

# 14 | Over aanbod en aanvaarding van een faillissementsakkoord als meerpartijenovereenkomst van eigen aard

B. Wessels <sup>■</sup>

## 1 INLEIDING

In de insolventierechtelijke literatuur is overheersend de opvatting dat een faillissementsakkoord als een meerpartijenovereenkomst kan worden gekwalificeerd.<sup>1</sup> In beginsel geldt dat voor elk faillissementsakkoord omdat in faillissement – in het licht van het collectieve karakter van de faillissementsprocedure – sprake is van een insolvente schuldenaar ter ene zijde en twee of meer schuldeisers aan de andere zijde. Het akkoord is een obligatoire overeenkomst, omdat er in beginsel verbintenissen bestaan tussen de schuldenaar en de afzonderlijke schuldeisers.<sup>2</sup> In overeenstemming met art. 6:213 lid 2 BW zijn echter op een akkoord de wettelijke bepalingen betreffende overeenkomsten niet toepasselijk, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst (in casu het akkoord) zich daartegen verzet. Binnen de gelaagde structuur van het vermogensrecht van het BW komt deze benadering erop neer dat rechtskwesties inzake het akkoord in beginsel kunnen worden opgelost aan de hand van de bepalingen van (a) het algemene vermogensrecht, (b) het algemene contractenrecht, en (c) het bijzondere contractenrecht, en (d) de specifieke bepalingen die de Faillissementswet kent. Voor de wetsbepalingen

---

■ Prof. mr. B. Wessels is emeritus hoogleraar internationaal insolventierecht, Universiteit Leiden.

1 Zie Wessels *Insolventierecht VI* 2013/6017. Ik verdedigde deze opvatting reeds in de eerste druk van dat werk, die in 1999 verscheen. In deze zin ook A.D.W. Soedira, *Het akkoord* (diss. Nijmegen, serie Onderneming en Recht deel 60), Deventer: Kluwer 2011, p. 51; R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht deel 8), Deventer: Kluwer 2013, nrs. 90 en 96 (voor het surseanceakkoord); R. Hermans & R.D. Vriesendorp, 'Het dwangakkoord in het insolventierecht: vrijheid in gebondenheid', in: *XL-40* (Liber amicorum Mart Franken) 2014, p. 95 e.v., in casu p. 97, raadpleegbaar via <http://www.debrauw.com/publication/compulsory-composition-insolvency-law-freedom-strings-attached/>. Ook gepubliceerd in *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2014/10.

2 Ook A-G Timmerman, conclusie vóór HR 16 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BZ7317, huldigt deze kwalificering. Zie ook R.D. Vriesendorp, 'Bouwen op vertrouwen: van tunneldenken en bruggenbouwers, de dingen, die voorbijgaan', in: M.A.B. Chao-Duivis (red.), *Alleen Samen* (Opstellenbundel M.A.M.C. van den Berg), Stichting Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 287 e.v., in casu p. 296.

uit de categorie (b) geldt ‘voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van het akkoord zich daartegen verzet’. Daaraan voeg ik toe dat voor alle categorieën geldt dat geen van haar bepalingen mag strijden met hetgeen de Faillissementswet omtrent een akkoord bepaalt.

In deze bijdrage geef ik eerst een schets van het akkoord in de context van insolventie (par. 2). Vervolgens beschrijf ik kort het doel en de strekking van een faillissementsakkoord (tot welk akkoord ik me beperk) (par. 3) en ga ik in op de vorm en de inhoud van een akkoord (par. 4) en haar rechtskarakter (par. 5). In de volgende paragrafen leg ik de aanbieding van een ontwerp-akkoord langs de verbintenisrechtelijke meetlat (par. 6) en de beperking die schuilt in de aanbieding ervan aan de ‘gezamenlijke schuldeisers’ (par. 7). Onder het kopje ‘beraadslaging over het ontwerp-akkoord’ komen onderwerpen aan de orde als herroeping, intrekking en wijziging van het ontwerp-akkoord (par. 8) om met een enkel woord over de aanvaarding van het ontwerp-akkoord (par. 9) deze bijdrage af te ronden. Ik sluit af met een conclusie.<sup>3</sup>

## 2 HET AKKOORD IN DE CONTEXT VAN INSOLVENTIE

De Faillissementswet (Fw) kent drie regelingen inzake een akkoord, te weten bij faillissement, bij surseance van betaling en bij de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Het centrale idee is telkens dat de schuldenaar aan zijn gezamenlijke schuldeisers een ontwerp-akkoord kan aanbieden, dat – indien een in de wet aangegeven meerderheid van stemgerechtigde (concurrente) schuldeisers het aanneemt (art. 145 Fw) – werking verkrijgt indien de rechbank het homologeert (goedkeurt) (art. 153 Fw). Zodra de beschikking houdende de homologatie van het akkoord in kracht van gewijsde is gegaan, eindigt het faillissement, de surseance of de schuldsaneringsregeling, hetgeen door de curator respectievelijk bewindvoerder wordt bekendgemaakt, zie art. 161 Fw, art. 276 Fw respectievelijk art. 340 lid 1 Fw.

De Faillissementswet bevat in Titel I, Zesde Afdeling (‘Van het akkoord’) een veertigtal bepalingen ter zake van de totstandkoming, rechtsgevolgen en ontbinding van een faillissementsakkoord, zie art. 138-172a Fw. Ook bij de surseance van betaling kan een akkoord worden aangeboden, zie Titel II, Tweede Afdeling (‘Van het akkoord’) van de wet (art. 252-281). Deze afdeling is gemodelleerd naar het voorbeeld van de afdeling over het faillissementsakkoord en naar vorm, inhoud en rechtskarakter bestaan er tussen het faillissementsakkoord en het surseance-akkoord amper noemenswaardige verschillen. Er is wel een verschil in oogmerk: het faillissementsakkoord beoogt gerechtelijke vereffening te voorkomen (en deze door een consensuele te vervangen);

---

3 Enkele passages steunen op dan wel vormen een verdere uitwerking van Wessels *Insolventierecht VI* 2013 (‘Het akkoord’) en Wessels *Insolventierecht VIII* 2014 (‘Surseance van betaling’), welk deel in juni 2014 wordt gepubliceerd.

het surseance-akkoord richt zich (daarnaast) op financiële sanering met perspectief op bedrijfscontinuïteit. Ook gedurende de toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen kan een ontwerp-akkoord worden aangenomen, zie Titel III, Zesde Afdeling ('Het akkoord'), zie art. 329-332, art. 333a, art. 335 en art. 337-340 Fw. Ten aanzien van dit laatste akkoord gelden enkele afwijkende bijzonderheden.<sup>4</sup> In alle drie de gevallen kan een minderheid dus via een in de wet geregelde rechterlijke procedure worden gedwongen het akkoord te aanvaarden. Vandaar in de praktijk het gebruik van de term 'dwang-akkoord'. In deze bijdrage ga ik alleen op het faillissementsakkoord in.<sup>5</sup>

Naast het (dwang-)akkoord in faillissement, in surseance van betaling en in de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen kent de praktijk ook het buitengerechtelijke of onderhandse akkoord. Evenals de wettelijke (dwang-)akkoorden is het onderhandse akkoord een meerpartijenovereenkomst. Het kent echter geen regeling in de Faillissementswet.<sup>6</sup> Een dergelijk akkoord is derhalve geheel aan de gewone regels van het vermogensrecht onderworpen.

- 
- 4 Ik noem (i) het ontwerp-akkoord wordt alleen aan de schuldeisers aangeboden ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling werkt, (ii) art. 329 Fw kent een viertal wijzen van aanbidding, (iii) de schuldeisers als bedoeld zijn alle schuldeisers (inclusief de fiscus) van alle vorderingen, met uitzondering van die waaraan een zekerheid is verbonden (voor zover de opbrengst ter realisering van die zekerheid strekt). Dit wijkt af van het akkoord in de surseance van betaling dat naar haar aard alleen op concurrente schuldeisers betrekking heeft (vgl. art. 232 Fw), terwijl deze regeling ook afwijkt van het faillissementsakkoord, aangezien dat akkoord de rechten van niet-concurrente crediteuren niet beïnvloedt (vgl. art. 157 Fw jo. art. 163 Fw), en (iv) er geldt een andere regeling voor het stemmen, omdat ook geprivilegieerde schuldeisers hun stem kunnen uitbrengen (art. 332 lid 2 Fw) en de stemming in groepen plaatsvindt (een groep concurrente crediteuren en een groep schuldeisers aan wier vorderingen recht van voorrang verbonden is). De criteria voor aanvaarding zijn voor het akkoord in de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen en het faillissementsakkoord sedert 15 januari 2005 gelijkgetrokken (gewone meerderheid, zie art. 332 lid 3 Fw respectievelijk art. 145 Fw). In beide regelingen heeft de rechter-commissaris de bevoegdheid een verworpen ontwerp-akkoord vast te stellen als ware het aangenomen aangezien er een gekwalificeerde groep schuldeisers vóór stemde en de tegenstemmer(s) gezien alle omstandigheden niet tot dit stemgedrag hadden kunnen komen, zie art. 332 lid 4 Fw, welke regeling sedert 15 januari 2005 in art. 146 ook voor het faillissementsakkoord is verwoord. Deze laatste wijze van totstandkoming van een akkoord laat ik buiten beschouwing.
  - 5 Het akkoord als wijze van beëindiging van het faillissement komt overigens relatief weinig voor. Het ligt al sinds de jaren zestig van de vorige eeuw op minder dan 5% van de faillissementsbeëindigingen, hetgeen neerkomt op tussen de 100 en 300 faillissementsakkoorden per jaar. Zie Wessels *Insolventierecht VI* 2013/ 6005; Vriesendorp (2013), nr. 20.
  - 6 Uit het wetgevingsprogramma voor 2014, gepresenteerd bij brief van 27 juni 2013, blijkt dat het kabinet wil dat nog deze kabinetsperiode '... het faillissementsrecht stevig [wordt] gemoderniseerd', zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 1. Er zijn zeven (!) wetsvoorstellen te verwachten, waaronder ook een regeling betreffende de totstandkoming van een dwang-akkoord buiten faillissement, die vorm zal krijgen met een nog in te dienen voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen II.

In de lagere rechtspraak van de laatste vijftientig jaar is verscheidene malen aangenomen dat een weigerachtige schuldeiser toch aan het voorgestelde onderhandse akkoord zijn medewerking moet verlenen. Deze (wat ik kortheids-halve noem) dwangdeelname wordt rechtstheoretisch op verschillende wijzen gefundeerd, terwijl de criteria waaronder die medewerking volgens de rechtspraak geveerd kan worden uiteenlopen. Zowel in bedoelde rechtspraak als in de literatuur wordt er terecht vanuit gegaan dat deze dwangdeelname een uitzondering vormt op het algemene beginsel dat iemand vrij is een hem aangeboden aanbod (tot het aangaan van een onderhands akkoord) te aanvaarden. De onderhandelingsvrijheid respectievelijk contractsvrijheid staat voorop.<sup>7</sup>

### 3 DOEL EN STREKKING VAN HET FAILLISEMENTSAKKOORD

Het faillissementsakkoord heeft ten doel het voorkomen van gerechtelijke vereffening. Met het faillissementsakkoord wordt een buitengerechtelijke afwikkeling in de plaats gesteld van de in de Faillissementswet beschreven gerechtelijke vereffening, vergelijk art. 173 e.v. Fw. Een faillissementsakkoord zal veelal in het belang van zowel de schuldenaar als de schuldeisers zijn. De voordelen van een faillissementsakkoord voor de gefailleerde schuldenaar zijn onder meer (i) de mogelijkheid om de hem toekomende boedel in ongeschonden staat wederom in handen te krijgen (tenzij sprake is van een liquidatie-akkoord). Daarnaast heeft hij (ii) de mogelijkheid om zijn bedrijf (de ‘onderneming’ die onderwerp van de boedel vormt) voort te zetten.<sup>8</sup> Een laatste voordeel (iii) schuilt in de aard en strekking van het akkoord zelf. Een faillissement eindigt door het verbindend worden van de (slot-) uitdelingslijst; de schuldeisers hebben voor het onvoldaan gebleven gedeelte van hun vorderingen de gelegenheid hun rechten van executie op de goederen van de schuldenaar weer uit te oefenen (vergelijk art. 195 Fw). Dit is niet het geval na de totstandkoming en uitvoering van een faillissementsakkoord. De heersende leer is dat na uitvoering van het akkoord op de schuldenaar slechts in rechte

---

7 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, JOR 2005/257, NJ 2006/230, heeft dit uitgangspunt expliciet bevestigd, want het staat ‘... 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’, maar dit lijdt uitzondering indien de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt (art. 3:13 BW). Voor een recent voorbeeld zie Rb. Amsterdam 18 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2226. Uitvoeriger: Wessels *Insolventierecht VI* 2013/6201 e.v.; Vriesendorp 2013, nr. 39 e.v.

8 Wordt de onderneming binnen een rechtspersoon gevoerd, dan treedt de staat van insolventie niet in, zodat de gefailleerde rechtspersoon niet wordt ontbonden, vgl. art. 2:19 lid 1 onder c BW.

niet afdwingbare verbintenissen (derhalve: natuurlijke verbintenissen) rusten om het niet voldane restant aan de schuldeisers te betalen:<sup>9</sup>

‘Het akkoord mag zeker een beneficium voor den gefailleerde heeten, maar strekt tevens ten behoeve van de schuldeisers’, aldus het Regeringsantwoord ruim 120 jaar geleden.

Een akkoord zoals bedoeld in Titel I van de Faillissementswet heeft ten aanzien van de vorderingen van schuldeisers derhalve een beperkte werking: het onthoudt slechts de afdwingbaarheid aan de na de nakoming van het akkoord onvoldaan gebleven gedeelten van de vorderingen van de schuldeisers. In het bijzonder uit aard en strekking van het akkoord vloeit voort dat de restantschuld van de (ex-)gefaillieerde op hem blijft rusten in de vorm van een natuurlijke verbintenis, zie art. 6:3 lid 2 onder a BW. Deze ‘aard’ blijkt ook uit art. 160 Fw (‘Niettegenstaande het akkoord behouden de schuldeisers al hun rechten tegen de borgen en andere medeschuldenaren van de schuldenaar ...’). Het strookt met deze beperkte strekking aan te nemen dat de restantvorderingen als natuurlijke verbintenissen voortbestaan.<sup>10</sup>

In casu is dan sprake van een afgeleide natuurlijke verbintenis in de zin van art. 6:3 lid 2 onder a BW. In deze opvatting ligt besloten dat de natuurlijke verbintenis bestaat na de uitvoering van het akkoord. De zienswijze dat de natuurlijke verbintenis is ontstaan doordat het faillissement werd afgewikkeld met een akkoord, met het gevolg dat met dit eerder in de tijd gelegen tijdstip een schuldeiser zijn schuld niet met de vordering op de failliet kon verrekenen, is onjuist.<sup>11</sup>

---

9 Vgl. G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel II (1897); Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht; Deel 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (verder: Van der Feltz II 1897), p. 151.

10 In deze zin B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen* (diss. VU Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, par. 258 e.v.; Soedira 2011, p. 17 en p. 195 e.v.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I\* 2012, nr. 73, en HR 31 januari 1992, *NJ* 1992/686, m.nt. PvS. Zie mijn dissertatie, par. 265 e.v., waarin ik uitvoeriger inga op de redenering dat de aard van het faillissementsakkoord (afweren gerechtelijke vereffening; intact laten boedel) niet strekt tot kwijtschelding (afstand van vorderingsrecht en dus schuldvernietiging), maar tot het doen van (gedeeltelijke) afstand van verhaalsrecht, met als consequentie dat voor het niet voldane deel van zijn vordering de schuldeiser een rechtens niet afdwingbaar vorderingsrecht behoudt. Indien, zoals vaak voorkomt, in het akkoord een standaardzinsnede is opgenomen waarin de schuldeisers verklaren aan de schuldenaar voor het tekortkomende gedeelte ‘volledige kwijting’ te geven, dan is deze verklaring – behoudens een ondubbelzinnige andere afspraak – te beschouwen als een verklaring waarbij niet afstand wordt gedaan van de vordering zelf (vgl. art. 6:160 BW), maar afstand van de rechtsvordering tot het afdwingen van de voldoening. Er is in dat geval sprake van een natuurlijke verbintenis waaraan door een rechtshandeling de afdwingbaarheid wordt onthouden, in de zin van art. 6:3 lid 2 onder a BW.

11 In de aangegeven zin voor een surseance-akkoord Rb. Utrecht 23 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK7527.

Nu er na uitvoering van een faillissementsakkoord (slechts) een natuurlijke verbintenis resteert, rijst de vraag waarom een schuldeiser eigenlijk aan een faillissementsakkoord zou willen meewerken. De voordelen voor een schuldeiser zijn wellicht minder sprekend, maar zij kunnen er wel zijn. Te denken valt (i) aan het feit dat uit het akkoord voortvloeit dat een hoger percentage kan worden uitgekeerd dan in de situatie van faillissement het geval zou zijn geweest, doordat een derde financieel is bijgesprongen. Daarnaast (ii) is de gemiddelde tijd dat de afwikkeling speelt wellicht korter en (iii) zijn de boedelkosten mogelijk wat lager. Ten slotte (iv) kan de schuldeiser er belang bij hebben dat mét het voortbestaan van de onderneming van de debiteur tevens de continuïteit van leveranties of dienstverlening door het eigen bedrijf van de schuldeiser beter verzekerd is.<sup>12</sup>

#### 4 VORM EN INHOUD VAN HET AKKOORD

De Faillissementswet kent geen specifieke voorschriften over vorm en inhoud van het akkoord. Ter bepaling van de inhoud van een akkoord zijn betrokkenen in beginsel vrij.<sup>13</sup> In de regel wordt in een akkoord gedeeltelijke betaling aangeboden en bedingt de gefailleerde daartegenover volledige kwijting voor het volle bedrag van de vorderingen, zodat hij na betaling van de toegezegde percentage niets meer (in rechte afdwingbaar) schuldig is. Niet uitgesloten is dat aan de schuldeisers volledige betaling wordt toegezegd, maar dit is een uitzondering. Een variant is: de schuldenaar verbindt zich de volle 100 percent van zijn vorderingen te betalen, zij het in termijnen, waartegenover de schuldeisers afstand doen van rente. De Faillissementswet kent ten aanzien van de inhoud van een akkoord alleen een algemene begrenzing. Omdat de gefailleerde van verdere aansprakelijkheid voor zijn schulden bevrijd wordt, bepaalt art. 153 lid 2 sub 1 Fw dat de rechtbank de homologatie zal weigeren wanneer de baten van de boedel de bij het akkoord bedongen som aanmerkelijk te boven gaan. Concluderend: een akkoord kan iedere denkbare wijze van buitengerechterlijke voldoening van de schuldeisers inhouden, dit met inachtneming van de regels van art. 153 Fw.

Ter illustratie wijs ik op het in insolventie-land bekende zogenoemde Brevast-akkoord uit 1989, waarin is beslist dat elke vorm van bevrediging van schuldeisers geoorloofd is, óók die waarbij niet in contanten wordt betaald.<sup>14</sup> In dit gehomologeerd (surseance)akkoord werd aan de 'kleinere' schuldeisers een bedrag in contanten aangeboden en aan de 'grotere' schuld-

---

12 Over voor- en nadelen van een akkoord voor zowel de schuldenaar als de schuldeisers, zie Soedira 2011, p. 23 e.v., en Vriesendorp 2013, nr. 45 e.v.

13 Alleen art. 50, 153, 162 lid 2 en 171 Fw geven voor de inhoud van een faillissementsakkoord enige aanwijzingen.

14 Zie Rb. Utrecht 9 augustus 1989, NJ 1990/399.

eisers omzetting van hun vorderingen in certificaten van aandelen in de gesurseerde rechtspersoon.<sup>15</sup>

Naast het zogenoemde percentage-akkoord (een schuldenaar biedt aan de concurrente schuldeisers een zeker aantal procenten aan van hun schuld-vorderingen, zulks tegen finale kwijting) komt het liquidatie-akkoord voor. Bij een liquidatie-akkoord wordt de gerechtelijke vereffening op grondslag van de Faillissementswet door en namens de schuldeisers vervangen door een contractuele. Met die contractuele vereffening kan de curator worden belast, maar ook een ander, bijvoorbeeld een zuster- of dochtervennootschap van de debiteur, zoals het geval was met de besloten vennootschap Vereffenaar VBB<sup>16</sup> of een afzonderlijke stichting, zoals recentelijk de Stichting Lehman Brothers Treasury.<sup>17</sup>

Civielrechtelijk ontleent degene die de opdracht aanneemt zijn bevoegdheden aan de opdrachten en volmachten van de partijen bij het akkoord; als opdrachtnemer respectievelijk lasthebber zal hij aansprakelijk zijn zowel tegenover de schuldeisers als tegenover de schuldenaar. Bij een akkoord dat boedelafstand inhoudt, wordt de boedel krachtens de bedingen van het akkoord buitengerechtelijk vereffend en te gelde gemaakt en de opbrengst onder de schuldeisers verdeeld.<sup>18</sup>

In de praktijk komen naast de genoemde, traditionele alternatieven van het akkoord, tal van varianten voor, veelal als onderdeel van een ingrijpende bedrijfseconomische reorganisatie of van een financiële herstructurering. Men denke aan het achterstellen van vorderingen of het omzetten van vorderingen in risicodragend kapitaal (conversie van een lening in aandelen, ook wel: *debt for equity swap*).<sup>19</sup> Al deze akkoorden kennen zo hun eigen bijzonderheden. Bijvoorbeeld: een akkoord kent de navolgende clausule:

---

15 Met het akkoord kan niet worden afgeweken van dwingend recht, vgl. art. 3:40 BW en Hof 's-Gravenhage 10 februari 1919, *W* 10 468, op grond hiervan beslissend dat bij een akkoord houdende boedelafstand (art. 50) niet bepaald kan worden dat schuldeisers afzien van het instellen van de (pauliana)vorderingen, bedoeld in art. 50, slot, Fw.

16 VBB staat voor Verenigde Bedrijven Bredero NV, een kwart eeuw gelden een zeer groot bouwbedrijf.

17 Te kennen uit Rb. Amsterdam 22 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5246, *JOR* 2013/191. Vgl. voor een stichting als uitvoeringsvehikel reeds Rb. Breda 13 maart 1993, *KG* 1993/169. Over deze zaak in Breda uitvoerig Soedira, diss. (2011), p. 88 e.v.

18 Een liquidatie-akkoord heeft het nadeel dat de in het faillissement niet opgekomen schuldeisers daarbij meestal achter het net vissen. Het akkoord is volgens art. 157 Fw ook bindend voor hen, maar gewoonlijk zal de afgestane boedel reeds verdeeld zijn onder de wel opgekomen schuldeisers, vóórdat zij hun rechten doen gelden.

19 Uitvoerder hierover B. Wessels, *Achtergestelde vorderingen*, Monografieën privaatrecht nr. 6, 2<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2013. Over de fiscale consequenties van een percentage-akkoord, het omzetten van een vordering in een achtergestelde lening, de omzetting van een opeisbare vordering in converteerbare obligaties, de omzetting van vorderingen in aandelen of de overname van de vorderingen door een derde: M.H.M. van Oers, *Fiscale aspecten bij doorstart van de insolvente NV/BV* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2006, par. 2.2.

‘Door voor het akkoord te stemmen doen de schuldeisers, doch uitsluitend voor het geval dat het akkoord wordt aanvaard en gehomologeerd, onherroepelijk afstand van hun vermeende vorderingsrechten op de bestuurders van de Stichting en hun verzekeraars, uit welken hoofde ook’.

Deze bepaling komt voor in het gehomologeerde (surseance-)akkoord inzake de ‘Stichting Wereldruiterspelen 1994’.<sup>20</sup> Zijn schuldeisers die tegen het akkoord stemden en degenen die niet aan de stemming hebben deelgenomen aan deze clause gebonden? In de literatuur wordt dit betwijfeld.<sup>21</sup> Deze zienswijze komt mij juist voor. De homologatie heeft immers betrekking op de vorderingsrechten van schuldeisers voor zover deze jegens de failliet bestaan, vergelijk art. 157 Fw. Een zelfde zienswijze zou ik willen verdedigen ten aanzien van het opnemen van een aansprakelijkheidsuitsluiting (uitgesloten is de aansprakelijkheid van curatoren, van het kantoor waar zij werkzaam zijn, de medewerkers ervan en door hen ingeschakelde derden) opgenomen in het Lehman Brothers Treasury akkoord.<sup>22</sup>

## 5 RECHTSKARAKTER VAN HET AKKOORD

Het akkoord is volgens het stelsel van de Faillissementswet een overeenkomst aangegaan tussen de gefailleerde en zijn gezamenlijke, bij meerderheid van stemmen beslissende, schuldeisers.<sup>23</sup> Deze overeenkomst behoeft, om bindend te zijn, rechterlijke goedkeuring, de zogenoemde homologatie, zie art. 157 Fw. Omdat de minderheid aldus, zelfs tegen haar zin, gedwongen wordt genoegen te nemen met gedeeltelijke betaling, zijn waarborgen nodig tegen mogelijk misbruik. Daarom was oorspronkelijk niet een gewone, maar een grote meer-

20 Zie Rb. Utrecht 6 april 1995, n.g., aangehaald door A.D.W. Soedira, ‘De inhoud van een akkoord’, in: *De Curator, een octopus* (serie Onderneming en Recht deel 6), Deventer: Kluwer 1996, p. 219 e.v.

21 Soedira 1996, p. 224, en Kortmann, ‘Derden in het faillissementsrecht’, *AA* 46 (1997) 5, p. 321 e.v., achten schuldeisers die vóór het akkoord stemden wel aan de clause gebonden. Zie ook Soedira 2011, p. 93 e.v.

22 Zie Rb. Amsterdam 22 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5246, *JOR* 2013/191, nt. Van An del. Uitvoerig over de door Soedira 2011, p. 93 aldus genoemde ‘akkoord-vreemde’ bepalingen: Hermans & Vriesendorp 2014, p. 97. Laatstgenoemde auteurs vinden het duiden van bepalingen in het akkoord als akkoord-vreemd niet zinvol. Zij staan een ruimere vrijheid ten aanzien van de inhoud van een verdergaande gebondenheid van schuldeisers (tegenstemmers of zij die zich van stemming onthielden) aan een akkoord voor, dit op basis van de ‘... economisch realiteit die aan een herstructurering ten grondslag ligt’. Genoemde auteurs zoeken voor hun opvatting geen basis in bijvoorbeeld de ‘aard van de overeenkomst’ (art. 6:213 lid 2 jo. art. 6:248 lid 1 BW) waaruit ook rechtsgevolgen kunnen voortvloeien, waarschijnlijk omdat bedoelde schuldeisers geen ‘partij’ zijn. Deze vaststelling – die mijns inziens ook de reikwijdte van art. 6:1 BW te buiten gaat – legt gelijk de wankele basis voor hun betoog bloot.

23 Vgl. Van der Feltz II 1897, p. 144 e.v., en HR 18 mei 1990, *NJ* 1991/412.



derheid vereist (zie thans art. 145 Fw) en moet bovendien een aangenomen akkoord worden gehomologeerd door de rechter. Alleen met diens goedkeuring komt een akkoord tot stand; wordt deze geweigerd, dan volgt gerechtelijke vereffening.<sup>24</sup>

Ik gaf al aan dat in het stelsel van het vermogensrecht het faillissementsakkoord een meerpartijovereenkomst is. Slechts bij uitzondering zullen er in een percentage- of liquidatie-akkoord verbintenissen tussen de schuldeisers onderling zijn overeengekomen. Diverse specifieke bepalingen uit de Faillissementswet zullen echter aan de in art. 6:213 lid 2 BW gelegen terughoudende toepassing van bepalingen van Boek 6 Titel 5 BW in de weg staan. Ik denk onder meer aan de eigen regeling met betrekking tot de aanbidding en de aanvaarding van het aangeboden ontwerp-akkoord (art. 145 Fw) en de verbindende kracht ervan (art. 157 Fw), en het gegeven dat slechts éénmaal in hetzelfde faillissement een akkoord kan worden aangeboden (art. 158 Fw).

De wettelijke bepalingen betreffende wederkerige overeenkomsten (art. 6:262-264 BW) vinden in beginsel toepassing op meerpartijovereenkomsten, voor zover de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet, zie art. 6:279 lid 1 BW. Zeker ten aanzien van de ontbinding van het faillissementsakkoord en haar gevolgen (de art. 6:265-278 BW) zal die toepassing meestal afstuiten op de omstandigheid dat de Faillissementswet ten aanzien van de ontbinding een eigen regeling kent, zie art. 165 e.v. Fw.<sup>25</sup>

Een voorbeeld van het geval dat de strekking van de betrokken bepaling in verband met de aard van het akkoord zich tegen toepassing verzet, is meen ik art. 6:229 BW. Hoewel het akkoord kan worden geacht een overeenkomst te zijn die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding, is het gezien de aard van het akkoord onwenselijk één schuldeiser in beginsel bevoegd te achten het akkoord te vernietigen, doordat bedoelde rechtsverhouding ontbreekt. Terughoudender ten aanzien van de kwalificatie van het akkoord als overeenkomst waarop in beginsel de bepalingen inzake wederkerige overeenkomsten van toepassing zijn, zijn Soedira en Wibier, die naar mijn mening ten onrechte het akkoord als een eenzijdige overeenkomst (met alleen verplichtingen voor de aanbieder) kwalificeren.<sup>26</sup>

Omdat een akkoord veelal ook gedeeltelijke betaling tegenover volledige kwijting vastlegt kan ook aan de kwalificatie vaststellingsovereenkomst worden gedacht. In deze zin bijvoorbeeld Soedira, die meent dat naar aard en inhoud het akkoord het meest aansluit bij de wettelijke bepalingen inzake de vaststel-

---

24 De zinswijze dat een akkoord niet een overeenkomst is, maar een rechterlijk vonnis, is verlaten. Zie Wessels *Insolventierecht VI* 2013/6015.

25 Over ontbinding nader Vriesendorp 2013, nr. 96 en 281.

26 Soedira 2011, p. 51, en Wibier in zijn bespreking van haar dissertatie in *RM Themis* 2012-2, p. 96.

lingsovereenkomst, zie de art. 7:900 e.v. BW.<sup>27</sup> Overtuigend is deze zienswijze niet omdat de inhoud van elk akkoord per geval kan verschillen. Een vaststelling in de letterlijke zin van art. 7:900 BW lijkt me het akkoord ook niet, aangezien partijen zich niet binden ‘ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen rechtens tussen hen geldt’. Ook de wijze waarop een vaststelling tot stand komt (art. 7:900 lid 2 BW) doet niet denken aan een akkoord. Analogische interpretatie is onder omstandigheden mogelijk, in welk verband ook een analogie mogelijk kan zijn (bij een *debt-for-equity swap*: omzetting verbintenisrechtelijke vordering in vennootschapsrechtelijke gerechtigdheid op aandelen) met ruil van vermogensrechten, vergelijk art. 7:49 jo. art. 7:47 BW.<sup>28</sup>

## 6 AANBIEDING VAN HET ONTWERP-AKKOORD

De gefailleerde is bevoegd aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord aan te bieden, zie art. 138 Fw.<sup>29</sup> Het is eigen aan het faillissementsakkoord dat in elk faillissement slechts één keer een akkoord kan worden aangeboden.<sup>30</sup> Dit houdt verband met de optie om van het in de wet geregelde af te wijken.<sup>31</sup>

‘Het akkoord dient om de schuldeisers gelegenheid te geven te beslissen over de vraag wat zij verkiezen: minnelijke liquidatie of gerechtelijke. Die beslissing kan slechts eens vallen. De gefailleerde moet het niet in zijne macht hebben, door herhaalde aanbiedingen van akkoorden de liquidatie tot in het oneindige te rekken. Zijn de door hem aangeboden voorwaarden voor de schuldeisers niet aannemelijk genoeg, dan kan hij ze staande de raadpleging wijzigen en verbeteren. De bevoegdheid later een nieuw akkoord aan te bieden werkt allerlei verkeerde praktijken in de hand; zij geeft aanleiding dat de gefailleerde gaat beproeven zoo weinig

27 Soedira 1996, p. 219 e.v. Zo ook Hermans & Vriesendorp 2014, p. 96.

28 Zie Mon. BW B65a (Wessels), nr. 11.

29 Voor vragen omtrent instemming met het aanbod (door echtgenoot, mede-vennoot, aandeelhouders of Ondernemingsraad), zie Wessels *Insolventierecht VI* 2013/6029 e.v. In beginsel zijn de curator dan wel een of meer crediteuren of aandeelhouders, indien de gefailleerde een kapitaalvennootschap is, niet tot aanbieding bevoegd. Bij het Lehman Brothers Treasury akkoord is de enige statutaire bestuurder en aandeelhouder de Stichting Lehman Brothers Treasury Co., waarvan het bestuur wordt gevormd door de beide curatoren en een derde. De curatoren vormen de meerderheid in het bestuur en hebben de meerderheid in de aandeelhoudersvergadering. In feite bieden zij het akkoord aan én zij adviseren ex art. 140 de schuldeisers vóór het akkoord te stemmen. Zie Rb. Amsterdam 22 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5246, JOR 2013/191, m.nt. Van AnDEL, die hierover terecht kritisch is.

30 In sommige faillissementen kan geen akkoord aangeboden worden, bijvoorbeeld indien het faillissement op de surseance volgt, zie art. 281 Fw. Ik ga op deze gevallen niet in.

31 Zie de MvT bij Van der Feltz II 1897, p. 186. De wetgever wenst: ‘... het voorkomen van een eindeloze koehandel’, aldus Verschoof 2012 (*T&C Insolventierecht*), aant. 5 bij art. 252.

mogelijk aan te bieden, om dan na verwerping zijn bod allengs te verhoogen en met betere voorstellen voor den dag te komen.'

De gefailleerde biedt niet – zoals dat in de praktijk wel wordt aangegeven – een akkoord aan, maar zijn aanbod behelst een voorstel-akkoord of ontwerp-akkoord. Jegens contractuele schuldeisers is er sprake van door de Faillissementswet geruggesteunde heronderhandelingen, zodat ik meen dat partijen onderling zich naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid hebben te gedragen.<sup>32</sup>

Verstijlen en Vriesendorp zien weinig ruimte voor de toepassing van de 'precontractuele goede trouw'.<sup>33</sup> Mijn opvatting steunt echter niet op de 'precontractuele' goede trouw *sec*, maar op de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), welke norm ook tussen hen geldt die reeds contractueel jegens elkaar gebonden zijn.<sup>34</sup>

Deze lijn doortrekkend: rust er op de schuldenaar een verplichting om een ontwerp-akkoord aan te bieden? Leuftink heeft de vraag opgeworpen of een schuldenaar verplicht is een akkoord aan te bieden.<sup>35</sup> Gebaseerd op art. 3:276 BW lijkt er volgens Leuftink sprake van een rechtsplicht voor de gesurseëerde om naar vermogen zijn schuldeisers te bevredigen. Wellicht, stelt Leuftink, mag de gesurseëerde het tot zijn maatschappelijke plicht gevoelen om te streven naar oplossingen waardoor bedrijvigheid en werkgelegenheid worden gediend. Ik meen dat slechts sprake kan zijn van een algemene rechtsplicht, waarvan de niet-koming of schending alleen langs de weg van de onrechtmatige daad kan worden tegemoet getreden. Ik meen dat niet kan worden aanvaard de idee dat jegens een individuele contractuele schuldeiser een uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) voortvloeiende verbintenis kan worden aanvaard om aan alle schuldeisers jegens wie het faillissement (of de surseance) werkt een ontwerp-akkoord aan te bieden. Voor zover daaronder zich niet-contractuele schuldeisers bevinden, zou een dergelijke verbintenis ook onbepaalbaar zijn. Veeleer zou aan art. 6:258 BW een verplichting voor de schuldeiser ontleend kunnen worden om, in geval van onvoorziene omstandigheden, een mogelijke wijziging van de inhoud van de

---

32 Zie HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/723, waarover (met verdere literatuurverwijzingen) B. Wessels, 'Pre-contractuele aspecten van een bedrijfsovername', in: B. Wessels & S. Y.Th. Meijer (red.), *Bedrijfsovername*, Deventer: Kluwer 2009, p. 263 e.v., en HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, *JOR* 2005/257, *NJ* 2006/230, m.nt. PvS, waarover B. Wessels, 'Buitengerechtelijk schuldeisersakkoord', in: *10 jaar 'JOR'. Alsnog geannoteerd*, Den Haag: Sdu 2006, p. 182 e.v.

33 Verstijlen & Vriesendorp, 'Enige opmerkingen over Polak-Wessels Insolventierecht', *WPNR* 6602-6603 (2004), p. 1007.

34 Vgl. HR 2 april 1993, *NJ* 1995/94, m.nt. Brunner. Zie ook B. Wessels, 'Zelfstandig recht op schadevergoeding bij schending mededelingsplicht', *WPNR* 6187 (1995). Evenzo Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010, nr. 202. Over de invloed van de norm 'redelijkheid en billijkheid' in het insolventierecht, zie B. Wessels, *Belangenstrijd in het insolventierecht* (Afscheidsrede VU Amsterdam) 2008, <http://hdl.handle.net/1871/12787>.

35 A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995, p. 262.

overeenkomst met de debiteur te bespreken.<sup>36</sup> Ook het systeem van de regeling van het faillissement (of de surseance) in de Faillissementswet brengt een afdwingbare verplichting tot het aanbieden van een ontwerp-akkoord niet mee, aangezien er evenmin een verbintenis bestaat voor een schuldenaar om zijn eigen faillissement of surseance aan te vragen.

Het aanbod door de schuldenaar is in beginsel wijzigbaar. Ingevolge art. 144 Fw is de gefailleerde bevoegd tijdens de raadpleging over het ontwerp-akkoord – dus voordat de stemming is aangevangen – zijn aanbod te wijzigen. Hij kan bijvoorbeeld een hoger percentage aanbieden of voor een aangeboden percentage-akkoord, te voldoen in bepaalde termijnen, kortere termijnen voorstellen. Dit verklaart waarom de Faillissementswet naast de term ‘akkoord’ ook de term ‘ontwerp van akkoord’ gebruikt. De inhoud van het aangeboden ontwerp-akkoord is niet noodzakelijkerwijs de inhoud van het definitieve akkoord.

Het valt op dat medewerking van de curator bij de aanbidding van een akkoord niet vereist is.<sup>37</sup> De curator kan wel als gevolmachtigde optreden, maar dit is onwenselijk omdat in dat geval de onafhankelijke, ‘degelijke en onkreukbare’ persoon van de curator in de partijdige rol van advocaat van de gefailleerde zou optreden.<sup>38</sup>

Met ingang van 1 juli 2013 is aan het alleenrecht van de schuldenaar tot het aanbieden van een ontwerp-akkoord een einde gekomen. Per die datum zijn aan art. 138, eerste zin (‘De gefailleerde is bevoegd aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord aan te bieden’) twee zinnen toegevoegd. Zij luiden:

‘De gefailleerde mist deze bevoegdheid indien de curator een overeenkomst als bedoeld in artikel 907, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek heeft gesloten en bij de rechter een verzoek als bedoeld in dit lid is ingediend, tenzij onherroepelijk vaststaat dat dit verzoek niet tot toewijzing zal leiden. Indien de gefailleerde overeenkomstig artikel 139 een ontwerp van een akkoord ter griffie van de rechtbank heeft neergelegd, kan geen verzoek als bedoeld in artikel 907, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek worden ingediend, tenzij het akkoord is verworpen, de homologatie van het akkoord onherroepelijk is geweigerd of door de rechter de ontbinding van het akkoord is uitgesproken.’

36 Vergelijk hierbij de beschouwingen van M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom 1999, p. 137 e.v.

37 De in de praktijk gehanteerde Recofa-richtlijnen 2009 verlangen enkele nevenactiviteiten van de curator, zie Wessels *Insolventierecht VI* 2013/6032a.

38 Vgl. Verslag van de Tweede Kamer met ‘Regeeringsantwoord’ bij Van der Feltz II 1897, p. 16, alsmede p. 151: ‘De curator ... moet geen belang hebben bij het al of niet aannemen van het akkoord.’ In beginsel zijn de curator dan wel een of meer crediteuren of aandeelhouders, indien de gefailleerde een kapitaalvennootschap is, niet tot aanbidding bevoegd.

De wijziging hangt samen met de inwerkingtreding van de Wet collectieve afwikkeling massaschade.<sup>39</sup> De aanleiding van de wijziging van de Faillissementswet lag in de problemen die verband houden met de afwikkeling van het faillissement van DSB Bank N.V., waarbij omstreeks 200.000 schuldeisers met relatief kleine concurrente vorderingen betrokken zijn.

In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat de verificatie van 'massavorderingen' bewerkelijk en kostbaar is, waardoor de vereffening van de boedel vertraging zou oplopen, zodat andere schuldeisers niet uit de boedel kunnen worden voldaan. In het geval van DSB zijn dat onder meer rekeninghouders die een tegoed aanhielden dat niet gedekt wordt door het depositogarantiestelsel.<sup>40</sup> De afwikkeling neemt de vorm aan van een in art. 7:907 lid 1 BW bedoelde 'Wet collectieve afwikkeling massaschade'- of WCAM-overeenkomst.<sup>41</sup>

## 7 AANBIEDING AAN DE 'GEZAMENLIJKE SCHULDEISERS'.

Het ontwerp-akkoord wordt aangeboden aan allen jegens wie het akkoord, eenmaal aangenomen en gehomologeerd, verbindend is. Het wordt aangeboden aan de 'gezamenlijke schuldeisers'.<sup>42</sup> Hoewel in het faillissement alleen de erkende schuldeisers en de voorwaardelijk toegelaten concurrente schuldeisers aan de stemming deelnemen (art. 145 Fw), is het gehomologeerde akkoord uiteindelijk '... verbindend voor alle geen voorrang hebbende schuldeisers, zonder uitzondering, onverschillig of zij al dan niet in het faillissement opgekomen zijn', zie (art. 157 Fw). Het is daarom noodzakelijk dat de schuldenaar een aanbod, gelegen in het ontwerp-akkoord, doet dat betrekking heeft op

---

39 Met de Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (*Stb.* 2013, 257), inwerkingtreding op 1 juli 2013, *Stb.* 2013, 256, zijn zeven artikelen in de Faillissementswet gewijzigd. Een daarvan is art. 138 Fw.

40 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 6.

41 De basis voor art. 138, tweede en derde zin, Fw ligt in de opvatting van de wetgever dat de bevoegdheid van de gefailleerde om aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord aan te bieden enerzijds, en de bevoegdheid van de curator om een WCAM-overeenkomst te sluiten en de rechter te verzoeken deze verbindend te verklaren anderzijds, zich niet met elkaar verdragen. In de MvT (*Kamerstukken II* 2010/11, 33 126, p. 28) worden enkele redenen genoemd: (i) een akkoord wordt aan de gezamenlijke schuldeisers aangeboden; een WCAM-overeenkomst bevat daarentegen concrete vergoedingen voor een grote groep schuldeisers, maar doorgaans niet voor alle schuldeisers, (ii) bij een akkoord blijft een gerechtelijke vereffening achterwege; de WCAM-overeenkomst voorziet erin dat de aanspraken krachtens de WCAM-overeenkomst door plaatsing op de uitdelingslijst volgens de gewone regeling van de vereffening worden voldaan. Om deze redenen is een afbakening tussen beide vormen van afwikkeling noodzakelijk, waarin de aan art. 138 lid 1 Fw toegevoegde zinnen voorzien.

42 De schuldeisers wier vordering verzekerd is door hypotheek, pand, of een ander recht van voorrang, staan buiten het akkoord. Ook op de boedelschuldeisers is het akkoord niet van invloed.

alle schuldvorderingen, onverschillig of zij al dan niet zijn toegelaten en onverschillig of zij al dan niet zijn betwist.<sup>43</sup>

De verplichte gebondenheid van ook die schuldeisers die niet zijn geverifieerd of die hun wilsverklaring niet hebben geuit, en zelfs jegens hen die tegenstemden, is in de wetgeschiedenis van de Faillissementswet beargumenteed vanuit de gedachte

‘... dat de wet de gezamenlijke schuldeischers van den gefailleerde als eene vereeniging van personen beschouwt en behandelt. ... De gemeenschap van belangen, de noodzakelijkheid besluiten mogelijk te maken die alle schuldeischers binden, rechtvaardigen deze wijze van behandeling.’<sup>44</sup>

Op deze wijze, aldus de toelichting,

‘... kenschetst artikel 157 het akkoord als eene overeenkomst tusschen den gefailleerde en de wettelijke vereeniging zijner schuldeisers’.<sup>45</sup>

De gepropageerde ‘vereniging van personen’ moet in een niet-juridische, wellicht symbolische context worden opgevat.<sup>46</sup> De uiteindelijke gebondenheid aan het akkoord steunt mijns inziens niet op de fictie van een virtuele vereniging (zonder enige blijk van oprichting, zonder statuten, zonder tot vertegenwoordiging bevoegd bestuur, e.d.), maar zij vloeit voort uit de wet. Het is een gebondenheid van wetswege, die het BW bijvoorbeeld ook kent in art. 6:232 (gebondenheid aan algemene voorwaarden) en art. 7:266 e.v. BW (gebondenheid verhuurder aan medehuuderschap). In rechtshistorisch perspectief kan worden betoogd dat de rechtvaardiging van deze van wetswege opgelegde gebondenheid schuilt in het maatschappelijk belang dat een schuldenaar in staat moet zijn algehele vermogensexecutie te voorkomen en met een op eigen initiatief ontwikkeld en aangeboden plan de gelegenheid moet hebben zijn economisch functioneren, met de daarmee gemoeide belangen van derden (zoals werknemers), en zijn sociale reputatie te continueren.

Mogelijk begrijpt de wetgever onder de uitdrukking ‘gezamenlijke schuldeisers’ ook de schuldeisers die een voorrangrecht hebben. Zij kunnen bij het akkoord belang hebben. Indien de opbrengst van het goed waarop het voorrangrecht rust niet voldoende is ter voldoening van hun vordering, dan

---

43 Indien de schuldeiser van een betwiste concurrente vordering de renvooiprocedure wint, kan hij rechten aan het akkoord ontlennen. Dit laatste is niet het geval indien hij verliest. Hij heeft evenmin rechten indien de homologatie van het akkoord in kracht van gewijsde is gegaan vóórdat de stukken aan de rechter, die in de renvooiprocedure moet beslissen, zijn overgelegd tot het wijzen van vonnis, art. 122a Fw. Zie Wessels *Insolventierecht V* 2011/5237 e.v.

44 Zie Van der Feltz II 1897, p. 45.

45 Zie Van der Feltz II 1897, p. 185.

46 Zo ook Soedira 2011, p. 47.

kunnen zij gebruik maken van hun in art. 132 lid 1 Fw gelegen recht te verlangen dat '... hun voor dat deel de rechten van concurrente schuldeisers worden toegekend met behoud van hun recht van voorrang.' Om deze reden is de curator verplicht ook aan hen mee te delen of een ontwerp-akkoord ter griffie is neergelegd, zie art. 115 en 142 Fw. Deze schuldeisers kunnen eveneens afstand doen van bijvoorbeeld hun recht van hypotheek of pand, zulks ten behoeve van de boedel (art. 143 Fw), en dan voor het volle bedrag meestemmen.

Hoewel de belastingdienst als preferente schuldeiser niet aan een akkoord gebonden is, is er beleid ontwikkeld waaronder de fiscus onder voorwaarden akkoord gaat met gedeeltelijke betaling. De Leidraad Invordering 2008 bevat de voorwaarden waaronder door de fiscus tot een akkoord wordt toegetreden.<sup>47</sup>

## 8 BERAADSLAGING OVER HET ONTWERP-AKKOORD

Indien de gefailleerde een ontwerp van akkoord ten minste acht dagen vóór de vergadering tot verificatie der schuldvorderingen ter griffie van de rechtbank heeft nedergelegd, ter kosteloze inzage van een ieder, wordt daarover in die vergadering na afloop van de verificatie dadelijk geraadpleegd en beslist, tenzij de vergadering op voet van art. 141 Fw wordt uitgesteld, zie art. 139 lid 1 Fw. De gefailleerde is bevoegd tot toelichting en verdediging van het akkoord op te treden en het, staande de raadpleging, te wijzigen, aldus letterlijk art. 144 Fw. Ik gaf al eerder aan dat de gefailleerde slechts éénmaal een ontwerp-akkoord kan aanbieden. De gefailleerde moet hom of kuit geven en zijn uitnodiging aan de schuldeisers moet niet ontaarden in een soort veiling, waarbij de gefailleerde laag inzet, waartegenover de schuldeisers, hopend op een beter bod, aankondigen te zullen tegenstemmen.

Uit het wettelijke stelsel laat zich afleiden dat de gefailleerde de bevoegdheid heeft tijdens de beraadslaging het ontwerp-akkoord toe te lichten en – zo nodig – te verdedigen. Deze bevoegdheid is een wilsrecht. Er is geen verplichting om toe te lichten respectievelijk te verdedigen. De Recofa-richtlijnen 2009 zijn stilliger. Zie bepaling 5.1 onder e:

'De curator en de gefailleerde zijn aanwezig bij de behandeling van het akkoord ter verificatievergadering',

---

<sup>47</sup> Zie J.J. Vetter, A.J. Tekstra & P.J. Wattel, *Invordering van belastingen* (8e druk, Fiscale Studietoetsen nr. 2), Deventer: Kluwer 2012, nr. 805 en nr. 1307.

alsmede bepaling 5.1 onder f:

‘Tijdens de behandeling van het akkoord licht de gefailleerde of de curator toe waarom het akkoord kan worden aangenomen. Daarbij kunnen de eerder overgelegde lijsten van voorlopig erkende en betwiste vorderingen worden aangevuld’.

De gefailleerde is voorts bevoegd tijdens de beraadslaging over het ontwerp-akkoord zijn aanbod te wijzigen, hetgeen bijvoorbeeld kan door een hoger percentage aan te bieden. Deze wijziging kan slechts worden voorgesteld vóórdat de stemming aanvangt.<sup>48</sup> Onjuist lijkt me dan ook de opvatting dat een wijziging van het aangeboden ontwerp-akkoord alleen ter verificatievergadering kan plaatsvinden.<sup>49</sup>

De gefailleerde kan dus de toelichting en de verdediging in persoon verrichten, maar kan dit ook overlaten aan een advocaat of een schriftelijk gevolmachtigde. De laatsten kunnen ook wijzigingen voorstellen, onder de voorwaarde dat hun volmacht hun daartoe voldoende juridische basis biedt. Moet een niet verschenen of bij volmacht verschenen schuldeiser opnieuw worden opgeroepen indien het ontwerp-akkoord na de beraadslagingen is gewijzigd? De Faillissementswet bepaalt niet expliciet dat de beraadslaging kan worden geschorst teneinde ook hen (wederom) op te roepen, maar de wet verbiedt het evenmin. De volmacht moet nauwkeurig worden geredigeerd. Er is wel eens beslist dat het gegeven dat een volmacht, door een gevolmachtigde namens een schuldeiser gebruikt, die niet strekt tot het stemmen over een gewijzigd ontwerp-akkoord, later – indien toch is meegestemd – bij de homologatie een zelfstandige grond voor weigering daarvan is.<sup>50</sup> Een voldoende ruim geformuleerde volmacht kan in de praktijk veel problemen voorkomen. Indien de wijziging van het ontwerp resulteert in een hoger percentage meen ik dat er geen reden is de tekstueel wellicht beperkte volmacht onvoldoende te achten. In dit geval voldoet – via de band van het uiteindelijke akkoord – de gefailleerde immers een hoger bedrag dan verwacht. In een dergelijke situatie is niet sprake van een opgedrongen verrijking, maar van een (gedeeltelijke) (aanvullende) betaling van een openstaande schuld.

Kan het aanbod houdende het ontwerp-akkoord door de gefailleerde worden ingetrokken in de zin van art. 3:37 lid 5 BW? Ik neem aan dat de groep schuldeisers voldoende bepaalbaar is in de zin van lid 5. Het ontwerp-akkoord wordt ter griffie van de rechtbank neergelegd, zie art. 139 lid 1 Fw. Ik meen dat het moment van ‘bereiken’ (als bedoeld in art. 3:37 lid 5 BW) van de neergelegde verklaring (het gedeponeerde ontwerp) het moment van die neerlegging is. Intrekking ‘gelijktijdig’ is dan niet mogelijk, gesteld al dat een dergelij-

48 In deze zin ook Leuftink 1995, p. 275.

49 In deze zin Hof ‘s-Hertogenbosch 4 februari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH2173.

50 Zie Rb. Leeuwarden 16 december 1926, NJ 1927, p. 564.



ke 'intrekkings'-verklaring 'neerlegbaar' is. Intrekking kan wél geschieden indien het ontwerp metterdaad nog niet is neergelegd.<sup>51</sup>

Kan een eenmaal in behandeling gebracht ontwerp in plaats van te worden gewijzigd door de gefailleerde worden herroepen? Zie art. 6:219 lid 1 BW ('De herroeping kan slechts geschieden, zolang het aanbod niet is aanvaard en evenmin een mededeling, houdende de aanvaarding is verzonden. Bevat het aanbod de mededeling dat het vrijblijvend wordt gedaan, dan kan de herroeping nog onverwijld na de aanvaarding geschieden'). De aanbieding van een 'vrijblijvend' akkoord strijdt zou ik menen met het stelsel van de Faillissementswet en met de strekking van art. 158' ('Na verwerping of weigering van de homologatie van het akkoord kan de gefailleerde in hetzelfde faillissement geen akkoord aanbieden'). Ik zou een dergelijk ontwerp – zijnde een rechtshandeling – nietig achten omdat het strijdt met een dwingende wetsbepaling (art. 3:40 lid 2 BW).<sup>52</sup>

Het ontwerp-akkoord is naar mijn mening een bindend, zij het krachtens de wet wijzigbaar aanbod, dat niet kan worden herroepen, omdat de onherroepelijk ervan uit de aard van het aanbod volgt, vergelijk art. 6:219 lid 1, slot, BW. Soedira heeft twee bezwaren tegen deze zienswijze.<sup>53</sup> Zij meent dat de kwalificatie onherroepelijk niet strookt met het feit dat het aangeboden gewijzigd kan worden. Ik meen daarentegen dat een wijziging van een verklaring niet de al dan niet herroepelijkheid van die verklaring behelst. De wijziging betreft de inhoud van de verklaring. Voorts is het haar opvatting dat een aangeboden ontwerp-akkoord geen onherroepelijk aanbod kan zijn, omdat

'... een aanvaarding dan zonder meer zou betekenen dat de overeenkomst tot stand is gekomen',

en daarvoor is nu juist de aanvaarding met gewone meerderheid van stemmen op voet van art. 145 Fw.

Deze zienswijze verliest het karakter van meerpartijenovereenkomst van het akkoord uit het oog. Op basis van art. 6:213 lid 2 BW zijn nu juist de

---

51 Indien ná de neerlegging, maar vóór de beraadslaging, de gefailleerde overlijdt, vervalt in diens aanbod niet. In beginsel zijn de erfgenamen aan het aanbod gebonden, vgl. art. 6:222 BW en Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6), p. 1436. Ik meen dat voortzetting van de behandeling kan plaatsvinden. Indien het ontwerp wordt aanvaard en gehomologeerd, kunnen de erfgenamen dit (doen) uitvoeren. Indien het niet wordt aangenomen c.q. gehomologeerd kan een schuldeiser in beginsel de vereffening van de nalatenschap verzoeken, vgl. art. 4:220 e.v. BW. Een akkoord lijkt dan niet meer te kunnen worden aangeboden.

52 Rb. Arnhem 30 september 1960, *NJ* 1961/123, oordeelde de 'intrekking' van een aanbod tot een ontwerp-akkoord in surseance als in strijd met de wet omdat daardoor de rechter niet meer zou kunnen toekomen aan toepassing van art. 272 lid 4 Fw (faillietverklaring), hetgeen in strijd met de door de Faillissementswet beoogde bescherming van belangen van schuldeisers zou zijn.

53 Soedira 2011, p. 53.

gewone regels over (onder meer) totstandkoming van een overeenkomst niet toepasselijk, niet vanwege lid 2 slot, dat bepaalt:

‘voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet’,

ook niet omdat de art. 6:219-225 BW niet van toepassing zijn (art. 6:217 lid 2, slot, BW) omdat

‘... iets anders voortvloeit uit het aanbod, uit een andere rechtshandeling of uit een gewoonte’,

maar omdat art. 145 Fw exclusief bepaalt dat het aannemen van het akkoord geschiedt op basis van de in art. 145 voorgeschreven meerderheidsbeslissing.

Van der Heijden heeft twintig jaar geleden verdedigd dat het ontwerp-akkoord de trekken vertoont van (niet een aanbod, maar) een uitnodiging om in onderhandeling te treden, waarbij de schuldeisers hunnerzijds een aanbod doen.<sup>54</sup> Deze zienswijze deugt echter niet. Zouden de schuldeisers het ontwerp van de gefailleerde wel aanvaarden, dan zou het de gefailleerde vrijstaan dit ‘aanbod’ van de schuldeisers niet te aanvaarden. Dit strijdt met de tekst van art. 138 Fw (de schuldeiser doet het aanbod) en met het uit de Faillissementswet volgende stelsel, dat niet gericht is op ‘onderhandelingen’, maar op een spoedige beslissing (door een aanbod staande de raadpleging te wijzigen).

## 9 AANVAARDING VAN HET ONTWERP-AKKOORD

Na deze perikelen vindt uiteindelijk de aanvaarding van het definitieve ontwerp-akkoord door stemming plaats, zie art. 143 Fw. Deze bepaling richt zich op de afbakening van de stemgerechtigde schuldeisers. Art. 145 Fw stelt vervolgens het benodigde aantal stemmen ter aanneming van het akkoord vast: tot het aannemen van het ontwerp-akkoord wordt vereist de toestemming van de gewone meerderheid van de ter vergadering verschenen erkende en voorwaardelijk toegelaten concurrente schuldeisers, die tezamen ten minste de helft van het bedrag van de door geen voorrang gedekte erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen vertegenwoordigen.

Indien het akkoord is aangenomen, bepaalt de rechter-commissaris vóór het sluiten van de vergadering de terechtzitting waarop de rechtbank de homologatie zal behandelen (art. 150 lid 1 Fw). Het stadium van aanbod en aanvaarding van een faillissementsakkoord als meerpartijenovereenkomst, het onderwerp van deze korte bijdrage, is dan verlaten.

---

54 C.M. van der Heijden, ‘Het akkoord buiten faillissement en surséance van betaling’, *NTBR* 1994, p. 141 e.v., in casu p. 142.

## 10 CONCLUSIE

In deze bijdrage is uiteengezet dat in de insolventierechtelijke literatuur een faillissementsakkoord als een meerpartijenovereenkomst wordt gezien. Na inzicht te hebben gegeven in de akkoorden die de Faillissementswet kent, wordt ingegaan op doel, strekking, vorm, inhoud en rechtskarakter van het faillissementsakkoord. Ten aanzien van de specifieke regeling van de meerpartijenovereenkomst in het BW is geconcludeerd dat diverse specifieke bepalingen uit de Faillissementswet aan de in art. 6:213 lid 2 BW gelegen terughoudende toepassing van bepalingen van Boek 6 Titel 5 BW in de weg staan: de eigen regeling inzake de aanbieding en de aanvaarding van het aangeboden ontwerp-akkoord (art. 145 Fw), de verbindende kracht ervan (art. 157 Fw), en het gegeven dat slechts éénmaal in hetzelfde faillissement een akkoord kan worden aangeboden (art. 158 Fw). De wettelijke bepalingen betreffende wederkerige overeenkomsten (art. 6:262-264 BW) vinden in beginsel toepassing op het faillissementsakkoord, voor zover de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet, zie art. 6:279 lid 1 BW. Dat laatste zal in het bijzonder het geval zijn ten aanzien van de ontbinding van een faillissementsakkoord en haar gevolgen (de art. 6:265-278 BW), omdat de Faillissementswet voor de ontbinding van dat akkoord een eigen regeling kent (art. 165 e.v. Fw).

Enkele specifieke verbintenisrechtelijke conclusies kunnen als volgt worden samengevat:

- bij het aanbod van een ontwerp-akkoord en de aanvaarding daarvan hebben partijen onderling zich te gedragen naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, zoals voortvloeit uit de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), welke norm ook tussen hen geldt die reeds contractueel jegens elkaar gebonden zijn;
- de opvatting dat jegens een individuele contractuele schuldeiser een uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) voortvloeiende verbintenis kan worden aanvaard om aan alle schuldeisers jegens wie het faillissement werkt een ontwerp-akkoord aan te bieden kan niet worden aanvaard;
- aanbieding van een ontwerp-akkoord geschiedt door de schuldenaar. Het aanbod is in beginsel wijzigbaar (art. 144 Fw). Het is niet gewenst dat de curator, als gevolmachtigde, het ontwerp aanbiedt. Met ingang van 1 juli 2013 is aan het alleenrecht van de schuldenaar tot het aanbieden van een ontwerp-akkoord een einde gekomen (art. 138, tweede en derde zin, Fw), aangezien bij de afwikkeling van massaschade de curator de in art. 7:907 lid 1 BW bedoelde 'Wet collectieve afwikkeling massaschade'- of WCAM-overeenkomst aanbiedt;
- tijdens de beraadslagingen heeft de gefailleerde de bevoegdheid het ontwerp-akkoord toe te lichten en desnodig te verdedigen. De bevoegdheid tot toelichting is een wilsrecht; het is geen verplichting. De Recofa-richtlijnen 2009 zijn echter stilliger;

- de schuldenaar is bevoegd tijdens de beraadslaging over het ontwerp-akkoord zijn aanbod te wijzigen, maar deze wijziging kan slechts worden voorgesteld vóórdat de stemming aanvangt. Onjuist is de opvatting dat een wijziging van het aangeboden ontwerp-akkoord alleen ter verificatievergadering kan plaatsvinden;
- intrekking van het ontwerp-akkoord door de gefailleerde kan slechts geschieden indien het ontwerp metterdaad nog niet is neergelegd; intrekking in de zin van art. 3:37 lid 5 BW is niet mogelijk;
- een eenmaal in behandeling gebracht ontwerp kan niet worden herroepen in de zin van art. 6:219 lid 1, eerste zin, BW; de aanbieder van een 'vrijblijvend' akkoord strijdt met het stelsel van de Faillissementswet en met de strekking van art. 158 Fw. Een dergelijk akkoord is nietig omdat het strijdt met een dwingende wetsbepaling (art. 3:40 lid 2 BW);
- het ontwerp-akkoord is een bindend, zij het een krachtens de Faillissementswet wijzigbaar aanbod, dat niet kan worden herroepen, omdat de onherroepelijk ervan uit de aard van het aanbod volgt, vergelijk art. 6:219 lid 1, slot, BW. De opvatting dat de kwalificatie van onherroepelijkheid niet strookt met het feit dat het aangeboden gewijzigd kan worden moet worden verworpen, omdat een wijziging van een verklaring niet de al dan niet herroepelijkheid van die verklaring zelf behelst. De wijziging betreft de inhoud van de verklaring;
- de zienswijze dat het ontwerp-akkoord de trekken vertoont van (niet een aanbod, maar) een uitnodiging om in onderhandeling te treden, waarbij de schuldeisers hunnerzijds een aanbod doen, is ondeugdelijk, strijdt met de tekst van art. 138 Fw en met het uit de Faillissementswet volgende stelsel, dat niet gericht is op 'onderhandelingen', maar op een spoedig beslissing over het ontwerp-akkoord.