

De WHOA van wet naar recht

Redactie:

mr.dr. C.M. Harmsen en mr.dr. M.L.H. Reumers

Woord vooraf

Na een uitvoerig wetgevingstraject is de WHOA (Wet Homologatie Onderhands Akkoord) op 1 januari 2021 in werking getreden. De inwerkingtreding vond plaats onder een opmerkelijk gesternte. De economie is begin 2020 zwaar geraakt door Covid-19 met ingrijpende maatregelen in de samenleving. Tegelijkertijd is het aantal uitgesproken faillissementen in de periode tweede helft 2020 en eerste helft 2021 historisch laag. Dit wordt mede veroorzaakt door de vele steunmaatregelen van de overheid en een terughoudende opstelling van zowel de rechterlijke macht, mede gesteund door de wetgever, ten aanzien van het uitspreken van faillissementen ten tijde van Covid-19.

In de eerste helft van 2020 direct na het uitbreken van de Covid-19 pandemie kon de roep om tot spoedige invoering van de WHOA te komen overal gehoord worden. Omdat veel economische pijn vooruitgeschoven is met onder andere uitstel van belastingen en het bevriezen van veel huurgeschillen, zal de WHOA naar gevreesd moet worden zijn waarde pas echt moeten gaan bewijzen als de Covid-19-crisis eindelijk op haar retour is. De verwachtingen zijn hooggespannen. De WHOA moet vennootschappen in financiële nood maar met een in de kern een levensvatbare onderneming in staat stellen middels een akkoord met schuldeisers en/of aandeelhouders de schuldenlast weer dragelijk te maken. De conceptuele kern van de WHOA wordt gevormd door een herordening van de kapitaalstructuur middels een akkoord. Maar de WHOA biedt veel meer. Zo kunnen lopende overeenkomsten aangepast worden en kunnen verplichtingen van sommige derden onder een ‘breed akkoord’ meegenomen worden. Het hele proces van een reorganisatie kan geduid worden als een *‘right sizing van de kapitaalstructuur’*, maar omdat de WHOA verder gaat, is de WHOA mogelijk nog het best te duiden als een juridisch kader om ‘de tering naar de nering’ te zetten.

De WHOA kan daarbij gezien worden als een definitieve doorbraak van het reorganisatiedenken of het akkoorddenken in het insolventierecht. Het faillissementsrecht was van oudsher erg op liquidatie gericht. Het probleem van insolventie werd dan ‘via de linkerzijde van de balans opgelost’, door alle activa te liquideren en de opbrengsten in overeenstemming met de wettelijke rangorde onder de schuldeisers te verdelen. Het akkoorddenken kiest er echter voor het probleem van insolventie ‘via de rechterzijde van de balans op te lossen’, namelijk door een aanpassing van de kapitaalstructuur met additionele maatregelen die kunnen ingrijpen in de lopende kosten. Deze gedaanteverwisseling van het insolventierecht verandert ook de positie van het insolventierecht binnen het ju-

ridische systeem. Het insolventierecht kende altijd al een nauwe band met het goederenrecht en deze twee vakgebieden, zo deze reeds zinvol te onderscheiden zijn, waren dan ook nauw op elkaar afgestemd. Doordat het insolventierecht zich nu ook richt op reorganisatie, raakt het insolventierecht nauw verstrengeld met het ondernemingsrecht. Als onderdeel van een akkoord kunnen schuldeisers middels een *debt for equity swap* zelfs (mede)eigenaar van de onderneming worden.

Het boek met 18 hoofdstukken is verzorgd door 26 auteurs en vormt de weerslag van de inspanning van zeer velen, onder redactie van Michele Reumers en redactielid Karen Harmsen. Het komt uit nadat in de eerste maanden van 2021 de WHOA al in een twintigtal rechterlijke uitspraken is toegepast. Daarom is de titel van deze bundel ‘De WHOA van wet naar recht’ zo treffend gekozen. De wetgever sprak, de rechter past toe en de literatuur bespreekt de regels, in het licht van hun historie, systeem en functie. Zij biedt weer inspiratie voor de rechterlijke macht en verschaft achtergrond en betekenis aan rechtsregels ten nutte van de praktijk, zowel juristen als financieel specialisten. Niet voor niets vormt de WHOA een nieuwe vierde procedure in de huidige Faillissementswet (faillissement, surseance, schuldsanering). Insolventierechtjuristen moeten mee-veranderen en zich nieuwe vaardigheden eigen maken nu het insolventierecht een transformatie van liquidatie naar reorganisatie doormaakt. Met name zullen insolventierechtjuristen zich steeds meer gaan bekwamen in bedrijfseconomische onderwerpen zoals bedrijfswaardering om in samenwerking met andere professionals de *going concern value* te kunnen realiseren. Aan deze transitie leveren de auteurs een sprekende bijdrage. De auteurs van de hoofdstukken hebben een uitstekende prestatie geleverd om zo uitvoerig en praktijkgericht het recht rond de WHOA te presenteren.

Onder dankzegging aan de auteurs en de boekredactie neemt de redactie van deze serie met trots het deel ‘De WHOA van wet naar recht’ op in de serie *Recht & Praktijk*.

Prof. mr. R.J. de Weijs / Amsterdam
Em. Prof. mr. B. Wessels / Dordrecht

Mei 2021

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF

v

1	DE WHOA IN VOGELVLUCHT	1
	<i>Mr. M.K. ter Horst</i>	
1.1	Inleiding	1
1.2	Doel en aanleiding van de WHOA	2
1.3	Toepassingsgebied	4
1.4	Ingangscriterium	5
1.5	Aanbieding en inhoud van het akkoord	5
1.5.1	Initiatief	5
1.5.2	Inhoud akkoord	6
1.6	Klassenindeling en stemming	8
1.6.1	Klassenindeling	8
1.6.2	Stemming	8
1.7	Homologatie	9
1.7.1	Inleiding	9
1.7.2	Zitting en aanstelling observator	9
1.7.3	Afwijzingsgronden	10
1.7.4	Gevolgen	10
1.8	Besloten procedure versus openbare procedure	11
1.8.1	Inleiding	11
1.8.2	Rechtsmacht en erkenning	12
1.8.3	Keuze	12
1.9	Flankerende voorzieningen	13
1.9.1	Inleiding	13
1.9.2	De afkoelingsperiode	13
1.9.3	Vroegtijdige beslissingen van de rechtbank	15
1.9.4	Opzeggen van lopende overeenkomsten	15
1.9.5	Maatwerkbepaling	16
1.10	Afsluiting	16
2	DE WHOA PROCEDURE OP HOOFDLIJNEN	17
	<i>Mr. A. Ourhris</i>	
2.1	Inleiding	17
2.2	Achtergrond, doel en algemene kenmerken van de regeling	17
2.2.1	Achtergrond en doel	17
2.2.2	Algemene kenmerken	19
2.3	Aanbieding, inhoud en inrichting van het akkoord	20
2.3.1	Akkoord aangeboden op initiatief schuldenaar	20
2.3.2	Akkoord aangeboden op initiatief derden (de herstructureringsdeskundige)	21
2.3.3	Inhoud en inrichting van het akkoord	24

2.4	Stemming	25
2.4.1	Stemrecht en medezeggenschap	25
2.4.2	Stemprocedure	26
2.4.3	Stemuitslag	26
2.5	Homologatie van het akkoord en de gevolgen daarvan	27
2.5.1	Procedure homologatie	27
2.5.2	Afwijzingsgronden	29
2.5.3	Gevolgen homologatie	30
2.6	Betrokkenheid rechter	30
2.7	Ondersteunende voorzieningen	31
2.8	Slot	32
3	AANBIEDING EN INHOUD VAN EEN AKKOORD	33
	<i>Prof.mr. R.D. Vriesendorp en mr.dr. O. Salah</i>	
3.1	Inleiding	33
3.2	Deel I – Aanbieding van het akkoord	34
3.2.1	Wie kan het akkoord aanbieden?	34
3.2.2	Aan wie kan het akkoord worden aangeboden?	36
3.2.3	Het proces voor het aanbieden van een akkoord	38
3.3	Deel II – Inhoud van het akkoord	40
3.3.1	Wat is een akkoord?	40
3.3.2	Verschillende afspraken in een akkoord	42
3.3.3	De klassenindeling van art. 374 Fw	43
3.3.4	De informatie in het akkoord ex art. 375 Fw	45
3.4	Conclusie	46
4	KLASSENINDELING EN STEMMING	47
	<i>Mr. A. Bouts</i>	
4.1	Inleiding	47
4.2	Het klassenindelingscriterium (inleiding)	48
4.3	Klassenindeling in het buitenland	50
4.3.1	De Engelse <i>scheme of arrangement</i>	50
4.3.2	De Amerikaanse <i>Chapter 11</i> -procedure	53
4.4	Klassenindeling in de WHOA	55
4.4.1	Het klassenindelingscriterium (vervolg)	55
4.4.2	Klassenindeling en afwijking van de priority rule	58
4.5	Stemmen	63
4.5.1	Stemgerechtigden	63
4.5.2	De vereiste meerderheid	65
4.5.3	De stemprocedure en de stemuitslag	67
4.6	Conclusie	68
5	ACTOREN IN DE WHOA: HERSTRUCTUREREN MET DE SCHULDENAAR (DEBTOR IN POSSESSION), HERSTRUCTURERINGSDESKUNDIGE EN OBSERVATOR	71
	<i>Mr.dr.s. J.M.G.J. Boon</i>	
5.1	Inleiding	71
5.2	Naar nieuwe vormen van governance voor herstructurering	72
5.3	De schuldenaar als debtor in possession	73
5.4	De herstructureringsdeskundige	76
5.4.1	Taakopvatting van de herstructureringsdeskundige	76
5.4.1.1	Doeltreffend	78
5.4.1.2	Onpartijdig	80
5.4.1.3	Onafhankelijk	81

5.4.1.4	Toezicht en aansprakelijkheid	83
5.4.2	Kwalificeren als herstructureringsdeskundige	84
5.4.3	Informatiepositie	85
5.5	De observator	86
5.6	Samenwerkingsperikelen met de schuldenaar	88
5.7	Conclusie	90
6	IS DE WHOA LAAGDREMPELIG VOOR EEN MKB-ONDERNEMER?	93
	<i>Mr. M.H. Boersen en mr. T.M.M. Ross</i>	
6.1	Inleiding	93
6.2	Definitie van de MKB-ondernemer	94
6.3	Vergelijking tussen onderhands akkoord en WHOA-akkoord	96
6.3.1	Inleiding	96
6.3.1.1	Onderhands akkoord	96
6.3.1.2	WHOA-akkoord	97
6.3.1.3	Vergelijking	97
6.3.2	Aanvang	98
6.3.2.1	Onderhands akkoord	98
6.3.2.2	WHOA-akkoord	99
6.3.3	Vorm en inhoud	101
6.3.3.1	Onderhands akkoord	101
6.3.3.2	WHOA-akkoord	102
6.3.4	Aanbieden	105
6.3.4.1	Onderhands akkoord	105
6.3.4.2	WHOA-akkoord	105
6.3.5	Stemmen	105
6.3.5.1	Onderhands akkoord	105
6.3.5.2	WHOA-akkoord	105
6.3.6	Tussenconclusie	106
6.4	Routes om akkoord af te dwingen	107
6.4.1	Kort geding	107
6.4.2	Het WHOA-loket: tussentijds oordeel	108
6.4.3	Het WHOA-loket: homologatie	109
6.4.4	Tussenconclusie	110
6.5	Nog meer kosten onder de WHOA: voorzieningen en herstructureringsdeskundige	111
6.5.1	Voorzieningen	111
6.5.2	Herstructureringsdeskundige	112
6.5.3	Tussenconclusie	113
6.6	Conclusie	114
7	PACTA SUNT SERVANDA EN DE WHOA – OVER DE BEËINDIGING EN WIJZIGING VAN CONTRACTEN	115
	<i>Prof. mr. H.N. Schelhaas en dr. K.K.E.C.T. Swinnen</i>	
7.1	Inleiding	115
7.2	De achtergrond en het perspectief	116
7.3	Wijziging of beëindiging van overeenkomsten door de schuldenaar onder de WHOA	117
7.3.1	Wettelijke opzegmogelijkheid	117
7.3.2	De schuldeiser stemt in met het voorstel	118
7.3.3	De schuldeiser stemt niet in met het voorstel	118
7.3.4	Recht van de schuldeiser op schadevergoeding	120
7.4	Vergelijking tussen de WHOA en de situatie in faillissement	123

7.4.1	Het ongewijzigd voortbestaan van overeenkomsten als uitgangspunt	123
7.4.2	Wijzigings- en beëindigingsbevoegdheden van de curator	123
7.4.2.1	Inleiding	123
7.4.2.2	Opzegging van huur-, pacht- en arbeidsovereenkomsten	123
7.4.2.3	Niet gestand doen van wederkerige overeenkomsten	127
7.4.2.4	Faillissementspauliana	128
7.4.2.5	Vergelijking: ruimere opzegmogelijkheid onder de WHOA	129
7.5	Wijziging of beëindiging van overeenkomsten door de <i>schuldeiser</i> onder de WHOA	130
7.5.1	Inleiding	130
7.5.2	Beperking van contractuele beëindigingsrechten (art. 373 lid 3 Fw)	130
7.5.3	Beperking van rechten tijdens de afkoelingsperiode	132
7.6	Vergelijking: wijziging en beëindiging van overeenkomstendoor schuldeisers in faillissement	133
7.7	Afsluitende observaties: <i>pacta sunt semper servanda?</i>	135
8	HERSTRUCTURERING VAN GROEPEN ONDER DE WHOA	137
	<i>Mr. R. van den Sigtenhorst</i>	
8.1	Inleiding	137
8.2	Toegang tot de WHOA voor groepsmaatschappijen	139
8.2.1	WHOA voor buitenlandse (groeps-)vennootschappen	139
8.2.2	Mogelijke complicaties rechtsmacht buitenlandse vennootschappen	140
8.2.3	Rechtsmacht voor buitenlandse groepen	143
8.2.4	Toegangscriterium: dreigende insolventie vanwege de groep / dreigende groepsinsolventie	143
8.3	GroepsWHOA – mogelijkheden en beperkingen	144
8.3.1	Centralisatie relatieve bevoegdheid – gezamenlijke behandeling / procedurele consolidatie	145
8.3.2	Verzoek Gezamenlijke Behandeling bij eerste verzoek (openingsbeslissing)	149
8.3.3	Gezamenlijk aanbieden (groeps)akkoord; afhankelijke akkoorden	149
8.3.4	Herstructurering groeps garanties: mini-akkoord voor aansprakelijke groepsmaatschappijen (art. 372 Fw)	150
8.3.5	Uitsluiting regres (groeps)garantiegevers: overgang van rechten op garantiegever en <i>double dipping</i>	152
8.3.6	Het groepsakkoord in de groepsWHOA	153
8.3.7	Substantiële consolidatie – geconsolideerd groepsakkoord (?)	155
8.4	Conclusie: ja – GroepsWHOA!	156
9	ARBEIDSRECHTELIJKE ASPECTEN VAN DE WHOA	157
	<i>Mr. P. Trip</i>	
9.1	Inleiding	157
9.2	Parallellen faillissement	159
9.2.1	Loongarantieregeling	159
9.2.2	Mogelijkheden ontslag	162
9.3	Contacten herstructureringsdeskundige	167
9.4	Medezeggenschap	168
9.5	Tot slot	171

10	DE POSITIE VAN DE ZEKERHEIDSGERECHTIGDE	173
	<i>Mr.dr. A.L. Jonkers</i>	
10.1	Inleiding	173
10.2	Bescherming tot de waarde van het onderpand	173
10.3	In welke vorm?	179
10.4	Het draagvlakvereiste	183
10.5	De positie van de zekerheidsgerechtigde tijdens de afkoelingsperiode	185
10.6	Conclusie	186
11	HOMOLOGATIE EN DE GEVOLGEN VAN HET AKKOORD	187
	<i>Mr. M. Mouthaan en mr. R.M. Leeuwenburgh</i>	
11.1	Inleiding	187
11.2	De gevolgen voor kredietovereenkomsten	188
11.2.1	Credit protection	188
11.2.2	De werking van credit protection	188
11.2.3	Welke complicaties brengt credit protection mee voor een akkoord?	189
11.3	Door de WHOA geboden oplossingen	191
11.3.1	Interpretatie van de wet	191
11.3.2	De grenzen van de wijzigingsmogelijkheid	193
11.3.2.1	De bescherming van het recht op eigendom	193
11.3.2.2	De best interest test	195
11.3.2.3	Nakoming voldoende gewaarborgd	197
11.3.3	' <i>Ipsa facto</i> '-bedingen	198
11.4	Conclusie	200
12	DE WHOA EN HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT INCLUSIEF DE HERSTRUCTURERING VAN GROEPEN	203
	<i>Mr. W.J.E. Nijns</i>	
12.1	Inleiding	203
12.2	Openbaar of besloten?	204
12.3	Bevoegdheid	204
12.3.1	IVO	204
12.3.1.1	Openbaar	205
12.3.1.2	Collectief	206
12.3.1.3	Het recht inzake insolventie	207
12.3.1.4	Inhoudelijke eisen	207
12.3.1.5	Doel	208
12.3.1.6	Tussenconclusie	211
12.3.2	Bevoegdheid onder de IVO	211
12.3.3	Brussel I-bis	212
12.3.3.1	Burgerlijke en handelszaken	213
12.3.3.2	Het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures	213
12.3.4	Bevoegdheid onder Brussel I-bis	215
12.3.5	Commune bevoegdheidsregels	217
12.4	Toepasselijk recht	218
12.5	Erkenning en tenuitvoerlegging	221
12.5.1	IVO	221
12.5.2	Brussel I-bis	222
12.5.3	Commune recht	222
12.6	Groepen vennootschappen	224
12.6.1	IVO	225

12.6.2	De besloten akkoordprocedure	226
12.7	Conclusie	227
13	AANDEELHOUDERS ONDER DE WHOA	229
	<i>Mr.dr. M.L.H. Reumers</i>	
13.1	Inleiding	229
13.2	Besluitvorming rondom het WHOA-akkoord	231
13.2.1	Het akkoordproces	231
13.2.2	Vennootschapsrechtelijke besluitvorming voortvloeiend uit het akkoord	235
13.3	Behoud van aandelenbelang in de vennootschap?	240
13.4	Conclusie	246
14	FLANKERENDE MAATREGELEN OM EEN AKKOORD MOGELIJK TE MAKEN	249
	<i>Mr. M-H.S. Berghuijs en mr.dr. C.M. Harmsen</i>	
14.1	Inleiding	249
14.2	Pauliana	250
14.2.1	Inleiding	250
14.2.2	Doel en strekking van art. 42 Fw	250
14.2.3	Doel en strekking van art. 42a Fw	250
14.2.4	Rechtshandelingen	252
14.2.5	Verzoek machtiging	253
14.2.6	Toetsmoment en geldigheid machtiging	254
14.2.7	Aansprakelijkheid voor rechtshandelingen	254
14.2.8	Misbruik	255
14.2.9	Art. 47 Fw	257
14.3	Verrekeningsverbod buiten toepassing	258
14.3.1	Inleiding	258
14.3.2	Doel en strekking art. 54 Fw	258
14.3.3	In beginsel ruime uitleg art. 54 Fw	260
14.3.4	Bescherming tegen verrekeningsverbod van art. 54 lid 1 Fw onder de WHOA	261
14.3.5	Verrekeningsverbod tijdens opvolgende surseance van betaling	262
14.4	Afsluitende opmerkingen	263
15	LITIGATION ASPECTEN WHOA VOORAFGAAND AAN HET HOMOLOGATIEVERZOEK VANUIT HET PERSPECTIEF VAN SCHULDEISERS EN AANDEELHOUDERS	265
	<i>Mr. D.G.J. Heems en mr. R. van Dijken</i>	
15.1	Introductie	265
15.2	Toepasselijke procesrechtelijke regels	267
15.2.1	Analoge toepassing van Titel 1.3 Rv?	267
15.2.2	Toepassing van Titel 1.1 Rv	269
15.2.3	Procesreglement WHOA	270
15.3	Het concept 'zienswijzen' binnen de WHOA	272
15.3.1	Observatie 1: een onduidelijke wettekst	273
15.3.2	Observatie 2: bij art. 379 Fw-verzoeken geen zienswijzen?	274
15.3.3	Observatie 3: ten onrechte niet in de gelegenheid gesteld tot indiening zienswijze?	274
15.4	Bewijsrecht	274
15.5	Art. 378 Fw en 379 Fw	277
15.5.1	Inleiding: samenhang art. 378 en 379 Fw	277

15.5.1.1	Art. 378 Fw	277
15.5.1.2	Art. 379 Fw	281
15.6	Slot	285
16	WAARDERING EN DE WHOA	289
	<i>Drs. F.M.P. Boertien, T.A. Broeders MSc, drs. W.T.M. Veerman, mr.drs. L. Verhoef</i>	
16.1	Inleiding	289
16.2	Reorganisatiewaarde versus liquidatiewaarde	290
16.2.1	Reorganisatiewaarde	290
16.2.2	Liquidatiewaarde	291
16.3	Waarderingsmethoden	291
16.3.1	Algemeen	291
16.3.2	Discounted cash flow-methode	292
16.3.2.1	Waardebepaling in twee stappen	292
16.3.2.2	Bepaling en verdiscontering van vrije kasstromen	293
16.3.2.3	Bepaling van de disconteringsvoet	294
16.3.2.4	Rekenvoorbeeld	295
16.3.3	Overige waarderingsmethoden	296
16.4	Hoe werkt de WHOA	296
16.5	Liquidatiewaarde	298
16.6	Reorganisatiewaarde	300
16.7	Hoe om te gaan met distress?	302
16.8	Tegengestelde belangen tussen schuldeisers	303
16.9	Samenvattingen en conclusies	304
17	BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID ONDER DE WHOA	307
	<i>Mr.dr. A. Karapetian</i>	
17.1	Inleiding	307
17.2	Bijzondere bepaling over bestuurdersaansprakelijkheid in de WHOA?	308
17.2.1	Een safe harbour niet wenselijk maar ook niet nodig	308
17.2.2	Het Nederlandse bestuurdersaansprakelijkheidsrecht	311
17.3	Het laten ontstaan van nieuwe schulden van de schuldenaar	313
17.3.1	Het pre-insolventiecriterium	313
17.3.2	De Beklamel-norm	313
17.3.3	De Australische regeling van insolvent trading als voorbeeld	314
17.4	Selectieve betalingen in de aanloop naar en tijdens het akkoordtraject	316
17.4.1	Het bestaande kader	316
17.4.2	De invloed van de WHOA op het bestaande kader	318
17.5	Het verbruiken en/of vervreemden van zekerheidsobjecten	319
17.6	Conclusie	321
18	DOOR DE OGEN VAN DE RECHTER – ART. 378 FW VANUIT RECHTERLIJK PERSPECTIEF	323
	<i>Mr. M.C. Bosch, mr.dr. F. Damsteegt-Molier en mr.dr. A.E. de Vos</i>	
18.1	Inleiding	323
18.2	Art. 378 Fw, procedureel	324
18.2.1	Bindende eindbeslissingen	324
18.2.2	Rechterswisseling	325
18.2.3	Horen partijen	327
18.2.4	Procedureel, overig	328
18.3	Doel art. 378 Fw: versnelling	328

18.3.1	Wie kan verzoeken indienen	328
18.3.2	Alle verzoeken op één zitting	330
18.3.3	Moment waarop verzoek kan worden ingediend	330
18.3.4	Geen rechtsmiddel	330
18.4	Een kijkje over de grenzen	334
18.4.1	Scheme of arrangement	334
18.4.1.1	Inleiding	334
18.4.1.2	Bindende eindbeslissing?	335
18.4.1.3	Rechterswisseling	336
18.4.2	Chapter 11	337
18.5	Afsluiting	339
Literatuurlijst		341

1 De WHOA in vogelvlucht

*Mr. M.K. ter Horst*¹

1.1 Inleiding

Op 1 januari 2021 is de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) in werking getreden.² Met de WHOA kan een dwangakkoord buiten surseance of faillissement worden bewerkstelligd. Dat akkoord kan door de schuldenaar of een daartoe aangewezen herstructureringsdeskundige worden aangeboden aan de vermogensverschaffers van de schuldenaar. Het akkoord kan inhouden dat rechten van die vermogensverschaffers worden gewijzigd. Degenen aan wie het akkoord wordt aangeboden en wiens rechten worden gewijzigd, stemmen over het akkoord. Dit gebeurt in klassen. Vervolgens is het aan de rechter om het akkoord te homologeren, dat wil zeggen: goed te keuren. Onder bepaalde voorwaarden kan de rechter het akkoord ook opleggen aan klassen die niet met het akkoord hebben ingestemd. Vandaar dat in die context ook wel de term ‘dwangakkoord’ wordt gebruikt.

De insolventierechtpraktijk heeft lang moeten wachten op de komst van de WHOA. Al in 1835 werd een eerste wetsvoorstel ingediend dat voorzag in een dwangakkoord buiten faillissement.³ Daarna is meerdere malen geprobeerd een soortgelijke regeling door te voeren in het faillissementsrecht,⁴ evenwel zonder resultaat.

In 2012 is het Programma Herijking Faillissementsrecht bekend gemaakt.⁵ Hierin werden de uitgangspunten van de inmiddels in werking getreden WHOA geïntroduceerd als onderdeel van de tweede pijler binnen het Programma, dat is gericht op versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven. In 2014 werd daartoe een eerste voorontwerp ter consultatie gepubliceerd onder de naam Wet Continuïteit Ondernemingen II, dat daarna in aangepaste vorm in consultatie

1 Maartje ter Horst is advocaat en curator bij Dirkzwager legal & tax. De tekst van deze bijdrage is afgesloten op 31 maart 2021.

2 *Stb.* 2020, 414; *Stb.* 2020, 415.

3 Voorduin 1841, p. 899-905. Overgenomen uit Tollenaar 2016, p. 22.

4 Tollenaar 2016, p. 22 e.v. Tollenaar geeft in par. 1.2 van zijn dissertatie een beknopte samenvatting van alle wetsvoorstellen die zijn gedaan betreffende een akkoord buiten faillissement.

5 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74.

werd gebracht onder de naam Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement.⁶ Nadien zijn nog enkele aanpassingen doorgevoerd, totdat het uiteindelijke wetsvoorstel in 2019 op de agenda van de Tweede Kamer verscheen.⁷ Rond die tijd werd ook de Europese Richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels aangenomen (hierna: de Richtlijn),⁸ die diende te bevorderen dat levensvatbare ondernemingen en ondernemingen die in financiële moeilijkheden verkeren, toegang hebben tot een nationaal preventief herstructureringsstelsel. De Richtlijn verplicht lidstaten onder andere om een regeling in te voeren die voorziet in het aanbieden van een akkoordprocedure voorafgaand aan insolventie. Tijdens het ontwerpproces is het wetsvoorstel aangepast om zoveel mogelijk aan de Richtlijn te voldoen.⁹

Hoewel de verwachting was dat het wetsvoorstel na indiening spoedig aangenomen zou worden, werden nog diverse amendementen opgeworpen.¹⁰ Dit leidde tot verdere vertraging. Tot onmiddellijke invoering van de WHOA is aan het begin van de coronacrisis nog opgeroepen door een aantal insolventiejuristen in een open brief aan de politiek. Zij stelden dat met het aannemen van de WHOA veel faillissementen (veroorzaakt door de coronacrisis) voorkomen zouden kunnen worden.¹¹ Uiteindelijk is de WHOA op 26 mei 2020 in de Tweede Kamer aangenomen,¹² gevolgd door de Eerste Kamer op 6 oktober 2020.¹³

1.2 Doel en aanleiding van de WHOA

De WHOA ziet primair op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast failliet dreigen te raken, maar nog wel beschikken over levensvatbare bedrijfsactiviteiten. Het doel is om het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken.¹⁴ De WHOA kan evenwel ook worden gebruikt om ondernemingen die niet langer levensvatbaar zijn buiten faillissement af te wikkelen, wanneer dit leidt tot een beter resultaat dan een afwikkeling in faillissement.¹⁵ Met de inwerkingtreding van de WHOA wordt beoogd een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het MKB.¹⁶

Tot de inwerkingtreding van de WHOA bestond er geen wettelijke regeling die een dwangakkoord buiten faillissement mogelijk maakte. Verkeerde een schulde-

6 Te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie>.

7 Op 5 juli 2019 is het wetsvoorstel ingediend door minister Sander Dekker (Rechtsbescherming), *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 2.

8 Richtlijn (EU) 2019/1023 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.

9 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 4 en 25 (MvT). Zie tevens Tollenaar, *TvI* 2019/32.

10 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 10-15 (Amendementen).

11 De open brief van de insolventiejuristen is te raadplegen op: <https://www.advocatie.nl/content/uploads/Open-brief-insolventieadvocaten.pdf>.

12 *Handelingen II* 2019/20, nr. 74, item 17.

13 *Kamerstukken I* 2020/21, 35 249, nr. 4, item 5.

14 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1 (MvT).

15 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 2 en 5 (MvT).

16 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 4 (MvT).

naar in financiële problemen, dan kon hij zijn schuldeisers verzoeken om uitstel van betaling of kwijtschelding van een deel van de schulden. Stemden zij daar niet mee in, dan leidde dit er regelmatig toe dat de onderneming van de schuldenaar alsnog failleerde of dat andere vermogensverschaffers – om een faillissement te voorkomen – een onevenredig deel van de herstructureringslasten voor hun rekening namen. In het vermogensrecht geldt immers de hoofdregel dat schuldeisers aanspraak hebben op volledige betaling van hun vordering. Tot een akkoord konden schuldeisers dus in principe niet worden gedwongen, tenzij sprake was van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) en een schuldeiser in redelijkheid instemming met een akkoord niet had mogen weigeren.¹⁷ In die gevallen was men dan aangewezen op een gang naar de (voorzieningen)rechter, doorgaans in situaties waar de tijd ontbreekt en de kans op succes gering is.¹⁸ Met iedere schuldeiser diende daarom in principe afzonderlijk onderhandeld te worden over een minnelijke regeling. Een individuele schuldeiser kreeg zo een sterke positie om zich weigerachtig op te stellen tegenover een akkoord om daarmee toch zijn hele vordering voldaan te krijgen. Een akkoord buiten faillissement was – tot de inwerkingtreding van de WHOA – daardoor niet eenvoudig te bewerkstelligen.

Binnen surseance van betaling¹⁹ en faillissement²⁰ bestond al wel een mogelijkheid om een (dwang)akkoord aan schuldeisers aan te bieden, zij het dat (onder andere) preferente schuldeisers en separatisten daar niet aan gebonden kunnen worden.²¹ In de praktijk blijken deze akkoordprocedures dan ook vaak niet geschikt om te herstructureren. Daarbij komt dat, eenmaal in surseance of faillissement, de schuldenaar al verzeild is in een insolventieprocedure waarbij waardeverlies onvermijdelijk is. Een procedure waarbij een schuldenaar, voordat er waardeverlies optreedt, al kan ingrijpen en daarbij niet beperkt is tot het saneren van (enkel) concurrente schulden, was dan ook wenselijk. Bij gebrek aan geschikte herstructureringsmogelijkheden (naar Nederlands recht) zijn verschillende Nederlandse ondernemingen in de afgelopen jaren al naar het buitenland gegaan om hun financiële problemen op te lossen. Zij hebben daar veelal gebruik gemaakt van de *Scheme of Arrangement* (Verenigd Koninkrijk) en de *Chapter 11*-procedure (Verenigde Staten).²² Het is dan ook niet vreemd dat de WHOA is geïnspireerd op deze twee procedures.

17 HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, NJ 2017/466, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

18 Vriesendorp & Salah, *MvV* 2020/6, p. 205-216.

19 Art. 252 Fw.

20 Art. 138 Fw.

21 In de praktijk worden preferente crediteuren (zoals de fiscus en het UWV) desondanks wel vaak meegenomen bij een akkoord, tegen een dubbel percentage. Zie o.a. Van der Heiden, *MvV* 2012/1.5, p. 18.

22 Zie de opsomming in *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 3 (MvT): 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*); Almatris B.V. (Amerikaanse *Chapter 11*); Marco Polo Seatrade B.V. (*Chapter 11*); Global Telesystems Europe B.V. (*Chapter 11*); Versatel Telecom International N.V. (*Chapter 11*); United Pan-Europe Communications N.V. (*Chapter 11*).

1.3 Toepassingsgebied

De WHOA is in beginsel op iedere schuldenaar die een onderneming drijft van toepassing.²³ Het maakt dus niet uit in welke rechtsvorm de schuldenaar zijn onderneming drijft. Zo kan de regeling ook worden toegepast als de schuldenaar zijn onderneming drijft in de vorm van een vereniging of coöperatie. Hetgeen in deze regeling ten aanzien van aandeelhouders geldt, is ook van toepassing op de leden van een vereniging of coöperatie.²⁴ Enkel banken en verzekeraars zijn uitzonderd van de toepassing van de WHOA.²⁵ Banken en verzekeraars kennen namelijk hun eigen herstel- en afwikkelingskader op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft).²⁶

De WHOA is niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten.²⁷ Dit betekent dat rechten van werknemers niet kunnen worden gewijzigd. Vanuit de gedachte dat met de WHOA gestreefd wordt naar continuïteit, is dit op zich te begrijpen. Wil de schuldenaar die rechten wijzigen, dan is hij aangewezen op de bepalingen van de Wet Werk en Zekerheid en de Wet arbeidsrechtmarkt in balans.²⁸

Het is niet zomaar mogelijk een beroep te doen op de WHOA. In eerste instantie is het de bedoeling dat een schuldenaar via de minnelijke weg tot een akkoord probeert te komen met zijn schuldeisers en aandeelhouders. Enkel indien dit écht niet lukt, kan een dwangakkoord worden voorgelegd. De wetgever heeft expliciet aangegeven de voorkeur te geven aan een minnelijke regeling waarbij het dwangakkoord en daarmee de rechter pas als een laatste redmiddel in beeld komt.²⁹ Dit zien we ook terug doordat in de wet de rol van de rechter in beginsel beperkt is gehouden. Voordat partijen bij de rechter aankloppen en een homologatieverzoek wordt ingediend, zal eerst een voortraject moeten zijn gevolgd. Onderdeel van dit traject is dat aan bepaalde procedurevoorschriften met betrekking tot de aanbidding, inhoud en inrichting van het akkoord, is voldaan.³⁰ Ook is het van belang dat schuldeisers en aandeelhouders (via stemming) hun mening naar voren kunnen brengen over een mogelijk akkoord. Daarmee wordt gedachtewisseling bevorderd. Tijdens het voortraject geeft de WHOA ruimte aan partijen om zelf, met de unieke omstandigheden van het geval, in goed overleg tot een akkoord te komen.

23 Art. 369 lid 1 Fw.

24 Art. 369 lid 3 Fw.

25 Art. 369 lid 1 Fw.

26 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33 (MvT); Hoofdstuk 3A van de Wft bevat een afwikkelingskader in het geval dat een bank of verzekeraar in financieel zwaar weer komt. De wetgever achtte het onwenselijk dat een dergelijke afwikkeling doorkruist zou worden door een dwangakkoord op grond van de WHOA.

27 Art. 369 lid 4 Fw.

28 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 31 (MvT).

29 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 4 (MvT).

30 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 5 (MvT).

1.4 Ingangscriterium

Om van de regeling in de WHOA gebruik te kunnen maken, moet een schuldenaar voldoen aan één van de kernbepalingen van de WHOA: art. 370 lid 1 Fw. Dit artikel vormt de toegangspoort tot een WHOA-traject, en bepaalt dat een schuldenaar in een toestand moet verkeren waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Van een dergelijk geval is sprake indien de schuldenaar nog in staat is om zijn lopende verplichtingen te voldoen. Hij voorziet dan echter dat het geen reële gedachte meer is om een toekomstige insolventie af te kunnen wenden, indien zijn schulden niet worden geherstructureerd.³¹ Een verwacht faillissement hoeft niet binnen enkele weken werkelijkheid te worden om met de WHOA tot actie over te kunnen gaan. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een schuldenaar een lening heeft die over een half jaar of jaar vervalt, hij deze lening niet terug gaat kunnen betalen en dat hij bij het vervallen van de lening failliet zal gaan. Ook in dat geval kan een schuldenaar meteen gebruik maken van de regeling die de WHOA aanbiedt.³²

1.5 Aanbieding en inhoud van het akkoord

1.5.1 *Initiatief*

De schuldenaar kan zelf een akkoord aanbieden aan zijn schuldeisers en aandeelhouders, indien hij verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan.³³ Het is ook mogelijk dat schuldeisers, aandeelhouders of een binnen de onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging hiertoe het initiatief nemen, wanneer sprake is van de hiervoor genoemde toestand. Zij kunnen dan de rechtbank verzoeken een herstructureringsdeskundige aan te wijzen om vervolgens aan de schuldeisers en/of aandeelhouders een akkoord aan te bieden.³⁴ Ook de schuldenaar zelf kan de rechtbank verzoeken om aanstelling van een herstructureringsdeskundige om dat akkoord aan te bieden.³⁵ De schuldenaar blijft gedurende de gehele procedure volledig beheers- en beschikkingsbevoegd, ook wanneer er een herstructureringsdeskundige (of observator) is benoemd.³⁶ Is eenmaal een herstructureringsdeskundige aangewezen dan kan de schuldenaar, zolang die aanwijzing duurt, zelf geen akkoord aanbieden.³⁷ Dit betekent dat er maar één akkoord tegelijk kan worden aangeboden. Wel kan de schuldenaar een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen.³⁸

31 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33 (MvT).

32 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 34 (MvT).

33 Art. 370 lid 1 Fw.

34 Is de schuldenaar een MKB-ondernemer dan kan de herstructureringsdeskundige het akkoord alleen met instemming van de schuldenaar aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorleggen (art. 381 lid 2 Fw).

35 Art. 371 lid 1 Fw.

36 Tollenaar, *TvI* 2019/32, par. 3.

37 Art. 371 lid 1 Fw.

38 Art. 371 lid 1 Fw.

1.5.2 Inhoud akkoord

De inhoud van het akkoord is vrij. Die vrijheid ziet enerzijds op degenen aan wie het akkoord wordt aangeboden en anderzijds op hetgeen dat aangeboden wordt. Zo kan er voor worden gekozen om het akkoord aan te bieden aan slechts één (klasse) schuldeisers. De rechter kan het akkoord namelijk homologeren als minimaal één klasse met het akkoord heeft ingestemd.³⁹ Andere schuldeisers kunnen zodoende buiten het akkoord worden gelaten. Op die manier kan de schuldenaar precies die schulden saneren die voor hem problematisch zijn.

Een schuldenaar bepaalt in eerste instantie zelf wat hij zijn schuldeisers en aandeelhouders aanbiedt en hoe hij het akkoord inricht. Het akkoord kan bestaan uit betaling van een percentage van de oorspronkelijke vordering, omzetting van de schulden in aandelenkapitaal, uitstel van betaling, of iets anders. Het akkoord kan ook voorzien in de wijziging van overeenkomsten, zoals een huurovereenkomst.⁴⁰ Rechten van werknemers kunnen evenwel niet worden gewijzigd.⁴¹

Het akkoord komt slechts voor homologatie door de rechter in aanmerking als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan een aantal voorschriften voldoet. Eén van de belangrijkste voorschriften is dat de schuldeisers en aandeelhouders in de gelegenheid moeten zijn geweest om zich via een stemming over het akkoord uit te spreken. Daarnaast geldt dat een dwangakkoord enkel aan de orde kan zijn wanneer dit in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is. Om die reden dient voldaan te zijn aan een aantal voorwaarden:⁴²

1. Er moet sprake zijn van een toestand als bedoeld in art. 370 lid 1 Fw.
2. Doel van het akkoord kan zijn:
 - a) het afwenden van een dreigend faillissement van een onderneming die na een herstructurering van de schulden weer financieel gezond is, of
 - b) de afwikkeling van een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft en ook niet meer zal krijgen, waarbij een beter resultaat wordt behaald dan wanneer die afwikkeling zou plaatsvinden in faillissement.
3. Ten minste één klasse van schuldeisers of aandeelhouders stemt met het akkoord in.
4. Het akkoord is redelijk, in die zin dat schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord worden betrokken erbij gebaat zijn of er in ieder geval niet op achteruit gaan. Dit betekent in ieder geval dat:
 - a) de schuldeisers en aandeelhouders op basis van het akkoord niet in een aanmerkelijk slechtere positie komen dan in faillissement;⁴³
 - b) de waarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden eerlijk onder de schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld;⁴⁴

39 Art. 383 lid 1 Fw.

40 Art. 373 lid 1 Fw.

41 Art. 369 lid 4 Fw.

42 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 5 (MvT).

43 Art. 384 lid 3 Fw. Dit wordt ook wel de *best interest test* genoemd.

44 Dat wil zeggen dat de reorganisatiewaarde verdeeld wordt conform de wettelijke rangorde, tenzij één of meer klassen instemmen met een ander voorstel (art. 384 lid 4 sub b Fw). Dit wordt ook wel de *absolute priority rule* genoemd.

- c) schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld zouden ontvangen en met de meerderheid van hun klasse tegen het akkoord hebben gestemd, het recht moeten hebben om uit te stappen.⁴⁵

Daarnaast geldt de zogenaamde ‘20%-regel’, die destijds bij amendement is opgeworpen en – ondanks diverse kritiek⁴⁶ – aangenomen. Deze regel is vastgelegd in art. 384 lid 4 sub a Fw en bepaalt kort samengevat dat wanneer schuldeisers in de zin van art. 374 lid 2 van een niet-instemmende klasse onder het akkoord minder dan 20% van hun vordering krijgen aangeboden, de homologatie van het akkoord moet worden geweigerd, tenzij er een zwaarwegende grond bestaat om hiervan af te wijken. Dit betekent dat bij de inrichting van het akkoord rekening gehouden met worden met het feit dat ‘kleine MKB’ leveranciers van diensten of goederen, of schuldeisers met een vordering uit onrechtmatige daad, in beginsel ten minste 20% op hun vordering moet worden aangeboden.

Wanneer alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en de besluitvorming zuiver is geweest,⁴⁷ dan mag ervan worden uitgegaan dat het akkoord redelijk is. Het is evenwel mogelijk dat er schuldeisers of aandeelhouders zijn die niet met het akkoord hebben gestemd en zich verzetten tegen de homologatie. Wanneer zij kunnen aantonen dat het akkoord toch onredelijk is omdat zij op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie komen dan in faillissement, dan wordt het homologatieverzoek alsnog afgewezen door de rechter.⁴⁸ Hebben niet alle klassen met het akkoord ingestemd, dan is bepalend hoe in het aangeboden akkoord de reorganisatiewaarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, onder de betrokken schuldeisers en aandeelhouders verdeeld wordt. Van belang is dat bij die verdeling in beginsel niet ten nadele van een tegenstemmende klasse mag worden afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar. Zijn er schuldeisers of aandeelhouders die met de meerderheid van hun klasse tegen het akkoord hebben gestemd en aantonen dat het akkoord niet aan deze voorwaarde voldoet, dan is dit eveneens een reden voor de rechter om het homologatieverzoek af te wijzen.⁴⁹ In die situatie wordt aangenomen dat het akkoord een herstructureringsplan omvat waarin de reorganisatiewaarde oneerlijk is verdeeld en om die reden dus onredelijk is.⁵⁰

45 Dat wil zeggen dat zij de mogelijkheid moeten hebben om te kiezen voor een uitkering in geld (art. 384 lid 4 sub c Fw). Dit wordt ook wel de *cash exit* genoemd. Voor schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht die de schuldenaar bedrijfsmatig een financiering hebben verstrekt, geldt evenwel art. 384 lid 4 sub d Fw.

46 Zie o.a. Tollenaar, *TvI* 2020/23.

47 Dat wil zeggen dat geen sprake is van één van de afwijzingsgronden als bedoeld in art. 384 lid 2 Fw.

48 Art. 384 lid 3 Fw.

49 Art. 384 lid 4 Fw.

50 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 5-6 (MvT).

1.6 Klassenindeling en stemming

1.6.1 Klassenindeling

Indien het akkoord betrekking heeft op verschillende groepen schuldeisers, dient het akkoord in een klassenindeling te voorzien.⁵¹ Bij deze klassenindeling gaat het om één of meer groepen van schuldeisers of aandeelhouders die geen vergelijkbare positie hebben omdat hun belangen of rechten zo van elkaar verschillen. Bij de onderverdeling in klassen valt te denken aan verschillende klassen voor concurrente schuldeisers, preferente schuldeisers, schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud, schuldeisers met een retentierecht, aandeelhouders en separatisten, zoals pandhouders en hypotheekhouders. De schuldeisers of aandeelhouders die in een faillissement niet dezelfde rang zouden hebben, worden in ieder geval in verschillende klassen ingedeeld. De WHOA schrijft voor een aantal typen schuldeisers dwingend voor dat zij in een bepaalde klasse komen. Het eerste dwingendrechtelijke voorschrift betreft de concurrente schuldeisers die een midden en klein bedrijf (MKB) zijn en een vordering voor geleverde goederen of diensten of een vordering uit onrechtmatige daad hebben. Zij moeten op grond van art. 374 lid 2 sub a en b Fw samen in een klasse worden ingedeeld indien zij een uitkering van minder dan 20% van hun vordering verkrijgen. Een tweede voorschrift geldt voor schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht. Zij worden op grond van art. 374 lid 3 Fw ook in een aparte klasse ingedeeld, maar enkel voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang tot zekerheid strekt.

1.6.2 Stemming

Zodra de schuldenaar de inhoud van het akkoord definitief heeft vastgesteld, brengt hij het akkoord in stemming. Het akkoord moet ten minste acht dagen voorafgaand aan de stemming aan de schuldeisers zijn voorgelegd.⁵² Het is niet mogelijk om het akkoord nog te wijzigen nadat het is voorgelegd.⁵³

De wet schrijft geen procedure voor met betrekking tot het indienen van vorderingen of het stemmen. Dit betekent dat de aanbieder van het akkoord vrij is om dit naar eigen inzicht in te richten.⁵⁴ De stemming kan fysiek, digitaal of elektronisch plaatsvinden.⁵⁵ Alleen schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd, zijn gerechtigd hun stem uit te brengen.⁵⁶ Over het akkoord wordt per klasse gestemd.⁵⁷ Een klasse van schuldeisers heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen, behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.⁵⁸ Wanneer binnen een klasse een meer-

51 Art. 374 lid 1 Fw.

52 Art. 381 lid 1 Fw.

53 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 34-35 (MvT).

54 Tollenaar, *TvJ* 2019/32.

55 Art. 381 lid 6 Fw.

56 Art. 381 lid 3 Fw.

57 Art. 381 lid 6 Fw.

58 Art. 381 lid 7 Fw. Voor aandeelhouders geldt dat het moet gaan om twee derden van het totale bedrag aan geplaast kapitaal, ingevolge art. 381 lid 8 Fw.

derheid van minimaal twee derde heeft ingestemd, kan de rechter het akkoord verbindend verklaren jegens de in die klasse tegenstemmende minderheid.

Onder strenge homologatievoorwaarden kan de rechter het akkoord ook opleggen aan een tegenstemmende klasse, dat wil zeggen een klasse waarin de meerderheid van de schuldeisers of aandeelhouders tegen het akkoord heeft gestemd. Dit wordt ook wel de *cross class cram down* genoemd. Hiervan is sprake wanneer het akkoord dwingend aan bepaalde klassen schuldeisers of aandeelhouders wordt opgelegd, waarin niet de benodigde meerderheid heeft voorgestemd en die dus als klasse hebben tegengestemd, terwijl door een of meer andere klassen wel is voorgestemd. Die voorstemmende klasse moet dan wel bestaan uit schuldeisers die bij een faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien.⁵⁹

Uiterlijk zeven dagen na de stemming stelt de schuldenaar of de herstructureeringsdeskundige een verslag op van de stemming. Stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dienen in staat te worden gesteld onverwijld van het verslag kennis te nemen.⁶⁰

1.7 Homologatie

1.7.1 Inleiding

Wanneer ten minste één klasse met het akkoord heeft ingestemd, kan de schuldenaar of de herstructureeringsdeskundige de rechter verzoeken het akkoord te homologeren (dat wil zeggen: goed te keuren).⁶¹ Dit dient een klasse te zijn die bestaat uit schuldeisers die in het geval van een faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien.⁶² Oftewel: een klasse die *in the money* is. Wanneer het akkoord evenwel uitsluitend ziet op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze eis niet.⁶³

1.7.2 Zitting en aanstelling observator

Zodra de rechtbank het verzoekschrift tot homologatie heeft ontvangen, bepaalt zij zo spoedig mogelijk bij beschikking de datum van de zitting waarop het homologatieverzoek wordt behandeld. Is sprake van een situatie waarin niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en is er nog geen herstructureeringsdeskundige of observator bij het traject betrokken, dan wijst de rechtbank in diezelfde beschikking alsnog een observator aan.⁶⁴ De observator heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te heb-

59 De voorstemmende klasse moet dus *in the money* zijn, tenzij het akkoord uitsluitend ziet op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering zouden ontvangen.

60 Art. 382 lid 1 en 2 Fw.

61 Art. 383 lid 1 Fw.

62 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 15 (MvT).

63 Art. 383 lid 1 Fw.

64 Art. 383 lid 4 Fw.

ben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.⁶⁵ De observator zal met die bril het voorliggende akkoord beoordelen en de rechtbank informeren.⁶⁶

1.7.3 Afwijzingsgronden

Stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders kunnen tot aan de dag van de zitting bij de rechtbank een schriftelijk verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek.⁶⁷ Hiertoe kunnen zij algemene of aanvullende afwijzingsgronden aanvoeren, zoals opgenomen in art. 384 lid 2, 3 en 4 Fw. De algemene afwijzingsgronden (genoemd in lid 2) worden ook ambtshalve door de rechter getoetst. Het gaat hier onder meer om het ontbreken van de pre-insolventietoestand als bedoeld in art. 370 lid 1 Fw⁶⁸ en het niet hebben nageleefd van diverse procedurevoorschriften rondom informatieverstrekking, oproeping en klassenindeling.⁶⁹ De aanvullende afwijzingsgronden (lid 3 en 4) kunnen uitsluitend worden ingeroepen door schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd. Daarbij komt dat de schuldeisers of aandeelhouders geen beroep meer kunnen doen op die aanvullende afwijzingsgronden als zij al eerder op de hoogte waren van het mogelijk van toepassing zijn van die gronden, maar daar de schuldenaar niet tijdig op hebben aangesproken.⁷⁰ Deze regel dient ertoe de schuldenaar in de gelegenheid te stellen alsnog een oplossing met de schuldeisers te bereiken, bijvoorbeeld door aanpassingen in het akkoord door te voeren.⁷¹ Voorbeelden van aanvullende afwijzingsgronden zijn (onder andere) afwijking van de 20%-regel,⁷² afwijking van de wettelijke rangorde⁷³ en het niet geboden hebben van het uitstaprecht.⁷⁴ Indien de rechtbank geen aanleiding heeft om aan te nemen dat sprake is van een algemene afwijzingsgrond en heeft geen van de schuldeisers of aandeelhouders een beroep gedaan op de aanvullende afwijzingsgronden, dan wijst zij het homologatieverzoek toe.

1.7.4 Gevolgen

Met de homologatie komt de procedure ten einde en is het akkoord verbindend voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd of in het geheel geen stem hebben uitgebracht, worden door de homologatie toch aan het akkoord gebonden.⁷⁵ Eerder geschorste surseance- of faillissementsverzoeken komen door de homologatie van rechtswege te vervallen.⁷⁶

65 Art. 380 lid 1 Fw.

66 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 15 (MvT).

67 Art. 383 lid 8 Fw.

68 Art. 384 lid 2 sub a Fw.

69 Art. 384 lid 2 sub b en c Fw.

70 Art. 383 lid 7 Fw.

71 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 16 (MvT).

72 Art. 384 lid 4 sub a Fw.

73 Art. 384 lid 4 sub b Fw.

74 Art. 384 lid 4 sub c en d Fw.

75 Art. 385 Fw.

76 Art. 376 lid 13 Fw.