

Vergaderjaar 2019–2020

**35 249**

## **Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)**

**Nr. 6**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 4 december 2019

Met veel belangstelling heb ik kennisgenomen van de opmerkingen en vragen van de leden van de fracties van de VVD, het CDA en D66. Ik ben deze partijen erkentelijk voor de steun die zij in het verslag hebben uitgesproken voor het wetsvoorstel. Er is veel belangstelling uit de praktijk voor de voorgestelde regeling (hierna: WHOA). De indiening van het wetsvoorstel heeft geleid tot het verschijnen van themanummers van twee vakbladen op het terrein van het Insolventierecht; het Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl) en het Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventie rechtspraak.<sup>1</sup> Er worden congressen en workshops gehouden over de WHOA en van de Raad voor de rechtspraak heb ik begrepen dat het landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen en surseances van betaling (Recofa) al is gestart met het opstellen van een procesreglement. Ik leid hieruit af dat de voorgestelde regeling – net als tijdens de eerdere consultaties – nog steeds kan rekenen op brede steun vanuit de praktijk en dat de praktijk ook graag met de WHOA aan de slag wil.

Graag ga ik in deze nota in op de gestelde vragen en de gemaakte opmerkingen. Ik heb van de gelegenheid gebruik gemaakt om in een nota van wijziging nog enkele aanpassingen in de WHOA door te voeren.

### **1. Achtergrond en aanleiding voor het wetsvoorstel**

De leden van de VVD-fractie merken op dat ik in mijn brief van 27 augustus 2019 heb aangekondigd de Europese richtlijn betreffende de preventieve herstructureringsstelsels (EU) 2019/1023 (hierna: de richtlijn) te zullen implementeren in de surseanceregeling.<sup>2</sup> Zij vragen de regering te heroverwegen of het nodig en wenselijk is de richtlijn óók te verwerken in het onderhavige wetsvoorstel, terwijl de richtlijn beter en met minder schuring in de surseanceregeling lijkt te passen. Een voorbeeld is het vereiste in de richtlijn dat bij MKB-ondernemingen instemming van de

<sup>1</sup> «Special – Het wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord», Tvl, oktober 2019, nr. 5 en «WHOA special», FIP, 6 oktober 2019, nr. 6.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2018–2019, 33 695, nr. 18.

schuldenaar is vereist om een akkoord te kunnen laten aanbieden of homologeren (hierna: instemmingsvereiste) (artikelen 4, achtste lid en 11, eerste lid, van de richtlijn en artikelen 381, tweede lid en 383, tweede lid van het wetsvoorstel). Het wetsvoorstel kent het recht om een akkoord te initiëren terecht ook toe aan crediteuren en werknemersvertegenwoordigers (artikel 371, eerste lid). Het vereiste van instemming van de schuldenaar kan volgens deze leden zorgen voor een aantasting van het recht van crediteuren en werknemers om een akkoord te initiëren en geeft controlerend aandeelhouders die geen economisch belang meer hebben de mogelijkheid een akkoord dat in het belang is van crediteuren en werknemers te ondergraven. Dit probleem doet zich bij implementatie in de surseanceregeling niet voelen, omdat het in surseance uitsluitend de schuldenaar is die een akkoord kan aanbieden. Crediteuren en werknemers hebben dit recht in surseance niet. De richtlijn is ook op andere onderdelen in het wetsvoorstel verwerkt (bijvoorbeeld in de artikelen 371, tiende lid, 376, vijfde lid, 376, zesde lid, onder b, 383, vierde lid, en 384, tweede lid, onder f).

De keuze om het in de richtlijn voorziene herstructureringsstelsel te implementeren in de surseanceregeling en de WHOA tegelijkertijd bij de richtlijn te laten aansluiten, is bewust en weloverwogen gemaakt. De richtlijn is maatgevend voor de richting waarin wij in ieder geval in Europees verband gaan op het terrein van het insolventierecht. Ondernemers moeten meer mogelijkheden krijgen om financiële problemen tijdig op te lossen en een faillissement te voorkomen. Ook moeten zij gestimuleerd worden om gebruik te maken van die mogelijkheden. In dit verband is het van belang dat ondernemers zoveel mogelijk volledig beheers- en beschikkingsbevoegd blijven en zelf de controle kunnen houden over het proces. Tegelijkertijd moeten de belangen van de betrokken vermogensverschaffers (d.w.z. de schuldeisers en de aandeelhouders) ook worden gerespecteerd. Het instemmingsvereiste, maar ook de andere bepalingen die genoemd worden in de vraag van de VVD-fractie sluiten hierbij aan. Ook de WHOA vindt zijn basis in deze uitgangspunten. Vanaf het moment dat de voorbereiding van de WHOA parallel begon te lopen met de onderhandelingen over de richtlijn, is er daarom voor gekozen om beide trajecten zoveel mogelijk op elkaar aan te laten sluiten. Tijdens de onderhandelingen over de richtlijn is bij het bepalen van de onderhandelingspositie steeds rekening gehouden met de in ontwikkeling zijnde WHOA. Omgekeerd is de WHOA ook telkens afgestemd op de aanpassingen die tijdens de onderhandelingen in de ontwerprichtlijn werden doorgevoerd. In de nota van wijziging is in dit verband nog een aanpassing in de WHOA doorgevoerd. Deze benadering heeft er onder meer toe geleid dat het door de leden van de VVD-fractie aangehaalde instemmingsvereiste van de schuldenaar in de WHOA is geïntroduceerd. Sommige praktijkexperts denken dat de WHOA hierdoor minder effectief wordt. Ik deel die gedachten niet. Om dit nader toe te lichten, leg ik kort uit waar het bij het instemmingsvereiste om gaat.

De WHOA biedt naast de schuldenaar ook aan de schuldeisers, de aandeelhouders of de binnen de onderneming ingestelde ondernemingsraad (OR) of personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid om het initiatief te nemen bij de totstandkoming van een akkoord (hierna: het initiatiefrecht). In artikel 371 is bepaald dat zij de rechter kunnen vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die vervolgens een akkoord kan voorbereiden en aan de betrokken schuldeisers en aandeelhouders kan voorleggen. Als de schuldenaar echter een MKB-bedrijf is, heeft de herstructureringsdeskundige op basis van artikel 381, tweede lid, instemming nodig van de schuldenaar voordat hij het akkoord in stemming kan brengen. Als vervolgens uit de stemming blijkt dat niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd, heeft de herstructureringsdeskundige op basis van artikel 383, tweede lid, opnieuw

instemming nodig van de schuldenaar om een verzoek tot homologatie van het akkoord in te kunnen dienen bij de rechter. Daarbij is bepaald dat de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren deze instemming te verlenen.

Door verschillende praktijkexperts wordt het initiatiefrecht van de schuldeisers, de aandeelhouders of de binnen de onderneming ingestelde OR en personeelsvertegenwoordiging omarmd. In dit kader is betoogd dat dit recht vooral van belang is om bij het tot stand brengen van een akkoord effectief met de aandeelhouders om te kunnen gaan. Enerzijds hebben aandeelhouders bij het verhaal van hun vordering op het vermogen van de schuldenaar de meest achtergestelde positie; als meerdere vermogensverschaffers – waaronder financiers met een zekerheidsrecht, concurrente crediteuren en aandeelhouders – op hetzelfde moment hun vordering opeisen, komen de aandeelhouders pas aan bod als de vorderingen van alle anderen zijn voldaan. Anderzijds kunnen de aandeelhouders vooral via de vergadering van aandeelhouders (AVA) controle uitoefenen op het bestuur van de onderneming; het bestuur moet de AVA goedkeuring vragen voor besluiten die – kort gezegd – zien op de toekomst van de onderneming, als de AVA in de statuten daartoe bevoegd is gemaakt kan zij het bestuur aanwijzingen geven (artikel 2:394, vierde lid), en de AVA beslist bijvoorbeeld ook over de benoeming, het ontslag en de beloning van bestuurders. Wanneer insolventie dreigt, kan het bestuur straks gebruik maken van de WHOA om de financiële problemen op te lossen. Voor de aandeelhouders betekent dit dan veelal dat zij nieuwe investeringen moeten doen of dat zij positie verliezen. Dit laatste gebeurt bij een omzetting van schulden in aandelen («*debt for equity swap*»). Hierdoor verwatert het belang van de «*oude*» aandeelhouder. Dit vooruitzicht kan leiden tot een prikkel voor de aandeelhouders om hun controle op het bestuur te gebruiken om de start van een akkoordprocedure uit te stellen of om een eenmaal door het bestuur gestarte procedure te dwarsbomen. Daarom is al in de WHOA bepaald dat het bestuur geen formele toestemming nodig heeft van de AVA om zelf een akkoordtraject te starten (artikel 370, vijfde lid). De WHOA biedt het bestuur eveneens de mogelijkheid om de rechter om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige te vragen. Hiermee kan het bestuur voorkomen dat het klem komt te zitten in een belangenconflict tussen aandeelhouders en schuldeisers. Het bestuur heeft om die reden ook voor het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige niet de goedkeuring nodig van de AVA (artikel 371, eerste lid). Door ook de schuldeisers, de ondernemingsraad (OR) of de personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid te bieden om een akkoordtraject te initiëren met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, wordt deze potentiële machtspositie van de aandeelhouders definitief doorbroken.

Ik meen dat de introductie van het instemmingsrecht van de schuldenaar niet zal leiden tot te veel macht voor de aandeelhouders. In de eerste plaats kunnen de aandeelhouders niet verhinderen dat er een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen. Als de rechter vaststelt dat de schuldenaar in de toestand van onvermijdelijke insolventie verkeert, wijst hij een verzoek van de schuldeisers tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige in beginsel toe.<sup>3</sup> Daarnaast mag van een eenmaal aangestelde herstructureringsdeskundige verwacht worden dat hij in staat is om op een goede manier om te gaan met de invloed van alle betrokken vermogensverschaffers – waaronder dus ook die van de aandeelhouders. Verder is het aan de herstructureringsdeskundige om het bestuur te overtuigen van de noodzaak van het ingezette akkoordtraject. Dit is van

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2018/2019, 35 249, nr. 3, p. 40–41.

belang omdat een akkoordprocedure vrijwel altijd alleen kans van slagen heeft als de herstructureringsdeskundige goed samenwerkt met het bestuur. Om een akkoord tot stand te kunnen brengen moet een herstructureringsdeskundige zich verdiepen in alle bedrijfsaspecten. Het bestuur beschikt over de relevante (bedrijfs)informatie. Bovendien blijft het bestuur volledig beheers- en beschikkingsbevoegd en verantwoordelijk voor de voorzetting van de onderneming terwijl de akkoordprocedure loopt. Het is van belang dat de herstructureringsdeskundige goed door het bestuur op de hoogte wordt gehouden over hoe de onderneming er in financiële zin voor staat. De herstructureringsdeskundige moet weten hoe lang er nog voldoende liquide middelen zijn om de onderneming en daarmee ook het akkoordtraject voort te kunnen zetten. Ook dit maakt een nauwe betrokkenheid van het bestuur bij de totstandkoming van dat akkoord van groot belang. Een goede samenwerking tussen het bestuur en de herstructureringsdeskundige is dus cruciaal om een akkoord tot stand te laten komen. Ik verwacht daarom niet dat het instemmingsver-eiste van de schuldenaar in de praktijk een wezenlijk probleem zal opleveren.

Mocht dit in een uitzonderingsgeval toch zo zijn, dan voorziet artikel 378, eerste lid, onderdeel g, in de mogelijkheid om de rechter bij dit geschil te betrekken. Door middel van een nota van wijziging wordt deze regeling nog iets aangescherpt. Bepaald is dat de herstructureringsdeskundige de rechter kan vragen om zich uit te laten over de weigering van het bestuur om instemming te verlenen om een akkoord te laten aanbieden of homologeren. De rechter zal de herstructureringsdeskundige en het bestuur vervolgens oproepen om te worden gehoord (artikel 378, zevende lid). Het bestuur moet dan kenbaar maken wat de reden is dat zij weigert instemming te verlenen. Als het door de herstructureringsdeskundige voorgestelde akkoord de financiële problemen adequaat adresseert en aannemelijk is dat het akkoord voldoet aan alle homologatiecriteria dan heeft bestuur in beginsel geen goede reden om niet in te stemmen met het in stemming brengen van het akkoord. Indien het bestuur terecht bezwaren heeft bij het akkoord, heeft het de voorkeur dat dit zo snel mogelijk aan het licht komt en bijvoorbeeld niet pas na de stemming, bij de behandeling van het homologatieverzoek of zelfs pas bij de uitvoering van het akkoord als er niets meer recht te zetten valt. Zoals eerder opgemerkt kan directe of indirecte druk van de aandeelhouders geen reden zijn om instemming te weigeren. De aandeelhouders hebben in de WHOA andere wegen gekregen om hun bezwaren bij het voorgelegde akkoord kenbaar te maken. Zij krijgen de gelegenheid om over het akkoord te stemmen en zij kunnen bezwaar maken tegen het verzoek tot homologatie (artikelen 381, derde lid, en 383, achtste lid). Als de rechter tot de conclusie komt dat het bestuur geen goede reden heeft om de instemming te weigeren, kan hij in plaats van het bestuur instemming verlenen voor aanbieding van een akkoord en kan de herstructureringsdeskundige het akkoordtraject alsnog voortzetten (artikel 378, eerste lid, onderdeel g, en vijfde lid).

De leden van de CDA-fractie merken op dat zij in de memorie van toelichting gelezen hebben dat de aanleiding van het wetsvoorstel onder meer is dat bedrijven die willen herstructureren uitwijken naar het Verenigd Koninkrijk of de Verenigde Staten, omdat deze landen meer (wettelijke) mogelijkheden hiertoe kennen. Zij vragen de regering of deze bedrijven – of enkele daarvan – ook kenbaar hebben gemaakt dat zij zich hiertoe gedwongen zagen vanwege het gebrek aan wetgeving in Nederland. Ook vragen deze leden op welke punten de wetgeving in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten voordeel biedt ten opzichte van de huidige situatie en of deze voordelen met dit wetsvoorstel voldoende tegemoet worden gekomen.

Voor de bedrijven die genoemd zijn in de voetnoot 10 van de memorie van toelichting geldt dat zij in de afgelopen jaren zijn uitgeweken naar het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten om daar gebruik te maken van respectievelijk (vooral) de «*Scheme of Arrangement*» en de «*Chapter 11*»-procedure. De precieze achtergronden van die keuze zijn mij niet bekend. Wel is feit dat op het moment dat de bedrijven gebruik maakten van de «*Scheme of Arrangement*» en de «*Chapter 11*»-procedure een soortgelijke akkoordregeling in Nederland nog niet beschikbaar was. Met de WHOA wordt die regeling alsnog ingevoerd. De WHOA is geïnspireerd op de «*Scheme of Arrangement*» en de «*Chapter 11*»-procedure. 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 (artikel 371), het uitgangspunt dat de ondernemer volledig beheers- en beschikkingsbevoegd blijft («*debtor in possession*»), de stemming over het akkoord per klasse van schuldeisers (artikelen 374 en 381, zesde lid), enkele van de homologatievoorwaarden (de «*best interest of creditors test*» en de «*absolute priority rule*») (artikel 384, derde lid, en vierde lid, onder a) en de mogelijkheid dat een tegenstemmende klasse door de rechter aan het akkoord wordt gebonden («*cross-class cram down*») (artikelen 383, eerste lid, en 384, vierde lid). Met de WHOA wordt een procedure geïntroduceerd die in de praktijk snel, efficiënt en flexibel toegepast kan worden en waarbij de ondernemer zelf controle kan houden over het proces. De betrokkenheid van de rechter is tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt. Wel kan de rechter op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige gevraagd worden om in een eerder stadium duidelijkheid te verschaffen over punten van onzekerheid (artikel 378, eerste lid). De WHOA heeft hiermee verschillende voordelen ten opzichte van de «*Scheme of Arrangement*» en de «*Chapter 11*»-procedure. Om die reden zal de WHOA voor herstructureringen met uitsluitend een Nederlandse context hoe dan ook de beste optie zijn. Vanwege deze voordelen kan de WHOA ook voor herstructureringen met grensoverschrijdende aspecten een aantrekkelijk alternatief worden. Daar komt bij dat de Nederlandse rechtspraak in het buitenland een hoog aanzien heeft door de hoge mate van deskundigheid en betrouwbaarheid.<sup>4</sup> Tegen die achtergrond biedt de WHOA een akkoordprocedure die minder bureaucratisch is dan de «*Chapter 11*»-procedure. In de «*Chapter 11*»-procedure is de betrokkenheid van de rechter zeer groot; er zijn in de loop van het proces veel momenten waarop de rechter om toestemming moet worden gevraagd. Het doorlopen van een akkoordprocedure onder de WHOA is ook veel minder kostbaar dan een «*Chapter 11*»-procedure in de Verenigde Staten of een «*Scheme of Arrangement*» in Londen. Voor de «*Scheme of Arrangement*» geldt bovendien dat het na de Brexit onzeker is of een beslissing van de Engelse rechter waarbij het akkoord verbindend wordt verklaard nog wel erkend zal worden in Europa. De WHOA biedt met de openbare akkoordprocedure die onder Insolventieverordening zal worden gebracht hier juist wel zekerheid over. Het feit dat een akkoordprocedure onder de WHOA in het Nederlands gevoerd moet worden, kan eventueel wel een belemmering zijn. Wellicht kan in de toekomst geëxperimenteerd worden met behandeling van WHOA-zaken en het doen van gerechtelijke uitspraken in het Engels, zoals nu al gebeurt met commerciële geschillen bij de Netherlands Commercial Court. Ook geldt natuurlijk dat de «*Scheme of Arrangement*» en «*Chapter 11*»-procedure wel al decennialang goede «*naam en faam*» hebben gemaakt, terwijl de WHOA zich nog moet gaan bewijzen. Verder zal de «*Chapter 11*»-procedure aantrekkelijk blijven bij wereldwijde herstructureringen van

<sup>4</sup> In de Rule of Law Index 2019 van het World Justice Project staat de civiele rechtspraak op de tweede plaats in de wereldranglijst van 126 onderzochte staten: [https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2019-Single%20Page%20View-Reduced\\_0.pdf](https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2019-Single%20Page%20View-Reduced_0.pdf).

internationale ondernemingen met een hoofdkantoor in de Verenigde Staten. De «*Chapter 11*»-procedure kan dan gecombineerd worden met lokale insolventieprocedures in de verschillende betrokken landen die vervolgens onder «*Chapter 15*» van de US Bankruptcy Code door de Amerikaanse rechter kunnen worden erkend. In mijn brief van 27 augustus jl. heb ik bij uw Kamer aangekondigd dat op dit moment onderzocht wordt hoe de Faillissementswet kan worden aangepast, zodat buitenlandse insolventieprocedures in de toekomst ook door de Nederlandse rechter gemakkelijker kunnen worden erkend.<sup>5</sup> Hiermee kan de WHOA op termijn nog effectiever worden ingezet in internationale herstructureringsoperaties. Een onderneming die een financiële herstructurering nastreeft, zal zich laten leiden door allerlei overwegingen, zoals snelheid, kosten, controle, reikwijdte en kwaliteit en deskundigheid. De verwachting is dat de WHOA in veel gevallen een aantrekkelijke optie zal zijn, ook voor internationale herstructureringsoperaties.

## **2. Korte beschrijving van de inhoud van de regeling**

### *2.1 Inleiding*

De leden van de CDA-fractie constateren dat de mogelijkheid bestaat een herstructureringsdeskundige aan te stellen die vervolgens een akkoord kan voorbereiden. Zij vragen zich af of de herstructureringsdeskundige aan bepaalde kwaliteitseisen dient te voldoen, of het doorgaan zal gaan om een jurist zoals een curator of een bedrijfskundige en of hier objectieve kwaliteitseisen voor zijn opgesteld.

De WHOA omvat geen kwaliteitseisen voor de herstructureringsdeskundige. De Faillissementswet omvat nu ook geen kwaliteitseisen voor de curator. Er bestaan binnen de insolventiepraktijk wel verschillende (zelfregulerings)instrumenten die zorgen voor een kwalitatief hoogwaardige en efficiënte afwikkeling van faillissementen. Zo hanteren de rechtbanken bij de benoeming van curatoren een lijst met benoembare personen, de zogenaamde curatorenlijsten. De kwaliteit en specifieke kennis en ervaring van de verschillende curatoren op de curatorenlijst is goed bekend bij de rechtbank en de daar werkzame rechters-commissaris. Vaak is sprake van een jarenlange samenwerking bij verschillende faillissementen. Recofa heeft uitgangspunten geformuleerd voor het toelaten tot of verwijderen van personen van de curatorenlijst, over de benoeming van curatoren in individuele faillissementen en over de kwaliteits- en controle-instrumenten die rechtbanken hanteren. De uitgangspunten omvatten onder meer eisen omtrent opleiding, relevante ervaring, integriteit, het bijhouden van vakkennis en de beschikbaarheid van de op de curatorenlijst voorkomende personen. Ik heb begrepen dat Recofa volgens dezelfde systematiek een landelijke of meerdere lokale lijsten gaat opstellen met personen die benoemd kunnen worden als herstructureringsdeskundige. Overigens denk ik dat het bij een herstructureringsdeskundige vooral ook van belang is dat hij naast financiële en juridische kennis beschikt over bepaalde vaardigheden die hem in staat stellen om het akkoordtraject met alle betrokken vermogensverschaffers op een juiste manier te coördineren. Ik denk daarbij vooral aan kwaliteiten als het vermogen om draagvlak te creëren en in dat kader het vertrouwen te winnen en te behouden van het bestuur en van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.

---

<sup>5</sup> *Kamerstukken II 2018/2019*, 33 695, nr. 18, p. 5.

## 2.2 Aanbieding, inhoud en inrichting van het akkoord

### Aanbieding van het akkoord

De leden van de CDA-fractie verwijzen naar de mogelijkheid dat de WHOA ertoe kan strekken dat lopende overeenkomsten eenzijdig worden gewijzigd of beëindigd indien een verzoek hiertoe van toestemming door de rechter wordt voorzien. Dit geldt echter niet voor arbeidsovereenkomsten; de WHOA kan de rechtspositie van werknemers niet wijzigen. Deze leden vragen welke andere mogelijkheden een onderneming heeft als bij een herstructurering ook een reorganisatie van het bedrijf – met daarbij mogelijke ontslagrondes – nodig is, of dan per definitie sprake zal zijn van ontslag en het (zo mogelijk) moeten aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst en of andere wetgeving hier mogelijkheden voor biedt.

De leden van de CDA-fractie merken terecht op dat een akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in de rechten van werknemers (artikel 369, vierde lid). Als bij een herstructurering ook een reorganisatie van het personeelsbestand nodig is, dient dit te gebeuren op basis van het reguliere arbeidsrecht dat is neergelegd in Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Wanneer als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen komen te vervallen, kan de werkgever het UWV om toestemming vragen om arbeidsovereenkomsten op te zeggen. Op grote reorganisaties is vaak een sociaal plan van toepassing. Een sociaal plan is doorgaans een overeenkomst tussen de werkgever en één of meerdere vakorganisaties, de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging, waarin de personele gevolgen van een reorganisatie worden geregeld. Het plan kan inhouden dat medewerkers worden ontslagen, maar ook regels bevatten over de herplaatsing van werknemers of de aanpassing van de arbeidsvoorwaarden. In het plan wordt ook vastgelegd welke rechten de betrokken werknemers hebben. Dit betreft bijvoorbeeld het recht op vergoedingen, begeleidingsfaciliteiten of scholing. Wanneer als gevolg van een reorganisatie meer dan 20 werknemers worden ontslagen, moet de werkgever dit op basis van artikel 3 van de Wet melding collectief ontslag melden bij het UWV en bij de belanghebbende verenigingen van werknemers.

### Inhoud en inrichting van het akkoord

De leden van de CDA-fractie refereren aan de complexe systematiek rondom de stemming over het onderhands akkoord waarin sprake is van meerdere categorieën schuldeisers die allen een ander aanbod gedaan kan worden. Zij vragen de regering – ook verwijzend naar de opmerking dat de regering verwacht dat vooral grote bedrijven gebruik zullen maken van de WHOA – hoe geborgd wordt dat bij een complexe herstructurering het overzicht wordt bewaard en of er een risico bestaat dat het te complex wordt voor een schuldenaar waardoor de herstructurering in gevaar komt. Ook vragen deze leden welke waarborgen er zijn om te voorkomen dat de schuldenaar de verschillende klassen van schuldeisers tegen elkaar kan uitspelen en of de verschillende klassen van schuldeisers op de hoogte worden gesteld van de verschillende aanbiedingen die de schuldenaar doet.

Doel van de WHOA is om ondernemers in de klemmende situatie van dreigende insolventie een instrument te bieden waarmee zij hun financiële problemen alsnog tijdig kunnen oplossen. Om dit doel te bereiken is de WHOA zo veel mogelijk vormgegeven als een kaderregeling bestaande uit bepalingen die voor zichzelf spreken. Daardoor kan de WHOA in de praktijk snel, efficiënt en flexibel toegepast worden en is de regeling ook toegankelijk voor het MKB. Tegelijkertijd biedt de WHOA de nodige rechterlijke waarborgen waar de regeling ingrijpende gevolgen

mee kan brengen voor schuldeisers en aandeelhouders. De regel dat de stemming over het akkoord plaatsvindt in klassen en de daarmee samenhangende klassenindeling zijn uitwerkingen van deze uitgangspunten. Deze bepalingen hebben de volgende achtergrond.

Een belangrijke voorwaarde waaraan voldaan moet zijn om een akkoord in aanmerking te laten komen voor homologatie door de rechter is dat hiermee een dreigend faillissement kan worden voorkomen van een onderneming die na een herstructurering van de schulden weer financieel gezond is. Hierbij gaat het in feite om de vraag of de vermogensverschaffers van de onderneming er nog vertrouwen in hebben dat de onderneming het na een herstructurering van de schulden gaat redden en dus *levensvatbaar* is. Om gehomologeerd te kunnen worden, moet het akkoord ook *redelijk* zijn in de zin dat de schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord worden betrokken erbij gebaat zijn of er in ieder geval niet op achteruit gaan als het akkoord tot stand komt. Verder moeten schuldeisers in een gelijke positie gelijk worden behandeld, tenzij de schuldeisers die minder bedeed worden hiermee instemmen of de schuldenaar een redelijke grond kan aandragen voor zijn keuze om onderscheid te maken.

De klassenindeling en de stemming over het akkoord in klassen helpen de betrokken schuldeisers en aandeelhouders om te toetsen of het akkoord voldoet aan deze voorwaarden. Deze onderdelen van de WHOA zorgen dus juist voor overzicht. De WHOA gaat ervan uit dat als bij de stemming blijkt dat onder de betrokken schuldeisers en aandeelhouders voldoende steun bestaat voor het akkoord er in beginsel van mag worden uitgegaan dat het akkoord aan beide voorwaarden voldoet. Dit werkt echter alleen maar als de stemming zuiver is. Schuldeisers en aandeelhouders die geen vergelijkbare positie hebben, bezien een akkoord doorgaans anders. Een financier beoordeelt de levensvatbaarheid van de onderneming op een andere manier dan een leverancier of een aandeelhouder. Het is daarom van belang om te weten in welke mate het akkoord wordt gesteund door de verschillende categorieën van vermogensverschaffers. Hiermee moet rekening worden gehouden bij de klassenindeling. Gebeurt dit niet dan is de stemming niet zuiver en heeft de uitslag van de stemming geen betekenis. De enige manier om de stemming wel zuiver en daarmee van waarde te laten zijn, is als de schuldeisers en aandeelhouders met een gelijke positie worden gegroepeerd en per groep worden gevraagd om over het akkoord te stemmen. Dit is wat gebeurt bij de klassenindeling en de stemming per klasse.

De regel waarin is bepaald hoe de klassenindeling gemaakt moet worden is eenvoudig. Bij de klassenindeling hoeft maar met twee factoren rekening te worden gehouden: 1) de rechten die schuldeisers of aandeelhouders hebben in faillissement, en 2) de rechten die zij onder het akkoord aangeboden krijgen. Dit zijn ook precies de twee factoren die van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of het akkoord redelijk is. De eerste factor correspondeert met artikel 384, derde lid. Als een tegenstemmende schuldeiser of aandeelhouder aantoont dat hij op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie komt dan in faillissement, dan is dat in beginsel reden voor de rechter om aan te nemen dat het akkoord niet redelijk is en daarom niet gehomologeerd kan worden (artikel 384, derde lid). De tweede factor hangt samen met artikel 384, vierde lid. De rechter zal eveneens aannemen dat een akkoord niet redelijk is en dus niet gehomologeerd kan worden als een tegenstemmende schuldeiser of aandeelhouder afkomstig uit een tegenstemmende klasse aantoont dat de reorganisatiewaarde die door de herstructurering behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, niet op de juiste manier wordt verdeeld. Dit is aan de orde als bij de verdeling van de reorganisa-



tiewaarde ten nadele van de tegenstemmende klasse wordt afgeweken van de wettelijke rangorde waarbinnen schuldeisers verhaal kunnen halen op de schuldenaar (artikel 384, vierde lid). Verder geldt dat schuldeisers of aandeelhouders die het niet eens zijn met de manier waarop de klassenindeling heeft plaatsgevonden, dit bij de rechtbank onder de aandacht kunnen brengen. Dit kan voor de rechter grond zijn om een verzoek tot homologatie van het akkoord af te wijzen (artikel 384, tweede lid, onderdeel c).

Buiten het feit dat de klassenindeling en de stemming per klasse op zichzelf dus al waarborgen zijn tegen manipulatie van het proces, biedt de WHOA ook nog andere waarborgen. In het akkoord moet onder meer worden opgenomen welke schuldeisers en aandeelhouders bij het akkoord worden betrokken, in welke klassen zij zijn onderverdeeld en aan de hand van welke criteria dit is gebeurd. Ook moet worden vermeld wat de reorganisatiewaarde is die door de herstructurering naar verwachting behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden, welke opbrengst naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een faillissement en hoe dit is berekend. Verder moet in het akkoord inzichtelijk gemaakt worden wat per klasse van schuldeisers en aandeelhouders de financiële gevolgen zijn van het akkoord (artikel 375, eerste lid, onderdelen c, d, e, f, en tweede lid, onderdeel b). De betrokken schuldeisers en aandeelhouders kunnen aan de hand van deze informatie dus zien welke schuldeisers en aandeelhouders allemaal betrokken zijn bij het akkoord, hoe zij zijn onderverdeeld in klassen, wat de reorganisatiewaarde is die verdeeld wordt en welk aanbod elke klasse heeft gekregen. Deze informatie stelt de betrokken schuldeisers en aandeelhouders in staat om te beoordelen of het akkoord redelijk is. Het is daarmee van groot belang dat de betrokken schuldeisers en de aandeelhouders deze informatie krijgen voordat zij hun stem uitbrengen. Als de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zich niet aan deze informatieverplichtingen heeft gehouden, dan wordt een homologatieverzoek in beginsel afgewezen. Dit is alleen anders als het ontbreken van de desbetreffende informatie geen invloed heeft gehad op de uitslag van de stemming (artikel 384, tweede lid, onderdeel e). Als wel alle informatie is verstrekt, maar blijkt dat er gemanipuleerd is met de klassenindeling en de stemming over het akkoord daardoor onzuiver is geweest, biedt de algemene weigeringsgrond van artikel 384, tweede lid, onderdeel i, («andere redenen die zich tegen homologatie verzetten») een basis voor de rechter om het homologatieverzoek af te wijzen.

### *2.3 Stemprocedure en stemrecht*

#### Stemrecht en medezeggenschap

De leden van de CDA-fractie begrijpen dat werknemers geen stemrecht hebben bij het onderhandse akkoord omdat het akkoord geen wijzigingen in de rechten van werknemers kan aanbrengen. Het wetsvoorstel bevestigt enkel het bestaande recht van advisering door de OR, maar maakt het niet mogelijk dat de OR ook als stemgerechtigde partij wordt aangemerkt. De leden van de CDA-fractie vragen waarom de OR niet als stemgerechtigd kan worden aangemerkt en wat daarvan de nadelen zouden zijn. Ook vragen zij welke gevolgen het heeft voor het akkoord indien de OR niet tijdig om advies is gevraagd in de situaties waar de OR wel een adviesrecht heeft en welk gevolg een negatief OR-advies heeft voor mogelijke homologatie van het akkoord.

Zoals opgemerkt in het antwoord op de vorige vraag kan een akkoord alleen in aanmerking komen voor homologatie als het – kort gezegd – *redelijk* is en ervoor kan zorgen dat een dreigend faillissement van een nog *levensvatbare* onderneming kan worden voorkomen. De OR kan niet beoordelen of voldaan is aan deze voorwaarden. De vermogensver-

schaffers van de onderneming kunnen dit wel. Dit geldt zeker als van hen een bijdrage wordt gevraagd in het kader van de herstructurering, zoals een uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van een uitstaande vordering. Daarom hebben alleen de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd stemrecht. Het is echter goed mogelijk dat de herstructureringsoperatie meer het karakter heeft van een reorganisatietraject waarbij naast een herstructurering van schulden ook sprake is van een aanpassing van de bedrijfsvoering om kosten te besparen. Een voorgenomen aanpassing van de bedrijfsvoering is juist bij uitstek een onderwerp waarover de OR kan oordelen en adviseren. Daarom moet de OR in dat geval overeenkomstig artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden in de gelegenheid worden gesteld om zich daarover middels een advies uit te spreken. In het akkoord moet vermeld worden of dit aan de orde is en of de OR ook al om advies is gevraagd of dat dit nog gaat gebeuren (artikel 375, eerste lid, onder I). Als de OR niet tijdig om advies is gevraagd of een negatief advies heeft afgegeven, kan dit een onzekere factor zijn in het kader van de herstructureringsoperatie. Dit kan het vertrouwen in het slagen van de herstructureringsoperatie bij de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders en daarmee ook hun stemgedrag in negatieve zin beïnvloeden.

### Stemprocedure

De leden van de CDA-fractie vragen waarom gekozen is voor een minimum van acht dagen tussen het voorleggen van het definitieve akkoord en de stemming. Is het niet gebruikelijker uit te gaan van tien dagen zoals ook is opgenomen in de richtlijn aandeelhoudersrechten? Artikel 381, eerste lid, schrijft voor dat het akkoord «*gedurende een redelijke termijn [...] voor het plaatsvinden van de stemming*» aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders moet worden voorgelegd. Mede naar aanleiding van de consultatiereacties op het voorontwerp is bepaald dat in ieder geval steeds een termijn van acht dagen in acht moet worden genomen. Zoals artikel 381, eerste lid, expliciet voorschrijft, is het de bedoeling dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, voor de stemming voldoende gelegenheid krijgen om «*een geïnformeerd oordeel te kunnen vormen*» over het akkoord. Waar het om gaat is dat de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voldoende gelegenheid hebben het definitieve ontwerp akkoord te bestuderen. Het hangt af van de omstandigheden van het geval hoeveel tijd daarvoor precies nodig is. Het is mogelijk dat daar meer tijd voor nodig is dan de genoemde termijn van acht dagen. Het niet in acht nemen van een redelijke termijn levert een grond op voor de rechter om het akkoord niet te homologeren. Dit is alleen anders wanneer de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die hiervan de dupe waren, alsnog verklaren het akkoord te aanvaarden (artikel 384, tweede lid, onderdeel b).

De leden van de CDA-fractie hebben gelezen dat in iedere klasse afzonderlijk gestemd zal worden en dat het daarbij aan de schuldenaar is te bepalen op welke wijze over het akkoord wordt gestemd. Zij vragen of er regels zijn voor wat betreft de kenbaarheid van de uitslag van de stemming, of de schuldenaar ervoor kan kiezen verschillende klassen niet op de hoogte te stellen van het stemgedrag in een andere klasse en of stemgerechtigden nog invloed kunnen uitoefenen op de wijze waarop de stemming zal geschieden, en zo nee, waarom niet.

In artikel 382 is bepaald dat de schuldenaar na de stemming een verslag moeten uitbrengen waarin hij – kort gezegd – vermeldt hoe de stemming is verlopen en wat hiervan de uitslag was. Dit moet hij doen zo spoedig mogelijk en in ieder geval binnen zeven dagen na de stemming. Alle

stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders moeten vervolgens in staat worden gesteld om kennis te nemen van het verslag. Wordt een verzoek ingediend tot homologatie van het akkoord, dan moet het verslag worden gedeponneerd bij de griffie van de rechtbank en kunnen de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders het verslag kosteloos inzien. Als het akkoord wordt voorbereid door een herstructureringsdeskundige, rusten deze verplichtingen op hem.

De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, als hij het akkoord voorbereidt, bepalen hoe er over het akkoord gestemd gaat worden (artikel 375, eerste lid, onderdeel k). Uiteraard is het de bedoeling dat zij kiezen voor een procedure waarbij de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders ook daadwerkelijk in staat gesteld worden om een stem uit te brengen. Mochten de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders van mening zijn dat dit laatste niet het geval is, dan moeten zij dit tijdig aan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige aangeven. Deze kan er dan nog voor zorgen dat de stemprocedure worden aangepast. Doet de schuldenaar of de herstructureringsdeskundig niets met het afgegeven signaal en is de stemuitslag daardoor vertekend omdat bepaalde schuldeisers of aandeelhouders niet hebben kunnen stemmen, dan zal de rechter een ingediend homologatieverzoek moeten afwijzen (artikel 384, tweede lid, onderdeel c).

### *3.4. Homologatie van het akkoord door de rechter*

De leden van de CDA-fractie hebben gelezen dat tegen de beslissing van de rechter geen hoger beroep of cassatie mogelijk is omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie, maar dat het wel mogelijk is prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. De leden vragen hoe geborgd wordt dat de beantwoording van deze prejudiciële vragen niet onnodig veel tijd in beslag neemt, gezien het feit dat ze worden gesteld in de klemmende situatie van dreigende insolventie en of er een spoedprocedure bij de Hoge Raad moet worden ingericht. Zoals ik eerder heb toegelicht, is de WHOA zo veel mogelijk vormgegeven als een kaderregeling bestaande uit bepalingen die voor zichzelf spreken. Ik hoop en ga er ook vanuit dat de rechtspraak hiermee goed uit de voeten kan en dat het stellen van «*prejudiciële vragen*» aan de Hoge Raad slechts bij hoge uitzondering nodig zal zijn. Ook is in dit kader van belang dat alleen de rechter de Hoge Raad prejudiciële vragen kan voorleggen en dat het dan bovendien moet gaan om rechtsvragen die in een aanzienlijk aantal zaken aan de orde zijn. Deze voorwaarden vormen ook al een danige beperking van de kans dat het tot een prejudiciële vraag komt. Gelet hierop zie ik op dit moment geen noodzaak voor het inrichten van een spoedprocedure.

### *3.5 Betrokkenheid van de rechter*

De leden van de CDA-fractie begrijpen dat, na overleg met de Raad voor de rechtspraak, geconcludeerd is dat er elf rechters en elf juridisch ondersteuners komen die deel uitmaken van de WHOA-pool. Daarmee wordt een tussenoplossing gevonden voor het probleem dat het nog niet duidelijk is hoeveel gebruik gemaakt gaat worden van de WHOA, zo constateren voornoemde leden. Echter lezen zij in de aanleiding van dit wetsvoorstel dat veel bedrijven uitwijken naar het buitenland om daar te herstructureren. Kan de regering aangeven waarom op basis van deze bedrijven geen inschatting gemaakt kan worden van hoeveel gebruik gemaakt gaat worden van de WHOA? Zoals ik eerder heb beschreven, heeft de WHOA verschillende voordelen ten opzichte van de «*Scheme of Arrangement*» en de «*Chapter 11*»-procedure. Ondernemingen die vergelijkbaar zijn met de bedrijven die

in het verleden gebruik hebben gemaakt van deze twee buitenlandse procedures, zullen daarom in de toekomst naar verwachting gebruik maken van de WHOA. Daarnaast zijn er ook ondernemingen die niet te vergelijken zijn met die bedrijven en voor wie de uitwijking naar Londen of de Verenigde Staten om gebruik te kunnen maken van de «*Scheme of Arrangement*» of de «*Chapter 11*»-procedure nooit een optie zou zijn geweest vanwege de daarmee gemoeide kosten. Voor deze ondernemingen biedt de WHOA nu wel de mogelijkheid om financiële problemen op te lossen en een faillissement te voorkomen. Dit is een nieuwe groep ondernemingen. De vraag hoeveel zaken er zullen komen, valt dus niet te schatten door te kijken naar hoeveel bedrijven in het verleden naar het buitenland zijn gegaan. Een dergelijke route was alleen weggelegd voor de grotere bedrijven, terwijl de WHOA een veel breder bereik beoogt. Verder is ook van belang dat de invoering van de WHOA niet noodzakelijkerwijs hoeft te leiden tot veel meer zaken. De WHOA is bedoeld om het minnelijke traject te ondersteunen en succesvoller te maken. Goed mogelijk is dat de wet vooral de stok achter de deur gaat zijn voor weigeraars om toch in te stemmen met een akkoord en niet langer een machtsmiddel uit te spelen. Als alle partijen instemmen met het akkoord, hoeft de rechter niet betrokken te worden. De praktijk heeft hier hoge verwachtingen van. Als die verwachtingen uitkomen, kan het aantal zaken beperkt blijven. Tenslotte wordt de behoefte aan een herstructureringsprocedure als de WHOA mede bepaald door de economische situatie in Nederland en de rest van de wereld.

De Minister voor Rechtsbescherming,  
S. Dekker