

**Alleen per e-mail**

Ministerie van Justitie en Veiligheid  
Zijne Excellentie de Minister voor  
Rechtsbescherming  
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker  
Postbus 20301  
2500 EH DEN HAAG

Houthoff  
Praktijkgroep Restructuring & Insolvency

Postbus 75505 1070 AM Amsterdam  
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

Amsterdam, 29 november 2017

Inzake: Consultatie wetsontwerp Wet Homologatie Onderhands Akkoord ter voorkoming van  
faillissement

Onze ref: 450/10573172.1.1

Excellentie,

**1. Inleiding**

- 1.1. Houthoff heeft met belangstelling kennis genomen van het ontwerp voor de Wet Homologatie Onderhands Akkoord ter voorkoming van faillissement.
- 1.2. Houthoff is een onafhankelijk Nederlands advocatenkantoor met 300 advocaten, notarissen en belastingadviseurs. Het Herstructurerend & Insolventieteam van Houthoff is in verschillende rollen betrokken geweest bij kleine en grote spraakmakende complexe (financiële) insolventies, waaronder Oi, OSX/OGX, Swiss Air, Van der Hoop bankiers, DSB Bank, Lehman Brothers, Yukos, Joh. Enschedé en Landsbanki. Een aantal van onze teamleden wordt ook regelmatig benoemd als bewindvoerder en als curator, in grote en kleine surseances en faillissementen. Onze ervaring stelt ons in staat om het wetsontwerp te beschouwen vanuit meerdere perspectieven: dat van de (grote en kleine) schuldenaar en dat van schuldeisers, en vanuit nationaal en internationaal perspectief.
- 1.3. De behoefte aan versterking van het reorganiserend vermogen van ondernemingen die weliswaar (potentieel) rendabele bedrijfsactiviteiten hebben, maar vanwege een te zware schuldenlast toch in een formele insolventieprocedure dreigen te raken, staat in de belangstelling van de rechtspraak. Met aanvankelijk het ontwerp voor de WCO II, alsook haar opvolger, het "*Wetsontwerp Homologatie Onderhands Akkoord ter voorkoming van faillissement*" (hierna: de "WHOA", of het "Wetsontwerp")<sup>1</sup> ontplooit de Nederlandse wet-

---

<sup>1</sup> <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie>

gever initiatieven om tot invoering van maatregelen te komen die erop gericht zijn het reorganiserend vermogen van bedrijven te verbeteren. Dat de behoefte aan efficiënte herstructureringsprocedures ook in Europees verband gevoeld wordt, blijkt uit de concept "*Richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurering, insolventie- en kwijtingprocedures, en tot wijziging van de Richtlijn 2012/30/EU*" van de Europese Commissie van 22 november 2016 (hierna: de concept "Herstructureringsrichtlijn")<sup>2</sup>.

- 1.4. Het Wetsontwerp voorziet in een regeling op grond waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord. Aan dit onderhands akkoord, dat bepaalde of alle schulden en verbintenissen van een schuldenaar saneert en herstructureert, kunnen schuldeisers of aandeelhouders die niet met een dergelijk akkoord hebben ingestemd, toch aan het akkoord worden gebonden<sup>3</sup>. Daarmee wordt tegemoet gekomen aan een behoefte uit de rechtspraak. Het kader van de huidige Faillissementswet biedt onvoldoende slagingskansen voor reorganisaties van ondernemingen die in financieel zwaar weer verkeren.
- 1.5. De WHOA neemt een "stand alone" akkoordprocedure buiten surseance van betaling en faillissement als uitgangspunt, waarbij de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment van homologatie in beginsel beperkt is. De regeling is zoveel mogelijk vormgegeven als een kaderregeling. Dat is logisch, nu het akkoord kan worden gekarakteriseerd als een overeenkomst waarbij partijen binnen de door de wet en rechtspraak gestelde grenzen, vrij zijn met elkaar af te spreken wat zij willen. Een kaderregeling is ook wenselijk, omdat gedetailleerde voorschriften de kans op het slagen van een akkoord kan verminderen.
- 1.6. Het voorliggende initiatief tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van het onderhands dwangakkoord biedt in de praktijk een welkom instrumentarium voor de versterking van het reorganiserend vermogen van levensvatbare ondernemingen die als gevolg van een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken. Ook kan daarmee worden voorkomen dat een kleine groep schuldeisers of aandeelhouders de belangen van de overige *stakeholders* bij de onderneming schaadt door op oneigenlijke gronden een noodzakelijke herstructurering tegen te houden.
- 1.7. In dit advies staan wij bij enkele onderwerpen van het wetsontwerp stil en doen wij suggesties voor een aantal aanpassingen.

---

<sup>2</sup> COM(2016) 723 final

<sup>3</sup> Ontwerp Toelichting, p. 3

## **2. De aanbieding van het akkoord door de schuldenaar**

- 2.1. Uitgangspunt van de WHOA is dat het initiatief tot het aanbieden van een akkoord in beginsel bij de schuldenaar zelf ligt<sup>4</sup>. Indien de schuldenaar niet zelf een akkoord voorstelt aan zijn schuldeisers en aandeelhouders, terwijl dit een mogelijkheid is om een dreigend faillissement af te wenden, dan stelt de regeling schuldeisers in staat de totstandkoming van een akkoord te initiëren, aldus de ontwerp memorie van toelichting (de "Ontwerp Toelichting")<sup>5</sup>.
- 2.2. Het tiende lid van artikel 369 WHOA bepaalt dat een schuldenaar geen gebruik kan maken van de voorgestelde regeling indien hij in de drie voorgaande jaren al eens een mislukte poging heeft gedaan om een dwangakkoord tot stand te brengen, of als hij in de drie voorgaande jaren al eens heeft geprobeerd een faillissements- of surseance akkoord tot stand te brengen. In het midden blijft of de schuldenaar na een mislukte poging tot het aanbieden van een onderhands dwangakkoord ex artikel 370 WHOA in een opvolgende surseance of faillissement nog een akkoord zou mogen aanbieden.
- 2.3. Volgens de Ontwerp Toelichting beoogt het voorgestelde tiende lid van artikel 369 WHOA te voorkomen dat er een keten van procedures ontstaat. Om die redenen wordt aangesloten bij de artikelen 138 en 252 Fw inzake het faillissements- en surseance akkoord. In faillissement en surseance kan slechts eenmaal een akkoord worden aangeboden en in stemming worden gebracht. Gelet daarop ligt het voor de hand dat een mislukte poging tot het aanbieden van een onderhands dwangakkoord op grond van de WHOA het aanbieden van een akkoord in surseance of faillissement eveneens blokkeert.
- 2.4. Het verdient aanbeveling om in de wettekst of in de toelichting te verduidelijken of na een dergelijke mislukte poging tot het aanbieden van een onderhands dwangakkoord nog een akkoord in surseance of faillissement kan worden aangeboden. Wij zien geen reden om op voorhand de mogelijkheid om alsnog in surseance of faillissement een akkoord aan te bieden, uit te sluiten.

## **3. Het initiëren van een akkoord door een schuldeiser**

- 3.1. Het Wetsontwerp geeft in artikel 371 ook schuldeisers de mogelijkheid de totstandkoming van een akkoord te initiëren. Wij juichen het toe dat die mogelijkheid wordt geboden aan schuldeisers omdat hiermee de kans op een succesvol herstructureringsproces toeneemt. Dit legt ook druk op de schuldenaar om zelf tijdig maatregelen te treffen zodat hij het initiatief tot het aanbieden van een akkoord in eigen hand kan houden.

---

<sup>4</sup> Artikel 370 WHOA

<sup>5</sup> Ontwerp Toelichting, p. 5

## 4. De deskundige

- 4.1. Dat het Wetsontwerp voorziet in de mogelijkheid voor een schuldeiser om de rechtbank te verzoeken een deskundige aan te wijzen, achten wij een goed voorstel. Wel verdient het aanbeveling om de taak en de bevoegdheden van de deskundige te concretiseren. De regeling met betrekking tot de deskundige is nog niet voldoende uitgewerkt en roept vragen op.
- 4.2. Het Wetsontwerp maakt bijvoorbeeld niet duidelijk hoe de deskundige en de schuldenaar zich tot elkaar verhouden. Gelet op het uitgangspunt van de WHOA dat de schuldenaar "in possession" blijft, moet het niet zo zijn dat de deskundige zich als een bewindvoerder of curator gaat opstellen. Ook het feit dat artikel 369 lid 8 WHOA de bepalingen van de tweede afdeling van het ontwerp van overeenkomstige toepassing verklaart op de deskundige, roept vragen op nu de positie van schuldenaar en deskundige wezenlijk van elkaar verschillen. Dient een deskundige verantwoording af te leggen en zo ja, aan wie? Kan een deskundige tussentijds van zijn taak worden ontheven en zo ja op welke gronden? Het is om deze redenen wenselijk dat de rol van de deskundige wordt verduidelijkt.
- 4.3. Een ander punt betreft de kosten van de deskundige. Het Wetsontwerp vermeldt niet wie deze moet dragen, al lijkt de Ontwerp Toelichting te suggereren dat die kosten moeten worden gedragen door de schuldenaar. Het verdient aanbeveling om uitdrukkelijk te bepalen dat de kosten die de deskundige maakt in beginsel moeten worden gedragen door de schuldenaar tenzij hiervan wordt afgeweken in het akkoord. Het ontbreken van een wettelijke grondslag geeft aanleiding tot discussies over de vraag wie die kosten zou moeten dragen.

## 5. Termijnen

- 5.1. De termijnen die in het Wetsontwerp worden genoemd zijn in het algemeen aan de korte kant. Zo is de in artikel 371 lid 1 WHOA vermelde termijn van een week waarbinnen de schuldenaar moet reageren op een verzoek van een schuldeiser om over te gaan tot het aanbieden van een akkoord, erg kort. Hetzelfde geldt voor de termijn van een maand waarbinnen hij een akkoord dient te hebben aangeboden. De bepaling lijkt te veronderstellen dat de schuldenaar zelf al bezig is geweest met het voorbereiden van een ontwerp akkoord en dat hij daarover al uitgebreid overleg heeft gevoerd met zijn schuldeisers. Dat is uiteraard niet steeds het geval. De schuldenaar kan zich overvallen voelen door een schuldeiser en zich gedegen willen laten adviseren.
- 5.2. Ook de termijn van (minimaal) acht dagen waarbinnen de schuldenaar het definitieve akkoord voor de stemming aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dient voor te leggen (artikel 378 WHOA), is in de praktijk in het algemeen moeilijk haalbaar. Volgens de Ontwerp Toelichting moeten de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voldoende gelegenheid krijgen om een goed geïnformeerd oordeel te kun-

nen vormen over het akkoord voordat zij hun stem uitbrengen. Gelet op de hoeveelheid informatie die het akkoord op grond van artikel 374 WHOA dient te bevatten en de overweging in de Ontwerp Toelichting dat er vrijwel altijd aanvullende informatie zal moeten worden verschaft om aan het genoemde uitgangspunt te voldoen<sup>6</sup>, is een termijn van 8 dagen niet realistisch. Ook hier lijkt te worden verondersteld dat er al uitgebreid overleg tussen schuldenaar en schuldeisers is gevoerd, waarvan, zoals gezegd, niet altijd sprake is. Schuldeisers zullen zich ook willen laten adviseren over het akkoord en zo nodig met hun klassegenoten en vertegenwoordigers van andere klassen willen overleggen. Bovendien zal het in het geval van buitenlandse schuldeisers nodig zijn dat stukken vertaald worden en dat zal zeker in geval van grote aantallen schuldeisers die verspreid zijn over meerdere jurisdicties de nodige vertraging meebrengen. Het is dan ook onze aanbeveling om de termijn waarbinnen het definitieve voorstel voor stemming aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders wordt voorgelegd, te bepalen op minimaal 30 dagen.

## **6. Afkoelingsperiode**

- 6.1. De WHOA voorziet in artikel 375 in de mogelijkheid voor de schuldenaar om, als hij een akkoord heeft aangeboden, de rechtbank te verzoeken een afkoelingsperiode te gelasten. Deze periode bedraagt ten hoogste twee maanden en kan met een periode van twee maanden worden verlengd. Gedurende deze periode kunnen derden geen enkele bevoegdheid tot verhaal of opeising van goederen uitoefenen zonder machtiging van de rechtbank. Deze afkoelingsperiode werkt in beginsel tegen alle categorieën schuldeisers, maar de rechtbank kan de werking beschikking beperken tot bepaalde derden en daaraan voorwaarden verbinden.
- 6.2. De gelasting van een afkoelingsperiode, die bovendien kan werken jegens alle schuldeisers, draagt bij aan de slagingskans van een akkoord omdat dit verhindert dat schuldeisers die niet mee willen werken aan een herstructurering, met individuele verhaalsacties de totstandkoming van een akkoord in een vroeg stadium torpederen. Wel dient een afkoelingsperiode niet langer te duren dan strikt noodzakelijk omdat dit leidt tot een schorsing van en daarmee een inbreuk op de verhaalsacties van de geseceerde schuldeisers. De voorgestelde duur van maximaal twee maal twee maanden komt ons redelijk voor. De vraag rijst of het in een surseance van betaling of een faillissement die volgt op een mislukt onderhands akkoord opnieuw mogelijk zou moeten zijn een afkoelingsperiode af te kondigen. Dat zou er immers toe kunnen leiden dat schuldeisers gedurende een aanzienlijke periode hun (zekerheids-)rechten niet kunnen uitoefenen. Niettemin achten wij het wenselijk dat de bewindvoerder c.q. curator ook na een mislukt onderhands akkoord een afkoelingsperiode kan verzoeken. Ook na een mislukte poging tot het tot-

---

<sup>6</sup> Ontwerp Toelichting, p. 31

standbrengen van een akkoord zal de bewindvoerder c.q. curator tijd nodig hebben om de boedel en de daarmee verband houdende rechten en verplichtingen te inventariseren.

- 6.3. In het Wetsontwerp is niet geregeld in hoeverre de schuldenaar bevoegd is om tijdens de afkoelingsperiode goederen waar zekerheidsrechten op rusten te gebruiken, verbruiken of vervreemden. Dit is een gemiste kans: de mogelijkheid voor de schuldenaar om tijdens de afkoelingsperiode goederen waar zekerheidsrechten op rusten te gebruiken, verbruiken en vervreemden, vergroot de levenskansen van de onderneming; de onderneming moet immers doordraaien. Wij zouden er dan ook voor willen pleiten dat voor deze mogelijkheid een wettelijke basis wordt gecreëerd. De vervreemding van goederen in het licht van de voortzetting van de onderneming in het kader van de totstandkoming van een akkoord, zou dan bovendien de bescherming moeten genieten die het voorgestelde artikel 42a WHOA beoogt te bieden tegen de Actio Pauliana. Wel dient de afkoelingsperiode met voldoende waarborgen voor de (gesecureerde) schuldeisers te zijn omgeven. De rechter zou in dat verband op grond van de maatwerkbepaling van artikel 377 WHOA bepaalde voorwaarden kunnen stellen bij het afkondigen van de afkoelingsperiode.
- 6.4. Om te voorkomen dat de schuldenaar door het verzoeken om een afkoelingsperiode al te makkelijk uitstel van betaling krijgt, zal het verzoek (volgens het tweede lid van artikel 375 WHOA) worden afgewezen indien redelijkerwijs niet verwacht mag worden dat de rechtbank zal overgaan tot homologatie van het akkoord. Hoewel het gelet op de belangen van de schuldeisers goed is dat er een rem wordt gezet op het te snel afkondigen van een afkoelingsperiode, vragen wij ons af hoe de rechtbank in de praktijk invulling moet geven aan deze eis. Het verdient aanbeveling daarvoor concrete handvatten aan te reiken. Als alternatief kan deze eis worden verlaten en vervangen door een algemener criterium; bijvoorbeeld de eis dat de afkoelingsperiode niet wordt afgekondigd indien deze een onevenredig nadeel toebrengt aan de getroffen schuldeisers. Dit nadeel kan zich onder omstandigheden voordoen als gevolg van het recht van gebruik, verbruik en vervreemding van de onderneming. Dit algemene criterium geeft de rechter de ruimte om naar bevind van zaken te oordelen bij het nemen van een beslissing over een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode.

## **7. De herstructurering van vorderingen op en rechten van borgen en andere derden ten opzichte van wie schuldeisers rechten kunnen uitoefenen**

- 7.1. Op grond van artikel 370 lid 2 WHOA kan het onderhands akkoord ook voorzien in de wijziging van rechten van schuldeisers jegens borgen, derden met goederen waarop schuldeisers rechten kunnen uitoefenen of medeschuldenaren van de schuldenaar. Daarvan kan sprake zijn indien redelijkerwijs aannemelijk is dat deze borgen, derden of medeschuldenaren na de homologatie van het akkoord in de toestand zullen komen te

verkeren dat zij met het betalen van hun opeisbare schulden niet zullen kunnen voortgaan. Volgens de Ontwerp Toelichting biedt dat deze bepaling de mogelijkheid om de herstructurering van een groep van ondernemingen in één keer af te wikkelen door naast de hoofdschuldenaar ook de ondernemingen binnen de groep die hoofdelijk aansprakelijk zijn of zakelijke zekerheid hebben verschaft ten behoeve van de hoofdschuldenaar in het akkoord te betrekken.

- 7.2. Gelet op het doel van het Wetsontwerp om het reorganiserend vermogen van bedrijven te verbeteren, is de mogelijkheid die artikel 370 lid 2 biedt om de rechten en verplichtingen van borgen of andere derden in het akkoord te betrekken, gewenst. Wel zijn wij van mening dat de bepaling van artikel 370 lid 2 onvoldoende is uitgewerkt. Zo is onduidelijk in hoeverre het vermogen van de hoofdelijk (mede)schuldenaren en andere derden moet worden meegenomen in het voorstel aan de schuldeisers.
- 7.3. Ook zwijgt het ontwerp over de vraag of in het geval de rechten en verplichtingen van hoofdelijk medeschuldenaren of andere derden in het akkoord worden betrokken, de informatieverplichting van artikel 374 WHOA zover strekt dat er op de aanbieder van het akkoord de verplichting rust om de in die bepaling genoemde gegevens met betrekking tot de medeschuldenaren te verstrekken. Gelet op het doel van die bepaling dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zich een geïnformeerd oordeel kunnen vormen over het akkoord, ligt het in de rede dat de aanbieder van het akkoord die gegevens verstrekt. Het verdient naar onze mening dan ook aanbeveling om dit uitdrukkelijk op te nemen.

## **8. Mogelijkheid van rechterlijke interventie**

- 8.1. Dat uiteindelijk de rechtbank het akkoord moet homologeren (zie de artikelen 380 – 381 WHOA), achten wij juist en logisch. Inherent aan het karakter van een onderhands (dwang)akkoord is immers dat schuldeisers genoeg moeten nemen met minder dan zij aanvankelijk met de schuldenaar hebben afgesproken; er zullen dus zonder meer schuldeisers zijn die tegen een dergelijk akkoord zullen stemmen. Daarnaast zal er gestemd worden in klassen. Hoewel de besluitvorming binnen iedere klasse democratisch tot stand komt, kan het resultaat van deze democratische besluitvorming de verschillende klassen onderling niet binden. Dit resultaat moet dan ook worden gesanctioneerd met een rechterlijke beslissing, waarvoor deze regeling een wettelijke grondslag biedt.
- 8.2. De betrokkenheid van de rechter is in beginsel pas aan de orde op het moment waarop het homologatieverzoek wordt ingediend. Naast deze - voor de hand liggende - rechterlijke bemoeienis, voorziet het Wetsontwerp ook in betrokkenheid van de rechter in een eerder stadium, namelijk indien er in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord, onzekerheid bestaat over de vraag of er sprake is van een weigeringgrond die,

zelfs als alle klassen van schuldeisers of aandeelhouders zouden instemmen met het akkoord, aan de homologatie van het akkoord in de weg zou staan.

- 8.3. De momenten waarop rechterlijke tussenkomst denkbaar of noodzakelijk is, betreffen de benoeming op verzoek van een schuldeiser van de deskundige die in de plaats van de schuldenaar een akkoord aanbiedt (artikel 371 WHOA); de afkondiging van een afkoe­lingsperiode (artikel 375 WHOA); de behandeling van diverse geschillen voorafgaand aan de stemming (artikel 376 WHOA) en de maatwerkbepaling van artikel 377 WHOA. De mogelijkheid om al voor de behandeling van een homologatieverzoek geschillen aan de rechter voor te leggen staat volgens het ontwerp alleen ter beschikking van de schuldenaar om te voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders die in geen geval willen meewerken aan een herstructurering deze mogelijkheid oneigenlijk zouden gebruiken om het proces te blokkeren of vertragen<sup>7</sup>.
- 8.4. Wij zijn voorstander van de mogelijkheid om in een vroeg stadium geschillen aan de rechter te kunnen voorleggen. De reden daarvoor ligt voor de hand. Indien het gehele proces van opstelling en aanbieding van het akkoord eerst doorlopen moet worden om uiteindelijk pas bij de homologatie te constateren dat belangrijke feiten toch anders liggen dan schuldeisers zich hadden voorgesteld, zal het ontwerp akkoord niet gehomologeerd worden. Wij verwachten dan ook dat het bevorderlijk is voor de slagingskans van een onderhands akkoord indien de rechter al in een vroeg stadium bij de totstandkomingprocedure kan worden betrokken.
- 8.5. Het recht om de rechter in een vroeg stadium om een beslissing te kunnen vragen, zou ook aan schuldeisers ter beschikking moeten staan. Omdat in het kader van de aanbieding en totstandkoming van het akkoord zich allerlei complexe financiële waarderingsvraagstukken zullen voordoen en de uitkomst daarvan voor schuldeisers ingrijpende gevolgen kan hebben, achten wij het niet juist dat schuldeisers niet in een eerder stadium geschillen aan de rechter kunnen voorleggen. Bovendien lijkt het niet efficiënt om eerst alle fasen van de totstandkoming van het akkoord te doorlopen om vervolgens pas aan het einde van dat traject de waarderingsdiscussie te beslechten. Schuldeisers die in beginsel bevoegd zijn een akkoord aan te bieden, zouden de rechter al in een eerder stadium om een oordeel moeten kunnen vragen.
- 8.6. Bovendien zal de rechter op dergelijke vragen in de regel snel moeten beslissen. Om vertraging te voorkomen zou in het proces een tijdvak moeten worden geopend waarbinnen schuldenaar en schuldeisers de rechtbank kunnen vragen te beslissen over de zaken die staan opgesomd in artikel 376 WHOA, waarna al die verzoeken in één zitting worden behandeld en afgedaan.

---

<sup>7</sup> Ontwerp Toelichting, p. 12



## 9. Stemgerechtigheid

- 9.1. Alleen schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd, zijn stemgerechtigd (artikel 378 lid 2 WHOA). Ten aanzien van de vaststelling of de rechten van een schuldeiser of aandeelhouder op basis van het akkoord worden gewijzigd en daarmee of zij stemgerechtigd zijn, merken wij op dat dit een waarderingsvraagstuk is, waarbij niet alleen een waardering van de onderneming van belang is, maar ook de vraag of er een geschil bestaat over de omvang van de vorderingen, de rangorde van de schulden en de soort vergoeding (contanten of een andersoortige aanspraak). Het valt dan ook toe te juichen dat al in een vroeg stadium, en ieder geval voordat de stemprocedure plaatsvindt, de rechtbank verzocht kan worden te beslissen over een geschil omtrent (onder meer) de toelating tot de stemming, de klassenindeling, en de procedure voor de stemming.
- 9.2. Artikel 369 lid 4 WHOA houdt rekening met het feit dat er situaties denkbaar zijn waarin het economisch belang bij een vordering berust bij een ander dan de juridisch rechthebbende. Artikel 369 lid 4 WHOA bepaalt dat als de schuldenaar een akkoord aanbiedt dat mede betrekking heeft op vorderingsrechten waarvoor geldt dat het economisch belang geheel of in overwegende mate bij een ander dan de schuldeiser ligt, deze ander in plaats van de schuldeiser bevoegd is om overeenkomstig artikel 378 lid 2 WHOA naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen.
- 9.3. Deze bepaling is geschreven voor situaties waarin de schuldenaar financiële instrumenten zoals obligaties heeft uitgegeven. In de Ontwerp Toelichting is te lezen dat de Hoge Raad in de UPC uitspraak van 26 augustus 2003 (JOR 2003/211) zou hebben beslist dat dergelijke '*beneficiaries*' vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid op één lijn zouden moeten worden gesteld met de schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet. Deze uitleg berust echter op een onjuiste interpretatie van het UPC beschikking. In die uitspraak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de economisch gerechtigden tot de financiële instrumenten vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid in *dat* geval op één lijn moesten worden gesteld met de schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet. Dit oordeel baseerde de Hoge Raad op de specifieke omstandigheden van het geval. Zowel volgens de contractuele documentatie die ten grondslag lag aan de uitgifte van de obligatieleningen, als volgens het daarop toepasselijke recht, kwam het stemrecht toe aan de economisch gerechtigden en niet aan de juridisch gerechtigde. In de Ontwerp Toelichting wordt ten onrechte geen rekening gehouden met het feit dat volgens de Hoge Raad van geval tot geval beoordeeld moet worden wie gerechtigd is om te stemmen over een akkoord.
- 9.4. Rekening houdend met de regel uit de UPC uitspraak, verdient het aanbeveling te bepalen dat de hoofdregel is dat het stemrecht toekomt aan de *beneficial owners*, tenzij uit

een contractuele regeling (zoals een zogeheten *no action clause*) en/of het op de rechtsverhouding toepasselijk recht iets anders voortvloeit.

## 10. Stemverhoudingen

- 10.1. Wat betreft de stemuitslag schrijft artikel 378 lid 4 WHOA voor dat een klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd indien het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht. Daarmee kent het ontwerp andere stemverhoudingen dan het dwangakkoord in surseance van betaling. Hoewel wij toejuichen dat er geen "headcount" is vereist zoals bij het surseance akkoord, vinden wij het een gemiste kans dat er voor de drempel niet wordt aangesloten bij het percentage van de surseance (zijnde een gewone meerderheid).

## 11. Vorming klassen

- 11.1. In het ontwerp wordt met artikel 373 WHOA een wettelijke basis gecreëerd voor de indeling van schuldeisers en aandeelhouders in klassen.
- 11.2. Wij vinden het systeem van het aanleggen van klassen van schuldeisers en aandeelhouders positief. Op die wijze wordt bereikt dat verschillende voorstellen kunnen worden gedaan aan onderling verschillende groepen van schuldeisers, of zelfs aan onderling gelijkgerechtigde schuldeisers, waarbij als uitgangspunt geldt dat vergelijkbare vorderingen op eenzelfde wijze worden behandeld.
- 11.3. Door het creëren van klassen wordt de door de praktijk gewenste flexibiliteit gecreëerd. Doordat het systeem van de indeling in klassen bovendien gecombineerd wordt met de mogelijkheid om in een vroeg stadium eventuele geschillen over de indeling in klassen en de waardering van vorderingen aan de rechter voor te leggen, wordt de kans op het slagen van het akkoord en daarmee van het saneren en herstructureren van de schulden vergroot.
- 11.4. Het betrekken van de aandeelhouders in een stemklasse verbetert de mogelijkheden om de schuld om te zetten in kapitaal, omdat blokkades uit het rechtspersonenrecht op deze manier worden vermeden c.q. opgelost.

## 12. Maatwerkbepaling

- 12.1. Op grond van de maatwerkbepaling van artikel 377 WHOA kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt.

- 12.2. De ambtshalve betrokkenheid van de rechtbank is alleen aan de orde wanneer de rechtbank op enig moment in het proces betreffende de totstandkoming van het akkoord wordt betrokken. Hiervan is volgens de Ontwerp Toelichting in ieder geval sprake wanneer de schuldenaar de rechtbank vraagt (i) de behandeling van een ingediende faillissementsaanvraag te schorsen (artikel 3d WHOA); (ii) een afkoelingsperiode af te kondigen (artikel 375 WHOA) of (iii) een beslissing te nemen over een geschil dat is opgekomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming (artikel 376 WHOA).<sup>8</sup> In de gevallen waarin de rechtbank in het proces betreffende de totstandkoming van het akkoord betrokken is, kunnen ook betrokken schuldeisers of aandeelhouders de rechtbank verzoeken voorzieningen te treffen of nadere bepalingen te maken.<sup>9</sup>
- 12.3. De maatwerkbepaling is vergelijkbaar met de regeling in (artikel 225 Fw betreffende de) surseance van betaling. Volgens de Ontwerp Toelichting is omwille van de consistentie en praktische uitvoerbaarheid nauw aangesloten bij deze regeling. Een akkoord is maatwerk. De kans van slagen wordt naar onze mening vergroot als de regeling flexibel is en een kaderregeling behelst, waarin niet op voorhand alles tot in detail is geregeld. Door een maatwerkbepaling als die van artikel 377 WHOA kunnen niet voorziene situaties op een praktische wijze worden opgelost. Wij staan dan ook positief tegenover de maatwerkbepaling.
- 13. Weigeringgronden ex artikel 381 lid 4 WHOA**
- 13.1. Het voorgestelde artikel 381 WHOA somt een aantal gronden op waaronder de rechter een verzoek tot homologatie van een aangeboden akkoord, dat wordt ondersteund door tenminste één klasse, moet weigeren.
- 13.2. Het derde lid van artikel 381 WHOA bevat de algemene weigeringgronden, waarvoor geldt dat als daarop met succes een beroep wordt gedaan, de rechtbank het homologatieverzoek moet weigeren, zelfs indien alle klassen van schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord hebben ingestemd. In lid 3 ontbreekt een bepaling dat de rechtbank de homologatie moet weigeren indien de rechtbank geen internationale rechtsmacht heeft. Een dergelijke bepaling dient te worden opgenomen. Naar onze mening dient de wet tevens te bepalen dat schuldeisers de bevoegdheid hebben om de internationale rechtsmacht te betwisten.
- 13.3. Het vierde lid van artikel 381 WHOA bevat de aanvullende weigeringgronden. Deze gronden spelen alleen een rol indien tenminste één klasse zijn instemming aan het akkoord heeft onthouden en indien een schuldeiser uit die klasse die zelf daadwerkelijk heeft tegengestemd tijdig een verzoek tot weigering van homologatie indient. De rechtbank zal de homologatie van het akkoord op deze gronden moeten weigeren als de ho-

---

<sup>8</sup> Ontwerp Toelichting p. 34

<sup>9</sup> Ontwerp Toelichting p. 35

mologatie ertoe zou leiden dat de herstructureringslasten of de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd niet eerlijk onder de klassen van schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld.<sup>10</sup>

- 13.4. Bij de beantwoording van de vraag of hiervan sprake is, wordt in de onderdelen a tot en met d van het vierde lid van artikel 381 WHOA een aantal criteria gehanteerd, te weten: (i) de "*absolute priority rule*" zoals geformuleerd in onderdeel (a); (ii) de "*not more than 100% rule*", zoals geformuleerd in onderdeel (b), de "*no unfair discrimination test*" zoals verwoord in de onderdelen (c) en (d). Een laatste verplichte weigeringgrond is neergelegd in onderdeel (e), welke bepaling een "*cash out optie*" voor de geseceureerde schuldeiser betreft.
- 13.5. Wij staan positief tegenover de opname van deze aanvullende weigeringgronden. De verschillende gronden zijn echter onnodig complex geformuleerd. Wij vragen ons af of de praktijk hier voldoende sturing aan kan ontnemen. Een meer uitgebreide bespreking – mede gelet op de Amerikaanse herkomst van de regel – in de memorie van toelichting kan aan dat begrip bijdragen.
- 13.6. Volgens de Ontwerp Toelichting volgt uit de zogeheten *cash out optie* van artikel 381 lid 4 sub e WHOA dat schuldeisers die in faillissement aanspraak zouden kunnen maken op een uitkering in geld - waarbij met name gedacht moet worden aan financiers met een zekerheidsrecht - slechts gedwongen kunnen worden om genoeg te nemen met een uitkering op basis van het akkoord in andere vorm dan contanten, als de klasse waartoe zij behoren daarmee in ruime meerderheid heeft ingestemd, waarbij overigens niet duidelijk is of die ruime meerderheid de tweederde meerderheid van artikel 378 lid 4 WHOA is.
- 13.7. Naar wij begrijpen dient bovengenoemde bepaling zodanig te worden opgevat, dat schuldeisers die de voorkeur geven aan een uitkering in contanten, daarvoor moeten kunnen kiezen, maar dat dit bedrag beperkt is tot het hypothetische uitkeringspercentage dat aan deze schuldeisers zou worden uitgekeerd bij liquidatie of faillissement. Voor het overige dient de waarde die aan een klasse van schuldeisers wordt aangeboden gerelateerd te worden aan het bedrag van de vorderingen verminderd met het cash out deel. Het verdient naar onze mening hoe dan ook aanbeveling om de bedoeling van deze bepaling te verduidelijken.

## **14. Wederkerige overeenkomsten**

- 14.1. Op grond van de bepaling van artikel 372 WHOA wordt de mogelijkheid gecreëerd om ook toekomstige verplichtingen uit lopende overeenkomsten (voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd), zoals huur – of leasetermijnen, te herstructureren. Anders dan bij het

---

<sup>10</sup> Ontwerp Toelichting, p. 40

herstructureren van schulden, doet de schuldenaar een voorstel aan elk van zijn contractuele wederpartijen, die elk de keuze hebben om het wijzigingsvoorstel wel of niet te aanvaarden. Aanvaarden zij dit, dan kunnen zij het nadelige verschil tussen de oude en de nieuwe contractswaarde als schadevergoeding vorderen. Die vordering tot schadevergoeding kan ook weer worden beperkt door het akkoord. Wij begrijpen dat die vordering dan wel in een klasse kan worden ingedeeld waarin meerdere schuldvorderingen worden opgenomen.

- 14.2. Ook regelt het artikel dat zogenaamde *eo ipso* of *ipso facto* clausules zonder gevolg blijven. Het artikel bepaalt dat het aanbieden van een akkoord en de gebeurtenissen die daarmee nauw verband houden geen grond voor de contractuele wederpartij zijn om de nakoming van zijn verbintenissen op te schorten of om de overeenkomst te ontbinden.
- 14.3. Wij denken dat deze bepaling kan bijdragen aan de flexibiliteit van de regeling en daarmee de kans van slagen van een onderhands akkoord bevordert. Of de bepaling effectief is valt te bezien, omdat de contractuele wederpartij het recht heeft c.q. kan bedingen om de nakoming van zijn verbintenissen op te schorten en/of om nadere zekerheid te vragen indien niet-nakoming door de schuldenaar dreigt. Het zou naar onze mening ook te ver gaan om contractuele wederpartijen te verplichten om de overeenkomst verder uit te voeren nadat de schuldenaar heeft verklaard dat hij zijn schuld niet (geheel) zal voldoen.
- 14.4. Verder merken wij op dat niet duidelijk is hoe lid 3 van artikel 372 WHOA zich verhoudt tot lid 1 en lid 2. Op grond van lid 3 blijft een beding dat bepaalt dat het aanbieden van een akkoord de wederkerige overeenkomst automatisch doet eindigen of de wederpartij het recht geeft de overeenkomst te beëindigen, dan wel te wijzigen buiten toepassing. Het doel van deze bepaling zou zijn te voorkomen dat een schuldeiser met een beroep op een dergelijk beding alsnog de totstandkoming van het akkoord op oneigenlijke gronden zou kunnen frustreren. De schuldenaar zelf kan op grond van de eerste twee leden de overeenkomst echter wel wijzigen dan wel beëindigen. Naar wij begrijpen wordt dus eigenlijk bedoeld dat een schuldenaar zolang het proces van totstandkoming van het akkoord hangende is zelf wel een beroep zou moeten kunnen doen op een *ipso facto* clause, maar de schuldeiser niet. Het verdient naar onze mening aanbeveling dit te verduidelijken in de tekst van het ontwerp.

## 15. Actio Pauliana

- 15.1. Het Wetsontwerp beoogt met de introductie van artikel 42a WHOA de verstrekking van zekerheid ten behoeve van de financiering van een akkoord te bevorderen. Wij achten een bepaling als deze een welkome aanvulling, omdat het de schuldenaar en diens wederpartij beschermt bij de akkoordprocedure. Wij bevelen aan om de reikwijdte van de bepaling uit te breiden. Thans beperkt artikel 42a WHOA zich tot het vestigen van pand-

en hypotheekrechten als zekerheid voor nakoming van verplichtingen uit hoofde van geldleningen. Dit staat de schuldenaar slechts toe om geldleningen aan te gaan, terwijl het wellicht sneller en goedkoper is om - bijvoorbeeld - leverancierskrediet te verkrijgen. Ook kan het vestigen van pand- en hypotheekrechten uitgesloten zijn in bestaande (krediet-) overeenkomsten door middel van een negatieve pand- of hypotheekverklaring, of zijn er geen voor verpanding of verhypothekering vatbare vermogensbestanddelen. Deze bepaling zou aan belang winnen indien zij het mogelijk maakt om zekerheid te bedingen voor de nakoming van verbintenissen, zonder beperkingen op te leggen aan de aard van het zekerheidsrecht en de aard van de verbintenis. Dit zal de continuïteit van de onderneming van de schuldenaar kunnen bevorderen.

- 15.2. Het Wetsontwerp vestigt met het voorgestelde artikel 42a WHOA een vermoeden dat *geen* sprake is van benadeling en wetenschap daarvan bij de vestiging van zekerheden tegenover de verstrekking van 'nieuw' geld voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar tijdens het traject. Wij vragen ons af of met de tekst van het ontwerp het beoogde resultaat wordt bereikt, namelijk het beschermen van transacties die dienen ter overbrugging/financiering van de akkoordprocedure. Voor het instellen van een Actio Pauliana rust de bewijslast uit hoofde van artikel 150 Rv in beginsel op de curator. De vestiging van een vermoeden zoals artikel 42a WHOA beoogt, brengt in dit processuele uitgangspunt geen verandering. De Ontwerp Toelichting vermeldt dat de curator onder meer moet aantonen dat de lening, kort gezegd, niet is aangewend om de totstandkoming van het onderhandse akkoord te overbruggen; uit de tekst van het Wetsontwerp zelf volgt dat echter niet.<sup>11</sup> Wij bevelen aan om de toets zoals die is verwoord in de Ontwerp Toelichting duidelijk vast te leggen in de wettekst.
- 15.3. Een andere vraag die in dit verband rijst, is of de bestuurder van de schuldenaar beschermd is, indien achteraf blijkt dat het akkoord niet wordt aangeboden of wordt gehomologeerd. In dat geval zouden de schuldeisers die met de schuldenaar hebben gecontracteerd tijdens de akkoordprocedure de bestuurders van de schuldenaar kunnen aanspreken voor het onbetaald gebleven deel van de schulden die daaruit zijn voortgevloeid. Wij bepleiten dat in die gevallen alleen bestuurdersaansprakelijkheid kan bestaan indien de schuldeiser bewijst dat de bestuurder op het moment dat de rechtspersoon de verbintenis aanging redelijkerwijs niet mocht verwachten dat de rechtbank zou overgaan tot homologatie van het akkoord

## 16. **Erkenning van het akkoord in het buitenland**

- 16.1. De werking van de WHOA is in de huidige opzet in beginsel beperkt tot Nederlands grondgebied en zal alleen in andere landen worden erkend indien het internationaal privaatrecht van die landen of een verdrag in erkenning voorziet.

---

<sup>11</sup> P.16-17 Ontwerp Toelichting

- 16.2. Uit de Ontwerp Toelichting volgt niet dat Nederland de homologatieprocedure wil doen opnemen in Bijlage A bij de (herschikte) Europese Insolventieverordening ("IVO"). Om de aantrekkingskracht van het Nederlandse buitengerechtelijke akkoord te bevorderen, verdient het aanbeveling om de homologatieprocedure te laten opnemen in de eerder genoemde Bijlage A. Daarmee zou het akkoord automatisch worden erkend in de EU Lidstaten (met uitzondering van Denemarken). De IVO staat toe dat naast liquidatieprocedures ook herstructureringsprocedures onder haar werking worden gebracht.
- 16.3. Bijlage A IVO kan alleen worden gewijzigd door middel van de reguliere Europese wetgevingsprocedure. Dit betekent dat de wijziging door de Europese Commissie zal moeten worden geïnitieerd. Het is raadzaam om hierop te anticiperen in het definitieve Wetsontwerp.
- 16.4. Daarnaast knelt het Wetsontwerp op dit moment op twee belangrijke punten in verband met de IVO. Het eerste punt is dat de bevoegdheid van de rechter die het akkoord kan homologeren, moet worden gebaseerd op de zogeheten *COMI* (centrum van voornaamste belangen, meestal in het Engels aangeduid als *centre of main interests*), artikel 3 lid 1 IVO), dan wel de plaats waar de schuldenaar een vestiging heeft (artikel 3 lid 3 IVO). De IVO scheidt geen internationale bevoegdheid voor de opening van insolventieprocedures voor concerns. De internationale bevoegdheid dient per (rechts-)persoon te worden vastgesteld aan de hand van het COMI- of vestigingscriterium (*entity-by-entity approach*).
- 16.5. Het Wetsontwerp opent in artikel 370 lid 2 WHOA de mogelijkheid dat de schuldenaar het akkoord mede aanbiedt ten behoeve van medeschuldenaren. Dat zou de vraag oproepen of het akkoord ook geacht moet worden namens die medeschuldenaren te zijn aangeboden. Dat hoeft niet zo te zijn.
- 16.6. Wij bevelen aan om te verduidelijken dat een zodanig aanbod moet worden opgevat als een beding ten behoeve van een derde waarvan de nakoming gevorderd kan worden door de schuldenaar en door de derde indien hij dat beding aanvaardt. Op die wijze wordt vermeden dat - indien de procedure op Bijlage A wordt gebracht - de rechtbank een verzoek om homologatie van het akkoord niet in behandeling kan nemen wegens het ontbreken van internationale rechtsmacht ten aanzien van de medeschuldenaren. Of een dergelijk "medeschuldenaren-akkoord" ook ten aanzien van de medeschuldenaren op grond van de IVO in de andere EU Lidstaten wordt erkend is een vraag die door het Hof van Justitie van de Europese Unie zal moeten worden beantwoord. Maar de omstandigheid dat het akkoord ten aanzien van de medeschuldenaren wellicht niet in andere EU-lidstaten wordt erkend is geen reden om het akkoord als zodanig niet vatbaar voor erkenning onder de IVO te maken.
- 16.7. Indien het voornemen bestaat om het buitengerechtelijk akkoord binnen de reikwijdte van de IVO te brengen, zullen schuldeisers de bevoegdheid moeten krijgen om de be-

voegdheid van de Nederlandse rechter te betwisten nadat een akkoord is aangeboden. Artikel 5 van de Insolventieverordening stelt die mogelijkheid verplicht.<sup>12</sup> Dat is geen bezwaar omdat ook nu de rechtbank zijn internationale bevoegdheid moet vast stellen.

- 16.8. Een tweede punt is dat de publicatievereisten van artikel 24 IVO in acht moeten worden. Het Wetsontwerp stelt vooralsnog geen publicatie-eisen.
- 16.9. Wij begrijpen dat het in een aantal gevallen voldoende kan zijn dat het akkoord alleen in Nederland werkt. Indien de schuldenaar activiteiten in meerdere EU-lidstaten heeft, dan heeft het akkoord aanzienlijk meer kracht indien het in de EU-lidstaten zonder meer erkend wordt en afdwingbaar is.
- 16.10. De publicatie-eisen van de IVO hoeven niet bezwaarlijk te zijn, omdat de akkoordprocedure kort kan zijn en de schuldenaar bij aanvang duidelijkheid kan verschaffen over welke schuldeisers wel en welke niet door het akkoord worden geraakt. In ieder geval vormen de publicatie-eisen geen reden om in de WHOA niet de deur naar IVO-erkenning te openen.
- 16.11. Het is mogelijk dat de WHOA aan de schuldenaar bij aanvang van de procedure de mogelijkheid biedt te kiezen voor een procedure met lokaal effect of voor een procedure die voldoet aan de eisen die de IVO stelt (waarbij vanzelfsprekend geldt dat die procedure dan ook in Bijlage A van de IVO is vermeld). De keuze voor het laatste betekent in de kern dat de schuldenaar formeel om opening van de procedure verzoekt bij de rechter die op grond van artikel 3 IVO internationale rechtsmacht heeft. Die rechtbank opent vervolgens de procedure en publiceert die openingsbeslissing en schrijft deze in de daartoe bestemde insolventieregisters in. De communicatie door de schuldenaar (als *debtor in possession*) met de schuldeisers geschiedt in overeenstemming met de eisen van de IVO.<sup>13</sup>
- 16.12. Dit brengt met zich dat artikel 369 lid 3 WHOA niet alleen naar de commune bevoegdheidsbepaling in artikel 2 Fw moet verwijzen, maar ook naar artikel 3 van de IVO. Tevens zou in artikel 370 WHOA een regeling moeten worden opgenomen dat de schuldenaar om de opening van de akkoordprocedure vraagt en dat de rechtbank die opening uitspreekt. Voorts zullen voor die procedure de publicatie- en communicatievoorschriften moeten worden vastgesteld zodanig dat deze voldoen aan de IVO.

## 17. Geen hoger beroep

- 17.1. Om de snelheid van het homologatieproces te bevorderen, beperkt de WHOA de mogelijkheid tot het instellen van rechtsmiddelen. Zo kan geen hoger beroep worden ingesteld

---

<sup>12</sup> Vgl. *Kamerstukken II 2017/18*, 34 728, nr. 5, p. 4-5 over de invoering van deze betwistingmogelijkheid voor de surseance van betaling.

<sup>13</sup> Artikel 53 e.v. IVO



tegen de benoeming van een deskundige (artikel 371 lid 6 WHOA); het afkondigen van een afkoelingsperiode (artikel 375 lid 5 WHOA); beslissingen van de rechtbank over geschillen als bedoeld in artikel 376 WHOA en de homologatiebeslissing (artikel 381 lid 6 WHOA). Hoewel wij onderschrijven dat de homologatieprocedure voortvarend moet verlopen, is de keuze om hoger beroep uit te sluiten minder gelukkig. Een buitengerechtelijk akkoord resulteert in (een soms drastische) wijziging van rechten van schuldeisers die in zijn gevolgen niet veel verschilt van een onteigening. Om die reden is het van belang dat schuldeisers in de gelegenheid worden gesteld zich daartegen in rechte voldoende te verweren.

- 17.2. Het openstellen van hoger beroep hoeft bovendien niet aan de voortvarendheid in de weg te staan, indien net als het geval is in surseance en faillissement, zeer korte termijnen worden gehanteerd.

## **18. Tot slot**

- 18.1. Het Wetsontwerp voorziet in een leemte binnen ons insolventierecht.
- 18.2. Het Wetsontwerp biedt een welkom instrument is voor noodlijdende ondernemingen die een reddingspoging willen ondernemen om een surseance of faillissement af te wenden.
- 18.3. Wij hopen dat de in deze brief genoemde aandachtspunten, die bijdragen aan een goede wettelijke regeling, worden meegewogen bij de nadere uitwerking van het (concept) Wetsontwerp. Wij zijn gaarne tot een nadere toelichting bereid.

Hoogachtend,

Houthoff

Frauke van der Beek

Barbara van Gangelen

Gerhard Gispen

Bert Verburg

Frédéric Verhoeven

Clark Warren

Christiaan Zijderveld