

Internationaal privaatrechtelijke aspecten van de WHOA

Tvl 2019/34

Het recent bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel voor de WHOA roept een aantal internationaal privaatrechtelijke vragen op. Hoe zit het met erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in andere lidstaten van de EU? Hoe dient de rechter te beoordelen of hij bevoegd is kennis te nemen van verzoeken aangaande herstructurering? Erkenning en tenuitvoerlegging zullen weinig problemen opleveren. De bevoegdheidsvraag is lastiger te beantwoorden. De door de regering voorgestelde regeling is deels niet in overeenstemming met de Europese Insolventieverordening en miskent dat Brussel Ibis van toepassing is. Aanpassingen zijn vereist om het wetsvoorstel in overeenstemming te brengen met Europese wetgeving.

1. Inleiding

Op 5 juli jongstleden was het dan eindelijk zover. De regering heeft het wetsvoorstel voor de Wet homologatie onderhands akkoord (WHAO)² aan de Tweede Kamer gestuurd. Het wetsvoorstel beoogt wat sommigen een Nederlandse variant van de Engelse scheme of arrangement noemen in te voeren. Schuldenaren die in een toestand verkeren waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van hun schulden niet zullen kunnen voortgaan (beoogd art. 370 lid 1 Fw), kunnen in de toekomst gebruikmaken van een procedure buiten de huidige faillissementsprocedure.

De WHOA kan worden beschouwd als een gedeeltelijke implementatie van de in juni in het Publicatieblad van de Europese Unie gepubliceerde Richtlijn 2019/1023 (hierna: Richtlijn),³ die de lidstaten opdraagt binnen twee jaar preventieve herstructureringsstelsels te introduceren. Meer dan een gedeeltelijke implementatie is het wetsvoorstel echter niet. De regering maakt in de memorie van toelichting duidelijk dat er een apart wetsvoorstel zal worden gepresenteerd ter implementatie van de Richtlijn.⁴

Deze bijdrage richt zich op een aspect dat in de memorie van toelichting niet prominent naar voren komt, namelijk de internationaal privaatrechtelijke vraagstukken die onge-

twijfeld een belangrijke rol zullen spelen bij de effectiviteit van de WHOA. Dit behoeft enige uitleg.

Vandaag de dag hebben steeds meer ondernemingen connecties met het buitenland, bijvoorbeeld een kredietverlener in Duitsland, werknemers die hun woonplaats in België hebben, concurrente schuldeisers verspreid over de EU enz. Om nog maar te zwijgen van ondernemingen met vestigingen in andere lidstaten. Indien de onderneming in kwestie een kapitaalvennootschap is, dient men ook rekening te houden met aandeelhouders die wellicht uit alle hoeken van het continent komen. Stel eens voor dat een dergelijke kapitaalvennootschap overweegt zich te herstructureren. De onderneming heeft vernomen dat de Nederlandse wetgever een nieuw herstructureringsregime heeft ingevoerd. Bij de beslissing waar de onderneming zich het beste kan herstructureren spelen onder andere de volgende overwegingen een rol: (1) zal de aangezochte rechter zich bevoegd verklaren?; (2) zo ja, welk recht zal op de herstructurering worden toegepast?; en (3) zullen rechterlijke beslissingen worden erkend en ten uitvoer gelegd in andere lidstaten?

Laten we het voorbeeld concreet maken. HTK NV is geïncorporeerd in Nederland en richt zich op de productie en verkoop van huis-, tuin- en keukenmiddelen. De onderneming heeft concurrente schuldeisers in meerdere lidstaten van de EU. Er is een productiefaciliteit in België waar verschillende werknemers tewerkgesteld zijn. De Belgische bank Fortes heeft HTK NV krediet verschaft. Tot zekerheid van de resulterende vordering heeft Fortes een recht van hypotheek bedongen op de Belgische productiefaciliteit. De aandeelhouders van HTK NV zijn verspreid over de EU. HTK NV zit in financiële problemen en overweegt gebruik te maken van de nieuwe Nederlandse procedure, maar verkeert in onzekerheid omtrent de hiervoor opgesomde drie vragen.

In het navolgende zal worden betoogd dat de Nederlandse regering in het wetsvoorstel met deze internationaal privaatrechtelijke aspecten te weinig rekening heeft gehouden. Daartoe zal, waar dit toegevoegde waarde heeft, gebruik worden gemaakt van het HTK NV voorbeeld. Helaas kan de vraag naar het toepasselijke recht door plaatsgebrek niet worden behandeld. Onderdeel 2 begint met een samenvatting van een aantal belangrijke keuzes in het wetsvoorstel. In onderdeel 3 bespreek ik erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in de herstructureringsprocedure en welk regime hierop van toepassing is. Onderdeel 4 vervolgt met de bespreking van internationale bevoegdheid, een aspect dat verrassende problemen met zich meebrengt. Onderdeel 5 bevat aanbevelingen aan de Nederlandse wetgever om het wetsvoorstel aan te passen. Onderdeel 6 sluit af met een conclusie.

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: W.J.E. Nijnsen, 'Internationaal privaatrechtelijke aspecten van de WHOA', Tvl 2019/34. W.J.E. (Walter) Nijnsen is promovendus aan de Hochschule Fulda en de Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. De auteur dankt prof. dr. iur. Dominik Skauradzun en dr. mr. Nico Tollenaar voor discussies betreffende het onderwerp van dit artikel.

2 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 2.

3 PbEU 2019, L 172/18.

4 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 4 (hierna: MVT).

2. Twee procedures

Voordat een begin kan worden gemaakt met de bespreking van de internationaal privaatrechtelijke aspecten, is het van belang kort in te gaan op het karakter van de twee voorgestelde Nederlandse procedures. Het onderscheid tussen de twee procedures zal nog van belang zijn voor de rest van deze bijdrage.

De regering stelt voor twee procedures in te voeren: een openbare akkoordprocedure buiten faillissement en een besloten akkoordprocedure buiten faillissement (beoogd art. 369 lid 6 Fw). Het verschil tussen deze twee procedures is vrij principieel.

In de openbare akkoordprocedure wordt algemeen bekendgemaakt dat de schuldenaar een herstructureringsprocedure is gestart. Beoogd art. 370 lid 4 Fw bepaalt dat indien wordt gekozen voor de openbare akkoordprocedure, de schuldenaar zodra de rechter voor het eerst een beslissing omtrent de herstructurering heeft genomen, verplicht is onverwijld de griffier van de Rechtbank Den Haag te verzoeken de informatie als bedoeld in art. 24 van de Europese Insolventieverordening (hierna: IVO)⁵ op te nemen in het insolventieregister en te vermelden in de Staatscourant. Nu publiekelijk bekend zal worden gemaakt dat een dergelijke procedure is begonnen met betrekking tot de schuldenaar, kunnen de verzoeken aan de rechter in het openbaar worden behandeld (beoogd art. 369 lid 9 Fw). De regering is, ten slotte, voornemens de openbare akkoordprocedure te melden bij de Europese Commissie, zodat deze procedure kan worden opgenomen in bijlage A bij de IVO.⁶

Het alternatief is de besloten akkoordprocedure. Zoals de naam al doet vermoeden, kenmerkt deze procedure zich door het feit dat niet wordt bekendgemaakt dat een akkoordprocedure plaatsvindt. Er is geen vermelding van gegevens in het insolventieregister of de Staatscourant en alle rechterlijke betrokkenheid vindt plaats in raadkamer (beoogd art. 369 lid 9 Fw). Deze procedure zal niet worden aangemeld bij de Commissie.

De keuze voor de te gebruiken procedure dient te worden gemaakt wanneer de rechter voor het eerst bij de herstructurering betrokken raakt.⁷ Nadat is besloten van welke procedure gebruik wordt gemaakt, kan het karakter van de procedure niet meer worden gewijzigd: eenmaal openbaar altijd openbaar, eenmaal besloten altijd besloten.⁸

⁵ Verordening 2015/848, *PbEU* 2015, L 141/19.

⁶ *MvT*, p. 6.

⁷ *MvT*, p. 7.

⁸ *MvT*, p. 7.

3. Erkenning en tenuitvoerlegging

3.1 *Het belang van soepele erkenning en tenuitvoerlegging*

Het zal in de toekomst van groot belang zijn dat rechterlijke beslissingen omtrent herstructurering in andere lidstaten erkend en ten uitvoer gelegd kunnen worden. We keren terug naar het voorbeeld aangaande HTK NV. De onderneming besluit zich in Nederland te herstructureren. Om ervoor te zorgen dat een akkoord kans van slagen heeft, besluit HTK NV de rechtbank te verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen (beoogd art. 376 lid 1 Fw). Gedurende deze afkoelingsperiode wordt een door een schuldeiser ingediend verzoek tot faillietverklaring geschorst (beoogd art. 376 lid 2 onder c Fw). Dit laatste zal ook in de herstructureringsstelsels in andere lidstaten gelden, aangezien deze bepaling voorgeschreven is in art. 7 lid 2 Richtlijn, waarbij op te merken valt dat dit alleen geldt indien het verzoek is gericht op de opening van een insolventieprocedure die kan leiden tot vereffening van de schuldenaar. HTK NV heeft een concurrente schuldeiser in België die niet zit te wachten op de herstructurering in Nederland en om welke reden dan ook een insolventieprocedure in België prefereert. De schuldeiser dient een verzoek tot opening van een dergelijke procedure in bij de Belgische rechter. De door de Nederlandse rechter afgekondigde afkoelingsperiode verliest een groot deel van zijn effectiviteit als de Belgische rechter het besluit van de Nederlandse rechter niet erkent.⁹

Hetzelfde geldt voor de homologatie van een bereikt akkoord. Als andere lidstaten de Nederlandse homologatie niet erkennen, zal het voor weinig ondernemingen die internationaal opereren nuttig zijn gebruik te maken van een Nederlandse herstructureringsprocedure. Naast de mogelijkheden waarin een procedure voorziet, zal soepele erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen daarom in de toekomst van groot belang zijn voor de effectiviteit van de WHOA.

Wanneer het gaat om erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in civiele zaken is het niet meer dan logisch om eerst te denken aan de Brussel Ibis verordening die immers specifiek ziet op rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.¹⁰ Het meest logische alternatief voor Brussel Ibis is de IVO, aangezien herstructurering grote gelijkenissen vertoont met insolventie.

3.2 *Erkenning en tenuitvoerlegging onder Brussel Ibis*

Wanneer een zaak binnen het toepassingsgebied van Brussel Ibis valt, vormen erkenning en tenuitvoerlegging normaliter geen probleem. Art. 36 lid 1 Brussel Ibis schrijft namelijk voor dat erkenning van een in een andere lidstaat gegeven beslissing geschiedt zonder vorm van proces. Beslissingen

⁹ Voor meer voorbeelden zie D. Skauradzun & W. Nijens, 'Brussels Ia or EIR Recast? The Allocation of Preventive Restructuring Frameworks', *International Corporate Rescue* 2019, p. 194.

¹⁰ Verordening 1215/2012, *PbEU* 2012, L 351/1.

worden aldus automatisch erkend.¹¹ Art. 37 Brussel Ibis geeft aan welke stukken dienen te worden overgelegd indien een partij erkenning in een andere lidstaat wenst. Erkenning mag alleen door de aangezochte rechter worden geweigerd indien er een weigeringsgrond is als vermeld in art. 45 lid 1 Brussel Ibis. De opsomming is limitatief en de weigeringsgronden dienen restrictief te worden uitgelegd.¹² Dergelijke weigeringsgronden gelden slechts in uitzonderlijke gevallen. Van groot belang is art. 45 lid 3 Brussel Ibis, dat bepaalt dat de bevoegdheid van de rechter van herkomst normaliter niet mag worden getoetst, ook niet via de openbare orde exceptie. Bevoegdheid is aldus *geen* voorwaarde voor erkenning en tenuitvoerlegging.¹³

Ook voor tenuitvoerlegging is ex art. 39 Brussel Ibis geen aparte procedure vereist. In tegenstelling tot zijn voorganger vereist Brussel Ibis geen exequatur.¹⁴ Desalniettemin mag een lidstaat uiteraard regels stellen aangaande de manier waarop de tenuitvoerlegging dient te geschieden, als er maar geen onderscheid wordt gemaakt tussen beslissingen afkomstig uit de eigen en een andere lidstaat (art. 41 lid 1 Brussel Ibis). Vereist is wel dat de beslissing in de lidstaat van herkomst uitvoerbaar is. Art. 42 Brussel Ibis bepaalt welke bescheiden dienen te worden overgelegd aan de voor tenuitvoerlegging bevoegde autoriteit. Wat de weigeringsgronden betreft, geldt dezelfde opsomming als in art. 45 lid 1 Brussel Ibis (art. 46 Brussel Ibis) en daarnaast zijn ook nog nationale gronden toegestaan, voor zover die niet onverenigbaar zijn met art. 45 Brussel Ibis (art. 41 lid 2 Brussel Ibis).

Voorwaarde voor zowel erkenning als tenuitvoerlegging is het bestaan van een beslissing. Art. 2 onder a Brussel Ibis definieert een beslissing als “elke door een gerecht van een lidstaat gegeven beslissing, ongeacht de daaraan gegeven benaming”. De inleiding vermeldde al dat de WHOA door sommigen wordt beschouwd als een soort Nederlandse scheme of arrangement. In het verleden is meermaals gediscussieerd over het antwoord op de vraag of de sanctioning decision van de Engelse rechter wel een beslissing is als bedoeld in art. 2 onder a Brussel Ibis en diens voorgangers. Dit is niet de plaats om deze discussie te voeren. Het is voldoende om te benadrukken dat de heersende opinie in verschillende lidstaten de sanctioning decision als beslissing ziet.¹⁵ Dit overwegende lijkt de conclusie gerechtvaardigd

dat beslissingen genomen door de Nederlandse rechter in het kader van de herstructureringsprocedure onder art. 2 onder a Brussel Ibis zullen vallen.¹⁶

3.3 Erkenning en tenuitvoerlegging onder de IVO

De regeling omtrent erkenning en tenuitvoerlegging in de IVO wijkt niet veel af van die in Brussel Ibis. Art. 19 lid 1 IVO bepaalt dat een beslissing tot opening van een insolventieprocedure “wordt erkend in alle andere lidstaten zodra de beslissing rechtsgevolgen heeft in de lidstaat waar de procedure is geopend”. Art. 32 lid 1 IVO vervolgt met de bepaling dat andere beslissingen van de rechter wiens beslissing ex art. 19 lid 1 IVO is erkend, zonder verdere formaliteiten worden erkend. Deze beslissingen dienen te gaan over het verloop en de beëindiging van de insolventieprocedure. Ook de homologatie van een akkoord hoort daartoe. Dergelijke beslissingen worden ten uitvoer gelegd op basis van het regime in Brussel Ibis. De conclusie is dat erkenning automatisch gebeurt.¹⁷ Tenuitvoerlegging vereist daarnaast ook hier geen exequatur.¹⁸

De IVO voorziet, in tegenstelling tot andere Europese regelingen,¹⁹ in slechts één weigeringsgrond voor erkenning en tenuitvoerlegging, namelijk kennelijke strijd met de openbare orde (art. 33 IVO). Dit is alleen in zeer uitzonderlijke situaties het geval.²⁰ Ook geldt dat de bevoegdheid van de rechter in de lidstaat van herkomst niet mag worden getoetst.²¹ De conclusie is dat net als bij Brussel Ibis erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen op basis van de IVO vrij soepel verlopen.

Hier dient een kanttekening bij te worden geplaatst. Op grond van art. 8 IVO heeft een afkoelingsperiode of een akkoord geen effect op zakelijke rechten van schuldeisers gevestigd op goederen van de schuldenaar die zich op het moment van de opening van de procedure in een andere lidstaat bevinden.²² In het voorbeeld omtrent HTK NV betekent dit dat de Fortes bank, indien de IVO op de Nederlandse procedure in kwestie van toepassing is, niet door een Nederlandse afkoelingsperiode wordt gehinderd bij een eventuele executie van de verhypothekerde productiefaciliteit, hetgeen een behoorlijk obstakel kan opleveren in een herstructureringsprocedure.

11 Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 36 Brussel I-bis, aant. 4 (online, bijgewerkt 1 september 2017).

12 Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 45 Brussel I-bis, aant. 2 (online, bijgewerkt 1 september 2017).

13 L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 280.

14 Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 39 Brussel I-bis, aant. 1 (online, bijgewerkt 1 september 2017).

15 Zie voor Engeland J. Payne, *Schemes of Arrangement. Theory, Structure and Operation*, Cambridge: CUP 2014, p. 308-309, 311; voor Duitsland P. Abel & C. Herbst, ‘Anerkennung präventiver Restrukturierungsrahmen innerhalb Europas’, in: C. Morgen (red.), *Präventive Restrukturierung*, Keulen: RWS 2019, par. 39 (nog niet gepubliceerd); en voor Nederland L. Kortmann & M. Veder, ‘The Uneasy Case for Schemes of Arrangement under English Law in Relation to non-UK Companies in Financial Distress: Pushing the Envelope?’, *Nottingham Insolvency and Business Law eJournal* 2015/13, par. 62-70.

16 Vgl. D. Skauradszun & W. Nijens, ‘The Toolbox for Cross-Border Restructurings in Europe post-Brexit – Why, What & Where?’, *Nottingham Insolvency and Business Law eJournal* 2019 (nog niet gepubliceerd).

17 A.J. Berends, *Grensoverschrijdende insolventie*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 125.

18 G. Cuniberti, in: G. Cuniberti, P. Nabet & M. Raimon, *Droit européen de l’insolvabilité*, Issy-les-Moulineaux: LGDJ 2017, par. 656.

19 Cuniberti 2017, par. 665 (zie noot 18).

20 Vgl. HvJ EU 2 mei 2006, C-341/04, ECLI:EU:C:2006:281 (*Eurofood*), r.o. 61-64.

21 R. Dammann & M. Sénéchal, *Le droit de l’insolvabilité internationale*, Issy-les-Moulineaux: Joly éditions 2018, par. 557-559.

22 P.M. Veder & J.J. van Hees, ‘Internationale aspecten van het dwangakkoord ter voorkoming van faillissement’, in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Vereeniging ‘Handelsrecht’ Preadviezen 2017. Het dwangakkoord buiten faillissement*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 191-192. Anders voor de afkoelingsperiode in faillissement Berends 2017, p. 99-101 (zie noot 17).

3.4 *Het toepassingsgebied van de IVO*

De vraag is nu welk van de hierboven beschreven regimes van toepassing is op de Nederlandse akkoordprocedures. In 2017 hebben Veder en Van Hees in hun preadvies voor de Vereniging Handelsrecht een antwoord gegeven op de vraag of de IVO van toepassing zou zijn op de procedure in het toenmalige voorontwerp. Zij kwamen tot een bevestigend antwoord met het voorbehoud dat meer openbaarheid aan de procedure zou moeten worden verleend.²³ In vergelijking met het voorontwerp zijn twee belangrijke vernieuwingen in het wetsvoorstel opgenomen.²⁴ Ten eerste is het aantal procedures verdubbeld. In het voorontwerp was slechts sprake van één procedure, nu zijn er twee: de openbare en de besloten akkoordprocedure. Ten tweede is het toepassingsgebied van de WHOA verruimd. De regering stelt de akkoordprocedures niet alleen ter beschikking aan ondernemingen die zich willen herstructureren, maar ook aan niet-levensvatbare ondernemingen die zich willen afwikkelen buiten faillissement aangezien dat een beter resultaat zou opleveren dan in de faillissementsprocedure.²⁵ Deze wijzigingen nopen tot een nieuw onderzoek naar de vraag of de IVO van toepassing is.

Art. 1 IVO bepaalt het toepassingsgebied van de verordening. Op grond van lid 1 dient de procedure openbaar en collectief te zijn, gebaseerd op het recht inzake insolventie, gericht op een in het lid vermeld doel en daarnaast moet normaliter sprake zijn van een situatie als vermeld onder a, b of c. Lid 2 sluit een aantal procedures van het toepassingsgebied uit.

Art. 1 lid 1 IVO eindigt met de woorden “[d]e in dit lid bedoelde procedures worden opgesomd in bijlage A”. Bijlage A bij de IVO bevat aldus een limitatieve opsomming van de procedures die binnen het toepassingsgebied van de IVO vallen.²⁶ De criteria in art. 1 lid 1 IVO zijn echter van belang om te kunnen beoordelen of een nieuwe procedure aan bijlage A kan worden toegevoegd.²⁷ De Europese Commissie zal namelijk elk verzoek tot wijziging van de bijlage aan deze criteria toetsen.²⁸ Zoals reeds vermeld in onderdeel 2, is de regering voornemens om de openbare akkoordprocedure te melden bij de Commissie, zodat deze kan worden opgenomen in bijlage A. In hetgeen volgt zullen daarom alle criteria worden besproken en zal worden beoordeeld of de Nederlandse procedures aan de criteria voldoen.

23 Veder & Van Hees 2017, p. 173, 182 (zie noot 22).

24 Zie voor andere wijzigingen de bijdrage van Tollenaar in dit themanummer.

25 MvT, p. 1, 2, 5, 23, 50.

26 M. Brinkmann, in: M. Brinkmann (red.), *European Insolvency Regulation. Article by Article Commentary*, München: C.H. Beck 2019, art. 1 par. 4 (nog niet gepubliceerd).

27 A. Bornemann, in: K. Wimmer, A. Bornemann & M.C. Lienau, *Die Neufassung der EuInsVO*, Keulen: Luchterhand Verlag 2016, par. 93.

28 Vgl. J.-L. Vallens, ‘Scope of the European Insolvency Regulation and Definition of Insolvency’, in: S. Bariatti & P.J. Omar (red.), *The Grand Project. Reform of the European Insolvency Regulation*, Nottingham: INSOL Europe 2014, p. 20-21. Zie ook Veder & Van den Berg, in: *T&C Insolventierecht 2019*, art. 1 Insolventieverordening (herschikking), aant. 4 (online, bijgewerkt 1 januari 2019) met verdere verwijzingen.

3.4.1 *Openbaarheid*

Aan de voorwaarde van openbaarheid wordt voldaan indien de informatie als vermeld in art. 24 IVO in het insolventieregister wordt gepubliceerd.²⁹ Het is de bedoeling vertrouwelijke procedures van het toepassingsgebied uit te sluiten (punt 13 van de considerans).

De openbare akkoordprocedure valt te bestempelen als openbaar, aangezien de benodigde informatie zal worden opgenomen in het insolventieregister vanaf het moment dat de rechter voor het eerst in de procedure een beslissing heeft genomen (beoogd art. 370 lid 4 Fw). Dit gebeurt niet bij de besloten akkoordprocedure, die daarom niet voldoet aan de eis van openbaarheid en bij de beschouwing van de volgende criteria niet zal worden meegenomen.

3.4.2 *Collectiviteit*

Een collectieve procedure is volgens art. 2 onder 1 IVO een “procedure waarbij alle of een aanzienlijk deel van de schuldeisers van een schuldenaar betrokken zijn, met dien verstande dat in laatstgenoemd geval de procedure de vorderingen van schuldeisers die hierbij niet betrokken zijn, onverlet laat”. Collectief betekent aldus niet per se dat alle schuldeisers dienen te worden betrokken. Dit is slechts anders indien de procedure tot doel heeft de activiteiten van de schuldenaar definitief te staken of de goederen van de schuldenaar te liquideren. Indien niet alle schuldeisers bij de procedure worden betrokken, dient het doel van de procedure de redding van de schuldenaar te zijn. Verder geldt dat procedures waarbij alleen financiële schuldeisers worden betrokken, ook als collectieve procedures kwalificeren.³⁰

De collectiviteitsvoorwaarde vormt geen probleem voor de openbare akkoordprocedure. Beoogd art. 385 Fw bepaalt dat normaliter naast de schuldenaar alleen de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders aan het akkoord zullen zijn gebonden. Stemgerechtigd zijn slechts die schuldeisers en aandeelhouders wier rechten door het akkoord worden gewijzigd (beoogd art. 381 lid 3 Fw). De rechten van de niet in de procedure betrokken partijen worden aldus niet gewijzigd, hetgeen een voorwaarde voor collectiviteit is. Daarnaast dient een procedure waarbij niet alle schuldeisers zijn betrokken zich te richten op de redding van de schuldenaar. Dat is het geval indien de procedure voor de herstructurering van ondernemingen wordt gebruikt, aangezien het doel het weer financieel gezond maken van de onderneming is.³¹ Indien de procedure voor de afwikkeling van niet-levensvatbare ondernemingen wordt gebruikt, zullen alle schuldeisers moeten worden betrokken, hetgeen niet meer dan vanzelfsprekend is.

29 Vgl. Bornemann 2016, par. 81 (zie noot 27); K. van Zwieten, in: R. Bork & K. van Zwieten (red.), *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford: OUP 2016, par. 1.16. Zie ook punt 12 van de considerans. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze voorwaarde Veder & Van Hees 2017, p. 176-178 (zie noot 22).

30 Zie voor dit alles punt 14 van de considerans.

31 MvT, p. 5.

3.4.3 *Het recht inzake insolventie en het doel van de procedure*

De voorwaarde dat de procedure moet zijn gebaseerd op het recht inzake insolventie is enigszins misleidend. Het is niet de bedoeling dat de IVO alleen geldt voor schuldenaren die insolvent zijn. Art. 1 lid 1 IVO houdt de deur open voor procedures die slechts een risico op insolventie van de schuldenaar vereisen.³² De achtergrond van de huidige bewoording van deze voorwaarde is dat men wil voorkomen dat procedures die betrekking hebben op herstructurering terwijl er geen enkel zich is op insolventie onder de IVO kunnen vallen.³³ Daarom zijn algemeen vennootschapsrechtelijke procedures, zoals de Engelse scheme of arrangement,³⁴ van het toepassingsgebied uitgesloten (punt 16 van de considerans).

Indien een procedure wordt geopend terwijl de schuldenaar naar nationaal recht nog solvent is, moet het doel van de procedure het voorkomen van insolventie of het staken van de bedrijfsactiviteiten zijn. De IVO spreekt hier van “omstandigheden waarin er slechts een risico op insolventie bestaat” (art. 1 lid 1 tweede zin IVO).

De openbare akkoordprocedure is gebaseerd op het recht inzake insolventie. De reden hiervoor is niet zo zeer dat de procedure aspecten kent die blijken geven van een insolventierechtelijk karakter, maar dat indien de procedure wordt gebruikt minimaal sprake is van een risico op insolventie.

Het doel van de procedure zorgt echter voor een tweedeling tussen levensvatbare en niet-levensvatbare ondernemingen. Bij levensvatbare ondernemingen die zich willen herstructureren is het doel van de procedure het voorkomen van insolventie. Voor niet-levensvatbare ondernemingen geldt dat de procedure wordt gebruikt om de onderneming af te wikkelen.³⁵ In dit laatste geval is niet voldaan aan de hierboven vermelde eis dat bij slechts een risico op insolventie het doel van de procedure het voorkomen van insolventie of het staken van de bedrijfsactiviteiten moet zijn. Dit betekent dat de openbare akkoordprocedure niet aan bijlage A bij de IVO kan worden toegevoegd en dientengevolge niet binnen het toepassingsgebied van de IVO kan vallen indien een van de twee doelen het afwikkelen van niet-levensvatbare ondernemingen is.

Dit lijkt op het eerste gezicht een vreemde conclusie, vooral gezien de omstandigheid dat de procedure aspecten bevat die blijken geven van een insolventierechtelijk karakter. Deze omstandigheid is echter niet voldoende om te voldoen aan de criteria. De IVO stelt duidelijk een extra eis aan procedures die kunnen worden gebruikt indien slechts sprake is van een risico op insolventie.

32 S. Reinhardt, in: R. Stürner, H. Eidenmüller & H. Schoppmeyer (red.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. Band 4*, München: C.H. Beck 2016, art. 1 EulnsVO par. 6.

33 Vgl. Van Zwieten 2016, par. 1.22-1.24 (zie noot 29). In dit kader is ook punt 16 van de considerans ongelukkig geformuleerd.

34 Beunk, in: *GS Faillissementswet*, art. 1 Insolventieverordening (herschikking), aant. 5 (online, bijgewerkt 1 augustus 2018).

35 De MvT spreekt expliciet van twee doelen. Zie MvT, p. 5.

Men zou kunnen aanvoeren dat het ingangscriterium van de WHOA veel meer vereist dan slechts een risico op insolventie, met als gevolg dat de aanvullende eis van het voorkomen van insolventie of het beëindigen van de bedrijfsactiviteiten niet geldt voor de openbare akkoordprocedure. Taalkundig beschouwd vereist het Nederlandse ingangscriterium inderdaad meer dan slechts een risico op insolventie. Het wetsvoorstel vereist in beoogd art. 370 lid 1 Fw de “toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat [de schuldenaar] met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan”. In de memorie van toelichting zijn ook termen te vinden als ‘de klemmende situatie van dreigende insolventie’,³⁶ ‘dreigend faillissement’³⁷ en “[dat er] geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden”.³⁸ Deze bewoordingen geven aan dat de situatie taalkundig beschouwd aanzienlijk zorgelijker is dan het geval zou zijn bij slechts een risico op insolventie. Deze semantische discussie is echter zeer misleidend.

Het was de bedoeling van de Europese wetgever bij de herziening van de IVO om het toepassingsgebied uit te breiden. Niet alleen klassieke procedures waarbij een schuldenaar insolvent diende te zijn zouden in het vervolg aan bijlage A kunnen worden toegevoegd, maar ook procedures die gericht zijn op herstructurering van een schuldenaar die nog niet insolvent is. Dergelijke procedures moeten echter gerelateerd zijn aan het recht inzake insolventie, met andere woorden minimaal een risico op insolventie als ingangscriterium kennen, en gericht zijn op het voorkomen van insolventie.³⁹ De nieuwe Richtlijn ziet expliciet op deze situatie door de lidstaten te verplichten dergelijke procedures in te voeren.⁴⁰ Volgens de memorie van toelichting sluit het ingangscriterium van de WHOA aan bij art. 4 lid 1 Richtlijn.⁴¹ Deze bepaling vereist als ingangscriterium ‘dreigende insolventie’. In de Engelstalige versie van de Richtlijn staat echter ‘likelihood of insolvency’, precies dezelfde term die in de IVO wordt gebruikt voor de aanvullende eis dat het doel van de procedure het voorkomen van insolventie of het staken van de bedrijfsactiviteiten moet zijn. Hetzelfde geldt voor enkele andere taalversies. In de Franstalige versies staat in beide bepalingen ‘probabilité d’insolvabilité’ en in de Duitstalige versies in de ene bepaling ‘die Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz’ en in de andere ‘bei einer wahrscheinlichen Insolvenz’.⁴² Skauradszun en ik hebben daarom elders reeds gesteld dat de nationale definities van de likelihood of insolvency op grond van de Richtlijn waarschijnlijk zullen voldoen aan de vereiste likelihood of insolvency in de

36 MvT, p. 17.

37 MvT, p. 5.

38 MvT, p. 33.

39 Vgl. Van Zwieten 2016, par. 1.21-1.24 (zie noot 29) met verdere verwijzingen.

40 Zie bijv. punt 2 en 12 van de considerans van de Richtlijn.

41 MvT, p. 33.

42 In sommige andere taalversies zijn de begrippen net als in de Nederlandstalige versie niet gelijk. De Spaanstalige versie spreekt bijvoorbeeld van ‘probabilidad de insolvencia’ en ‘un estado de insolvencia inminente’.

IVO.⁴³ Dat de begrippen 'een risico op insolventie' en 'dreigende insolventie' in de Nederlandstalige versies van de IVO en de Richtlijn niet gelijk luiden is onfortuinlijk, maar leidt mijns inziens niet tot de conclusie dat het eerste begrip het tweede niet omvat.⁴⁴

Dit wordt nog duidelijker door de situatie in Duitsland. In de oorspronkelijke Duitstalige versie van de Richtlijn werd als ingangscriterium 'drohende Insolvenz' voorgesteld, hetgeen gelijk is aan het Nederlandse 'dreigende insolventie'. De Duitsers vroegen zich af wat de relatie zou zijn van dit begrip met 'drohende Zahlungsunfähigkeit', hetgeen in het Duitse recht een insolventiegrond is (§ 18 Insolvenzordnung).⁴⁵ De Richtlijn geeft echter in punt 24 tweede zin van de considerans aan dat het herstructureringsstelsel beschikbaar moet zijn voordat de schuldenaar naar nationaal recht insolvent wordt. In de definitieve versie van de Richtlijn is nu waarschijnlijk daarom het begrip 'wahrscheinliche Insolvenz' te vinden. Dit overwegende is de keuze van het Nederlandstalige begrip 'dreigende insolventie' en het gebruik daarvan in de memorie van toelichting van de WHOA extra ongelukkig. Gezien de vermelding in de memorie van toelichting dat het ingangscriterium van de WHOA overeenkomt met art. 4 lid 1 Richtlijn, is het belangrijk dreigende insolventie niet te vergelijken met de Duitse 'drohende Zahlungsunfähigkeit', maar met 'wahrscheinliche Insolvenz' en het Engelse 'likelihood of insolvency', begrippen die veel beter aansluiten bij de tekst van art. 1 lid 1 tweede zin IVO. De aanvullende eis in art. 1 lid 1 tweede zin IVO geldt dus gewoon voor procedures zoals de WHOA, ook al lijkt dreigende insolventie taalkundig beschouwd problematischer voor een schuldenaar dan slechts een risico op insolventie.

Het ingangscriterium van de WHOA kent verder grote gelijkenissen met het ingangscriterium van de surseance van betaling. De surseance is echter wel toegevoegd aan bijlage A. De situatie dat de openbare akkoordprocedure in zijn huidige vorm niet binnen het toepassingsgebied van de IVO kan vallen en de surseance wel in bijlage A is opgenomen, is te verklaren door te kijken naar het doel van beide procedures. Waar de openbare akkoordprocedure zowel het doel herstructurering als afwikkeling kent, is het doel van de surseance juist te voorkomen dat de schuldenaar insol-

vent raakt en dat de bedrijfsactiviteiten moeten worden gestaakt.⁴⁶ Dit wordt duidelijk bij bestudering van Van der Feltz II, waar de memorie van toelichting het doel van de surseance omschrijft als "het behoud van den boedel en de voortzetting der zaak".⁴⁷ Dit verschil met het doel van de WHOA verklaart waarom de WHOA in tegenstelling tot de surseance in de huidige vorm niet aan bijlage A kan worden toegevoegd.

Ten slotte zou men zich nog kunnen afvragen of het resultaat dat de openbare akkoordprocedure niet aan bijlage A kan worden toegevoegd wel te verenigen valt met de situatie dat sommige buitenlandse procedures in bijlage A staan vermeld terwijl ze niet aan de huidige eisen van art. 1 lid 1 IVO voldoen. Het zou geen nieuw verschijnsel zijn dat procedures hun weg hebben gevonden naar bijlage A terwijl ze niet voldoen aan de eisen van het toepassingsgebied. Onder de voorganger van de huidige IVO gold dat bijvoorbeeld voor de Franse sauvegarde.⁴⁸ Dat in het verleden niet altijd voldoende uitgebreid is gecontroleerd of een procedure wel aan de criteria voldeed, is echter mijns inziens geen reden om nu een juiste toetsing achterwege te laten. De Europese Commissie bevestigt dan ook dat bij nieuwe verzoeken tot wijziging van bijlage A een grondige toets zal worden doorgevoerd.⁴⁹ Dit lijkt ook de wens van de Europese wetgever, nu in de huidige IVO zowel de Raad als het Europees Parlement moet instemmen met een wijziging, terwijl dat vroeger alleen het geval was voor de Raad.

De conclusie is aldus dat de huidige opzet van de openbare akkoordprocedure ervoor zorgt dat deze procedure niet aan de eis voldoet dat een dergelijke procedure als doel moet hebben insolventie of het beëindigen van de bedrijfsactiviteiten te voorkomen en daarom kan de procedure niet aan bijlage A worden toegevoegd. Zoals hieronder nog zal blijken, kan dit probleem echter deels worden opgelost. Daarom wordt hieronder nog de laatste eis van art. 1 lid 1 IVO besproken.

3.4.4 Gevolgen van de procedure

Art. 1 lid 1 IVO bevat onder a-c een opsomming van situaties die alternatief van toepassing dienen te zijn voordat een procedure binnen het toepassingsgebied van de IVO valt. Er zijn in de literatuur divergerende opinies omtrent het antwoord op de vraag of deze situaties ook zijn vereist indien we te maken hebben met een situatie waarin slechts een risico op insolventie bestaat.⁵⁰ Onder a betreft de situatie waarin een schuldenaar geheel of gedeeltelijk het beheer en de beschikking over zijn goederen verliest en dat een insolventiefunctionaris wordt benoemd; onder b de situatie waarin de goederen en de onderneming van de schuldenaar

43 Skauradzun & Nijens 2019a, p. 200-201 (zie noot 9). Vgl. D. Skauradzun, 'Die Restrukturierungsrichtlinie und das „verschwitzte“ internationale Zivilverfahrensrecht', *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2019, p. 1504.

44 Veder & Van den Berg leggen ook nadrukkelijk de link tussen 'risico op insolventie' in de IVO en 'kans op insolventie' in de Richtlijn. Zie Veder & Van den Berg, in: *T&C Insolventierecht* 2019, art. 1 Insolventieverordening (herschikking), aant. 2 (online, bijgewerkt 1 januari 2019). Zie voor de inhoudelijke overeenkomst van de Duitse begrippen D. Skauradzun, 'Ein Umsetzungskonzept für den präventiven Restrukturierungsrahmen', *KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht* 2019, p. 165.

45 Bijv. C. Seagon, 'Die Regelungen der Richtlinie in Überblick', *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht Beilage* 2017, p. 13; C. Thole, 'Der Richtlinien-vorschlag zum präventiven Restrukturierungsrahmen', *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2017, p. 103. Zeer kritisch over het begrip C.G. Paulus, 'Ziele und EU-rechtliche Rahmenbedingungen', *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht Beilage* 2017, p. 6 ("Die Übersetzung des englischen Textes ist gründlich, bisweilen fast schon ans Peinliche reichend misslungen.").

46 M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 415.

47 S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz II*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 336.

48 Veder & Van den Berg, in: *T&C Insolventierecht* 2019, art. 1 Insolventieverordening (herschikking), aant. 4 (online, bijgewerkt 1 januari 2019).

49 Bijv. COM(2016) 317 final, p. 3.

50 Eerder tegen toetsen Skauradzun 2019a, p. 1504 voetnoot 49 (zie noot 43) met verdere verwijzingen.

onder toezicht van een rechter komen te staan; en onder c de situatie waarin een tijdelijke schorsing van een afzonderlijke executieprocedure door de rechter wordt verleend.

Bij het beantwoorden van de vraag of de openbare akkoordprocedure aan een van deze situaties voldoet, dienen we te beseffen dat de Europese wetgever in de Richtlijn ermee rekening heeft gehouden dat de IVO van toepassing is op preventieve herstructureringsstelsels. Punt 13 van de considerans van de Richtlijn geeft dan wel aan dat het niet per se nodig is dat alle door de lidstaten in te voeren herstructureringsstelsels binnen het toepassingsgebied van de IVO vallen, aan de andere kant benadrukt zowel punt 13 als 14 van de considerans de voordelen van toepassing van de IVO. Als de Europese wetgever beoogt dat herstructureringsstelsels buiten faillissement binnen het toepassingsgebied van de IVO zouden moeten kunnen vallen, dient de toets zo te worden uitgevoerd dat een herstructureringsstelsel in principe onder ofwel a, b of c valt.

Veder en Van Hees hebben reeds overtuigend beargumenteerd dat de WHOA aan de situatie onder b voldoet.⁵¹ De openbare akkoordprocedure is geen procedure als bedoeld onder a, aangezien de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn goederen behoudt. Dit verandert niet indien een herstructureringsdeskundige of een observator wordt aangesteld.⁵² De situatie onder c kan zich voordoen indien de rechter een afkoelingsperiode gelast, maar dit zal zeker niet altijd nodig zijn. De openbare akkoordprocedure voldoet wel altijd aan de situatie onder b. In eerste instantie lijkt dit vreemd, aangezien de betrokkenheid van de rechter in de procedure zeer beperkt kan zijn. Punt 10 van de considerans van de IVO geeft echter aan dat onder b ook ziet op procedures “waarin de rechter slechts optreedt naar aanleiding van een door een schuldenaar of andere belanghebbende partijen ingesteld beroep”. De WHOA voorziet in verschillende mogelijkheden om een beroep te doen op de rechter en voldoet daarom aan deze eis.

De eis van het voldoen aan een van de in art. 1 lid 1 onder a-c IVO vermelde gevolgen vormt dus geen probleem voor de openbare akkoordprocedure. Ofwel komt men tot de conclusie dat onder b op de situatie van toepassing is, of men volgt de opvatting dat een dergelijke toets overbodig is.

3.4.5 *Interim-conclusie*

De interim-conclusie is dat de openbare akkoordprocedure in zijn huidige vorm niet aan de eisen van het toepassingsgebied van de IVO voldoet en dus niet kan worden opgenomen in bijlage A. De reden hiervoor is dat het doel van de procedure om niet-levensvatbare ondernemingen af te wikkelen niet overeenstemt met de eis dat procedures die kunnen worden aangevangen bij slechts een risico op insolventie als doel moeten hebben insolventie of het beëindigen van de bedrijfsactiviteiten te voorkomen. Het is overigens

niet mogelijk om de procedure op te nemen in bijlage A en dan alleen maar te gebruiken voor ondernemingen die zich willen herstructureren. Is een procedure eenmaal opgenomen in bijlage A, dan mag niet meer worden getoetst of de procedure in een specifiek toepassingsgeval wel aan de voorwaarden van art. 1 lid 1 IVO voldoet.⁵³ Aan het eind van deze bijdrage zullen voorstellen worden gedaan om dit probleem deels op te lossen. De besloten akkoordprocedure voldoet ook niet aan de eisen van het toepassingsgebied, maar de regering is sowieso niet van plan deze procedure ter opname in bijlage A voor te stellen.

3.5 *Het toepassingsgebied van Brussel Ibis*

Nu hierboven is gebleken dat de besloten akkoordprocedure en de openbare akkoordprocedure in zijn huidige vorm niet binnen het toepassingsgebied van de IVO kunnen vallen, is het belangrijk om het toepassingsgebied van Brussel Ibis te onderzoeken. Gezien de bevinding dat erkenning en tenuitvoerlegging ook onder Brussel Ibis soepel verlopen, zou toepassing van Brussel Ibis er in ieder geval voor zorgen dat Nederlandse beslissingen effect hebben in de rest van de EU, hetgeen een belangrijke voorwaarde voor de effectiviteit van de Nederlandse procedures is.

Het formele toepassingsgebied vormt geen probleem. Hierboven is reeds vermeld dat de beslissing van de Nederlandse rechter aan art. 2 onder a Brussel Ibis voldoet en dat is voldoende.⁵⁴ Het formele toepassingsgebied wordt anders bepaald met betrekking tot bevoegdheid, hetgeen in onderdeel 4 zal worden behandeld.

Het materiële toepassingsgebied is lastiger te bepalen. Art. 1 lid 1 Brussel Ibis vereist dat sprake is van een burgerlijke of handelszaak. Het begrip burgerlijke en handelszaken dient autonoom te worden uitgelegd.⁵⁵ Van belang is vooral dat publiekrechtelijke zaken zijn uitgesloten.⁵⁶ Er valt op verschillende manieren naar herstructurering te kijken, maar of men dit nu kenmerkt als een deel van het insolventierecht,⁵⁷ overeenkomstenrecht,⁵⁸ goederenrecht of ondernemingsrecht,⁵⁹ het is lastig tot een andere conclusie te komen dan dat sprake is van een civiele zaak.⁶⁰

51 Veder & Van Hees 2017, p. 181-182 (zie noot 22).

52 MvT, p. 27, 38, 54, 60.

53 Punt 9 van de considerans. Zie ook M.-H. Monsérié-Bon, in: L. Sautonnie-Laguionie & C. Lisanti (red.), *Règlement (UE) N°2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité. Commentaire article par article*, Parijs: Société de législation comparée 2015, p. 35.

54 Strikwerda 2015, par. 276 (zie noot 13).

55 Bijv. HvJ EU 22 oktober 2015, C-523/14, ECLI:EU:C:2015:722 (*Aannemingsbedrijf Aertssen*), r.o. 29.

56 Vgl. T.C. Hartley, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, Oxford: OUP 2017, par. 4.07.

57 Bijv. N.W.A. Tollenaar, 'De akkoordprocedure onder het Voorontwerp WHOA', in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2017. Het dwangakkoord buiten faillissement*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 31-34 met verdere verwijzingen.

58 Bijv. S. Madaus, 'Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law', *European Business Organization Law Review* 2018, p. 626, 630, 645.

59 De Engelse scheme of arrangement is geregeld in de Companies Act 2006.

60 Skauradzun & Nijnens 2019a, p. 196-197 (zie noot 9) met verdere verwijzingen.

Art. 1 lid 2 onder b Brussel Ibis bepaalt echter dat de verordening niet van toepassing is op “het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures”. Deze uitzondering is niet verwonderlijk, aangezien de gedachte is dat dergelijke procedures worden gereguleerd door de IVO, die als een *lex specialis* fungeert.⁶¹

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft meermaals, en vrij recent nog, bepaald dat elke overlapping tussen Brussel Ibis en de IVO moet worden vermeden. Hetzelfde geldt voor een eventueel vacuüm tussen de twee verordeningen. Een vordering, of procedure, die onder de uitzondering in Brussel Ibis valt, valt binnen het toepassingsgebied van de IVO. Vorderingen of procedures die *niet* binnen het toepassingsgebied van de IVO vallen, vallen binnen het toepassingsgebied van Brussel Ibis. Het toepassingsgebied van Brussel Ibis dient hierbij ruim te worden geïnterpreteerd, het toepassingsgebied van de IVO is daarentegen beperkt uit te leggen. De uitzondering in art. 1 lid 2 onder b Brussel Ibis ziet, aldus het Hof, enkel op “vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een insolventieprocedure en daarmee nauw verband houden”.⁶² Liquidatie buiten faillissement valt niet onder de exceptie.⁶³ Opvallend is dat het Hof telkens één uitleg geeft van de gehele uitzondering. Het lijkt daarom weinig zin te hebben een onderscheid te maken tussen de verschillende aspecten in art. 1 lid 2 onder b Brussel Ibis.

De IVO maakt de discussie er niet gemakkelijker op. Punt 7 van de considerans geeft aan dat hiaten tussen Brussel Ibis en de IVO zoveel mogelijk dienen te worden vermeden door uitleg van de IVO. Het punt eindigt met de opmerking dat het enkele feit dat een procedure niet in bijlage A bij de IVO is opgenomen, niet per definitie met zich meebrengt dat Brussel Ibis van toepassing is.

De ‘million-dollar question’ is nu of de nieuwe akkoordprocedures onder de uitzondering vallen of niet. Het is in ieder geval duidelijk dat er geen enkele twijfel over het antwoord op deze vraag bestaat indien de akkoordprocedures in bijlage A worden opgenomen en aldus binnen het toepassingsgebied van de IVO vallen. In dat geval geldt de uitzondering van Brussel Ibis en is de IVO van toepassing.⁶⁴ In hun preadvies uit 2017 betoogden Veder en Van Hees dat de toen in het voorontwerp voorgestelde procedure aan bijlage A bij de IVO zou kunnen worden toegevoegd. Dit leidde tot de logische conclusie dat de uitzondering in art. 1 lid 2 sub b Brussel Ibis van toepassing zou zijn op die procedure.⁶⁵ Hierboven is besproken waarom de besloten akkoordprocedure

sowieso niet binnen het toepassingsgebied van de IVO valt en waarom de openbare akkoordprocedure ondanks de wil van de regering in zijn huidige vorm niet binnen dit toepassingsgebied kan vallen. De vraag is nu of de uitzondering in art. 1 lid 2 sub b Brussel Ibis van toepassing is op de procedures. Het gevolg zou zijn dat erkenning en tenuitvoerlegging kwesties worden van het commune internationaal privaatrecht van de lidstaten.⁶⁶ Mijns inzien is dit niet het geval.

Ik roep in herinnering dat het Hof van Justitie meermaals heeft benadrukt dat er geen lacunes tussen Brussel Ibis en de IVO zou moeten bestaan en dat interpretatie van deze twee instrumenten dergelijke lacunes moet voorkomen. Het Hof heeft benadrukt dat “vorderingen die niet onder [de IVO] vallen, binnen de werkingssfeer van [Brussel I vallen]”.⁶⁷ Uit de rechtspraak van het Hof blijkt bovendien dat in het geval dat er onzekerheid over toepassing van de verordeningen bestaat, Brussel Ibis dient te worden toegepast.⁶⁸ In een geval als het onderhavige waarin duidelijkheid bestaat dat de IVO niet van toepassing is, bestaat er zelfs geen onzekerheid. Dan rest de conclusie dat Brussel Ibis van toepassing is, uiteraard op voorwaarde dat wordt voldaan aan de eis van een burgerlijke of handelszaak.

Men kan daar tegenin brengen dat de akkoordprocedures als insolventieprocedures zijn ingericht.⁶⁹ De regering heeft een duidelijke keuze gemaakt door de WHOA in de Faillissementswet in te willen voegen. Daarnaast wil de regering, zoals reeds vermeld, de openbare akkoordprocedure aan bijlage A van de IVO toevoegen. Zijn dit niet voldoende argumenten om tot de conclusie te komen dat de uitzondering in art. 1 lid 2 onder b Brussel Ibis van toepassing is en dat de akkoordprocedures daarom niet onder het Brussel Ibis regime kunnen vallen? In mijn optiek is dit niet het geval. De visie van de regering, en eventueel de gehele wetgever, is niet bepalend voor de interpretatie van bepalingen in Brussel Ibis en de IVO. Dergelijke bepalingen moeten in de regel autonoom worden uitgelegd. Dat geldt ook voor art. 1 lid 2 sub b Brussel Ibis. Deze autonome uitleg leidt tot toepassing van Brussel Ibis, tenzij aan de voorwaarden van art. 1 lid 1 IVO is voldaan.⁷⁰

Een ander tegenargument is gebaseerd op punt 7 van de considerans van de IVO. De laatste zin daarvan geeft aan dat het enkele feit dat een procedure niet is opgenomen in bijlage A niet per definitie betekent dat Brussel Ibis van toepassing is. Men kan dus betogen dat indien de openbare akkoordprocedure niet in bijlage A terechtkomt, Brussel Ibis nog niet per se van toepassing is. Dat is correct. Het argument dat de openbare akkoordprocedure in de huidige

61 Skauradzun & Nijens 2019a, p. 198 (zie noot 9).

62 HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (*NK/BNP Paribas Fortis*), r.o. 24-26. Zie ook HvJ EU 22 februari 1979, 133/78, ECLI:EU:C:1979:49 (*Gourdain/Nadler*), r.o. 4; HvJ EU 10 september 2009, C-292/08, ECLI:EU:C:2009:544 (*German Graphics Graphische Maschinen*), r.o. 22-29; HvJ EU 19 april 2012, C-213/10, ECLI:EU:C:2012:215 (*F-Tex*), r.o. 20-23.

63 Hartley 2017, par. 5.12 (zie noot 56).

64 Vgl. Skauradzun & Nijens 2019a, p. 197-198, 201 (zie noot 9).

65 Veder & Van Hees 2017, p. 172-173 (zie noot 22).

66 Veder & Van Hees 2017, p. 184-185 (zie noot 22).

67 HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (*NK/BNP Paribas Fortis*), r.o. 24.

68 Door Oberhammer passend als “*in dubio pro Brussels Regulation*” verwoord. Zie P. Oberhammer, in: R. Bork & K. van Zwieten (red.), *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford: OUP 2016, par. 32.33.

69 Zie bijvoorbeeld de bijdrage van Tollenaar in dit themanummer.

70 Zo ook Bornemann 2016, par. 100-101 (zie noot 27).

vorm niet kan worden opgenomen in bijlage A is echter niet het enige argument dat Brussel Ibis van toepassing is. De reden dat de procedure niet in bijlage A terecht kan komen is namelijk dat ze niet aan de eisen van het toepassingsgebied van de IVO voldoet. En het argument dat de procedure niet binnen dat toepassingsgebied valt is voor het Hof van Justitie voldoende om Brussel Ibis van toepassing te verklaren.⁷¹ Uiteraard moet er daarnaast wel sprake zijn van een burgerlijke of handelszaak. Waar ziet de laatste zin van punt 7 dan op? Dit wordt niet direct duidelijk. Bornemann, die namens Duitsland in de onderhandelingen voor de herziene IVO heeft geparticipeerd, geeft aan dat deze zin is geïntroduceerd voor situaties waarin een procedure wel aan de criteria voldoet om aan bijlage A te worden toegevoegd, maar dat de lidstaat in kwestie besluit deze procedure niet ter toevoeging voor te dragen. Dergelijke procedures die onder de IVO zouden vallen, ware het niet dat de wil bij de lidstaat ontbreekt, horen niet onder Brussel Ibis te vallen.⁷² Dit lijkt mij een overtuigend argument. Het Hof van Justitie zal echter uiteindelijk duidelijkheid over deze zin moeten geven. Mijns inziens zijn de argumenten dat een procedure niet in bijlage A is vermeld én dat de procedure überhaupt niet in bijlage A terecht kan komen voldoende om tot de conclusie te komen dat Brussel Ibis van toepassing is, uiteraard onder voorbehoud dat sprake is van een burgerlijke of handelszaak.

De interim-conclusie is dat zowel de openbare als de besloten akkoordprocedure buiten faillissement in beginsel binnen het toepassingsgebied van Brussel Ibis vallen. Herstructureringszaken zijn burgerlijke en handelszaken en vallen niet onder de faillissementsexceptie, tenzij een dergelijke procedure aan bijlage A bij de IVO is toegevoegd met als gevolg dat die verordening van toepassing is. Dit leidt tot het positieve gevolg dat erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen vrij onproblematisch zullen verlopen.

4. Bevoegdheid

In het vorige onderdeel is vastgesteld dat de besloten akkoordprocedure binnen het toepassingsgebied van Brussel Ibis valt. Hetzelfde geldt voor de openbare akkoordprocedure, totdat deze procedure wordt aangepast aan de eisen van de IVO. Zowel Brussel Ibis als de IVO houden zich niet alleen bezig met erkenning en tenuitvoerlegging, maar ook met (internationale) bevoegdheid van de aangezochte rechter.

4.1 IVO

Art. 3 IVO regelt de internationale bevoegdheid van de rechter. Ex art. 3 lid 1 IVO kan een hoofdinsolventieprocedure worden geopend in de lidstaat waar een onderneming het centrum van de voornaamste belangen ('centre of main interests', COMI) heeft. Dit behoeft verder geen bespreking,

71 HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (NK/BNP Paribas Fortis), r.o. 24.

72 Bornemann 2016, par. 101 (zie noot 27).

aangezien genoeg is geschreven over het COMI-principe. Interessanter voor de bespreking hier is de mogelijkheid van secundaire insolventieprocedures ex art. 3 lid 2 en 3 IVO. Als een schuldenaar in een lidstaat in een hoofdinsolventieprocedure is verwickeld, bestaat de mogelijkheid om in een andere lidstaat waar de schuldenaar een vestiging heeft een secundaire insolventieprocedure te beginnen. Deze secundaire procedure beperkt zich dan qua werkingssfeer tot de goederen die zich bevinden op het grondgebied van die lidstaat (art. 34 IVO).

Deze mogelijkheid kan tot de enigszins vreemde situatie leiden dat buiten faillissement twee herstructureringsprocedures in verschillende lidstaten worden gevoerd. Dit geldt echter niet alleen buiten faillissement, maar ook voor herstructureringsprocedures die plaatsvinden binnen een faillissementsprocedure. De IVO bevat een aantal hulpmiddelen om de negatieve gevolgen van deze co-existentie te mitigeren, zoals de verplichting voor insolventiefunctionarissen en rechters in verschillende procedures om onderling samen te werken (art. 41-43 IVO).

Mocht het hierboven aangekaarte probleem met betrekking tot de openbare akkoordprocedure worden verholpen, dan zal de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter in die procedure worden bepaald aan de hand van art. 3 IVO. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mogelijkheid van secundaire herstructureringsprocedures. In het voorbeeld omtrent HTK NV, geïncorporeerd in Nederland, productiefaciliteit in België, zou een hoofdprocedure waarschijnlijk in Nederland worden geopend en is er de mogelijkheid van een secundaire procedure in België.

4.2 Brussel Ibis

In het vorige onderdeel werd duidelijk dat herstructureringsprocedures binnen het materiële toepassingsgebied van Brussel Ibis vallen, tenzij aan de voorwaarden van het toepassingsgebied van de IVO wordt voldaan. De bevoegdheidsregeling van Brussel Ibis is formeel van toepassing indien de verweerder zijn woonplaats in een lidstaat heeft.⁷³ Er kan daardoor slechts een beroep worden gedaan op Nederlandse bevoegdheidsregels indien de verweerder buiten de EU woont, indien Brussel Ibis dit toestaat, of indien Brussel Ibis alleen een regeling bevat aangaande internationale bevoegdheid en niet aangaande absolute en relatieve competentie.

De hoofdregel omtrent bevoegdheid is art. 4 lid 1 Brussel Ibis. De bevoegde rechter is de rechter van de lidstaat waar de verweerder zijn woonplaats heeft. Problematisch is in dit geval dat in een herstructureringsprocedure niet werkelijk sprake is van een eiser of een verweerder. Er zijn twee mogelijkheden: ofwel is de schuldenaar de verweerder, ofwel alle schuldeisers en aandeelhouders die in de procedure worden betrokken. De tweede mogelijkheid overtuigt meer, aangezien de rechten van deze partijen door het akkoord

73 Uitzonderingen daargelaten, zie Strikwerda 2015, par. 232 (zie noot 13).

worden gewijzigd en art. 4 lid 1 Brussel Ibis juist als doel heeft dergelijke partijen te beschermen.⁷⁴ Aan deze beoordeling verandert in wezen niets indien de schuldeisers of de aandeelhouders zelf het initiatief voor de procedure tonen. Hun rechten blijven in het geding. Dezelfde aanpak is voorgesteld in het kader van schemes of arrangement.⁷⁵

Deze aanpak levert echter het probleem op dat in beginsel een procedure zou moeten worden geopend in elke lidstaat waar een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder woont. Art. 8 onder 1 Brussel Ibis zorgt voor een oplossing door het mogelijk te maken om meerdere verweerders op te roepen voor de rechter van de lidstaat waar ten minste een van hen zijn woonplaats heeft, op voorwaarde dat er een zo nauwe band tussen de vorderingen bestaat “dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven”. In mijn optiek bestaat een dergelijke nauwe band in het geval van een herstructureringsprocedure.⁷⁶ Als dat niet het geval zou zijn, zouden alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dienen te worden opgeroepen in de lidstaat waar zij hun woonplaats hebben. De indeling in klassen en het aannemen van een akkoord worden dan uitermate gecompliceerd, om nog maar te zwijgen van homologatie indien bepaalde klassen hebben tegengestemd. Het niet toepassen van art. 8 onder 1 Brussel Ibis in dit geval zou waarschijnlijk de hele herstructurering in gevaar brengen.

De problemen zijn echter nog niet over. Art. 24 onder 1 Brussel Ibis bepaalt dat de gerechten van een lidstaat waar een onroerend goed is gelegen exclusief bevoegd zijn aangaande “zakelijke rechten op en huur en verhuur, pacht en verpachting” van deze goederen. Laten we dit toepassen op het voorbeeld omtrent HTK NV. De verhypothekerde productiefaciliteit ligt in België, terwijl de onderneming in Nederland is geïncorporeerd. Indien HTK NV het hypotheekrecht van de Fortes bank wil wijzigen, zal het daarvoor naar een Belgische rechter moeten gaan, ook al wordt de rest van de procedure in Nederland gevoerd. Art. 8 onder 1 Brussel Ibis voorziet vervolgens niet in het concentreren van alle procedures bij de rechter die bevoegd is ex art. 24 onder 1 Brussel Ibis, tenzij een verweerder zijn woonplaats heeft waar het onroerende goed is gelegen.⁷⁷ Deze problematiek valt niet op te lossen door een forumkeuzebeding, aangezien een dergelijk beding niet geldt in herstructureringsprocedures.⁷⁸

Om duidelijk te laten zien dat Brussel Ibis niet geschikt is voor dergelijke herstructureringsprocedures,⁷⁹ kijken we een laatste keer naar HTK NV. HTK NV heeft zeer veel keuzemogelijkheden, behalve voor het wijzigen van het hypotheekrecht. Daarvoor moet de onderneming naar België. Voor het doorvoeren van andere wijzigingen kan worden gekozen voor een procedure in welke lidstaat dan ook waar minimaal een schuldeiser of aandeelhouder zijn woonplaats heeft. Dit geldt eveneens indien schuldeisers of aandeelhouders het initiatief voor een procedure tonen. NTK NV kan daardoor in een herstructureringsprocedure in een lidstaat verzeild raken, waar de onderneming helemaal niet geherstructureerd wil worden. *Forum shopping* mogelijkheden alom. Het alternatief is om art. 8 onder 1 Brussel Ibis niet toe te passen, maar dat zou weer leiden tot de onwenselijke situatie dat de schuldenaar naar een rechter in elke lidstaat moet gaan waar een stemgerechtigde woont, hetgeen een onwerkbaar en daarmee onwenselijke situatie is.

4.3 De Nederlandse procedures

Het is zeer interessant om te zien dat de regering in het gehele wetsvoorstel geen aandacht besteedt aan Brussel Ibis. Wat de openbare akkoordprocedure betreft is dit begrijpelijk, aangezien ervan wordt uitgegaan dat de IVO daarop van toepassing zal zijn, hetgeen voorlopig, zoals hiervoor betoogd, niet mogelijk is. Dit ligt anders voor de besloten akkoordprocedure. De regering stelt voor dat de rechter in de besloten akkoordprocedure zijn bevoegdheid dient te bepalen aan de hand van art. 3 Rv (beoogd art. 369 lid 7 sub b Fw). Dit is echter niet mogelijk indien deze procedure binnen het toepassingsgebied van de bevoegdheidsregeling van Brussel Ibis valt, hetgeen hierboven is betoogd. Art. 3 Rv kan alleen worden gebruikt indien een verweerder niet zijn woonplaats in een lidstaat van de EU heeft.

Daarnaast geeft beoogd art. 369 lid 8 Fw aan dat de relatieve bevoegdheid wordt bepaald aan de hand van art. 262 of 269 Rv. Het dient te worden benadrukt dat dit alleen het geval is indien Brussel Ibis geen regels stelt omtrent relatieve bevoegdheid. Art. 8 onder 1 Brussel Ibis doet dat bijvoorbeeld wel.

5. Advies aan de wetgever

De komende maanden zal de wetgever zich buigen over het wetsvoorstel. Het is nu het moment om de nodige aanpassingen door te voeren, voordat de praktijk wordt geconfronteerd met een regeling die zeer waarschijnlijk bepalingen bevat die tegenstrijdig zijn met of niet uitvoerbaar zijn op grond van Europees recht. Ik zou de wetgever graag de volgende overwegingen mee willen geven.

Pas het wetsvoorstel zo aan dat er een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen procedures die zijn bestemd voor ondernemingen die zich willen herstructureren en onderne-

74 Skauradszun & Nijens 2019b (zie noot 16). Uitgebreid over deze problematiek Skauradszun 2019a, p. 1506-1507 (zie noot 43) met verdere verwijzingen.

75 S. Sax & A.M. Swierczok, 'Die Anerkennung des englischen Scheme of Arrangement in Deutschland post Brexit', *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2017, p. 604.

76 Uitgebreider Skauradszun & Nijens 2019b (zie noot 16).

77 Uitgebreider Skauradszun & Nijens 2019b (zie noot 16).

78 Skauradszun & Nijens 2019b (zie noot 16).

79 Vgl. S. Bariatti e.a., *The Implementation of the New Insolvency Regulation. Recommendations and Guidelines*, JUST/2013/JCIV/AG/4679, p. 36.

mingen die door middel van een akkoord hun bedrijfsactiviteiten willen beëindigen. Alleen een procedure die slechts bestemd is voor de eerste groep ondernemingen heeft juridisch gezien kans van slagen om te worden opgenomen in bijlage A bij de IVO. Men kan overwegen om de huidige openbare akkoordprocedure te splitsen in een openbare akkoordprocedure *ter herstructurering* en een openbare akkoordprocedure *ter afwikkeling*. Inhoudelijk kunnen deze procedures dan precies hetzelfde zijn, maar het verschil in doelstelling zorgt ervoor dat de eerste procedure, in tegenstelling tot nu, wel aan bijlage A kan worden toegevoegd. Dit voorkomt veel problemen, vooral met betrekking tot internationale bevoegdheid.

Alle andere procedures zullen binnen het toepassingsgebied van Brussel Ibis vallen. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting dienen zo te worden aangepast dat dit duidelijk wordt. Theoretisch beschouwd is dit niet noodzakelijk, aangezien Europees recht voorrang heeft op nationaal recht, maar het zorgt voor duidelijkheid voor iedereen die in de toekomst met de WHOA zal werken. Het is een mogelijkheid om aan beoogd art. 369 lid 7 Fw een nieuw onderdeel b toe te voegen dat aangeeft dat de bevoegdheidsregeling in Brussel Ibis moet worden gebruikt indien die verordening van toepassing is. Het huidige onderdeel b kan dan worden vernummerd tot onderdeel c en blijven bestaan voor situaties waarin verweerders buiten de EU woonachtig zijn.

6. Conclusie

Concluderend kan worden gesteld dat het wetsvoorstel in zijn huidige vorm voor een aantal internationaal privaatrechtelijke problemen zorgt. De openbare akkoordprocedure kan zonder wijzigingen niet worden opgenomen in bijlage A bij de IVO. Indien de benodigde wijzigingen niet worden doorgevoerd, zal de rechter zijn bevoegdheid aan Brussel Ibis moeten ontlennen. De bevoegdheidsregeling van Brussel Ibis geldt sowieso voor de besloten akkoordprocedure, behalve bij verweerders die buiten de EU hun woonplaats hebben. De regering gaat er echter van uit dat art. 3 Rv altijd met betrekking tot de besloten akkoordprocedure dient te worden gebruikt. De bevoegdheidsregels in Brussel Ibis zijn eigenlijk ongeschikt voor herstructureringsprocedures. Erkenning en tenuitvoerlegging zullen echter soepel verlopen, ongeacht of de IVO of Brussel Ibis op de procedure van toepassing zal zijn.