

De WHOA en de rechter: een leidraad

TvI 2019/36

De WHOA gaat uit van een beperkte rol voor de rechter, behalve waar het gaat om de beoordeling van een verzoek tot toe- of afwijzing van de homologatie van het onderhands akkoord. Het uitgebreide kader dat de WHOA gaat bieden is deels nog onbekend terrein. Dit vergt van betrokkenen (schuldenaar, eventuele herstructureringsdeskundige en observator, schuldeisers, aandeelhouders, andere derden en de rechters) goed inzicht: zowel in de formele en procedurele aspecten waaraan een akkoord wordt getoetst als in de inhoudelijke beoordeling gericht op een praktisch goed uitvoerbare regeling. Onze bijdrage belicht beide onderdelen gezien vanuit de rol van de rechter.

1. Inleiding

Met de indiening van het wetsvoorstel voor de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) is een belangrijke stap gezet naar een verregaande modernisering van het Nederlandse insolventierecht (waarmee een faillissement moet worden voorkomen). In het verleden zijn de nodige pogingen gedaan om een wettelijk kader te bieden voor een informele reorganisatie door een onderhands akkoord, maar tot nog toe hebben die om uiteenlopende redenen niet tot het gewenste resultaat geleid.²

Als de schuldenaar er niet in slaagt om met alle voor de reorganisatie noodzakelijke schuldeisers minnelijk tot overeenstemming te komen, rest hem tot op de dag van vandaag niets anders dan het benaderen van de (kortgeding)rechter. De kans op succes is echter gering: alleen in uitzonderlijke gevallen zal de rechter ingrijpen. De weegschaal waarop Vrouwe Justitia de belangen van de betrokken partijen afweegt, slaat alleen door in het voordeel van de schuldenaar en in het nadeel van een non-coöperatieve schuldeiser, als de schuldeiser misbruik van bevoegdheid maakt in de zin

van art. 3:13 BW en de schuldeiser aldus naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod tot een onderhands akkoord niet kan weigeren:

“[B]ij de toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtigd akkoord [is] terughoudendheid geboden (...) en [kan] slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats (...) zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken.”³

Hoewel dit op het eerste gezicht vooral een afweging lijkt van het belang van de schuldenaar om een insolventieprocedure te voorkomen en sneller van zijn schuldenlast te worden bevrijd tegenover dat van de schuldeiser om zijn vordering voldaan te krijgen⁴, bestaat er nog een derde groep belanghebbenden, die van de overige schuldeisers (voor- en tegenstanders van het aangeboden akkoord), die een rechter zou moeten meewegen. Het is weliswaar onduidelijk of deze ‘tripartiete’ belangenafweging bij een herstructurering van schulden van rechtspersonen vereist wordt, maar bij de gedwongen instemming met een aangeboden schuldregeling bij natuurlijke personen heeft de wetgever dit in art. 287a Fw in ieder geval uitdrukkelijk aan de rechter opgedragen. Een verzoek van de schuldenaar tot gedwongen instemming met de schuldregeling wordt namelijk door de rechter toegewezen als hij van oordeel is dat de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering had kunnen komen. Voor dit oordeel moet de rechter het belang van de schuldeiser om te mogen weigeren afwegen tegen de belangen van zowel de schuldenaar als van de overige schuldeisers die door de weigering worden geschaad (art. 287a lid 5 Fw).

De WHOA maakt niet alleen het zojuist beschreven bredere toetsingskader ook voor rechtspersonen toegankelijk maar ondersteunt op structurele wijze informele reorganisaties, ook als een minderheid van de schuldeisers of de aandeelhouders niet wil meedoen. Als het voorstel wordt aangenomen, hangt het niet meer van de toevalligheid van de casus (en de rechter) af of het lukt om met een kort geding alle neuzen in dezelfde richting te krijgen. In het systeem van de WHOA kan al op voorhand in zekere mate een oplossing worden opgetuigd, ook al is er mogelijk (nog) geen unanieme instemming voor de reorganisatieplannen. Zolang unanieme instemming ontbreekt, blijft echter ook straks een gang naar en de medewerking van de rechter nodig, zij het niet meer in een ad hoc-kortgedingprocedure maar ingebed in een wettelijk verankerde formele homologatieprocedure.

Deze bijdrage is bedoeld als leidraad voor de rechter die straks met de nieuwe wet gaat werken. Zij beoogt hiermee

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: R.D. Vriesendorp & W. van Kesteren, 'De WHOA en de rechter: een leidraad', *TvI* 2019/36. Reinout Vriesendorp en Wies van Kesteren zijn werkzaam bij De Brauw Blackstone Westbroek als advocaat respectievelijk professional support lawyer. Reinout Vriesendorp is tevens hoogleraar Insolventierecht aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift. Met dank aan Ruud Hermans, hoogleraar Geschiloplossing in de (inter)nationale privaatrechtelijke praktijk aan de Radboud Universiteit en anderen voor hun waardevolle op- en aanmerkingen op eerdere versies van deze bijdrage.

2 Laatstelijk in afdeling 7.1 Voorontwerp Insolventiewet uit 2007 (sinds kort niet meer terug te vinden op de officiële website van de Rijksoverheid en het Ministerie van Justitie en Veiligheid (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortmann-voorontwerp-insolventiewet>), maar gelukkig nog wel langs andere wegen, bijvoorbeeld <https://bobwessels.nl/site/assets/files/1138/voorontwerp-insolventiewet-nov-2007.pdf>. Dit voorstel heeft als voorbeeld gediend voor een van de aanzetten tot de WHOA in dit tijdschrift: R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV', *TvI* 2013/20, par. 3(g).

3 HR 12 augustus 2005, NJ 2006/230 (*Groenemeijer/Payroll*), r.o. 3.5.4; zie ook HR 24 maart 2017, NJ 2017/466 (*Mondia/Curatoren V&D*), r.o. 3.4.2.

4 HR 12 augustus 2005, NJ 2006/230 (*Groenemeijer/Payroll*), r.o. 3.5.3.

tevens de betrokken partijen een handvat te bieden voor hoe zij met die rechter moeten omgaan. Hiertoe behandelen wij de verschillende situaties waarin de WHOA rechterlijke betrokkenheid verlangt of mogelijk maakt. Omwille van de omvang van deze bijdrage beperken wij ons hier tot de kern van de WHOA (art. 369-387).⁵

Allereerst stellen wij in algemene zin vast in welke mate de wetgever de rechterlijke betrokkenheid voor ogen heeft en in concrete zin welke rechter zich met WHOA-kwesties zal gaan bezighouden (paragraaf 2). Vervolgens bezien wij de rol van die rechter vanuit de chronologie van de procedure (paragraaf 3). Een andere invalshoek is om, vanuit de rechter bezien, onderscheid te maken tussen de onderdelen van de WHOA waarbij de rechter geen, enige of een (vrijwel) volledige discretionaire bevoegdheid tot beslissen heeft (paragraaf 4). Aan de hand van een schematisch overzicht bezien wij tot slot de rechterlijke rol vanuit de verschillende partijen die om rechterlijk ingrijpen kunnen vragen: de schuldenaar, de herstructureringsdeskundige, de schuldeiser(s), de aandeelhouder(s) of andere derden, terwijl de rechter soms ook ambtshalve bevoegd is (paragraaf 5). Aan het eind van onze bijdrage besteden wij kort aandacht aan de reacties vanuit de rechterlijke macht op het voorontwerp, de manier waarop deze in het wetsvoorstel zijn verwerkt en stippen wij enkele aandachtspunten aan, die nog een nadere praktische uitwerking behoeven (paragraaf 6).

2. WHOA: beperkte betrokkenheid van de rechter met een hoofdrol voor de rechtbanken

Voordat wij de rol van de rechter uitwerken moet worden vastgesteld over welke rechter wij spreken. Uitgaande van de Nederlandse rechter,⁶ is in de WHOA een centrale rol toebedeeld aan de rechtbanken. Dit is niet alleen een gevolg van de keuze van de wetgever om de rechterlijke betrokkenheid te beperken, maar vloeit vooral voort uit de behoefte aan voortvarend handelen en *'deal certainty'*. In de memorie van toelichting wordt vooropgesteld dat het doel van het wetsvoorstel is om een regeling tot stand te brengen die snel, efficiënt en effectief kan worden ingezet.⁷ Over de betrokkenheid van de rechter, is in het wetsvoorstel:

“veel aandacht besteed aan het vinden van een goed evenwicht tussen:

- enerzijds het voorkomen van onnodige beroepen op de rechter door schuldeisers of aandeelhouders die niet willen meewerken aan een herstructurering en het proces proberen te blokkeren of te vertragen, en
- anderzijds het bieden van de nodige rechterlijke waarborgen waar de regeling ingrijpende gevolgen

mee kan brengen voor schuldeisers en aandeelhouders.”⁸

Dit heeft ertoe geleid dat de betrokkenheid van de rechter tot aan de indiening van een homologatieverzoek in beginsel beperkt is, tenzij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige eerder een beroep doet op de rechter. Het betekent ook dat de inzet van rechtsmiddelen tegen rechterlijke beslissingen vergaand beperkt is: om te voorkomen dat lange tijd onzekerheid bestaat over de uitkomst van de procedure en de posities van partijen waardoor de beoogde herstructurering niet kan worden uitgevoerd, staat in beginsel geen rechtsmiddel open tegen beslissingen van de rechtbank (art. 369 lid 10).⁹ De enige uitzondering is de mogelijkheid van verzet als de Nederlandse rechter zich ten onrechte bevoegd zou hebben geacht op grond van de Europese Insolventieverordening (art. 371 lid 14).¹⁰ Verder kan in voorkomend geval langs de weg van de prejudiciële vraag het oordeel van de Hoge Raad over de juiste toepassing van de WHOA worden gevraagd.¹¹

De relatieve bevoegdheid van de rechtbank wordt bepaald op grond van art. 262 Rv (met de Haagse rechtbank als rest-rechter; art. 269 Rv).¹²

De behandeling van WHOA-aangelegenheden door de rechtbank gebeurt in de raadkamer, tenzij er sprake is van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement (art. 369 lid 9). Het is aan de rechtbank om te bepalen of zij de haar voorgelegde kwesties enkelvoudig of meervoudig behandelt. In zijn reactie op het voorontwerp heeft de Raad voor de Rechtspraak (RvdR) als uitgangspunt genomen dat met het oog op de rechtszekerheid WHOA-zaken doorgaans door een meervoudige kamer zullen worden behandeld.¹³ Het lijkt erop dat deze aanpak in het wetsvoorstel is overgenomen waar in de toelichting wordt verwezen naar een *'WHOA-pool'*.¹⁴

3. Rechterlijke betrokkenheid chronologisch bezien

3.1 Voortraject en start procedure

Een buitengerechtelijk akkoord komt nooit zomaar uit de lucht vallen. Afhankelijk van de omvang van de onderneming en de gerezen financiële moeilijkheden, is er een meer of minder lange voorbereidingstijd nodig om met de belangrijkste partijen tot een akkoord op hoofdlijnen te komen. Dit kan betrekking hebben op alle schuldeisers en aandeelhouders maar ook slechts op een beperkt aantal partijen. Vooral bij grote aantallen betrokkenen neemt de kans van slagen toe als de onderhandelingen zich beperken

⁵ Een enkele keer betrekken wij een van de andere bepalingen uit het wetsvoorstel (bijv. art. 42a).

⁶ Zie over diens internationale bevoegdheidsvraag paragraaf 3.1.1 hieronder.

⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 18.

⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 18-20.

⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17-20.

¹⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33.

¹¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17-18.

¹² Art. 369 lid 8; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 32.

¹³ Advies Raad voor de Rechtspraak van 14 december 2017, p. 5.

¹⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 20. Zie hierover paragraaf 6.1.2.

tot de kernspelers. Dan kan de schuldenaar ervoor kiezen om alleen met financiële schuldeisers en aandeelhouders (banken, beleggers en andere investeerders) aan tafel te gaan zitten en operationele schuldeisers (leveranciers, verhuurders en andere dienstverleners, werknemers/vakbonden, (product)schadeclaims) erbuiten te laten of slechts in beperkte mate te betrekken.¹⁵ Voordat een schuldenaar een verklaring deponeert dat hij gestart is met het voorbereiden van een akkoord (art. 370 lid 3) of dat er verzocht is om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (art. 371), heeft de WHOA-rechter in beginsel nog geen rol, maar zou in voorkomend geval een gang naar de kortgedingrechter of de Ondernemingskamer met een verzoek om voorlopige voorzieningen denkbaar zijn.¹⁶ Na invoering van de WHOA ligt gebruikmaking van deze procedure en het bijbehorende ingrijpen door de rechtbank echter meer voor de hand, tenzij het gaat om verzoeken waarover de WHOA-rechter niet bevoegd is te oordelen.

3.1.1 *Initiatief bij de schuldenaar*

Als de schuldenaar het initiatief heeft genomen tot herstructurering, is de WHOA-rechter aanvankelijk slechts passief betrokken. Het wettelijk traject wordt ingezet door de deponering van de verklaring van de schuldenaar dat hij is gestart met de voorbereiding van een akkoord (art. 370 lid 3). Dit zegt echter niets over het tijdstip waarop voor het eerst een rechter betrokken raakt. Dit kan helemaal aan het begin zijn als de schuldenaar verzoekt om voorzieningen te treffen die hem helpen een akkoord tot stand te brengen, zoals een verzoek tot verlening van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van de verkrijging van financiering voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar gedurende de herstructurering (art. 42a). Voorts kan worden gedacht aan het verzoek om een afkoelingsperiode (inclusief de schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag; art. 376) of het geven van een tussentijds rechterlijk oordeel (art. 378). De eerste betrokkenheid van de rechter kan zich echter ook pas voordoen aan het eind van het traject als gevraagd wordt om homologatie van het aangenomen akkoord (art. 383-384). Hoewel de eerste betrokkenheid van de rechter zich derhalve in uiteenlopende fasen van het herstructureringsproces kan voordoen, moet de rechter op dat moment altijd een vast aantal stappen zetten en oordelen geven.

Om te beginnen moet de rechtbank haar eigen bevoegdheid vaststellen (art. 369 lid 7). De bevoegdheidsgrondslag hangt af van het type procedure dat wordt beoogd: een besloten of een openbare akkoordprocedure buiten faillissement (art. 369 lid 6). Als het om een openbare akkoordprocedure gaat en de Europese Insolventieverordening (InsVo)¹⁷

van toepassing is, toetst de rechtbank haar bevoegdheid aan art. 3 InsVo en moet zij bepalen of het centrum van voornaamste belangen (de COMI) van de schuldenaar in Nederland ligt. Als de InsVo niet van toepassing is (bijvoorbeeld omdat de COMI buiten de EU ligt¹⁸) of sprake is van een besloten akkoordprocedure, dan toetst de rechter zijn internationale bevoegdheid aan art. 3 Rv. Als eenmaal een van de twee typen procedures gekozen is, blijft die keuze de gehele procedure gelden; een tussentijdse overstap van besloten naar openbaar is niet mogelijk.¹⁹ Als is gekozen voor een openbare akkoordprocedure waarop de InsVo van toepassing is, moet de schuldenaar de griffier van de rechtbank Den Haag vragen om onverwijld de gegevens opgesomd in art. 24 InsVo in het Centraal Insolventieregister²⁰ op te laten nemen (art. 370 lid 4). Als er een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan zowel deze als de schuldenaar dit verzoek doen (art. 371 lid 2).

Als de schuldenaar gebruik wil maken van de mogelijkheid om samen met een aantal groepsvennootschappen te herstructureren (art. 372), dan zal de rechtbank ook moeten toetsen of is voldaan aan de daarvoor in art. 372 lid 1 sub a-d opgenomen eisen. Kort gezegd, moet het dan gaan om ten behoeve van de hoofdschuldenaar afgegeven garanties en dergelijke van entiteiten bij wie zelf ook een dreigende insolventie bestaat, die met dit verzoek instemmen en waarover de rechtbank ook op zichzelf rechtsmacht zou hebben.

Op grond van art. 369 lid 8 kunnen groepsvennootschappen een gezamenlijk verzoek richten aan één van de relatief bevoegde rechtbanken om kennis te nemen van alle verzoeken die in het kader van het groepsakkoord worden ingediend. Aangezien een groepsherstructurering gebaat is bij concentratie van de akkoordprocedure bij één rechtbank, zien wij hier geen risico op het indienen van verzoeken bij verschillende rechtbanken. Als eenmaal een keuze is gemaakt, is de desbetreffende rechtbank (indien zij rechtsmacht aanneemt) relatief bevoegd met uitsluiting van de andere rechtbanken voor de gehele duur van de akkoordprocedure.

3.1.2 *Initiatief bij anderen; de herstructureringsdeskundige*

De eerste betrokkenheid van de rechter hoeft niet te worden geïnitieerd door de schuldenaar. Dit kan ook gebeuren door een of meer schuldeisers, aandeelhouders of een eventueel aanwezige ondernemingsraad of andere vorm van personeelsvertegenwoordiging die de aanbidding van een akkoord wensen, terwijl de schuldenaar geen actie onderneemt. Zij kunnen de rechter vragen om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (art. 371). Zo nodig kan de rechtbank een of meer deskundigen benoemen om vast te stellen of er sprake is van een 'dreigende' insolventie als bedoeld in art. 370 lid 1 (art. 371 lid 4). Als dit de eer-

15 Een voorbeeld van dit laatste gebeurde in de aanloop van het V&D faillissement met verhuurders; zie HR 24 maart 2017, NJ 2017/466 (*Mondia/ Curatoren V&D*).

16 Denk aan een geval van een ontijdige kredietopzegging, staking van leveren/verschaffen van essentiële goederen en/of diensten of de behoefte aan noodzaakfinanciering.

17 Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures.

18 Vgl. overweging 25 InsVo.

19 *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 7 en 32. Omgekeerd ligt naar haar aard sowieso niet in de rede.

20 Art. 19-19a Fw.

ste betrokkenheid van de rechter is, moet ook nu weer de bevoegdheid van de rechtbank worden beoordeeld, waarbij een keuze gemaakt wordt tussen de besloten en de openbare akkoordprocedure. Hierover moet de rechter de schuldenaar horen (art. 371 lid 2). Bovendien moet de rechtbank vaststellen of de procedure is aan te merken als een hoofdprocedure dan wel territoriale procedure in de zin van art. 3 InsVo (art. 371 lid 14). Als de rechter het verzoek honoreert en tot de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige komt, kan ook deze de rechtbank vragen om voorzieningen te treffen (art. 376, 378 en 383-384). Daarenboven kan de herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken om voorzieningen te treffen of nadere bepalingen te maken ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (art. 379).

De betrokkenheid van een herstructureringsdeskundige vergt op zich ook de nodige beslissingen van de rechtbank. Allereerst beslist zij op het aanwijzingsverzoek (art. 371 lid 1 en 3), waarover zij de verzoeker en de schuldenaar – en in voorkomend geval de observator als bedoeld in art. 380 – moet horen (art. 371 lid 5). Hierbij bepaalt de rechtbank op grond van art. 371 lid 10 tevens het salaris en de overige kosten van de herstructureringsdeskundige (en eventuele aanpassingen daarvan), die hierover gehoord moet worden (art. 371 lid 5). De verzoeker, schuldenaar en herstructureringsdeskundige worden ook gehoord als de herstructureringsdeskundige de rechtbank voorstelt om zijn aanwijzing in te trekken omdat hij de kansen op een akkoord onvoldoende acht (art. 371 lid 12 jo. lid 5) of als de rechtbank van oordeel is dat de aanwijzing ook na de homologatie gedurende zekere tijd moet blijven voortduren (art. 371 lid 13 jo. lid 5). Ten slotte worden al deze partijen gehoord als de rechtbank moet oordelen over het ontslag en de vervanging van de herstructureringsdeskundige als daar om verzocht is door de herstructureringsdeskundige, één of meer schuldeisers of de rechtbank dit ambtshalve wil doen (art. 371 lid 13 jo. lid 5).

3.2 Verder verloop

Zoals genoemd, kan het begin van de procedure gepaard gaan met het treffen van maatregelen door de rechtbank. Hierom kan ook pas later worden verzocht. Dit geldt ook voor de specifieke maatregelen die de rechtbank kan treffen in het kader van de totstandbrenging van het akkoord (art. 378) en ter beveiliging van de belangen van schuldeisers of aandeelhouders (art. 379). Niet aan het begin maar gedurende de procedure kan de rechter voorts worden verzocht zich uit te laten over verzoeken tot machtiging om de afkoelingsperiode te mogen negeren (art. 376 lid 2 sub a) of tot opheffing of beperking van gebruiksrechten tijdens de afkoelingsperiode (art. 377 lid 3). Dit alles wordt in deze paragraaf besproken.

3.2.1 Afkoelingsperiode

Net als bij formele insolventieprocedures (art. 63a, 241a en 313 Fw) kent ook de WHOA de mogelijkheid van een afkoelingsperiode (art. 376). Gedurende deze periode (van ten

hoogste vier maanden, onder omstandigheden nog eens te verlengen tot hooguit acht maanden; art. 376 lid 5) kan elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank (art. 376 lid 2 sub a). Omdat er geen faillissement of surseance van betaling is, heeft de afkoelingsperiode in de WHOA een breder bereik dan binnen die huidige insolventieprocedures. De rechtbank kan namelijk ook gelegde beslagen opheffen en de behandeling van surseance- en faillissementsrekestten schorsen (art. 376 lid 2 sub b en c).²¹

Het verzoek om een afkoelingsperiode wordt gedaan door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige. Tenzij een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan een afkoelingsperiode alleen worden afgekondigd als de akkoordprocedure is gestart met het deponeren van de hiervoor benodigde verklaring (art. 370 lid 3) en er ofwel een akkoord is aangeboden dan wel is toegezegd dat dit binnen twee maanden gebeurt (art. 376 lid 1). Verder moeten de getroffen derden over de afkondiging van de afkoelingsperiode of de akkoordvoorbereidingen zijn geïnformeerd voordat de afkoelingsperiode zijn werking krijgt jegens deze derden (art. 376 lid 2 sub a).

Voordat de rechtbank daadwerkelijk een afkoelingsperiode kan afkondigen, moet haar summierlijk tweërlei gebleken zijn: ten eerste de noodzaak daarvan voor de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord (art. 376 lid 4 sub a) en ten tweede dat redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij zijn gediend en de getroffen partijen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad (art. 376 lid 4 sub b). Het is aan de rechter om dit vast te stellen; hiervoor is niet vereist dat andere partijen worden opgeroepen of anderszins in de gelegenheid gesteld worden om hun zienswijze te geven.²²

De door de afkoelingsperiode geraakte derde kan aan de rechtbank een (zo nodig voorwaardelijke) machtiging vragen om zich toch op de beschermde goederen te mogen verhalen of die op te eisen (art. 376 lid 2 sub a jo. art. 376 lid 8 jo. 241a lid 2). Alvorens te beslissen stelt de rechtbank de schuldenaar, herstructureringsdeskundige dan wel observator zo die zijn aangewezen of aangesteld, en de door de afkoelingsperiode getroffen partijen op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid een zienswijze te geven (art. 376 lid 11).

21 Als het akkoord uiteindelijk gehomologeerd wordt, vervallen deze verzoeken van rechtswege. De schuldeiser die een faillissementsrekest had ingediend en toen niet op de hoogte was van de voorbereidingen van het akkoord, kan de homologatierechter vragen om de schuldenaar de gemaakte proceskosten volgens het liquidatietarief aan hem te laten vergoeden (art. 376 lid 13).

22 *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 55.*

De processuele waarborg van art. 376 lid 11 voor degenen die geraakt worden door de afkoelingsperiode om door de rechter daarbij betrokken te worden geldt ook voor een verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode. Dit verzoek kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige doen voorafgaand aan de afloop van de termijn, maar deze moet dan wel ten genoegen van de rechtbank aannemelijk maken dat er belangrijke voortgang is geboekt bij de totstandkoming van het akkoord. Hieraan is in ieder geval voldaan als een homologatieverzoek is ingediend (art. 376 lid 5). Als uitvloeisel van art. 6 lid 8 van de Richtlijn (EU) 2019/1023 betreffende herstructurering en insolventie²³ (de Richtlijn) is verlenging echter niet mogelijk als sprake is van een openbare akkoordprocedure en het centrum van de voornaamste belangen binnen drie maanden voorafgaand aan de eerste rechterlijke beslissing vanuit een andere lidstaat van de Europese Unie is verplaatst (art. 376 lid 6).²⁴

Naast het recht om gehoord te worden, staan de door de afkoelingsperiode getroffen partijen ook overigens niet geheel met lege handen. Zij kunnen de rechtbank vragen om ter beveiliging van hun belangen gepaste voorzieningen te treffen (art. 376 lid 9). Zo moet bijvoorbeeld het belang van de derde worden gewaarborgd als de schuldenaar van bepaalde goederen gebruik blijft maken of die zelfs verbruikt tijdens de afkoelingsperiode. In dat geval zal de waarde daarvan voor die derde opzij gezet moeten worden of moet vervangende zekerheid worden gesteld (art. 377 lid 2). Daarvoor kan die derde een beroep doen op de rechter.²⁵ Een mogelijke voorziening kan ook de aanstelling van een observator zijn (art. 380). In afwijking van de algemene regeling in art. 379, waarbij voorzieningen alleen door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige kunnen worden verzocht of ambtshalve door de rechtbank kunnen worden getroffen, is de kring van verzoekers bij de afkoelingsperiode breder: hier kan ook iedere door de afkoelingsperiode geraakte derde (art. 376 lid 2 sub a), een eventuele beslaglegger (art. 376 lid 2 sub b) of een schuldeiser die de faillietverklaring van de schuldenaar heeft verzocht (art. 376 lid 2 sub c) de rechtbank om een voorziening vragen.

Als niet meer wordt voldaan aan de vereisten uit art. 376 lid 1 en 4 dan moet de rechtbank de afkoelingsperiode opheffen; hier heeft zij geen keuze en zij moet dit zo nodig ambtshalve doen. Opheffing kan ook worden verzocht door de schuldenaar, herstructureringsdeskundige of de door de afkoelingsperiode getroffen partijen (art. 376 lid 10), waarbij ook hier weer aan al deze partijen en een observator zo die is aangesteld, gelegenheid moet zijn geboden om hun

zienswijze te geven (art. 376 lid 11). Enigszins vergelijkbaar is het ingrijpen door de rechtbank (zij het niet ambtshalve) als zij daarom gevraagd wordt door een derde die geconfronteerd wordt met een voortgezet gebruik, verbruik of vervreemding van goederen of inning van vorderingen op grond van art. 377 lid 1, terwijl diens belang niet (meer) voldoende gewaarborgd is (art. 377 lid 2). Dan moet de rechter de bevoegdheid daartoe van de schuldenaar opheffen of beperken (art. 377 lid 3). Procedureel moeten ook hier weer alle betrokkenen (naast verzoeker de schuldenaar en herstructureringsdeskundige of observator zo die er is) gelegenheid worden geboden hun zienswijze te geven.

3.2.2 Maatregelen voor totstandbrenging akkoord

Een van de doelen van de WHOA is om voortvarend te werk te gaan, zodat iedereen weet waar hij of zij aan toe is. De wetgever wil met deze vroegtijdige duidelijkheid voor alle betrokkenen voorkomen dat aan het einde van de rit door allerlei complicaties een reorganisatie in het zicht van de haven strandt. Hiertoe kan de schuldenaar – en in voorkomend geval de herstructureringsdeskundige – op ieder ogenblik op allerlei terreinen een uitspraak van de rechter vragen over aspecten die van belang zijn voor de totstandbrenging van een akkoord (art. 378 lid 1). Om te voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders deze procedure gebruiken/misbruiken om voor louter eigenbelang de procedure te traineren of anderszins zand in de raderen te strooien, staat deze mogelijkheid voor hen niet open.²⁶ Ter bescherming van hun belangen moet de rechter schuldeisers en aandeelhouders, die door de beslissing rechtstreeks worden geraakt, in de gelegenheid stellen hun zienswijze te geven; anders zijn die beslissingen voor hen niet bindend (art. 378 lid 7 en 8).

De mogelijkheid die art. 378 aan de schuldenaar en herstructureringsdeskundige biedt ziet op uiteenlopende kwesties die bij voorkeur zo vroeg mogelijk beslecht moeten worden om de vaart in het herstructureringsproces te houden. Zonder uitputtend te zijn²⁷ heeft de wetgever hierbij de volgende onderwerpen op het oog:

- De inhoud van de informatie die bij het akkoord wordt verstrekt, inclusief de te verwachten reorganisatiewaarde²⁸ en liquidatiewaarde²⁹ en de hierbij gehanteerde uitgangspunten en aannames³⁰ (art. 378 lid 1 sub a).
- De klassenindeling (art. 378 lid 1 sub b).
- Toelating tot de stemming van een bepaalde schuldeiser of aandeelhouder (art. 378 lid 1 sub c jo. lid 4).
- De stemprocedure en relevante termijnen (art. 378 lid 1 sub d).

23 Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb.L 172/18-55 van 26.6.2019.

24 Dit met het oog op art. 3 lid 2 InsVo.

25 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 56. Vgl. de 'adequate protection' die in Amerika moet worden geboden (§ 361 e.v. US Bankruptcy Code).

26 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 57.

27 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 57.

28 Art. 375 lid 1 sub e.

29 Art. 375 lid 1 sub f.

30 Art. 375 lid 1 sub g.

- De vraag of bepaalde afwijzingsgronden³¹ aan homologatie in de weg zouden staan (art. 378 lid 1 sub e en f).
- Eventuele onredelijke obstructie door de aandeelhouder(s) bij MKB-ondernemingen³² (art. 378 lid 1 sub g).

Het is de bedoeling dat de rechtbank deze kwesties zoveel mogelijk tegelijk behandelt (art. 378 lid 3). Zij kan zich hierbij laten voorlichten door een of meer deskundigen (art. 378 lid 5). Mocht blijken dat de rechtbank over onvoldoende informatie beschikt om te kunnen beslissen, dan kan zij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een redelijke termijn geven om de ontbrekende gegevens te verstrekken (art. 378 lid 6).

Aangezien de derde titel van boek 1 Rv niet van toepassing is (art. 362 Fw³³), is de te volgen procedure vrij en met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk procesrecht aan de discretie van de rechter overgelaten. Hoewel niet rechtstreeks toepasselijk kan hij hierbij (naar analogie³⁴) aansluiting zoeken bij de bestaande procesreglementen.³⁵ Wel moet de rechtbank, alvorens te beslissen, de schuldenaar, en in voorkomend geval de herstructureringsdeskundige of observator, de gelegenheid bieden hun zienswijze te geven. Dit geldt ook voor de schuldeisers en aandeelhouders die door de beslissing rechtstreeks in hun belang worden getroffen (art. 378 lid 7). Omdat zij in een later stadium bij de homologatie alleen ontvankelijk zijn in hun bezwaren als zij tijdig aan de bel hebben getrokken (art. 383 lid 9), kan deelname aan het debat bij de rechter in een 378-procedure voor een tegenstemmende schuldeiser of aandeelhouder cruciaal zijn. Hij wordt dan immers geacht zijn protest te laten horen. Op grond van het beginsel van hoor en wederhoor is overigens de keerzijde hiervan dat schuldeisers en aandeelhouders die niet in de gelegenheid zijn gesteld om hun zienswijze te geven, niet gebonden zijn aan de beslissing van de rechtbank (art. 378 lid 8).³⁶

Voor het specifieke geval dat de schuldenaar of herstructureringsdeskundige een uitspraak van de rechtbank verlangt over de toelating van een of meer bepaalde schuldeisers of aandeelhouders tot de stemming, bevat art. 378 een nadere uitwerking: in lijn met het genoemde beginsel van hoor en wederhoor moet de rechter de desbetreffende schuldeiser(s) of aandeelhouder(s) oproepen (art. 378 lid 7, slot). Verder heeft de beslissing om iemand wel of niet tot de stemming toe te laten (en voor welk bedrag) slechts voor het stemrecht betekenis. In een eventueel geschil over het materiële bestaansrecht van de vordering of het aandeelhouderschap heeft deze vaststelling geen betekenis.³⁷

31 Als bedoeld in art. 384 lid 2-4.

32 Voor de afbakening van deze categorie, zie art. 381 lid 2 en art. 383 lid 2.

33 De in onderdeel G van het wetsvoorstel opgenomen uitzondering van art. 262 en 269 Rv is op dit punt irrelevant.

34 Zie paragraaf 6.2.

35 Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Procesreglement-verzoekschriftprocedures-insolventiezaken-rechtbanken-2019.pdf>

36 *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 58.

37 *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 58.

3.2.3 Maatregelen ter beveiliging belangen schuldeisers en aandeelhouders

Naast de beschreven middelen, kent de WHOA de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid toe de rechter te vragen om door maatregelen en voorzieningen te voorkomen dat het herstructureringsproces wordt verstoord door schuldeisers of aandeelhouders. De inbreuken die deze maatregelen maken, worden gerechtvaardigd door de gedachte dat de dreigende insolventie (art. 370 lid 1) maakt dat een akkoord uiteindelijk beter zal zijn voor alle betrokken partijen zodat het herstructureringsproces niet verstoord moet worden door acties of het dwarsbomen van het akkoord door individuen, die er slechts op uit zijn voor zichzelf een betere positie te verwerven. De juridische grondslag voor de maatregelen en voorzieningen is niet alleen dat de redelijkheid en billijkheid, die de schuldeisers en aandeelhouders in een dergelijke situatie in hun onderlinge verhoudingen en jegens de schuldenaar in acht moeten nemen, het wettelijk en rechterlijk ingrijpen noodzakelijk maakt, maar ook dat hierdoor een verbetering van de verhaalspositie van de gezamenlijke schuldeisers als groep plaatsvindt (in vergelijking tot de situatie waarin alleen individuele executie-maatregelen zouden bestaan).

De keerzijde van de maatregelen is dat die de schuldeisers en aandeelhouders niet verder in hun rechten moeten beknotten dan voor de herstructurering noodzakelijk is. De herstructurering mag niet onnodig lang duren en dient uitzicht op succes te bieden. Bovendien moeten alle betrokkenen op gepaste wijze geïnformeerd worden.³⁸ Dit is overigens ook in het belang van de schuldenaar. Daarom kan het nodig zijn dat ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers en aandeelhouders die bepalingen worden gemaakt en voorzieningen getroffen die de rechtbank daarvoor nodig acht (art. 379 lid 1). Voor de formulering van deze bepaling is aansluiting gezocht bij de vergelijkbare bepaling in titel II voor de surseance van betaling (art. 225 Fw). In de praktijk zal dit een belangrijke bepaling zijn om in concrete situaties de juiste balans aan te brengen tussen de verschillende – soms tegenstrijdige – belangen. Het kan net als bij de surseance van betaling een vangnetbepaling worden om ongerijmdheden tijdig weg te nemen. Dit betekent dat de rechter een grote mate van vrijheid heeft om de gewenste of noodzakelijke voorziening te treffen. Omdat hij deze bevoegdheid ook ambtshalve heeft, is hij niet gebonden aan het verzoek, zoals hem door de schuldenaar of herstructureringsdeskundige is voorgelegd.

De wijze waarop de procedure verder verloopt is aan de rechtbank om te bepalen. Zij zal hierbij rekening houden met de aard van de gevraagde (of noodzakelijk geachte) voorziening en de urgentie daarvan. Wel zal ook hier aan alle betrokkenen die door de maatregel rechtstreeks worden getroffen de gelegenheid moeten worden geboden hun zienswijze te geven. Hoewel art. 379, in tegenstelling tot bijvoorbeeld art. 371, 376, 377 en 378, hierover niets bepaalt,

38 *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 59.

vloeit dit volgens ons voort uit het beginsel van hoor en wederhoor.

3.2.4 De observator

In het kader van de te treffen voorzieningen als bedoeld in art. 379, heeft de wetgever een specifieke maatregel eruit gelicht: de aanstelling van de zogenaamde 'observator'. Hieraan is een afzonderlijke bepaling gewijd: art. 380. De observator vervult ten dele de rol van de 'herstructureringsdeskundige' als bedoeld in art. 5 Richtlijn.³⁹ Hij moet toezien op de totstandkoming van het akkoord vanuit het perspectief van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is breed geformuleerd en kan in beginsel alles omvatten. In samenhang met art. 379 ligt het voor de hand dat de observator de vinger aan de pols houdt wat betreft informatievoorziening aan de betrokken partijen en de rechtbank, en een oogje houdt op de tijdslijnen.⁴⁰ Verder moet hij in de gaten houden of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet node-loos in het gedrang komen. Belangenbehartiging van individuele schuldeisers, laat staan individuele aandeelhouders, behoort niet tot zijn taak.

Als de observator de overtuiging heeft dat het tot stand brengen van een akkoord niet zal lukken, rust op hem de taak de rechtbank daarover te informeren (art. 380 lid 2).⁴¹ Vervolgens moet de rechtbank de schuldenaar en de observator oproepen om hun zienswijzen te horen, waarna zij naar bevind van zaken kan oordelen.

Een van de maatregelen die de rechtbank kan treffen is de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Aangezien de functie van herstructureringsdeskundige en observator elkaar uitsluiten, betekent de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige automatisch het einde van de aanstelling van de observator.⁴² Dit geldt ook in andere gevallen waarin een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige is ingediend; als de rechtbank dit toewijst, trekt zij steeds de aanstelling van de observator in (art. 380 lid 3). De rechtbank kan overigens de persoon die was aangesteld als observator aanwijzen als herstructureringsdeskundige, maar zij is daartoe niet verplicht. Wel moet zij in een dergelijk geval de observator de gelegenheid hebben gegeven om zijn zienswijze te geven (art. 371 lid 5).

Hoewel een vergelijkbare bepaling als bij de herstructureringsdeskundige (art. 371 lid 13) ontbreekt, moet worden aangenomen dat de rechtbank ook een observator te allen tijde kan ontslaan of vervangen. Wie het verzoek daartoe kan doen en welke gronden hiervoor moeten worden aangevoerd is onduidelijk. Ook hier lijkt aansluiting bij de

herstructureringsdeskundige voor de hand te liggen⁴³ zodat wij ervan uitgaan dat vervanging en ontslag mogelijk zijn op verzoek van de observator zelf dan wel van één of meer schuldeisers en misschien ook van de schuldenaar, of ambtshalve door de rechtbank. De gelegenheid bieden aan de observator om zijn zienswijze te geven kan ook zonder wettelijke bepaling daartoe worden gebaseerd op het procesrechtelijke beginsel van hoor en wederhoor.

3.3 Einde procedure

De grootste betrokkenheid van de rechter – die onder omstandigheden ook pas de eerste kan zijn⁴⁴ – doet zich voor aan het einde van het WHOA-proces: de homologatie van het akkoord. Op grond van art. 383 lid 1 kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige⁴⁵ de rechtbank vragen om homologatie als, kort gezegd, ten minste één schuldeisersklasse met het akkoord heeft ingestemd. Hierbij is de eerste handeling van de rechtbank gericht op het vaststellen van een zittingsdatum.⁴⁶ Deze moet worden bepaald op minimaal acht en maximaal veertien dagen na indiening van het homologatieverzoek, waarbij tevens het verslag, als bedoeld in art. 382 lid 1, ter griffie is gedeponneerd ter kosteloze inzage van alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders (art. 382 lid 2 jo. 383 lid 6). Als niet alle klassen schuldeisers hebben ingestemd en er geen herstructureringsdeskundige of observator is, moet de rechtbank tevens een observator aanstellen (art. 383 lid 4).⁴⁷

Met de inhoudelijke beoordeling van het homologatieverzoek krijgt de rechtbank een centrale rol in het proces, waarmee dit tegelijkertijd tot een einde komt (art. 384). Het is aan de rechtbank om uiteindelijk te bepalen of het akkoord wordt gehomologeerd, en zo niet, op welke gronden. Deze beoordeling komt in paragraaf 4.4 aan de orde.

De inhoudelijke beoordeling van het homologatieverzoek kan vergezeld gaan met het verzoek om toestemming voor de eenzijdige opzegging van een overeenkomst, als de wederpartij niet heeft ingestemd met een voorstel tot wijziging of beëindiging daarvan (art. 383 lid 7 jo. 373 lid 1 en 384 lid 5). Als de rechtbank toestemt, geldt in beginsel de door de schuldenaar of herstructureringsdeskundige voorgestelde opzegtermijn. Als de rechtbank deze termijn niet redelijk vindt, kan zij die verlengen tot maximaal drie maanden vanaf de homologatie (art. 373 lid 1).

4. De beoordelingsruimte van de rechter

De mate van beoordelingsvrijheid die de rechter toekomt als hij wordt aangezocht, verschilt per onderwerp dat aan de rechtbank wordt voorgelegd. Zoals te doen gebruikelijk,

39 Naast de herstructureringsdeskundige van art. 371; zie bijv. *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 55, 60 en 67.

40 *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 59.

41 Vgl. art. 371 lid 12 waar dezelfde verplichting is opgelegd aan de herstructureringsdeskundige, zij het dat deze slechts kan leiden tot intrekking van zijn aanwijzing.

42 *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 59.

43 Vgl. de opdracht in art. 4 lid 5 Richtlijn om de wettelijke regeling coherent vorm te geven.

44 Zie ook paragraaf 3.1.1.

45 Als de schuldenaar een MKB-onderneming is, behoeft de herstructureringsdeskundige toestemming van de schuldenaar (383 lid 2).

46 Indien dit de eerste maal is dat de rechtbank betrokken wordt, dienen eerst de beslissingen als beschreven in paragraaf 3.1 te worden genomen.

47 Hiermee geeft de wetgever invulling aan art. 5 lid 3 sub b Richtlijn.

varieert de beoordelingsvrijheid van (vrijwel) geen tot (vrijwel) volledige discretionaire bevoegdheid. Daarbij is niet van belang wie de beslissing van de rechtbank initieert.⁴⁸ De aard van de beslissing is doorslaggevend. In deze paragraaf worden de beslissingen van de rechter in oplopende gradatie van beoordelingsvrijheid besproken (paragraaf 4.1-4.3). Apart besteden wij aandacht aan de rol van de rechter in het kader van een verzoek tot homologatie van een akkoord of juist tot afwijzing daarvan (paragraaf 4.4).

4.1 *Geen of vrijwel geen beoordelingsvrijheid*

Als de rechtbank wordt verzocht om een akkoordvoorbereidingsverklaring (art. 370 lid 3) of het verslag van de stemming te deponeren (art. 382 lid 2) of de gegevens bedoeld in art. 24 InsVo te vermelden in de Staatscourant en het Centraal Insolventieregister (art. 370 lid 4 en 371 lid 2) dan komt haar geen enkele beoordelingsvrijheid toe. Dit zijn eigenlijk ook geen beslissingen van de rechters maar uitvoeringshandelingen van de griffie. Op dit punt moet de rechtbank onverkort meewerken. Dit geldt ook waar is voorgeschreven dat de rechtbank niet beslist dan nadat zij de schuldenaar, verzoeker, herstructureringsdeskundige, observator of één of meer in de desbetreffende bepaling gespecificeerde derden in de gelegenheid heeft gesteld om een zienswijze te geven (art. 371 lid 2 en 5, 376 lid 11, 377 lid 3, 378 lid 7 en 380 lid 2).

Als aan de daarvoor gestelde voorwaarden wordt voldaan, heeft de rechtbank ook geen discretionaire bevoegdheid waar het gaat om de (i) schorsing van een faillissements- of surseanceverzoek dat wordt ingediend tijdens een afkoeulingsperiode (art. 376 lid 2 sub c), (ii) afwijzing van een verlengingsverzoek in geval van COMI-verplaatsing (art. 376 lid 6) en (iii) intrekking van de aanstelling van een observator bij aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (art. 380 lid 3).

Tot slot heeft de rechtbank evenmin beoordelingsruimte in haar eerste beslissing in een openbare akkoordprocedure waar zij binnen het bereik van de Insolventieverordening moet vaststellen of het om een hoofdprocedure dan wel een territoriale procedure gaat (art. 371 lid 14). De enige beoordelingsruimte betreft de vraag of aan de vereisten voor opening van de ene of de andere procedures is voldaan. Indien dat het geval is, moet vervolgens de desbetreffende procedure worden geopend.

4.2 *Enige beoordelingsruimte*

De rechtbank dient in het kader van de WHOA een aantal formeelrechtelijke beslissingen te nemen zoals of haar rechtsmacht toekomt (art. 369 lid 7 en 384 lid 1), of aan

de ingangsvereisten voor een groepsakkoord is voldaan (art. 372 lid 1) en welk type procedure (openbaar of besloten) wordt gevolgd (art. 371 lid 2). Voor elk van deze onderwerpen bevat de WHOA voorwaarden waaraan moet zijn voldaan. Het is aan de verzoeker om te stellen en aan te tonen dat aan de voorwaarden is voldaan. Bij de beoordeling of dit zo is, heeft de rechtbank binnen die grenzen een zekere mate van beoordelingsruimte.

Als een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt ingediend, zal de rechtbank dat toewijzen als de schuldenaar in de toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij – kort gezegd – insolvent zal raken, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daarbij niet gediend zijn (art. 371 lid 1 en lid 3 jo. 370 lid 1). Hier heeft de rechtbank enige beoordelingsruimte. Zo zal zij het verzoek bijvoorbeeld afwijzen als een schuldeiser aanwijzing van een herstructureringsdeskundige verzoekt klaarblijkelijk met als doel om een vergevorderd WHOA-traject te frustreren of te vertragen om zodoende een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren, terwijl de gezamenlijke schuldeisers daarvan nadeel ondervinden.⁴⁹ Het gaat erom dat de rechtbank hier moet afwegen of de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige voor de gezamenlijke schuldeisers direct of indirect een meerwaarde oplevert die opweegt tegen de kosten daarvan en de mogelijke vertraging die de aanwijzing meebrengt.⁵⁰

Waar de schuldenaar zelf om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige verzoekt of een aanwijzingsverzoek wordt gesteund door een meerderheid van schuldeisers, heeft de rechter geen enkele ruimte: dan moet het verzoek in ieder geval worden toegewezen (art. 371 lid 3). Dit automatisme is een uitvloeisel van de daartoe strekkende verplichting voor de lidstaten in art. 5 lid 3 sub c Richtlijn. Als de herstructureringsdeskundige verzoekt om intrekking van zijn aanwijzing ex art. 371 lid 12, omdat hem duidelijk wordt dat er geen WHOA-akkoord tot stand kan worden gebracht, komt de rechtbank eveneens weinig ruimte toe. Het past niet bij de beperkte rol die de wetgever voor de rechtbank beoogt, om haar eigen oordeel boven dat van de herstructureringsdeskundige te laten gaan. De herstructureringsdeskundige is immers aangesteld om het akkoord tot stand te brengen en heeft daarvoor, naar mag worden aangenomen, zijn best gedaan. Een verzoek tot intrekking van de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige afkomstig van hem zelf zal dan ook slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen worden geweigerd, bijvoorbeeld als dit op een ontijdig moment gebeurt en andere belanghebbenden zoals de schuldenaar en schuldeisers daartegen gegronde bezwaren hebben. Als de rechtbank, ambtshalve of op verzoek van een of meer schuldeisers, de herstructureringsdeskundige wil ontslaan of vervangen (art. 371 lid 13), heeft zij meer beoordelingsruimte.

⁴⁸ Een uitzondering geldt voor het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige: als dit verzoek wordt ingediend door de schuldenaar of wordt gesteund door een meerderheid van de schuldeisers, dan wordt het in elk geval ingewilligd (art. 371 lid 3, 2^e zin). Deze verplichting vloeit voort uit art. 5 lid 3 sub c Richtlijn. Wordt het verzoek ingediend door een minderheid van de schuldeisers of door een van de andere in art. 371 genoemde categorieën, dan is er geen verplichting tot toewijzing; vgl. *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 41*.

⁴⁹ *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 8 en 40*.

⁵⁰ *Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 41*.

Bij het beslissen op een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode is het aan de rechtbank te beoordelen of aan de voorwaarden uit art. 376 lid 1 en 4 is voldaan. De schuldenaar moet de rechter hiervan overtuigen.⁵¹ In zijn beoordeling van die voorwaarden heeft de rechter de nodige ruimte, maar hij mag niet daarbuiten treden. Bij een verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode heeft de rechtbank dezelfde beoordelingsruimte, zij het dat verlenging is ingeperkt qua duur (maximaal acht maanden in totaal, art. 376 lid 5) en dat in bepaalde gevallen verlenging in het geheel niet mogelijk is (art. 376 lid 6). Opheffing van de afkoelingsperiode is in mindere mate aan de discretie van de rechtbank overgelaten. Zodra niet langer wordt voldaan aan de voorwaarden voor het afkondigen van een afkoelingsperiode, wordt die opgeheven (art. 376 lid 10). De enige ruimte die de rechter heeft, zit in het (opnieuw) beoordelen van de voorwaarden. Dit geldt ook voor de bevoegdheid van de schuldenaar om gedurende de afkoelingsperiode de daaraan onderworpen goederen binnen zijn normale bedrijfsuitoefening te gebruiken, verbruiken of vervreemden of vorderingen te innen: als de belangen van derden niet langer zijn gewaarborgd, dan moet de rechtbank die bevoegdheden van de schuldenaar opheffen of inperken (art. 377). Wat betreft de kosten van een surseance- of faillissementsverzoek dat is geschorst in verband met de afkoelingsperiode, geldt dat als de schuldeiser die het verzoek indiende onbekend was met de voorbereiding van een akkoord, de rechtbank vrij is om te bepalen dat de schuldenaar de kosten van het geding moet dragen (art. 376 lid 13). Daarbuiten is voor een kostenveroordeling van de schuldenaar echter geen ruimte.

De schuldenaar of herstructureringsdeskundige kunnen de rechtbank verzoeken om een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van de totstandbrenging van een WHOA-akkoord (art. 378 lid 1 en 4).⁵² Inhoudelijk geldt hiervoor het door de WHOA geboden kader voor het desbetreffende aspect en moet de rechtbank aan de geldende voorwaarden toetsen. De mate van beoordelingsruimte varieert van enige tot een behoorlijke ruimte, afhankelijk van de desbetreffende bepalingen in de WHOA. Waar bijvoorbeeld wordt gevraagd of de klassenindeling de toets der kritiek kan doorstaan, is de rechtbank gebonden aan de bepalingen in de WHOA over klassenindeling. Waar het gaat om de vraag of een bepaalde uiterste datum voor uitoefening van het stemrecht rechtvaardig is te noemen, komt de rechtbank vrijheid toe omdat de WHOA daarover vrijwel niets bepaalt.

Als de rechtbank meent dat informatie ontbreekt om tot een beslissing over een bepaald aspect te komen, kan de rechter de verzoeker een termijn gunnen om de ontbrekende gegevens te verstrekken (art. 378 lid 6). Aangezien art. 378 is opgenomen om *deal certainty* te bevorderen⁵³, is aannemelijk

dat een rechter, behoudens uitzonderlijke gevallen, steeds ruimte zal geven om op korte termijn een verzoek aan te vullen om zodoende op basis van juiste en volledige informatie een beslissing te kunnen geven en aldus het doel van art. 378 te verwezenlijken.⁵⁴

De schuldenaar of herstructureringsdeskundige heeft de mogelijkheid om een wederpartij van de schuldenaar een voorstel te doen tot wijziging of beëindiging van een tussen hen geldende overeenkomst (art. 373 lid 1). Als de wederpartij het voorstel afwijst, dan kan de overeenkomst alsnog (tussentijds) worden opgezegd mits een akkoord wordt gehomologeerd en de rechtbank daarbij toestemming voor de eenzijdige opzegging geeft. Hier heeft de rechtbank weinig afwegingsruimte. Blijkens het wetsvoorstel moet de rechtbank die toestemming verlenen, tenzij er geen sprake is van een dreigende insolventie als bedoeld in art. 370 lid 1.⁵⁵ De enige mogelijkheid die de wederpartij dus heeft om opzegging te voorkomen, is door een verzoek om toestemming daarvoor te bestrijden met de stelling dat die situatie zich niet voordoet (art. 384 lid 5), zodat de rechtbank ook alleen over dit aspect mag oordelen.⁵⁶ Een zekere beoordelingsruimte geldt wel waar het gaat om de termijn waartegen de opzegging plaatsvindt. Als de rechtbank meent dat de opzegtermijn te kort is, kan zij die verlengen. Deze bevoegdheid is echter niet onbeperkt: een opzegtermijn van drie maanden vanaf homologatie wordt door de WHOA als voldoende betiteld (art. 373 lid 1).

4.3 Volledige of vrijwel volledige beoordelingsvrijheid

Als een afkoelingsperiode is afgekondigd (art. 376 lid 1), komt de rechtbank een grote mate van beoordelingsvrijheid toe bij haar beslissing over (i) verlening van een machtiging om de afkoelingsperiode te doorbreken (art. 376 lid 2 sub a), (ii) opheffing van beslagen tijdens de afkoelingsperiode (art. 376 lid 2 sub b) en (iii) beperking van de afkoelingsperiode tot bepaalde partijen (in plaats van een algemene afkoelingsperiode te bepalen). Dat geldt ook voor de voorwaarden die de rechter desgewenst kan verbinden aan een machtiging of beperking (art. 376 lid 8 jo. 241a lid 2 Fw). Vergelijkbaar is de discretionaire bevoegdheid die de rechter heeft om tijdens de afkoelingsperiode die voorzieningen te treffen die zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders nodig acht, waaronder het aanstellen van een observator tijdens een algemene afkoelingsperiode (art. 376 lid 9 jo. 379/380). Deze vrijheid is aanzienlijk, juist omdat het gaat om bewaking van de balans tussen enerzijds het belang van de schuldenaar en van de gezamenlijke schuldeisers dat is gediend bij de relatieve rust die een afkoelingsperiode biedt en anderzijds het belang van individuele schuldeisers en anderen om niet onredelijk in hun belangen te worden geschaad.

51 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 53.

52 Zie paragraaf 3.2.3.

53 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 6 en 40.

54 Vgl. Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 57, waarin de mogelijkheid om een termijn voor aanvulling te gunnen min of meer als recht is geformuleerd.

55 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 45.

56 Zie paragraaf 4.4.4.

Ten aanzien van de herstructureringsdeskundige komt de rechtbank vrijheid toe waar het gaat om bepaling van diens salaris en de overige kosten van zijn werkzaamheden en van de door hem ingeschakelde derden. De rechter kan ook zekerheidstelling of betaling van een voorschot gelasten als hem dat geraden voorkomt (art. 371 lid 10).

Het is voorts aan de discretionaire bevoegdheid van de rechter overgelaten om de betrokkenheid van de herstructureringsdeskundige te laten voortduren na homologatie van het akkoord. De rechter moet daartoe de aanwijzingstermijn verlengen omdat homologatie anders van rechtswege resulteert in het einde van de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige (art. 371 lid 13). Als voorbeeld in de memorie van toelichting is genoemd het geval waarin het de rechter wenselijk voorkomt dat de herstructureringsdeskundige de uitvoering van het akkoord kan begeleiden.⁵⁷

Passend bij de financieel-economische aard van de WHOA, waar ingewikkelde vragen op dit terrein aan de rechter kunnen worden voorgelegd, kan hij een of meer deskundigen benoemen als dit voor zijn beslissing nodig is.⁵⁸ De rechtbank komt hier volledige vrijheid toe zodat de deskundigen onderzoek kunnen verrichten (i) of het bestaan van de toestand van dreigende insolventie als bedoeld in art. 371 lid 1 zich voordoet (art. 371 lid 4), (ii) over een aspect waarover de rechter op grond van art. 378 wordt gevraagd zich uit te laten (art. 378 lid 5) en (iii) in het kader van een homologatieverzoek (art. 384 lid 6 jo. 378 lid 5). In het verlengde van deze discretionaire bevoegdheid heeft de rechter ook beoordelingsvrijheid bij het vervangen en ontslaan van een deskundige (art. 378 lid 5). Alleen als de deskundige zelf om ontslag vraagt, zal de rechtbank niet veel ruimte hebben om dat ontslag te weigeren.

Voor de mogelijkheid om in de akkoordprocedure allerlei voorzieningen te verzoeken (zie paragraaf 3.2.3) biedt de wet de rechtbank dienaangaande alle ruimte: zij kan “*zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt*” (art. 379 lid 1). Deze vergaande discretionaire bevoegdheid geeft de rechtbank de kans om wettelijke regels opzij te zetten of toe te spitsen op het voorliggende geval. Deze bevoegdheid is vergelijkbaar met de bevoegdheid die de rechter heeft tijdens surseance van betaling (art. 225 Fw) en is om die reden min of meer gelijklopend geformuleerd.⁵⁹ Voorbeelden van een voorziening die de rechtbank kan treffen ex art. 379 lid 1 is het stellen van een termijn waarbinnen moet worden gestemd of het opleggen aan de schuldenaar van de verplichting om de rechtbank en schuldeisers op de hoogte te houden van de voortgang van het WHOA-proces.⁶⁰ In de beslissing om als voorziening een observator aan te stellen als het akkoord door de schuldenaar wordt voorbereid, is de rechter ook vrij

(art. 380 lid 1 jo. 379 lid 1, zie ook paragraaf 3.2.4). Dat is uitsluitend anders in het kader van homologatie.

4.4 Homologatie

4.4.1 Inleiding

Als er weliswaar voldoende steun is voor het akkoord maar geen volledige consensus, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een homologatieverzoek indienen om het akkoord voor alle betrokken schuldeisers en aandeelhouders verbindend te laten verklaren (art. 383 jo. 385). Deze procedure rechtvaardigt een afzonderlijke behandeling, omdat hierbij volgens de wetgever een cruciale rol is weggelegd voor de rechtbank:

“Als de rechter eenmaal wordt gevraagd om over een homologatieverzoek te beslissen, is zijn positie zeer bepalend. De rechter zal moeten beoordelen of de totstandkoming van een akkoord noodzakelijk is om dreigende insolventie te voorkomen en of het akkoord redelijk is.”⁶¹

De rechterlijke tussenkomst moet worden gezien tegen de achtergrond van het feit dat een akkoord in wezen een overeenkomst tussen alle betrokken partijen is. De schuldenaar of herstructureringsdeskundige doet een aanbod aan schuldeisers en aandeelhouders om nieuwe afspraken te maken over hun rechtsverhouding. De basis voor een akkoord is dan ook art. 6:217 lid 1 BW: aanbod en aanvaarding. In de WHOA wordt afgeweken van dit beginsel in die zin dat het akkoord onder bepaalde voorwaarden niet de instemming van alle wederpartijen bij het akkoord behoeft. Bij voldoende stemmen vóór aanvaarding van het akkoord kan de rechtbank dat akkoord homologeren waardoor het verbindend wordt voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders (art. 385). Het akkoord kan zelfs aan iedereen worden opgelegd als maar één klasse (eventueel zelfs bestaand uit één partij) heeft ingestemd, terwijl alle anderen hebben tegengestemd. Dit verregaande gevolg is op verschillende manieren te rechtvaardigen. Om te beginnen gaat er in beperkte mate een rechtvaardiging uit van het belang van de schuldenaar om diens onderneming te kunnen continueren. In belangrijke mate wordt het akkoord gelegitimeerd door de meerderheid van de stemmen die zijn uitgebracht vóór het akkoord. Voorts kan worden gewezen op het feit dat het akkoord recht doet aan het collectieve belang van de gezamenlijke schuldeisers doordat ten behoeve van hen een reorganisatiewaarde wordt gerealiseerd die uitstijgt boven de liquidatiewaarde. Dit neemt echter niet weg dat in een democratische rechtsstaat de akkoordprocedure met waarborgen moet worden omgeven, om te voorkomen dat de belangen van de tegenstemmende minderheid op onredelijke wijze worden geschaad, of homologatie zelfs niet aan de orde kan zijn wegens schending van artikel 6 EVRM en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Dit rechtvaardigt (en vereist) betrokkenheid van de rechtbank bij de homologatie. De rechtbank is de hoeder

57 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 43.

58 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 57.

59 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 60.

60 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 59.

61 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 19-20.

van de belangen van alle betrokken partijen: van de schuldenaar, ter voorkoming dat een minderheid zonder rechtens relevante redenen het akkoord blokkeert, en van de schuldeisers en aandeelhouders, van wie de rechten (dreigen te) worden gewijzigd.

Ten opzichte van het voorontwerp en in reactie op het advies van de RvdR, is de rol van de rechter in de homologatieprocedure in het wetsvoorstel versterkt. De toets van een akkoord ter voorkoming van sluipakkoorden en ter waarborging van zuivere besluitvorming is daartoe uitgebreid.⁶² Wij juichen dat toe, omdat de rechter bij uitstek geschikt is te functioneren als noodrem om onzuivere of oneigenlijke herstructurerings tegen te gaan. Temeer, omdat het kan gebeuren dat de rechter pas bij een homologatieverzoek voor het eerst ten tonele verschijnt. Het daaraan voorafgaande proces kan immers volledig buiten de rechter om plaatsvinden. Een toets van het akkoord achteraf is daarom bepaald geen overbodige luxe, gezien de verregaande gevolgen waartoe het akkoord kan leiden.

Het bovenstaande neemt niet weg dat de rechtbank bij homologatie niet in alle gevallen onbeperkte discretionaire bevoegdheid toekomt. Sommige bepalingen laten slechts een beperkte toets door de rechter toe, vaak omdat er een sterke legitimatie uitgaat van de wil van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zoals die blijkt uit hun stemgedrag, en het slechts in uitzonderlijke gevallen aan de rechtbank is om van die wil af te wijken of daar tegenin te gaan.

4.4.2 De beoordelingsmaatstaf bij homologatie

De beoordeling van een homologatieverzoek door de rechter vindt plaats aan de hand van art. 384. Uitgangspunt is dat de rechtbank, als zij rechtsmacht heeft, het homologatieverzoek zo spoedig mogelijk toewijst (lid 1). Dit lijkt weinig speel- en beoordelingsruimte aan de rechter te laten, maar afwijzing van het homologatieverzoek is wel degelijk mogelijk ondanks dat afwijzing is geformuleerd als tenzij-clausule. De rechtbank moet een akkoord namelijk altijd ambtshalve toetsen aan de afwijzingsgronden uit art. 384 lid 2. Indien daarop een beroep wordt gedaan door een daartoe bevoegde schuldeiser of aandeelhouder, komen ook de afwijzingsgronden uit lid 3 en 4 aan bod.⁶³

Bij beoordeling van de afwijzingsgronden komt de rechtbank niet alleen met vragen van juridische aard in aanraking maar ook met financieel-economische kwesties. Dan helpt het als de rechters in de rechtbank daarmee vertrouwd zijn en hiermee specifieke ervaring hebben. Bij procedures rondom de totstandkoming van een akkoord zijn doorgaans veel meer partijen betrokken en belanghebbend dan degenen die zich tot de rechter wenden of daadwerkelijk in de homologatieprocedure verschijnen. Om praktische en financiële redenen zal menig schuldeiser

of aandeelhouder niet verschijnen, omdat hij het met een voorgestelde regeling *nolens volens* eens of oneens is, maar er verder geen tijd, moeite en geld in wil steken. Dientengevolge zijn het vooral strategische partijen die in de procedure verschijnen. Zij hebben er belang bij om hun positie en tegenstand bij de rechter breed uit te meten. Wij menen dat in een dergelijke conflictueuze situatie de rechtbank het resultaat van de stemming als uitgangspunt moet nemen. Deze vormt immers de weerslag van de wil van de meerderheid van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Het is niet de bedoeling dat de rechtbank haar eigen inschatting en waardering van het akkoord als maatstaf neemt. Hier kunnen de Nederlandse rechters leren van hun – op dit punt ervaren⁶⁴ – Engelse collega's, zoals Justice Hildyard in de befaamde APCOA-zaak.⁶⁵

“128. The court’s role is not to substitute its own assessment of what is reasonable for that of the creditors. They are much better judges of what is in the commercial interest of the class they represent than the court. (...)”

129. (...) It is not sufficient for the court to determine that it would not have reached the same decision as the creditors themselves reached. (...)”

Ter onderbouwing van dit oordeel verwijst Hildyard J. naar enkele precedentes met op dit punt min of meer gelijklopende overwegingen die voor de Nederlandse praktijk straks net zo relevant zullen zijn:

“(...) If the creditors are acting on sufficient information and with time to consider what they are about, and are acting honestly, they are, I apprehend, much better judges of what is to their commercial advantage than the Court can be. I do not say it is conclusive, because there might be some blot in a scheme which had passed that had been unobserved and which was pointed out later.

While, therefore, I protest that we are not to register their decisions, but to see that they have been properly convened and have been properly consulted, and have considered the matter from a proper point of view, that is, with a view to the interests of the class to which they belong and are empowered to bind, the Court ought to be slow to differ from them. It should do so without hesitation if there is anything wrong; but it ought not to do so, in my judgment, unless something is brought to the attention of the Court to show that there has been some material oversight or miscarriage.”⁶⁶

en

64 Hieraan doet niet af dat Engeland geen cross-class cram down kent. Feit blijft dat rechters zich ervan bewust moeten zijn dat in principe niemand beter in staat is te oordelen over het voorliggende akkoord dan de schuldeisers en aandeelhouders om wiens rechten het gaat.

65 *Re APCOA Parking Holdings GmbH*, [2014] EWHC 3849 (Ch), nr. 128 en 129.

66 *Re English, Scottish, and Australian Chartered Bank* [1893] 3 Ch 385 (p.409) (Lindley LJ).

62 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 25.

63 Zie paragraaf 4.4.4.

“[21] This formulation in particular recognises and balances two important factors. First, in deciding to sanction a scheme under section 425, which has the effect of binding members or creditors who have voted against the scheme or abstained as well as those who voted in its favour, the court must be satisfied that it is a fair scheme. It must be a scheme that “an intelligent and honest man, a member of the class concerned and acting in respect of his interest, might reasonably approve.” That test also makes clear that the scheme proposed need not be the only fair scheme or even, in the court’s view, the best scheme. Necessarily there may be reasonable differences of view on these issues.

[22] The second factor recognised by the above-cited passage is that in commercial matters members or creditors are much better judges of their own interests than the courts. Subject to the qualifications set out in the second paragraph, the court ‘will be slow to differ from the meeting.’⁶⁷

In een andere *common law* herstructureringsjurisdictie, de Kaaimaneilanden, beschreef Justice Parker de rol van de rechtbank als volgt:

“The court should be slow to differ from the vote, recognising that it is the creditors who are clearly the best judges of what is in their commercial interest. However, the court is not a rubber stamp in this regard even where the scheme has the support of an overwhelming majority of the creditors who are to be subject to it. The court can differ from the vote, but only if it is satisfied that an honest, intelligent and reasonable member of the class could not have voted for the scheme, and in that regard the court’s own view as to whether the scheme is reasonable or even the best scheme is not relevant.”⁶⁸

Wij zien geen reden waarom de Nederlandse rechter straks onder de WHOA zijn oordeel anders zou moeten vormen. Hierbij is van belang dat de WHOA alle betrokken partijen ruimschoots de mogelijkheid biedt om voorafgaand aan de homologatie het pad te effenen. Zo kan om een herstructureringsdeskundige worden verzocht, als de schuldenaar dwarsligt of zelfs niet te vertrouwen is (art. 371), en er gelden regels voor de informatievoorziening rondom het akkoord (art. 375 en 381). Als er een geschilpunt rijst, over welk voor de totstandkoming van het akkoord relevant aspect dan ook, kan – en met het oog op ontvankelijkheid als men de homologatie wil tegenhouden, moet⁶⁹ – dit voorafgaand aan de stemming aan de rechtbank worden voorgelegd (art. 378). Voorts kan de rechtbank voorzieningen treffen als de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders

67 Re Telewest Communications plc (No 2) (David Richards J explaining the Re National Bank test).

68 Grand Court of the Cayman Islands in *Re Ocean Rig UDW Inc* (18 September 2017, Parker J), nr. 89.

69 Art. 383 lid 9 ontnemt het klachtrecht aan een schuldeiser of aandeelhouder die niet heeft geprotesteerd bij de schuldenaar of herstructureringsdeskundige binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die afwijzingsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken.

dreigen te worden geschaad (art. 379). Alles is erop gericht om de partijen die worden geraakt door het akkoord, in staat te stellen te stemmen over een uitgekristalliseerd voorstel en zich daarbij te baseren op juiste en volledige informatie. Als het resultaat van de stemming daartoe aanleiding geeft, in die zin dat een gekwalificeerde meerderheid van twee derde van de stemgerechtigde partijen binnen de verschillende klassen zich daarvoor heeft uitgesproken, zou een verzoek tot afwijzing van homologatie terughoudend moeten worden getoetst door de rechtbank. Als de tegenovergestelde situatie zich voordoet en het akkoord weinig steun geniet, dan dient de rechter zorgvuldig te beoordelen of homologatie van dat akkoord nog wel op haar plaats is. Zoals uit bovenstaande citaten uit de Angelsaksische praktijk blijkt, is er voor afwijking door de rechtbank alleen plaats in evident onrechtvaardige gevallen om te voorkomen dat de goedkeuring door de rechter louter een formaliteit zou zijn.

Met inachtneming van het voorgaande beschouwen wij net als in de voorgaande paragrafen de mindere of meerdere mate van beoordelingsruimte van de rechtbank, maar nu toegespitst op de behandeling van het homologatieverzoek.

Hetgeen in deze paragraaf staat, geldt ook bij homologatie van een groepsakkoord (art. 372), zij het met dien verstande dat dan de rechtbank voor elke groepsdeelnemer daaraan afzonderlijk de afwijzingsgronden voor homologatie moet toetsen (art. 384 lid 1 jo. 372 lid 2 sub b). Op hun beurt, kunnen ook alle schuldeisers en aandeelhouders van de groepsvennootschappen die onderdeel uitmaken van de herstructurering om afwijzing van een homologatieverzoek vragen.⁷⁰

4.4.3 Geen of vrijwel geen beoordelingsruimte

Zoals hierboven beschreven komt de rechtbank bij procedurele beslissingen eigenlijk geen beoordelingsruimte toe.⁷¹ Dit geldt in het kader van homologatie ook voor de bepaling van de datum voor behandeling van het homologatieverzoek en eventuele aanstelling van de observator als niet alle klassen hebben ingestemd (art. 383 lid 4), het daadwerkelijk houden van de zitting (art. 383 lid 6) en het horen van de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige of observator, in voorkomend geval, en van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders (art. 384 lid 7).

4.4.4 Enige beoordelingsruimte (art. 384 lid 2 en 4)

Bij beoordeling van de afwijzingsgronden uit art. 384 lid 2 en lid 4 komt de rechtbank enige mate van ruimte toe. Het gaat dan om het beantwoorden van de vraag of een of meer van de daarin genoemde afwijzingsgronden zich voordoen. Om dit vast te stellen heeft de rechtbank enige of zelfs veel beoordelingsruimte, al naargelang de specifieke afwijzingsgrond. Als de rechtbank langs die weg de aanwezigheid van een of meer gronden heeft vastgesteld, heeft zij echter geen ruimte meer: dan moet zij het homologatieverzoek afwij-

70 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 44.

71 Zie paragraaf 4.1

zen. Waar hieronder wordt gesproken over 'ruimte', gaat het dus om beoordeling van de vraag of een bepaalde situatie zich voordoet, niet over het gevolg dat daaraan verbonden moet worden.

Afwijzingsgronden van art. 384 lid 2

Allereerst toetst de rechtbank op grond van art. 384 lid 2 sub a of de schuldenaar verkeert in de situatie waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (art. 370 lid 1). Dit criterium sluit aan bij art. 4 lid 1 Richtlijn.⁷² Het sluit onzes inziens ook aan bij art. 1 lid 1 Fw⁷³ in die zin dat art. 370 lid 1 het vooruitzicht vergt op de toestand waarvan art. 1 lid 1 Fw voor faillietverklaring verlangt dat die zich heeft gerealiseerd. Art. 370 lid 1 is door de objectivering van de toestand van de schuldenaar strenger dan art. 214 lid 1 Fw⁷⁴ bij surseance van betaling, maar op basis van de toelichting bij art. 370 lid 1 menen wij dat beide vereisten toch op elkaar aansluiten.⁷⁵ Daarbij komt dat de criteria uit art. 1 lid 1 en 214 lid 1 Fw meer van elkaar verschillen dan het criterium uit art. 214 lid 1 Fw en 370 lid 1, terwijl in de praktijk tussen die eerste twee criteria al nauwelijks onderscheid wordt gemaakt.⁷⁶ Gezien de gelijkheid tussen art. 370 lid 1 en art. 1 lid 1 en 214 lid 1 Fw, zien wij weinig discretionaire ruimte voor de rechtbank; alleen als de schuldenaar of herstructureringsdeskundige die toestand op geen enkele wijze kan onderbouwen is homologatie niet aan de orde.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank op grond van art. 384 lid 2 sub b-d de besluitvormingsprocedure. Zo moet zij onderzoeken of aan de kennisgevingsverplichtingen jegens de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders is voldaan (art. 384 lid 2 sub b jo. 381 lid 1 en 383 lid 5). Dit komt erop neer dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders op de juiste wijze moeten zijn geïnformeerd over het akkoord, hen de mogelijkheid moet zijn geboden om te stemmen en hen moet zijn bericht wanneer de homologatiezitting plaatsvindt (en dat, in voorkomend geval, een observator is aangesteld). Als dit niet is gebeurd, heeft de rechtbank geen ruimte en moet zij het homologatieverzoek afwijzen, tenzij de desbetreffende schuldeisers en aandeelhouders verklaren het akkoord te aanvaarden (art. 384 lid 2 sub b, slot).

Verder beoordeelt de rechtbank op grond van art. 384 lid 2 sub c en d of (i) het akkoord en de bijlagen afdoende informatie bevatten om de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zich daarover een oordeel te laten vormen,

(ii) de klassenindeling aan de eisen voldoet, (iii) alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor het correcte bedrag tot de stemming zijn toegelaten en (iv) de stemprocedure juist is ingericht. Bij beantwoording van de vraag of dit het geval is, heeft zij enige ruimte. Bijvoorbeeld wanneer de schuldenaar verschillende klassen voorstelt die bij een faillissementsvereffening dezelfde rechten hebben maar een verschillend aanbod krijgen (art. 374), dan moet daarvoor een rechtvaardiging zijn.⁷⁷ Als op enige wijze blijkt van een schending van één van de genoemde verplichtingen, moet het homologatieverzoek worden afgewezen, tenzij dit niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden (art. 384 lid 2 sub c/d, slot). Voor een verdere interpretatie door de rechtbank van bijvoorbeeld de ernst van de schending, om zo te beoordelen of afwijzing aan de orde is, zien wij geen ruimte. Het gaat hier immers om bepalingen die een zuiver besluitvormingsproces moeten waarborgen. Dit vormt een belangrijke reden om de stem van de meerderheid bij enkele andere afwijzingsgronden als uitgangspunt te hanteren en daaraan gewicht toe te kennen. De keerzijde hiervan is dat de besluitvormingsvereisten strikt moeten worden nageleefd én getoetst. Overigens zien wij ook geen ruimte voor de rechtbank om het verzoek tot homologatie aan te houden in afwachting van herstel van de geschonden voorschriften⁷⁸ of een nieuwe stemming. Wij menen dat de schuldenaar slechts aan het verbod uit artikel 369 lid 5 (schuldenaar mag niet binnen drie jaar opnieuw zelf een WHOA-procedure beginnen) kan ontkomen door de rechtbank, na afwijzing van het homologatieverzoek, te vragen een herstructureringsdeskundige aan te wijzen om langs die weg een tweede poging te wagen.

Waarborging van nakoming van het akkoord en van betaling van de door de rechtbank ingeschakelde personen komt aan de orde in art. 384 lid 2 sub e en h. Deze gronden zijn vergelijkbaar met die voor het faillissements- en surseanceakkoord (art. 153 lid 2 sub 2 respectievelijk 272 lid 2 sub 2 en 4 Fw). Beoordeling van storting van of zekerheidstelling voor het loon en de verschotten van de herstructureringsdeskundige, deskundige of observator door de rechter is aan weinig ruimte onderhevig. Als het akkoord uitsluitend in voldoening à contant voorziet, bijvoorbeeld omdat op alle schulden een bepaald percentage zal worden voldaan, dan vergt een waarborg voor nakoming niet meer dan vaststelling dat het totaal uit te keren bedrag daadwerkelijk beschikbaar is gesteld. Zodra het akkoord op andere wijze de rechten van schuldeisers en aandeelhouders raakt, ligt dit anders. De memorie van toelichting noemt als voorbeeld dat het akkoord voorziet in een *debt for equity swap*⁷⁹, waar-

72 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33.

73 De schuldenaar, die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, wordt (...) in staat van faillissement verklaard.

74 De schuldenaar die voorziet, dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, kan surseance van betaling aanvragen.

75 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33: "De schuldeiser is nog in staat om zijn lopende verplichtingen te voldoen. Tegelijkertijd voorziet hij dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden, als zijn schulden niet worden geherstructureerd".

76 F.M.J. Verstijlen, in: *GS Faillissementswet*, art. 214, aant. 2.

77 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 12 en 49; vgl. art. 9 lid 4 Richtlijn. Die rechtvaardiging zou – naar Amerikaans voorbeeld – bijvoorbeeld gelegen kunnen zijn in een "legitimate business or economic justification", zie CACB 28 september 2016, Rexford Properties LLC – Classification and Impairment, Case 1:15-bk-12116-MB, p. 13-17.

78 Behoudens een kennelijke verschrijving of een vergelijkbare mislag.

79 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 11. De WHOA ondersteunt een *debt for equity swap* ook uitdrukkelijk door bijvoorbeeld vereisten omtrent besluitvorming van de algemene vergadering van aandeelhouders over aandelenuitgifte buiten werking te stellen (art. 370 lid 5).

bij een deel van de vorderingen wordt omgezet in aandelenkapitaal. Aansluitend bij de recente uitspraak inzake het faillissementsakkoord inzake de Braziliaanse telecomgroep Oi⁸⁰, geeft de minister aan dat in een dergelijk geval uitsluitend afwijzing mag – en moet – plaatsvinden als er aanwijzingen zijn dat de omzetting in kapitaal of nieuwe leningen niet op het toegezegde tijdstip zal (kunnen) plaatsvinden. Als de klasse van wie de rechten worden omgezet heeft ingestemd met het akkoord, mag de rechtbank ervan uitgaan dat er een redelijk aanbod is gedaan.⁸¹ Kortom, er bestaat weinig discretionaire ruimte voor de rechtbank bij beoordeling van deze afwijzingsgronden.

Een akkoord komt meestal alleen tot stand als de schuldenaar nieuwe financiering kan aantrekken om het akkoord te financieren. Als dit de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar wezenlijk zou schaden, weigert de rechtbank de gevraagde homologatie (art. 384 lid 2 sub f). De schuldenaar is op grond van art. 375 lid 1 sub i verplicht om in het akkoord alle informatie op te nemen die de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om zich een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen over, kort gezegd, de nieuwe financiering. Die informatie zal in elk geval de aard en omvang van de financiering moeten betreffen, inclusief eventuele te verstrekken of reeds verstrekte zekerheden. De stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zullen deze informatie gebruiken bij hun oordeelsvorming over het akkoord. Als zij menen dat zij benadeeld zullen worden door de nieuwe financiering kunnen of zullen zij het akkoord niet aanvaarden. Het meest waardevolle oordeel over de nieuw aan te trekken financiering en de gevolgen daarvan voor de gezamenlijke schuldeisers – dat van henzelf – is dus reeds vervat in de uitkomst van de stemming over het akkoord. Afgezien van de vraag of op juiste en volledige wijze is voldaan aan de informatieplicht komt de rechter, wat ons betreft, dan ook weinig discretionaire bevoegdheid toe en zou hij zich bij beoordeling van deze afwijzingsgrond – behoudens uitzonderlijke gevallen – moeten laten leiden door het stemresultaat. Hebben de schuldeisers die benadeeld zouden kunnen worden, vóór het akkoord gestemd dan ligt afwijzing niet voor de hand.

80 Rb. Amsterdam 11 juni 2018, *JOR* 2018/259, m.nt. Van Andel (Oi). Daarin overwoog de rechtbank over een faillissementsakkoord dat art. 153 lid 2 sub 2 Fw is geschreven voor de situatie waarin een akkoord wordt nagekomen door betaling ineens. Nu het voorliggende akkoord deels voorzorg in omzetting in risicodragend kapitaal en nieuwe leningen, achtte de rechtbank de weigeringsgrond niet van toepassing. Volgens de rechtbank mag worden aangenomen dat in een dergelijk geval niet hoeft te worden onderzocht of nakoming gewaarborgd is omdat in de aard van het akkoord besloten ligt dat nakoming onzeker is en mede afhangt van de toekomstige winstgevendheid van de onderneming van de schuldenaar. Voldoende is dat er geen aanwijzing is dat de overeengekomen omzettingen niet zullen worden uitgevoerd. Anders: Rb. Zeeland-West-Brabant 3 december 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:8089, waarin de rechtbank nakoming door omzetting in aandelen in een claimvennootschap, die procedures zou gaan voeren om uit die opbrengst de voormalige schuldeisers te voldoen, onvoldoende gewaarborgd achtte en homologatie weigerde, mede op grond van de facultatieve restcategorie uit art. 153 lid 3 Fw. Eerder ook anders over een surseanceakkoord: Hof Amsterdam 26 maart 2004, *JOR* 2004/154 in een geval waarin recente, verifieerbare cijfers ontbraken.

81 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 68-69.

Homologatie van het akkoord moet de rechtbank op grond van art. 384 lid 2 sub g ook weigeren als het akkoord door oneerlijke middelen tot stand is gekomen. Deze afwijzingsgrond geldt nu al voor het faillissements- en surseanceakkoord (art. 153 lid 2 sub 3 respectievelijk 272 lid 2 sub 3 Fw). Onder oneerlijke middelen vallen in elk geval bedrog en begunstiging van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders. De medewerking van de schuldenaar is in dit kader irrelevant. Hier zien wij een redelijke mate van beoordelingsruimte voor de rechtbank. Dit is namelijk een grond waarvan goed denkbaar is dat die pas blijkt nadat de stemming heeft plaatsgehad, zowel aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders als aan de schuldenaar of herstructureringsdeskundige. Dat betekent dat er niet van tevoren een oordeel over gevraagd kon worden ex art. 378. Het brengt ook mee dat een beroep op de afwijzingsgrond van een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder kan stranden op art. 383 lid 9. Als het akkoord met behulp van oneerlijke middelen tot stand is gekomen, zou dat een uitermate onwenselijk resultaat zijn. Daarom past de rechter hier de nodige beoordelingsruimte toe en ligt hier een rol weggelegd voor een deskundige ex art. 384 lid 6 jo. 378 lid 5. Wel zal de rechtbank in de meeste gevallen afhankelijk zijn (van informatie) van een partij die op enige wijze betrokken is geweest bij de WHOA-procedure om haar erop te wijzen dat de afwijzingsgrond zich (mogelijk) voordoet. Het is minder goed denkbaar dat de rechtbank zelf op een onregelmatige wijze van totstandkoming stuit. De rechtbank kan voor haar oordeelsvorming putten uit bestaande jurisprudentie over deze afwijzingsgrond bij surseance- en faillissementsakkoorden. Wat betreft de jurisprudentie waarin homologatie werd bestreden op grond van doorbreking van de paritas creditorum geldt dat die discussie zich vermoedelijk zal verplaatsen naar art. 384 lid 4 sub a. Als de rechtbank om deze reden de homologatie ambtshalve zou willen weigeren, moet zij dit wel op art. 384 lid 2 sub g baseren omdat art. 384 lid 4 niet ambtshalve kan worden toegepast.

De laatste afwijzingsgrond uit art. 384 lid 2 is de restcategorie sub i: de rechtbank wijst een homologatieverzoek af als er andere redenen zijn die zich tegen homologatie verzetten. De aard van deze grond brengt mee dat de rechtbank hier volledig discretionaire bevoegdheid heeft. Wij denken echter wel dat de mogelijkheden die de WHOA biedt om eerder al hobbels weg te nemen (als besproken in paragraaf 3.2.2) en de overige afwijzingsgronden ervoor zorgen dat vermoedelijk niet vaak aan de restcategorie zal worden toegekomen. Aangezien de WHOA geen volgorde aangeeft voor de toepassing van de verschillende afwijzingsgronden, is het echter wel – of misschien ook – denkbaar dat de rechtbank homologatie weigert op grond van deze restcategorie, omdat niet duidelijk is dat zich één van de andere gronden heeft voorgedaan maar de rechtbank wel degelijk aanleiding ziet om het homologatieverzoek af te wijzen.⁸²

82 Vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 3 december 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:8089, waarin de rechtbank homologatie weigerde mede op grond van de facultatieve restcategorie uit art. 153 lid 3 Fw omdat zij nakoming onvoldoende gewaarborgd achtte.

Afwijzingsgronden van art. 384 lid 4

Art. 384 bevat aanvullende afwijzingsgronden in lid 4 voor akkoorden waarmee niet alle klassen hebben ingestemd. Deze gronden mogen niet ambtshalve worden toegepast, maar uitsluitend op verzoek van een stemgerechtigde schuldeiser of aandeelhouder die niet heeft ingestemd met het akkoord en onderdeel is van een klasse die als geheel evenmin heeft ingestemd, of die ten onrechte niet tot stemming is toegelaten en onderdeel had moeten zijn van een klasse die heeft tegengestemd. Deze beperking in bevoegdheid van degenen die het afwijzingsverzoek kunnen indienen maakt reeds dat wij menen dat de rechtbank meer beoordelingsruimte toekomt dan bij de hierboven beschreven gronden. Er is immers enerzijds sprake van bezwaar tegen homologatie afkomstig van een partij die geraakt wordt door het vermeende gebrek waarover wordt geklaagd. Anderzijds kunnen er gegronde redenen zijn voor het vermeende gebrek en is beoordeling daarvan door de rechtbank gewenst en noodzakelijk om niet elk (vermeend) gebrek in de weg te laten staan aan een succesvolle herstructurering.

Op grond van art. 384 lid 4 sub a moet de rechtbank homologatie desgevraagd weigeren als bij verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd ten nadele van een tegenstemmende klasse wordt afgeweken van, kort gezegd, een wettelijke of contractuele rangorde. Een uitzondering wordt gemaakt als er een redelijke grond is voor de afwijking en de klagende schuldeiser of aandeelhouder niet in zijn belang is geschaad. De afwijzingsgrond van art. 384 lid 4 sub a is gebaseerd op de *absolute priority rule* (APR) uit de Chapter 11-procedure uit de Verenigde Staten⁸³ en sluit aan bij de jurisprudentie over faillissements- en surseanceakkoorden, waarin is aangenomen dat doorbreking van de *paritas creditorum* niet steeds aan homologatie van een akkoord in de weg staat. De geldende maatstaf is dat de doorbreking niet tot grote onbillijkheid jegens de overige schuldeisers mag leiden en dat er redelijke en objectieve gronden moeten zijn voor het onderscheid.⁸⁴ Daarbij wordt belang toegekend aan de vraag of de klasse ten nadele van wie in het akkoord van de rangorde wordt afgeweken niet met het akkoord heeft ingestemd.⁸⁵ Alleen dan kan de schuldeiser of aandeelhouder die ook zelf niet met het akkoord had ingestemd de APR invoeren als afwijzingsgrond. Als de klasse in wiens nadeel wordt afgeweken daar blijkens het stemresultaat zelf geen bezwaar in zag dan zou weigering van de homologatie ook niet gestoeld moeten worden op die afwijking. Als het een schuldeiser of aandeelhouder betreft die is of had moeten worden ingedeeld in de benadeelde klasse dan mag worden verwacht dat de schuldenaar of herstructureringsdeskundige ten eerste verantwoording aflegt over de redenen daarvoor en ten tweede toelicht

waarom dit de desbetreffende partijen niet in hun belangen schaad. De rechtbank komt onzes inziens een behoorlijke mate van discretionaire bevoegdheid toe in beoordeling van de verstrekte uitleg. Het gaat hier immers over de eerlijkheid van het akkoord met als belangrijkste onderdeel de redelijkheid van de verdeling van de reorganisatiewaarde.⁸⁶ Een oordeel over de aanvaardbaarheid van afwijking van de rangorde is afhankelijk van allerlei aspecten, zoals welke rechten het akkoord de stemgerechtigde schuldeisers en/of aandeelhouders aanbiedt qua aard en omvang, welke afwijking van de rangorde wordt toegepast, om welke rangorde (wettelijk, contractueel of anderszins) het gaat en op welke klasse(n) die afwijking wordt toegepast. De rechtbank moet al deze aspecten in haar oordeel kunnen betrekken.

De laatste afwijzingsgrond waarbij de rechter enige maar geen volledige discretionaire bevoegdheid toekomt, staat in art. 384 lid 4 sub b: het homologatieverzoek wordt afgewezen als de schuldeisers, die bevoegd zijn tot inroeping van deze grond, niet mogen kiezen voor een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij naar verwachting uit het faillissement van de schuldenaar in geld zouden ontvangen. De voornaamste discussie zal niet gaan over de vraag óf er een recht op uitkering in contanten is maar over de reorganisatie- en liquidatiewaarde zoals voorzien in het akkoord ex art. 375 lid 1 sub e en f. Het is aan de schuldeiser of aandeelhouder die verzoekt om afwijking van homologatie om de rechtbank in staat te stellen het afwijzingsverzoek te beoordelen. Mits van voldoende informatie voorzien, komt de rechtbank vervolgens een zekere mate van discretie toe in beoordeling van de voorliggende cijfers. Vrijwel geen beoordelingsruimte zien wij daarentegen voor het oordeel dát de schuldeiser of aandeelhouder het recht moet hebben om een gepaste uitkering in contanten te ontvangen. Het is immers uitdrukkelijk niet de bedoeling van de WHOA om tegenstemmende (klassen van) *in-the-money* schuldeisers en aandeelhouders te dwingen de onderneming van de schuldenaar te blijven financieren.⁸⁷

4.4.5 Volledige of vrijwel volledige beoordelingsvrijheid (art. 384 lid 3)

De rechtbank komt ruime discretionaire vrijheid toe waar het gaat om beoordeling van een verzoek tot afwijking van een homologatieverzoek gebaseerd op art. 384 lid 3. Eén of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders, die zelf hebben tegengestemd of ten onrechte niet tot stemming zijn toegelaten, kunnen de rechtbank vragen om een homologatieverzoek af te wijzen. De rechtbank kan dit verzoek honoreren als summierlijk blijkt dat de verzoeker(s) op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij vereffening van de schuldenaars vermogen in faillissement. Deze afwijzingsgrond is gebaseerd op de *best interest of creditors' test* uit de Amerikaanse Chapter 11-procedure en moet voorkomen dat het akkoord onredelijk is.⁸⁸

83 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 16-17.

84 Rb. Utrecht 9 augustus 1989, *NJ* 1990/399 (*Breevast*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, *JOR* 2015/317, m.nt. Tollenaar (*Spyker*), waarin een gestaffeld akkoord werd gehomologeerd.

85 Vgl. Rb. Rotterdam 18 december 2018, *JOR* 2019/112, m.nt. Mennens (*H&D Industrial*).

86 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17.

87 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17.

88 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17.

De ruime beoordelingsvrijheid van de rechtbank is overigens wel ingekaderd. Zo speelt de afwijzingsgrond uit art. 384 lid 3 uitsluitend als alle klassen van schuldeisers met het akkoord hebben ingestemd.⁸⁹ Dit vereist voor schuldeisers positieve stemmen op minimaal twee derde van het totale bedrag aan vorderingen waarop in de klasse is gestemd, en voor aandeelhouders positieve stemmen die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal waarop binnen een bepaalde klasse is gestemd.⁹⁰ Een gekwalificeerde meerderheid van schuldeisers/aandeelhouders heeft het akkoord dus aanvaard en is kenmerkend – om welke reden dan ook – van mening dat het akkoord te verkiezen is boven een (mogelijke) afwikkeling van het vermogen van de schuldenaar via faillissement. Verder wordt aan de afwijzingsgrond uit art. 384 lid 3 slechts toegekomen als de rechtbank het homologatieverzoek niet al dient af te wijzen op grond van één van de afwijzingsgronden uit lid 2. Of sprake is geweest van zuivere besluitvorming, het niet om een sluipakkoord gaat en er voldoende garanties zijn voor nakoming van het akkoord, is dus al beoordeeld. Voorts is relevant dat de vergelijking die art. 384 lid 3 vergt, bijzonder lastig te maken is. Vergeleken moet worden tussen enerzijds het akkoord dat voorligt voor homologatie en anderzijds de hypothetische situatie waarin een uitdeling zou plaatsvinden na liquidatie van het vermogen van de schuldenaar via faillissement. Op deze hypothetische situatie zijn zoveel factoren van invloed, dat de vergelijking onzes inziens zeer zelden met enige significante zekerheid kan worden gemaakt.⁹¹ Om deze redenen menen wij dat een verzoek om afwijzing van homologatie op grond van art. 384 lid 3 ondanks de ruime beoordelingsvrijheid van de rechtbank niet te snel moet worden toegewezen maar beperkt moet worden tot evidente gevallen. Het vergt van de rechter namelijk een vrijwel onmogelijke vergelijking, terwijl minimaal twee derde van de rechten waarop is gestemd zich reeds vóór het akkoord heeft uitgesproken. Alleen als de desbetreffende schuldeiser of aandeelhouder overduidelijk substantieel meer kan verwachten van het faillissement van de schuldenaar dan hem wordt geboden in het akkoord, moet homologatie worden geweigerd. In alle andere gevallen hoort de rechter niet op de stoel van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders te gaan zitten en aan te sluiten bij de meerderheid van de uitgebrachte stemmen, zoals de hierboven genoemde Engelse rechters helder hebben verwoord.⁹² De WHOA laat de rechtbank ook ruimte voor een grote mate van beoordelingsvrijheid door bij deze afwijzingsgrond niet te bepalen dat de rechtbank steeds verplicht is om een homologatieverzoek af te wijzen maar slechts dat afwijzing “kan” gebeuren.

4.4.6 De gevolgen van toe- of afwijzing van het homologatieverzoek

Door toewijzing van het homologatieverzoek wordt het akkoord verbindend voor de schuldenaar enerzijds en voor

alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders anderzijds (art. 385). De rechtbank heeft in het geheel geen discretionaire bevoegdheid waar het om het effect van homologatie gaat. De rechter kan de verbindende werking van het akkoord niet beperken of uitbreiden. Aangezien er geen appel of cassatie mogelijk is tegen de beslissing van de rechtbank om het akkoord te homologeren, is die beslissing op de dag van de uitspraak definitief (art. 369 lid 10). Het homologatievonnis levert voor de stemgerechtigde schuldeiser een executoriale titel op, zodat zij met een beroep op dat vonnis nakoming door de schuldenaar kunnen afdwingen (art. 386). Als de schuldenaar tekortschiet in de nakoming van het akkoord, is hij van rechtswege jegens de betrokken schuldeisers of aandeelhouders in verzuim en schadeplichtig, tenzij de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend (art. 387 lid 1). Ontbinding van het akkoord kan worden uitgesloten in het akkoord (art. 387 lid 2); als dat niet gebeurt dan kan ontbinding gevorderd worden door elke schuldeiser of aandeelhouder jegens wie de schuldenaar in verzuim is. Wel kan de rechter de schuldenaar één maand de tijd gunnen om alsnog na te komen (art. 387 jo. 165 Fw). Als ontbinding wordt toegewezen, heeft dit absolute werking. Het gehele akkoord wordt dus ontbonden; niet slechts jegens de schuldeiser of aandeelhouder die de ontbinding inriep.⁹³

Als het homologatieverzoek wordt afgewezen door de rechtbank, mag de schuldenaar gedurende drie jaar nadien niet opnieuw zelfstandig een akkoordprocedure beginnen (art. 369 lid 5).⁹⁴ Een herstructurering via de WHOA is in dat geval wel nog mogelijk door de rechtbank te verzoeken een herstructureringsdeskundige aan te wijzen (art. 371 lid 1). Die kan vervolgens een akkoord beproeven.⁹⁵

5. Verschillende initiatiefnemers tot WHOA-acties en procedures; schematisch overzicht

De rol van de rechter in de WHOA kan ook ‘subjectief’ worden beschouwd tegen de achtergrond van de diverse acties en procedures die door de verschillende betrokkenen kunnen worden ingesteld. Om onnodige herhaling te voorkomen, volgt hieronder een schematisch overzicht van de betrokkenheid van de rechtbank gedurende het verloop van het WHOA-traject. De arcering geeft de mate van beoordelingsruimte voor de rechter aan en in de kolommen staan de verschillende initiatiefnemers: de schuldenaar dan wel de herstructureringsdeskundige, de schuldeisers, aandeelhouders of andere derden. Ten slotte geeft de laatste kolom weer wanneer de rechtbank ook ambtshalve mogelijkheden heeft om op te treden.

89 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17.

90 Art. 381 lid 7.

91 Zie ook N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 8.9.3.3.

92 Zie paragraaf 4.4.1

93 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 18.

94 Dat geldt ook als niet aan homologatie wordt toegekomen omdat alle klassen het akkoord afwijzen. Na ontbinding van het akkoord geldt deze beperking niet.

95 Dit sluit aan bij art. 4 lid 4 Richtlijn, aldus de memorie van toelichting (*Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 31*).

Schematisch overzicht rol van de WHOA-rechter per onderdeel, betrokken partij en mate van beoordelingsruimte						
	Geen of vrijwel geen beoordelingsruimte (par. 4.1/4.4.2)		Enige beoordelingsruimte (par. 4.2/4.4.3)		Volledige of (vrijwel) volledige beoordelingsvrijheid (par. 4.4/4.5.4)	
Voortraject en start procedure (par. 3.1)	Schuldenaar	Herstructureringsdeskundige	Schuldeiser	Aandeelhouder	Derde(n)*)	Ambtshalve
Beoordeling rechtsmacht (369 lid 7)						par. 3.1.1
Depot herstructureringsverklaring (370 lid 3)	par. 3.1.1-2	par. 3.1.1-2				
Publicatie registers en Staatscourant (370 lid 4, 371 lid 2)	par. 3.1.1	par. 3.1.1				
Vastelling hoofdprocedure of territoriale procedure (371 lid 14)						par. 3.1.2
Beoordeling ingangsvereisten groepsakkoord (372 lid 1)						par. 3.1.1
Beslissing type procedure (371 lid 2)	par. 3.1.1-2		par. 3.1.1-2	par. 3.1.1-2	par. 3.1.1-2	
Horen schuldenaar over soort procedure (371 lid 2)						par. 3.1.2
Benoeming deskundigen voor vaststelling insolventietoestand (371 lid 4)						par. 3.1.2

Herstructureringsdeskundige (par. 3.1.2)	Schuldenaar	Herstructureringsdeskundige	Schuldeiser	Aandeelhouder	Derde(n)*)	Ambtshalve
Aanwijzing herstructureringsdeskundige (371 lid 1 en lid 3)	par. 3.1.2		par. 3.1.2**)	par. 3.1.2	par. 3.1.2	
Horen verzoeker en schuldenaar en in voorkomend geval observator en herstructureringsdeskundige over aanwijzingsverzoek, bepalingen omtrent aanwijzing en intrekking aanwijzing (371 lid 5)						par. 3.1.2
Bepaling en aanpassing salaris en overige kosten en voorwaarden daarvoor (371 lid 10)						par. 3.1.2
Intrekking aanwijzing (371 lid 12)		par. 3.1.2				
Verlenging aanwijzingstermijn na homologatie (371 lid 13)						par. 3.1.2
Horen, ontslaan en vervangen (371 lid 13)		par. 3.1.2	par. 3.1.2			par. 3.1.2

Afkoelingsperiode (par. 3.2.1)	Schuldenaar	Herstructureringsdeskundige	Schuldeiser	Aandeelhouder	Derde(n)*	Ambtshalve
Afkondigen afkoelingsperiode (376 lid 1 en 4)	par. 3.2.1	par. 3.2.1				
Machtiging doorbreking afkoelingsperiode (376 lid 2 sub a)					par. 3.2.1	
Opheffing beslagen tijdens afkoelingsperiode (376 lid 2 sub b)	par. 3.2.1	par. 3.2.1				
Schorsing faillissements- of surseanceverzoek tijdens afkoelingsperiode (376 lid 2 sub c)						par. 3.2.1
Verlenging afkoelingsperiode (376 lid 5)	par. 3.2.1	par. 3.2.1				
Verlenging afkoelingsperiode bij COMI-verplaatsing (376 lid 6)	par. 3.2.1	par. 3.2.1				
Beperking afkoelingsperiode tot bepaalde derden en stellen van voorwaarden daaraan (376 lid 8 jo. 241a lid 2)						par. 3.2.1
Verbinden voorwaarden aan machtiging doorbreking afkoelingsperiode (376 lid 8 jo. 241a lid 2)					par. 3.2.1	
Treffen van voorzieningen tijdens afkoelingsperiode (376 lid 9)			par. 3.2.1		par. 3.2.1	
Aanstelling observator tijdens algemene afkoelingsperiode (376 lid 9)						par. 3.2.1
Opheffing afkoelingsperiode (376 lid 10)	par. 3.2.1	par. 3.2.1			par. 3.2.1	par. 3.2.1
Horen schuldenaar, herstructureringsdeskundige, observator en derden* over beslissingen m.b.t. afkoelingsperiode (376 lid 11)						par. 3.2.1
Veroordeling schuldenaar in kosten faillissements- of surseanceverzoek (376 lid 13)						par. 3.2.1
Opheffing gebruiksrechten (377 lid 3)					par. 3.2.1	
Horen schuldenaar, herstructureringsdeskundige, observator en derden* over opheffing gebruiksrechten (377 lid 3)						par. 3.2.1

Maatregelen voor totstandbrenging akkoord (par. 3.2.2)	Schuldenaar	Herstructureringsdeskundige	Schuldeiser	Aandeelhouder	Derde(n)*	Ambtshalve
Uitspraak over aspecten die van belang zijn voor totstandbrenging akkoord (378 lid 1)	par. 3.2.2	par. 3.2.2				
Beslissing over toelating schuldeiser en vordering tot stemming (378 lid 4)	par. 3.2.2	par. 3.2.2				
Benoeming deskundige ivm verzoek om uitspraak over relevant aspect (378 lid 5)						par. 3.2.2
Vervanging en ontslag deskundige (378 lid 5)					par. 3.2.2	par. 3.2.2
Termijnstelling aanvulling gegevens (378 lid 6)						par. 3.2.2
Horen schuldenaar, herstructureringsdeskundige, observator en derden* over verzoek uitspraak relevant aspect of toelating schuld-eiser en bedrag (378 lid 7)						par. 3.2.2

Maatregelen ter beveiliging belangen schuldeisers en aandeelhouders (par. 3.2.3-4)	Schuldenaar	Herstructureringsdeskundige	Schuldeiser	Aandeelhouder	Derde(n)*	Ambtshalve
Treffen voorzieningen en bepalingen ter beveiliging belangen schuldeisers en aandeelhouders (379 lid 1)	par. 3.2.3	par. 3.2.3				par. 3.2.3
Aanstelling observator (379 lid 1 jo. 380 lid 1)	par. 3.2.4	par. 3.2.4				par. 3.2.4
Bepaling en aanpassing salaris observator en overige kosten en voorwaarden daarvoor (380 lid 4 jo. 371 lid 10)	par. 3.2.4	par. 3.2.4				par. 3.2.4
Horen observator en schuldenaar over mededeling observator dat akkoord niet zal lukken; geraden gevolgtrekking (380 lid 2)						par. 3.2.4
Intrekking aanstelling observator als verzoek om aanwijzing herstructureringsdeskundige wordt ingediend (380 lid 3)						par. 3.2.4

Einde procedure; homologatie (par. 3.3, 4.4)	Schuldenaar	Herstructureringsdeskundige	Schuldeiser	Aandeelhouder	Derde(n) ^{*)}	Ambtshalve
Depot stemmingsverslag (382 lid 2)						par. 3.3
Bepaling zittingsdatum behandeling homologatieverzoek en aanstelling observator (383 lid 4)						par. 3.3, 4.4.3
Houden zitting minimaal 8 en maximaal 14 dagen na homologatieverzoek en depot stemmingsverslag (383 lid 6)						par. 3.3, 4.4.3
Beoordeling verzoek toestemming voor eenzijdige opzegging overeenkomst (383 lid 7 jo. 373 lid 1 en 384 lid 5)	par. 3.3	par. 3.3	par. 3.3			
Verlenging opzegtermijn overeenkomst (383 lid 1 jo. 373 lid 1)						par. 3.3
Beoordeling rechtsmacht (384 lid 1)						par. 4.4.2
Beoordeling afwijzingsgronden ex lid 2 (384 lid 1 jo. lid 2)						par. 4.4.2, 4.4.4
Beoordeling afwijzingsgronden ex lid 3 (384 lid 1 jo. lid 3)			par. 4.4.5	par. 4.4.5		
Beoordeling afwijzingsgronden ex lid 4 (384 lid 1 jo. lid 4)			par. 4.4.4	par. 4.4.4		
Beoordeling afwijzingsgronden tav groepsvennootschappen (384 lid 1 jo. 372 lid 2 sub b)			par. 4.4.2	par. 4.4.2		par. 4.4.2
Benoeming deskundige ivm homologatieverzoek (384 lid 6 jo. 378 lid 5)						par. 4.3, 4.4.5
Vervanging en ontslag deskundige (384 lid 6 jo. 378 lid 5)					par. 4.3	par. 4.3
Horen schuldenaar, herstructureringsdeskundige, observator, stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders en wederpartij over homologatieverzoek (384 lid 7)						par. 4.4.3
*) De desbetreffende bepaling regelt wie als derde(n) kwalificeert (kwalificeren). ⁹⁶			**) Geen discretionaire bevoegdheid als het verzoek door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund.			

96 Dit kan de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging zijn (art. 371 lid 2), de meerderheid van de schuldeisers (art. 371 lid 3), de derde die wordt geraakt door een afkoelingsperiode (art. 376 lid 2, 8-11) of met gebruiks-, verbruiks- of vervreemdingsrechten wordt geconfronteerd (art. 377 lid 3) of de deskundige bij diens vervanging of ontslag (art. 378 lid 5 en 384 lid 6).

6. Enkele aandachtspunten

De twee voorontwerpen uit 2014 en 2017 en het huidige wetsvoorstel zijn overwegend positief ontvangen.⁹⁷ De WHOA voorziet duidelijk in een vraag uit de praktijk. Het wetsvoorstel zit goed in elkaar en is duidelijk geformuleerd. Toegespitst op de rol van de rechter behandelen wij in deze slotparagraaf de reacties vanuit de rechtspraak (NVvR en RvdR) op het laatste voorontwerp en hoe met die reacties is omgegaan in het wetsvoorstel (paragraaf 6.1). Vervolgens benoemen wij een aantal aspecten in het wetsvoorstel die een nadere praktische uitwerking behoeven (paragraaf 6.2). Wij zien geen grote knelpunten en hopen dan ook dat het wetsvoorstel voortvarend door het parlement zal worden behandeld. Het zou mooi zijn als Nederland op dit punt als voorloper wordt gezien de goede aansluiting van de WHOA op de Richtlijn zodat een *state-of-the-art* wettelijk herstructureringskader wordt gecreëerd voor de economisch mindere tijden die ongetwijfeld – vroeger of later – onze economie zullen treffen.

6.1 Aandachtspunten rechterlijke macht bij voorontwerp

6.1.1 Reacties NVvR en RvdR

De NVvR en RvdR hebben geadviseerd over het voorontwerp voor de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement uit 2017, de voorganger van de huidige WHOA.⁹⁸ Beide waren positief over de regeling, maar plaatsten daarbij wel enige kanttekeningen.

De NVvR zag vooral knelpunten op het gebied van de openbaarheid, termijnen en waarderingsvraagstukken. De NVvR vroeg zich verder af hoe de besloten procedure zich zou verhouden tot een faillissementsaanvraag, ingediend tegen de schuldenaar gedurende het herstructureringstraject, en tot het afkondigen van een algemene afkoelingsperiode.

Het knelpunt van (gebrek aan) openbaarheid is opgelost door de rechtbank de bevoegdheid te geven de schuldenaar in de kosten van de aanvraagprocedure te veroordelen als de schuldeiser niet bekend was noch kon zijn met de lopende WHOA-procedure (art. 376 lid 13). Wat betreft de termijnen in het voorontwerp, sprak de NVvR haar zorgen uit over de totale duur van de afkoelingsperiode en schorsing van faillissementsaanvragen. De maximale termijn van vier maanden achtte zij te kort voor complexe herstructureringen. In de WHOA is de maximale duur van de afkoelingsperiode (en daarmee van de gelijklopende schorsing van een faillissements- of surseanceverzoek) bepaald op acht maanden (art. 376 lid 2 en 5).⁹⁹ Over de waarderingsvragen, die in de WHOA besloten liggen, vroeg de NVvR zich af in hoeverre de

rechtbank geacht werd en in staat zou zijn deze soms ingewikkelde vraagstukken op te lossen. Hierin tracht de WHOA te voorzien door een landelijke pool van rechters te introduceren (zie paragraaf 6.1.2) en optuiging van een flexibele regeling voor het inschakelen van deskundigen (art. 378 lid 5 en 384 lid 6). In de verhouding van de besloten procedure tot een ingediend faillissementsverzoek is de hierop gerichte automatische schorsingsregeling (art. 376 lid 2 sub c) in het wetsvoorstel gewijzigd in die zin dat een faillissementsverzoek¹⁰⁰ slechts wordt geschorst als gelijktijdig een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt gedaan of in behandeling is (art. 3d). Voor de afkoelingsperiode geldt dat de beperking van derden in hun verhaal- en opeisingsbevoegdheden uitsluitend werkt jegens hen die zijn geïnformeerd over de afkoelingsperiode of bekend zijn met de voorbereiding van het akkoord (art. 376 lid 2 sub a).

Het advies van de RvdR over het voorontwerp richt zich op vier aandachtspunten: (i) het toepasselijk procesrecht, (ii) de beperkte rol van de rechtbank bij homologatie, (iii) de eis van verplichte procesvertegenwoordiging en (iv) de uitsluiting van rechtsmiddelen.

De eerste kwestie is geregeld in art. 362 lid 2 Fw. Aan de bedenkingen van de RvdR over de beperkte rol van de rechtbank bij de homologatie is in het wetsvoorstel tegemoetgekomen. Zo zijn de afwijzingsgronden uitgebreid (art. 384), evenals de bevoegdheid van de rechtbank om de algemene afwijzingsgronden ambtshalve toe te passen. De verplichte procesvertegenwoordiging is, overeenkomstig het verzoek van de RvdR, heroverwogen en geschrapt.¹⁰¹ Aan het verzoek van de RvdR om hoger beroep open te stellen, is geen gehoor gegeven. In de memorie van toelichting wordt de uitsluiting van appel en cassatie gerechtvaardigd door erop te wijzen dat het akkoord tot stand komt in “*de klemmende situatie van dreigende insolventie (art. 370, eerste lid). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, moet het akkoord na de homologatie snel uitgevoerd kunnen worden*”.¹⁰² De Hoge Raad kan alsnog over de juiste toepassing van de WHOA oordelen doordat de rechtbank prejudiciële vragen stelt, of doordat de procureur-generaal cassatie in belang der wet instelt.¹⁰³

6.1.2 Oplossing in het wetsvoorstel: pool van rechters

Naast de hierboven besproken punten, heeft zowel de NVvR als de RvdR in hun respectievelijke adviezen gewezen op het deskundigheidsniveau dat een regeling als de WHOA vergt van rechters en de werklust die de regeling mee zal brengen. In de memorie van toelichting wordt onderkend dat de rechtbank in haar beslissingen op de grond van de WHOA mogelijk te maken zal krijgen met waarderingsvragen, bijvoorbeeld bij beantwoording van de essentiële vraag of het akkoord *redelijk* is.¹⁰⁴ De NVvR en de Afdeling Advisering van de Raad van State (RvS) hebben voorgesteld om de behan-

97 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 23; over het wetsvoorstel is nog weinig gepubliceerd anders dan op blogs van verschillende advocatenkantoren, waar steeds een positief geluid te beluisteren valt.

98 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, advies NVvR en advies RvdR.

99 Dit blijft binnen de door de Richtlijn genoemde maximale totale duur van 12 maanden (art. 6 lid 8 Richtlijn).

100 Of surseanceverzoek, zie art. 215 lid 3 en 4.

101 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 23-25.

102 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17; zie ook p. 33.

103 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17-18 en p. 33.

104 Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 20.

deling van homologatieverzoeken onder te brengen bij één gespecialiseerde rechtbank of kamer.¹⁰⁵ De RvS heeft daarbij gewezen op de considerans van de Richtlijn¹⁰⁶, waarin het oprichten van gespecialiseerde rechtbanken of kamers of het aanstellen van gespecialiseerde rechters wordt genoemd als doeltreffende manier om rechtszekerheid en effectiviteit van procedures te bereiken. De RvS adviseerde af te wijken van het uitgangspunt dat alle rechtbanken alle zaken moeten kunnen behandelen. Een dergelijke uitzondering is gerechtvaardigd voor categorieën zaken die bijzondere rechterlijke expertise vergen, zoals volgens de RvS hier het geval is. Hij noemt als reden dat de WHOA geen rechtsmiddelen kent waardoor de procedure met meer waarborgen moet worden omgeven dan procedures waarin rechtsmiddelen wel openstaan, onder andere om de rechtszekerheid te bewaken. Verder wijst de RvS erop dat de WHOA bedrijfseconomische kennis vergt, waarin eenvoudiger kan worden voorzien als concentratie van zaken plaatsvindt. Ten slotte spreekt de RvS de verwachting uit dat de WHOA niet breed zal worden toegepast, waarmee hij aangeeft dat het niet noodzakelijk is dat alle rechtbanken in staat zijn om beslissingen op grond van de WHOA te nemen.

Het Ministerie van Justitie en Veiligheid en de RvdR hebben met elkaar overleg gevoerd. Op dit moment is onduidelijk hoeveel zaken er uiteindelijk zullen komen. Als het aantal extra WHOA-zaken beperkt blijft, ziet de RvdR het liefste een behandeling door één rechtbank. Mocht er echter een groot aantal zaken komen, dan zou het de voorkeur van de RvdR hebben als elke rechtbank tot behandeling daarvan in staat zou zijn. Gezien de onduidelijkheid over het aantal zaken, is ervoor gekozen om de eerste drie jaar na inwerking-treding van de WHOA te werken met een landelijke pool van gespecialiseerde rechters en juridisch ondersteuners. Elke rechtbank levert zowel een rechter als een juridisch ondersteuner aan de pool. Zij krijgen een speciale opleiding. Verder staat de RvdR meervoudige behandeling voor als het belang van de zaak dit vergt. Hij verwacht dat dit in circa 330 zaken het geval zal zijn. Zaken zullen binnen de pool worden toebedeeld aan de rechter (en juridisch ondersteuner) die relatief bevoegd is ten aanzien van de zaak en twee rechters uit andere arrondissementen.¹⁰⁷

6.1.3 Voor- en nadelen

Er zijn de nodige voordelen te noemen van de voorgestelde landelijke pool van rechters en juridisch ondersteuners. Zo kunnen op relatief korte termijn kennis en expertise worden opgebouwd. Dit is belangrijk om de – soms behoorlijk ingewikkelde – beslissingen in het kader van de WHOA van voldoende kwaliteit te laten zijn om de regeling tot volle wasdom te laten komen. Verder is concentratie van WHOA-zaken toe te juichen vanuit het oogpunt van *deal certainty*. Als er een vaste pool van rechters in meervoudige samenstelling beslissingen neemt, zal de voorspellen-

de waarde van rechterlijke beslissingen groter worden en daarmee sneller rechtseenheid ontstaan. Omdat duidelijk is hoe de regeling moet worden uitgelegd en toegepast, biedt dit partijen rechtszekerheid. En mochten er toch veel meer procedures onder de WHOA worden gevoerd dan nu wordt verwacht, dan beschikt elk arrondissement reeds over een rechter en juridisch ondersteuner met relevante kennis en ervaring. Zij kunnen dan het voortouw nemen om die kennis en ervaring binnen hun arrondissement te verspreiden. Gedurende de opleidingsperiode van de andere rechters en juridisch ondersteuners functioneren zij als vraagbaak.

Een nadeel van concentratie van WHOA gerelateerde zaken is dat de pool relatief klein is. Elf rechters die in wisselende samenstelling in meervoudige formatie zitting nemen, kunnen geen onbeperkte werklast aan. Aangezien de aard van de regeling meebrengt dat snelle afhandeling van verzoeken aan de rechtbank noodzakelijk is, zou dit kunnen knellen als meer dan het verwachte aantal zaken aan de rechtbank worden voorgelegd.

6.2 Aandachtspunten wetsvoorstel

Hoewel wij positief zijn over het voorliggende voorstel, past in een leidraad voor de rechter ook een aantal aandachtspunten die nadere praktische uitwerking behoeven. Een procesreglement, of aanpassing van het bestaande Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken – of wellicht het Procesreglement voor verzoekschriftprocedures in civiele handelszaken bij de rechtbanken? – zou uitkomst bieden. Een aantal kwesties dat hierna aan de orde komt, leent zich voor regeling in een procesreglement.

De WHOA biedt de schuldenaar de keuze tussen een openbare en een besloten akkoordprocedure buiten faillissement, mits aan de daarvoor gestelde voorwaarden wordt voldaan.¹⁰⁸ Deze keuzemogelijkheid is waardevol, vooral met het oog op het behoud van de waarde van de onderneming van de schuldenaar. In besloten procedures worden verzoeken aan de rechter in de raadkamer behandeld (art. 369 lid 9). De hoofdregel van artikel 29 lid 1 Rv¹⁰⁹ leidt ertoe dat de uitspraak van de rechtbank echter wel in het openbaar moet worden gedaan. Om het besloten karakter van de besloten akkoordprocedure te behouden, zal noodzakelijk zijn dat uitspraken volstrekt geanonimiseerd worden (art. 29 lid 4 Rv). Publicatie in geanonimiseerde vorm is overigens wel wenselijk want dit stimuleert kennisneming van de overwegingen van de rechtbank in eerdere zaken waarmee onder meer voorspelbaarheid, rechtszekerheid en *deal certainty* bevorderd worden.

Verder bevat de WHOA in een aantal bepalingen de verplichting van de rechtbank om betrokkenen in de gelegenheid te stellen binnen een door haar te bepalen termijn en op een

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 4, p. 4.

¹⁰⁶ Overweging 39 bij de conceptrichtlijn, in nagenoeg dezelfde vorm opgenomen in overweging 86 Richtlijn.

¹⁰⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 20 en nr. 4, p. 5.

¹⁰⁸ Zie onderdeel 3.1.1.

¹⁰⁹ Zie ook art. 6, EVRM, 121 Gw en 5 Wet RO.

door haar te bepalen wijze een zienswijze te geven.¹¹⁰ Met het oog op de benodigde snelheid voor een aantal beslissingen is het de vraag of de rechtbanken hiervoor wel adequaat geëquipeerd zijn. Zou niet aansluiting moeten worden gezocht bij de reeds bestaande regeling van het voorlopig getuigenverhoor? Daar beveelt de rechtbank de verzoeker om een afschrift van zijn verzoek, dag en tijd van behandeling en de uiteindelijke uitspraak aan de belanghebbenden te sturen. Het zou hier om de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders gaan van wie immers de rechten op basis van het akkoord gewijzigd worden (art. 381 lid 3). Ongeacht of zij verschijnen moeten zij op de hoogte kunnen blijven van de voortgang van de akkoordprocedure. Regels in dit kader zouden goed op hun plek zijn in een procesreglement.

De eerste jaren zal gewerkt worden met een pool van rechters. De rechter van de rechtbank die relatief bevoegd is zal de zaak behandelen samen met twee andere rechters. Dit raakt een cruciaal punt: hoe worden deze rechters opgeleid en wat moet die opleiding inhouden? Wanneer mag een rechter zich straks specialist noemen? Dit is momenteel nog onduidelijk; de SSR biedt nu slechts een basis- en opfriscursus 'Jaarrekening lezen voor juristen' aan.¹¹¹ Het gaat er echter veeleer om rechters te hebben die bekend zijn met de (inter)nationale herstructureringspraktijk, zoals die gevoerd wordt door Angelsaksische en Amerikaanse rechters. Kennismaking met deze rechters en kennisneming van hun ervaringen lijkt ons van groot belang. Gezien de werkdruk binnen de rechterlijke macht en het roulatiesysteem, zou het wel eens lastig kunnen worden om bij iedere rechtbank personen te vinden die een dergelijke intensieve opleiding willen volgen. Verder moet de rechtspraak nadenken over hoe wordt bepaald welke rechters zitting zullen nemen naast degene die afkomstig is van de relatief bevoegde rechtbank: zijn dat degenen met de laagste werklast, of degenen die nog het meest te leren hebben? De vraag is verder wie die pool sowieso zullen vullen: permanente rechters of (ook) rechter-plaatsvervangers? Aangezien rechter-plaatsvervangers van buiten de rechterlijke organisatie vaak (oud-)advocaten, hoogleraren of anderszins deskundig zijn, zou de pool gevuld kunnen worden met hen die reeds over voor WHOA-procedures relevante kennis en ervaring beschikken. Zo kan de pool een vliegende start maken. Een nadeel is dat een dergelijke pool niet tot toename van kennis en ervaring bij permanente rechters leidt. Indien uitbreiding van de pool, of deconcentratie, nodig mocht blijken dan is er qua kennis en ervaring vrijwel geen vordering gemaakt binnen de permanente zittende magistratuur ten opzichte van het moment waarop de WHOA in werking trad.

Vergelijkbaar is de vraag wie de rechtbank kan aanwijzen als herstructureringsdeskundige of kan aanstellen als observator. Men zou misschien denken aan degenen die op de huidige curatorenlijsten staan die door de rechtbanken

worden gehanteerd bij aanstelling van een curator in faillissement of benoeming van een bewindvoerder in surseance van betaling. Dit lijkt ons echter geen goed idee. De taak van een herstructureringsdeskundige is immers een wezenlijk andere dan die van curator of bewindvoerder. De herstructureringsdeskundige is uitsluitend bevoegd om een akkoord voor te bereiden, aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen en, in voorkomend geval, homologatie te verzoeken. De herstructureringsdeskundige is op geen enkele wijze bevoegd om het vermogen van de schuldenaar te beheren en daarover te beschikken; er is sprake van een *debtor in possession* procedure.¹¹² De herstructureringsdeskundige mag zich dan ook op geen enkele wijze bemoeien met de bedrijfsvoering door de schuldenaar. Hij heeft geen taken, bevoegdheden of verantwoordelijkheden anders dan in het kader van de totstandkoming van het akkoord zoals geregeld door de WHOA. Dit geldt ten dele ook voor de observator, hoewel diens taak in zoverre meer op die van de bewindvoerder in surseance lijkt dat de observator toezicht houdt op de totstandkoming van het akkoord vanuit het oogpunt van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (art. 380 lid 1). De observator komt echter niet de bevoegdheden toe die in de surseance van betaling aan de bewindvoerder zijn toebedeeld (art. 228 e.v. Fw). De potentiële groep van herstructureringsdeskundigen en observatoren is ruimer dan die van curatoren en bewindvoerders en omvat naast advocaten uit de herstructureringspraktijk tevens turnaround- en crisismanagers, restructuring consultants, accountants etc.

Salaris en kosten van de herstructureringsdeskundige en de observator worden door de rechtbank bepaald (art. 371 lid 10 en 380 lid 4). De vraag is welke tarieven gehanteerd moeten worden. Aansluiting bij de tarieven uit de Recofa-Richtlijnen ligt niet zonder meer voor de hand om uit een voldoende breed palet van geschikte personen te kunnen kiezen. Het vervullen van de rol van herstructureringsdeskundige of observator vergt, evenals die van WHOA-rechter, de nodige kennis en ervaring. Wij betwijfelen of degenen die over afdoende kennis en ervaring beschikken, genoeg zullen willen nemen met een tarief dat binnen hun expertise niet marktconform te noemen is. Daarom lijkt het ons beter de structuur van het enquêterecht te volgen waarbij de rechtbank analoog aan art. 2:350 lid 3 BW de kosten vaststelt.

Tot slot is interessant dat de WHOA bepaalt dat schuldeisers de kosten van de herstructureringsdeskundige dragen indien een meerderheid van hen het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige steunt (art. 371 lid 10). Ten eerste is niet bepaald waarop de meerderheid moet zien: bedrag van vorderingen of aantal? In lijn met de andere stembepalingen (art. 381 lid 7) lijkt ons een meerderheid in bedrag beslissend, maar omdat de hoogte hiervan misschien nog niet goed is vast te stellen zou de meerderheid ook bepaald kunnen worden op basis van het aantal schul-

110 Zie bijv. art. 571 lid 2, 5, 10, 12 en 13, 376 lid 11, 377, lid 3, 378 lid 1, 4 en 7, 380 lid 2 en 384 lid 7.

111 Zie <https://ssr.nl/cursus/crzsjrld/>.

112 In lijn met art. 5 Richtlijn.

eisers. En dient onderscheid te worden gemaakt tussen preferente en concurrente schuldeisers? Ten tweede zou het adagium 'wie betaalt, bepaalt' de indruk kunnen wekken dat indien de schuldeisers moeten betalen, zij op zijn minst inspraak moeten hebben wie als herstructureringsdeskundige wordt aangewezen. Daar lijkt weinig op tegen te zijn: als de meerderheid van de schuldeisers vertrouwen heeft in een bepaalde persoon als herstructureringsdeskundige, dan vergroot dat de kans op totstandkoming van een akkoord.