

219. Internationale aspecten van de WHOA: de openbare en de besloten akkoordprocedure buiten faillissement

PROF. MR. P.M. VEDER

In het consultatievoorstel voor de WHOA uit 2017 werd geen aandacht geschonken aan de internationale aspecten van de akkoordprocedure. Dat is anders in het huidige wetsvoorstel. De bijzondere en belangwekkende vondst van de wetgever om een akkoord langs twee verschillende wegen tot stand te kunnen brengen – een *besloten* akkoordprocedure of een *openbare* akkoordprocedure – geeft aanleiding tot enkele overpeinzingen met betrekking tot rechtsmacht en erkenning. Na een korte toelichting op de introductie van deze twee varianten van het WHOA-akkoordproces zal ik stilstaan bij enkele internationaalprivaatrechtelijke implicaties van beide varianten. In dat kader bespreek ik ook de toepasselijkheid van mogelijk relevante Europese regelgeving, in het bijzonder de Europese Insolventieverordening, en de EEX-Verordening

1. Inleiding

Het eerder deze zomer bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA)¹ bevat enkele belangwekkende en voor de praktijk relevante vernieuwingen van het Nederlandse insolventierecht. Het vernieuwende karakter en het praktisch belang van het wetsvoorstel rechtvaardigen zonder enige twijfel een themanummer waarin in verscheidene bijdragen dieper wordt ingegaan op afzonderlijke elementen van de regeling. In mijn bijdrage aan dit themanummer sta ik stil bij enkele internationale aspecten van de WHOA. In het consultatievoorstel voor de WHOA uit 2017 werd geen aandacht geschonken aan de internationale aspecten van de akkoordprocedure.² Dat is anders in het huidige wetsvoorstel. De bijzondere en belangwekkende vondst van de wetgever om een akkoord langs twee verschillende wegen tot stand te kunnen brengen – een *besloten* akkoordprocedure of een *openbare* akkoordprocedure – geeft aanleiding tot enkele overpeinzingen met betrekking tot rechtsmacht en erkenning. Na een korte toelichting op de introductie

van deze twee varianten van het WHOA-akkoordproces zal ik stilstaan bij enkele internationaalprivaatrechtelijke implicaties van beide varianten. In dat kader bespreek ik ook de toepasselijkheid van mogelijk relevante Europese regelgeving, in het bijzonder de Europese Insolventieverordening³ en de EEX-Verordening.⁴ De toepassing van de WHOA in het kader van de herstructurering van een grensoverschrijdende groep blijft in deze bijdrage (grotendeels) buiten beschouwing.⁵

2. Dual track

De WHOA voorziet in twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand gebracht kan worden: (1) een besloten akkoordprocedure en (2) een openbare akkoordprocedure.⁶ Het verschil tussen beide procedures is vooral gelegen in de mate waarin publiciteit wordt gegeven aan het akkoordproces, maar dat verschil in publiciteit heeft tevens invloed op de regels die bepalen in hoeverre de Nederlandse

1 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord, *Kamerstukken II* 2018/2019, 35249.

2 Zie daarover: P.M. Veder & J.J. van Hees, 'Internationale aspecten van het dwangakkoord ter voorkoming van faillissement', in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement, Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 169-203.

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

4 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

5 Zie over de herstructurering van grensoverschrijdende groepen (met betrekking tot het consultatievoorstel voor de WHOA): P.M. Veder & J.J. van Hees, 'Internationale aspecten van het dwangakkoord ter voorkoming van faillissement', in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement, Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, par. 5.4.

6 Art. 369 lid 6 Fw.

rechter rechtsmacht heeft een akkoord te homologeren⁷ en op welke wijze erkenning van een gehomologeerd akkoord in het buitenland kan plaatsvinden.

Bij de besloten akkoordprocedure wordt niet publiek gemaakt dat de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige voornemens is om een akkoord aan te bieden en worden alle verzoeken aan de rechter in raadkamer behandeld.⁸ Dat een akkoordtraject is gestart wordt derhalve niet gepubliceerd in het Centraal Insolventieregister, het Handelsregister of de Staatscourant. Vanzelfsprekend worden de door het akkoord getroffen schuldeisers en aandeelhouders wel betrokken bij en derhalve op de hoogte gebracht van het akkoordproces.

Bij de openbare akkoordprocedure wordt aan het traject juist wel publiciteit gegeven door een kennisgeving in de Staatscourant, het Insolventieregister en het Handelsregister.⁹ Verzoeken aan de rechter in het kader van de openbare akkoordprocedure worden in het openbaar behandeld.¹⁰

Een keuze voor de openbare of de besloten variant moet in ieder geval worden gemaakt zodra de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen.¹¹ Op dat moment zal de rechter ook moeten beoordelen of hem rechtsmacht ter zake van de gekozen variant toekomt.¹² Het is aan de schuldenaar of de schuldeisers, aandeelhouders dan wel de binnen de onderneming

ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging – als deze op basis van art. 371 lid 1 Fw om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige verzoeken – om te bezien welke procedure is te verkiezen en het beste aansluit op de situatie waarin de schuldenaar zich bevindt. Als de schuldenaar het akkoord zelf voorbereidt en aanbiedt, dan moet de keuze voor de openbare of besloten variant in ieder geval zijn gemaakt voordat de rechter een homologatieverzoek in behandeling neemt.¹³ Indien de rechter evenwel op een eerder moment wordt betrokken in het proces, bijvoorbeeld in het kader van een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode of een verzoek tot het doen van een uitspraak over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord, dan dient op dat eerdere moment een beslissing te worden genomen over de te volgen route. Schuldeisers, aandeelhouders of de binnen de onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kunnen het initiatief nemen in het akkoordproces door bij de rechter een verzoek in te dienen voor de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige.¹⁴ Alvorens de rechter een herstructureringsdeskundige aanwijst, zal een keuze moeten worden gemaakt voor de openbare dan wel de besloten variant van het akkoordproces. De verzoeker moet in het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige aangeven welke variant hij kiest en welke redenen daaraan ten grondslag liggen. Tevens moet het verzoek zodanige gegevens bevatten dat de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht toekomt. Wordt het verzoek ingediend door een ander dan de schuldenaar, dan stelt de rechtbank de schuldenaar in de gelegenheid zich over de keuze uit te laten. In geval van een geschil, beslist de rechtbank over de toe te passen variant.

De WHOA voorziet in een besloten akkoordprocedure en een openbare akkoordprocedure

Is eenmaal gekozen voor een van de twee varianten, dan zal het akkoordproces volledig binnen die procedure moeten plaatsvinden. Een tussentijdse overstap van de besloten naar de openbare procedure of andersom, alhoewel dat laatste praktisch minder goed denkbaar zou zijn, is niet mogelijk.¹⁵ Naar mijn mening is het echter wel mogelijk om binnen een groep vennootschappen de openbare en de besloten akkoordprocedure in die zin te combineren dat aanspraken jegens groepsvennootschappen waarvan het centrum van voornaamste belangen zich in Nederland bevindt worden geherstructureerd in het kader van een openbare akkoordprocedure (al dan niet met gebruikmaking van art. 372 Fw) en aanspraken jegens groepsvennootschappen waarvan het centrum van voornaamste belangen zich niet in Nederland bevindt worden geherstructureerd met gebruikmaking van

7 In par. 3.2 besteed ik aandacht aan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in het kader van een openbare akkoordprocedure. De rechtsmacht in het kader van een besloten akkoordprocedure bespreek ik in par. 4.2.

8 Art. 369 lid 9 Fw.

9 Zie art. 370 lid 4 Fw en MvT, p. 6 en 31.

10 Art. 369 lid 9 Fw.

11 Zie art. 371 lid 2 Fw ((deels) van overeenkomstige toepassing verklaard in art. 376 lid 3, 378 lid 2, 383 lid 3 Fw, maar – ten onrechte (zie MvT, p. 37) – niet in art. 42a Fw) en MvT p. 7, 39, 55, 58, 60, 66. Zie ook art. 370 lid 4 Fw: 'Biedt de schuldenaar het akkoord aan in het kader van een openbare akkoordprocedure buiten faillissement, dan verzoekt hij zodra de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van deze afdeling, de griffier van de rechtbank Den Haag onverwijld in de registers, bedoeld in de artikelen 19 en 19a, en in de Staatscourant melding te maken van de gegevens, bedoeld in artikel 24 van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening.'

12 MvT, p. 7. Is sprake van een openbare akkoordprocedure en ontleent de rechter rechtsmacht aan de EU Insolventieverordening, dan vermeldt hij in zijn beslissing of sprake is van een hoofdinsolventieprocedure dan wel een territoriale insolventieprocedure in de zin van de EU Insolventieverordening. Schuldeisers die niet eerder hun zienswijze omtrent de rechtsmacht van de rechter hebben kunnen geven, kunnen gedurende acht dagen na de melding, bedoeld in art. 370 lid 4 Fw, daartegen in verzet komen op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid. Zie art. 371 lid 14 Fw (van overeenkomstige toepassing verklaard in art. 384 lid 8 Fw). De minister volgt hiermee de suggesties die Van Hees en ik deden in ons preadvies voor de Vereniging Handelsrecht uit 2017 over het consultatievoorstel van de WHOA, zie P.M. Veder & J.J. van Hees, 'Internationale aspecten van het dwangakkoord ter voorkoming van faillissement', in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement, Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 189.

13 Art. 383 lid 3 Fw.

14 Art. 371 lid 1 Fw.

15 MvT, p. 7.

de besloten akkoordprocedure (al dan niet met gebruikmaking van art. 372 Fw).¹⁶

De keuze voor een van beide varianten zal mede worden bepaald door de mate waarin publiciteit schadelijk zou kunnen zijn voor de onderneming. In dat kader biedt de besloten akkoordprocedure de schuldenaar bijvoorbeeld de mogelijkheid om in relatieve rust een akkoord tot stand te brengen en negatieve publiciteit over de financiële problemen en de nadelige gevolgen daarvan te voorkomen. Maar ook het verschil in het op de openbare akkoordprocedure enerzijds en de besloten akkoordprocedure anderzijds toepasselijke internationaalprivaatrechtelijke regime kan een bepalende factor zijn voor de keuze voor de ene of de andere variant. De gedachte van de minister is dat de EU Insolventieverordening in beginsel van toepassing zal zijn op de openbare akkoordprocedure, terwijl de besloten akkoordprocedure is onderworpen aan de regels van het commune internationaal privaatrecht. Zoals ik hierna zal toelichten, is voor de toegang tot de openbare akkoordprocedure in beginsel bepalend of de schuldenaar zijn centrum van voornaamste belangen in Nederland heeft, terwijl voor de besloten akkoordprocedure de in art. 3 Rv neergelegde, flexibeler rechtsmachtregeling geldt. De Insolventieverordening kent ook een aantal belangrijke beperkingen die bij het herstructureren van internationaal opererende ondernemingen, in het bijzonder bij grensoverschrijdende groepen, tot problemen kunnen leiden. Dat is bijvoorbeeld het geval bij art. 8 IVO II, dat, kort gezegd, met zich brengt dat zekerheidsrechten op in andere lidstaten gelegen goederen niet worden geraakt door de akkoordprocedure. Dergelijke bepalingen zullen meewegen in de keuze voor het volgen van de besloten of de openbare route. De besloten procedure kan onder omstandigheden een oplossing voor deze problemen bieden, juist doordat deze buiten de EU Insolventieverordening en onder een eigen commune internationaal privaatrechtelijk regime valt.

3. De openbare akkoordprocedure buiten faillissement

3.1 De openbare akkoordprocedure buiten faillissement past binnen het materiële toepassingsgebied van de beschikte Insolventieverordening

De minister geeft in de memorie van toelichting aan dat de openbare akkoordprocedure buiten faillissement zal worden aangemeld bij de Europese Commissie met het verzoek om deze procedure te laten opnemen in bijlage A van de EU Insolventieverordening.¹⁷ Ik kan mij vinden in die keuze.

¹⁶ Een van de vereisten om in een akkoord ook de rechten van schuldeisers jegens groepsvennootschappen te wijzigen (zonder dat deze vennootschappen zelf een akkoord aanbieden), is dat de rechtbank rechtsmacht heeft als deze rechtspersonen zelf een akkoord zouden aanbieden op grond van de WHOA en een verzoek tot homologatie zouden indienen als bedoeld in art. 383 lid 1 Fw.

¹⁷ MvT, p. 6.

In ons preadvies over het consultatievoorstel van de WHOA voor de Vereniging Handelsrecht uit 2017 hebben Van Hees en ik betoogd dat de in het consultatievoorstel neergelegde akkoordprocedure voldeed aan de omschrijving die in art. 1 lid 1 IVO II is gegeven van de procedures die binnen het materiële toepassingsgebied van de EU Insolventieverordening vallen.¹⁸ De daaraan ten grondslag liggende analyse, die ook geldt voor de in het wetsvoorstel neergelegde openbare akkoordprocedure, komt, kort gezegd, op het volgende neer.

Er is sprake van een openbare procedure. De openbaarheid waaraan een procedure moet voldoen op grond van art. 1 lid 1 IVO II ziet op de publiciteit die moet worden gegeven aan de beslissing tot opening van de procedure. Nu is er onder de WHOA geen sprake van een rechterlijke beslissing tot opening van de procedure. Ook de EU Herstructureringsrichtlijn, die met het wetsvoorstel deels wordt geïmplementeerd, vereist niet een dergelijke rechterlijke opening van de procedure.¹⁹ Van Hees en ik betoogden dat voor de toepassing van de EU Insolventieverordening de beslissing tot opening van de procedure dient te worden uitgelegd als de eerste beslissing die de rechter geeft in een proces als voorzien in de WHOA en de EU Herstructureringsrichtlijn. De minister kan zich blijkbaar in die redenering vinden:

- ‘Zoals eerder is toegelicht in paragraaf 3.1 van deze toelichting, geldt dat als de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt toegepast op een schuldenaar die zijn «COMI» heeft in Nederland dat de Insolventieverordening van toepassing is. In dat geval dienen de voorschriften die de Insolventieverordening stelt ten aanzien van de bekendmaking van de lopende procedure in acht te worden genomen. Het vierde lid voorziet daarin en bepaalt dat als de schuldenaar zijn akkoord aanbiedt in het kader van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement, hij de griffier van de rechtbank Den Haag moet vragen dit in de insolventieregisters, bedoeld in de artikelen 19 en 19a, en in de Staatscourant te vermelden. De schuldenaar moet dit doen zodra de rechter voor het eerst betrokken is bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. De eerste beslissing die de rechter in dat kader neemt, markeert de opening van de openbare akkoordprocedure buiten faillissement. De datum waarop de procedure is geopend, is één van de gegevens die de schuldenaar ingevolge artikel 24 van de Insolventieverordening zal moeten

¹⁸ P.M. Veder & J.J. van Hees, 'Internationale aspecten van het dwangakkoord ter voorkoming van faillissement', in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement, Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, par. 5.2.3.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld art. 4 lid 6 EU Herstructureringsrichtlijn: 'De lidstaten kunnen bepalingen vaststellen die de betrokkenheid van een rechterlijke of administratieve instantie in een preventief herstructureringsstelsel beperken tot situaties waarin die betrokkenheid noodzakelijk en evenredig is, en zorgen er daarbij voor dat de rechten van betrokken partijen en relevante belanghebbenden worden gewaarborgd.'

aanleveren. Afhankelijk van het moment waarop de rechter voor het eerst bij het traject wordt betrokken, zou een openingsbeslissing kunnen zijn:

- de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige op verzoek van de schuldenaar (artikel 371);
- de verlening van een machtiging voor het verrichten van rechtshandelingen in het kader van de verkrijging van nieuwe financiering ten behoeve van de totstandkoming van een akkoord (artikel 42a);
- de afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376);
- het treffen van voorzieningen of het maken van nadere bepalingen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders (artikel 379);
- het geven van een tussentijds rechterlijk oordeel (artikel 378), of
- de beslissing op het homologatieverzoek (artikel 384).²⁰

Er is sprake van een collectieve procedure. Het akkoord onder de WHOA kan door de schuldenaar immers worden aangeboden aan al zijn schuldeisers. Het gegeven dat een akkoord onder de WHOA ook kan worden aangeboden aan een door de schuldenaar te selecteren groep schuldeisers, staat er niet aan in de weg dat sprake is van een collectieve procedure in de zin van de EU Insolventieverordening, nu de vorderingen van schuldeisers die niet in het akkoord worden betrokken, onverlet worden gelaten.

De WHOA is gebaseerd op het recht inzake insolventie.²¹ De WHOA wordt opgenomen in de Faillissementswet en kent een duidelijke link met (dreigende) insolventie nu een schuldenaar slechts bevoegd is een akkoord aan te bieden – of een herstructureringsdeskundige kan worden aangewezen – indien hij verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan.²² Het in de WHOA opgenomen criterium is daarmee aangescherpt (geobjectiverd) ten opzichte van het consultatievoorstel van de WHOA, waarin, net als voor de voorlopige verlening van surseance van betaling (ook een insolventieprocedure waarop de EU Insolventieverordening van toepassing is), (slechts) werd vereist dat de schuldenaar voorzag dat hij

met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan. Indien een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en een verzoek tot verlening van surseance van betaling of faillietverklaring gelijktijdig aanhangig zijn, komt het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige als eerste in behandeling.²³ De behandeling van het verzoek tot faillietverklaring dan wel verlening van surseance van betaling wordt in ieder geval geschorst totdat de rechtbank heeft beslist op het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Indien de rechtbank het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige toewijst, kondigt zij daarbij tevens een afkoelingsperiode af en blijft de schorsing gedurende die periode van kracht.²⁴

Procedures vallen alleen binnen het materiële toepassingsgebied van de EU Insolventieverordening als zij ‘ten behoeve van herstel, schuldaanpassing, reorganisatie of liquidatie’ ten minste één van de in art. 1 lid 1 onder a-c IVO II genoemde gevolgen hebben, dat wil zeggen:

- a. De schuldenaar verliest het beheer en de beschikking over zijn goederen geheel of gedeeltelijk en er wordt een insolventiefunctionaris aangewezen.
- b. De goederen en de onderneming van een schuldenaar staan onder controle of toezicht van een rechter. Of;
- c. Ten behoeve van onderhandelingen tussen de schuldenaar en diens schuldeisers wordt door de rechter of van rechtswege een tijdelijke schorsing van een afzonderlijke executieprocedure verleend, voor zover de procedure waarin de schorsing wordt verleend in passende maatregelen ter bescherming van de gezamenlijke schuldeisers voorziet en, indien er geen overeenstemming wordt bereikt, voorafgaat aan de onder a) of b) bedoelde procedure.

Type a heeft betrekking op ‘klassieke’ insolventieprocedures waarop de oorspronkelijke Insolventieverordening reeds van toepassing was, zoals faillissement of surseance van betaling. De WHOA is een procedure waarin de schuldenaar – per definitie – het beheer en de beschikking over zijn vermogen behoudt en is daarmee geen procedure van het type a.

Art. 1 lid 1 sub b en c IVO II zien op procedures waarin de schuldenaar niet het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of gedeeltelijk verliest, de zogeheten ‘debtor-in-possession’-procedures. Dergelijke ‘debtor-in-possession’-procedures vallen alleen binnen het materiële toepassingsgebied van de EU Insolventieverordening als zij voorzien in rechterlijke controle of toezicht (type b) dan wel een moratorium (type c).

Het vereiste van rechterlijke controle of toezicht betekent niet dat een rechter een centrale en continue rol moet

20 MvT, p. 37.

21 Zie over de achtergrond van de toevoeging in art. 1 lid 1 IVO II dat het moet gaan om een procedure die is gebaseerd op het recht inzake insolventie ook: P.M. Veder & J.J. van Hees, ‘Internationale aspecten van het dwangakkoord ter voorkoming van faillissement’, in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement, Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, par. 5.2.3, en K. van Zwieten, par. 1.21 e.v. in: R. Bork & K. van Zwieten (red.), *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2016.

22 Art. 370 lid 1 Fw.

23 Art. 3d lid 1 en 215 lid 3 Fw.

24 Art. 3d lid 2 en 215 lid 4 Fw.

vervullen in de procedure.²⁵ Dit wordt nader toegelicht in paragraaf 10 van de considerans van de EU Insolventieverordening:

‘Aangezien deze procedures niet noodzakelijkerwijze de aanwijzing van een insolventiefunctaris inhouden, moet zij onder deze verordening vallen wanneer zij worden gevoerd onder controle of toezicht van een rechter. In dit kader moeten onder “controle” ook situaties worden begrepen waarin de rechter slechts optreedt naar aanleiding van een door een schuldenaar of andere belanghebbende partijen ingesteld beroep.’

De WHOA voldoet hieraan. De WHOA voorziet in rechterlijke betrokkenheid (en daarmee ‘controle’) op verzoek van de schuldenaar of de – op verzoek van schuldeisers of aandeelhouders aangewezen – herstructureringsdeskundige. Ook kan de rechtbank bijvoorbeeld ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt.²⁶ Een dergelijke voorziening kan bijvoorbeeld zijn de aanstelling van een observator als bedoeld in art. 380 Fw.

Bovendien biedt de WHOA de schuldenaar (of de herstructureringsdeskundige) de mogelijkheid om de rechtbank te verzoeken een afkoelingsperiode te gelasten. De WHOA voorziet daarbij in passende maatregelen ter bescherming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers als vereist in art. 1 lid 1 onder c IVO II. De WHOA en de daarin voorziene afkoelingsperiode gaan ook ‘vooraf aan de onder a of b bedoelde procedure’ als bedoeld in art. 1 lid 1 IVO II.²⁷ Indien er geen overeenstemming wordt bereikt over een WHOA-akkoord, is het waarschijnlijk dat surseance of faillissement volgt, gelet op het feit dat toegang tot de akkoordprocedure onder de WHOA vereist dat de schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan.

De WHOA is primair bedoeld voor ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. Het doel van de WHOA is dergelijke ondernemingen een effectief instrument te bieden om hun schuldenlast te herstructureren en daarmee insolventie te voorkomen. De WHOA staat volgens de memorie van toelichting evenwel ook open voor de homologatie van een akkoord waarbij een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld. De WHOA kan in die situatie worden toegepast als met een gecontroleerde

afwikkeling van de bedrijfsvoering door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement.²⁸ De toevoeging van dit tweede doel, dat was bepleit door Tollenaar,²⁹ is nieuw ten opzichte van het consultatievoorstel voor de WHOA uit 2017.

De openbare akkoordprocedure zal worden aangemeld voor opname in bijlage A van de EU Insolventieverordening

De vraag zou kunnen rijzen in hoeverre deze tweede doelstelling van de WHOA in overeenstemming is met art. 1 lid 1 IVO II. Dit artikel vermeldt, in de Nederlandse taalversie: ‘Indien de in dit lid bedoelde procedures kunnen worden ingeleid in omstandigheden waarin er slechts een risico op insolventie bestaat, hebben deze procedures tot doel de insolventie van de schuldenaar of het staken van diens bedrijfsactiviteiten te voorkomen.’ Deze bepaling is nieuw toegevoegd aan de herschikte EU Insolventieverordening om rekening te houden met de ontwikkeling in Europa van instrumenten die reorganisatie in een steeds vroeger stadium faciliteren.

Naar mijn mening valt de WHOA, ook indien zij wordt aangewend voor een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering van de schuldenaar buiten faillissement, binnen het door art. 1 lid 1 IVO II omschreven materiële toepassingsgebied van de EU Insolventieverordening. De hiervoor weergegeven toevoeging aan art. 1 lid 1 IVO II staat hieraan niet in de weg.

Allereerst kan worden betoogd dat de WHOA geen procedure is die kan worden ingeleid in omstandigheden waarin er slechts een risico op insolventie bestaat.³⁰ De akkoordprocedure onder de WHOA staat immers slechts open voor schuldenaren die verkeren in de toestand waarin het rede-

25 Zie ook K. van Zwieten, par. 1.31, in: R. Bork & K. van Zwieten (red.), *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2016.

26 Art. 379 lid 1 Fw.

27 Zie over art. 1 lid 1 sub c IVO II ook K. van Zwieten, par. 1.32, in: R. Bork & K. van Zwieten (red.), *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2016.

28 MvT, p. 2.

29 N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord, Grondslagen en raamwerk* (diss. RUG), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 3.5 en N.W.A. Tollenaar, ‘De akkoordprocedure onder het Voorontwerp WHOA’, in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement, Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, par. 2.2.

30 In de Engelse vertaling: ‘in situations where there is only a likelihood of insolvency’; in de Duitse vertaling: ‘in Situationen (...) in denen lediglich die Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz besteht’ en in de Franse vertaling: ‘des situations où il n'existe qu'une probabilité d'insolvabilité’. De EU Insolventieverordening maakt overigens niet duidelijk hoe het begrip ‘risico op insolventie’ moet worden uitgelegd. Gelet op het feit dat de surseance van betaling, die in art. 214 Fw een soepeler, subjectief toegangscriterium kent (‘de schuldenaar die voorziet, dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan (...’), reeds onder het toepassingsgebied van de oude Insolventieverordening viel, is aannemelijk dat de – strengere – toets van de WHOA niet moet worden geschaard onder het begrip ‘risico op insolventie’.

lijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Dit is strenger dan slechts een risico op insolventie, zo blijkt ook uit de memorie van toelichting:

‘De schuldenaar 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. Tussen het moment van het invoeren van de regeling en het moment van de verwachte insolventie kan enige tijd liggen. Zo is denkbaar dat een schuldenaar voorziet dat hij een lening die over bijvoorbeeld een half jaar of een jaar vervalt, niet zal kunnen terugbetalen en dat hij bij het vervallen van die lening insolvent zal raken. De schuldenaar moet dan onmiddellijk met een beroep op de WHOA tot actie kunnen overgaan.’³¹

Daarnaast is het de vraag hoe deze bepaling in art. 1 lid 1 IVO II precies moet worden gelezen. In de Nederlandse taalversie wordt gesuggereerd dat het doel van een procedure die kan worden ingeleid indien slechts een risico op insolventie bestaat, moet zijn het voorkomen van de insolventie van de schuldenaar of het voorkomen van het staken van zijn bedrijfsactiviteiten. Dit is niet evident als wordt gekeken naar de Engelse en Franse taalversies.

Zo vermeldt de Engelse tekst: ‘Where the proceedings referred to in this paragraph may be commenced in situations where there is only a likelihood of insolvency, their purpose shall be to avoid the debtor’s insolvency or the cessation of the debtor’s business activities.’ De Franse tekst luidt: ‘Lorsque les procédures visées au présent paragraphe peuvent être engagées dans des situations où il n’existe qu’une probabilité d’insolvabilité, leur objectif doit être d’éviter l’insolvabilité du débiteur ou la cessation de ses activités.’ Uit de Engelse en Franse versies van de EU Insolventieverordening zou kunnen worden afgeleid dat het doel van de procedure kan zijn gelegen in (1) het voorkomen van de insolventie van de schuldenaar, of (2) het staken van de bedrijfsactiviteiten van de schuldenaar.

Art. 1 lid 1 IVO II komt tegemoet aan de zorgen die door in het bijzonder de Duitse en Engelse delegaties waren geuit over de uitbreiding van het toepassingsgebied van de Insolventieverordening tot pre-insolventieprocedures.³² In art. 1 lid 1 IVO II lijkt tot uitdrukking te zijn gebracht dat dergelijke pre-insolventieprocedures slechts onder het toepassingsgebied van de Insolventieverordening kunnen worden gebracht indien een nauwe band bestaat met insolventie en dergelijke procedures met ‘traditionele’ insolven-

tieprocedures vergelijkbare doelstellingen nastreven.³³ Voor de WHOA is dat mijns inziens het geval.

Daarbij komt dat ook nu reeds procedures binnen het materiële toepassingsbereik van de EU Insolventieverordening vallen die op vergelijkbare gronden als neergelegd in de WHOA kunnen worden aangevangen en tevens kunnen uitmonden in de staking van de bedrijfsactiviteiten en liquidatie van de schuldenaar. In dit verband kan worden gewezen op het Duitse *Insolvenzverfahren* dat, onder meer, kan worden geopend in geval van ‘drohende Zahlungsunfähigkeit’. Daarvan is volgens art. 18 lid 2 InsO sprake ‘wenn er [de schuldenaar; PMV] voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.’

3.2 Enkele gevolgen van de toepasselijkheid van de EU Insolventieverordening

De plaatsing van de openbare akkoordprocedure op bijlage A van de EU Insolventieverordening betekent dat, voor zover het centrum van voornaamste belangen van een schuldenaar in een lidstaat van de EU (met uitzondering van Denemarken) is gelegen, de EU Insolventieverordening en de daarin neergelegde uniforme en dwingende regels omtrent rechtsmacht, toepasselijk recht en erkenning van toepassing zijn op het akkoordproces.

Voor de rechtsmacht van de Nederlandse rechter ten aanzien van de openbare akkoordprocedure brengt dit met zich dat de Nederlandse rechter (slechts) rechtsmacht toekomt als de schuldenaar zijn centrum van voornaamste belangen of een vestiging in Nederland heeft als bedoeld in art. 3 lid 1 en 2 IVO II.³⁴ Voor zover het centrum van voornaamste belangen van de schuldenaar niet in een lidstaat van de EU (of in Denemarken) is gelegen, zal de rechtsmacht van de Nederlandse rechter kunnen worden gebaseerd op art. 3 Rv. Ik kom daarop terug bij de bespreking van de besloten akkoordprocedure.

Beslissingen in het kader van de openbare akkoordprocedure, zoals de homologatie van het akkoord, en de daaraan naar Nederlands recht verbonden gevolgen, worden in andere lidstaten (met uitzondering van Denemarken) in beginsel automatisch erkend op grond van art. 19 en 20 IVO II. Dit is een belangrijk pluspunt van de toepas-

31 MvT, p. 33-34.

32 Zie hierover P.M. Veder & J.J. van Hees, ‘Internationale aspecten van het dwangakkoord ter voorkoming van faillissement’, in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement, Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement*, Preadvis van de Vereniging Handelsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 179/180.

33 Vgl. K. van Zwieten, par. 1.21 e.v., in: R. Bork & K. van Zwieten (red.), *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2016.

34 Dit wordt tot uitdrukking gebracht in art. 369 lid 7 onder a Fw. Een akkoord dat tot stand wordt gebracht in het kader van een territoriale procedure als bedoeld in art. 3 lid 2 IVO II heeft beperkte werking in het buitenland. Op grond van art. 20 lid 2 IVO II kunnen de gevolgen van een dergelijke procedure weliswaar niet in de andere lidstaten worden betwist, maar beperkingen van de rechten van schuldeisers, in het bijzonder een uitstel van de betalingen of een uit die procedure voortvloeiende schuldkwijtschelding, kunnen met betrekking tot zich op het grondgebied van een andere lidstaat bevindende goederen alleen worden tegengeworpen aan schuldeisers die hun instemming hebben betuigd.

selijkheid van de EU Insolventieverordening. Een herstructurering van de schuldenlast van de schuldenaar binnen de openbare akkoordprocedure heeft daarmee in beginsel werking binnen de gehele Europese Unie. Aan de toepassing van de EU Insolventieverordening kleven echter ook nadelen.³⁵ Ik bespreek in dat verband kort de uitzonderingspositie voor zekerheidsgerechtigden en de in de WHOA voorziene mogelijkheid tot wijziging van wederkerige overeenkomsten en de beperking van de werking van zogeheten ipso facto-clausules.

De EEX-Vo is niet van toepassing op de besloten akkoordprocedure

Art. 8 IVO II bevat een belangrijke uitzondering op de werking van een in het kader van de openbare akkoordprocedure tot stand gebracht akkoord. Art. 8 lid 1 IVO II bepaalt:

‘De opening van de insolventieprocedure laat onverlet het zakelijk recht van een schuldeiser of van een derde op lichamelijke of onlichamelijke roerende of onroerende goederen — zowel bepaalde goederen als gehelen, met een wisselende samenstelling, van onbepaalde goederen — die toebehoren aan de schuldenaar en die zich op het tijdstip waarop de procedure wordt geopend op het grondgebied van een andere lidstaat bevinden.’³⁶

Art. 8 IVO II is, anders dan bijvoorbeeld art. 11 IVO II (overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken) en art. 13 IVO II (arbeidsovereenkomsten), geen verwijzingsregel die aanwijst welk recht de positie beheerst van een zekerheidsgerechtigde in een grensoverschrijdende procedure. Art. 8 IVO II bevat een regel van uniform materieel recht voor grensoverschrijdende gevallen. Het is een *hard and fast rule* die met zich brengt dat zekerheidsrechten op goederen die in een andere lidstaat zijn gelegen dan de lidstaat waar de hoofdprocedure is geopend, geen enkele invloed ondervinden van de ten aanzien van de schuldenaar geopende hoofdinsolventieprocedure. Schuldeisers die zich kunnen beroepen op de bescherming van art. 8 IVO II kunnen hun rechten uitoefenen als ware de procedure niet geopend.³⁷ Daarmee tekent zich een opmerkelijke discrepantie tussen de EU Herstructureringsrichtlijn en de EU

Insolventieverordening af. Daar waar de EU Herstructureringsrichtlijn voorschrijft dat lidstaten in hun nationale recht moeten voorzien in een preventief herstructureringsstelsel dat ook zekerheidsgerechtigden kan binden, gelden de gevolgen die voortvloeien uit dergelijke ‘in opdracht van de EU’ ingevoerde stelsels niet in grensoverschrijdend verband. Wat daar ook van zij, art. 8 IVO II heeft voor een akkoord als voorzien in de WHOA in ieder geval twee gevolgen waarmee in de praktijk rekening zal moeten worden gehouden.

Een op grond van art. 376 Fw gelaste afkoelingsperiode zal niet kunnen worden tegengeworpen aan schuldeisers met een goederenrechtelijk recht op in andere lidstaten gelegen goederen. De afkoelingsperiode zal alleen kunnen voorkomen dat concurrente of bevoorrechte schuldeisers overgaan tot verhaal of opeising van in een andere lidstaat gelegen goederen. Ook zal de in art. 377 Fw voorziene bevoegdheid van de schuldenaar tot voortgezette uitoefening van een recht op gebruik, verbruik of vervreemding van goederen gedurende de afkoelingsperiode, niet kunnen garanderen dat hij die bevoegdheden kan blijven uitoefenen voor zover het goederen betreft die in een andere lidstaat zijn gelegen en deze zijn bezwaard met een goederenrechtelijk zekerheidsrecht of een eigendomsvoorbehoud.

Daarnaast brengt art. 8 IVO II naar mijn mening met zich dat een op basis van de WHOA tot stand gekomen akkoord geen gevolgen kan hebben voor de uitwinning van zekerheidsrechten op in andere lidstaten gelegen goederen en het verhaal op de opbrengst daarvan door zekerheidsgerechtigde schuldeisers die niet met het akkoord hebben ingestemd.³⁸

Met betrekking tot de in art. 373 Fw voorziene mogelijkheid tot wijziging van overeenkomsten in het kader van een WHOA-akkoord en de inperking van een beroep op opschortings- en beëindigingsrechten, moet het volgende worden opgemerkt.

Art. 373 Fw geeft de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, zo die is aangewezen, de mogelijkheid om aan een wederpartij met wie de schuldenaar een overeenkomst heeft gesloten, een voorstel doen tot wijziging of beëindiging van die overeenkomst. Stemt de wederpartij niet in met het voorstel, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de overeenkomst tussentijds doen opzeggen, mits een akkoord is aangeboden dat overeenkomstig art. 384 Fw door de rechtbank wordt gehomologeerd en de rechtbank daarbij toestemming geeft voor deze eenzijdige opzegging. De wederpartij heeft in dat geval recht op vergoeding van de schade die hij lijdt vanwege de

35 Zie ook P.M. Veder & J.J. van Hees, ‘Internationale aspecten van het dwangakkoord ter voorkoming van faillissement’, in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement, Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, par. 5.3.3.

36 Art. 10 IVO II bevat een vergelijkbare uitzondering voor eigendomsvoorbehoud.

37 Zie ook P.M. Veder & J.J. van Hees, ‘Internationale aspecten van het dwangakkoord ter voorkoming van faillissement’, in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement, Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, par. 5.3.3.

38 Zie ook P.M. Veder & J.J. van Hees, ‘Internationale aspecten van het dwangakkoord ter voorkoming van faillissement’, in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement, Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, par. 5.3.3 (met verdere verwijzingen in voetnoot 73).

beëindiging van de overeenkomst. Het door de schuldenaar aangeboden akkoord kan voorzien in een wijziging van die aanspraak op schadevergoeding. Blijkens de memorie van toelichting is hierbij vooral gedacht aan huurovereenkomsten die als een molensteen om de nek van de schuldenaar hangen. Art. 373 lid 3 Fw bepaalt dat het voorbereiden en aanbieden van een akkoord en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, alsmede gebeurtenissen en handelingen die daarmee of met de uitvoering van het akkoord rechtstreeks verband houden en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn, geen grond zijn voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Deze bepaling beoogt een beroep op zogeheten ipso facto-bepalingen in het kader van de totstandkoming van het akkoord aan banden te leggen. Het vierde lid van art. 373 Fw voegt daaraan toe dat, wanneer een afkoelingsperiode is afgekondigd, tijdens die periode geldt dat een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór de afkoelingsperiode, geen grond is voor de wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst voor zover zekerheid is gesteld voor de nakoming van de nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode.

Op grond van art. 7 lid 2 onder e IVO II bepaalt de *lex concursus* de gevolgen van een insolventieprocedure voor lopende overeenkomsten waarbij de schuldenaar partij is. Bij een onder de WHOA aangeboden akkoord bepaalt Nederlands recht derhalve welke gevolgen het (aanbieden van een) akkoord of een in dat kader afgekondigde afkoelingsperiode heeft op lopende overeenkomsten, ongeacht door welk recht die overeenkomsten overigens worden beheerst. Dit is evenwel anders indien en voor zover de EU Insolventieverordening een andere verwijzingsregel geeft. In een grensoverschrijdende situatie dient in dat verband rekening te worden gehouden met de bijzondere verwijzingsregel die in art. 11 IVO II is opgenomen voor, onder meer, huurovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken. Op grond van art. 11 lid 1 IVO II worden de gevolgen van een insolventieprocedure voor een overeenkomst die recht geeft op de verkrijging of het gebruik van een onroerend goed, uitsluitend beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan dit onroerend goed gelegen is.

4. De besloten akkoordprocedure

4.1 De besloten akkoordprocedure is uitgesloten van het toepassingsbereik van de EEX-Vo.

De WHOA is gebaseerd op de gedachte dat, voor zover de EU Insolventieverordening niet van toepassing is, de regels van algemeen internationaal privaatrecht van toepassing zijn op bijvoorbeeld de vraag naar de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Dit wordt bijvoorbeeld tot uitdruk-

king gebracht in art. 369 lid 7 Fw, op grond waarvan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in die gevallen dat de EU Insolventieverordening niet van toepassing is, moet worden bepaald aan de hand van art. 3 Rv.³⁹ Hieraan ligt de (impliciete) veronderstelling ten grondslag dat de EEX-Verordening niet van toepassing is op akkoordprocedures als voorzien in de WHOA. Die gedachte lijkt mij juist.

Zoals ik hiervoor heb betoogd, heeft de akkoordprocedure als voorzien in de WHOA de kenmerken van een insolventieprocedure als omschreven in art. 1 lid 1 IVO II en valt daarmee binnen het materiële toepassingsbereik van de EU Insolventieverordening. Daaruit volgt naar mijn mening dat de akkoordprocedure als voorzien in de WHOA onder de uitsluiting van art. 1 lid 2 onder b EEX-Vo valt.⁴⁰ Daarin worden van het toepassingsbereik van de EEX-Vo uitgesloten: 'faillissementen, akkoorden en soortgelijke procedures.' Dit geldt zeker voor de openbare akkoordprocedure, zodra die is opgenomen in bijlage A van de EU Insolventieverordening. Maar datzelfde geldt evenzeer voor de besloten akkoordprocedure. Deze zal niet worden aangemeld bij de Europese Commissie met het verzoek om te worden opgenomen in bijlage A en dat kan ook niet, gelet op het gebrek aan de door de EU Insolventieverordening vereiste publiciteit die de opname van vertrouwelijke procedures, zoals de besloten akkoordprocedure, op bijlage A blokkeert.⁴¹ Afgezien van het gebrek aan publiciteit voldoet de besloten akkoordprocedure materieel echter volledig aan de omschrijving van wat voor de toepassing van de EU Insolventieverordening heeft te gelden als een insolventieprocedure. Procedures die kwalificeren als een insolventieprocedure voor de toepassing van de EU Insolventieverordening, zijn van de toepassing van de EEX-Vo uitgesloten.⁴² Weliswaar wordt in paragraaf 7 van de considerans bij de EU

39 Zie ook MvT, p. 32.

40 Zie ook P.M. Veder & J.J. van Hees, 'Internationale aspecten van het dwangakkoord ter voorkoming van faillissement', in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement, Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement*, Preadvis van de Vereniging Handelsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, par. 5.2.2. Vanzelfsprekend heeft het Hof van Justitie EU het laatste woord over de uitleg van de EEX-Verordening en de vraag of de akkoordprocedure als voorzien in de WHOA wel of niet binnen het toepassingsbereik van de verordening valt. Datzelfde geldt bijvoorbeeld ook voor de Engelse *scheme of arrangement*, waarvan goed verdedigbaar is dat deze wel binnen het materiële toepassingsgebied van de EEX-Vo valt (zie daarover onder meer: L.P. Kortmann & P.M. Veder, 'The Uneasy Case for Schemes of Arrangement under English Law in relation to non-UK Companies in Financial Distress: Pushing the Envelope?', in: P. Omar (ed.), *Festschrift in Honour of Professor Ian Fletcher QC*, Special edition of the Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal, 2015 (3) NIBLeJ 13 en H.L.E. Verhagen & J.J. Kuipers, 'De erkenning van een Engelse scheme of arrangement door de Nederlandse rechter', in: N.E.D. Faber & others (eds.), *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

41 Zie art. 1 lid 1 IVO II en par. 12 en 13 van de Considerans.

42 Al ten tijde van de totstandkoming van het EEX-Verdrag was de gedachte dat de uitsluiting van 'faillissementen, akkoorden en soortgelijke procedures' moest worden beschouwd tegen de achtergrond van het toepassingsbereik van een faillissementsverdrag waarover destijds werd onderhandeld, zie het rapport van P. Jenard, *Pb 5 maart 1979*, nr. C 59, p. 11-12, en het rapport van P. Schlosser, *Pb 5 maart 1979*, nr. C 59, par. 53.

Insolventieverordening opgemerkt dat, in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie EU, hiaten in de regelgeving tussen beide instrumenten zo veel mogelijk moeten worden voorkomen, maar in diezelfde paragraaf wordt eveneens opgemerkt: ‘Het loutere feit dat een nationale procedure niet in bijlage A bij deze verordening vermeld staat, hoeft echter niet te betekenen dat die procedure onder Verordening (EU) nr. 1215/2012 valt.’ Naar mijn mening is bij de (besloten en openbare) akkoordprocedure zoals voorzien in de WHOA sprake van een procedure die buiten het toepassingsbereik van de EEX-Vo valt, ook als de EU Insolventieverordening niet van toepassing is omdat de procedure niet voorkomt op bijlage A (besloten akkoordprocedure) of in het geval dat het centrum van voornaamste belangen van de schuldenaar zich niet in een lidstaat van de Europese Unie (of in Denemarken) bevindt (openbare akkoordprocedure).⁴³

4.2 Rechtsmacht en erkenning

De conclusie dat de EEX-Verordening en de EU Insolventieverordening niet van toepassing zijn op de besloten akkoordprocedure heeft gevolgen voor de beoordeling van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter en de erkenning in het buitenland van een door de Nederlandse rechter gehomologeerd akkoord of door hem gelaste maatregelen, zoals een afkoelingsperiode. Deze kwesties zijn dan immers overgelaten aan het commune internationaal privaatrecht. De WHOA is gebaseerd op dit uitgangspunt.

Op grond van art. 369 lid 7 onder b Fw moet de rechtsmacht van de Nederlandse rechter om verzoeken in het kader van een besloten akkoordprocedure in behandeling te nemen, worden beoordeeld aan de hand van art. 3 Rv.

Art. 3 Rv bepaalt – voor zover relevant in dit kader – dat de Nederlandse rechter in zaken die met de indiening van een verzoek worden ingeleid, rechtsmacht heeft als:

- a. de verzoeker of, als er meer verzoekers zijn, één van hen, dan wel één van de in het verzoek genoemde belanghebbenden in Nederland zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft, of
- b. de zaak anderszins voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden is.

De hiervoor onder a genoemde grond brengt met zich dat als de vennootschap die het akkoord aanbiedt haar statutaire zetel⁴⁴ (niet noodzakelijkerwijs samenvallend met haar centrum van voornaamste belangen) in Nederland heeft, de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt ter zake van de besloten akkoordprocedure. Dat geldt ook indien de statutaire zetel van een of meer van de door het akkoord

getroffen schuldeisers of aandeelhouders in Nederland is gevestigd.⁴⁵

De besloten akkoordprocedure biedt de praktijk een belangrijk alternatief voor de herstructurering van internationaal opererende ondernemingen

De hiervoor onder b genoemde grond doet denken aan de ‘sufficient connection’ die naar Engels recht is vereist voor het aannemen van bevoegdheid in het kader van een *scheme of arrangement*. De memorie van toelichting geeft nadere invulling aan de criteria die relevant kunnen zijn bij de beoordeling of de zaak – bij gebreke van een woonplaats van de verzoeker of een van de belanghebbenden in Nederland – voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden is:

‘Wat betreft deze laatste grond zijn omstandigheden die (ieder voor zich) voldoende verband met de Nederlandse rechtssfeer opleveren, onder meer (maar niet uitsluitend):

1. de schuldenaar die het akkoord aanbiedt, heeft zijn «COMI» of een vestiging in Nederland⁴⁶;
2. de schuldenaar die het akkoord aanbiedt, heeft (substantiële) activa in Nederland;
3. een (substantieel) deel van de door middel van het akkoord te herstructureren schulden vloeit voort uit verbintenissen die zijn onderworpen aan het Nederlands recht of waarbij een forumkeuze is gemaakt voor de Nederlandse rechter;
4. een (substantieel) deel van de groep waarvan de schuldenaar deel uitmaakt, bestaat uit in Nederland gevestigde vennootschappen, of
5. de schuldenaar is aansprakelijk voor schulden van een andere schuldenaar ten aanzien waarvan de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft.⁴⁷

Deze ruime en flexibele rechtsmachtregeling biedt onder omstandigheden de mogelijkheid om akkoordprocedures ten aanzien van groepsvennootschappen die zijn gevestigd in meerdere landen, te concentreren in één land – Neder-

⁴³ Een dergelijk hiaat tussen beide verordeningen kan zich bijvoorbeeld ook voordoen met betrekking tot procedures die betrekking hebben op fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken en die niet kunnen worden aangemerkt als ‘vorderingen die rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeien en er nauw verband mee houden’ als bedoeld in art. 6 lid 1 IVO II.

⁴⁴ Art. 1:10 lid 2 BW.

⁴⁵ Op grond van art. 1:14 BW kan ook een kantoor of filiaal in Nederland voldoende zijn voor het aannemen van een woonplaats voor de toepassing van art. 3 Rv, mits sprake is van een aangelegenheid die dit kantoor of dit filiaal betreft.

⁴⁶ In voetnoot 36 wordt in dit verband opgemerkt: ‘Worden één of meer akkoorden aangeboden waarbij sprake is van een herstructurering van de schulden van meerdere rechtspersonen die samen een groep vormen, dan is voldoende dat tenminste één van de schuldenaren zijn «COMI» of een vestiging in Nederland heeft.’

⁴⁷ MvT, p. 32.

land –, bij één rechtbank met benoeming, waar nodig, van één en dezelfde herstructureringsdeskundige. Dit vereenvoudigt de herstructurering van een internationale groep aanzienlijk. Onder de Insolventieverordening is dit alleen mogelijk als het centrum van voornaamste belangen van ieder van deze groepsvennootschappen zich in dezelfde lidstaat bevindt.

Dat de EU Insolventieverordening en de EEX-Verordening niet van toepassing zijn op de besloten akkoordprocedure heeft ook gevolgen voor de erkenning van beslissingen die door de Nederlandse rechter worden genomen, zoals de afkondiging van een afkoelingsperiode of de homologatie van het akkoord. Er kan immers niet worden teruggevallen op de automatische erkenning van beslissingen die ten grondslag ligt aan de EU Insolventieverordening en de EEX-Verordening. De erkenning in het buitenland van beslissingen in de besloten akkoordprocedure zal afhangen van het bestaan van een verdrag dat in erkenning voorziet of, bij gebreke van een dergelijk verdrag, het commune internationaal privaatrecht van het land waarin om erkenning wordt gezocht (in de regel de landen waarin de schuldenaar activa heeft).

Tegenover het gebrek aan automatische erkenning in andere lidstaten van de EU (en daarbuiten) en de lappendeken die het gevolg kan zijn van de toepassing van lokale regels van internationaal privaatrecht in verschillende landen, staat een grotere ruimte voor doorwerking van het akkoord in het buitenland. De hiervoor besproken beperkingen die de Insolventieverordening in dat verband kent, zoals art. 8, 10 en 11 IVO II, gelden niet. De mate waarin een besloten akkoordprocedure (of een openbare akkoordprocedure waarop de EU Insolventieverordening niet van toepassing is) doorwerkt in het buitenland is overgelaten aan het ter plaatse geldende internationaal privaatrecht.

5. Tot slot

Het wetsvoorstel Wet homologatie onderhands akkoord bevat een belangwekkende vondst van de wetgever. Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid om een akkoord langs twee verschillende wegen tot stand te kunnen brengen: een besloten akkoordprocedure en een openbare akkoordprocedure. Het verschil tussen beide procedures is vooral gelegen in de mate waarin publiciteit wordt gegeven aan het akkoordproces, maar dat verschil in publiciteit heeft tevens invloed op de regels die bepalen wanneer de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft en de (verwijzings)regels die van toepassing zijn op de grensoverschrijdende werking

van het akkoord en de in het kader van de akkoordprocedure genomen rechterlijke beslissingen.

De openbare akkoordprocedure zal worden aangemeld bij de Europese Commissie met het verzoek om deze procedure te laten opnemen in bijlage A van de EU Insolventieverordening. De plaatsing van de openbare akkoordprocedure op bijlage A betekent dat, voor zover het centrum van voornaamste belangen van de schuldenaar in een lidstaat van de EU (met uitzondering van Denemarken) is gelegen, de EU Insolventieverordening en de daarin neergelegde uniforme en dwingende regels omtrent rechtsmacht, toepasselijk recht en erkenning van toepassing zijn op het akkoordproces. Een belangrijk pluspunt van de toepasselijkheid van de EU Insolventieverordening is dat daarmee binnen de EU wordt voorzien in automatische erkenning van beslissingen die worden genomen in een openbare akkoordprocedure. Maar toepasselijkheid van de EU Insolventieverordening brengt ook belangrijke beperkingen met zich. Zo laat het akkoord de positie van zekerheidsgerechtigden die zich kunnen beroepen op art. 8 IVO II, onverlet. De EU Insolventieverordening zal niet van toepassing zijn op de besloten akkoordprocedure. Deze zal niet worden aangemeld voor opname in bijlage A en dat kan ook niet. De EEX-Verordening is evenmin van toepassing op de besloten akkoordprocedure. Dat betekent dat de rechtsmacht van de Nederlandse rechter kan worden beoordeeld aan de hand van de flexibele regeling van art. 3 Rv. Dat betekent echter ook dat de erkenning in het buitenland van beslissingen in de besloten akkoordprocedure zal afhangen van het bestaan van een verdrag dat in erkenning voorziet of, bij gebreke van een dergelijke verdrag, het commune internationaal privaatrecht van het land waar om erkenning wordt verzocht. Tegenover het gebrek aan automatische erkenning in andere lidstaten van de EU (en daarbuiten) en de lappendeken die het gevolg kan zijn van de toepassing van lokale regels van internationaal privaatrecht in verschillende landen, staat een grotere ruimte voor doorwerking van het akkoord in het buitenland. Dit biedt de praktijk een belangrijk alternatief voor de herstructurering van internationaal opererende ondernemingen.

Over de auteur

Prof. mr. P.M. (Michael) Veder

Hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder insolventierecht, verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen. Tevens advocaat te Amsterdam en als adviseur verbonden aan RESOR N.V.