

212. Inleiding ter gelegenheid van de indiening bij de Tweede Kamer van het wetsvoorstel betreffende de Wet homologatie onderhands akkoord

MR. A.M. WOLFFRAM-VAN DOORN

Op 5 juli 2019 heeft de Minister voor Rechtsbescherming een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer voor de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA).¹ Deze inleiding gaat in op de aanleiding van het wetsvoorstel, omvat een korte beschrijving van de inhoud van de voorgestelde regeling en van de manier waarop deze tot stand is gekomen. Ook wijst deze inleiding alvast vooruit naar de bijdragen in dit themanummer van T.V.J. Bil, A. Bouts & M.A. Broeders, K.P. Hoogenboezem, T.P. de Jong, N.B. Pannevis, A.J. Tekstra en P.M. Veder waarin deze auteurs verschillende belangrijke aspecten van de WHOA belichten. De WHOA had een lange aanloop, maar dit heeft ook gelegenheid gegeven om de praktijk nadrukkelijk te betrekken bij de vormgeving van de regeling. De WHOA heeft mede daardoor kunnen uitgroeien tot een breed toegankelijke akkoordregeling die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het midden- en kleinbedrijf.

Eind 2012 werd door de toenmalig Minister van Veiligheid en Justitie Opstelten het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht in gang gezet. Dit programma is gestoeld op drie pijlers – een fraudepijler, een reorganisatiepijler en een moderniseringspijler – en heeft als doel de Faillissementswet effectiever te maken en te moderniseren.² Waar zijn voorgangers in de afgelopen jaren vooral voorrang hebben gegeven aan de fraude- en moderniseringspijler, zet de huidige Minister voor Rechtsbescherming Dekker zijn zinnen op de voltooiing van de reorganisatiepijler. Het doel dat de Minister daarbij voor ogen heeft, is het realiseren van een solide insolventiekader dat mede is toegerust op tijdige herstructurering van bedrijven.³ De voorgestelde Wet homologatie onderhands akkoord geeft uitvoering aan die doelstelling.

De WHOA voorziet in een regeling waarmee een onderneming zijn schulden kan herstructureren door middel van een onderhands akkoord met zijn schuldeisers en aandeelhouders. De rechtbank kan dit akkoord goedkeuren (homologeren). De homologatie leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd, kunnen daardoor toch aan het akkoord worden gebonden. Daarom wordt in

deze context ook wel de term ‘dwangakkoord’ gebruikt. De akkoordregeling wordt een nieuw onderdeel van de Faillissementswet.

Al jaren wordt in de literatuur gepleit voor de invoering van een dwangakkoordregeling buiten surseance en faillissement.⁴ Dat daaraan in de praktijk dringende behoefte is, blijkt uit het feit dat talloze bedrijven over de gehele wereld – waaronder ook verschillende Nederlandse bedrijven – in de afgelopen jaren naar het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten zijn gegaan om gebruik te maken van de daar aanwezige akkoordregelingen; respectievelijk de ‘Scheme of Arrangement’ en de ‘Chapter 11’-procedure.⁵ Nu kan in Nederland een schuldeiser – op grond van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) – slechts onder zeer bijzondere omstandigheden gedwongen

1 Kamerstukken II 2018/19, 35249.

2 Kamerstukken II 2012/13, 29911, nr. 74.

3 Kamerstukken II 2017/18, 33695, nr. 17.

4 Sinds 1835 wordt al gepleit voor een akkoordregeling buiten insolventie. Zie voor een beknopte samenvatting van deze geschiedenis N.W.A. Tolenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk* (Diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 1.2.

5 De meeste zaken blijven vertrouwelijk en komen niet in de openbaarheid. Enkele openbare voorbeelden zijn Van Ganswinkel Groep B.V. (Engelse scheme); New World Resources (scheme); Indah Kiat International Finance Company B.V. (scheme); DAP Holdings N.V. (scheme); European Directories (scheme); Estro Groep B.V. (scheme); NEF Telecom B.V. (scheme); Magyar Telecom B.V. (scheme); Nortel Networks B.V. (Engelse administration), Eurodis B.V. (Engelse pre-pack); Almatix B.V. (Ch. 11, VS); Marco Polo Seatrade B.V. (Ch. 11, VS); Global Telesystems Europe B.V. (Ch. 11, VS); Versatel Telecom International N.V. (Ch. 11); United Pan-Europe Communications N.V. (Ch. 11).

worden om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken.⁶ Daardoor kan een onderhands schuldsaneringsakkoord doorgaans alleen tot stand komen als alle betrokken schuldeisers en aandeelhouders daarmee instemmen. Het is in de praktijk echter moeilijk en vaak onmogelijk om tot overeenstemming te komen. Dit komt omdat bij elke individuele schuldeiser en aandeelhouder de neiging bestaat om zijn instemming te weigeren en daarmee andere schuldeisers te dwingen een onevenredig deel van de herstructureringslasten voor hun rekening nemen. Als de andere schuldeisers daartoe niet bereid zijn, kan het gedrag van één of enkele dwarsliggende schuldeisers of aandeelhouders ertoe leiden dat een onderneming alsnog faillieert. De WHOA biedt een oplossing voor dit probleem.

De WHOA is vooral bedoeld voor ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. Deze ondernemingen krijgen de kans om hun schuldeisers en aandeelhouders een akkoord aan te bieden waarin de rechten van die schuldeisers en aandeelhouders worden gewijzigd. Daarbij moet gedacht worden aan een gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van een openstaande vordering, een uitstel van betaling of een *'debt for equity swap'* waarbij de vordering van een schuldeiser geheel of gedeeltelijk wordt omgezet in aandelen in de onderneming. De bestaande schulden kunnen op die manier worden gesaneerd en teruggebracht tot beheersbare proporties. Ook biedt de WHOA de mogelijkheid om lopende overeenkomsten te herstructureren door deze met toestemming van de rechter te beëindigen als de wederpartij niet wil meewerken aan een noodzakelijke aanpassing, zoals een verlaging van de in een huurovereenkomst overeengekomen huurprijs.

Een dwangakkoordregeling buiten surseance en faillissement, die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het mkb

Om de hiervoor beschreven schuldsanering mogelijk te maken, kan de ondernemer alle categorieën schuldeisers en aandeelhouders bij het akkoord betrekken. Anders dan nu het geval is bij het surseanceakkoord kan het WHOA-akkoord dus ook zien op de rechten van preferente en zekerheidsgerechtigde schuldeisers, zoals hypotheek- en pandhouders. Het akkoord kan alleen geen wijzigingen aanbrengen in de rechten van werknemers die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. De ondernemer kan alle schuldeisers en aandeelhouders van de onderneming bij het akkoord betrekken. Hij kan zich ook beperken tot een bepaalde groep schuldeisers of aandeelhouders.

De ondernemer kan er bijvoorbeeld voor kiezen om alleen zijn financiers een akkoord aanbieden als te zware financieringslasten de voornaamste reden zijn dat de onderneming ten onder dreigt te gaan.

De rechter kan het akkoord homologeren als daarmee een faillissement kan worden voorkomen, voldoende schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord hebben ingestemd en het aan het akkoord ten grondslag liggende schuldsaneringsplan 'redelijk' is. Bij dit laatste is van belang dat de betrokken schuldeisers en aandeelhouders gebaat zijn bij het akkoord of dat zij er in vergelijking met het faillissementsscenario in ieder geval niet op achteruit gaan (de zogenoemde *'best interest of creditors test'*) en dat de reorganisatiewaarde die bij totstandkoming van het akkoord gerealiseerd wordt eerlijk onder hen wordt verdeeld (de zogenoemde *'absolute priority rule'*). De Jong legt in dit themanummer uit dat hierbij verschillende waarderingvragen spelen en wat ervoor nodig is om die vragen te kunnen beantwoorden. Om vast te stellen of voldaan is aan de homologatievoorwaarden, moet in het akkoord rekening worden gehouden met de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers en aandeelhouders verhaal kunnen halen op het vermogen van de onderneming en moeten de schuldeisers in de gelegenheid worden gesteld om over het akkoord te stemmen. Worden bij het akkoord meerdere categorieën schuldeisers en aandeelhouders betrokken met uiteenlopende verhaalsposities, dan moeten die categorieën schuldeisers en aandeelhouders verdeeld worden in verschillende klassen. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een afzonderlijke klasse voor preferente schuldeisers, hypotheekhouders, pandhouders, concurrente schuldeisers en aandeelhouders. Bouts en Broeders staan in dit themanummer stil bij het belang van deze klassenindeling voor de totstandkoming van het WHOA-akkoord. In het akkoord wordt aan elk van de klassen een separaat – op hun verhaalspositie aansluitend – herstructureringsvoorstel gedaan en over het akkoord wordt per klasse gestemd. Als er tenminste één klasse is waarin de meerderheid van de schuldeisers met het akkoord instemt, kan de rechter gevraagd worden het akkoord te homologeren. De rechter kan het akkoord verbindend verklaren jegens een tegenstemmende minderheid van schuldeisers of aandeelhouders binnen een klasse die bij meerderheid met het akkoord heeft ingestemd. Onder strengere homologatievoorwaarden kan de rechter dit ook jegens een of meer tegenstemmende klassen; dat wil zeggen een klasse waarin de meerderheid van de schuldeisers of aandeelhouders tegen het akkoord heeft gestemd (*'cross-class cram down'*). De homologatie van het akkoord kan afstuiten op procedurele gronden – de betrokken schuldeisers of aandeelhouders zijn niet naar behoren geïnformeerd over het akkoord of opgeroepen voor de stemming, de informatie die in het akkoord is opgenomen is toereikend of de klassenindeling is incorrect – of de inhoudelijke grond dat het herstructureringsplan 'onredelijk' is.

Bil geeft in dit themanummer een overzicht van de procedure die volgt als besloten wordt gebruik te maken van

⁶ HR 12 augustus 2005, NJ 2006/230 (*Groenmeijer/Payroll*); HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485 en Hof Arnhem Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9827.

de WHOA. De verwachting is dat een goed voorbereide ondernemer het volledige traject dat afgelegd moet worden om een akkoord tot stand te kunnen brengen, binnen vier tot acht maanden kan afronden. Het is van belang dat de ondernemer zijn bedrijfsvoering in de tussentijd kan blijven voortzetten. De ondernemer behoudt tijdens het traject de beschikking en het beheer over zijn vermogen en de WHOA biedt hem een aantal voorzieningen, zoals de afkondiging van een afkoelingsperiode en het recht om tijdens die periode bedrijfsmiddelen te kunnen gebruiken en voorraden te kunnen verbruiken en vervreemden, ook als daar zekerheidsrechten van derden op rusten. Hoogenboezem gaat in dit themanummer in op de voorwaarden die hierbij gelden en in het bijzonder de verplichting voor de ondernemer om de betrokken derden vervangende zekerheid te bieden (*'adequate protection'*). De WHOA voorziet ook in de mogelijkheid om een tussentijdse financiering, die noodzakelijk is om het akkoord tot stand te kunnen brengen, te beschermen tegen een vernietiging door de curator als de reddingsoperatie toch niet lukt en er uiteindelijk alsnog een faillissement volgt.

De WHOA kent verschillende elementen die nieuw zijn in ons insolventierecht. Zo omvat de WHOA twee procedures waarbinnen het akkoord tot stand gebracht kan worden;

1. een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en
2. een openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

Bij de besloten akkoordprocedure buiten faillissement wordt niet publiek gemaakt dat er een poging wordt gedaan om een akkoord tot stand te brengen en worden alle verzoeken aan de rechter in raadkamer behandeld. Bij de openbare akkoordprocedure buiten faillissement wordt aan het traject juist wel publiciteit gegeven door een kennisgeving in het Insolventieregister en inschrijving in het Handelsregister en worden de verzoeken aan de rechter in het openbaar behandeld. De openbare akkoordprocedure zal worden aangemeld bij de Europese Commissie voor opname in bijlage A van de Insolventieverordening en daarmee onder haar toepassingsbereik worden gebracht.⁷ Veder beschrijft in dit themanummer het verloop van beide procedures en brengt verschillende internationale aspecten van de WHOA onder de aandacht.

Ook is bijzonder dat niet alleen de schuldenaar een akkoordprocedure kan starten, maar dat zijn schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging hier toe eveneens het initiatief kunnen nemen. Zij kunnen de rechter vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die vervolgens een akkoord kan voorbereiden en aan de betrokken schuldeisers en aandeelhouders kan voorleggen. Bij mkb-ondernemingen is voor de aanbidding van een akkoord door een herstructureringsdeskundige wel de instemming van de ondernemer nodig. Probeert de

schuldenaar zelf een akkoord tot stand te brengen en heeft hij in dit kader ook gevraagd om een afkoelingsperiode, dan kunnen de betrokken schuldeisers of aandeelhouders controle houden op het proces door de rechter te vragen een stille observator aan te wijzen. Deze observator houdt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers toezicht op de totstandkoming van het akkoord. De WHOA introduceert hiermee dus twee nieuwe insolventiefunctarissen; de herstructureringsdeskundige en de observator.

Het doel [dat de Minister voor ogen heeft,] is het realiseren van een solide insolventiekader dat mede is toegerust op tijdige herstructurering van bedrijven

Het aan de indiening van het wetsvoorstel voorafgaande voorbereidingstraject is in het najaar van 2013 van gestart gegaan. De *'Scheme of Arrangement'* en de *'Chapter 11'-procedure* zijn van meet af aan een belangrijke inspiratiebron geweest. Verschillende kernelementen van die regelingen zijn overgenomen in de WHOA. Dit is onder meer terug te zien in het openstellen van de regeling voor schuldeisers, het uitgangspunt dat de ondernemer volledig beheers- en beschikkingsbevoegd blijft (*'debtor in possession'*), de stemming over het akkoord per klasse van schuldeisers, enkele van de homologatievoorwaarden (de *'absolute priority rule'* en de *'best interest of creditors test'*) en de mogelijkheid dat een tegenstemmende klasse door de rechter aan het akkoord wordt gebonden (*'cross-class cram down'*). Een uitdaging daarbij was om deze elementen goed toe te snijden op de Nederlandse context. Pannevis constateert dit ook in zijn bijdrage over de verschillen tussen de Nederlandse rangordebepalingen en de klassenvorming onder de WHOA. Complicerende factoren waren dat de regeling veel verschillende rechtsgebieden beslaat, zoals het faillissementsrecht, het goederenrecht, het verbintnissenrecht, het procesrecht en het vennootschapsrecht en dat later in het voorbereidingstraject ook rekening moest worden gehouden met Europese ontwikkelingen. Eind 2016 heeft de Europese Commissie een richtlijnvoorstel uitgebracht waarin de lidstaten onder meer worden verplicht een pre-insolventie-akkoordprocedure in te voeren.⁸ Deze richtlijn is begin dit jaar aangenomen.⁹ Tekstra vult in dit

⁷ Verordening 2015/848 van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, *PbEU* L141/19.

⁸ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU 2016/0359 (COM/2016/723/FINAL) (*Kamerstukken II* 2016/17, 22112, nr. 2292 (BNC fiche).

⁹ Richtlijn 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), *PbEU* 2019, L172/18.

themanummer aan dat er bij de WHOA ook verschillende fiscale aandachtspunten zijn.

De praktijk nadrukkelijk betrokken bij de vormgeving van de WHOA

Overleggen met de groep vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk – het klankbord in het kader van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht¹⁰ – en praktijkdeskundigen uit alle geledingen van de insolventiepraktijk – curatoren, rechter-commissarissen, advocaten, bedrijfsjuristen en juristen uit de banksector – resulteerden in een eerste voorontwerp.¹¹ Over dit voorontwerp – dat toen nog de titel ‘*Wet Continuïteit ondernemingen II*’ droeg – is eind 2014 geconsulteerd.¹² De reacties op het voorontwerp waren overwegend positief, maar gaven ook aanleiding om verschillende onderdelen van de voorgestelde procedure te heroverwegen. Vanwege de vele wijzigingen die hiervan het gevolg waren en de complexiteit van de regeling, is in de tweede helft van 2017 de praktijk nog een keer geconsulteerd over een bijgewerkt voorontwerp van de regeling die intussen de titel ‘*Wet homologatie onderhands akkoord*’ had meegekregen.¹³ Opnieuw waren de reacties overwegend positief, maar werden er ook verschillende suggesties gedaan ter verbetering van de regeling en de toelichting. Zoals toegelicht in de memorie van toelichting

is hieraan gevolg gegeven voordat het conceptwetsvoorstel in oktober 2018 bij de Raad van State is ingediend.¹⁴ Het advies van de Raad van State was positief, maar omvatte ook nog enkele opmerkingen die – zoals besproken in het nadere rapport¹⁵ – zijn opgevolgd voordat het wetsvoorstel op 5 juli 2019 bij de Tweede Kamer is ingediend.

Met de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer is nu ook de voorlaatste versie van het conceptwetsvoorstel in te zien op de website van de Raad van State.¹⁶ Die versie geeft samen met de twee voorontwerpen, die nog steeds te raadplegen zijn via de consultatiewebsite, inzicht in de voorgeschiedenis van de WHOA. Hieruit blijkt hoe de regeling zich in de afgelopen jaren met de nodige inbreng van praktijkdeskundigen heeft kunnen ontwikkelen. Het is nu aan de leden van de Tweede en vervolgens de Eerste Kamer om zich over de WHOA te buigen en daarover in debat te gaan met de Minister voor Rechtsbescherming Dekker. Dit themanummer waarin de WHOA door de genoemde auteurs vanuit verschillende invalshoeken wordt belicht, komt wat dat betreft op het perfecte moment.

Over de auteur

Mr. A.M. (Ilona) Wolffram-van Doorn

Coördinerend raadadviseur bij de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Justitie en Veiligheid.

10 De klankbordgroep bestaat uit vertegenwoordigers van onder meer RECOFA, het landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen en surseances van betaling; curatorenvereniging INSOLAD; de JIRA, de vereniging voor jonge curatoren; de NEVOA, de beroepsorganisatie voor bedrijfsjuridisch adviseurs; de Nederlandse Orde van Advocaten, de Nederlandse Vereniging voor Banken; de vakbonden CNV en FNV en van werkgeversorganisatie VNO/NCW-MKB.

11 In voortgangsbrieven is de Tweede Kamer geïnformeerd over de voortgang: *Kamerstukken II 2012/13*, 33695, nr. 1; *Kamerstukken II 2013/14*, 33695, nr. 3; *Kamerstukken II 2013/14*, 33695, nr. 5; *Kamerstukken II 2014/15*, 33695, nr. 7; *Kamerstukken II 2014/15*, 33695, nr. 8; *Kamerstukken II 2015/16*, 33 695, nr. 10; *Kamerstukken II 2015/16*, 33695, nr. 12; *Kamerstukken II 2017/18*, 33695, nr. 15 en *Kamerstukken II 2017/18*, 33695, nr. 17.

12 <https://www.internetconsultatie.nl/wco2/details>

13 <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie>

14 Een overzicht van de belangrijkste wijzigingen is te vinden op p. 23-25 van de memorie van toelichting.

15 *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, nr. 4.

16 <https://www.raadvanstate.nl/adviezen/@113633/w16-18-0319-ii/#highlight=homologatie>