

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8

8 De buitengerechtelijke regeling

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS449777:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

8.1 Algemeen8.2 Inhoud buitengerechtelijke regeling8.3 Finale kwijting8.4 Gedwongen medewerking8.5 Hoge Raad8.6 Buitengerechtelijk 'dwangakkoord'?8.7 Art. 287a Fw8.8 Akkoord buiten insolventie8.9 Slotbeschouwing

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.1

8.1 Algemeen

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS448551:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

In hoofdstuk 2 is in het kader van een algemene bespreking van saneringsinstrumenten in het Nederlandse insolventierecht kort ingegaan op de buitengerechtelijke regeling. Hierbij is in het bijzonder de totstandkoming van een buitengerechtelijke regeling besproken. In dit hoofdstuk zal een aantal andere aspecten van de buitengerechtelijke regeling nader worden belicht. Zo zal in de paragraaf hierna de mogelijke inhoud van een buitengerechtelijke regeling aan de orde worden gesteld. Gezien de al eerder genoemde verwantschap met de wettelijke akkoorden ligt een vergelijking van beide rechtsfiguren voor de hand. De vraag of een weigerachtige schuldeiser kan worden gedwongen deel te nemen aan een buitengerechtelijke regeling, zal aan de hand van jurisprudentie worden behandeld. Vervolgens zal in dit hoofdstuk aandacht worden besteed aan de op 1 januari 2008 ingevoerde regeling van het akkoord in art. 287a Fw.^[1] Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een korte schets van de regeling van het akkoord buiten insolventie, die in het voorontwerp Insolventiewet is opgenomen.

Voetnoten

[1] Wet van 24 mei 2007, Stb. 192, in werking getreden op 1 januari 2008.

8.2 Inhoud buitengerechtelijke regeling

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS446095:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

De totstandkoming van een buitengerechtelijke regeling is besproken in hoofdstuk 2, waarin een buitengerechtelijke regeling als een overeenkomst is getypeerd. Dit betekent dat de betrokken partijen in principe vrij zijn hun verbinteniserightelijke betrekkingen iedere de door hen gewenste inhoud te geven.^[1] De begrenzing wordt evenwel gegeven in art. 3:40 BW: iedere denkbare wijze van bevrediging van schuldeisers is mogelijk, zolang een en ander niet strijdig is met de wet, de goede zeden of de openbare orde.^[2] Doorgaans wordt in buitengerechtelijke regelingen afgesproken dat schuldeisers een gedeelte van hun vordering voldaan krijgen tegen 'finale kwijting'.^[3] Daarnaast is het gebruikelijk dat financiële verplichtingen worden uitgesteld.^[4] Wat de inhoud van de overeenkomst betreft, lijken buitengerechtelijke regelingen en wettelijke akkoorden sterk op elkaar. Bij wettelijke akkoorden is het immers ook gebruikelijk af te spreken dat de schuldenaar slechts een gedeelte van de vorderingen hoeft te voldoen (de zogenaamde percentage-akkoorden)^[5] tegen 'finale kwijting'.^[6]

Voetnoten

[1] Vgl. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010, nr. 41 e.v.

[2] Vgl. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010, nr. 310 e.v.

[3] In de paragraaf hierna zal nader worden ingegaan op de betekenis van 'finale kwijting*.

[4] Uit het al eerder genoemde WODC-rapport blijkt dat de kern van maatregelen binnen een financiële herstructurering bestaat uit het uit- of afstellen van financiële verplichtingen. Zie *Adriaanse e.a., Informele reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement, WODC-rapport, oktober 2004.*

[5] Zie paragraaf 4.2.

[6] Zie paragraaf 6.8 voor de betekenis van de woorden 'finale kwijting' in relatie tot een gehomologeerd akkoord.

8.3 Finale kwijting

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS447320:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

De afspraken die partijen met elkaar overeenkomen in een buitengerechtelijke regeling, worden dikwijls als volgt geformuleerd:

"De schuldenaar betaalt aan ieder van zijn voornoemde schuldeisers een percentage van... % van hun voormelde vorderingen, waartegen die schuldeisers bij ontvangst van hun percenten aan de schuldenaar voor het onbetaald gebleven gedeelte van hun vorderingen algehele en volledige kwijting en décharge verlenen."^[1] Wat betekenen de woorden 'finale/volledeige kwijting' in een buitengerechtelijke regeling? Voor de wettelijke akkoorden is de betekenis van voornoemde woorden duidelijk: algemeen wordt immers aangenomen dat de niet-voldane gedeelten van de vorderingen van rechtswege overblijven als natuurlijke verbintenissen.^[2]

De vraag of het voorgaande in zijn algemeenheid ook geldt voor buitengerechtelijke regelingen, dient ontkennend te worden beantwoord. De betekenis van 'finale kwijting' in een buitengerechtelijke regeling hangt af van het antwoord op de vraag wat partijen op dit punt met elkaar zijn overeengekomen. Dit betekent dat anders dan bij de wettelijke akkoorden op voorgaande vraag geen algemeen antwoord is te geven, zodat de vraag naar de betekenis van 'finale kwijting' voor elke buitengerechtelijke regeling afzonderlijk dient te worden onderzocht.^[3] De betekenis van 'finale kwijting' in een buitengerechtelijke regeling is met andere woorden afhankelijk van de bedoeling van partijen en dient aan de hand van uitleg van de overeenkomst te worden bepaald.^[4]

Nu voor elke buitengerechtelijke regeling de woorden 'finale kwijting' nader moeten worden uitgelegd, zijn er ten aanzien van die uitleg twee mogelijkheden, afhankelijk van wat er door de schuldeisers wordt opgegeven.^[5] Hierbij dient ten aanzien van de rechtsbetrekking tussen schuldeiser en schuldenaar aan de zijde van de schuldeiser een onderscheid te worden gemaakt tussen:^[6]

- het vorderingsrecht/het materiële recht (het recht op prestatie, de aanspraak);
- de bevoegdheid om dat recht geldend te maken (ius agendi);
- de rechtsvordering (het processuele middel om die bevoegdheid uit te oefenen).^[7]

Indien een schuldeiser afstand zou doen van alledrie de hierboven genoemde onderdelen, dan is ten aanzien van het niet-voldane gedeelte van de vordering sprake van een kwijtschelding in de zin van art. 6:160 BW.^[8] De verbintenis van de schuldeiser jegens de schuldenaar gaat hiermee teniet.^[9] Wordt daarentegen door de schuldeiser met betrekking tot het niet-voldane gedeelte van de vordering slechts afstand gedaan van het ius agendi en de rechtsvordering, dan gaat de verbintenis niet verloren. De schuldeiser heeft immers slechts afstand gedaan van zijn bevoegdheid het vorderingsrecht geldend te kunnen maken. Het vorderingsrecht zelf is intact gebleven, maar de schuldeiser heeft niet langer recht van verhaal op het vermogen van de schuldenaar. Het vorderingsrecht van de schuldeiser is met andere woorden niet meer afdwingbaar, er resteert in dat geval slechts een natuurlijke verbintenis.^[10] De vraag of in het concrete geval sprake is van kwijtschelding van het niet-voldane gedeelte van het vorderingsrecht of dat de restantvordering overblijft als een natuurlijke verbintenis, is overigens niet zonder betekenis.^[11] Aan het bestaan van een natuurlijke verbintenis is een aantal specifieke gevolgen verbonden.^[12] Zo levert voldoening aan een natuurlijke verbintenis door de schuldenaar geen actie op uit onverschuldigde betaling. Immers, de schuldenaar die het akkoord is nagekomen en die alsnog de restantvordering voldoet, heeft deze betaling niet zonder rechtsgrond verricht. Voorts is een natuurlijke schuldeiser in beginsel niet langer tot verrekening bevoegd. In art. 6:127 lid 2 BW wordt onder meer als vereiste gesteld dat de vordering afdwingbaar dient te zijn.^[13] Zoals hiervoor is opgemerkt, wordt aan een natuurlijke verbintenis juist de afdwingbaarheid onthouden.^[14] Uit het eerder besproken arrest van de Hoge Raad van 31 januari 1992^[15] kan echter worden opgemaakt dat onder bijzondere omstandigheden een uitzondering wordt gemaakt voor de 'natuurlijke schuldeiser'. Een beroep door

een 'natuurlijke schuldeiser' op verrekening werd door de Hoge Raad toegestaan, onder meer op de grond dat de vorderingen voortvloeiden uit dezelfde rechtsverhouding.^[16] In dat geval betrof het een faillissementsakkoord. Een en ander zou evengoed verdedigbaar kunnen zijn voor een buitengerechtelijke regeling.

Voetnoten

- [1] Zie o.m. Ktg. Gouda 9 juli 1998, JOR1999/67; Ktg. Apeldoorn 20 november 1996, Prg. 1997, 4823 en Ktg. Delft 7 december 1995, Prg. 1996, 4541.
- [2] Zie paragraaf 6.8.
- [3] In gelijke zin Wessels, diss. (1988), p. 160 e.v.
- [4] De betekenis van 'finale kwijting' is derhalve een kwestie van uitleg: zie HR13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex).
- [5] De verschillen tussen een buitengerechtelijke regeling en een akkoord komen hier pregnanter naar voren. De eerste is onderhevig aan de regels van het algemene vermogens- en verbintenissenrecht en zal door uitleg moeten blijken wat partijen met 'finale kwijting' hebben bedoeld. Daarentegen kan over finale kwijting bij een akkoord in zijn algemeenheid worden gezegd, dat de restantvorderingen overblijven als natuurlijke verbintenissen, omdat dit dwingend uit het systeem van de wet voortvloeit. Zie nader paragraaf 6.8.
- [6] Vgl. Van der Heijden, Het akkoord buiten faillissement en surseance van betaling, *NTBR* 1994/7, p. 141 e.v.
- [7] Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, nr. 32.
- [8] Kwijtschelding als synoniem voor afstand om niet in de zin van art. 6:160 BW.
- [9] Zie onder meer Tjittes, Afstand van Recht, Monografieën Nieuw BW, p. 44 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 312 e.v.
- [10] Vgl. art. 6:3 BW en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, nr. 37.
- [11] Ik vraag mij overigens af of de schuldeisers hierover voldoende worden geïnformeerd.
- [12] Zie onder meer Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, nr. 80 e.v. en Wessels, diss. (1988), p. 356 e.v.
- [13] Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, nr. 80.
- [14] Zie echter paragraaf 6.9, waarin ik aanneem dat art. 6:131 BW naar analogie kan worden toegepast.
- [15] HR 31 januari 1992, *NJ* 1992, 686 (Van der Hoeven/Comtu).
- [16] Zie paragraaf 6.9. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, nr. 80 e.v.

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.4

8.4 Gedwongen medewerking

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS441233:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

8.4.1 Algemeen8.4.2 Uitgangspunt8.4.3 Voorwaarden verplichte deelname

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.4.1

8.4.1 Algemeen

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS447324:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

Het treffen van een buitengerechtelijke regeling door een schuldenaar met zijn schuldeisers blijkt in de praktijk zelden eenvoudig te zijn. In het onderhandelingsproces dienen de diverse belangen van de schuldeisers op één lijn te worden gebracht. Daarnaast heeft de schuldenaar bij een buitengerechtelijke regeling geen echte dwangmiddelen ter beschikking. Er kan slechts enige pressie op de schuldeisers worden uitgeoefend met het dreigement dat, indien geen medewerking wordt verleend aan de buitengerechtelijke regeling, surseance zal moeten worden aangevraagd of dat een faillissement zal volgen. De schuldeisers zullen zich dan in een situatie bevinden waarin zij hoogstwaarschijnlijk minder tot niets op hun vorderingen krijgen uitgekeerd, dan wanneer zij de buitengerechtelijke regeling zouden hebben aanvaard. In de paragrafen hierna zal aan de hand van wet en rechtspraak de vraag worden besproken of medewerking van een weigerachtige schuldeiser aan een buitengerechtelijke regeling kan worden afgedwongen.

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.4.2

8.4.2 Uitgangspunt

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS441220:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

In hoofdstuk 2 is het rechtskarakter van een buitengerechtelijke regeling besproken.^[1] Voor de totstandkoming is veelal de instemming van alle bekende schuldeisers vereist, aangezien de aanvaarding van de schuldeiser dikwijls geschiedt onder de voorwaarde dat alle bekende schuldeisers met de regeling instemmen. Weigeren

één of meer schuldeisers hun medewerking, dan raakt vanwege de gestelde voorwaarde niemand gebonden. De buitengerechtelijke regeling komt onder die omstandigheden derhalve niet tot stand. Dat het al dan niet slagen van een buitengerechtelijke regeling kan afhangen van één schuldeiser, vloeit voort uit de beginselen van het verbintenissenrecht. Ons recht kent het principe dat niemand tegen zijn wil aan een overeenkomst kan worden gebonden.^[2] Bij een buitengerechtelijke regeling staat de contractsvrijheid derhalve voorop: het staat een schuldeiser in beginsel vrij een aanbod van zijn schuldenaar te verwerpen.^[3] Zo heeft de Hoge Raad het ook expliciet geformuleerd in zijn arrest van 12 augustus 2005:

"Bij een buitengerechtelijk akkoord als het onderhavige, op de totstandkoming waarvan de gewone regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn, staat het een schuldeiser in beginsel vrij het hem door de schuldenaar aangeboden akkoord - dat inhoudt dat hij slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op voldoening - te weigeren."^[4] Het voorgaande brengt ons bij het volgende punt. Indien een schuldenaar niet het risico wil lopen dat zijn voorstel door één weigerachtige schuldeiser van tafel kan worden geveegd, dient hij andere dan de verbintenisrechtelijke wegen te volgen. Indien zijn situatie dit toelaat, zou hij surseance, faillissement of de schuldsaneringsregeling kunnen aanvragen.^[5] In de voornoemde drie regelingen kennen wij immers het zogenoemde dwang-akkoord. Dit betekent dat, indien de wettelijke voorgeschreven meerderheden zijn behaald en de rechter vervolgens het akkoord heeft gehomologeerd, alle betrokken schuldeisers aan het akkoord gebonden raken.^[6] Voor deze gebondenheid aan het akkoord doet niet ter zake of een schuldeiser voor of tegen het akkoordvoorstel heeft gestemd of dat hij überhaupt heeft gestemd. Vanwege het feit dat de akkoorden op grond van de wet dwangakkoorden kunnen zijn, zijn de drie voornoemde regelingen met de nodige wettelijke waarborgen omgeven. Zo gelden er onder meer ten aanzien van de totstandkoming en de gedwongen gebondenheid bijzondere wettelijke procedures.^[7] Indien bedacht wordt dat voornoemde wettelijke procedures de totstandkoming van akkoorden bemoeilijken, althans dat met de wettelijke regels over de belangen van de concurrente schuldeisers wordt gewaakt, is terughoudendheid van de rechter bij een verzoek tot het verlenen van medewerking van een weigerachtige schuldeiser aan een buitengerechtelijke regeling zeker op haar plaats. Over de belangen van een weigerachtige schuldeiser wordt immers niet door de wet gewaakt, nu een buitengerechtelijke regeling wordt beheerst door het algemene vermogensrecht.^[8] Het ontbreken van wettelijke regels voor de totstandkoming van een buitengerechtelijke regeling betekent dat een dergelijke regeling doorgaans moeilijker tot stand komt dan de wettelijke akkoorden.^[9]

De invoering van art. 287a Fw^[10] heeft de rechtspraak inzake het al dan niet veroordelen van een weigerachtige schuldeiser tot deelname aan een buitengerechtelijke regeling op een tweede plan gezet. Althans, nu kan een schuldenaar krachtens art. 287a Fw de rechter verzoeken een weigerachtige schuldeiser te veroordelen tot medewerking aan een buitengerechtelijke regeling.^[11] Gelet op de formulering van art. 287a Fw en in het bijzonder de door de rechter te maken belangenafweging, blijft de genoemde rechtspraak evenwel van belang. Hierna zal onder meer het arrest van de Hoge Raad van 2005 worden besproken betreffende de vraag of een schuldeiser verplicht is zijn medewerking aan een buitengerechtelijke regeling te verlenen.^[12]

Voetnoten

[1] Zie paragraaf 2.7.2.

[2] Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-111* 2010, nr. 40 e.v.

[3] Vgl. Wessels, Insolventierecht VI, derde druk, 2010, par. 6204 en par. 6211.

[4] HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006,230 en *JOR* 2005/257, r.o. 3.5.2 (Groenemeijer/Payroll).

[5] Indien de schuldenaar een natuurlijk persoon is zonder beroep of bedrijf, komt hij in de eerste plaats in aanmerking voor de schuldsaneringsregeling en slechts in bijzondere gevallen kan hij in de faillissementsregeling terecht komen.

[6] Zie de artt. 157, 273 en 340 Fw.

[7] Zie paragraaf 5.2 e.v.

[8] Zie ook Wessels, Insolventierecht VI, derde druk, 2010, par. 6206 e.v.

[9] Zie echter Rb. Almelo 4 februari 1998, *JOR* 1998/66, nt. Soedira.

[10] Wet van 24 mei 2007, Stb. 192, in werking getreden op 1 januari 2008.

[11] Het verzoek om toepassing van de regeling van art. 287a Fw is alleen voorbehouden aan natuurlijke personen.

[12] HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006, 230 en *JOR* 2005/257 (Groenemeijer/Payroll).

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.4.3

8.4.3 Voorwaarden verplichte deelname

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS448547:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

Welke feiten en omstandigheden kunnen ertoe leiden dat van een schuldeiser kan worden verlangd dat hij zijn instemming verleent aan een buitengerechtelijke regeling? Hiervoor is opgemerkt dat de afgelopen vijftien tot twintig jaar over deze problematiek met name slechts lagere rechtspraak is verschenen. Door de grote verscheidenheid aan feiten en omstandigheden die wel of niet tot een verplichte medewerking van een weigerachtige schuldeiser kunnen leiden, is in de rechtspraak grote behoefte geweest aan meer duidelijkheid op dit punt. Aangezien tot 2005 een uitspraak van de Hoge Raad hierover heeft ontbroken, is in de praktijk aan de hand van de verschenen lagere rechtspraak een aantal basisvoorwaarden opgesteld waaraan een buitengerechtelijke regeling in ieder geval dient te voldoen, wil een verzoek tot medewerking van een weigerachtige schuldeiser aan een buitengerechtelijke regeling kans van slagen hebben.^[1] Inmiddels is duidelijk geworden dat de Hoge Raad in zijn arrest van 12 augustus 2005 strenge maatstaven aanlegt aan de beoordeling van een verzoek tot medewerking aan een buitengerechtelijke regeling, veel strengere maatstaven dan die van de lagere rechtspraak tot dan toe.

Voetnoten

[1] Zie onder meer Van der Heiden, Prg. 1997, p. 651 e.v.; Rb. Almelo 4 februari 1998, *JOR* 1998/66, nt. Soedira, en Wessels, Insolventierecht VI, derde druk, 2010, par. 6208 e.v. en par. 6222 e.v.

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.5

8.5 Hoge Raad

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS442386:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

Alvorens in te gaan op het arrest uit 2005^[1] bespreek ik eerst een arrest van de Hoge Raad uit 1999, waarin de vraag werd voorgelegd hoe in het kader van een buitengerechtelijke regeling art. 3:13 lid 2 BW, de wettelijke bepaling inzake misbruik van bevoegdheid, dient te worden toegepast.^[2] De Hoge Raad laat zich in dit arrest niet uit over de omstandigheden zelf, die tot misbruik van bevoegdheid zouden kunnen leiden, maar beperkt zich tot een antwoord op voornoemde vraag. Het hof heeft zich in hoger beroep echter wel uitgesproken over de vraag of in casu sprake was van bijzondere omstandigheden die kunnen nopen tot het aannemen van misbruik van bevoegdheid, waardoor medewerking van de weigerachtige schuldeiser kon worden afgedwongen. Het hof:

"Spoelstra heeft tot medio 1995 als accountant gewerkt voor Wekking (KWI) en er staat onbestreden vast dat Wekking tot dat tijdstip niet in betalingsmoeilijkheden verkeerde. Er is niet aannemelijk geworden dat Spoelstra betrekkelijk kort nadien heeft moeten beseffen dat de financiële situatie van Wekking zozeer was verslechterd dat haar faillissement dreigde en dat crediteuren alsdan met minder dan met het in het kader van het buitengerechtelijk akkoord aangeboden percentage genoeg zouden moeten nemen. Het feit dat de fiscus en de bedrijfsvereniging met het akkoord instemden behoefde Spoelstra niet te overtuigen. Bij een buitengerechtelijk akkoord als het voorgestelde ontbreken de aan de wettelijke akkoorden verbonden waarborgen.

Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat Spoelstra zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van recht."^[3]

In cassatie werd gesteld dat het hof bij de belangenafweging in het kader van art. 3:13 BW was uitgegaan van een verkeerde maatstaf. De schuldenaar (KWI) betoogde dat het hof niet had moeten onderzoeken of de schuldeiser besepte of had behoren te beseffen dat de financiële situatie van de schuldenaar zozeer was verslechterd, maar of objectief gezien een onevenredigheid bestond tussen beider belangen. De Hoge Raad oordeelde dat van misbruik van bevoegdheid eerst sprake was indien degene die de bevoegdheid uitoefent, de onevenredigheid van de beide belangen kent of behoort te kennen. Het arrest brengt echter geen duidelijkheid over hoe zwaar bepaalde omstandigheden kunnen wegen bij de beoordeling van de vraag of aan de zijde van een weigerachtige schuldeiser sprake is van misbruik van bevoegdheid. In 2005 daarentegen wordt door de Hoge Raad op heldere wijze verwoord dat de tot dan toe gehanteerde maatstaven waaronder medewerking aan een buitengerechtelijke regeling kan worden afgedwongen, te soepel zijn en dat een strengere maatstaf dient te worden aangelegd.^[4] Alvorens in te gaan op de juridische overwegingen, eerst een korte schets van de casus.

Groenemeijer dreef een multimediabedrijf dat op een gegeven moment is gestaakt met achterlating van een aanzienlijke schuldenlast. Groenemeijer heeft geprobeerd zijn schulden te saneren door zijn schuldeisers (66 schuldeisers in totaal, waaronder 4 preferente) een buitengerechtelijke regeling aan te bieden, waarbij Groenemeijer een bepaald percentage van de vorderingen zou voldoen tegen finale kwijting. Ten tijde van de behandeling van het kort geding in eerste aanleg hebben 51 schuldeisers, waaronder de preferente, met de regeling ingestemd. Payroll is een van de 10 concurrente schuldeisers die tegen de buitengerechtelijke regeling heeft gestemd.^[5] Op grond van de regeling zou Payroll 6,99% van haar vordering voldaan krijgen tegen finale kwijting. De voorzieningenrechter heeft de vordering van Groenemeijer afgewezen, omdat niet is gebleken dat Payroll door haar instemming aan de buitengerechtelijke regeling te onthouden, misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid. In hoger beroep stelt Groenemeijer zich op het standpunt dat door de weigering van Payroll in te stemmen met de regeling, schuldeisers die reeds hun instemming hebben verleend zich zouden kunnen terugtrekken en dat schuldeisers die hun instemming niet hebben verleend, een faillissementsaanvraag kunnen doen. Het hof ziet in dezen geen reddende het verzoek om Payroll te verplichten medewerking te verlenen aan de buitengerechtelijke regeling, te honoreren.

Voordat de Hoge Raad toekomt aan beantwoording van de vraag of Payroll misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid, geeft hij eerst enige algemene beschouwingen over de essentiële verschillen in wijzen van totstandkoming, rechtsgevolgen en verbindendheid van een buitengerechtelijke regeling ten opzichte van de akkoorden uit de Faillissementswet.

"Ten aanzien van de totstandkoming en de gevolgen van een dergelijk akkoord gelden niet de bijzondere voorwaarden en waarborgen welke de Faillissementswet in geval van faillissement, surseance en de schuldaneringsregeling natuurlijke personen bevat voor het daar telkens geregelde akkoord, welke regeling meebrengt dat aan zo'n akkoord, dat mede met het oog op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers is onderworpen aan rechterlijk toezicht, verbindende kracht kan toekomen ook jegens een betrokken schuldeiser die daarmee niet instemt. Bij een buitengerechtelijk akkoord als het onderhavige, op de totstandkoming waarvan de gewone regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn, staat het een schuldeiser in beginsel vrij het hem door de schuldenaar aangeboden akkoord - dat inhoudt dat hij slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op boldoening - te weigeren. Dit kan uitzondering lijden indien de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt (art. 3:13 BW) en de schuldeiser Aldus naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod niet had kunnen weigeren."^[6] De algemene beschouwingen van de Hoge Raad belichten op heldere wijze welke plaats een buitengerechtelijke regeling inneemt in ons recht en welke rechtsgevolgen er diensgevolge aan zijn verbonden. Uitgangspunt in dezen is dat het een schuldeiser vrij staat deelname aan een buitengerechtelijke regeling te weigeren en dat voor een gedwongen toetreding aan een buitengerechtelijke regeling slechts plaats is indien de weigering in redelijkheid niet had mogen plaatsvinden. Welke omstandigheden kunnen een dergelijke weigering onredelijk maken? De Hoge Raad overweegt hierover als volgt:

"De omstandigheid dat een schuldeiser de slechte financiële positie van de schuldenaar of diens dreigende faillissement kent of behoort te kennen, zal in het algemeen niet voldoende zijn om de gevolgtrekking te wettigen dat die schuldeiser misbruik maakt van zijn bevoegdheid te weigeren met het hem aangeboden buitengerechtelijk akkoord in te stemmen. Tegenover het belang van de schuldeiser bij voldoening van zijn vordering door verhaal op alle goederen van zijn schuldenaar, zal het belang van de schuldenaar dat door de instemming van de in het geding betrokken schuldeiser met het akkoord de mogelijkheid bestaat dat een faillissement, surseance van betaling of schuldsaneringsregeling wordt voorkomen doorgaans niet zwaar genoeg wegen, terwijl in beginsel van de individuele schuldeiser niet hoeft te worden gevergd dat deze het belang laat prevaleren dat de schuldenaar beoogt te behartigen, namelijk dat hij (sneller) van zijn bestaande schuldenlast wordt bevrijd indien alle schuldeisers met het buitengerechtelijk akkoord instemmen. Daarbij moet worden bedacht dat tot de belangen die aan de zijde van de schuldeiser een rol kunnen spelen behoort dat bij een buitengerechtelijk akkoord de waarborgen ontbreken die de Faillissementswet biedt met betrekking tot de vaststelling van en het toezicht op de vermogenspositie van de schuldenaar door de curator of de bewindvoerder en de rechter-commissaris.

Uit het voorgaande volgt dat bij de toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord terughoudendheid geboden is en dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats kan zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken."^[7]

Uit dit arrest blijkt dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden een schuldeiser kan worden verplicht zijn medewerking te verlenen aan een buitengerechtelijke regeling en dat terughoudendheid geboden is. Kennis van de slechte financiële situatie of een dreiging van het faillissement van de schuldenaar vallen in beginsel niet onder de zeer bijzondere omstandigheden waarover de Hoge Raad spreekt. Evenmin is de situatie dat de schuldenaar door een buitengerechtelijke regeling sneller van zijn schuldenlast zal zijn verlost, een zeer bijzondere omstandigheid die zou moeten prevaleren boven het belang van de weigerachtige schuldeiser. Welke omstandigheden zouden bij een weigering tot medewerking aan een buitengerechtelijke regeling wel kunnen leiden tot misbruik van bevoegdheid aan de zijde van een schuldeiser? De Hoge Raad heeft hierover nog geen uitspraak gedaan. Wel valt uit het arrest af te leiden dat het moet gaan om zeer bijzondere omstandigheden die door de schuldenaar gesteld moeten zijn en door hem aannemelijk moeten zijn gemaakt. Waarom legt de Hoge Raad de lat zo hoog voor het kunnen aannemen van misbruik van bevoegdheid aan de zijde van de weigerachtige schuldeiser? Op de eerste plaats omdat een buitengerechtelijke regeling wordt beheerst door de gewone regels van het algemene verbintenissenrecht en een gedwongen toetreding tot een

overeenkomst in ons recht weliswaar niet is uitgesloten, maar wel zeer uitzonderlijk is. Terughoudendheid hierin is dus geboden en alleen op grond van zeer bijzonder omstandigheden kan hiervan worden afgeweken. Daarnaast ontbeert een buitengerechtelijke regeling het onafhankelijke toezicht en de waarborgen die wel aanwezig zijn bij de wettelijke akkoorden, waardoor deze laatste 'dwangakkoorden' kunnen en mogen zijn. Opgemerkt dient hier nog te worden dat de Hoge Raad zich in zijn arrest niet heeft laten leiden door het toen net door de wetgever voorgestelde art. 287a Fw.^[8] Evenmin heeft de wetgever zich daarna iets aangetrokken van het onderhavige arrest van de Hoge Raad. Uit het thans ingevoerde art. 287a Fw blijkt immers dat de wetgever zich heeft laten inspireren door criteria die de lagere rechtspraak ten aanzien van deze problematiek heeft geformuleerd en niet door de strenge maatstaven die de Hoge Raad heeft aangelegd in zijn arrest uit 2005.^[9]

Voetnoten

[1] HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006, 230 en *JOR* 2005/257 (Groenemeijer/Payroll).

[2] HR 21 mei 1999, *NJ* 1999, 507 en *JOR* 1999/213, nt. Soedira.

[3] r.o. 4.6.2.

[4] Het arrest wordt nader besproken door Wessels, *Insolventierecht VI*, derde druk, 2010, par. 6214 e.v.; Harmsen, *JOR* 2005/257 en *Tvl* 2006,22, p. 103 e.v.; Houben, *Tvl* 2006,21, p. 96 e.v.; Spanjaard, *Ondernemingsrecht* 2005,15, p. 526 e.v. en Soedira, *Bb* 2005, nr. 22, p. 233 e.v.

[5] Vijf schuldeisers hebben niets van zich laten horen..

[6] r.o. 3.5.2.

[7] r.o. 3.5.3 en 3.5.4.

[8] Zie ook Hof Leeuwarden 13 december 2006, *LJN* AZ4625 en Hof 's-Hertogenbosch 19 februari 2008, *LJN* BC6079.

[9] Zie [Kamerstukken II 2004/05, 29 942, nr. 3](#), p. 18.

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.6

8.6 Buitengerechtelijk 'dwangakkoord'?

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS443623:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

In deze paragraaf zal het een en ander worden opgemerkt over de verhouding tussen een wettelijk akkoord uit de schuldsaneringsregeling en een buitengerechtelijke regeling. Reeds eerder in dit hoofdstuk heb ik aangegeven dat met de komst van de schuldsaneringsregeling in december 1998 de vraag is opgeworpen of een verzoek tot het dwingen van een weigerachtige schuldeiser zijn medewerking te verlenen aan een buitengerechtelijke regeling, nog mogelijk is.^[1] Is met de invoering van de schuldsaneringsregeling de

dwangdeelname van een weigerachtige schuldeiser aan een buitengerechtelijke regeling onmogelijk, althans ongepast geworden?^[2] Ik meen van niet en dat de rechtspraak het hier mee eens is, blijkt wel uit de jurisprudentie die op dit punt na 1999 is blijven verschijnen.^[3] De komst van de schuldsaneringsregeling heeft hierin geen verandering gebracht. Het bestaan van de schuldsaneringsregeling doet immers niet af aan het feit dat het weigeren in te stemmen met een buitengerechtelijke regeling, misbruik van bevoegdheid kan opleveren. Naar mijn mening bijten beide voorzieningen elkaar niet. Bedacht dient immers te worden dat een zogenaamd 'buitengerechtelijk dwangakkoord' vooralsnog niet bestaat, althans niet met eenzelfde betekenis als een wettelijk dwangakkoord.^[4] Indien een rechter een schuldeiser verplicht zijn medewerking te verlenen aan een buitengerechtelijke regeling, heeft deze 'dwangdeelname' slechts een beperkte strekking: de gedwongen gebondenheid ziet slechts op deze veroordeelde weigerachtige schuldeiser. Een wettelijk dwangakkoord daarentegen heeft een algemeen bereik: een dergelijk akkoord is immers verbindend^[5] ten opzichte van alle schuldeisers voor wie de schuldsaneringsregeling geldt. Bovendien kan een wettelijk akkoord een dwangakkoord zijn, omdat de regeling met betrekking tot de totstandkoming van het akkoord onder meer door de verplichte homologatie met waarborgen is omgeven. Dit geldt, zoals hiervoor is uiteengezet, evenwel niet voor een buitengerechtelijke regeling. De invoering van art. 287a Fw per 1 januari 2008^[6] brengt mijns inziens evenmin verandering in het voorgaande. In de volgende paragraaf wordt art. 287a Fw besproken en zal hierop nader worden ingegaan.

Voetnoten

[1] Onder meer door Van Dijk, *Onderhandse dwangakkoorden*, Tvl 1999/10, p. 181 e.v.

[2] Uiteraard gaat deze vraagstelling alleen maar op indien de schuldenaar een natuurlijk persoon is met of zonder beroep of bedrijf.

[3] Zie voor jurisprudentie de paragrafen hiervoor.

[4] Indien een weigerachtige schuldeiser door de rechter wordt verplicht deel te nemen aan een buitengerechtelijke regeling, wordt in de literatuur gesproken van een buitengerechtelijk dwangakkoord. Hierdoor zou ten onrechte de indruk kunnen worden gewekt dat een dergelijke regeling gelijk kan worden gesteld aan een wettelijk dwangakkoord.

[5] Deze algemene verbindendheid treedt op nadat het akkoord door de rechter is gehomologeerd en het vonnis van homologatie in kracht van gewijsde is gegaan. Vgl. art. 157 Fw.

[6] Wet van 24 mei 2007, Stb. 192, in werking getreden op 1 januari 2008.

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.7

8.7 Art. 287a Fw

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS443641:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

8.7.1 Inleiding8.7.2 Art. 287a Fw8.7.3 Jurisprudentie art. 287a Fw8.7.4 Criteria art. 287a Fw

8.7.1 Inleiding

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS443636:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

Met de herziening van de schuldsaneringsregeling heeft de wetgever het gebruik van het minnelijk traject nog meer willen bevorderen. Voor de schuldenaar die in financiële moeilijkheden verkeert, betekent dit dat hij zich eerst tot het informele circuit dient te wenden, alvorens zijn verzoek om toepassing van de schuldsaneringsregeling in behandeling zal worden genomen. Door het minnelijke traject verplicht te stellen, wordt de toegangspoort tot de schuldsaneringsregeling beperkt tot die schuldenaren voor wie de schuldsaneringsregeling ook daadwerkelijk is geschreven. De rechter is derhalve in beginsel verplicht het verzoek om toepassing van de schuldsaneringsregeling af te wijzen, indien door de schuldenaar de verplichte verklaring van burgemeester en wethouders niet bij het verzoek is overgelegd, althans de rechter kan dan de schuldsaneringsregeling niet definitief van toepassing verklaren, maar wel voorlopig onder gehoudenheid van de schuldenaar de ontbrekende gegevens binnen een bepaalde termijn alsnog aan te leveren.^[1] Door de vereiste verklaring van art. 285 Fw waaruit blijkt dat geen reële mogelijkheden aanwezig zijn om tot een buitengerechtelijke regeling te komen, wordt het doorlopen van het minnelijke traject verplicht gesteld alvorens het verzoek om toepassing van de schuldsaneringsregeling kan worden toegewezen. De zogenoemde 285-verklaring vormt zodoende de brug tussen het buitenwettelijke en het wettelijke saneringstraject.^[2] Art. 285 Fw luidt voor zover hier van belang als volgt:

1. In het verzoekschrift of in een daarbij te voegen bijlage worden opgenomen:

(...)

f. een met redenen omklede verklaring dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen, alsmede over welke aflossingsmogelijkheden de verzoeker beschikt, afgegeven door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente van de woon- of verblijfplaats van de schuldenaar. (...) h. indien de schuldenaar aanzijn schuldeisers een buitengerechtelijke schuldregeling heeft aangeboden die niet is aanvaard, de inhoud van het ontwerp van de schuldregeling, de reden waarom de schuldregeling niet is aanvaard alsmede met welke middelen, bij aanvaarding van de schuldregeling, bevrediging van schuldeisers zou kunnen plaatsvinden;^[3]

De herziene schuldsaneringsregeling kent een streng beleid aan de poort. Toegang tot de regeling is slechts mogelijk voor de schuldenaar die de goedetrouwtoets heeft doorstaan, die het minnelijke traject heeft doorlopen en wiens volledige financiële situatie bekend is.^[4]

Voetnoten

[1] Art. 287 lid 2 Fw: de rechtbank kan de schuldenaar een termijn van ten hoogste een maand geven voor het aanleveren van de ontbrekende stukken.

[2] Art. 285 Fw heeft bij de herziening van de schuldsaneringsregeling nauwelijks verandering ondergaan.

[3] [Kamerstukken I 2006/07, 29 942, A](#), p. 1 en 2.

[4] Zie de voorwaarden gesteld in art. 285 Fw.

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.7.2

8.7.2 Art. 287a Fw

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS444862:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

Om het minnelijke traject sterker te bevorderen en een meer effectieve werking van de schuldsaneringsregeling te bewerkstelligen, heeft de wetgever in aansluiting op art. 285 Fw de al eerder genoemde gedwongen schuldregeling van art. 287a Fw geïntroduceerd.

Art. 287a Fw luidt voor zover hier van belang als volgt:

1. De schuldenaar kan in het verzoekschrift, bedoeld in art. 284, eerste lid, de rechtbank verzoeken één of meer schuldeisers die weigert of weigeren mee te werken aan een voor indiening van het verzoekschrift aangeboden schuldregeling, te bevelen in te stemmen met deze schuldregeling.

(...)

5. De rechtbank wijst het verzoek toe indien de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad. Artikel 300 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing.

6. Indien de rechtbank het verzoek toewijst, veroordeelt de rechtbank de schuldeiser die instemming met de schuldregeling heeft geweigerd, in de kosten.

7. Indien de rechtbank het verzoek afwijst, beslist zij op het verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling, indien de schuldenaar het verzoek daartoe handhaaft.^[1]

De gedwongen schuldregeling van art. 287a Fw is een novum in de Faillissementswet. Ons recht kent weliswaar de zogenoemde dwangakkoorden in de Faillissementswet, waardoor schuldeisers tegen hun wil gebonden raken aan een wettelijk akkoord, maar deze gedwongen gebondenheid wordt gerechtvaardigd door enerzijds het saneringsbelang van de schuldenaar en anderzijds het feit dat de wettelijke regeling de belangen van de schuldeisers op voldoende wijze waarborgt. De gedwongen schuldregeling van art. 287a Fw is evenwel van andere orde, omdat de totstandkoming van een buitengerechtelijke regeling niet plaatsvindt binnen de dwingende wettelijke kaders, maar wordt beheerst door de contractsvrijheid en derhalve in beginsel vrij is van rechterlijk toezicht. In art. 287a Fw wordt de gedwongen schuldregeling overigens niet nader uitgewerkt. De wetgever heeft de regeling eenvoudig willen houden, om op deze wijze een succesvolle afronding van het minnelijke traject te kunnen bevorderen. Door de regeling van art. 287a Fw kan een minnelijke regeling worden afgedwongen, zodat daarmee een wettelijke schuldsaneringsregeling kan worden voorkomen. Het spreekt voor zich dat de regeling alleen geldt voor de schuldenaar die natuurlijk persoon is. De schuldenaar doet het verzoek van de gedwongen schuldregeling tegelijkertijd met het verzoek om toepassing van de

schuldsaneringsregeling. De rechter beoordeelt eerst het verzoek van art. 287a Fw. Wordt het verzoek van art. 287a Fw afgewezen, dan zal aan de schuldenaar worden gevraagd of hij het schuldsaneringsverzoek handhaaft.^[2]

Uit de hiervoor besproken rechtspraak van de Hoge Raad blijkt een weigerachtige schuldeiser slechts onder zeer bijzondere omstandigheden gedwongen te kunnen worden zijn medewerking te verlenen aan een buitengerechtelijke regeling.^[3] De rechter zal zich moeten vergewissen of de weigerachtige schuldeiser ex art. 3:13 lid 2 BW misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid door niet met de buitengerechtelijke regeling in te stemmen. Er dient een belangenafweging plaats te vinden tussen de schuldenaar en de weigerachtige schuldeiser. De gedwongen schuldregeling van art. 287a Fw kan min of meer worden gezien als een codificatie van lagere rechtspraak betreffende de veroordeling van een weigerachtige schuldeiser tot deelneming aan een buitengerechtelijke regeling. De bewoordingen van art. 287a Fw zijn immers nagenoeg van gelijke strekking als art. 3:13 lid 2 BW slot, waardoor een verzoek van art. 287a Fw op dezelfde wijze dient te worden beoordeeld.^[4] Dit blijkt tevens uit de memorie van toelichting bij art. 287a Fw:

"Het criterium op grond waarvan de rechter over de gedwongen instemming oordeelt, zal luiden dat de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en het belang van de schuldenaar dat door die weigering wordt geschaad.

(...)

Bij de belangenafweging zullen de volgende omstandigheden een rol kunnen spelen (zie o.a. Rb. Almelo 4 februari 1998, JOR1998, 66 en Pres. Rb. Zwolle 2 februari 2001, KG 2001, 136, *Schuldsanering* 2001 113)."^[5] De omstandigheden die vervolgens door de wetgever worden opgenoemd, zijn ontleend aan Van der Heiden in zijn annotatie onder een uitspraak van de rechtbank Almelo.^[6] In het eerder genoemde arrest van 2005 legt de Hoge Raad bij de beoordeling van het verzoek tot medewerking aan een buitengerechtelijke regeling een zwaardere toets aan. Overigens gaat de Commissie Schone Lei II in haar advies bij de vraag hoe het verzoek van art. 287a Fw dient te worden beoordeeld, uit van dezelfde criteria als de wetgever.

"De exacte criteria voor het afdwingen van een schuldregeling zijn aan de wetgever om te formuleren. De commissie meent dat dit los moet staan van welke meerderheid dan ook, maar dat duidelijk moet zijn dat crediteuren in een minnelijke schuldregeling een hogere c.q. snellere aflossing krijgen dan in een wettelijk traject te verwachten is. Meer in het algemeen kan aansluiting gezocht worden bij de in kort geding ontwikkelde jurisprudentie op dit punt. Indien via deze weg alsnog een schuldregeling tot stand komt, komt de rechter niet meer toe tot behandeling van het verzoek om toepassing van de Wsnp. In dat geval is het tien-jaar criterium voor een nieuw verzoek niet van toepassing.

De commissie realiseert zich dat het verlenen van werking ten opzichte van alle schuldeisers problematisch is als schuldeisers niet worden opgeroepen. Daarom adviseert zij deze opgelegde schuldregeling enkel te laten gelden tussen de betrokken schuldeisers en er geen homologatieprocedure aan te verbinden."^[7]

De wetgever heeft uitdrukkelijk het Payroll-arrest van de Hoge Raad voor zover het een art. 287a Fw-procedure betreft opzij gezet en de in de lagere rechtspraak ontwikkelde criteria op het punt van de gedwongen schuldregeling van toepassing verklaard op een art. 287a Fw-procedure. Dit valt op te maken uit de reactie van de minister op de brief van de Brancheorganisatie van Bewindvoerders WSNP (hierna: BBW), waarin BBW zich uitspreekt over de negatieve gevolgen van het Payroll-arrest van de Hoge Raad voor de gedwongen schuldregeling van art. 287a Fw. De minister:

"Wat betreft de door BBW gestelde negatieve gevolgen van het Payroll-arrest van de Hoge Raad voor de gedwongen schuldregeling, zij hier opgemerkt dat deze jurisprudentie niet gebaseerd is, ook niet via anticipatie, op de regeling uit het wetsvoorstel, maar is gebaseerd op het algemene leerstuk van misbruik van bevoegdheid op basis van artikel 3:13 BW.

(...)

Daarnaast is in de memorie van toelichting de hiervoor reeds aangehaalde opsomming van omstandigheden

opgenomen, om aan te geven wanneer de gedwongen schuldregeling geacht moet worden met voldoende waarborgen te zijn omkleed en wanneer het belang van de weigerachtige schuldeiser in verhouding tot alle overige belangen geacht kan worden slechts een gering gewicht in de schaal te leggen."^[8] Hiervoor is uiteengezet dat art. 287a Fw beschouwd kan worden als een codificatie van lagere rechtspraak inzake de verplichte medewerking van een weigerachtige schuldeiser aan een buitengerechtelijke regeling. Benadrukt dient overigens te worden dat de rechter die op grond van art. 287a Fw zou oordelen dat een weigerachtige schuldeiser gebonden is aan een buitengerechtelijke regeling, dit oordeel niet tot gevolg heeft dat gesproken kan worden van een zogenaamd 'buitengerechtelijk dwangakkoord'. Het oordeel van de rechter ziet immers slechts op deze weigerachtige schuldeiser(s) en door toewijzing van het verzoek wordt slechts deze schuldeiser(s) aan de buitengerechtelijke regeling gebonden. Een verder, meer algemeen bereik krijgt de regeling derhalve niet. Er is geen sprake van een wettelijk 'dwangakkoord' met eenzelfde bereik en met dezelfde rechtsgevolgen als een akkoord in de zin van de Faillissementswet.

Het verzoek tot medewerking aan een buitengerechtelijke regeling waar de rechter tot voor kort in kort geding over oordeelde, is door de wetgever verplaatst naar de insolventierechter in het kader van een verzoek om toelating tot de schuldsaneringsregeling. Een van de belangrijkste doelstellingen van wetsvoorstel 29 942 was om de werklast van de rechterlijke macht te verlichten. Het is nog maar de vraag of deze doelstelling in de toekomst zal worden bereikt. Zoals ik het thans kan overzien, zal de werklast van de kortgedingrechter door art. 287a Fw slechts worden verschoven naar de toch al overbelaste insolventierechter.^[9] Deze laatste mag dan beschikken over een uitgebreider en vollediger dossier en door zijn specialisatie beter zijn geëquipeerd dan de kortgedingrechter, hij dient ingevolge art. 287a lid 5 Fw wel eenzelfde toets aan te leggen als de kortgedingrechter bij de beoordeling van de vraag of één of meer schuldeisers in redelijkheid hun stem aan een buitengerechtelijke regeling hebben kunnen onthouden.

Door de al eerder genoemde Brancheorganisatie van Bewindvoerders WSNP is jegens de Minister van Justitie de vrees geuit dat schuldhulpverleners over onvoldoende middelen beschikken om te onderzoeken of een schuldeiser zich ten onrechte tegen een minnelijke regeling verzet. De minister heeft hierop als volgt geantwoord:

"Weliswaar kent het minnelijke traject geen postblokkade en huisbezoek, maar die zijn noodzakelijk als controlemechanismen voor het wettelijk traject, dat immers na succesvolle afronding het veel ingrijpender rechtsgevolg heeft dat de vorderingsrechten van schuldeisers worden omgezet in natuurlijke verbintenissen. Postblokkades en huisbezoeken zijn maatregelen die diep ingrijpen in de privacy van de schuldenaar en die niet passen bij een meerpartijenovereenkomst als de minnelijke schuldregeling. Overigens deel ik de vrees van BBW op dit punt niet."^[10]

Bij het antwoord van de minister kan echter worden opgemerkt dat bij een minnelijke schuldregeling hetzelfde ingrijpende rechtsgevolg kan ontstaan als bij het wettelijk traject, zij het dat het rechtsgevolg niet van rechtswege ontstaat. Dat neemt niet weg dat ook bij een minnelijke schuldregeling kan worden overeengekomen dat de niet-voldane gedeelten van de vorderingsrechten omgezet worden in natuurlijke verbintenissen.^[11] Mijns inziens is dit de clou van een minnelijke regeling en wordt de saneringsgedachte juist hierin gevonden. Het volgen van het minnelijke traject heeft weinig zin indien de schuldenaar nadien door zijn schuldeisers voor het restant kan worden aangesproken. Minnelijke regelingen gaan daarom veelal zelfs een stap verder dan het wettelijke traject en de buitengerechtelijke regelingen worden veelal zodanig geformuleerd dat de niet-voldane gedeelten van de vorderingen worden kwijtgescholden.^[12]

Een weigerachtige schuldeiser die door de rechter ingevolge art. 287a Fw is veroordeeld tot medewerking aan de buitengerechtelijke regeling, staat in beginsel hetzelfde arsenaal aan vorderingen ten dienste als een schuldeiser die vrijwillig tot de buitengerechtelijke regeling is toegetreden. Zij het dat een gedwongen schuldeiser geen beroep kan doen op een wilsgebrek in de zin van art. 3:44 BW en art. 6:228 BW vanwege het niet voldoen aan de daarin gestelde vereisten. Van een gedwongen schuldeiser kan immers niet worden gezegd dat hij partij is geworden door de onjuiste voorstelling/het bedrog, maar door het vonnis. Evenmin kan hij zeggen dat hij de overeenkomst zonder de onjuiste voorstelling/het bedrog niet zou hebben gesloten. Dit wordt ook door de minister onderkend:

"Als ten gevolge van rechtshandelingen van de nieuwe schuldeisers - beslaglegging, faillissementsaanvraag - de schuldenaar zijn verplichtingen uit de schuldregelingsovereenkomst niet meer kan nakomen, hebben zowel

de vrijwillig als de gedwongen aan de schuldregeling deelnemende schuldeisers de mogelijkheid een beroep te doen op ontbinding van de overeenkomst wegens wanprestatie (artikel 6:265 BW). De vrijwillig aan de schuldregeling deelnemende schuldeisers kunnen daarnaast een beroep doen op vernietiging van de regeling wegens dwaling (artikel 6:228 BW) of bedrog (artikel 3:44 BW). Een gedwongen deelnemende schuldeiser zal geen beroep kunnen doen op dwaling, omdat zij als een wilsgebrek wordt aangemerkt en het vonnis van de rechter juist in de plaats van de wilsbepaling van de schuldeiser is gekomen. Een schuldeiser die door een onherroepelijk vonnis aan de regeling is gebonden kan onder omstandigheden wellicht een procedure tot herroeping van het vonnis krachtens artikel 382 e.v. Rv aanspannen, met een beroep op bedrog, het gebruik van stukken die vals zijn of het achterhouden van stukken van beslissende aard."^[13]

Voetnoten

[1] Kamerstukken I 2006/07, 29 942, A, p. 2 e.v.

[2] Art. 287a lid 7 Fw.

[3] HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006, 230 en *JOR* 2005/257.

[4] Zie ook Wessels, Insolventierecht IX, par. 90651.

[5] [Kamerstukken II 2004/05, 29 942, nr. 3](#), p. 17 en 18.

[6] Rb. Almelo 4 februari 1998, *JOR* 1998/66, nt. Van der Heiden.

[7] Advies Commissie Schone Lei II, p. 5.

[8] Kamerstukken 12006/07, 29 942, C, MvA, p. 3.

[9] In gelijke zin Brancheorganisatie van Bewindvoerders WSNP, brief van de Brancheorganisatie van Bewindvoerders WSNP, [Kamerstukken I 2006/07, 29 942, C](#), MvA, p. 1 en 2. Anders: de Minister van Justitie, Kamerstukken 12006/07, 29 942, C, MvA, p. 1 e.v. Wetsvoorstel 29 942 is inmiddels op 1 januari 2008 in werking getreden (Wet van 24 mei 2007, Stb. 192).

[10] [Kamerstukken I 2006/07, 29 942, C](#), MvA, p. 2.

[11] Krachtens duidelijke afspraak of via uitleg van de overeenkomst. Vgl. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex) en HR 31 januari 1992, *NJ* 1992, 686 (Van der Hoeven/ Comtu).

[12] Art. 6:160 BW.

[13] [Kamerstukken I 2006/07, 29 942, C](#), p. 8.

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.7.3

8.7.3 Jurisprudentie art. 287a Fw

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS446099:1

Na de invoering van art. 287a Fw op 1 januari 2008 is hierover een aantal uitspraken verschenen.^[1] Uit de vonnissen kan worden opgemaakt dat de rechtbanken op verschillende wijzen omgaan met de verplichte belangenafweging van art. 287a Fw. Hiervoor is aangegeven dat voor de invoering van art. 287a Fw de rechtbanken ook hun eigen stramien hierin bleken te volgen. Niettemin kon uit de grote schare jurisprudentie een aantal criteria worden gehaald, die in ieder geval bij de belangenafweging diende te worden getoetst. De rechtbank Arnhem laat in haar uitspraak zien zich hiervan bewust te zijn.

"Blijkens de wetsgeschiedenis (...) bij de totstandkoming van art. 287a Fw. kan een groot aantal toetsingscriteria van belang zijn bij de beantwoording van deze vraag. RSB is niet ter zitting verschenen. Dat neemt niet weg dat haar weigering moet worden beoordeeld in het licht van de feiten en omstandigheden van dit geval en in het bijzonder de bedoelde toetsingscriteria.

Allereerst is de vraag of het voorstel goed en betrouwbaar is gedocumenteerd en of voldoende duidelijk is dat het bod het uiterste is waartoe verzoekster financieel in staat moet worden geacht. (...)

Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat niet voldoende vast staat dat de uitvoering van het aanbod leidt tot een uitbetaling aan schuldeisers die als uiterste moet worden beschouwd waartoe verzoekster in staat is indien dit wordt afgezet tegen hetgeen in een wettelijke schuldsaneringsregeling geldt. (...) Tevens is van belang dat RBSA weliswaar de enige schuldeiser is die niet met de aangeboden schuldregeling heeft ingestemd, maar er in totaal slechts drie schuldeisers zijn. De vordering van RBS ad € 7.759,57 vormt 41% van de totale schuldenlast. RBS heeft aldus een 'zware' stem bij de beslissing over de schuldregeling."^[2] De rechtbank is helder in haar overwegingen en afwegingen bij de beoordeling van het verzoek van art. 287a Fw. Zoals verwacht, hanteert de rechtbank in vergelijking met de rechtspraak vóór de invoering van art. 287a Fw, thans een aantal van dezelfde criteria bij de belangenafweging die in het kader van art. 287a Fw dient plaats te vinden. Bij de belangenafweging in het kader van art. 287a Fw is op de eerste plaats van belang dat het voorstel goed en betrouwbaar is gedocumenteerd en dat daaruit voldoende duidelijk blijkt dat het aanbod van de schuldenaar het uiterste is waartoe de schuldenaar financieel in staat moet worden geacht. Daarnaast moet het voorstel door een bureau schuldhulpverlening van een gemeente zijn getoetst, goed zijn onderbouwd en moet het voorstel de waarborgen beschrijven waaruit blijkt dat de betalingsverplichtingen zullen worden nagekomen.^[3] Het voorgaande dient te worden afgezet tegen het feit dat in de schuldsaneringsregeling de controle op de sollicitatieplicht streng wordt nageleefd en de wettelijke regeling daarnaast meer zekerheden biedt door het huisbezoek, onderzoek naar activa en de postblokkade.^[4] De voorwaarden die de rechtbank Arnhem in haar uitspraak van 31 maart 2008 hanteert, zijn evenwel basisvoorwaarden waaraan elk voorstel in ieder geval dient te voldoen.^[5] Uiteindelijk komt het aan op de belangenafweging in het concrete geval, waardoor de uitkomst steeds een andere kan zijn, ondanks de gelijkenissen in aanwezige voorwaarden. Zo is voor de rechtbank Zwolle niet van doorslaggevende betekenis geweest dat de weigerachtige schuldeiser een grote schuldeiser is:

"Verweerder heeft voorts aangevoerd - kort samengevat - dat aan zijn (tegen)stem, gelet op de hoogte van zijn vordering, zodanig gewicht toekomt dat een dwangakkoord daarmee kan worden tegengehouden. Hoewel verweerder moet worden toegegeven dat de mate waarin zijn vordering de totale schuldenlast bepaalt in beginsel niet zonder betekenis is, is dit gegeven niet doorslaggevend, mede gelet op de omstandigheid dat hij de enige van de 32 schuldeisers is die niet akkoord wil gaan."^[6]

Het verweer van de weigerachtige schuldeiser dat verzoekers gelet op hun jonge leeftijd en hun verdien Capaciteiten in de toekomst in staat zullen zijn de vordering te voldoen, snijdt evenmin hout, omdat hiervoor onvoldoende is gesteld en gebleken. Voor de rechtbank is van doorslaggevende betekenis dat de uitkering krachtens het voorstel gunstiger is dan een eventuele uitkering in de schuldsaneringsregeling. Daarbij komt dat de schuldeiser op grond van het voorstel een uitkering ineens ontvangt, terwijl een uitkering in de schuldsaneringsregeling langer op zich zal laten wachten. Voor de rechtbank Zwolle speelt ten slotte mee dat verzoekers door het voorstel geen beroep hoeven te doen op de schuldsaneringsregeling. Het verzoek wordt daarmee toegewezen.^[7]

Art. 287a Fw is nog jong. De beperkte rechtspraak die nadien is verschenen, laat evenwel zien dat de

gehanteerde criteria bij de belangenafweging door de insolventierechter niet wezenlijk verschillen van de criteria die voordien door de kortgedingrechter werden gebruikt bij de vraag of aan de zijde van een weigerachtige schuldeiser tot deelneming aan een buitengerechtelijke regeling sprake was van misbruik van bevoegdheid. De door de wetgever met behulp van art. 287a Fw gewenste verandering dat schuldeisers eerder geneigd zijn met het voorstel in te stemmen, zie ik derhalve niet spoedig gebeuren.^[8]

Voetnoten

[1] Zie o.m. Rb. Zwolle-Lelystad 17 maart 2008, zaaknummer 140590/FT-RK 08.10; Rb. Arnhem 31 maart 2008, *LJN* BC7662; Rb. Arnhem 17 april 2008, *LJN* BC9921; Hof Arnhem 17 april 2008, *LJN* BD1252; Rb. 's-Hertogenbosch 11 augustus 2008, *LJN* BE7655; Rb. Amsterdam 1 juli 2009, *LJN* BJ2313; Hof Leeuwarden 15 september 2009, *LJN* BJ8460; Rb. Amsterdam 22 september 2009, *LJN* BK1789; Rb. Roermond 6 oktober 2009, *LJN* BJ9355 en Hof 's-Gravenhage 27 oktober 2009, *LJN* BK1432. Zie ook Nethe, Tvl 2009, p. 113 e.v., die een overzicht geeft over de rechtspraak van 2008.

[2] Rb. Arnhem 31 maart 2008, *LJN* BC7662.

[3] Vgl. Von Burg, Jungmann en Schruer, *Schuldsanering*, 2008/2, p. 1 e.v.

[4] Niet uit iedere uitspraak over art. 287a Fw kan worden opgemaakt dat een buitengerechtelijke regeling in ieder geval aan een aantal basisvoorwaarden dient te voldoen, wil een weigerachtige schuldeiser kunnen worden gedwongen aan een buitengerechtelijke regeling mee te werken. Vgl. Rb. Rotterdam 22 februari 2008, *LJN* BC5193; Rb. Zwolle-Lelystad 17 maart 2008, zaaknummer 140590 en Rb. Arnhem 17 april 2008, *LJN* BH5065.

[5] Vgl. de paragrafen hiervoor.

[6] Rb. Zwolle-Lelystad 17 maart 2008, zaaknummer 140590, onder punt 4.

[7] De weigerachtige schuldeiser heeft echter hoger beroep ingesteld. Het hof heeft de beslissing aangehouden, omdat het dossier van de schuldenaar nog niet volledig was. Hof Arnhem 10 juli 2008, *LJN* BD6836.

[8] Vgl. Von Burg, Jungmann en Schruer, *Schuldsanering* 2008/3, p. 10 e.v.

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.7.4

8.7.4 Criteria art. 287a Fw

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS442374:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

Nu de wetgever bij de belangenafweging van art. 287a Fw de criteria van de lagere rechtspraak betreffende het kunnen verplichten van een weigerachtige schuldeiser deel te nemen aan een buitengerechtelijke regeling heeft overgenomen, zal hierna kort op die criteria worden ingegaan. Hierbij dient echter opgemerkt te worden dat, indien een buitengerechtelijke regeling voldoet aan de hierna te noemen basisvoorwaarden, hiermee nog

niet is gezegd dat de rechter een weigerachtige schuldeiser daardoor steeds zal verplichten zijn instemming eraan te verlenen. De vraag of een weigerachtige schuldeiser onder omstandigheden kan worden gedwongen deel te nemen aan een buitengerechtelijke regeling, dient immers altijd aan een zelfstandige toets te worden onderworpen en is een rechterlijke afweging van de feiten en omstandigheden van het concrete geval, in het bijzonder een belangenafweging van de weigerachtige schuldeiser enerzijds en de schuldenaar anderzijds.^[1] In de memorie van antwoord worden omstandigheden genoemd die bij die belangenafweging een rol kunnen spelen.^[2]

- het schikkingsvoorstel dient door een onafhankelijke en deskundige partij te zijn getoetst (bijvoorbeeld een gemeentelijke kredietbank);^[3]
- het voorstel dient goed en betrouwbaar gedocumenteerd te zijn;^[4]
- het voorstel dient het uiterste te zijn waartoe de schuldenaar financieel in staat moet worden geacht;^[5]
- het alternatief van faillissement of schuldsanering dient enig uitzicht te bieden voor de schuldenaar;
- het alternatief van faillissement of schuldsanering dient enig uitzicht te bieden voor de schuldeiser: hoe groot is de kans dat de weigerende schuldeiser dan evenveel of meer zal ontvangen?;^[6]
- het is aannemelijk dat gedwongen medewerking aan een schuldregeling voor de schuldeiser concurrentieverstorend werkt;
- er bestaat precedentwerking voor vergelijkbare gevallen;
- wat is de zwaarte van het financiële belang dat de schuldeiser heeft bij volledige nakoming?;
- hoe groot is het aandeel van de weigerende schuldeiser in de totale schuldenlast?;
- de weigerende schuldeiser staat alleen naast de overige met de schuldregeling instemmende schuldeisers;
- er is eerder een minnelijke of gedwongen schuldregeling geweest die niet naar behoren is nagekomen.

De opsomming is niet limitatief. Er kunnen meer omstandigheden zijn waarmee de rechter in zijn afweging rekening kan houden. Ik noem hier alleen nog dat in een voorstel de paritas creditorum zo veel mogelijk gerespecteerd dient te worden. Hetzelfde uitgangspunt geldt voor de akkoorden in de Faillissementswet. Afwijking van de paritas creditorum bij de wettelijke akkoorden is slechts mogelijk indien hiervoor een rechtvaardiging aanwezig is. Ook voor een buitengerechtelijke regeling is art. 3:277 BW het uitgangspunt. Afwijking hiervan is dan ook alleen mogelijk, indien van een rechtvaardiging blijkt.^[7] In de jurisprudentie is eveneens te zien dat in beginsel de paritas creditorum moet worden gerespecteerd.^[8]

Voetnoten

[1] Vgl. HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006, 230, *JOR* 2005/257 (Groenemeijer/Payroll); Rb. Almelo 4 februari 1998, *JOR* 1998/66, nt. Soedira en Rb. Zwolle 2 februari 2001, *KG* 2001, 136.

[2] De genoemde omstandigheden zijn niet limitatief, maar in de rechtspraak wel de meest voorkomende. Kamerstukken II 2004-2005, 29 942, nr. 3. Wessels gaat uitvoerig in op de omstandigheden waaronder een weigerachtige schuldeiser tot deelneming aan een buitengerechtelijke regeling kan worden gedwongen. Wessels, *Insolventierecht VI*, derde druk, 2010, par. 6222 e.v. Vgl. ook Van der Heiden, *Buitengerechtelijke dwangakkoord; een vrijwillig faillissement*, Prg. 1997, p. 651 e.v.

[3] Zie onder meer Rb. Haarlem 3 augustus 1993, Prg. 1993, 3993 en *KG* 1993, 350; Ktg. Utrecht 3 mei 1994, Prg. 1994, 4189; Hof Arnhem 8 november 1994, *KG* 1994, 448; Rb. Breda 20 december 1994, *KG* 1995, 45; Rb. Zutphen 5 maart 1997, *KG* 1997, 126; Rb. Zwolle 26 april 1996, *KG* 1996, 192; Rb. Zutphen 29 januari

1997, *KG* 1997, 63 en Hof Leeuwarden 10 september 1997, *NJ* 1998,930. Zie Wessels, *Insolventierecht* VI, derde druk, 2010, par. 6230.

[4] In gelijke zin Rb. Haarlem 3 augustus 1993, *Prg.* 1993, nr. 3993, nt. Van der Heiden; Rb. Breda 20 december 1994, *KG* 1995, 44 en Rb. Zwolle 26 april 1996, *KG* 1996, 192. Zie Wessels, *Insolventierecht* VI, derde druk, 2010, par. 6227.

[5] Zie onder meer Hof Arnhem 8 november 1994, *KG* 1994, 448; Pres. Rb. Zutphen 29 januari 1997, *KG* 1997, 63; Pres. Rb. Zutphen 5 maart 1997, *KG* 1997, 126; Hof Leeuwarden 10 september 1997, *NJ* 1998,930. Zie Wessels, *Insolventierecht* VI, derde druk, 2010, par. 6229.

[6] Zie onder meer Ktg. Utrecht 3 mei 1994, *Prg.* 1994, 4189; Rb. Utrecht 13 april 1995, *KG* 1995, 243; Rb. Utrecht 20 juni 1995, *KG* 1995, 293; Ktg. Apeldoorn 20 november 1996, *Prg.* 1997, 4823 en Ktg. Amsterdam 13 oktober 1998, *Prg.* 1999, 5082. Zie Wessels, *Insolventierecht* VI, derde druk, 2010, par. 6231.

[7] Vgl. Van der Heiden, annotatie onder Ktg. Gouda 1 augustus 1996, *Prg.* 1997, 4822 en Wessels, *Insolventierecht* VI, derde druk, 2010, par. 6235.

[8] Vgl. Rb. Zutphen 5 maart 1997, *KG* 1997,126; Ktg. Amsterdam 13 oktober 1998, *Prg.* 1999, 5082 en Ktg. Utrecht 3 mei 1994, *Prg.* 1994, 4189. In andere zin Ktg. Gouda 1 augustus 1996, *Prg.* 1997, 4822.

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.8

8.8 Akkoord buiten insolventie

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS441227:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

In het voorontwerp Insolventiewet is een regeling opgenomen voor een akkoord buiten insolventie.^[1] Een akkoord buiten insolventie houdt in dat een door de schuldenaar aangeboden regeling door een gewone meerderheid van zijn schuldeisers dient te worden aanvaard en vervolgens door de rechter moet worden gehomologeerd. Na homologatie is de regeling bindend voor alle bekende schuldeisers, derhalve ook voor degenen die tegen het akkoord hebben gestemd en schuldeisers die niet hebben gestemd, maar daartoe wel zijn opgeroepen. De procedure vertoont sterke gelijkenissen zowel met de regeling van het akkoord die in het voorontwerp Insolventiewet is geregeld binnen insolventie als met de regeling van het akkoord in de huidige Faillissementswet, met dit verschil dat een akkoord buiten insolventie na homologatie slechts bindend is voor de schuldeisers die op de lijst van vorderingen voorkomen.^[2] Een schuldeiser die niet conform de procedure wordt opgeroepen, raakt niet aan een akkoord gebonden en behoudt derhalve ten volle zijn vordering op de schuldenaar.^[3] De regeling van het akkoord buiten insolventie verschilt wezenlijk van de regeling van art. 287a Fw, nu het akkoord buiten insolventie verbindend is voor iedere schuldeiser die op de lijst van vorderingen staat. Daarnaast is de totstandkoming van een akkoord buiten insolventie een formele procedure, terwijl bij de regeling van art. 287a Fw sprake is van een overeenkomst die onder bepaalde bijzondere omstandigheden ook voor een niet-instemmende schuldeiser verbindend kan zijn. De regeling in het voorontwerp Insolventiewet van het akkoord buiten insolventie is bedoeld voor zowel natuurlijke als rechtspersonen. Dat neemt niet weg dat met beide regelingen getracht wordt het traject van de informele reorganisatie te bevorderen.^[4]

De regeling van het akkoord buiten insolventie heeft haar neerslag gekregen in titel 7, art. 7.1.1 tot en met art.

7.1.32 van het voorontwerp Insolventiewet. Om de slagingskans zo groot mogelijk te maken, kan een akkoord in stilte worden voorbereid en behoeft het niet te worden gepubliceerd. Daarnaast voorziet de regeling in de mogelijkheid van benoeming van een stille bewindvoerder door de rechtbank.^[5] Deze heeft onder meer tot taak een onderzoek in te stellen naar het aangeboden akkoord en de betrouwbaarheid van de door de schuldenaar overgelegde lijsten van vorderingen. Het onderzoek van de stille bewindvoerder dient vervolgens uit te monden in een verslag dat ter griffie wordt ingediend en door de griffier aan de schuldenaar en de op de lijst van vorderingen voorkomende schuldeisers wordt toegezonden.^[6] De procedure rondom de betwisting en erkenning van ingediende vorderingen geschiedt op dezelfde wijze als in surseance/insolventie. Het stemrecht over het akkoord buiten insolventie komt overeen met de procedure betreffende het akkoord in de schuldsaneringsregeling, aangezien ook deze regeling de gebondenheid van zowel concurrente als preferente schuldeisers aan het akkoord kent. Buiten dat zijn de aannemingsvereisten dezelfde als voor een akkoord in faillissement, ook wat betreft de regeling omtrent de vaststelling van een akkoord door de rechter-commissaris. Indien een akkoord wordt aangenomen, dient het te worden gehomologeerd. Art. 7.1.23 voorontwerp Insolventiewet is nagenoeg gelijklopend aan art. 153 Fw.^[7] Een eenmaal gehomologeerd akkoord buiten insolventie heeft echter niet dezelfde bindende kracht als een krachtens de Faillissementswet gehomologeerd akkoord of als een op grond van art. 6.2.20 voorontwerp Insolventiewet gehomologeerd akkoord.^[8] In art. 7.1.24 voorontwerp Insolventiewet staat uitdrukkelijk dat een gehomologeerd akkoord slechts verbindend is voor de erkende en toegelaten schuldeisers die op de lijst van vorderingen staan. Een ander opvallend verschil met een akkoord in faillissement of een akkoord in insolventie is dat een akkoord buiten insolventie nadat de homologatie onherroepelijk is geworden, kan worden aangetast door een beroep op vernietiging van een bij het akkoord betrokken schuldeiser.^[9]

In het voorontwerp Insolventiewet is de voorziening van het aanvragen van de surseance gelijktijdig met het indienen van een akkoord, overgenomen in art. 2.2.3 lid 4 voorontwerp Insolventiewet.^[10] In de huidige regeling kan het aanbieden van een akkoord bij het verzoek tot surseanceverlening er voor zorgen dat de definitieve surseanceverlening mét alle daarbij horende nadelen, niet wordt uitgesproken. Ingevolge art. 255 Fw kan de rechtbank beslissen dat de behandeling van het verzoek over de definitieve surseanceverlening niet zal plaatsvinden, maar dat daarentegen in een nader vast te stellen vergadering het neergelegde akkoord zal worden besproken.^[11] Indien een akkoord wordt aangenomen en vervolgens door de rechtbank wordt gehomologeerd, eindigt de voorlopige surseance.^[12] In de rechtspraak blijkt dat het aanbieden van een akkoord tegelijkertijd met de aanvraag van een surseanceverlening een positieve uitwerking heeft. De schuldenaar geeft met de aanvraag aan dat hij zijn problemen onderkent, maar zorgt ook meteen voor een oplossing van zijn financiële problemen. Het huidige art. 255 Fw is gericht op een vlotte procedurele afwikkeling van een akkoord, zodra het is aangeboden. Indien een akkoord door de schuldenaar in samenspraak met zijn financiers en zijn (grote) schuldeisers tegelijkertijd met de surseanceaanvraag wordt aangeboden, kan de periode tussen aanvraag van een voorlopige surseance en beëindiging van de surseance door een akkoord betrekkelijk kort zijn. De nadelen die vastzitten aan een surseance kunnen hierdoor beperkt blijven.

Hoewel het systeem van het aanbieden van een akkoord gelijktijdig met een verzoek tot insolventverklaring parallel loopt aan de regeling van art. 255 Fw, is de uitwerking ervan een andere dan die van art. 255 Fw. In het voorontwerp Insolventiewet is niet de mogelijkheid teruggekeerd om het aangeboden akkoord te behandelen zonder dat de insolventie wordt uitgesproken. Daarvoor in de plaats kan de regeling voor het akkoord buiten insolventie gebruikt worden zonder dat het tot insolventverklaring komt. Ingevolge art. 2.2.6a voorontwerp Insolventiewet kan een beslissing op een insolventieverzoek worden aangehouden, indien een akkoord buiten insolventie wordt aangeboden. Wordt de insolventie toch uitgesproken, dan regelt art. 7.1.6 voorontwerp Insolventiewet dat het aangeboden akkoord buiten insolventie komt te vervallen. De schuldenaar kan dan alleen nog een akkoord binnen insolventie aanbieden. Door het voorontwerp wordt niet geregeld dat een reeds buiten insolventie aangeboden akkoord omgezet kan worden in een akkoord in insolventie.^[13] Het is jammer dat de mogelijkheid van art. 255 Fw niet terugkeert in het voorontwerp Insolventiewet. Een gehomologeerd akkoord buiten insolventie heeft immers niet dezelfde rechtsgevolgen als een gehomologeerd akkoord in surseance. Het systeem van art. 255 Fw is weliswaar teruggekeerd in art. 2.2.3 lid 4 voorontwerp Insolventiewet, maar niet het algemeen verbindend zijn van een gehomologeerd akkoord in de zin van art. 273 Fw terwijl met beide regelingen in hoge mate hetzelfde wordt nagestreefd. Met de procedure van art. 255 Fw wordt bereikt dat een gehomologeerd akkoord verbindend is voor alle concurrente schuldeisers. Daar is

bovendien geen afzonderlijke regeling voor nodig. Een gehomologeerd akkoord buiten insolventie heeft ondanks dezelfde rechterlijke bemoeienissen geen algemene verbindendheid in de zin van art. 273 Fw.^[14] Afdeling 7.1 voorontwerp Insolventiewet bevat daarentegen een afzonderlijke regeling van het akkoord buiten insolventie van maar liefst tweeëndertig artikelen. Het is de vraag of deze afdeling noodzakelijk is en of met het eenvoudig overnemen van de voorziening van art. 214 lid 3 jo. art. 255 Fw niet hetzelfde bereikt had kunnen worden en zelfs meer in verband met de algemene verbindendheid van art. 273 Fw.

Voetnoten

[1] Afdeling 7.1 voorontwerp Insolventiewet.

[2] Vgl. Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, 2-IV, p. 155.

[3] Vgl. art. 157 Fw.

[4] Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, 2-IV, p. 158.

[5] Art. 7.1.7 lid 2 onder a en op verzoek van de rechter-commissaris ingevolge lid 5 van de voornoemde bepaling voorontwerp Insolventiewet.

[6] Art. 7.1.9 lid 1 en 2 voorontwerp Insolventiewet.

[7] Met uitzondering van art. 153 lid 2 onder 4 Fw.

[8] Vgl. de artt. 7.1.24 en 6.2.20 voorontwerp Insolventiewet en art. 157 Fw.

[9] Art. 7.1.30 voorontwerp Insolventiewet.

[10] Art. 214 lid 3 Fw jo. art. 255 Fw.

[11] Ingevolge art. 255 Fw heeft de rechtbank hierin een keuzevrijheid. In de praktijk wordt door de rechtbank in verband met het voorkomen van extra kosten en het besparen van onnodig werk, steeds gekozen voor meteen vergaderen over een akkoord. Vgl. Verschoof 2008, (T&C Insolventierecht), art. 255 Fw, aant. 2.

[12] Art. 276 Fw.

[13] Vgl. Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, 2-IV, p. 340 en 341.

[14] Art. 157 Fw.

Het akkoord (O&R nr. 60) 2011/8.9

8.9 Slotbeschouwing

Mr. A.D.W. Soedira, datum 25-02-2011

Datum	25-02-2011
Auteur	Mr. A.D.W. Soedira
JCDI	JCDI:ADS442385:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

Hoewel met art. 287a Fw wordt getracht buitengerechtelijke regelingen te bevorderen, is het de vraag of die doelstelling zal worden bereikt. Art. 287a Fw kan worden gezien als een codificatie van lagere rechtspraak over het kunnen dwingen van een weigerachtige schuldeiser tot medewerking aan een buitengerechtelijke regeling. Hierdoor ligt het niet echt voor de hand dat de rechtspraak door de invoering van art. 287a Fw zal veranderen. De belangenafweging die de insolventierechter in het kader van art. 287a Fw dient te maken, is immers dezelfde belangenafweging als die voordien door de kortgedingrechter werd uitgevoerd. Door bij de belangenafweging van art. 287a Fw uit te gaan van dezelfde criteria als de kortgedingrechter, heeft er slechts een formele verschuiving plaatsgevonden, maar brengt art. 287a Fw geen materiële verandering. Niettemin heeft de komst van art. 287a Fw buiten twijfel gesteld dat de strenge criteria van de Hoge Raad in het genoemde arrest van 2005 niet op art. 287a Fw van toepassing zijn.

Het in het voorontwerp Insolventiewet geregelde akkoord buiten insolventie heeft een ruimer bereik dan art. 287a Fw, nu die regeling voor iedere schuldeiser openstaat. De strekking van beide regelingen is hetzelfde, beide voorzieningen zijn erop gericht om weigerachtige schuldeisers te kunnen binden aan een regeling. Daarnaast is een gehomologeerd akkoord buiten insolventie voor iedere schuldeiser die op de lijst van vorderingen staat vermeld, verbindend en is in die zin een dwangakkoord. Een buitengerechtelijke regeling kan door de rechter slechts ten opzichte van een of meer weigerachtige schuldeisers verbindend worden verklaard. Hoewel een akkoord buiten insolventie voor iedere schuldeiser openstaat en na homologatie voor iedereen die op de lijst van vorderingen staat, verbindend is, vertoont de procedure veel meer gelijkenissen met de regeling van het akkoord in faillissement en het akkoord binnen insolventie dan met art. 287a Fw. De regeling van art. 287a Fw is in vergelijking met de regeling van het akkoord buiten insolventie, eenvoudiger en minder tijdrovend, maar mist de verdergaande verbindendheid van concurrente schuldeisers en de vrije toegang. Nu de regeling van het akkoord buiten insolventie in veel opzichten hetzelfde is als de regeling van het akkoord binnen insolventie, doet de vraag zich voor of het niet eenvoudiger zou zijn om de regeling te laten oplossen in de huidige voorziening van art. 214 lid 3 jo. art. 255 Fw. Het verzoek tot insolventverklaring zou dan kunnen worden aangehouden indien tegelijkertijd met het verzoek een akkoord wordt aangeboden. Het aangeboden akkoord kan volgens de procedure van afdeling 6.2 voorontwerp Insolventiewet worden behandeld. Nadat het akkoord is gehomologeerd, is deze verbindend voor zowel concurrente als preferente schuldeisers. Op deze wijze kan de verbindendheid van een akkoord verder reiken dan een akkoord buiten insolventie en kunnen de schadelijke gevolgen van een insolventie toch beperkt worden gehouden. Bovendien blijft daardoor sprake van een en dezelfde voorziening, zodat internationaal gezien geen bijzondere regelingen getroffen hoeven te worden.^[1]

Voetnoten

[1] Het is de vraag of het akkoord buiten insolventie onder de insolventie verordening zal vallen. De schuldenaar verliest immers niet het beheer en de beschikking over zijn goederen.