

Het buitengerechtelijk dwangakkoord een stap dichterbij: het gewijzigd voorontwerp van de Wet homologatie onderhands akkoord

Bb 2017/86

Recent is een conceptwetsvoorstel voor een onderhands dwangakkoord ter consultatie voorgelegd. Op basis daarvan kan een noodlijdende schuldenaar buiten een formele insolventieprocedure om een herstructureringsplan voorleggen aan (een gedeelte van) zijn schuldeisers en aandeelhouders. Indien aldus een onderhands akkoord tot stand komt, bindt dit na homologatie door de rechter alle betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Het akkoord wordt dan ook verbindend voor tegenstemmers. Ook schuldeisers en aandeelhouders kunnen een dergelijk akkoord initiëren. Het doel van de voorgestelde regeling is het versterken van de mogelijkheden voor een schuldenaar om een dreigend faillissement af te wenden.

1. Inleiding

Op 5 september 2017 ging de Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (hierna: WHOA) in consultatie.² De wetgever beoogt met de WHOA een formeel instrument te introduceren, waarmee een onderneming met rendabele bedrijfsactiviteiten haar problematische schuldenlast kan saneren en herstructureren buiten surseance of faillissement. Hiertoe kunnen schuldeisers en aandeelhouders onder omstandigheden tegen hun wil worden gebonden aan een dwangakkoord. Het doel is uiteindelijk het faillissement van de schuldenaar te voorkomen. Het dwangakkoord dient als een uiterste redmiddel, indien de schuldenaar niet is geslaagd een akkoord te bereiken via de minnelijke weg.

Overigens is niet alleen in Nederland, maar ook in Europa het buitengerechtelijke dwangakkoord een *hot topic*. Op 22 november 2016 presenteerde de Europese Commissie een Richtlijnvoorstel dat onder meer een regeling omvat om noodlijdende ondernemingen te herstructureren door middel van een buitengerechtelijk akkoord.³ De verwachting is dat de WHOA invulling gaat geven aan de Richtlijn.

1 Mr. M.A. Vieira is advocaat bij Houthoff te Amsterdam.

2 De WHOA en de toelichting daarop, alsmede hierover gepubliceerde reacties kunnen worden geraadpleegd via www.internetconsultatie.nl/wethomologatie. Tot 1 december 2017 kunnen reacties worden ingestuurd.

3 Voorstel voor een Richtlijn 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, COM (2016) 723 FINAL. Zie voor een kritische bespreking van het richtlijnvoorstel: N.W.A. Tollenaar, Preventieve herstructureringsprocedures volgens het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie van 22 november 2016, *FIP* 2017/169, p. 45-68.

2. Een verbeterde conceptregeling

Vooralsnog biedt de wet geen instrument met een dwangkarakter buiten faillissement en surseance, waarbij schuldeisers die (op oneigenlijke gronden) hun medewerking onthouden aan een onderhands akkoord, hier toch aan gebonden kunnen worden.⁴ Daarin beoogt de WHOA verandering te brengen. De WHOA maakt onderdeel uit het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht', waarbij het faillissementsrecht grondig wordt hervormd. De WHOA betreft het gewijzigd voorontwerp van de Wet Continuïteit Ondernemingen II (hierna: WCO II) dat in 2014 ter consultatie lag.⁵ De WHOA amendeert de WCO II op diverse punten. Zo zijn de vergaande mogelijkheden van schuldeisers om een akkoord te initiëren beperkt, wat tot een evenwichtiger procedure leidt.⁶ Verder vergemakkelijken enkele aanvullende maatregelen de totstandkoming van een akkoord. Een schuldenaar kan bijvoorbeeld een voorstel doen een wederkerige overeenkomst te wijzigen en, indien zijn wederpartij dit niet aanvaardt, de overeenkomst beëindigen.⁷ Daarnaast is de stemuitslag bij een schuldeisersklasse niet langer mede afhankelijk van het aantal (voor)stemmers, maar slechts van het financieel belang dat zij vertegenwoordigen, wat een eenvoudiger te hanteren norm betreft.⁸ Zouden immers ook niet uitgebrachte stemmen worden meegerekend, leidt dit ertoe dat een akkoord alleen al door het wegblijven van schuldeisers of aandeelhouders niet in aanmerking zou kunnen komen voor homologatie. Voorts hoeven niet meer alle klassen in te stemmen, maar is voor het doen van een homologatieverzoek de instemming van ten minste één klasse voldoende.⁹ Verder zijn hoger beroep en cassatie na een beslissing op een homologatieverzoek uitgesloten, waardoor een gehomologeerd akkoord snel en effectief kan worden uitgevoerd.¹⁰

4 Onder het huidige recht kan een schuldenaar in beginsel niet van zijn schuldeisers afdwingen dat zij meewerken aan een onderhands akkoord buiten surseance en faillissement. Dwaarsliggende schuldeisers kunnen daarom een herstructurering frustreren. Alleen indien de weigering om tot het akkoord te treden misbruik van recht oplevert in de zin van artikel 3:13 lid 2 BW, kan de rechter een schuldeiser bevelen mee te werken aan de uitvoering van een akkoord. De drempel hiervoor is hoog. Vgl. HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, NJ 2006/230 (*Groenemeijer/DC&C Payroll Services*) en HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, *JOR* 2017/2019.

5 De inmiddels gesloten internetconsultatie van de WCO II, alsmede de reacties op daarop zijn te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/wco2/details.

6 Art. 371 WHOA.

7 Art. 372 lid 1 WHOA.

8 Art. 378 lid 4 en lid 5 WHOA.

9 Art. 380 lid 1 WHOA.

10 Art. 381 lid 6 WHOA.

3. Hoofdlijnen van het buitengerechtigd dwangakkoord

Het dwangakkoord onder de WHOA betreft een kaderregeling die flexibel moet kunnen worden toegepast. Het is gedeeltelijk geïnspireerd op de Engelse *Scheme of Arrangements* procedure en de Amerikaanse *Chapter 11* procedure. Hierna bespreek ik de reikwijdte van het voorgestelde dwangakkoord (§ 3.1), de aanbieding, de inhoud en de inrichting (§ 3.2), de stemprocedure (§ 3.3), de homologatie door de rechter en de gevolgen daarvan (§ 3.4), alsmede aanvullende maatregelen bij het akkoord (§ 3.5). Ik rond af met enkele afsluitende opmerkingen (§ 4).

3.1 Reikwijdte

De WHOA regelt (a) welke schuldenaren tot de regeling van de WHOA kunnen worden toegelaten; (b) welke partijen bij het akkoord kunnen worden betrokken; en (c) welke rechten daarin kunnen worden gewijzigd.

- a) In de eerste plaats ziet het dwangakkoord op schuldenaren die een onderneming drijven, ongeacht hun rechtsvorm.¹¹ De schuldenaar die voorziet dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden maar wel rendabele bedrijfsactiviteiten heeft, kan een akkoord aanbieden aan zijn schuldeisers en aandeelhouders.¹²
- b) In de tweede plaats dienen schuldeisers en aandeelhouders zich slechts via een stemming uit te spreken over een akkoord, voor zover hun rechten hierdoor worden gewijzigd.¹³ De schuldenaar hoeft ook alleen hen over het akkoord te informeren.¹⁴ Hij hoeft bovendien niet alle bij de onderneming betrokken partijen te betrekken bij de herstructurering, maar kan zich beperken tot een groep schuldeisers of aandeelhouders, bijvoorbeeld de financiers of de handelscrediteuren.¹⁵
- c) In de derde plaats kan het akkoord van de WHOA de vorderingsrechten van alle categorieën schuldeisers en de rechten van aandeelhouders wijzigen, behalve vorderingen van werknemers die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst.¹⁶ Zo kunnen bijvoorbeeld vorderingen van concurrente, gecureerde of preferente schuldeisers worden verlaagd door gedeeltelijke kwijtschelding en kunnen eigendoms- en zeggenschapsrechten van aandeelhouders worden verwaterd door een *debt for equity swap*. Het akkoord kan ook de rechten van borgen en medeschuldenaren jegens de schuldenaar wijzigen, alsmede de rechten van schuldeisers

jegens deze borgen en medeschuldenaars.¹⁷ Dit maakt de gelijktijdige herstructurering van een groep ondernemingen mogelijk. Verder kan een schuldenaar zowel zijn bestaande verplichtingen, alsook toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit lopende overeenkomsten, zoals huurovereenkomsten, herstructureren onder de WHOA.¹⁸

3.2 Aanbieding, inhoud en inrichting

Een schuldenaar kan een akkoord aanbieden aan al zijn schuldeisers en aandeelhouders of aan een deel daarvan.¹⁹ Voor het laatste moet een redelijke grond aanwezig zijn.²⁰ Ontbreekt deze, dan moeten de klassen met gelijk of hoger gerangschikte schuldeisers en aandeelhouders in ruime meerderheid instemmen met het akkoord en daarmee met de keuze om bepaalde schuldeisers en aandeelhouders niet bij het akkoord te betrekken.²¹ Een voordeel van een dergelijke beperking van de stemgerechtigden is dat het akkoord in relatieve rust tot stand komt en de kans op negatieve publiciteit over de ontstane financiële problemen van de schuldenaar lager zal zijn. Indien een schuldenaar nalaat een akkoord aan te bieden, hoewel hij op een faillissement afstevent, dan kan een schuldeiser onder omstandigheden de rechter verzoeken een deskundige aan te wijzen die een akkoord opstelt.²²

De schuldenaar heeft onder de WHOA een grote mate van vrijheid om de inhoud en de inrichting van het akkoord te bepalen. Het akkoord kan onder meer inhouden dat schuldeisers hun vordering gedeeltelijk kwijtschelden, uitstel van betaling verlenen of de aanpassing van rentepercentages aanvaarden om de schuldenlast van de schuldenaar te verlichten. De schuldenaar moet altijd een aantal procedurele randvoorwaarden in acht nemen, waaronder het opnemen van bepaalde informatie bij het akkoord.²³

3.3 Stemprocedure

Een schuldenaar dient de verschillende categorieën schuldeisers en aandeelhouders aan wie hij een akkoord wenst voort te leggen in verschillende klassen in te delen, indien hun belangen of rechten zo verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake kan zijn.²⁴ Daarbij worden schuldeisers en aandeelhouders die in faillissement niet dezelfde rang zouden hebben in verschillende klassen ingedeeld. Zo kunnen er bijvoorbeeld klassen bestaan van concurrente schuldeisers, preferente schuldeisers, dwangcrediteuren, separatisten, aandeelhouders, schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud of een retentierecht et cetera. Iedere klasse krijgt een voorstel dat op de rechten van de schuldeisers en aandeelhouders daarbinnen aansluit. Vervolgens wordt per klasse gestemd over het voorstel, waardoor zo nodig een wijziging van de rechten van één bepaal-

11 Art. 369 lid 1 WHOA. De WHOA is ook van toepassing op verenigingen en coöperaties; het bepaalde over aandeelhouders is van overeenkomstige toepassing op de leden, art. 369 lid 6 WHOA. Banken en verzekeraars zijn uitgezonderd, omdat de Interventiewet voorziet in een specifiek reddingsmechanisme, art. 369 lid 1 WHOA.

12 Art. 370 lid 1 WHOA.

13 Art. 378 lid 1 en lid 2 WHOA.

14 Wel kan andere wetgeving vereisen om partijen waarop het akkoord niet direct ziet bij het proces te betrekken. Medezeggenschapsorganen kunnen zo een adviesrecht hebben krachtens art. 25 WOR.

15 Art. 370 lid 1 WHOA.

16 Art. 369 lid 9 WHOA.

17 Art. 369, lid 7 en art. 370, lid 2 WHOA.

18 Art. 372 WHOA.

19 Art. 370 lid 1 WHOA.

20 De toelichting op de WHOA maakt niet duidelijk wanneer hier sprake van zou kunnen zijn.

21 Art. 381 lid 4, onder d WHOA.

22 Art. 371 WHOA.

23 Art. 373 en 374 WHOA.

24 Art. 373 WHOA.

de klasse kan worden bewerkstelligd.²⁵ Slechts crediteuren wier rechten zouden worden aangetast door het akkoord hebben stemrecht. De stemming mag elektronisch plaatsvinden. In een voorkomend geval heeft niet een schuldeiser of een aandeelhouder stemrecht bij een akkoord, maar de persoon die het economisch belang heeft bij de vordering, respectievelijk aandeel.²⁶ In dat geval mag de economisch gerechtigde c.q. certificaathouder stemmen. Kortom: degene die het financiële risico van een akkoord draagt, is gerechtigd hierover te stemmen.

De stemuitslag bij een dwangakkoord is afhankelijk van het gedeelte van de schuldenlast dat door de voorstellers wordt vertegenwoordigd. Een akkoord geldt binnen een klasse als aangenomen, indien een groep schuldeisers die samen ten minste twee derde vertegenwoordigen van het totaalbedrag aan vorderingen van de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.²⁷

3.4 Homologatie en gevolgen

De rechter kan een aangenomen akkoord homologeren, waardoor dit verbindend wordt voor alle betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Dit zijn alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders – onverschillig of zij een afkeurende, een instemmende of geen stem hebben uitgebracht – van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd. De rechter toetst altijd eerst ambtshalve of alle betrokken schuldeisers en aandeelhouders naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord, de gelegenheid hebben gehad hierover hun stem uit te brengen en op de hoogte zijn gebracht van de datum waarop de behandeling van het homologatieverzoek zou plaatsvinden. Is aan een van deze verplichtingen niet voldaan, zal de rechter weigeren het akkoord te homologeren, tenzij de niet naar behoren geïnformeerde schuldeisers en aandeelhouders verklaren het akkoord te aanvaarden.²⁸

De rechtbank kan de homologatie van een akkoord niet alleen weigeren na een ambtshalve toetsing, maar ook na een gemotiveerd verzoek daartoe van schuldeisers of aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd. Zij kunnen hiervoor tot aan de behandeling van het homologatieverzoek een beroep doen op een algemene of een aanvullende weigeringsgrond. Bij een geslaagd beroep op een algemene weigeringsgrond, zal de rechtbank het homologatieverzoek weigeren, ook al hebben alle klassen met het akkoord ingestemd. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om het niet naleven van procedurele randvoorwaarden voor een akkoord.²⁹ Aanvullende weigeringsgronden spelen uitsluitend een rol wan-

neer niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd.³⁰ Daarbij zal de rechtbank de homologatie weigeren, indien homologatie zou leiden tot een oneerlijke verdeling van de herstructureringslasten of de potentiële 'going concern' waarde onder de klassen. De beoordelingscriteria om te bepalen of hiervan sprake is, zijn ontleend aan de Amerikaanse *Chapter 11* procedure.³¹ De bevoegdheid om een beroep te doen op een algemene of een aanvullende weigeringsgrond vervalt indien de betreffende schuldeiser of aandeelhouder al eerder op de hoogte was van de weigeringsgrond, maar de schuldenaar daarover nooit heeft aangesproken.³²

De rechter kan een akkoord homologeren, indien ten minste één klasse met het akkoord heeft ingestemd.³³ Indien een akkoord onder de WHOA wordt goedgekeurd door de rechter, dan bindt dit alle schuldeisers en aandeelhouders die gerechtigd waren daarover te stemmen. Ook de schuldeisers of aandeelhouders die uiteindelijk geen stem hebben uitgebracht of tegen het akkoord hebben gestemd, zijn toch aan het akkoord gebonden.³⁴ Tegen een beslissing op een homologatieverzoek staat geen hogere voorziening open.³⁵ De homologatiebeschikking levert een executoriale titel op.³⁶ Indien de schuldenaar het gehomologeerde akkoord niet (tijdig) uitvoert, kunnen schuldeisers nakoming daarvan afdwingen. Bovendien dient de schuldenaar aan de schuldeisers en aandeelhouders die als gevolg van de niet-nakoming schade lijden, deze te vergoeden. Mogelijk kunnen schuldeisers en aandeelhouders bij niet (tijdige) nakoming van het akkoord door de schuldenaar het akkoord ontbinden. Dit recht kan in het akkoord worden uitgesloten.³⁷

3.5 Aanvullende maatregelen

De WHOA voorziet in een aantal aanvullende maatregelen die erop is gericht de schuldenaar in staat te stellen een akkoord tot stand te brengen. Zo kan de rechter op verzoek van de schuldenaar een afkoelingsperiode afkondigen jegens (een gedeelte van) de schuldeisers voor ten hoogste twee maal twee maanden.³⁸ Gedurende deze periode kunnen schuldeisers zich zonder voorafgaande toestemming van de rechter niet verhalen op het vermogen van de schuldenaar of van hem goederen opeisen. Daarnaast kan de rechter op verzoek van de schuldenaar de behandeling van een faillissementsverzoek van een schuldeiser schorsen, voor zover op dat moment een voldoende uitgewerkt akkoord is aangeboden dat niet al door de schuldeisers is afgewezen.³⁹ Voornoemde maatregelen beogen te voorkomen dat de schuldeisers die in geen geval willen meewerken aan

25 Art. 378 lid 3 WHOA.

26 Art. 369 lid 4 en lid 5 WHOA.

27 Art. 378 lid 4 en lid 5 WHOA. Bij aandeelhoudersklassen wordt gekeken naar het aantal voorstemmende aandeelhouders ten opzichte van het aantal binnen de klasse uitgebrachte stemmen.

28 Art. 381 lid 2 WHOA.

29 Art. 381 lid 3 WHOA. De algemene weigeringsgronden betreffen niet-naleving van procedurevoorschriften voor aanbieding, inhoud en inrichting van en stemming over een akkoord, onredelijkheid van het akkoord ('*best interest of creditors test*'), onvoldoende waarborgen voor nakoming, onregelmatige wijze van totstandkoming en andere zwaarwegende redenen die zich verzetten tegen homologatie.

30 Art. 381 lid 4 WHOA.

31 Art. 381 lid 4 WHOA, waaronder de '*absolute priority rule*' (sub a), de '*not more than 100%-rule*' (sub b) en de '*no unfair discrimination test*' (sub c en d).

32 Art. 380 lid 3 WHOA.

33 Art. 380 lid 1 WHOA.

34 Art. 382 WHOA.

35 Niettemin kan de rechtbank in het kader van de behandeling van een verzoek wel prejudiciële vragen stellen aan de Hoge Raad over de wijze waarop een bepaling van de WHOA dient te worden toegepast. Daarnaast kan de procureur-generaal cassatie in belang der wet instellen.

36 Art. 383 WHOA.

37 Art. 384 WHOA.

38 Art. 375 WHOA.

39 Art. 3d WHOA.

een herstructurering, de onderhandelingen over een akkoord onder druk kunnen zetten door verhaalsacties in te stellen of daarmee te dreigen.

Verder biedt de WHOA een tweetal aanvullende maatregelen op contractueel gebied. Ten eerste geldt dat *ipso facto* clausules zonder gevolg blijven.⁴⁰ Contractsbepalingen op basis waarvan de overeenkomst door het aanbieden van een akkoord eindigt of mag worden beëindigd c.q. wijzigt, blijven buiten toepassing. Ten tweede kan de schuldenaar zijn contractspartij bij een wederkerige overeenkomst voorleggen de overeenkomst te wijzigen om zo zijn toekomstige verplichtingen te herstructureren. Stemt de wederpartij daarmee niet in, kan de schuldenaar de overeenkomst opzeggen tegen een termijn van maximaal drie maanden. De schadevergoedingsvordering die uit de wijziging of opzegging ontstaat, kan worden meegenomen in het akkoord.⁴¹

Daarbij komt dat het onder de WHOA aantrekkelijker wordt om pand- en hypotheekrechten te vestigen voor een nieuwe financiering voor het voldoen van de operationele betalingsverplichtingen tijdens akkoordonderhandelingen. Indien aan een aantal randvoorwaarden wordt voldaan, geldt het vermoeden dat de betreffende rechtshandelingen niet kunnen worden vernietigd met de faillissementspauliana.⁴² Om partijen in de gelegenheid te stellen tot een akkoord te komen dat is toegesneden op de specifieke omstandigheden van het geval, is de betrokkenheid van de rechter tot aan het homologatieverzoek in beginsel beperkt. In de onderhandelingsfase kan de schuldenaar niettemin bepaalde geschilpunten waar onzekerheid over bestaan aan de rechter voorleggen om de *'deal certainty'* te bevorderen. Het gaat hier om kwesties zoals de bevoegdheid van de schuldenaar een akkoord onder de WHOA aan te bieden, de juistheid van door de schuldenaar verstrekte informatie en de stemmingsprocedure.⁴³ Tot slot bevat de WHOA een maatwerkbeeping op basis waarvan de rechtbank voorzieningen kan treffen om de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders te waarborgen.⁴⁴

4. Tot slot

Het gewijzigd voorontwerp van de WHOA heeft de conceptregeling van 2014 op diverse punten verbeterd, mede naar aanleiding van reacties op de eerdere consultatie. Zo is onder meer het instrumentarium van schuldenaars bij de totstandkoming van een akkoord verder geoptimaliseerd door diverse aanvullende maatregelen, waarmee de slagingskans van de herstructurering wordt vergroot. De wetgever zal ook de reacties op de huidige conceptregeling inventariseren na sluiting van de consultatie die tot 1 december 2017

duurt en mogelijk de WHOA nader wijzigen. Schuldenaren kunnen pas van het buitengerechtelijk dwangakkoord gebruikmaken, nadat de WHOA als wetvoorstel is ingediend, door de Tweede en de Eerste Kamer is aangenomen en tot wet is verheven. Wanneer het zover is, zal de reorganisatie-gereedheidskist met een waardevolle *tool* zijn uitgebreid.

40 Art. 372 lid 2 en lid 3 WHOA. Het betreft onder meer clausules die automatisch contractuele gevolgen verbinden aan het openen van een insolventieprocedure of een andere insolventie gerelateerde gebeurtenis jegens de schuldenaar.

41 Art. 369, lid 7 en art. 370, lid 2 WHOA.

42 Art. 42a WHOA. Enigszins merkwaardig is deze bepaling wel, nu een curator reeds de bewijslast draagt voor de stalling dat paulianeus zou zijn gehandeld.

43 Art. 376 WHOA.

44 Art. 377 WHOA.