierde reden is dat de regeling van de surséance van betaling en het daarin aan te bieden akkoord niet aansluit bij de huidige (internationale) financieringspraktijk waarin door de crisis behoefte is ontstaan om schuldeisers zonder enig economisch belang in de onderneming ook hun juridische positie te ontnemen. Een vijfde reden is dat de surséance van betaling uitsluitend door de schuldenaar kan worden geïnitieerd en niet door een schuldeiser. Hieraan kan behoefte bestaan in een situatie waarin het bestuur van de schuldenaar door de aandeelhouder, die economisch gezien geen belang meer heeft, wordt belemmerd om de hoogst noodzakelijke (financiële) herstructurering uit te voeren. Een laatste reden ten slotte is dat de surséance van betaling de positie van de kapitaalverschaffers ongemoeid laat en geen zogenaamde *debt-for-equity* swap mogelijk maakt. Door deze gebreken worden er nauwelijks akkoorden in surséance van betaling aangeboden, laat staan aangenomen en gehomologeerd. Het gevolg van de gebrekkige Nederlandse wetgeving is dat rechtspersonen in financiële moeilijkheden nodeloos failliet gaan of dat Nederlandse rechtspersonen gedwongen worden gebruik te maken van (kostbare) buitenlandse procedures, zoals een UK *scheme of arrangement* of een US *Chapter 11*-procedure. In de financiële en faillissementsrechtelijke vakpers is hierover al enkele malen de noodklok geluid. Daarom beoogt bijgaand voorstel een aanzet te geven om voor Nederland op korte termijn een – met de ons omringende landen concurrerende – wettelijke regeling voor schuldsanering van ondernemingen/rechtspersonen tot stand te brengen.

b. Grondslag in Angelsaksische en Amerikaanse herstructureringspraktijk

Het voorstel is gebaseerd op elementen uit de succesvolle Angelsaksische en Amerikaanse herstructureringspraktijk. Het zogenaamde UK *scheme of arrangement* en de US *Chapter 11*-procedure zijn echter niet klakkeloos overgenomen, maar aangepast aan de Nederlandse situatie. Er kleven immers ook bepaalde nadelen aan beide regelingen, waarvan de zeer hoge kosten er een is. De redenen dat het voorstel niettemin door die (schaduw)insolventieprocedures is geïnspireerd zijn de volgende. In de eerste plaats hebben deze procedures de afgelopen decennia hun waarde in de praktijk bewezen. Er zijn tal van succesvolle reorganisaties tot stand gekomen door toepassing van een *scheme of arrangement* of in *Chapter 11*. De tweede reden is dat de (internationale) financieringspraktijk weet wat deze procedures inhouden en hoe deze functioneren en daarmee vertrouwd is. Dat betekent dat het in internationale verhoudingen eenvoudiger valt uit te leggen hoe de Nederlandse wet in elkaar zit. In de derde plaats hebben diverse continentale Europese landen (Duitsland, Frankrijk, Italië en Spanje) hun insolventierecht recent gewijzigd en aangepast aan de in de UK en de US gebruikelijke procedures. Ook België heeft recentelijk een nieuwe wettelijke regeling ingevoerd, die echter iets anders in elkaar zit. In vergelijking met de ons omringende landen heeft Nederland een grote achterstand opgelopen en in de praktijk is dit gebleken dat grote herstructureringen van Nederlandse ondernemingen via Angelsaksische of Amerikaanse instrumenten worden uitgevoerd, zoals onlangs is gebeurd in de Nederlandse kinderopvang waar momenteel faillissementen aan de orde van de dag zijn. Ten slotte valt te wijzen op het Voorstel van de Europese Commissie tot wijziging van de Insolventieverordening. In het Commissievoorstel worden zogenaamde schaduwinsolventieprocedures, zoals de *scheme of arrangement*, onder de werking van de Insolventieverordening gebracht. Hierdoor wordt straks wellicht de weg van een soepele herstructurering via bijvoorbeeld Engeland afgesneden voor ondernemingen die hun centrum van voornaamste belangen

(COMI) in Nederland hebben. Dit vormt een reden temeer dat Nederland niet bij deze internationale ontwikkelingen achter mag blijven.

c. Maatschappelijk draagvlak

Het voorstel is in conceptversies toegelicht op congressen met deelnemers uit de dagelijkse praktijk en informeel besproken met bankiers, insolventieadvocaten, curatoren, rechters, wetenschappers en (financiële) herstructureringspecialisten. Hier bleek zonder uitzondering steun voor de hoofdlijnen van het voorstel, gebaseerd op de analyse dat het huidige Nederlandse recht ernstig tekortschiet en dat een aanpak die aansluit bij de internationale (lees: Engelse en Amerikaanse) ontwikkelingen de voorkeur verdient. Het sluit daarom goed aan bij het programma dat door het Ministerie van Veiligheid en Justitie in werking is gesteld dat is gericht op herijking van het faillissementsrecht.

Het probleem waarvoor dit voorstel een oplossing beoogt te bieden is urgent. Nederland bevindt zich nu in het midden van een economische crisis waarvan de nadelige gevolgen voor ondernemingen, hun schuldeisers, werknemers en andere stakeholders van dag tot dag steeds meer zichtbaar worden in het dagelijkse leven. Menig insolventiespecialist is dagelijks betrokken in situaties waarbij hij de voorgestelde regeling zeer goed kan gebruiken om de rechtspersoon te kunnen herstructureren. Hoe eerder een voorstel langs deze lijn kan worden ingevoerd, des te beter.

d. Financiële gevolgen

Invoering van het voorstel heeft in beginsel geen negatieve gevolgen voor de schatkist. In het voorstel zullen de Belastingdienst en het UWV een afzonderlijk klasse van schuldeisers vormen, die in vrijheid kunnen beslissen of zij bereid zijn met een akkoord in te stemmen. De ervaring in de Engelse en Amerikaanse praktijk is dat een *scheme of arrangement* of een *plan of reorganization* in *Chapter 11* doorgaans geen afbreuk doet aan de rechten van deze publiekrechtelijke schuldeisers.

Integendeel, te verwachten valt dat er bij toepassing van de voorgestelde schuldsaneringsregeling voor rechtspersonen er minder waardeverlies zal optreden en reorganisaties sneller worden afgerond. Dit is zowel voor de schuldenaar/rechtspersoon als zijn schuldeisers een voordeel. Indirect profiteert de schatkist hier ook van, omdat de bij een herstructurering ontstane verliezen in de regel fiscaal aftrekbaar zijn voor de vennootschaps- en inkomstenbelasting, terwijl kwijtscheldingswinst bij informele akkoorden voor de Belastingdienst in de belastingheffing kan worden meegenomen.

e. Belasting voor de rechterlijke macht

Invoering van het voorstel zal naar verwachting om twee redenen geen grote belasting vormen voor de rechterlijke macht. De eerste reden is dat de voorgestelde regeling een belangrijke preventieve werking zal hebben. Als dwarsliggende schuldeisers weten dat zij door de rechter kunnen worden gedwongen om mee te werken met een akkoord, zullen zij eerder bereid zijn om buiten rechte met een schuldsanering mee te werken. Dat is niet alleen de ervaring in het buitenland, maar heeft zich ook in Nederland voorgedaan toen in 2008 met art. 287a Fw bij natuurlijke personen de gedwongen schuldregeling werd ingevoerd. In de tweede plaats dient de voorgestelde regeling vooral middelgrote en grote ondernemingen. Het aantal bedrijven dat aan die criteria voldoet, operationeel winstgevend is en onvoldoende betalingscapaciteit heeft om de financiers te betalen, is gelukkig redelijk beperkt. De inschatting is dat op dit moment enkele honderden bedrijven aan deze criteria voldoen. Het gaat hierbij soms echter wel om bedrijven waarbij een schuldreductie van tientallen tot honderden miljoenen, en in enkele gevallen zelfs miljarden euro's moet worden bereikt en waarbij honderden of soms zelfs duizenden mensen werken. De maatschappelijke impact van de regeling is derhalve groot, terwijl het aantal zaken – en daarmee de belasting van de rechterlijke macht – beperkt zal zijn. Dit geldt temeer waar de ondernemingskamer, de in ondernemingszaken gespecialiseerde rechter die in het voorstel is aangewezen als de instantie aan wie de geconcentreerde behandeling van de schuldsaneringsregeling wordt opgedragen, vertrouwd is met financiële problematiek bij ondernemingen (enquête- en uitkoopzaken) en in het verleden bewezen heeft op efficiënte en daadkrachtige wijze haar taken te kunnen vervullen.

f. Gevolgen voor de werkgelegenheid

Een belangrijk voordeel van het voorstel is dat de schuldsaneringsregeling niet de mogelijkheid biedt om werknemers te ontslaan zonder de gebruikelijke ontslagbescherming. Deze blijft intact. Bij het voornaamste alternatief voor het voorstel onder de huidige wet, een doorstart na faillissement, is de doorstarter niet verplicht om de in de onderneming werkzame personen mee over te nemen. Deze kunnen op een termijn van maximaal zes weken door de curator worden ontslagen, waarbij het UWV de betaling van het loon over de opzegtermijn moet voorschieten. In sommige gevallen, bijvoorbeeld als de (loon)kosten van de failliete onderneming structureel te hoog zijn, kan dit onvermijdelijk zijn. In andere gevallen biedt het echter de overnemende partij de mogelijkheid om de werknemers te selecteren met wie hij verder wil. Het laat zich raden dat daarbij de meest kwetsbare werknemers als eerste buiten de boot vallen.

g. Verhouding tot het Voorontwerp Insolventiewet

Het wetsvoorstel voorziet in een regeling van het informeel akkoord. Omdat een dergelijk akkoord beoogt een formele insolventieprocedure (surséance van betaling en faillissement) te voorkomen, is gekozen voor een afzonderlijke titel in de Faillissementswet, die voor effect buiten Nederland wel moet worden opgenomen in Bijlage A bij de Europese Insolventieverordening. Deze vierde titel – ‘Schuldsaneringsregeling rechtspersonen buiten surseance van betaling of faillissement’ – bestaat uit vijf afdelingen. De bepalingen van deze titel zijn voor een deel ontleend aan het Voorontwerp Insolventiewet. Het wetsvoorstel wijkt echter op een aantal onderdelen wezenlijk af van het Voorontwerp. Zo voorziet het in de eerste plaats in een ruimer toepassingsbereik: niet alleen concurrente schuldeisers, maar ook preferente schuldeisers en onder omstandigheden zelfs pand- en hypotheekhouders of derden-zekerheidseigenaren kunnen aan het informeel akkoord worden gebonden (zonder dat hun economisch belang en waarde overigens tegen hun zin wordt aangetast). Verder kunnen zo nodig aandeelhouders, certificaathouders of leden (in een coöperatie) gedwongen worden aan een *debt-for-equity swap* mee te werken. In de tweede plaats gaat onderstaand voorstel verder dan het Voorontwerp omdat het niet uitsluitend afhankelijk is van de lijst van schuldeisers zoals de verzoeker die heeft aangeleverd, maar verbindend is voor iedereen die tot de door de verzoeker in zijn verzoekschrift genoemde categorieën (‘klassen’) van schuldeisers of andere belanghebbenden behoort. In de derde plaats is voor de beoordeling van de akkoorden een rol weggelegd voor één gespecialiseerde rechter. Hierbij is het oog gevallen op de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam wegens haar samenstelling van juristen en niet-juristen die financieel-economisch onderlegd zijn en ervaring hebben met waarderingsvraagstukken in enquête- en uitkoopprocedures. Op deze wijze wordt de ervaring met de toepassing van de schuldsaneringsregeling voor rechtspersonen geconcentreerd bij één rechterlijke instantie, hetgeen past in de specialisatietendens in de rechterlijke macht, zeker als het gaat om grote, complexe transacties zoals financiële herstructureringen van – doorgaans grote – ondernemingen.

4. Toelichting: artikelsgewijs

Hieronder volgt een artikelsgewijze toelichting bij het voorstel. Zoals aangegeven volgt het voorstel op een aantal punten het Voorontwerp Insolventiewet van de Commissie Insolventierecht. Daarom wordt hieronder op die punten verwezen naar de toelichting bij dat voorontwerp (zie: www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortman-voorontwerp-insolventiewet.html). Gemakshalve is daarbij de toelichtende tekst uit het Voorontwerp geheel of gedeeltelijk overgenomen en – waar nodig – aangepast aan de wijzigingen van het voorstel, telkens wanneer verwezen wordt naar een bepaling uit het Voorontwerp.

Eerste afdeling. Verzoek tot aanbidding akkoord

Artikel 363

Lid 1: Het is de bedoeling om voor de schuldsaneringsprocedure een zo ruim mogelijk toelatingscriterium op te nemen om de schuldenaar in een vroeg stadium zijn problemen te lijf te kunnen laten gaan (‘early warning’); vgl. art. 7.1.1 Vw Iw, waarin de toelatingsgronden van zowel faillissement (art. 1 en 6 lid 3 Fw) als surséance van betaling (art. 214 Fw)/schuldsanering natuurlijke personen (art. 284 Fw) is opgenomen. Overigens zou men er ook voor kunnen kiezen om – in navolging van de regeling van Chapter 11 in de US Bankruptcy Code (zie hierover bijv.

www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter11.aspx – geen enkel criterium op te nemen en het geheel aan de schuldenaar over te laten of hij met deze nieuwe regeling zijn schulden informeel wil saneren (discussiepoint).

Het voorstel maakt geen onderscheid naargelang de omvang van de rechtspersoon (in kapitaal, omzet, balanstotaal, aantal werknemers o.i.d.), zij het dat dit middel naar verwachting vooral zal worden ingeroepen bij grote herstructureringen waarbij de rechtspersoon wordt geconfronteerd met enkele strategisch opererende schuldeisers die hun 'nuisance value' te gelde willen maken en daarnaast – in het licht van de jurisprudentie op basis van art. 287a Fw – door kleine rechtspersonen met enkele principiële of rancuneuze schuldeisers.

Hoewel een akkoord verplichtingen oplegt aan de schuldenaar, biedt het voorstel ook aan anderen, schuldeisers of andere belanghebbenden, zoals aandeelhouders, certificaathouders of leden in een coöperatie, werknemers(organisaties) e.d., de mogelijkheid om deze procedure te starten; vgl. toelichting Vw lw bij afd. 2.2. De uitbreiding naar deze categorie is vooral bedoeld als stok achter de deur als de schuldenaar onnodig talmt om herstructureringsmaatregelen te nemen. Een dergelijke situatie doet zich soms voor als de aandeelhouder – die inmiddels geen economisch belang meer heeft – het bestuur onder druk zet (bijv. door te dreigen met ontslag) om geen actie te ondernemen waardoor andere stakeholders nog wel profijt kunnen hebben.

Met betrekking tot werknemers ziet het informeel akkoord alleen op de werknemer als schuldeiser van achterstallige [en wellicht ook toekomstige] betaling; [dat wil zeggen loonmatiging] maar niet op personeelsreductie en ontslag. Dit kan in de huidige situatie alleen met een activatransactie vanuit faillissement worden bereikt in verband met art. 7:662 e.v. BW).

Lid 2: De financiële sector valt buiten deze regeling, omdat deze een eigen instrumentarium kent; laatstelijk via de Interventiewet; vgl. art. 214 lid 4 en art. 284 lid 5 Fw.

Artikel 364

Lid 1: De vraag is welke rechter zich moet buigen over het informeel akkoord? Zoals bepleit in het TvI-artikel gaat het voorstel ervan uit om dit onder te brengen bij één gespecialiseerde rechter die vertrouwd is met waarderingsvraagstukken, zoals de ondernemingskamer. Dergelijke kwesties worden nu ook al bij enquête- en uitkoopzaken aan dit rechterlijk college voorgelegd, zowel in grote, spraakmakende zaken als in minder aansprekende wanbeleidkwesties bij kleine rechtspersonen. Hoewel het nu moeilijk te voorspellen is, hoeft vooralsnog niet voor overbelasting te worden gevreesd, omdat de voorgestelde reorganisatiemogelijkheid vooral kan helpen bij de herstructurering van ondernemingen waar grote maatschappelijke belangen (financiële infrastructuur, werkgelegenheid e.d.) en niet zozeer de grote aantallen spelen. Concentratie van de rechterlijke behandeling van de schuldsanering rechtspersonen bij één gespecialiseerd college als de ondernemingskamer past bovendien goed in het regeringsstreven om gespecialiseerde rechtspraak zo veel mogelijk door één instantie te laten uitvoeren (discussiepoint).

Over de inrichting van de procedure vgl. art. 7.1.2 Vw lw jo. art. 284 lid 2 Fw.

Lid 2: Vgl. art. 214 lid 2 Fw. Het gaat hier om de vraag of de Nederlandse rechter op grond van art. 3 Insolventieverordening rechtsmacht heeft, hetgeen betekent dat de schuldenaar in Nederland zijn centrum van de voornaamste belangen (COMI) heeft. Voor erkenning van een informeel akkoord in het buitenland, vooral binnen de Europese Unie, is het van belang dat de schuldsanering rechtspersonen als collectieve procedure in Bijlage A Europese Insolventieverordening wordt opgenomen. Op grond van art. 16 Insolventieverordening is dan geen nadere handeling meer vereist om een gehomologeerd informeel akkoord erkend te krijgen in de andere lidstaten van de Europese Unie (behalve Denemarken).

Lid 3: Deze lijst bevat de bijlagen die bij het verzoekschrift moeten worden ingediend om de rechter afdoende te informeren; vgl. art. 7.1.3 Vw lw jo. art. 285 Fw. De uitgebreide informatie in het verzoekschrift dient om een oordeel van de schuldeisers en de rechter mogelijk te maken over de dreigende insolventie en over de resterende financiële mogelijkheden van de schuldenaar. De

gegevens zijn in belangrijke mate dezelfde als die welke thans bij een verzoek om toelating tot de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen moeten worden verstrekt. Meer specifiek geldt:

- Onder d. Vgl. art. 259 en 285 lid 1 onder a Fw. De in laatstgenoemd artikel bedoelde staat hoeft slechts betrekking te hebben op de schulden, omdat de goederen onderwerp zijn van de opgave, bedoeld onder f. Bij de schulden is het dienstig dat de schuldenaar vooraf duidelijkheid verschaft over de vraag in hoeverre hij de vorderingen van zijn schuldeisers erkent dan wel betwist. Hetzelfde geldt voor het al dan niet bevoorrecht zijn van vorderingen in geval van verhaal. Voorrang uit hoofde van pand, hypotheek of retentierecht komt tot uitdrukking door de opgave onder f.
- Onder f. Vgl. art. 285 lid 2 onder c Fw. Omdat het gaat om een gedetailleerdere opgave van goederen dan zou blijken uit de staat, bedoeld in art. 285 lid 1 onder a, is de verplichting tot het produceren van die staat achterwege gelaten.
- Onder j. Dat de wijze waarop het akkoord zal worden gefinancierd relevant kan zijn, spreekt vanzelf. Vgl. art. 285 lid 2 onder e Fw.
- Onder k. Vgl. art. 285 lid 2 onder e Fw. De eventuele aanbieding van een buitengerechtelijk akkoord is uiteraard eveneens van groot belang. Het zal wel zeer uitzonderlijk zijn dat er niet al een buitengerechtelijke regeling is aangeboden.
- Onder l. Vgl. art. 285 lid 2 onder g Fw. Een algemeen voorschrift dat overige relevante gegevens vermeld moeten worden, kan niet gemist worden. Het is immers niet bij voorbaat mogelijk in de wet alle relevante omstandigheden op te sommen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een vergelijking van hetgeen de schuldeisers bij afwijzing van het akkoord te verwachten hebben met het aangeboden akkoord (vgl. art. 332 lid 4 onder b). Deze informatie behoeft niet in alle gevallen te worden verstrekt, maar kan van belang zijn als het erom gaat of de rechter ondanks niet-aanname van het akkoord het akkoord moet vaststellen alsof het was aanvaard.

Deze lijst kan zo nodig worden aangepast en aangevuld (discussiepunt). Indien het verzoek niet door de schuldenaar maar een ander wordt ingediend, zal niet alle genoemde informatie beschikbaar zijn. In art. 366 lid 1 is daarom de mogelijkheid opgenomen dat de ondernemingskamer de schuldenaar gelast om alsnog met die ontbrekende informatie te komen.

Lid 4: Vgl. art. 260 Fw; art. 7.1.4 Vw lw. Voor de overeenkomstige toepassing van de hier genoemde artikelen (onder meer handelend over het niet-verifiëren van na de insolventverklaring gekweekte rente) is hier gekozen voor het tijdstip van aanbieding van het akkoord in plaats van het tijdstip van faillietverklaring. Lid 5: Vgl. art. 7.1.5 Vw lw. Hier valt ook te denken aan een regeling in het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken bij de gerechtshoven (www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/Procesreglement%20verzoekschriftprocedures%20handel-%20en%20insolventiezaken%20Gerechtshoven.pdf).

Artikel 365

Lid 1: In deze eerste fase heeft de ondernemingskamer vooral een administratieve procesbewakingsfunctie; vgl. art. 7.1.7 lid 1 Vw lw. Dit wordt anders als zij gevraagd wordt om een voorlopige voorziening te treffen; zie art. 367 hieronder.

Artikel 366

Lid 1 en 2: Deze bepaling raakt de kern van de rechterlijke rol in de eerste fase, naast de reeds genoemde administratieve procesbewaking in art. 365 hierboven. De afwijzing in deze fase kent een formeel criterium (er is niet voldaan aan de ontvankelijkheidseisen van art. 364) en een materieel criterium (er is onvoldoende financiële armslag om de procedure als zodanig te overleven); wellicht nog andere gronden voor afwijzing om het verzoek als zodanig in behandeling te nemen (discussiepunt: het zegt nog niets over de kans van slagen van het akkoord zelf)? In alle andere gevallen wijst de ondernemingskamer het verzoek toe met inachtneming van de volgende leden.

Lid 3: Als zich geen afwijzingsgronden als bedoeld in het vorige lid zich voordoen, kan het ontwerp van akkoord in behandeling worden genomen. In dit opzicht is de hier bedoelde toewijzing een formaliteit; het zegt nog niets over de kans van slagen van het akkoord. De benoeming van een raadsheer-commissaris biedt de ondernemingskamer de mogelijkheid om op tamelijk informele en directe wijze allerlei eenvoudige rechterlijke beslissingen te nemen met het oog op een praktische en vlotte behandeling. De raadsheer-commissaris dient ook te waken voor de juiste behandeling van alle betrokken belangen. Ter voorkoming van onnodig oponthoud kan in de eerste – vooral administratieve – fase niet worden geappelleerd of cassatie ingesteld tegen de beschikking van de ondernemingskamer.

Lid 5 onder a en b: Vgl. art. 7.1.7. Vw lw jo. art. 2:345 BW. Het verdient de voorkeur dat de ondernemingskamer een deskundige kan benoemen teneinde een onderzoek naar het aangeboden akkoord en de betrouwbaarheid van de schuldenaar te doen. Deze deskundige kan ook van belang zijn voor de oproeping van schuldeisers, voor het begeleiden van de schuldenaar en eventueel voor het verzoeken van bijzondere voorzieningen (art. 367). Het verslag over het akkoord, dat in de huidige wet (art. 265 lid 1 Fw) is te onderscheiden van dat over de betrouwbaarheid van de door de verzoeker of de schuldenaar overgelegde staat en bescheiden (art. 226 Fw), valt daarmee in deze bepaling samen (zie art. 369). Ook indien de ondernemingskamer niet is overgegaan tot het benoemen van een deskundige, dient bij later blijkende wenselijkheid van een verslag over het akkoord benoeming nog mogelijk te zijn. Het ligt voor de hand de bevoegdheid daartoe aan de raadsheer-commissaris toe te kennen.

Lid 6: Hoewel de afkoelingsperiode in lid 6 ook kan worden gegeven op basis van lid 7 of de volgende bepaling, is ervoor gekozen om deze afzonderlijk op te nemen, nu de Faillissementswet een dergelijke maatregel al kent; zie art. 63a/241a Fw.

Lid 7: Het huidige recht kent in art. 225 Fw voor de surséance een enigszins beperkte versie van deze bepaling (vgl. art. 290 Fw); een uitgebreidere variant is te vinden in art. 2.2.10 Vw lw. De wenselijkheid van een mogelijkheid van afwijkende regelingen kan zich bijvoorbeeld voordoen in grote insolventies (zoals het faillissement van Fokker), als zich problemen aandienen door grote aantallen (toonder)vorderingen of de wenselijkheid om kleine vorderingen om redenen van kostenbesparing volledig te voldoen. In de surséance van UPC is gebruikgemaakt van de mogelijkheid van een klassenindeling van schuldeisers. Ook kan gedacht worden aan het bepalen van een 'voting record date' (UPC; KPNQwest). De mogelijkheid om afwijkende regelingen te treffen dient vanwege de rechtszekerheid beperkt te zijn. Afwijking is slechts mogelijk voor zover dit ter beveiliging van de belangen van schuldeisers of met het oog op een doelmatige afwikkeling van de onderhavige procedure vereist is. Het zal in de regel gaan om afwijking van procedurele bepalingen. Met het oog op de rechtszekerheid dient de rechter zeer terughoudend te zijn met materiële wijzigingen. De wijzigingsbevoegdheid dient, gezien het mogelijk ingrijpende karakter, alleen toe te komen aan de ondernemingskamer en niet mede aan de raadsheer-commissaris. Wel kan deze daartoe een voordracht doen. Wegens het ingrijpende karakter is ook voorzien in het horen van de schuldenaar en de bekende schuldeisers. Vgl. In dit verband de zeer vergaande discretionaire bevoegdheid van de Amerikaanse faillissementsrechter in section 105 US Bankruptcy Code, dat in het eerste lid bepaalt:

“(a) The court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title. No provision of this title providing for the raising of an issue by a party in interest shall be construed to preclude the court from, sua sponte, taking any action or making any determination necessary or appropriate to enforce or implement court orders or rules, or to prevent an abuse of process”.

Lid 8: Als de rechtspersoon is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling behouden schuldeisers in beginsel hun wettelijke bevoegdheden, onverminderd de bevoegdheid van de ondernemingskamer een afkoelingsperiode te gelasten of voorlopige voorzieningen te treffen. Dit betekent dat niet uitgesloten is dat schuldeisers de in lid 8 bedoelde verzoeken ook hangende de toepassing van de schuldsaneringsregeling kunnen indienen. In het bijzonder geldt dit voor een verlov voor het leggen

van conservatoir beslag, dat in beginsel mogelijk blijft omdat de toelating tot de schuldsaneringsregeling de betalingsverplichtingen van de schuldenaar niet opschort. Het lijkt verstandig om de beslissing op deze verzoeken in beginsel te concentreren bij de ondernemingskamer, zodat zich niet een situatie voordoet dat twee verschillende rechters zich met de beslechting van min of meer hetzelfde geschil bezighouden (discussiepunt).

Op dit beginsel zijn uitzonderingen mogelijk; zo lijkt het niet verstandig de ondernemingskamer te belasten met de openbare verkoop van een zeeschip (art. 575 Rv). Een deel van de te nemen beslissingen lenen zich meer voor een beslissing door de raadsheer-commissaris dan door de volledige ondernemingskamer. Om die reden is opgenomen dat de ondernemingskamer het nemen van de onderhavige beslissingen kan opdragen aan de benoemde raadsheer-commissaris. Een alternatief zou zijn om in de wet zelf op te nemen welke beslissingen door de ondernemingskamer worden genomen en welke beslissingen door de raadsheer-commissaris (discussiepunt). Als een dergelijke regeling wordt ingevoerd, moet ook worden geregeld hoe om te gaan met lopende verzoeken en vorderingen. Daartoe strekt de bepaling dat lopende procedures in de staat waarin zij zich bevinden bij de ondernemingskamer worden voortgezet. Mocht een rechter, bijvoorbeeld omdat hij niet op de hoogte is van de toelating tot de schuldsaneringsregeling, een uitspraak doen, dan is deze uitspraak van rechtswege nietig, zodat het niet nodig is daartegen een rechtsmiddel aan te wenden.

Mogelijk zijn er nog andere kwesties die de ondernemingskamer moet vaststellen of bepalen (discussiepunt).

Artikel 367

In aansluiting op de regeling in het enquêterecht wordt de ondernemingskamer met deze bepaling een vergaande discretionaire bevoegdheid toegekend om de maatregelen te treffen die zij nodig acht om een voortvarende behandeling van het verzoek mogelijk te maken, zonder op de definitieve uitkomst vooruit te lopen; vgl. art. 2:349 lid 2 BW jo. art. 287 lid 4 Fw.

Tweede afdeling. Behandeling van het akkoord

Artikel 368

Lid 2: Zoals nu al een verificatievergadering achterwege kan blijven als daartoe aanleiding is (de vereenvoudigde afwikkeling van art. 137a e.v. Fw en bij schuldsanering natuurlijke personen in art. 328a Fw), is een vergelijkbare vereenvoudigde procedure denkbaar bij een (in)formeel akkoord; vgl. art. 7.1.8 jo. 6.2.5 Vw Iw.

Artikel 369

Lid 2: Toezending aan de schuldeisers kan handig zijn met het oog op de beslissing om al dan niet ter vergadering te verschijnen, alsmede met het oog op de mogelijkheid dat geen vergadering wordt gehouden (art. 368). Het kan aan de rechter-commissaris en de verzoeker of de schuldenaar worden overgelaten of zij de deskundige niettemin willen uitnodigen ter vergadering teneinde eventuele vragen te beantwoorden. Vgl. art. 7.1.9 Vw Iw.

Artikel 370

Lid 1: Het aangeboden akkoord wordt niet gepubliceerd in de *Staatscourant* of het centraal insolventieregister. Vertrouwelijkheid kan in dit stadium immers van groot belang zijn. Publicatie is wél nodig als homologatie heeft plaatsgevonden. De hier bedoelde kennisgeving met oproeping is cruciaal en dient daarom onder verantwoordelijkheid van de griffier van de ondernemingskamer plaats te vinden. Vgl. art. 7.1.10 Vw Iw.

Lid 2: De voorgestelde regeling heeft enige bijzondere kenmerken. In de eerste plaats hebben de verzoeker en de schuldenaar belang bij een zo compleet mogelijke lijst, omdat onvolledigheid aanleiding kan geven tot weigering van homologatie of achteraf tot vernietiging. Daarom dienen zij tot

aan de vergadering de bevoegdheid tot aanvulling te hebben. In de tweede plaats hoeven de andere schuldeisers in dit stadium geen bezwaar te kunnen maken tegen uitbreiding van de lijst (wel kunnen zij de toegevoegde vorderingen betwisten). Voor zover zij menen dat zij benadeeld zijn door de latere toevoeging, kunnen zij tegen het akkoord stemmen en zich verzetten tegen homologatie. In de derde plaats is er geen reden de nagekomen vorderingen alleen toe te laten als de desbetreffende schuldeisers tijdig zijn opgeroepen. Wel moeten zij in het niet opgeroepen zijn een grond kunnen vinden zich te verzetten tegen homologatie. Gegeven dit risico doet de verzoeker er verstandig aan vorderingen zo tijdig op de lijst te plaatsen dat de desbetreffende schuldeisers nog kunnen worden opgeroepen. Zo nodig kan een schuldeiser om uitstel verzoeken. De voorgestelde regeling brengt mee dat de lijst door de verzoeker dus ook ten aanzien van (de hoogte van) de reeds opgenomen vorderingen niet behoeft te worden bijgewerkt naar het tijdstip van de beraadslaging en stemming (vgl. art. 233 Fw, dat de werking van surséance eveneens beperkt tot vorderingen die op het tijdstip van de voorlopige verlening van de surséance reeds bestonden of – op basis van HR 19 april 2013, *LJN* BY6108, r.o. 3.7.2 – daarna ontstaan maar voortvloeien uit een reeds ten tijde van de surséanceverlening bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar maar geen boedelschuld opleveren). Het bijwerken van de lijst zou de regeling aanzienlijk gecompliceerder maken (ook in verband met rente). Vgl. art. 7.1.12 Vw Iw.

Lid 3: Als niet de schuldenaar maar een ander de procedure in gang heeft gezet met een ontwerpakkoord, moet de schuldenaar in staat worden gesteld om zelf met een alternatief te komen. Hij is immers degene die het akkoord moet nakomen. De ondernemingskamer stelt hem in de gelegenheid om tot aan de beraadslaging een eigen ontwerp van een akkoord voor te leggen.

Artikel 371

Lid 1 en 2: Vgl. art. 80 e.v. Fw; zie ook art. 7.1.13 Vw Iw.

Lid 3: Vgl. art. 265 lid 1 jo. art. 144 Fw; zie ook art. 7.1.14 Vw Iw.

Artikel 372:

Lid 1 en 2: Vgl. art. 119 en 266 Fw; zie ook art. 7.1.13 Vw Iw.

Lid 3: Vgl. art. 267 Fw; zie ook art. 7.1.16 Vw Iw.

Artikel 373

Lid 1 en 2: De verzoeker of de schuldenaar heeft de bevoegdheid in het ontwerp van akkoord af te wijken van de wettelijke preferentieregels, binnen de beperkingen van de laatste zin van lid 1 en 2. Hiertoe kan hij zo nodig een andere indeling van de klassen voorstellen, zolang vorderingen met tegengestelde – of niet (goed) met elkaar verenigbare – belangen niet bij elkaar in één klasse worden ondergebracht. Dit criterium is gebaseerd op de Amerikaanse regeling in section 1122 van de US Bankruptcy Code (*'(a) Except as provided in subsection (b) of this section, a plan may place a claim or an interest in a particular class only if such claim or interest is substantially similar to the other claims or interests of such class. (b) A plan may designate a separate class of claims consisting only of every unsecured claim that is less than or reduced to an amount that the court approves as reasonable and necessary for administrative convenience'*) (discussiepunt). Uiteraard moet er een economische rechtvaardiging zijn voor deze verschillende behandeling. Zo kunnen bijvoorbeeld handelscrediteuren een andere behandeling krijgen in het ontwerp-akkoord dan financiële schuldeisers. Als dat het geval is, dienen zij in een afzonderlijke klasse te worden ingedeeld.

Lid 3: Het akkoord kan inhouden dat een schuldeiser afstand doet van een tegen een derde uit te oefenen recht. Daarvoor kan bijvoorbeeld aanleiding bestaan als een derde partij, die door de schuldeiser (mogelijk) zou kunnen worden aangesproken, de totstandkoming van het akkoord financieel mogelijk maakt. Ook andere omstandigheden waarin een dergelijk beding nuttig kan zijn, zijn denkbaar, zoals uiteengezet in het *Tv*-artikel. Te denken valt aan een herstructurering van een concern waarin de groepsmaatschappijen onderling voor elkaar instaan tegenover derden (financiële

kruisverbanden). Dit veronderstelt wel een splitsing binnen het concern, waardoor bijvoorbeeld ook een fiscale eenheid wordt verbroken.

Lid 4: Door de aandeelhouders, certificaathouders of leden in een coöperatie in het akkoord te betrekken kunnen zij bij het verbindend worden van het akkoord daar eveneens aan worden gebonden, bijvoorbeeld bij een *debt-for-equity swap*, waardoor hun aandelenbelang (fors) verwaterd; vgl. in de UK Companies Act 2006 s. 896 (1)

(‘The court may, on an application under this section, order a meeting of the creditors or class of creditors, or of the members of the company or class of members (as the case may be), to be summoned in such manner as the court directs’), 899 (‘If a majority in number representing 75% in value of the creditors or class of creditors or members or class of members (as the case may be), present and voting either in person or by proxy at the meeting summoned under section 896, agree a compromise or arrangement, the court may, on an application under this section, sanction the compromise or arrangement’).

Artikel 374

Vgl. art. 7.1.15 Vw Iw.

Artikel 375

Lid 1-3 : Vgl. art. 7.1.17 Vw Iw. Hierin is een gewone meerderheid als vereiste opgenomen, zoals nu voor de formele akkoorden geldt (art. 145/146, 268/268a en 332 Fw); wegens het ontbreken van een curator/bewindvoerder bij het informele akkoord zijn deze grenzen verhoogd tot een driekwart meerderheid, maar andere meerderheden zijn ook verdedigbaar (discussiepunt). Zie over de betrokkenheid van (gezekerde) partijen die door het akkoord niet worden geraakt o.a. vgl. section 1126 (f) US Bankruptcy Code

(‘Notwithstanding any other provision of this section, a class that is not impaired under a plan, and each holder of a claim or interest of such class, are conclusively presumed to have accepted the plan, and solicitation of acceptances with respect to such class from the holders of claims or interests of such class is not required’).

Lid 4: Dit maakt het mogelijk dat aandeelhouders, certificaathouders of leden in een coöperatie kunnen worden gedwongen om een *debt-for-equity swap* te dulden.

Artikel 376

Lid 1-3 : Vgl. art. 148 Fw; art. 7.1.18 Vw Iw.

Lid 4: Vgl. art. 149 Fw; art. 7.1.19 Vw Iw.

Derde afdeling. Homologatie van het akkoord

Artikel 377

Vgl. art. 150-151 Fw; art. 7.1.20-21 Vw Iw.

Artikel 378

Vgl. art. 152 Fw; 7.1.22 Vw Iw.

Artikel 379

Lid 1 en 2: Vgl. art. 153 lid 1 Fw; art. 7.1.23 Vw Iw.

Lid 3 onder a: Vgl. section 1129(b)(1) US Bankruptcy Code (‘*Notwithstanding section 510(a) of this title, if all of the applicable requirements of subsection (a) of this section other than paragraph (8) are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not*

accepted, the plan); redelijkheid en billijkheid wordt verschillend ingekleurd al naargelang het gaat om een gezeekerde vordering ('secured claim'), een ongezeekerde of concurrente vordering ('unsecured claim') of een aandeel ('interest'); vgl. section 1129(b)(2)(A)-(C) US Bankruptcy Code

("For the purpose of this subsection, the condition that a plan be fair and equitable with respect to a class includes the following requirements:

(A) With respect to a class of secured claims, the plan provides

- (i) **(I)** that the holders of such claims retain the liens securing such claims, whether the property subject to such liens is retained by the debtor or transferred to another entity, to the extent of the allowed amount of such claims; and
- (II)** that each holder of a claim of such class receive on account of such claim deferred cash payments totaling at least the allowed amount of such claim, of a value, as of the effective date of the plan, of at least the value of such holder's interest in the estate's interest in such property;
- (ii) for the sale, subject to section 363(k) of this title, of any property that is subject to the liens securing such claims, free and clear of such liens, with such liens to attach to the proceeds of such sale, and the treatment of such liens on proceeds under clause (i) or (iii) of this subparagraph; or
- (iii) for the realization by such holders of the indubitable equivalent of such claims.

(B) With respect to a class of unsecured claims

- (i) the plan provides that each holder of a claim of such class receive or retain on account of such claim property of a value, as of the effective date of the plan, equal to the allowed amount of such claim; or
- (ii) the holder of any claim or interest that is junior to the claims of such class will not receive or retain under the plan on account of such junior claim or interest any property, except that in a case in which the debtor is an individual, the debtor may retain property included in the estate under section 1115, subject to the requirements of subsection (a) (14) of this section.

(C) With respect to a class of interests

- (i) the plan provides that each holder of an interest of such class receive or retain on account of such interest property of a value, as of the effective date of the plan, equal to the greatest of the allowed amount of any fixed liquidation preference to which such holder is entitled, any fixed redemption price to which such holder is entitled, or the value of such interest; or
- (ii) the holder of any interest that is junior to the interests of such class will not receive or retain under the plan on account of such junior interest any property").

Lid 3 onder b: Zie het criterium in art. 375 lid 1; vgl. section 1129(a)(7)(A)(ii) US Bankruptcy Code

("With respect to each impaired class of claims or interests

(A) each holder of a claim or interest of such class

- (i) has accepted the plan; or
- (ii) will receive or retain under the plan on account of such claim or interest property of a value, as of the effective date of the plan, that is not less than the amount that such holder would so receive or retain if the debtor were liquidated under chapter 7 of this title on such date; or

(B) if section 1111(b)(2) of this title applies to the claims of such class, each holder of a claim of such class will receive or retain under the plan on account of such claim property of a value, as of the effective date of the plan, that is not less than the value of such holder's interest in the estate's interest in the property that secures such claims").

Lid 4: Hierbij valt te denken aan een situatie waarin het akkoord tot een ernstig concurrentievervalsende marktverstoring leidt. Dit zal wel door een van de opponerende partijen

moeten worden aangevoerd, omdat het niet van de ondernemingskamer kan worden verlangd dat zij de marktconsequenties van de homologatie doorrekent (discussiepunt).

Lid 5: Vgl. art. 272 Fw.

Vierde afdeling. Gevolgen van de homologatie van het akkoord

Artikel 380

Vgl. art. 157 Fw; art. 7.1.24 Vw lw. Aangepast, omdat het Voorontwerp uitgaat van een beperkte verbindendheid van het gehomologeerde akkoord, namelijk uitsluitend voor de schuldeisers die voorkomen op de lijst die bij het verzoekschrift was ingediend.

Artikel 381

Vgl. art. 160 Fw; art. 7.1.25 Vw lw. Aangepast; zeker in concernverband kan het voor een succesvolle herstructurering van groot belang zijn dat de kruisverbanden tussen de verschillende concernrechtspersonen die voor elkaar instaan worden doorbroken. In dat geval moet het uitdrukkelijk in het akkoord zijn dat bepaalde borgen e.d. ook niet meer kunnen worden aangesproken (discussiepunt).

Artikel 382

Vgl. art. 7.1.26 Vw lw in verhouding tot art. 196 Fw.

Artikel 383

Lid 1 en 2: Vgl. art. 159 Fw; art. 7.1.27 Vw lw.

Lid 3: De rechtszekerheid vereist dat als het gevolg van het akkoord aandeelhouders, certificaathouders of leden in een coöperatie rechten verliezen of aan schuldeisers aandelen, certificaten of lidmaatschapsrechten worden uitgegeven, dit bij notariële akte wordt geconstateerd, respectievelijk deze rechten bij notariële akte aan de rechthebbenden worden toegekend. In het eerste geval kan de notaris de akte op verzoek van de schuldenaar verlijden. In het tweede geval zullen de schuldenaar en degenen die bij de rechten krijgen toegekend bij de akte partij zijn.

Vijfde afdeling. Ontbinding en vernietiging van het akkoord

Artikel 384

Vgl. art. 165 Fw; art. 7.1.28 Vw lw.

Artikel 385

Vgl. art. 166 Fw; art. 7.1.29 Vw lw.

Artikel 386

Vgl. art. 280 Fw.

Artikel 387

Lid 1: Naast de regeling van homologatie is een vernietigingsmogelijkheid opgenomen, die is geïnspireerd op art. 358a lid 1 Fw, doch ook beschouwd zou kunnen worden als een *lex specialis* ten opzichte van de regeling voor herroeping van beschikkingen (art. 390 Rv). Met het woord 'verzuimd' is beoogd tot uitdrukking te brengen dat de schuldenaar van de desbetreffende vordering wel op de hoogte moet zijn geweest en voorts dat het niet gaat om een schuldeiser waarvan bij de aanbidding van het akkoord is vermeld dat deze behoort tot een categorie schuldeisers die volledig worden voldaan. Dit betekent dat voor vernietiging pas ruimte is als aan de schuldenaar een verwijt kan worden gemaakt. Als door een verschrijving of andere vergelijkbare oorzaak een bij de schuldenaar bekende schuldeiser niet in het akkoord is betrokken, is geen ruimte voor vernietiging. Het ligt voor de

hand dat het op de weg van de schuldenaar ligt om aannemelijk te maken dat de niet-vermelding niet het gevolg is van een aan hem toe te rekenen verzuim. Het gaat in deze bepaling om een rechterlijke bevoegdheid: hij kan vernietiging ook achterwege laten. Aldus biedt de regeling voldoende ruimte om akkoorden in daarvoor geëigende omstandigheden in stand te laten, vooral wanneer onvoldoende aannemelijk is dat de schuldenaar van het niet in het akkoord betrekken van bepaalde schuldeisers een verwijt treft.

Lid 2: Zonder nadere bepaling zou het akkoord vernietigd kunnen worden tot drie jaar na de ontdekking dat de schuldenaar een bepaalde schuldeiser heeft overgeslagen (vgl. art. 3:52 lid 1 onder c BW). In verband met het meerpartijen- en verdelingskarakter van het akkoord verdient evenwel een vast beginpunt van de termijn de voorkeur. Om die reden is gekozen voor een termijn van drie jaar, lopende vanaf de onherroepelijke homologatie (vgl. art. 3:52 lid 1 onder d en art. 3:200 BW). Schuldeisers die niet door het akkoord gebonden zijn, kunnen geen vernietiging verzoeken. Zij zullen zich, indien zij zich benadeeld voelen doordat zij niet hebben meegedeeld in het bij het aanbieden van het akkoord beschikbare actief, kunnen bedienen van hun gewone middelen, waaronder een vordering uit onrechtmatige daad of pauliana. Vgl. art. 7:1.30 Vw lw.

5. Tot besluit

Een eerdere versie van dit voorstel is voorwerp van bespreking geweest tijdens een daaraan gewijde bespreking van het Zuidas Instituut voor Financieel Ondernemingsrecht (ZIFO) aan de VU op 21 maart jl. in aanwezigheid van betrokkenen uit de diverse sectoren op het terrein van het financieel ondernemingsrecht en faillissementsrecht (curatoren, bankiers, rechters, advocaten, bedrijfsjuristen e.d.). Van de daar gemaakte opmerkingen is dankbaar gebruikgemaakt om het voorstel verder aan te scherpen. Dit is aan de orde geweest tijdens het speciaal aan de herijking van het faillissementsrecht gewijde congres 'Eyes on insolvency' dat op 18 april jl. in Amsterdam is gehouden en waarop het voorstel in hoofdlijnen brede instemming heeft gekregen. Dit neemt niet weg dat het vast nog verder kan worden verbeterd om door de wetgever in zijn voornemen tot herijking van het faillissementsrecht te worden betrokken. Met onderstaand voorstel hopen wij de discussie verder aan te zwengelen, opdat Nederland een attractieve jurisdictie kan worden voor de financiële herstructurering van nationaal en internationaal opererende ondernemingen. Behoud van levensvatbare ondernemingen en de daarmee gepaard gaande werkgelegenheid hoeft dan niet meer gefrustreerd nodeloos vertraagd of zelfs gefrustreerd te worden door enkele schuldeisers die vooral hun *nuisance value* te gelde proberen te maken.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Gelieve dit artikel aan te halen als: R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV', *Tv*/2013/20.
- [2] R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of opportunity voor een Nederlandse scheme of arrangement?', *Tv*/2013/12.