

# Het buitengerechtelijk akkoord

Schuldeisers worden vaak geconfronteerd met buitengerechtelijk akkoorden van schuldenaren die in betalingsproblemen zijn geraakt als gevolg van de recessie of slecht management. In een buitengerechtelijk akkoord wordt aan de schuldeisers betaling van een percentage van hun vordering aangeboden, onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de schuldeisers afstand doen van het restant van hun vordering. Het voordeel van een zo'n akkoord voor de schuldenaar is dat vermogensexecutie (ofwel faillissement) wordt voorkomen. De vraag voor de schuldeiser is of een buitengerechtelijk akkoord valt te verkiezen boven het faillissement van de schuldenaar.

Auteur **mr. V.H.B. Kruit** is werkzaam bij Dijkstra Voermans Advocatuur & Notariaat in Utrecht.

Het principe van een buitengerechtelijk akkoord is niet nieuw. Al in de tijd van de Romeinen paste men een constructie toe waarbij een meerderheid van schuldeisers de schuldenaar toestond om de openstaande schulden binnen een bepaalde termijn terug te betalen. Een dergelijk betalingsuitstel vindt ook in onze tijd nog toepassing, maar vandaag de dag zien we veel vaker dat de schuldenaar de schuldeisers een percentage van de openstaande schuld aanbiedt. De schuldenaar gaat alleen over tot uitkering van het aangeboden percentage als alle schuldeisers met het buitengerechtelijk akkoord hebben ingestemd én de schuldeisers van het restant van hun openstaande vordering jegens de schuldenaar afstand hebben gedaan.

De praktijk wijst uit dat de schuldenaar ondanks een geslaagd buitengerechtelijk akkoord vaak alsnog failliet gaat. De oorzaak hiervan is meestal dat de schuldenaar onvoldoende rekening houdt met de negatieve gevolgen van een buitengerechtelijk akkoord voor de lopende handel en het betalingsgedrag van zijn leveranciers. Leveranciers/schuldeisers kunnen overstappen naar een concurrent, of door een verlies van vertrouwen de standaard betalingstermijnen verkorten naar betaling ineens of betaling op voorschotbasis. Door dergelijke gevolgen komt de liquiditeitspositie van de schuldenaar na een geslaagd buitengerechtelijk akkoord meteen onder druk te staan.

## Geen wettelijke grondslag

Zoals de terminologie al doet vermoeden, heeft het buitengerechtelijk akkoord geen wettelijke grond-

slag. Anders dan het akkoord in surseance, faillissement of de schuldsanering heeft een buitengerechtelijk akkoord dan ook alleen kans van slagen als alle concurrente en preferente schuldeisers instemmen met het akkoord. Aangezien schuldeisers in beginsel niet (via de wet) door de schuldenaar kunnen worden verplicht om afstand te doen van hun vordering, moeten alle schuldeisers door de schuldenaar worden overtuigd van hun voordeel bij het instemmen met een buitengerechtelijk akkoord.

Het is de schuldenaar niet toegestaan om schuldeisers ongelijk te behandelen, bijvoorbeeld door van één schuldeiser kwijtschelding van 60 procent te vragen en van de ander 80 procent. Als dat gebeurt, hebben de benadeelde schuldeisers de mogelijkheid het buitengerechtelijk akkoord naderhand ongedaan te maken. In geval van benadeling van schuldeisers door selectieve betaling van één of meerdere schuldeisers kunnen de benadeelde schuldeisers een beroep doen op vernietiging wegens dwaling of bedrog. Indien een beroep op vernietiging van het buitengerechtelijk akkoord door de rechter wordt toegewezen, heeft dat onherroepelijk het faillissement van de schuldenaar tot gevolg, omdat de schuldenaar in dat geval alle vorderingen van haar schuldeisers voor de volle honderd procent dient te voldoen. Bovendien riskeren bestuurders van de schuldenaar in dat geval een claim van de curator op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De bestuurders hebben in dat geval moedwillig meegewerkt aan het benadelen van schuldeisers.

### Vier vereisten voor succes

Op basis van diverse uitspraken van rechters kunnen een viertal vereisten worden genoemd die van essentieel belang zijn bij het aanbieden van een buitengerechtigd akkoord. Bovendien zullen schuldeisers door deze vereisten in acht te nemen eerder worden overtuigd van het belang om in te stemmen met een buitengerechtigd akkoord.

### Openheid

Ten eerste dient de schuldenaar het buitengerechtigd akkoord behoorlijk te onderbouwen en openheid van zaken te geven omtrent haar schuld- en vermogenspositie. Zo dient inzicht te worden gegeven in de activa en passiva van de onderneming en dient op basis van een liquiditeitsprognose inzicht te worden verschaft in de reële toekomstperspectieven van de schuldenaar bij voortzetting van de onderneming. Schuldeisers zitten er namelijk niet op te wachten dat zij binnen een halfjaar na de totstandkoming van een buitengerechtigd akkoord opnieuw met een buitengerechtigd akkoord van dezelfde schuldenaar worden geconfronteerd.

### Gebaar maken

Ten tweede dient het voorstel informatie te bevatten over de (herkomst van) middelen die door aandeelhouders of een derde/financier ter beschikking worden gesteld. Meestal stelt een derde geld beschikbaar op het moment dat het buitengerechtigd akkoord door alle schuldeisers wordt geaccepteerd. Door deze financiële injectie in de schuldenaar zullen de schuldeisers bij acceptatie van het buitengerechtigd akkoord een hoger percentage van hun vordering ontvangen dan in geval van een faillissement van de schuldenaar.

Een andere gebruikte methode om het percentage van uitdeling gunstig te beïnvloeden, is door groepsvennootschappen en/of bestuurders afstand te laten doen van hun (rekening-courant) vorderingen op de schuldenaar. Hiermee neemt de totale schuldenlast immers af, terwijl het percentage van uitdeling voor de overige schuldeisers toeneemt. Als schuldenaar is het namelijk belangrijk om het maximaal haalbare resultaat van het buitengerechtigd akkoord voor de schuldeiser af te zetten tegen de positie van de schuldeiser bij faillissement van de schuldenaar. Het moet de schuldeisers duidelijk zijn dat zij in geval van een faillissementssituatie veel minder van hun vordering terugzien. Ter ondersteuning van dit betoog kan de schuldenaar nog als feit aanvoeren dat in negentig procent van de faillissementen in het geheel geen uitdeling plaatsvindt aan de concurrente schuldeisers.

### Reële voorstelling

Ten derde is het van belang dat de schuldenaar de zaken niet rooskleuriger voorstelt dan deze zijn.



Indien een aangeboden percentage aan de schuldeisers bij nader inzien naar beneden moet worden bijgesteld, dan heeft het buitengerechtigd akkoord vrijwel geen kans van slagen meer. Schakel bij het aanbieden van een buitengerechtigd akkoord tijdig een onafhankelijke advocaat en/of consultant in die gespecialiseerd is op het gebied van herstructureringen. Dit komt niet alleen de zorgvuldigheid en onafhankelijkheid van een buitengerechtigd akkoord ten goede. Schuldeisers hechten ook meer waarde aan mededelingen en prognoses van dergelijke partijen.

### Preferente schuldeisers

Ten slotte dient in het buitengerechtigd akkoord te worden uitgelegd waarom bepaalde schuldeisers, zoals preferente schuldeisers (UWV, de Belastingdienst en de pensioenfondsen) meer ontvangen dan concurrente schuldeisers. Als de concurrente schuldeisers door de schuldenaar een percentage wordt geboden van twintig procent, dan zal de schuldenaar automatisch het dubbele percentage (in dit geval veertig procent) verschuldigd zijn aan de preferente schuldeisers. Informeer dus tijdig naar de hoogte van de vorderingen van de preferente schuldeisers.

### Belastingdienst en het UWV

Een veelgemaakte fout van schuldenaren is dat zij geen rekening houden met de btw-vordering van >>

de Belastingdienst die ontstaat bij de totstandkoming van het buitengerechtelijk akkoord. De concurrente schuldeisers kunnen de btw van hun onbetaalde vordering namelijk terugvragen bij de Belastingdienst. Daarnaast heeft de schuldenaar de btw meestal al afgetrokken bij eerdere btw-aangiftes. Dit moet weer ongedaan worden gemaakt. Ook deze vordering van de Belastingdienst is preferent.

Een andere veelvoorkomende fout is dat de Belastingdienst en het UWV niet expliciet behoeven in te stemmen met een buitengerechtelijk akkoord. De wet

## Bij negentig procent van de faillissementen vindt er helemaal geen uitdeling plaats aan de concurrente schuldeisers

bepaalt immers dat zowel de Belastingdienst en het UWV automatisch zijn instemming geeft voor het buitengerechtelijk akkoord als wordt voldaan aan twee voorwaarden: alle concurrente schuldeisers stemmen in met het buitengerechtelijk akkoord, en de Belastingdienst/UWV krijgt een dubbel percentage van hetgeen de concurrente schuldeisers wordt aangeboden.

### Dwangdeelname

Het staat de schuldeisers in beginsel vrij om al dan niet akkoord te gaan met het buitengerechtelijk akkoord. Normaal gesproken zal een buitengerechtelijk akkoord niet slagen als een gedeelte van de schuldeisers weigert in te stemmen met het aangeboden percentage. In bepaalde gevallen staat het een schuldeiser niet vrij zijn akkoord voor een buitengerechtelijk akkoord te weigeren. We spreken dan van een zogenaamde dwangdeelname. Een dergelijke situatie kan zich uitsluitend voordoen indien de overgrote meerderheid van de schuldeisers (meer dan 90 procent) heeft ingestemd met het buitengerechtelijk akkoord én de schuldenaar kan bewijzen dat hij zich de belangen van de schuldeisers (zoals hiervoor besproken) voldoende heeft aangetrokken. In dat geval kan de schuldenaar door middel van een kortgedingprocedure de rechter vragen de weigerachtige schuldeiser(s) tot medewerking te veroordelen, zodat daardoor het buitengerechtelijk akkoord alsnog tot stand kan komen.

In praktijk zal de schuldenaar voor de rechter dienen aan te tonen dat de schuldeiser door zijn niet-meewerken misbruik maakt van zijn bevoegdheden of onrechtmatig handelt jegens de schuldenaar. Meestal wordt in dergelijke zaken tevens door de schuldenaar een beroep gedaan op de redelijkheid en billijkheid en kan in een voorkomend geval als valide argument door de schuldenaar worden aangevoerd dat door het tot stand komen van het akkoord de werkgelegenheid bij de schuldenaar kan worden

behouden. De weigerachtige schuldeiser doet daarentegen over het algemeen een beroep op zijn financiële belang, het concurrentieverstorende element van dwangdeelname en de precedentwerking die van een dergelijk buitengerechtelijk akkoord uitgaat. Het zal uiteindelijk van de feiten en de omstandigheden van het specifieke geval afhangen wie de kortgedingrechter in het gelijk zal stellen.

Mocht de vordering van de schuldenaar tot dwangdeelname aan het buitengerechtelijk akkoord stranden, dan kan de schuldenaar proberen om tijdens de surseance van betaling of in faillissement een dwangakkoord te forceren. In surseance van betaling en in faillissement kan het akkoord namelijk al bij gewone meerderheid van de aanwezige concurrente schuldeisers (bij meer dan 50 procent) worden aangenomen, mits deze schuldeisers tezamen ten minste de helft van het bedrag van de erkende concurrente vorderingen vertegenwoordigen. Stel: er zijn tien schuldeisers met allemaal een vordering van honderd euro, dan slaagt het akkoord in surseance of faillissement, indien zes van de tien schuldeisers voor het akkoord stemmen.

### Conclusie

In de praktijk blijkt maar al te vaak dat schuldenaren onvoldoende rekening houden met de belangen van hun schuldeisers bij de aanbidding van een buitengerechtelijk akkoord. Het percentage geslaagde buitengerechtelijk akkoorden is in de praktijk dan ook laag. Dit komt doordat de schuldenaren vaak persoonlijke motieven laten prevaleren boven het belang van schuldeisers op betaling, terwijl het succes van een buitengerechtelijk akkoord valt of staat met de instemming door de schuldeisers.

Op het moment dat er onduidelijkheid bestaat bij de schuldeisers over de financiële positie van de schuldenaar, afspraken door de schuldenaar niet worden nagekomen of het buitengerechtelijk akkoord niet (goed) wordt begeleid of voorbereid door een onafhankelijke partij, dan is de slagingskans van een buitengerechtelijk akkoord klein. Veel schuldeisers gaan in een dergelijk geval voor eigen succes en proberen beslag te leggen onder de schuldenaar. Een succesvol beslag vormt in praktijk vaak de nekslag voor het laten slagen van een buitengerechtelijk akkoord.

Indien daarentegen een deugdelijk onderbouwd buitengerechtelijk akkoord wordt aangeboden dat duidelijk rekening houdt met de belangen van de schuldeisers, verhoogt dat aanmerkelijk de slagingskans van een buitengerechtelijk akkoord. Op die manier worden schuldeisers namelijk in staat gesteld om een goede afweging van belangen te maken. In dergelijke gevallen zullen de schuldeisers dan ook tot de conclusie komen dat een buitengerechtelijk akkoord veelal valt te verkiezen boven een faillissement van de schuldenaar. <<