

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/124658>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.



**RECHTSVERGELIJKENDE VERKENNING
IN HET KADER VAN HET PROGRAMMA
HERIJKING FAILLISSEMENTSRECHT**

Radboud Universiteit Nijmegen



© 2013; Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum. Auteursrechten voorbehouden.

Niets uit dit rapport mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm, digitale verwerking of anderszins, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het WODC.

Inhoud

1.	Inleiding	2
2.	België	3
2.1	Pre-insolventieakkoord	3
2.2	Akkoord in insolventie	3
2.3	Stille bewindvoering	6
2.4	Doorleveringsverplichting	6
3.	Duitsland	8
3.1	Pre-insolventieakkoord	8
3.2	Akkoord in insolventie	8
3.3	Stille bewindvoering	12
3.4	Doorleveringsverplichting	12
4.	Engeland	14
4.1	Pre-insolventieakkoord	14
4.2	Akkoord in insolventie	17
4.3	Stille bewindvoering	18
4.4	Doorleveringsverplichting	19
5.	Frankrijk	20
5.1	Pre-insolventieakkoord	20
5.2	Akkoord in insolventie	24
5.3	Stille bewindvoering	27
5.4	Doorleveringsverplichting	27
6.	Italië	29
6.1	Pre-insolventieakkoord	29
6.2	Akkoord in insolventie	32
6.3	Stille bewindvoering	34
6.4	Doorleveringsverplichting	34
7.	Spanje	35
7.1	Pre-insolventieakkoord	35
7.2	Akkoord in insolventie	36
7.3	Stille bewindvoering	38
7.4	Doorleveringsverplichting	39
8.	Tot slot	40

RECHTSVERGELIJKENDE VERKENNING IN HET KADER VAN HET PROGRAMMA HERIJKING FAILLISEMENTSRECHT

1. Inleiding

1. Op 26 november 2012 heeft de minister van Veiligheid & Justitie in een brief aan de Tweede Kamer aangegeven dat hij wil onderzoeken of de Faillissementswet op onderdelen kan worden verbeterd. De verkenning van de minister van mogelijke verbeterpunten in de Faillissementswet heeft geresulteerd in het Programma Herijking Faillissementsrecht, dat rust op drie pijlers: modernisering, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en fraudebestrijding. In zijn brief geeft de minister aan dat de beoogde versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven ertoe strekt te voorkomen dat bedrijven onnodig failliet kunnen gaan doordat een minderheid van crediteuren een doorstart kan blokkeren, het vinden van oplossingen buiten faillissement makkelijker te maken en de faillissementsprocedure zelf te vereenvoudigen.
2. Het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen is verzocht om een rechtsvergelijkende verkenning uit te voeren ten behoeve van de nadere invulling van enkele in het Programma Herijking Faillissementsrecht aangegeven beleidsvoorname. Het onderzoek is verricht in opdracht van het WODC op verzoek van de Directie Wetgeving van het Ministerie van Veiligheid & Justitie
3. Het onderzoek heeft betrekking op de volgende terreinen:
 - (i) de mogelijkheden om schuldeisers buiten het kader (en ter voorkoming van de opening) van een formele insolventieprocedure te binden aan een akkoord (pre-insolventieakkoord);
 - (ii) de mogelijkheden om schuldeisers binnen het kader van een formele insolventieprocedure te binden aan een akkoord;
 - (iii) de (on)mogelijkheden van stille bewindvoering;¹
 - (iv) het al dan niet bestaan van een doorleveringsverplichting bij overeenkomsten gericht op het leveren van goederen en diensten, die voor de voortzetting van een onderneming tijdens een insolventieprocedure nodig zijn.
4. Het onderzoek richt zich achtereenvolgens op de volgende landen: België, Duitsland, Engeland, Frankrijk, Italië en Spanje. Van deze landen wordt in dit onderzoek op hoofdlijnen in kaart gebracht welke regelingen er op de hiervoor genoemde terreinen wettelijk zijn vastgelegd en/of in vaste rechtspraak zijn ontwikkeld.
5. Deze rechtsvergelijkende verkenning is uitgevoerd op basis van in Nederland toegankelijke bronnen en met behulp van informatie afkomstig van buitenlandse correspondenten.
6. Het onderzoek is uitgevoerd door Prof. mr. P.M. Veder, mr. drs. T.E. Booms en mr. drs. N.B. Pannevis.²

¹ Wij gaan ervan uit dat hiermee wordt bedoeld op (een vergelijkbare figuur als) de stille bewindvoering zoals die was voorzien in het Voorontwerp Insolventiewet.

2. België

7. De Belgische regeling omtrent de procedures die samenhangen met (dreigende) insolventie van ondernemingen is neergelegd in twee wetten: de Faillissementswet van 8 augustus 1997 en de Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009 (“WCO”).³ De WCO bevat de belangrijkste bepalingen aangaande akkoorden die tussen een onderneming in financiële moeilijkheden en haar schuldeisers gesloten kunnen worden.
8. Het Belgische recht kent in hoofdzaak twee formele procedures die gevolgd kunnen worden bij (dreigende) insolventie van een onderneming: de gerechtelijke reorganisatie en het faillissement (waarbij de onderneming wordt geliquideerd). Daarnaast is het mogelijk om buiten de rechter om een minnelijke regeling overeen te komen.

2.1 *Pre-insolventieakkoord*

9. Voorafgaand aan de insolventie van een onderneming kan zonder rechterlijke tussenkomst een minnelijke regeling worden overeengekomen. Het is ook mogelijk om een minnelijke regeling overeen te komen als onderdeel van een gerechtelijke reorganisatie. Omdat het dan een akkoord binnen insolventie betreft, wordt de minnelijke regeling in het kader van een gerechtelijke reorganisatie onder 2.2. behandeld.
10. Het minnelijk akkoord dat buiten het kader van de procedure van de gerechtelijke reorganisatie wordt gesloten, vereist geen gang naar de rechter. Het door partijen bereikte akkoord bindt enkel de partijen die het overeenkomen; derden kunnen er niet door worden gebonden. Het akkoord is vertrouwelijk en kan niet worden geraadpleegd zonder toestemming van de betrokken partijen.⁴ Rechtshandelingen die worden verricht ter uitvoering van het minnelijk akkoord zijn niet vernietigbaar met een beroep op de actio Pauliana⁵ indien het akkoord vermeldt dat het is gesloten met de doelstelling de onderneming financieel gezond te maken of te reorganiseren en het is neergelegd ter griffie van de rechtbank.⁶ Zo wordt bescherming geboden aan de schuldeisers die met de onderneming een minnelijk akkoord overeenkomen.

2.2 *Akkoord in insolventie*

11. De verschillende mogelijkheden die voor een schuldenaar bestaan om te herstructureren via gerechtelijke weg lopen allemaal via de procedure van de gerechtelijke reorganisatie. Deze procedure fungeert daarmee als een soort procedurele ‘toegangspoort’, waarachter verschillende opties liggen die een onderneming in moeilijkheden heeft om te reorganiseren: het sluiten van een minnelijk akkoord, het sluiten van een collectief akkoord of het overdragen van (een deel van) de onderneming.

² Prof. mr. P.M.Veder is als hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder insolventierecht, verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen, en is advocaat/adviseur bij RESOR N.V. te Amsterdam. Mr. drs. T.E. Booms en mr. drs. N.B. Pannevis zijn als onderzoeker verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht en zijn paralegal bij RESOR N.V. te Amsterdam.

³ Deze wet dient ter vervanging van de Wet betreffende het gerechtelijk akkoord van 17 juli 1997.

⁴ Art. 15 WCO.

⁵ Artt. 17 en 18 Faillissementswet.

⁶ Art. 15 WCO.

12. Indien de continuïteit van een onderneming onmiddellijk of op termijn is bedreigd, kan deze op eigen verzoek door de rechtbank worden toegelaten tot de procedure van gerechtelijke reorganisatie.⁷ Bij het verzoekschrift dient de schuldenaar een aantal stukken te voegen, zoals een uiteenzetting van de redenen waarom de continuïteit van de onderneming bedreigd is, een lijst van schuldeisers en schuldvorderingen, recente jaarrekeningen, activa/passiva-overzichten en resultatenrekeningen, alsmede een plan van aanpak om uit de financiële problemen te komen.⁸ Vanaf de datum van indiening van het verzoekschrift tot aan de beslissing van de rechtbank kan de onderneming niet failliet verklaard worden en kunnen de roerende en onroerende zaken van de onderneming niet te gelde gemaakt worden.⁹ Binnen tien dagen na indiening behandelt de rechtbank het verzoek, waarna binnen acht dagen een beslissing volgt. Bij goedkeuring van het verzoekschrift begint een periode van opschorting te lopen, waarvan de lengte in het vonnis wordt bepaald en die gemaximeerd is op zes maanden.¹⁰ In deze periode is het eveneens onmogelijk om de onderneming failliet te verklaren en kunnen schuldeisers zich niet op roerende of onroerende zaken van de schuldenaar verhalen.¹¹ In de praktijk houden de rechtbanken dit moratorium betrekkelijk kort.¹² Op verzoek van de schuldenaar kan de periode worden verlengd met zes maanden¹³ en in uitzonderlijke gevallen nogmaals met zes maanden.¹⁴ Het moratorium dient om de schuldenaar in staat te stellen één van de volgende drie doelstellingen te realiseren:
- het bewerkstelligen van een minnelijk akkoord;
 - het tot stand brengen van een collectief akkoord;
 - het realiseren van de overdracht onder gerechtelijk gezag aan één of meer derden van (een deel van) de onderneming.
13. Het is mogelijk om voor ieder deel van de onderneming een andere doelstelling na te streven.¹⁵ Het is de schuldenaar toegestaan om – binnen bepaalde grenzen – de doelstelling die hij in zijn verzoekschrift heeft neergelegd bij te stellen en te opteren voor een andere doelstelling,¹⁶ bijvoorbeeld in het geval dat zou blijken dat een collectief akkoord niet haalbaar is. In de praktijk wordt van deze mogelijkheid tot ‘overspringen’ relatief veel gebruik gemaakt.¹⁷
14. Het eerste mogelijke spoor om te volgen binnen de procedure van de gerechtelijke reorganisatie is het minnelijk akkoord. Dit akkoord heeft veel weg van het minnelijk akkoord dat buiten de procedure van de gerechtelijke reorganisatie wordt gesloten, met twee belangrijke verschillen. Het eerste is dat binnen de procedure van de gerechtelijke reorganisatie de onderneming het voordeel heeft gebruik te kunnen maken van het beschermende moratorium om de tijd te nemen tot een oplossing te komen. Het tweede verschil is dat, in het geval het akkoord binnen het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt gesloten, voor derden kenbaar is dat een akkoord gesloten is: de vaststelling van het akkoord wordt door

⁷ Art. 23 WCO.

⁸ Art. 17 lid 2 WCO.

⁹ Art. 22 WCO.

¹⁰ Art. 24 WCO.

¹¹ Artt. 30 en 31 WCO.

¹² Graydon-rapport “20 maanden wet op continuïteit ondernemingen (WCO): een half succes”, p. 5. Te raadplegen via http://www.graydon.be/pictures/medialib/studie/2010_006.pdf

¹³ Art. 38 lid 1 WCO.

¹⁴ Art. 38 lid 2 WCO.

¹⁵ Art. 16 WCO.

¹⁶ Art. 39 WCO.

¹⁷ Graydon-rapport “20 maanden wet op continuïteit ondernemingen (WCO): een half succes”, p. 6. Te raadplegen via http://www.graydon.be/pictures/medialib/studie/2010_006.pdf

de rechtbank namelijk bekendgemaakt.¹⁸ Net zoals bij een buitengerechtelijk minnelijk akkoord worden derden niet gebonden door de afspraken die de schuldenaar en mede-contractanten maken in een minnelijk akkoord. Rechtshandelingen die worden verricht ter uitvoering van het minnelijk akkoord zijn niet vernietigbaar met een beroep op de actio Pauliana.¹⁹ Zo wordt bescherming geboden aan de schuldeisers die met de onderneming een minnelijk akkoord overeenkomen.

15. De tweede mogelijkheid die de schuldenaar heeft binnen de procedure van de gerechtelijke reorganisatie om zijn financiële zaken weer op orde te krijgen is het collectief akkoord. De schuldenaar dient in dit geval een reorganisatieplan op te stellen en ter griffie neer te leggen. De uitvoeringstermijn van het plan mag niet langer zijn dan vijf jaar, te rekenen vanaf de homologatie.²⁰ Indien het reorganisatieplan daarin voorziet, kan de rechter bepalen dat de uitoefening van zekerheidsrechten wordt opgeschort voor een periode van maximaal 24 maanden (met een maximale verlenging van 12 maanden) te rekenen vanaf de neerlegging van het verzoekschrift tot toelating tot de procedure van de gerechtelijke reorganisatie.²¹ Zekerheidsgerechtigden zijn overigens niet gebonden aan het reorganisatieplan, tenzij zij op individuele basis instemmen met wijziging van hun rechten.²² Over het reorganisatieplan wordt gestemd op een zitting waar de schuldenaar en de schuldeisers gehoord worden. Voor instemming met het plan is vereist dat ten minste de helft van de schuldeisers, die gezamenlijk ten minste de helft van de verschuldigde bedragen vertegenwoordigen, met het plan instemmen.²³ Er worden geen verschillende groepen van schuldeisers gevormd en er wordt geen rekening gehouden met schuldeisers die niet aan de stemming deelnemen, maar zij worden wel door de instemming van de meerderheid gebonden aan het akkoord. Na deze zitting beslist de rechtbank binnen veertien dagen over de homologatie van het plan. Een door de schuldeisers goedgekeurd akkoord mag slechts door de rechter worden afgekeurd indien naleving van het plan een schending van de wet of de openbare orde zou inhouden.²⁴ Met de homologatie wordt het plan bindend voor alle schuldeisers in de opschorting.²⁵
16. De derde doelstelling die de gerechtelijke reorganisatie kan hebben is de overdracht onder gerechtelijk gezag. Deze overdracht van de gehele onderneming of een gedeelte daarvan kan door de rechtbank worden bevolen op verzoek van de schuldenaar, een schuldeiser of een partij die er het oog op heeft de onderneming, of een gedeelte daarvan, te verwerven indien een andere oplossing geen soelaas biedt.²⁶ De overdracht wordt voorbereid door een door de rechtbank aangestelde gerechtsmandataris.²⁷ Deze gerechtsmandataris heeft de taak verschillende offertes op te vragen en te waken over de belangen van onder andere de werknemers.

¹⁸ Art. 43 WCO.

¹⁹ Art. 43 WCO.

²⁰ Art. 52 WCO.

²¹ Art. 50 WCO.

²² Art. 50 alinea 3 WCO.

²³ Art. 54 WCO.

²⁴ Art. 55 WCO.

²⁵ Art. 57 WCO. Zie voor een definitie van de term 'schuldeisers in de opschorting' Art. 2 WCO.

²⁶ Art. 59 WCO.

²⁷ Art. 60 WCO.

2.3 *Stille bewindvoering*

17. Het Belgische recht kent een soort van stille bewindvoering. De Belgische rechter heeft de mogelijkheid om een ‘ondernemingsbemiddelaar’ aan te stellen.²⁸ Dit gebeurt op verzoek van de schuldenaar, die daarbij ook kan aangeven welke persoon volgens hem de voorkeur verdient. Het verzoek is vormvrij en kan desnoods mondeling worden gedaan. De onderneming draagt de kosten van de ondernemingsbemiddelaar. De specifieke taak van de ondernemingsbemiddelaar hangt af van de aard van de onderneming en de aard van de financiële moeilijkheden waarin deze verkeert. In ieder geval staat hij de onderneming bij met advies, maar hij kan ook fungeren als bemiddelaar richting de schuldeisers met het oog op het bereiken van een minnelijk akkoord. Hij neemt niet het bestuur van de onderneming over. De aanstelling en de opdracht van de ondernemingsbemiddelaar worden niet gepubliceerd.
18. In het geval dat de rechtbank een gerechtelijke reorganisatieprocedure heeft geopend, kan op verzoek van de schuldenaar een gerechtelijk mandataris worden aangesteld. Deze heeft dezelfde functie als de ondernemingsbemiddelaar.
19. Daarnaast is het voor iedere belanghebbende mogelijk de rechtbank te verzoeken een gerechtsmandataris aan te stellen indien de continuïteit van de onderneming in gevaar wordt gebracht door ‘kennelijke en grove tekortkomingen van de schuldenaar of van zijn organen’ bij het besturen van de onderneming.²⁹ Deze gerechtsmandataris krijgt van de rechter een opdracht mee – zoals het onderzoeken van beweerde tekortkomingen bij het bestuur van de onderneming en het waarborgen van de continuïteit van de onderneming – welke echter niet in kan houden het bestuur van de onderneming over te nemen. Op basis van dezelfde kennelijke tekortkomingen kan een voorlopig bestuurder worden aangesteld.³⁰

2.4 *Doorleveringsverplichting*

20. Er bestaat in het Belgische recht geen algemene wettelijke bepaling ten aanzien van de wijze waarop met lopende overeenkomsten wordt omgegaan in geval van financiële problemen. Binnen de faillissementsprocedure regelt art. 46 Faillissementswet de wijze waarop curatoren bestaande overeenkomsten al dan niet gestand doen. Deze regeling houdt geen doorleveringsverplichting in. Wel kan de curator ten laste van de boedel er voor kiezen om bepaalde overeenkomsten voort te zetten.
21. Voor de gerechtelijke reorganisatie is de regeling te vinden in de artikelen 35 tot en met 37 WCO. Deze artikelen bepalen dat de aanvraag tot een gerechtelijke reorganisatie geen invloed heeft op lopende overeenkomsten. Bepalingen in contracten die anders luiden – zoals een bepaling inhoudende dat de overeenkomst automatisch beëindigd wordt op grond van het feit dat de onderneming in een gerechtelijke reorganisatieprocedure is gekomen – zijn nietig.³¹ Het is evenwel mogelijk om een beding op te nemen volgens welke een overeenkomst ontbonden wordt in geval van wanprestatie van de schuldenaar. Na opening van de procedure van gerech-

²⁸ Art. 13 WCO.

²⁹ Art. 14 WCO.

³⁰ Art. 28 WCO.

³¹ Art. 35 lid 1 WCO.

telijke reorganisatie is daarvoor vereist dat de schuldenaar binnen 15 dagen geen gehoor geeft aan een ingebrekestelling.

22. Buiten deze mogelijkheid om lopende overeenkomsten te beëindigen kunnen schuldeisers zich beroepen op gemeenrechtelijke excepties, zoals de exceptio non adimpleti contractus (zoals in Nederland in artikel 6:262 BW) of een retentierecht.³²
23. De schuldenaar zelf kan de nakoming van overeenkomsten opschorten voor de duur van het moratorium, mits dit noodzakelijk is om een reorganisatieplan door te voeren.³³

³² Kh. Antwerpen 29 december 2009, RW 2009-10, 1401.

³³ Art. 35 lid 2 WCO.

3. Duitsland

24. Het Duitse insolventierecht is neergelegd in de Insolvenzordnung (“InsO”). De Insolvenzordnung is in 1999 in werking getreden en sindsdien al diverse keren op onderdelen herzien. De laatste herziening, die ook voor het onderwerp van dit onderzoek van betekenis is, heeft plaatsgevonden in 2012 op basis van het *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)*. Die wet heeft geleid tot een aantal belangwekkende aanpassingen van de Insolvenzordnung.

3.1 Pre-insolventieakkoord

25. Duitsland kent geen pre-insolventieakkoord. Er is in de Duitse literatuur weliswaar veel discussie geweest over de invoering van mechanismen om buiten het kader van een formele insolventieprocedure schulden te kunnen saneren door middel van een akkoord dat onder bepaalde voorwaarden zou kunnen worden opgelegd aan dwarsliggende schuldeisers, maar dat heeft niet geleid tot de invoering van dergelijke instrumenten.³⁴

26. Het Duitse recht kent specifiek voor bepaalde door Duits recht beheerste obligaties voorzieningen in het *Gesetz über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen* die een herstructurering van (alleen) die obligatieleningen mogelijk maken op basis van een meerderheidsbesluit van de obligatiehouders. Deze wet blijft verder onbesproken.

27. Op grond van het *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)* is per 1 maart 2012 het zogeheten *Schutzschirmverfahren* ingevoerd in de Duitse *Insolvenzordnung*, dat erop is gericht om de totstandkoming van akkoorden te bevorderen (zie hierna, par. 3.2.1).³⁵ Van een echte pre-insolventieprocedure is geen sprake omdat toegang tot dit *Schutzschirmverfahren* het verzoek tot opening van een insolventieprocedure onder de *Insolvenzordnung* vereist.

3.2 Akkoord in insolventie

3.2.1 Schutzschirmverfahren

28. Sinds 1 maart 2012 kent het Duitse insolventierecht het zogeheten *Schutzschirmverfahren*. Dit instrument is erop gericht om de totstandkoming van akkoorden te bevorderen en beoogt de debiteur de gelegenheid te geven met tijdelijke bescherming tegen (dreigende) verhaalsmaatregelen van schuldeisers een akkoordvoorstel uit te werken. Het akkoordvoorstel zal vervolgens verder worden vastgesteld en geïmplementeerd overeenkomstig de in de *Insolvenzordnung* opgenomen regels omtrent het *Insolvenzplanverfahren*.³⁶

³⁴ Zie bijvoorbeeld L. Westphal, Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht ZGR* 2010, p. 385-436; F. Frind, Vorinsolvenzliche Sanierungsregelungen oder Relaunch des Insolvenzplanverfahrens?, *ZInsO* 33/2010, p. 1426-1431; S.-H. Undritz, Möglichkeiten und Grenzen vorinsolvenzlicher Unternehmenssanierung, in: Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V. (red.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2009, p. 932 e.v. Vgl. R. Bork, *Rescuing companies in England and Germany*, Oxford University Press 2012.

³⁵ Art. 270b InsO.

³⁶ Zie art. 217-269 InsO.

29. Voor toegang tot dit *Schutzschirmverfahren* is vereist dat de debiteur een verzoek indient tot opening van een insolventieprocedure, waarbij wordt verzocht om toepassing van *Eigenverwaltung*. Dit betekent dat de debiteur niet het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest maar deze zelf behoudt (*debtor-in-possession*), zij het onder toezicht van een (voorlopige) bewindvoerder, een zogeheten *Sachwalter*.
30. Een debiteur heeft alleen toegang tot het *Schutzschirmverfahren* indien het verzoek tot opening van de insolventieprocedure is gebaseerd op dreigende betalingsonmacht (*drohende Zahlungsunfähigkeit*) of zogeheten *Überschuldung*.³⁷ Bij de aanvraag moet een verklaring van een deskundige worden overgelegd (bijvoorbeeld een advocaat of accountant) dat de debiteur niet verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen (maar dat slechts sprake is van dreigende betalingsonmacht of *Überschuldung*) en dat de nagestreefde herstructurering niet kennelijk gedoemd is te mislukken.
31. De rechter zal een termijn van maximaal 3 maanden bepalen waarin de schuldenaar een akkoordvoorstel (*Insolvenzplan*) moet indienen. De rechter zal tevens een voorlopige³⁸ *Sachwalter* benoemen. Daarbij wordt in beginsel het voorstel van de schuldenaar gevolgd.
32. Voorts kan de rechter (op verzoek van de schuldenaar) een aantal voorlopige maatregelen bevelen als bedoeld in art. 21 InsO. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de benoeming van een voorlopige schuldeiserscommissie en het verbieden of schorsen van opeising of executie van goederen door individuele schuldeisers.³⁹ De rechter kan tevens bevelen dat met zekerheidsrechten belaste goederen die, in het geval de insolventieprocedure zou worden geopend, door de bewindvoerder (*Insolvenzverwalter*) zouden kunnen worden verkocht op grond van art. 166 InsO of goederen die door de eigenaar zouden kunnen worden opgeëist, door de schuldenaar mogen worden gebruikt (tegen betaling van een vergoeding voor waardeverlies), mits deze noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar.
33. De rechter beëindigt de bescherming die de debiteur wordt geboden door het *Schutzschirmverfahren* voortijdig indien:
- (i) duidelijk wordt dat de nagestreefde herstructurering geen kans van slagen heeft;
 - (ii) de voorlopige schuldeiserscommissie om opheffing verzoekt; of
 - (iii) indien er geen voorlopige schuldeiserscommissie is benoemd, een schuldeiser om opheffing verzoekt en daarbij omstandigheden aannemelijk maakt die de verwachting rechtvaardigen dat schuldeisers nadeel zullen ondervinden van het *Schutzschirmverfahren*.
34. De schuldenaar of de voorlopige *Sachwalter* moet de rechter terstond in kennis stellen als de schuldenaar in de toestand verkeert te hebben opgehouden te betalen.

³⁷ Van *Überschuldung* is sprake indien de schulden het actief van een rechtspersoon overtreffen, tenzij de voortzetting van de onderneming op grond van de omstandigheden van het geval aannemelijk is (art. 19 (2) InsO). De gronden voor opening van een insolventieprocedure onder Duits recht zijn opgenomen in art. 17 (*Zahlungsunfähigkeit*), 18 (*drohende Zahlungsunfähigkeit*) en 19 (*Überschuldung*) InsO.

³⁸ Het gaat hier immers om het *Eröffnungsverfahren* waarin nog geen beslissing is genomen over de opening van de insolventieprocedure.

³⁹ Bepaalde goederen of (zekerheids)rechten worden niet geraakt door dergelijke voorlopige maatregelen, bijvoorbeeld rechten voortvloeiend uit financiëlezekerheidsvereenkomsten. Zie art. 21 (2), slot, InsO.

35. Na opheffing van de bescherming van het *Schutzschirmverfahren* of na afloop van de termijn voor het indienen van een akkoordvoorstel beslist de rechter op het verzoek tot opening van de insolventieprocedure.

3.2.2 Insolvenzplan

36. De *Insolvenzordnung* voorziet in de mogelijkheid van een akkoord, het zogeheten *Insolvenzplan*.⁴⁰ Een *Insolvenzplan* biedt ruimte voor een van het wettelijk regime afwijkende wijze van afwikkeling van de insolventieprocedure. In een *Insolvenzplan* kunnen onder meer regelingen worden getroffen over de voldoening van de schuldeisers (met inbegrip van zekerheidsgerechtigden), de wijze van tegeldemaking van het actief van de schuldenaar en de verdeling ervan over de betrokkenen en de overblijvende aansprakelijkheid van de schuldenaar na beëindiging van de insolventieprocedure.⁴¹

37. Sinds de inwerkingtreding van de ESUG in maart 2012 biedt het *Insolvenzplan* ook de mogelijkheid om aandeelhoudersrechten – en daarmee ook de aandeelhouders – in het akkoord te betrekken.⁴² Als gevolg daarvan is het bijvoorbeeld mogelijk geworden in een akkoord bepalingen op te nemen die ertoe strekken vorderingen om te zetten in aandelen (*debt-for-equity-swaps*), aandelen in de schuldenaar over te dragen aan een derde, of bepalingen op te nemen die zien op fusie of splitsing.

38. De schuldenaar⁴³ of de bewindvoerder (*Insolvenzverwalter*) is bevoegd een akkoordvoorstel in te dienen bij de rechtbank. Schuldeisers hebben die bevoegdheid niet. De schuldeiserscommissie kan de bewindvoerder wel opdragen een voorstel voor een akkoord op te stellen.⁴⁴

39. Een van de essentiële kenmerken van het *Insolvenzplan* is dat de door het *Insolvenzplan* getroffen personen moeten worden verdeeld in klassen, afhankelijk van hun rechtspositie.⁴⁵ Ook de rechten van zekerheidsgerechtigden kunnen door het *Insolvenzplan* worden beïnvloed.⁴⁶ Sinds de inwerkingtreding van de ESUG in maart 2012 kunnen ook de rechten van aandeelhouders (of leden) door het *Insolvenzplan* worden getroffen.⁴⁷

⁴⁰ Art. 217-269 InsO.

⁴¹ Art. 217 InsO.

⁴² Art. 217 InsO: “(...) Ist der Schuldner keine natürliche Person, so können auch die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen in den Plan einbezogen werden.” Zie ook art. 225a InsO.

⁴³ De schuldenaar kan het akkoordvoorstel ook tegelijk met het verzoek tot opening van de insolventieprocedure indienen (art. 218 (1) InsO).

⁴⁴ Art. 218 (2) InsO.

⁴⁵ Art. 222 InsO.

⁴⁶ Zekerheidsrechten worden niet door het akkoord getroffen, tenzij het *Insolvenzplan* anders bepaalt (art. 223 (1) InsO). Bepaalde zekerheidsrechten kunnen niet door een *Insolvenzplan* worden getroffen, bijvoorbeeld rechten voortvloeiend uit een financiëlezekerheidsvereenkomst (zie art. 223 (1) InsO).

⁴⁷ Op grond van art. 225a (1) InsO worden aandeelhouders- en lidmaatschapsrechten niet door het *Insolvenzplan* getroffen, tenzij het *Insolvenzplan* anders bepaalt.

40. Op grond van art. 222 InsO moeten de volgende groepen worden onderscheiden:
- (i) zekerheidsgerechtigden, voor zover zij door het plan worden getroffen;
 - (ii) gewone schuldeisers;
 - (iii) verschillende groepen achtergestelde schuldeisers, voor zover hun vorderingen niet van rechtswege zijn vervallen;⁴⁸ en
 - (iv) aandeelhouders/leden, voor zover zij door het plan worden getroffen.
- Ook andere groepen zijn denkbaar. Zo moet bijvoorbeeld onder omstandigheden een aparte groep worden gevormd voor werknemers.⁴⁹
41. Binnen een groep moeten alle betrokkenen gelijk worden behandeld. Een verschillende behandeling van betrokkenen binnen een groep is slechts toegestaan met instemming van de getroffen personen.
42. De rechter beoordeelt eerst of het akkoordvoorstel voldoet aan de daaraan door de *Insolvenzordnung* gestelde vereisten en of het niet kennelijk onacceptabel is voor de betrokkenen of kennelijk onuitvoerbaar. Indien de schuldenaar al eerder een akkoord had aangeboden dat was verworpen of niet gehomologeerd, dan moet de rechter het nieuwe akkoordvoorstel afwijzen indien de bewindvoerder daar met toestemming van de schuldeiserscommissie om verzoekt.⁵⁰
43. Vervolgens wordt het akkoordvoorstel ter stemming gebracht binnen de in het voorstel onderscheiden groepen. Het voorstel is aangenomen indien in alle groepen een meerderheid van de betrokkenen (zowel in aantal als bedrag) voor het plan stemt.⁵¹
44. Onder bepaalde voorwaarden geldt een akkoordvoorstel als aangenomen ook indien binnen één of meer groepen de vereiste meerderheden niet zijn behaald. Dit is het geval indien
- (i) de leden van de betreffende groep onder het akkoord naar verwachting geen slechtere positie innemen dan zonder het akkoord het geval zou zijn,
 - (ii) de leden van de betreffende groep een passende aanspraak hebben op de waarde die op basis van het akkoord ter beschikking wordt gesteld aan de betrokkenen,⁵² en
 - (iii) de meerderheid van alle groepen voor het plan heeft gestemd.
45. Een door de rechter gehomologeerd akkoord is verbindend voor alle betrokkenen (ook diegenen die niet of tegen het akkoord hebben gestemd).⁵³

⁴⁸ Op grond van art. 225 InsO gelden achtergestelde vorderingen van rechtswege als vervallen, tenzij in het *Insolvenzplan* anders is bepaald.

⁴⁹ Zie art. 222(3) InsO.

⁵⁰ Art. 231 InsO.

⁵¹ Art. 244 InsO.

⁵² Zie hiervoor art. 245 InsO. Op grond van art. 245 (2) InsO is hieraan voldaan ten aanzien van een bepaalde groep schuldeisers, indien (i) geen enkele schuldeiser meer dan zijn vordering ontvangt, (ii) noch schuldeisers die zonder het plan bij de betreffende schuldeisers zouden zijn achtergesteld noch de debiteur of haar leden of aandeelhouders een uitkering ontvangen, en (iii) geen schuldeiser die zonder het plan dezelfde rang zou hebben als de betreffende groep schuldeisers een betere positie inneemt.

⁵³ Art. 254 e.v. InsO.

46. Onder omstandigheden moet de rechter de homologatie weigeren. Dit is bijvoorbeeld het geval indien bepaalde procedurevoorschriften niet zijn nageleefd of een schuldeiser of aandeelhouder/lid van de schuldenaar tijdig zijn bezwaren tegen het akkoord heeft kenbaar gemaakt en aannemelijk maakt dat hij door het akkoord in een slechtere positie komt te verkeren dan zonder het akkoord. In dat laatste geval moet het bezwaar van de schuldeiser tegen de homologatie worden afgewezen indien in het akkoord bedragen zijn gereserveerd voor de compensatie van betrokkenen die aantonen als gevolg van het akkoord in een nadeliger positie te verkeren dan zonder het akkoord het geval zou zijn. Dit berust op een wijziging die per 1 maart 2012 in de akkoordprocedure is doorgevoerd en erop is gericht te voorkomen dat individuele schuldeisers voor vertraging in het proces kunnen zorgen.

3.3 *Stille bewindvoering*

47. Duits recht kent, voor zover ons uit dit onderzoek is gebleken, geen stille bewindvoering.

3.4 *Doorleveringsverplichting*

48. De *Insolvenzordnung* bevat geen expliciete doorleveringsverplichting, bijvoorbeeld met betrekking tot nutsvoorzieningen e.d.
49. De gevolgen van de opening van een insolventieprocedure op wederkerige overeenkomsten zijn geregeld in art. 103 e.v. InsO. Onder omstandigheden kan daaruit een doorleveringsverplichting voortvloeien ter zake van overeenkomsten gericht op het leveren van goederen en diensten, die voor de voortzetting van een onderneming tijdens een insolventieprocedure nodig zijn.
50. Op grond van art. 103 InsO heeft de bewindvoerder (*Insolvenzverwalter*)⁵⁴ de bevoegdheid om (eigener beweging) te kiezen of hij een overeenkomst die door beide partijen nog niet of niet volledig is nagekomen, gestand wil doen.
51. Indien de bewindvoerder ervoor kiest de overeenkomst gestand te doen (bijvoorbeeld omdat deze noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar) kan hij nakoming vragen van de wederpartij. De vorderingen van de wederpartij uit hoofde van de overeenkomst zijn boedelvorderingen.
52. Voor zover de prestaties uit de overeenkomst deelbaar zijn (in omvang of in tijd, zoals bij duurovereenkomsten) bepaalt art. 105 InsO dat vorderingen van de wederpartij die verband houden met prestaties die zijn verricht vóór de opening van de insolventieprocedure kwalificeren als gewone insolventievorderingen waarvoor de wederpartij in de insolventieprocedure kan opkomen. Dit geldt ook als de bewindvoerder nakoming vraagt voor de periode na de opening van de insolventieprocedure. De wederpartij heeft slechts een boedelvordering ter zake van prestaties die zijn verricht tijdens de insolventieprocedure.

⁵⁴ De schuldenaar zelf heeft deze bevoegdheid ook wanneer sprake is van Eigenverwaltung (debtor-in-possession), zij het dat hij de instemming van de Sachwalter behoeft (zie art. 279 InsO).

53. De in art. 103 e.v. InsO neergelegde regels zijn van dwingend recht. De toepasselijkheid ervan kan niet contractueel worden uitgesloten of beperkt.⁵⁵ Hoe ver dit verbod precies gaat is echter niet geheel duidelijk. In ieder geval worden hierdoor contractuele bepalingen getroffen die rechtstreeks ingrijpen in de keuzebevoegdheid van de bewindvoerder, zoals bepalingen die voorschrijven dat de bewindvoerder eerst moet onderhandelen met de wederpartij. Algemeen wordt aangenomen dat wettelijke en contractueel overeengekomen mogelijkheden om overeenkomsten te beëindigen die niet zijn gebaseerd op de insolventie van de schuldenaar (maar bijvoorbeeld op tekortkoming of 'change in control') ook tijdens de insolventieprocedure kunnen worden ingeroepen. Hierbij moet worden opgemerkt dat de beëindiging van een overeenkomst op de enkele grond dat de vorderingen die zijn ontstaan vóór opening van de insolventieprocedure onbetaald zijn gelaten, niet is toegestaan.⁵⁶ Over de vraag of een beroep kan worden gedaan op contractuele bepalingen die de wederpartij de mogelijkheid geven de overeenkomst te beëindigen dan wel deze van rechtswege laten eindigen op gronden die rechtstreeks verband houden met de insolventie van de schuldenaar (bijvoorbeeld het bestaan van een situatie van betalingsonmacht, de indiening van een verzoek tot opening van een insolventieprocedure, e.d.) verschillen de meningen in de Duitse literatuur. De heersende opvatting lijkt te zijn dat dergelijke bedingen geldig en inroepbaar zijn. In dat verband wordt een beroep gedaan op de parlementaire geschiedenis, waaruit blijkt dat een specifieke andersluidende bepaling uit de *Insolvenzordnung* is geschrapt tijdens het wetgevingsproces.

⁵⁵ Art. 119 InsO.

⁵⁶ LG Rostock, ZIP 2007, p. 2379.

4. Engeland

54. Het Engelse recht kent verschillende insolventieprocedures, waarvan sommige enkel op liquidatie zijn gericht en andere (ook) op het voortbestaan van de onderneming. Het grootste deel van het Engelse insolventierecht is vastgelegd in de *Insolvency Act 1986* (“IA”), die aanzienlijk is aangepast door de *Enterprise Act 2002* met als doel de *rescue culture* te verbeteren. De belangrijkste insolventieprocedure gericht op reorganisatie is de *administration*. De hoofdlijnen hiervan zullen hieronder nader worden uiteengezet.

55. Daarnaast bestaan er twee procedures om tot een dwangakkoord te komen, die beiden zowel binnen als buiten een insolventieprocedure kunnen worden gebruikt. Het betreft de *company voluntary arrangement* (“CVA”) en de *scheme of arrangement* (“*scheme*”). De verschillende instrumenten worden hieronder apart behandeld.

4.1 Pre-insolventieakkoord

4.1.1 Scheme of arrangement

56. Veel herstructureringen onder Engels recht vinden plaats door middel van een *scheme of arrangement*. De *scheme* is geen insolventieprocedure maar een algemene regeling die kan worden ingezet voor de reorganisatie van een rechtspersoon en/of zijn verplichtingen. Ook fusies en splitsingen kunnen plaatsvinden door middel van een *scheme*. De *scheme* is geregeld in Part 26 van de *Companies Act 2006*, section 895 en verder.

57. De rechtspersoon die een *scheme* wil uitvoeren richt daartoe een verzoek aan de rechtbank. Het verzoek kan ook gedaan worden door een ander dan de schuldenaar, bijvoorbeeld een aandeelhouder of een schuldeiser.

58. Over een *scheme* wordt gestemd in groepen (*classes*). In het verzoek aan de rechtbank worden de verschillende *classes* van belanghebbenden aangegeven. De *classes* worden gevormd door ‘*persons whose interests are not so dissimilar as to make it impossible for them to consult together with a view to their common interest*’.⁵⁷ Gebruikelijke *classes* zijn die van aandeelhouders, zekerheidsgerechtigde schuldeisers, preferente schuldeisers, en concurrente schuldeisers.

59. Het is niet noodzakelijk dat een *scheme* met alle schuldeisers en/of aandeelhouders wordt aangegaan. Een *scheme* kan ook slechts op bepaalde groepen betrekking hebben, zoals enkel de financiële schuldeisers van de vennootschap (bijvoorbeeld de financierende banken). Ook een *scheme* met één *class* is mogelijk.

60. Alleen partijen die door de *scheme* geraakt worden moeten de gelegenheid krijgen zich erover uit te spreken. Partijen die er niet door geraakt worden, ofwel omdat hun rechten niet worden aangetast, ofwel omdat zonder *scheme* ook geen uitkering op hun vordering te verwachten is, hoeven niet de gelegenheid te krijgen zich over de *scheme* uit te spreken.⁵⁸

⁵⁷ *Sovereign Life Assurance Co v Dodd*, [1892] 2 Q.B. 573.

⁵⁸ *Re Tea Corp. Ltd.*, [1904] 1 Ch 12, *Re Oceanic Steam Navigation Comp. Ltd.*, [1939] Ch 41, *Re British & Commonwealth Holdings Plc.*, [1992] B.C.C. 58, *Re Maxwell Communications Corporation Plc.*, [1993]

61. De rechtbank controleert of zij bevoegd is, of de door de vennootschap voorgestelde indeling van schuldeisers en andere betrokkenen in verschillende *classes* aan de daaraan te stellen eisen voldoet en of de *scheme* een redelijke kans van succes heeft.⁵⁹ Als dat zo is, worden de verschillende *class meetings* bij elkaar geroepen. De *scheme* kan worden aangenomen als die in iedere *class* wordt gesteund door een gewone meerderheid van het aantal schuldeisers die drie kwart van de waarde van de vorderingen in de betreffende *class* vertegenwoordigt.⁶⁰ Het is niet mogelijk de *scheme* aan te nemen als niet iedere *class* instemt.
62. De *scheme* heeft pas werking na homologatie door de rechtbank en registratie. Hierbij controleert de rechtbank of aan de procedurele normen is voldaan, of de schuldeisers en andere betrokkenen in iedere *class* in voldoende mate werden vertegenwoordigd op de *class meeting*, of de crediteuren wel volledig zijn geïnformeerd en of de *scheme* 'fair' is. De maatstaf is daarbij of de *scheme* zodanig is dat '*an intelligent and honest man, a member of the class concerned and acting in respect of his interest, might reasonably approve.*'⁶¹
- 4.1.2 Company voluntary arrangement
63. Een andere procedure die zowel binnen als buiten een insolventieprocedure kan worden toegepast is de *company voluntary arrangement*. Deze procedure is geregeld in Part I van de *Insolvency Act 1986* section 1 e.v..
64. Bedrijven die voldoen aan twee van de volgende drie voorwaarden kunnen een moratorium aanvragen voor de duur van de CVA: een omzet van onder £ 6,5 miljoen, minder dan vijftig werknemers, en een balanstotaal van minder dan £ 3,26 miljoen.⁶² Tijdens het moratorium kunnen de schuldeisers niet succesvol een insolventieprocedure aanvragen of executie-maatregelen nemen. Het moratorium kan niet worden uitgesproken met betrekking tot een schuldenaar die zich reeds in een insolventieprocedure bevindt⁶³, of de afgelopen twaalf maanden van een CVA gebruik heeft gemaakt. Het moratorium is geregeld in *Schedule A1* bij de *Insolvency Act 1986*.
65. Een CVA wordt door het bestuur van de vennootschap voorbereid in samenwerking met een *insolvency practitioner*. Het voorstel voor de CVA moet een voordracht bevatten voor de *supervisor* die de uitvoering van de CVA zal overzien, de *nominee*. Doorgaans is dit de *insolvency practitioner* in samenwerking waarmee het voorstel is voorbereid. De *nominee* moet bij het aanvragen van de CVA een verslag uitbrengen aan de rechtbank.
66. Het moratorium wordt van kracht zodra het bestuur dit verslag tezamen met enkele andere documenten bij de rechtbank indient. De vennootschap is verplicht het bestaan van het moratorium te melden in al haar communicatie met schuldeisers.

B.C.C. 369, *Re MyTravel Group Plc.*, [2004] WL 3520104, *Re MyTravel Group Plc.*, [2005] B.C.C. 457 *Re Bluebrook Ltd.*, [2010] B.C.C. 209.

⁵⁹ *Re Savoy Hotel Ltd* [1981] Ch 35.

⁶⁰ Section 899 CA 2006.

⁶¹ *Re Dorman Long & Co* [1934] Ch. 635, 655-6; *Re National Bank* [1966] 1 W.L.R. 819.

⁶² Section 1A IA, *schedule A1*, en section 382(3) CA.

⁶³ *Schedule A1* bij IA, paragraphs 3 en verder.

67. De *nominee* houdt tijdens het moratorium toezicht op de liquiditeit van de vennootschap. Als hij voorziet dat de vennootschap de CVA niet zal kunnen nakomen, of tijdens het moratorium zonder voldoende liquide middelen zal komen te zitten om het bedrijf voort te zetten als bedoeld onder het voorstel, dan zal de *nominee* zijn goedkeuring van het *moratorium* in dienen te trekken, waardoor die tot een einde komt. Na de acceptatie van de CVA heeft de *supervisor* een soortgelijke rol.
68. De schuldenaar heeft binnen de CVA grote vrijheid in de regeling die hij met de concurrente schuldeisers treft. Hij hoeft daarbij niet het uitgangspunt van de *paritas creditorum* te volgen.⁶⁴ Bij de preferente schuldeisers ligt dit anders. Die moeten naar evenredigheid van hun vordering worden voldaan, en hun preferentie kan niet worden aangetast, voor zover de schuldeisers hier niet op individuele basis mee instemmen.⁶⁵ Schuldeisers met een zekerheidsrecht kunnen door de CVA niet tegen hun wil worden gebonden.⁶⁶
69. De *nominee* roept een vergadering van schuldeisers en een vergadering van de aandeelhouders bijeen. Het voorstel kan op de crediteurenvergadering worden aangepast, ook kan een andere *insolvency practitioner* dan de *nominee* worden aangesteld als *supervisor* van de CVA. Een voorstel tot goedkeuring of wijziging van de inhoud van de CVA kan alleen worden aangenomen als de schuldeisers die vóór stemmen minimaal driekwart van de vorderingen houden waarop wordt gestemd. Er wordt niet in groepen gestemd. Schuldeisers met zekerheidsrechten mogen enkel stemmen op het deel van hun vordering dat niet door zekerheidsrechten wordt gedekt. Op de vergadering van aandeelhouders is een simpele meerderheid vereist, waar-bij de stemmen worden gewogen naar het stemgewicht van de aandelen.
70. Het aangenomen voorstel bindt alle schuldeisers die stemrecht hadden op de vergadering van schuldeisers⁶⁷, inclusief de schuldeisers die niet voor de vergadering waren uitgenodigd omdat de *nominee* niet van hun bestaan op de hoogte was. Het antwoord op de vraag of de CVA ook de rechten van de schuldeisers jegens derden aantast hangt af van hetgeen in de concrete CVA is opgenomen.⁶⁸
71. De *nominee*, die doorgaans ook als voorzitter van de beide vergaderingen optreedt, maakt een verslag van de vergaderingen en dient dit binnen vier dagen na de vergadering in bij de rechtbank. Het aangenomen voorstel kan binnen 28 dagen nadat het verslag ervan is ingediend worden aangevochten door de *nominee* en elke partij die op één van de twee vergaderingen stemgerechtigd was of zou zijn geweest als hij zou zijn uitgenodigd. De CVA kan worden aangevochten op grond van een schending van de procedureregels die de uitkomst van de stemming heeft beïnvloed op één van de twee vergaderingen (*material irregularity*) of op grond van het feit dat de CVA de belangen van één of meer schuldeisers of aandeelhouders *unfairly* bevoordeelt. Hierbij is onder meer van belang of de betrokken partij onder de CVA meer ontvangt dan hij bij liquidatie zou ontvangen, maar er is geen algemene test om te bepalen of er in een concreet geval sprake is van een *unfair arrangement*.⁶⁹ De rechtbank hoeft niet te toetsen of de aangenomen regeling voor de schuldeisers het best mogelijke compromis

⁶⁴ *Inland Revenue Commissioners v Wimbledon Football Club Ltd* [2004] B.C.C. 638, para. 18.

⁶⁵ IA 1986 section 4 lid 4.

⁶⁶ IA 1986 section 4 lid 3.

⁶⁷ IA 1986 s 5(2).

⁶⁸ *Johnson v Davies* [1998] 2 All E.R.

⁶⁹ *SISU Caoital Fund Ltd v Tucker* [2006] B.C.C. 463, *Prudential Assurance Co Ltd v ORG Powerhouse Ltd* [2007] EWHC 1002.

was. De rechtbank moet de voorliggende regeling vergelijken met de situatie dat er geen regeling zou zijn.

72. Naar aanleiding van een suggestie van de *Insolvency Service* in 2000 is er debat geweest over de vraag of nieuwe investeringen in een bedrijf dat in moeilijkheden verkeert, bijvoorbeeld binnen een CVA, een bijzondere hoge rang in een mogelijk daaropvolgende vereffening zouden moeten krijgen. De regering besloot uiteindelijk echter om dit niet in te voeren, onder meer met als reden dat de markt de condities van financiering dient te bepalen, ook wanneer het slecht gaat met een onderneming.⁷⁰
73. Een verschil met de *scheme of arrangement* is dat bij een CVA de bezwaar makende partij moet aantonen dat de CVA *unfair* is, terwijl bij de *scheme* de rechter zelfstandig toetst. Verder kan een *scheme* wel zekerheidsgerechtigden binden en een CVA niet. Een *scheme* is echter beduidend complexer en uitgebreider dan een CVA. Dat houdt er onder meer verband mee dat de stemming bij een *scheme* in *classes* plaatsvindt.

4.2 *Akkoord in insolventie*

74. Van de verschillende Engelse insolventieprocedures is *administration* de belangrijkste procedure die is gericht op het voortbestaan van de onderneming. Andere reorganisatieprocedures, zoals *administrative receivership* worden nauwelijks nog en ook steeds minder toegepast.⁷¹
75. *Administration* is een insolventieprocedure die kan worden geopend door de rechtbank op verzoek van de vennootschap zelf, de bestuurders, één of meer schuldeisers, bepaalde magistraten, en de supervisor van een eventuele CVA van de vennootschap. De *administration* is geregeld in *schedule B1* bij de *Insolvency Act 1986*. Onder omstandigheden kan de *administration* ook zonder tussenkomst van de rechter worden geopend door de houder van een *floating charge*, of door de vennootschap zelf.
76. De rechtbank wijst het verzoek om opening van de *administration* toe als het bedrijf zijn schulden niet kan voldoen, of daar waarschijnlijk niet toe in staat zal zijn, en het waarschijnlijk is dat de *administration* zijn doel bereikt. Dit doel kan zijn het redden van het bedrijf als lopende onderneming of het bereiken van een beter resultaat voor de schuldeisers dan wanneer er direct tot liquidatie zou worden overgegaan. Wanneer deze doelen niet bereikt kunnen worden kan de *administrator* ook zijn taken uitoefenen met het doel een uitkering te doen aan de zekerheidsgerechtigde of preferente schuldeisers, mits daarmee niet onnodig de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden benadeeld.

⁷⁰ A. McKnight, 'The Reform of Corporate Insolvency Law in Great Britain – the Enterprise Bill 2002' (2002) 17 JIBL 324.

⁷¹ Zie R. Parry, *Corporate Rescue*, London: Sweet & Maxwell 2008, p. 227.

77. Onder bepaalde omstandigheden kan een houder van een *floating charge* ook een *administration* openen zonder dat daarvoor goedkeuring van de rechtbank is vereist. Hiervoor is onder meer vereist dat dit bij het vestigen van de *floating charge* is overeengekomen, de *floating charge* de volledige, of vrijwel de volledige activa van de onderneming omvat, en dat de schuldeiser gerechtigd is zijn *floating charge* uit te winnen.
78. Tijdens een *administration* geldt een moratorium. Behoudens gevallen waarin publieke belangen om directe afwikkeling van het bedrijf vragen kan er geen liquidatieprocedure worden geopend. Ook kunnen zekerheidsrechten niet worden uitgeoefend. Zaken van anderen die de onderneming onder zich heeft kunnen in beginsel niet worden opgeëist, en het aanspannen van een procedure is slechts zeer beperkt mogelijk. De bestuurders van de vennootschap zijn niet bevoegd als bestuurder op te treden zonder toestemming van de *administrator*.
79. De *administrator* stelt een plan op waarin uiteen wordt gezet hoe hij de doelen van de *administration* denkt te kunnen bereiken. Dit plan kan een voorstel voor een CVA omvatten. De schuldeisers stemmen over de voorstellen van de *administrator*.
80. Om een *administration* met een akkoord te eindigen kan gebruik gemaakt worden van de *scheme* of een CVA. Die verlopen in hoofdlijnen op dezelfde wijze als hierboven uiteengezet voor de situatie buiten een insolventieprocedure, zij het met enkele wijzigingen in verband met de positie van de *administrator*.
81. Het voorstel om tot een CVA te komen wordt tijdens een *administration* door de *administrator* gedaan. Die kan hierin zelf worden voorgesteld als *nominee*; hij kan ook een andere *insolvency practitioner* voordragen.
82. Ook een *scheme* kan tijdens een *administration* plaatsvinden. Het voordeel hiervan is dat de *administration* een moratorium kan bieden dat een *scheme* op zich niet kent. Een nadeel is dat de *administration* meer publiciteit vereist dan een *scheme*. Tijdens *administration* wordt de *scheme* aangevraagd door de *administrator*.
- 4.3 *Stille bewindvoering*
83. Er is in dit onderzoek niet gebleken van wettelijke mogelijkheden tot stille bewindvoering onder Engels recht. Wel bestaat de mogelijkheid van een pre-pack, die een soortgelijke functie kan vervullen.

84. De pre-pack onder Engels recht is een activa-transactie onder *administration* die vóór de opening van de *administration* al is uit onderhandeld onder leiding van de *insolvency practitioner* die bij de opening van de *administration* zal worden benoemd tot *administrator*. De mogelijkheid hiertoe bestaat omdat de banken onder bepaalde voorwaarden op basis van hun *floating charge* zelf een *administrator* kunnen benoemen, waardoor hij al eerder in het proces betrokken kan worden en kan deelnemen aan de onderhandelingen over een doorstart. Tijdens de *administration* hoeft dan nog enkel de transactie doorgevoerd te worden, waarna de *administration* weer kan worden gesloten. De onderneming brengt een minimale tijd door in *administration*, en kan als going-concern worden overgedragen met gebruikmaking van de mogelijkheden die een *administration* biedt. Naar schatting vind een pre-pack plaats in minimaal 50% van de *administrations*.⁷²

4.4 Doorleveringsverplichting

85. Het Engelse recht kent een beperkte doorleveringsverplichting. Die is geregeld in section 233 van de *Insolvency Act* 1986. Wanneer de *insolvency practitioner* tijdens een insolventieprocedures of een CVA de leverancier van gas, elektriciteit, water, of telecommunicatie verzoekt die levering voort te zetten, kan die leverancier niet weigeren door te gaan met leveren op grond van een tekortkoming in de nakoming door de schuldenaar vóór opening van de insolventieprocedure.

⁷²

N. Tollenaar, 'Faillissementsrechter van Nederland: geef ons de pre-pack!', TvI 2011/23

5. Frankrijk

86. De Franse regeling omtrent de procedures die samenhangen met de (dreigende) insolventie van ondernemingen is gebaseerd op wetten uit 1984 en 1985.⁷³ Grote herzieningen ten aanzien van (pre-)insolventieprocedures dateren van 1994,⁷⁴ 2005⁷⁵ en 2010⁷⁶. Tussendoor zijn kleine wijzigingen aangebracht om de wet aan de behoeften van de praktijk aan te passen. Alle regelingen zijn geïncorporeerd in de Franse *Code de Commerce* (boek VI) (“C.Com.”).
87. Het Franse recht kent zes procedures die samenhangen met (dreigende) insolventie van een onderneming: het *mandat ad hoc*, de *conciliation*, de *procédure de sauvegarde*, de *procédure de sauvegarde accélérée*, de *redressement judiciaire* en de *liquidation judiciaire*. De eerste vier procedures - het *mandat ad hoc*, de *conciliation* en de beide *sauvegarde* procedures, hebben de strekking de insolventie van de onderneming te voorkomen, de andere twee procedures vooronderstellen de insolventie van de onderneming. De grens tussen solventie en insolventie wordt getrokken bij het punt waarop de onderneming niet meer in staat is de direct opeisbare schulden te voldoen met het direct voorhanden zijnde vermogen. Voor het overzicht hieronder wordt de indeling aangehouden die gemaakt wordt in bijlage A bij de insolventieverordening.⁷⁷ Het *mandat ad hoc* en de *conciliation* worden besproken bij de mogelijkheden om te komen tot een pre-insolventieakkoord (ter voorkoming van de opening van een formele insolventieprocedure). De *procédure de sauvegarde*, de *procédure de sauvegarde accélérée*, de *redressement judiciaire* en de *liquidation judiciaire* worden besproken in het kader van de gerechtelijke procedures die horen bij een insolventieakkoord.

5.1 Pre-insolventieakkoord

88. Voorafgaand aan de insolventie van een onderneming kan deze zich laten bijstaan door een mediator/adviseur. Hiertoe dienen de procedures van het *mandat ad hoc* en de *conciliation* (artt. L611-1 t/m L611-15 CC). Deze procedures hebben als doel onderhandelingen tussen de schuldenaar en de belangrijkste schuldeisers te faciliteren, opdat formele insolventieprocedures voorkomen kunnen worden. In principe kan een niet-meewerkende schuldeiser niet buiten zijn wil om worden gebonden aan een akkoord tussen de schuldenaar en de andere schuldeisers. Het is echter mogelijk voor de Franse rechter om een moratorium van maximaal twee jaar op te leggen aan iedere schuldeiser.⁷⁸ Deze bevoegdheid kan worden ingezet als middel om niet-meewerkende schuldeisers aan te sporen in overleg te treden met de schuldenaar en de andere schuldeisers.

⁷³ Loi du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises; loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises; loi du 25 janvier relative aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires à la liquidation judiciaire.

⁷⁴ Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

⁷⁵ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁷⁶ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière

⁷⁷ Uitvoeringsverordening (EU) nr. 583/2011 van de Raad van 9 juni 2011 tot wijziging van de lijsten van insolventie- en liquidatieprocedures en curatoren die zijn opgenomen in de bijlagen A, B en C bij Verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures en houdende codificatie van de bijlagen A, B en C bij die verordening, Publicatieblad Nr. L 160 van 18/06/2011 blz. 0052 – 0064.

⁷⁸ Art. L611-7, vijfde alinea C.Com.

5.1.1 Mandat ad hoc

89. Het *mandat ad hoc* kan bij de president van de rechtbank worden aangevraagd door een schuldenaar die nog niet in staat van insolventie verkeert. Het verzoek omvat de aanvraag tot aanstelling van een mediator/adviseur, genaamd de *mandataire ad hoc*. De schuldenaar kan om een specifieke *mandataire* verzoeken. De rechtbank geeft meestal gevolg aan een dergelijk verzoek. Normaliter worden *mandataires* gekozen uit een lijst met beschikbare curatoren. Met de aanstelling van de *mandataire* vangt het *mandat ad hoc* aan. De functie van de *mandataire* is om de schuldenaar bij te staan tijdens de onderhandelingen die de schuldenaar voert met derden, zoals de schuldeisers en de werknemers van de onderneming, alsmede het verlenen van hulp bij het in kaart brengen van de (financiële) situatie waarin de onderneming zich bevindt. Een mogelijke conclusie kan zijn dat het openen van een formele insolventieprocedure onafwendbaar is, hoewel het soms mogelijk zal blijken te zijn om na onderhandelingen met de verschillende partijen de onderneming voort te zetten. Gedurende deze fase blijft de schuldenaar het bestuur voeren over de onderneming. Het is de *mandataire* niet toegestaan zich te mengen in het management van de onderneming.
90. Het bestaan van een *mandat ad hoc* is vertrouwelijk en zal alleen worden geopenbaard aan de partijen waarmee onderhandelingen gevoerd dienen te worden om de continuïteit van de onderneming te bewerkstelligen.⁷⁹ Aan schuldeisers staat het vrij om hun vorderingen op de schuldenaar te verhalen,⁸⁰ hoewel de praktijk uitwijst dat dit niet vaak gebeurt. De *mandataire* zal, als onafhankelijke derde partij, dit ook proberen te voorkomen, door aan te geven dat het voortbestaan van de onderneming ook in het belang is van de schuldeisers, inclusief de verhaalzoekende schuldeiser. Van de voortgang van de procedure wordt doorgaans door de *mandataire* een vertrouwelijk verslag naar de president van de rechtbank gestuurd.

5.1.2 Conciliation

91. De procedure van *conciliation* staat open voor schuldenaren met bestaande of voorzienbare juridische, economische of financiële moeilijkheden maar die nog wel solvent zijn, dan wel minder dan 45 dagen insolvent zijn geweest.⁸¹ De *conciliation* dient als vervanger van de vroegere ‘*règlement amiable*’ en heeft veel weg van het *mandat ad hoc*. Zo kan de schuldenaar de benoeming van een *conciliateur* aanvragen bij de president van de rechtbank. De schuldenaar kan om een specifieke *conciliateur* verzoeken, waaraan de rechtbank meestal gevolg geeft. Normaliter worden *conciliateurs* gekozen uit een lijst met beschikbare curatoren. De *conciliateur* treedt op als mediator/adviseur en heeft daarin een zelfde taak als de *mandataire* bij het *mandat ad hoc*: het bijstaan van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen die de schuldenaar voert met derden, zoals de schuldeisers en de werknemers van de onderneming, alsmede het verlenen van hulp bij het in kaart brengen van de (financiële) situatie waarin de onderneming zich bevindt.⁸² Een mogelijke conclusie kan wederom zijn dat het openen van een formele insolventieprocedure onafwendbaar is, hoewel het soms mogelijk zal blijken te zijn om door onderhandelingen te voeren met de verschillende partijen de onderneming voort te zetten. Gedurende deze fase blijft de schuldenaar feitelijk het bestuur

⁷⁹ Art. L611-15 C.Com.

⁸⁰ J. Bonnard, *Droit des entreprises en difficulté* (Hachette, Parijs 2012), p. 38.

⁸¹ Art. L611-4 C.Com.

⁸² Art. L611-7 C.Com.

voeren over de onderneming. Het is de *conciliateur* niet toegestaan zich te mengen in het management van de onderneming.

92. Het bestaan van de *conciliation* is vertrouwelijk en zal alleen kenbaar zijn voor de partijen waarmee onderhandelingen gevoerd worden om de continuïteit van de onderneming te bewerkstelligen.⁸³ Het is niet nodig om alle schuldeisers uit te nodigen om mee te onderhandelen. Ook is het andersom mogelijk om partijen uit te nodigen die geen schuldeiser zijn, zoals vaste leveranciers waarvan voortzetting van de contractuele relatie voor de onderneming van groot belang is. Aan schuldeisers staat het vrij om – tenzij in een de betreffende schuldeiser bindend akkoord anders is bepaald – te proberen hun vorderingen op de schuldenaar te verhalen, hoewel de praktijk uitwijst dat dit niet vaak gebeurt. De *mandataire* zal, als onafhankelijke derde partij, dit ook proberen te voorkomen, door aan te geven dat het voortbestaan van de onderneming ook in het belang is van de schuldeisers, inclusief de verhaalzokende schuldeiser. Van de voortgang van de procedure wordt doorgaans door de *conciliateur* een vertrouwelijk verslag naar de president van de rechtbank gestuurd.
93. De belangrijkste verschillen tussen het *mandat ad hoc* en de *conciliation* zijn de volgende:
- (i) De *conciliateur* kan slechts worden aangesteld voor een periode van maximaal vier maanden, welke periode – in uitzonderingsgevallen – nog éénmaal met één maand verlengd kan worden. De aanstellingsduur van de *mandataire* valt binnen de discretie van de president van de rechtbank en kan dus langer bedragen.
 - (ii) De schuldenaar die een procedure van *conciliation* heeft doorlopen, kan deze zelfde procedure niet nogmaals doorlopen binnen drie maanden na het einde van de eerdere procedure van *conciliation*. Bij het *mandat ad hoc* geldt deze restrictie niet (er is immers geen limiet gesteld op de aanstellingsduur van de *mandataire*).
 - (iii) Anders dan bij het *mandat ad hoc* kan bij een procedure van *conciliation* het uit de procedure voortvloeiende akkoord worden voorgelegd aan de rechtbank ter constatering (*accord de conciliation constaté*) of ter homologatie (*accord de conciliation homologué*).⁸⁴
94. De formele constatering door de president van de rechtbank dat een akkoord is gesloten tijdens de procedure van *conciliation* – hetgeen vertrouwelijk gebeurt – heeft als gevolg dat het akkoord afdwingbaar wordt. Daartoe is vereist dat het akkoord aan de president wordt toegezonden. De inhoud van het akkoord wordt niet door de rechtbank gecontroleerd.

⁸³ Art. L611-15 C.Com.

⁸⁴ Art. L611-8 C.Com.

95. De homologatie van een akkoord dat is gesloten tijdens de procedure van *conciliation* heeft als gevolg dat – in het geval dat de schuldenaar op een later moment insolvent geraakt – twee veranderingen plaatsvinden ten opzichte van de normale procedure:
- (i) Schuldeisers die onder het akkoord dat is gesloten tijdens de procedure van *conciliation* nieuw krediet ter beschikking stellen, profiteren van een hogere rang in een nadien volgende formele insolventieprocedure.⁸⁵ Hetzelfde geldt voor partijen die goederen of diensten beschikbaar hebben gesteld die essentieel zijn voor de voortgang van de onderneming.
 - (ii) Het is voor de rechtbank niet mogelijk om de *période suspecte*⁸⁶ verder terug te laten gaan dan de datum van de homologatie. Dit betekent dat aan de partijen die meewerken aan een akkoord tijdens de *conciliation* een Pauliana-bescherming toekomt.
96. Tijdens de looptijd van het akkoord kunnen de door het akkoord gebonden schuldeisers zich niet individueel verhalen op het vermogen van de schuldenaar.⁸⁷ Schuldeisers die niet door het akkoord gebonden zijn, kunnen hun vorderingen in beginsel gewoon verhalen op het vermogen van de schuldenaar, maar zullen vaak buiten de deur worden gehouden door de mogelijkheid voor een schuldenaar om de rechter te verzoeken een wachtermijn op te leggen.⁸⁸ Deze wachtermijn bedraagt maximaal twee jaar, gedurende welke de vordering niet kan worden verhaald.
97. Een reden voor een onderneming om niet te kiezen voor de homologatie van een akkoord dat is gesloten tijdens de procedure van *conciliation* is er in gelegen dat het bestaan (maar niet de inhoud) van het akkoord openbaar wordt. Hieraan is voor derden af te lezen dat de onderneming in financiële problemen heeft verkeerd, maar inmiddels niet (meer) insolvent is.
98. Een oplossing die in de praktijk gekozen wordt om de voordelen van deze beide procedures te verenigen, is de procedures aaneensluitend te doorlopen. Eerst wordt een *mandat ad hoc* aangevraagd, die door de flexibele aanstellingsduur van de *mandataire* gebruikt kan worden totdat alle opties zijn verkend. Op het moment dat de schuldenaar het idee heeft er met de belangrijkste schuldeisers uit te zullen komen, wordt de rechtbank verzocht om het *mandat* om te zetten in een procedure van *conciliation*, zodat het bereikte akkoord kan worden voorgelegd aan de rechtbank. In geval de *conciliation* niet slaagt, wordt door de rechtbank ambtshalve besloten tot opening van een procedure van *redressement judiciaire* of *liquidation judiciaire*.
99. Van de *conciliation* wordt in de praktijk beperkt gebruik gemaakt. Per jaar worden ongeveer duizend akkoorden door de rechtbank gehomologeerd.⁸⁹

⁸⁵ Art. L611-11, alinea 1 C.Com.

⁸⁶ De periode voorafgaand aan de insolventie waarbinnen schuldeisers transacties die de onderneming heeft gedaan kunnen vernietigen, vast te stellen tot maximaal achttien maanden voorafgaand aan de gerechtelijke uitspraak waarin een formele insolventieprocedure wordt geopend.

⁸⁷ Art. L611-10-1 C.Com.

⁸⁸ Art. L611-7, alinea 5 C.Com., jo. artt. 1244-1 en 1244-3 Code Civil.

⁸⁹ J. Bonnard, *Droit des entreprises en difficulté* (Hachette, Parijs 2012), p. 38.

5.2 Akkoord in insolventie

100. De gerechtelijke procedures in het kader van (dreigende) insolventie van de schuldenaar vallen in twee varianten uiteen. Is de schuldenaar nog in staat de direct opeisbare schulden te voldoen met het direct voorhanden zijnde vermogen, dan staan de mogelijkheden van de beschermde herstructurering door middel van de *procédure de sauvegarde* en/of de *procédure de sauvegarde accélérée* ter beschikking. Is de onderneming insolvent, dan moet gekozen worden voor *redressement judiciaire* of de liquidatie van de onderneming (*liquidation judiciaire*).

101. De *sauvegarde*-procedure en het meer recente alternatief voor deze procedure – de versnelde *sauvegarde*-procedure, oftewel *procédure de sauvegarde accélérée* – dienen er toe de schuldenaar de kans te geven te herstructureren. Zij kennen beide een moratorium, waardoor alle individuele vorderingen van schuldeisers worden bevroren.⁹⁰ *Sauvegarde*-procedures bieden (anders dan de *redressement judiciaire*) geen bijzondere mogelijkheden om werknemers af te laten vloeien. Deze regelingen zijn daarom vooral geschikt voor financiële herstructureringen.

5.2.1 Sauvegarde-procedure (artt. L620-1 t/m L627-4 C.Com.)

102. In het vonnis waarin een *sauvegarde*-procedure wordt geopend bepaalt de rechter een termijn van maximaal zes maanden, die éénmaal kan worden verlengd (in uitzonderingsgevallen twee maal), waarbinnen de onderneming een plan moet opstellen met betrekking tot de manier waarop de onderneming en de schulden dienen te worden geherstructureerd. De rechtbank wijst een bewindvoerder (*administrateur*) aan om de onderneming bij te staan. Indien de rechtbank zo oordeelt, is de medewerking van de *administrateur* vereist voor bepaalde handelingen van de schuldenaar.⁹¹ De schuldenaar kan suggesties doen voor de aan te stellen persoon.

103. Bij de start van de procedure wordt bekeken of de onderneming die in financiële moeilijkheden verkeert een kleine (minder dan 150 werknemers/een omzet van € 20 miljoen) of een grote (boven deze grenzen) onderneming is. Kleine ondernemingen worden ‘versimpeld’ behandeld.⁹² Voor grote ondernemingen (en ondernemingen die naar inzicht van de rechter zulks vereisen) wordt een procedure met crediteurencommissies gestart. Daarin worden minimaal twee commissies gecreëerd. De eerste bestaat uit schuldeisers die de belangrijkste goederen en diensten aan de onderneming leveren, de tweede uit kredietinstellingen en andere financiers.⁹³ Een derde commissie wordt gevormd indien er obligatiehouders zijn. Deze commissies hebben de macht om herstructureringsplannen van de onderneming goed te keuren of af te wijzen. De schuldenaar heeft grote vrijheid in het opstellen van deze plannen. Zo kan er gewerkt worden met afschrijvingen, omzetting van schulden in aandelen (*debt-for-equity swap*), het verkopen van bepaalde delen van de onderneming aan schuldeisers, het overeenkomen van een langere terugbetalingstermijn voor bestaande leningen, etc. Wel is vereist dat het plan rekening houdt met de rangorde van de verschillende schuldeisers. Schuldeisers kunnen alternatieve plannen opstellen en naar de schuldenaar en de

⁹⁰ Met slechts kleine uitzonderingen, zoals voor het eigendomsvoorbehoud en verrekening.

⁹¹ Art. L622-1-II C.Com.

⁹² Art. L626-5 t/m L626-7 C.Com.

⁹³ Art. L626-30 C.Com.

curator sturen, maar deze laatste zijn niet gehouden om deze plannen aan de commissies voor te leggen.

104. Per commissie wordt gestemd door alle schuldeisers. Schuldeisers zijn niet stemgerechtigd indien en voor zover hun vordering niet wordt geraakt wordt door het plan, dan wel als gevolg van het plan volledig zal worden voldaan. Binnen elke commissie is een twee-derde meerderheid vereist van de aanwezige crediteuren.⁹⁴ Elke commissie afzonderlijk moet het plan aannemen voordat het door de rechtbank kan worden bekrachtigd. De commissies hebben 20 tot 30 dagen om een beslissing te nemen op een voorstel van de schuldenaar.
105. Schuldeisers die niet vertegenwoordigd zijn in de commissies, bijvoorbeeld overheidscrediteuren als de belastingdienst, worden, parallel aan de onderhandelingen met de commissies, op individuele basis benaderd.⁹⁵ Het is voor de rechtbank niet mogelijk om deze schuldeisers te binden aan een voorstel van de schuldenaar om hun vorderingen af te waarderen, maar het is wel mogelijk om de voldoening van deze vorderingen uit te stellen (met een maximum van tien jaar).⁹⁶ Deze schuldeisers kunnen eventueel zelfstandig afstand doen van (een deel van) hun vorderingen.
106. Na goedkeuring van de plannen van de schuldenaar door alle commissies dient de rechtbank – alvorens over te gaan tot bekrachtiging – zich er van te vergewissen dat de belangen van alle schuldeisers, inclusief de minderheidscrediteuren uit de commissies, voldoende gewaarborgd zijn. Met het bekrachtigen van de plannen van de schuldenaar worden alle commissieleden (zowel zij die ingestemd hebben als zij die niet ingestemd hebben) gebonden aan deze plannen en worden tegelijkertijd de eventuele afstand van (delen van) vorderingen en aangepaste betalingsregelingen van niet-commissieleden door de rechtbank vastgesteld. De gehele procedure duurt doorgaans tussen de zes en achttien maanden.
107. Op elk moment gedurende de *sauvegarde*-procedure kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of de persoon die hem bijstaat (mandataire, conciliateur, administrateur) de procedure omzetten naar een formele insolventieprocedure, indien daar aanleiding toe bestaat (bijvoorbeeld indien de onderneming in de tussentijd insolvent is geworden).⁹⁷ Ook tijdens de uitvoering van het plan kan een formele insolventieprocedure worden gestart, indien het plan niet juist wordt nagekomen.⁹⁸

5.2.2 Versnelde *sauvegarde*-procedure (artt. L628-1 t/m L628-7 C.Com.)

108. De *procédure de sauvegarde financière accélérée*, ook wel *procédure de sauvegarde accélérée*, voorziet in de mogelijkheid voor grote ondernemingen (meer dan 150 werknemers of omzet boven de € 20 miljoen) om een herstructurering uit te voeren zonder de posities van niet-financiële schuldeisers (bijvoorbeeld leveranciers) te beïnvloeden. Daarom zijn alleen de financiële schuldeisers (bijvoorbeeld financierende banken) bij deze procedure betrokken. Dit biedt het voordeel dat bijvoorbeeld leveranciers niet mee hoeven te stemmen over herstructureringsplannen, hetgeen de kansen op het voortzetten van de onderneming vergroot. De

⁹⁴ Art. L626-30-2 C.Com.

⁹⁵ Op basis van artt. L626-5 en L626-6 C.Com.

⁹⁶ Art. L626-12 C.Com.

⁹⁷ Art. L622-10 C.Com.

⁹⁸ Art. L626-27 C.Com.

procedure gaat gelijk op met de ‘simpele’ *sauvegarde*-procedure, afgezien van het feit dat de commissie met niet-financiële schuldeisers (de eerste commissie, die bestaat uit leveranciers van belangrijke goederen en diensten) niet wordt gevormd. Het is mogelijk om van de *conciliation* direct over te stappen naar een *procédure de sauvegarde accélérée*, indien aannemelijk gemaakt kan worden aan de rechtbank dat er een goede kans bestaat dat de herstructureringsplannen zullen worden aangenomen door de commissie(s) (een soort ‘pre-pack’). Zo kan worden bewerkstelligd dat een *conciliation*-procedure die dreigt te mislukken vanwege de tegenwerking van niet-financiële schuldeisers wordt omgezet in een procedure waarbij die groep schuldeisers niet meer aanwezig is. De gehele procedure mag maximaal één maand beslaan (met een mogelijke verlenging van één maand). Andere schuldeisers dan de financiële schuldeisers worden in hun verhaalsmogelijkheden in principe niet beperkt.

5.2.3 Redressement judiciaire (artt. L631-1 t/m L632-4) en liquidation judiciaire (artt. L640-1 t/m L644-6)

109. Vanaf het moment dat de schuldenaar niet meer in staat is om de direct opeisbare vorderingen van schuldeisers te voldoen met de direct voor handen zijnde middelen, is hij, behoudens wanneer de *conciliation*-procedure is gestart, verplicht binnen 45 dagen de rechtbank te verzoeken een insolventieprocedure te openen (*redressement judiciaire* of *liquidation judiciaire*). Bij de *liquidation judiciaire* wordt de onderneming door een curator te gelde gemaakt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Deze procedure biedt geen mogelijkheid voor een akkoord en zal dan ook verder onbesproken blijven.
110. De *redressement judiciaire* staat open voor schuldenaren die insolvent zijn geraakt maar wiens onderneming bestaansrecht lijkt te hebben. Een curator (*administrateur*) wordt aangesteld die (samen met, of eventueel als vervanger van, het bestuur van de schuldenaar) de onderneming probeert te redden. Op een gelijke wijze als bij de *sauvegarde*-procedure worden de schulden van de onderneming voor een periode van zes maanden (met een mogelijke verlenging van zes maanden en bij uitzondering nog een verlenging van zes maanden) bevroren, zodat tijd wordt gecreëerd om tot een oplossing te komen. Er worden op gelijke wijze als bij de *sauvegarde*-procedure commissies van schuldeisers gevormd die kunnen stemmen over het aannemen van een herstructureringsplan. Dezelfde procedure wordt gevolgd. Dat betekent dat er niet wordt meegestemd door schuldeisers met vorderingen die niet worden geraakt door het herstructureringsplan of die volledig zullen worden voldaan, alsmede dat een twee-derde meerderheid is vereist voor het aannemen van het plan. Bij de *redressement judiciaire* bestaan mogelijkheden om versneld afscheid te nemen van overtollig personeel.
111. Na goedkeuring van de plannen van de schuldenaar door alle commissies dient de rechtbank, alvorens over te gaan tot bekrachtiging, zich er van te vergewissen dat de herstructureringsplannen haalbaar zijn in die zin dat er voldoende financiële armslag bestaat om de (geherstructureerde) schulden af te betalen én te voorzien in de kosten van het draaiende houden van de onderneming. Indien de rechtbank er niet van overtuigd is dat het plan aan deze punten tegemoet kan komen, is het – anders dan bij de *sauvegarde*-procedure – mogelijk voor de rechtbank om de onderneming (deels) te laten veilen.

5.3 *Stille bewindvoering*

112. In het Franse recht oefenen de *mandataire* en de *conciliateur* taken uit die vergelijkbaar zijn met die van de stille bewindvoerder in het Nederlandse Voorontwerp Insolventiewet. Deze procedures zijn hierboven besproken onder 5.1.

5.4 *Doorleveringsverplichting*

113. De vraag naar een eventuele doorleveringsverplichting in verband met het tot stand komen van een akkoord is in het bijzonder relevant tijdens de *période d'observation* (het moratorium waarin de vorderingen van schuldeisers bevroren zijn in het kader van *procédure de sauvegarde*), omdat dan duidelijk is aan schuldeisers dat zij buiten hun zin gebonden zullen kunnen worden aan een akkoord en zij daarom wellicht onder lopende contracten uit zullen willen. Voor de onderneming kan het belangrijk zijn om bepaalde contractuele relaties voort te zetten, terwijl andere worden beëindigd.
114. Een specifieke doorleveringsverplichting voor bijvoorbeeld nutsvoorzieningen bestaat niet in het Franse recht. De regeling aangaande de werking van contracten in geval van de opening van de *procédure de sauvegarde* voorziet in een beperkte plicht tot het nakomen van voorafgaand aan de procedure gesloten overeenkomsten. Lopende contracten kunnen niet worden aangepast of opgezegd door schuldeisers vanwege het enkele feit dat een *procédure de sauvegarde* is geopend. Contractuele bepalingen die anders bepalen, hebben geen werking.⁹⁹ Wel is het mogelijk om in geval van wanprestatie onder bepaalde voorwaarden onder een overeenkomst uit te komen.
115. Indien beide partijen bij een overeenkomst nog niet gepresteerd hebben, heeft de curator het exclusieve recht om de overeenkomst gestand te doen.¹⁰⁰ Indien de wederpartij bij een overeenkomst de curator om nakoming verzoekt, mag de wederpartij de overeenkomst ontbinden indien de curator niet binnen een maand reageert.¹⁰¹ Indien de curator de overeenkomst wel gestand doet, wordt de overeenkomst voortgezet. De curator en de wederpartij zijn dan ieder gehouden de verbintenissen uit de overeenkomst na te komen. De wederpartij mag niet weigeren na te komen omdat de schuldenaar voorafgaand aan de opening van de *procédure de sauvegarde* gewanpresteerd heeft.¹⁰² Vorderingen van vóór de opening van de procedure moeten worden ingebracht in de procedure. Vorderingen tot betaling van een geldsom die na de opening van de procedure ontstaan zijn boedelschulden.¹⁰³ Ze dienen gelijk voldaan te worden zodra ze opeisbaar zijn. De curator heeft de mogelijkheid om de betaling van een geldsom op te schorten, mits hij weet dat hij de schuld op een later moment zal kunnen voldoen.¹⁰⁴

⁹⁹ Art. L622-13 I, alinea 1 C.Com.

¹⁰⁰ Art. L622-13 II C.Com.

¹⁰¹ Art. L622-13 III sub 1 C.Com.

¹⁰² Art. L622-13 I, alinea 2 C.Com.

¹⁰³ Art. L622-17 I en II C.Com.

¹⁰⁴ Art. L622-13 II C.Com.

116. Er bestaan twee mogelijke situaties waarin een lopende overeenkomst rechtmatig eindigt, ondanks de wil van de schuldenaar:
- (i) Indien, anders dan vereist, de betaling van een geldsom niet direct plaatsvindt terwijl de geldsom opeisbaar is geworden, wordt de overeenkomst ontbonden;
 - (ii) Indien de curator, bij duurovereenkomsten, voorziet dat de volgende termijn niet betaald zal kunnen worden, is hij gehouden de overeenkomst op te zeggen.¹⁰⁵
- Deze opsomming is limitatief.¹⁰⁶ In beide gevallen wordt de beëindiging van de overeenkomst vastgesteld door de rechter.

¹⁰⁵

Art. L622-13 III C.Com.

¹⁰⁶

Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 7 novembre 2006, n° 05-17112.

6. Italië

117. Het Italiaanse insolventierecht, dat is neergelegd in de *Legge Fallimentare* (“LF”), is in 2012 ingrijpend herzien op het gebied van akkoorden en herstructureringsplannen. De wijzigingen die in 2012 zijn doorgevoerd beogen de flexibiliteit van de beschikbare instrumenten te vergroten, meer ‘tailor made’ oplossingen mogelijk te maken en de tussenkomst van de rechter of andere overheidsinstanties terug te dringen.

6.1 Pre-insolventieakkoord

118. Het Italiaanse recht kent diverse instrumenten die kunnen worden ingezet bij een herstructurering van de schulden van een onderneming in financiële moeilijkheden ter voorkoming van de opening van een formele insolventieprocedure:

- (i) *piani attestati di risanamento* (art. 67 LF);
- (ii) *accordi di ristrutturazioni dei debiti* (art. 182bis LF);
- (iii) *concordato preventivo* (art. 160 e.v. LF).

6.1.1 Piani attestati di risanamento (“herstructureringsplan”)

119. Het herstructureringsplan is een buitengerechtelijk akkoord. Er is geen rechterlijke bemoeienis, bijvoorbeeld in de vorm van homologatie. De onderhandelingen tussen de schuldenaar en de schuldeisers vinden niet plaats onder de bescherming van een moratorium. Schuldeisers kunnen in beginsel procedures aanhangig maken, overgaan tot het nemen van verhaal of het faillissement van de schuldenaar aanvragen.

120. De inhoud van het herstructureringsplan is zeer flexibel. Het plan kan bijvoorbeeld strekken tot uitstel van de betaling van of kwijtschelding van (een deel van) de vorderingen van financiële schuldeisers (bijvoorbeeld banken), omzetting van schulden in aandelen (*debt-for-equity swap*), voorzien in het afstoten van bedrijfsonderdelen, etc.

121. Het herstructureringsplan wordt opgesteld door de schuldenaar, veelal in overleg met de belangrijkste schuldeisers, in het bijzonder de financiële schuldeisers. Er is geen sprake van een dwangakkoord. Schuldeisers kunnen alleen worden gebonden indien zij instemmen met het plan.

122. Het herstructureringsplan moet voorzien zijn van een verklaring van een onafhankelijke deskundige dat het plan haalbaar is en kan leiden tot het financiële herstel van de schuldenaar. De deskundige moet tevens bevestigen dat de financiële gegevens van de schuldenaar waarop het plan is gebaseerd, betrouwbaar zijn.

123. Rechtshandelingen, zoals betalingen of vestiging van zekerheden e.d., die zijn verricht ter uitvoering van een herstructureringsplan als hiervoor bedoeld kunnen niet door een curator in een opvolgend faillissement worden aangetast met een beroep op de faillissementspauliana.

6.1.2 Accordi di ristrutturazioni dei debiti (“gehomologeerd herstructureringsplan”)

124. Het gehomologeerde herstructureringsplan als bedoeld in art. 182bis LF is een figuur die in zekere zin het midden houdt tussen een puur buitengerechtig herstructureringsplan en een gerechtelijk akkoord. Het plan komt tot stand buiten het kader van een formele procedure, maar behoeft wel homologatie door de rechter.
125. Het herstructureringsplan moet worden overeengekomen met schuldeisers die tenminste 60% van het totale bedrag aan vorderingen op de schuldenaar vertegenwoordigen. In de praktijk wordt dit type plan dan ook voornamelijk gebruikt in situaties waarin de schulden van de onderneming zijn geconcentreerd bij slechts enkele schuldeisers.
126. Onder bepaalde omstandigheden kan de rechter op verzoek van de schuldenaar bevelen dat tijdens de onderhandelingen over het plan een moratorium van kracht is en schuldeisers geen verhaalsmaatregelen mogen nemen.
127. Bij het verzoek om homologatie moet een verklaring van een deskundige worden overgelegd dat het herstructureringsplan uitvoerbaar is, dat de financiële gegevens waarop het is gebaseerd betrouwbaar zijn en dat de schuldenaar in staat is binnen een maximale termijn van 120 dagen (te rekenen vanaf het moment van homologatie of, indien dat moment later is, het moment van opeisbaarheid) zijn verplichtingen jegens schuldeisers die geen partij zijn bij het plan, volledig na te komen. Schuldeisers die geen partij zijn bij het plan kunnen vóór het verstrijken van die 120 dagen termijn geen betaling afdwingen.
128. De schuldenaar is verantwoordelijk voor het indienen van het verzoek tot homologatie bij de rechter en het verzoek tot publicatie van het plan in het handelsregister. Gedurende een periode van 60 dagen na publicatie in het handelsregister geldt een moratorium waarin schuldeisers geen verhaalsmaatregelen kunnen nemen.
129. Rechtshandelingen, zoals betalingen of vestiging van zekerheden, die zijn verricht ter uitvoering van een gehomologeerd herstructureringsplan kunnen niet door een curator in een opvolgend faillissement worden aangetast met een beroep op de faillissementspauliana.
130. Aan vorderingen voortvloeiend uit leningen die aan de schuldenaar worden verstrekt in het kader van een gehomologeerd herstructureringsplan is een hoge rang toegekend (zij gelden als ‘*super senior facilities*’). Voor door aandeelhouders verstrekte leningen geldt deze hoge rang slechts voor 80% van de vordering.¹⁰⁷

6.1.3 Concordato preventivo (“preventief akkoord”)

131. Het preventief akkoord is een gerechtelijk dwangakkoord. Oorspronkelijk was het preventief akkoord gericht op liquidatie maar het kan tegenwoordig ook zijn gericht op reorganisatie van de (onderneming van de) schuldenaar. Het preventief akkoord komt tot stand in het kader van een gerechtelijke procedure die alleen kan worden geopend op initiatief van de schuldenaar die voorziet dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden dan wel verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen.

¹⁰⁷ In afwijking van de algemene wettelijke achterstelling van aandeelhoudersleningen naar Italiaans recht.

132. Het verzoek aan de rechter tot het openen van de procedure moet vergezeld gaan van een herstructureringsplan waarin gemotiveerd wordt aangegeven op welke wijze en onder welke voorwaarden de herstructurering zal plaatsvinden.¹⁰⁸ Dit plan kan onder meer behelzen:
- (i) uitgestelde betaling of kwijtschelding van (een deel van) de vorderingen van schuldeisers;
 - (ii) voldoening van schuldeisers op verschillende manieren, bijvoorbeeld door middel van overdracht van activa, de verstrekking van aandelen of andere effecten (zoals converteerbare obligaties e.d.);
 - (iii) overdracht van de onderneming van de schuldenaar aan derden, inclusief schuldeisers;
 - (iv) onderverdeling van schuldeisers in groepen, gebaseerd op hun rechtspositie en economisch belang, waarbij schuldeisers in verschillende groepen verschillend mogen worden behandeld.
133. Het verzoek moet voorts vergezeld gaan van een verklaring van een onafhankelijke deskundige dat het plan uitvoerbaar is en dat de financiële gegevens waarop het is gebaseerd betrouwbaar zijn. Indien het plan voorziet in de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar (bijvoorbeeld met het oog op een overdracht van de onderneming als een going concern), moet de verklaring van de deskundige ook inhouden dat de voortgang van de onderneming in het belang is van de schuldeisers.
134. Gedurende de procedure (vanaf het moment van publicatie van het verzoek in het handelsregister) is een moratorium van kracht en kunnen schuldeisers geen conservatoire of executoriale maatregelen nemen ten aanzien van het vermogen van de schuldenaar.
135. Op verzoek van de schuldenaar kan de rechter toestaan dat bepaalde overeenkomsten door de schuldenaar mogen worden beëindigd of dat de nakoming van bepaalde overeenkomsten met een termijn van 60 dagen wordt opgeschort. Deze ter gelegenheid van de herziening van 2012 aangebrachte wijzigingen in de Italiaanse Faillissementswet beogen bij te dragen aan de herstructurering van de onderneming door mogelijk te maken dat de onderneming zich kan ontdoen van voor de bedrijfsvoering niet essentiële contracten.
136. Op verzoek van de schuldenaar kan de rechter (vanaf het moment van het indienen van het verzoek tot toelating tot de procedure) toestaan dat de schuldenaar nieuwe leningen aangaat, al dan niet door pand- of hypotheekrechten gecureerd, en bepaalde strategische oude schuldeisers betaalt. Voorwaarde is wel dat de schuldenaar een verklaring overlegt van een onafhankelijke deskundige dat dergelijke leningen of betalingen noodzakelijk zijn voor de voortgang van de onderneming en (daardoor) in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers.
137. Als de rechter het verzoek om toelating tot de procedure toewijst, benoemt de rechter een rechter-commissaris en een bewindvoerder (wiens taak het is om toezicht te houden op de schuldenaar) en roept hij een vergadering van schuldeisers bijeen waarin zal worden gestemd over het akkoord.

¹⁰⁸ Het verzoek kan in bepaalde gevallen ook zonder concept plan worden ingediend. De rechter zal dan een termijn bepalen van, in beginsel, 60-120 dagen waarbinnen het concept plan moet zijn ingediend.

138. Voor het aannemen van het akkoord is vereist dat schuldeisers die de meerderheid van de vorderingen op de schuldenaar vertegenwoordigen, vóór het akkoord stemmen. Als het akkoord voorziet in onderverdeling van de schuldeisers in groepen, moet de meerderheid van de groepen vóór het akkoord stemmen.
139. Zekerheidsgerechtigden mogen in beginsel niet stemmen. Zij mogen slechts op hun vorderingen een stem uitbrengen tot het bedrag dat zij niet voldaan zullen worden onder het akkoord of indien en voor zover zij afstand doen van hun zekerheidsrecht. Het akkoord kan voorzien in een uitkeringspercentage van minder dan 100% aan zekerheidsgerechtigden indien het aan hen aangeboden bedrag niet lager is dan de – door een onafhankelijke deskundige getaxeerde – marktwaarde van het goed/de goederen waarop het zekerheidsrecht rust.
140. Schuldeisers die niet stemmen, worden specifiek vermeld in het proces-verbaal van de stemming. Indien zij niet binnen een bepaalde termijn uitdrukkelijk aangeven tegen het akkoord te zijn, worden zij geacht vóór het akkoord te hebben gestemd.
141. Als het akkoord is aangenomen door de schuldeisers beslist de rechter over de homologatie ervan. De schuldenaar, de rechter-commissaris, tegenstemmende schuldeisers en andere belanghebbenden krijgen de gelegenheid om hun standpunt naar voren te brengen. De beslissing van de rechter omtrent de homologatie is vatbaar voor hoger beroep.
142. De schuldenaar behoudt het recht om zijn vermogen te beheren en erover te beschikken maar hij staat, ook gedurende de uitvoering van het preventief akkoord, onder toezicht van een door de rechtbank benoemde bewindvoerder. Voor handelingen die niet plaatsvinden in het kader van de normale bedrijfsuitoefening, behoeft de schuldenaar toestemming van de rechter.
143. Rechtshandelingen, zoals betalingen of vestiging van zekerheden, die zijn verricht ter uitvoering van een gehomologeerd preventief akkoord kunnen niet door een curator in een opvolgend faillissement worden aangetast met een beroep op de faillissementspauliana.
144. Aan vorderingen voortvloeiend uit leningen die aan de schuldenaar worden verstrekt in het kader van een gehomologeerd preventief akkoord is een hoge rang toegekend (zij gelden als ‘super senior facilities’). Voor door aandeelhouders verstrekte leningen geldt deze hoge rang slechts voor 80% van de vordering.

6.2 *Akkoord in insolventie*

145. Ook insolventieprocedures kunnen onder de Italiaanse insolventierecht door middel van een akkoord worden beëindigd.

6.2.1 *Concordato fallimentare*

146. In faillissement kunnen zowel de schuldenaar als een of meer schuldeisers of een derde (waaronder de curator) een akkoordvoorstel indienen.

147. Het akkoord kan voorzien in:
- (i) de verdeling van schuldeisers in groepen, gebaseerd op hun rechtspositie en economisch belang;
 - (ii) de verschillende behandeling van groepen schuldeisers, mits wordt toegelicht waardoor het verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd en de wettelijke rangorde van schuldeisers in acht wordt genomen;
 - (iii) de voldoening van schuldeisers op verschillende manieren, waaronder toewijzing aan schuldeisers of groepen van schuldeisers van aandelen, (converteerbare) obligaties of andere effecten;
 - (iv) de gedeeltelijke voldoening van vorderingen van zekerheidsgerechtigden, met inachtneming van de wettelijke rangorde en onder de voorwaarde dat zekerheidsgerechtigden niet minder ontvangen dan de waarde van de met zekerheidsrechten belaste goederen, conform de taxatie van een door de rechtbank benoemde deskundige.
148. Het akkoord kan ook een liquidatieakkoord zijn.
149. Het akkoord moet worden ingediend bij de rechter-commissaris, tezamen met een opinie van de schuldeiserscommissie en de curator.
150. Voor het aannemen van het akkoord is vereist dat een meerderheid van de tot de stemming toegelaten crediteuren (concurrente crediteuren en zekerheidsgerechtigden voor zover zij niet kunnen worden voldaan uit de opbrengst van hun zekerheid of afstand hebben gedaan van hun zekerheidsrechten) die een meerderheid van het totaal aantal toegelaten vorderingen vertegenwoordigen, vóór het akkoord stemt.
151. Een door de schuldeisers aangenomen akkoord is verbindend na homologatie door de rechter.
152. Als het akkoord voorziet in de onderverdeling van schuldeisers in groepen, kan de rechter een akkoord homologeren, ook als in één of meer groepen geen meerderheid voor het akkoord is bereikt, indien:
- (i) schuldeisers die een meerderheid van het totaal aantal vorderingen vertegenwoordigen, hebben voorgestemd;
 - (ii) de meerderheid van de groepen voor het akkoord heeft gestemd; en
 - (iii) de rechter van oordeel is dat de schuldeisers in de tegenstemmende groep niet slechter af zijn onder het akkoord dan in een ander scenario.

6.2.2 De “Wet van Marzano”

153. Voor grote ondernemingen die aan bepaalde voorwaarden voldoen, geldt een bijzondere herstructureringsprocedure, de zogeheten Wet van Marzano.

154. Deze wet voorziet in een herstructureringsplan dat door de bewindvoerder kan worden ingediend en, onder meer, kan inhouden:
- (i) de onderverdeling van schuldeisers in groepen, gebaseerd op hun rechtspositie en hun economische belangen;
 - (ii) de verschillende behandeling van groepen schuldeisers;
 - (v) de voldoening van schuldeisers op verschillende manieren, waaronder toewijzing aan schuldeisers of groepen van schuldeisers van aandelen, (converteerbare) obligaties of andere effecten;
 - (iii) de overdracht van de activa van de schuldenaar aan een derde (inclusief crediteuren of aan de crediteuren gelieerde partijen).
155. Voor het aannemen van het akkoord is vereist dat een meerderheid van de tot de stemming toegelaten schuldeisers die een meerderheid van het totaal aantal toegelaten vorderingen vertegenwoordigen, vóór het akkoord stemt. Schuldeisers die niet stemmen, worden geacht vóór het akkoord te hebben gestemd.
156. Een door de schuldeisers aangenomen akkoord is verbindend na homologatie door de rechter.
157. Als het akkoord voorziet in de onderverdeling van schuldeisers in groepen, kan de rechter een akkoord homologeren, ook als in één of meer groepen geen meerderheid voor het akkoord is bereikt, indien:
- (i) de meerderheid van de groepen voor het akkoord heeft gestemd; en
 - (ii) de rechter van oordeel is dat de schuldeisers in de tegenstemmende groep niet slechter af zijn onder het akkoord dan in een ander scenario.

6.3 *Stille bewindvoering*

158. Weliswaar voorziet Italiaans recht in het geval van de hiervoor besproken pre-insolventieakkoorden in de inschakeling van deskundigen (door de schuldenaar), maar van stille bewindvoering lijkt geen sprake.

6.4 *Doorleveringsverplichting*

159. Sinds de herziening van de Italiaanse Faillissementswet in 2012 kan in het kader van het preventief akkoord (*concordato preventivo*) een lopende overeenkomst niet worden beëindigd door de wederpartij op de enkele grond dat toegang is verzocht tot deze procedure (wel indien sprake is van een tekortkoming). Een vergelijkbare regel gold al voor het faillissement op basis van art. 72 (6) LF.
160. In geval van faillissement (art. 104 (7) LF) of toepassing van de herstructureringsprocedure onder de Wet van Marzano (art. 50 van wet 270/1999), geldt dat lopende overeenkomsten worden gecontinueerd, tenzij de curator of de bewindvoerder besluit deze op te schorten of te beëindigen.

7. Spanje

161. Tot 2003 was het Spaanse faillissementsrecht verspreid over een groot aantal verschillende wetten, waarvan een aanzienlijk deel stamde uit de tweede helft van de negentiende eeuw. In 2003 is het Spaanse faillissementsrecht ingrijpend herzien en samengebracht in een nieuwe wet, de *Ley Concursal*, *Ley 22/2003* ("LC"). Daarbij zijn bovendien de verschillende procedures vervangen door één insolventieprocedure (*concurso*), en alle rechtszaken met betrekking tot insolventieprocedures samengebracht bij gespecialiseerde rechtbanken (*Juzgados de lo mercantil*). In 2009 (*Real Decreto Ley 3/2009*) en 2011 (*Ley 38/2011*) zijn aanpassingen van de *Ley Concursal* doorgevoerd, met als doel het reorganiserend vermogen van het Spaanse insolventierecht te versterken. Daarbij is onder meer de mogelijkheid ingevoerd herfinancieringsovereenkomsten (*acuerdos de refinanciación*) te beschermen tegen aantasting ervan op grond van de actio Pauliana, en de mogelijkheid deze te laten homologeren. Hieronder worden eerst deze twee instrumenten besproken en daarna de mogelijkheden van een akkoord binnen het kader van een formele insolventieprocedure.

7.1 Pre-insolventieakkoord

7.1.1 Paulianabescherming van herfinancieringsovereenkomsten

162. De regeling omtrent herfinancieringsovereenkomsten kent twee instrumenten waarvan ofwel enkel de eerste, ofwel beide kunnen worden toegepast. Herfinancieringsovereenkomsten kunnen ten eerste onder bepaalde voorwaarden worden beschermd tegen aantasting op grond van de actio Pauliana tijdens een eventueel opvolgende insolventieprocedure. Als de herfinancieringsovereenkomst bovendien aan enkele aanvullende voorwaarden voldoet kan die ook worden gehomologeerd. Hieronder wordt eerst ingegaan op de Paulianabescherming, en vervolgens op de homologatie.

163. De bescherming van herfinancieringsovereenkomsten tegen de actio Pauliana is vastgelegd in art. 71 lid 6 LC. Dergelijke overeenkomsten, en de uitvoering ervan, kunnen niet worden aangetast met de actio Pauliana indien de overeenkomst:

- (i) een aanzienlijke vergroting van het beschikbare krediet, of aanpassing van de verplichtingen inhoudt, en
- (ii) deel uitmaakt van een plan dat is gericht op het voortbestaan van de onderneming op de korte en middellange termijn (*plan de viabilidad*), en
- (iii) ondertekend is door schuldeisers wiens vorderingen gezamenlijk ten minste zestig procent van de verplichtingen van de onderneming omvatten, en
- (iv) positief is beoordeeld door een onafhankelijke expert die is aangesteld door de kamer van koophandel (*Registro Mercantil*), en onder meer ingaat op de redelijkheid en haalbaarheid van het plan, en de volledigheid van de informatie die hem door de debiteur is verstrekt, en
- (v) is neergelegd in een notariële akte (*instrumento público*).

164. Als de debiteur deel uitmaakt van een groep gelden bijzondere regels ten aanzien van de beoordeling van het vereiste aantal schuldeisers dat het plan steunt en de beoordeling van het plan door de onafhankelijke expert.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Art. 71 lid 6 LC.

165. Om de totstandkoming van dergelijke overeenkomsten te vergemakkelijken kan de debiteur zijn plicht tot het aanvragen van zijn eigen faillissement¹¹⁰ drie maanden opschorten door aan de rechtbank die bevoegd is zijn faillissement uit te spreken te laten weten dat hij onderhandelt over de totstandkoming van een herfinancieringsovereenkomst of versneld faillissementsakkoord.¹¹¹ Na die periode van drie maanden moet de debiteur, onafhankelijk van de vraag of er een herfinancieringsovereenkomst of voorstel tot versneld faillissementsakkoord tot stand is gekomen, zijn faillissement aanvragen, tenzij hij weer in staat is zijn opeisbare vorderingen te voldoen.
166. Daarnaast heeft de Spaanse wetgever de vorderingen die ontstaan door het verstrekken van nieuw krediet in een herfinancieringsovereenkomst die voldoet aan bovengenoemde voorwaarden van hoge rangorde voorzien. In een eventueel volgend faillissement gelden dergelijke vorderingen voor de helft als boedelvordering (*contra la masa*).¹¹² De andere helft van de vordering is preferent (*con privilegio general*).¹¹³

7.1.2 Homologatie van herfinancieringsovereenkomsten

167. Een stap verder dan de enkele bescherming tegen de actio Pauliana is de homologatie (*homologación*) van een herfinancieringsovereenkomst. De rechtbank zal de homologatie uitspreken op verzoek van de debiteur mits de herfinancieringsovereenkomst, naast de eerder genoemde voorwaarden van art. 71 lid 6 LC, bovendien
- wordt gesteund door crediteuren die ten minste drie kwart van de vorderingen in handen van financiële instellingen (*entidades financieras*) houden, en
 - geen disproportionele last (*sacrificio desproporcionado*) oplegt aan crediteuren die financiële instellingen zijn.¹¹⁴
168. Het in een gehomologeerde herfinancieringsovereenkomst bedongen uitstel van betaling (*la espera pactada*) kan ook worden opgelegd aan andere crediteuren die financiële instelling zijn en geen partij waren bij de herfinancieringsovereenkomst, of daartegen waren. Dit kan echter niet indien hun vorderingen zijn gedekt door zakelijke zekerheidsrechten (*garantía real*).¹¹⁵ Bovendien kan de rechter bij de homologatie een in het akkoord opgenomen termijn waarbinnen financiële instellingen geen executiemaatregelen mogen treffen verbindend verklaren voor de andere financiële instellingen. Deze termijn mag maximaal drie jaar bedragen.

7.2 Akkoord in insolventie

169. Onder het Spaanse insolventierecht zijn er twee manieren om tot een faillissementsakkoord te komen. Het akkoord kan aan het einde van de reguliere insolventieprocedure tot stand komen, of reeds eerder wanneer er een vervroegd voorstel voor een akkoord (*propuesta anticipada de convenio*) wordt ingediend.

¹¹⁰ Art. 5 LC

¹¹¹ Art. 5 bis LC.

¹¹² Art. 84 lid 2 aanhef en sub 11 LC.

¹¹³ Art. 91 aanhef en sub 6 LC.

¹¹⁴ Vierde aanvullende bepaling (*Disposición adicional cuarta*) bij de *Ley Concursal*

¹¹⁵ Vierde aanvullende bepaling (*Disposición adicional cuarta*) bij de *Ley Concursal*

170. In de eerste fase van het faillissement onderzoekt (onderzoeken) de curator(en) (*la administración concursal*), de situatie van de onderneming, het vermogen van en de vorderingen op de failliet. Behoudens bijzondere omstandigheden dient hij hierover binnen twee maanden een rapport uit te brengen.¹¹⁶
171. Als er geen verzoek tot liquidatie of een vervroegd voorstel voor een akkoord is gedaan verklaart de rechtbank, nadat de termijn om bezwaar te maken tegen het verslag van de curator is verlopen, dat het faillissement de akkoord-fase (*fase de convenio*) in gaat.¹¹⁷ De rechtbank roept dan de crediteurenvergadering bijeen.
172. De failliet kan echter ook al hiervoor, op zijn vroegst tegelijk met de faillissementsaanvraag, een vervroegd voorstel voor een akkoord indienen. Voor het indienen is vereist dat het voorstel wordt ondersteund door schuldeisers die ten minste één vijfde van de totale vorderingen op de debiteur bezitten, tenzij het voorstel gelijktijdig met de vrijwillige aanvraag van het faillissement wordt gedaan, in welk geval de ondersteunende schuldeisers slechts een tiende van het totaal aantal vorderingen hoeven te vertegenwoordigen.¹¹⁸ De curatoren (*administración concursal*) worden in de gelegenheid gesteld op het voorgestelde akkoord te reageren.
173. De stemgerechtigde schuldeisers kunnen het versnelde voorstel steunen door dit aan te geven aan de griffier. Binnen vijf dagen nadat de curatoren hun rapport over het vermogen van en de vorderingen op de failliet hebben ingediend, of nadat de procedures daarover zijn afgerond, stelt de griffier vast of het versnelde voorstel voor een akkoord de vereiste meerderheid heeft gehaald. De vereiste meerderheid is gelijk aan die van een regulier akkoord, zoals hieronder uiteengezet. Als die meerderheid is gehaald verklaart de rechtbank het versnelde akkoord voor aangenomen, tenzij zij ambtshalve vaststelt dat het akkoord niet kan worden goedgekeurd, of er bezwaar tegen gemaakt is, zoals beiden hieronder beschreven voor een regulier akkoord. Als het versnelde voorstel voor een akkoord niet wordt aangenomen als versneld akkoord kan de failliet ervoor kiezen dit alsnog als een regulier akkoord voor te stellen.
174. Voor zowel een regulier als een versneld akkoord geldt dat het voorgestelde akkoord kwijtschelding van schulden, en/of uitstel van betaling moet bevatten. De concurrente vorderingen (*créditos ordinarios*) kunnen niet voor meer dan de helft worden kwijtgescholden, of voor langer dan vijf jaar worden opgeschort tenzij de onderneming van bijzonder belang is voor de economie (*especial trascendencia para la economía*).¹¹⁹ Het voorstel voor een akkoord kan meerdere alternatieven bevatten. Voorstellen die de werking van het akkoord afhankelijk maken van voorwaarden zijn nietig.¹²⁰ Het voorstel dient mede te worden ondertekend door eventuele externe financiers ervan.¹²¹ Het akkoord kan niet de liquidatie van de debiteur regelen op een wijze anders dan in de wet voorzien, of voorzien in de overdracht van activa aan schuldeisers ter betaling op hun vorderingen.¹²²

¹¹⁶ Art. 74 LC.

¹¹⁷ Art. 111 LC.

¹¹⁸ Art. 106 LC.

¹¹⁹ Art. 100 LC.

¹²⁰ Art. 101 LC.

¹²¹ Art. 99 LC.

¹²² Art. 100 lid 3 LC.

175. De benodigde meerderheid om een akkoord aan te nemen hangt af van de inhoud van het voorgestelde akkoord.¹²³ Het uitgangspunt is dat een akkoord is aangenomen wanneer de schuldeisers die vóór stemmen ten minste de helft van de concurrente vorderingen in handen hebben. Echter, als het akkoord voorziet dat alle concurrente vorderingen worden voldaan met een uitstel van niet meer dan drie jaar, of alle opeisbare vorderingen direct worden voldaan met een kwijtschelding van niet meer dan twintig procent, dan is het akkoord reeds aangenomen wanneer de schuldeisers die vóór stemmen een groter bedrag aan concurrente vorderingen vertegenwoordigen dan de schuldeisers die tegen stemmen.
176. Preferente schuldeisers zijn niet aan het akkoord gebonden, tenzij zij ermee instemmen.¹²⁴ De vorderingen van meestemmende preferente schuldeisers tellen voor de vaststelling van de stemverhouding als concurrent. Achtergestelde schuldeisers hebben geen stemrecht.¹²⁵
177. Het akkoord behoeft rechterlijke goedkeuring. Tegen die goedkeuring kan bezwaar worden gemaakt door de curatoren, de schuldeisers die tegen hebben gestemd en schuldeisers die niet op de crediteurenvergadering waren of aan wie ten onrechte het stemrecht is onthouden. Bij een versneld voorstel voor een akkoord kan bovendien bezwaar worden gemaakt door de schuldeisers die het voorstel niet hebben ondersteund. Deze groepen kunnen echter alleen bezwaar maken op grond van het feit dat de wettelijke voorschriften omtrent het voorstel van het akkoord, en/of de crediteurenvergadering niet zijn gevolgd, daaronder begrepen het geval waarin de stemmen zijn uitgebracht door schuldeisers zonder stemrecht, of zijn verkregen door methodes die de gelijkheid van schuldeisers schenden.¹²⁶
178. De curatoren en schuldeisers die alleen of gezamenlijk minimaal vijf procent van de concurrente vorderingen vertegenwoordigen kunnen bovendien bezwaar maken tegen het akkoord op de grondslag dat de uitvoering daarvan objectief onhaalbaar is (*el cumplimiento de éste sea objetivamente inviable*). De rechtbank kan ook ambtshalve de goedkeuring weigeren.¹²⁷
179. Na de rechterlijke goedkeuring is de regeling van het akkoord van kracht. De concurrente en achtergestelde crediteuren zijn eraan gebonden, de preferente crediteuren zijn er enkel aan gebonden indien zij vóór het akkoord hebben gestemd.¹²⁸

7.3 *Stille bewindvoering*

180. In dit onderzoek is niet gebleken van mogelijkheden tot stille bewindvoering onder het Spaanse insolventierecht.

¹²³ Art. 124 LC.

¹²⁴ Art. 123 lid 1 en 2 LC.

¹²⁵ Art. 122 LC.

¹²⁶ Art. 128 LC.

¹²⁷ Art. 131 LC.

¹²⁸ Art. 134 lid 2 LC.

7.4 Doorleveringsverplichting

181. Het Spaanse insolventierecht kent geen specifieke doorleveringsverplichting. De invloed van het faillissement op lopende overeenkomsten is algemeen geregeld. Bedingen die partijen het recht geven een overeenkomst op te schorten of te ontbinden op grond van het enkele feit dat het faillissement is uitgesproken zijn nietig.¹²⁹
182. Tekortkomingen in de nakoming voorafgaand aan het faillissement kunnen een grond vormen om een duurovereenkomst (*contratos de tracto sucesivo*) tijdens faillissement te beëindigen.¹³⁰ Echter, overeenkomsten kunnen alleen worden beëindigd in een gerechtelijke procedure ten overstaan van de faillissementsrechter (*el juez del concurso*). Die kan, ondanks dat er grond voor beëindiging bestaat, toch besluiten de overeenkomst in stand te laten in het belang van het faillissement (*al interés del concurso*). De verbintenissen uit deze overeenkomst, inclusief die van vóór het faillissement, zijn dan boedelschuld.¹³¹ Deze bepaling wordt doorgaans alleen toegepast voor de overeenkomsten met leveranciers die cruciaal zijn om het bedrijf voort te zetten.
183. Mogelijkheden tot eenzijdige opzegging die elders in de wet worden geboden blijven tijdens faillissement geldig.¹³² Het betreft dan bijvoorbeeld bepaalde verzekeringen en vertegenwoordiging.

¹²⁹ Art. 61 lid 3 LC.

¹³⁰ Art 62 lid 2 LC.

¹³¹ Art. 62 lid 3 LC.

¹³² Art. 63 LC.

8. Tot slot

184. Er bestaan grote verschillen in de manier waarop de hier onderzochte vragen in de verschillende rechtsstelsels worden benaderd. Op sommige gebieden valt op dat in een meerderheid van de onderzochte stelsels dezelfde oplossingsrichting is gehanteerd. Maar algemene overeenstemming is zeldzaam, terwijl dezelfde vragen in de verschillende landen steeds terugkomen.
185. In vijf van de zes onderzochte landen is sprake van een zekere vorm van pre-insolventie-akkoorden. Het karakter hiervan verschilt echter van een onderhands akkoord dat na deponering ter griffie Paulianabescherming biedt (België), tot een dwangakkoord vergelijkbaar met het in Nederland bekende faillissementsakkoord (Italië). In alle landen bestaan maatregelen om een akkoord vóór daadwerkelijke opening van een insolventieprocedure te stimuleren. Hierbij valt met name op dat alle onderzochte landen die een vorm van pre-insolventieakkoord kennen, het pre-insolventieakkoord en de uitvoering daarvan bescherming tegen de actio Pauliana bieden, dat in veel landen nieuwe investeringen toegezegd in een dergelijk akkoord in een (eventueel) volgend faillissement vorderingen met een hoge rang opleveren, en dat in enkele landen een moratorium kan worden verkregen om de debiteur de gelegenheid te geven aan een dergelijk akkoord te werken. Doorgaans kan de debiteur zelf kiezen met wie hij een pre-insolventie-akkoord aan gaat. Het hoeft niet met alle schuldeisers te worden aangegaan.
186. In alle onderzochte landen komt enige vorm van een akkoord binnen insolventie voor waarbij in elk land een zekere tegenstemmende minderheid van concurrente schuldeisers tegen haar zin aan het akkoord kan worden gebonden. De vereiste meerderheid om een akkoord aan te nemen varieert per land. In het merendeel van de landen (Duitsland, Engeland, Frankrijk en Italië) wordt in groepen over het akkoord gestemd. Dit zijn ook de landen waar een akkoord de positie van zekerheidsgerechtigden kan beïnvloeden. In elk land moet het akkoord een rechterlijke toets doorstaan voordat het effect sorteert.
187. De resultaten met betrekking tot het bestaan van stille bewindvoering zijn gevarieerd. In de helft van de onderzochte landen (Duitsland, Italië en Spanje) is geen vorm van stille bewindvoering aangetroffen. De Engelse wet bevat niet een dergelijke figuur, maar de functie van stille bewindvoering wordt wel vervuld door de pre-pack. De Belgische en Franse wet voorzien in verschillende functionarissen die bevoegdheden van een stille bewindvoerder kunnen hebben.
188. Het al dan niet bestaan van een doorleveringsverplichting heeft veel te maken met de algemene behandeling van overeenkomsten tijdens een insolventieprocedure. In de helft van de onderzochte landen zijn bedingen die een overeenkomst doen eindigen op grond van het enkele feit dat er een insolventieprocedure is geopend nietig. Veel landen kennen een zekere doorleveringsverplichting. De curator kan soms eenzijdig besluiten of een overeenkomst in stand blijft. Daarbij zal hij vaak in overweging nemen wat elders wel als wettelijke toets wordt aangebracht, namelijk of de betreffende overeenkomst cruciaal is voor het voortzetten van de onderneming. Dit laat onverlet dat in de meerderheid van de onderzochte landen een overeenkomst wel kan worden ontbonden op grond van wanprestatie door de debiteur voorafgaand aan de opening van de formele insolventieprocedure.