

Het WHOA-akkoord en schuldeisers: een pleidooi voor meer zeggenschap

In deze bijdrage staan de zeggenschapsrechten van schuldeisers in de WHOA centraal. Hoewel een WHOA-akkoord de rechten van schuldeisers fors kan aantasten, hebben schuldeisers (te) weinig formele zeggenschap bij de totstandkoming van het akkoord. In deze bijdrage worden de zeggenschapsrechten van schuldeisers geëvalueerd en worden verschillende mogelijkheden aangereikt om de rechten van schuldeisers te verbeteren, zonder daarmee de vaart uit de totstandkoming van het WHOA-akkoord te halen.



1. Inleiding

De Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) maakt het mogelijk buiten faillissement een dwangakkoord te sluiten. De WHOA heeft grote gevolgen voor schuldeisers. Niet alleen schuldeisers die met het akkoord instemmen zijn daaraan gebonden, maar na homologatie van het akkoord zijn ook tegenstemmende schuldeisers en schuldeisers die geen stem hebben uitgebracht gebonden aan het akkoord. Een dergelijke ingrijpende procedure dient voldoende waarborgen te bevatten voor schuldeisers, om te voorkomen dat zij tegen hun wil gebonden worden aan een onredelijk akkoord.¹ Dergelijke waarborgen zijn in het bijzonder van belang voor schuldeisers die gelet op hun (relatief) geringe vordering, hun afstand tot het bestuur en/of hun beperkte ervaring, weinig buitenwettelijke invloed hebben op de inhoud van het akkoord dat wordt aangeboden.²

In deze bijdrage wordt de zeggenschap van schuldeisers in de WHOA beschreven en geëvalueerd. De vraag die centraal staat is welke formele zeggenschap schuldeisers hebben bij de totstandkoming van een WHOA-akkoord en of de positie van schuldeisers op dit punt verbetering behoeft. Deze bijdrage beperkt zich tot formele zeggenschap van schuldeisers. Het is te verwachten dat het aan te bieden akkoord is afgestemd met de grootste en/of meest invloedrijke schuldeisers. Hoe een dergelijke afstemming in de praktijk plaatsvindt, zal van geval tot ge-

val verschillen. De kans is aanwezig dat schuldeisers met veel informele invloed proberen het akkoord naar hun hand te zetten, desnoods ten koste van schuldeisers met minder informele invloed. Dit onderstreept het belang om schuldeisers voldoende wettelijke middelen te bieden om ervoor te zorgen dat een redelijk akkoord tot stand komt.

Medio 2019 is de herstructureringsrichtlijn³ in werking getreden. Deze richtlijn, die onder meer de contouren van een dwangakkoord buiten faillissement bevat, moet grotendeels uiterlijk 17 juli 2022 zijn geïmplementeerd.⁴ Hoewel de WHOA in eerste instantie niet beoogde de herstructureringsrichtlijn te implementeren⁵ en de minister de richtlijn wilde implementeren in de surseance-regeling,⁶ is in april 2021 een voorontwerp gepubliceerd waarin de richtlijn wordt geïmplementeerd in de WHOA.⁷ Inmiddels is in februari 2022 het wetsvoorstel Implementatiewet betreffende herstructurering en insolventie ingediend bij de Tweede Kamer.⁸ Om die reden wordt bij de beschrijving van mogelijk aanvullende rechten voor schuldeisers mede onderzocht hoe deze aanvullende rechten zich verhouden tot de herstructureringsrichtlijn.

De opzet van dit artikel is als volgt. In paragraaf 2 wordt de akkoordprocedure in vogelvlucht beschreven en worden de rechten van schuldeisers kort aangestipt. In paragraaf 3, 4 en 5 worden verschillende onderdelen van

* Mr. H.J. de Kloe is docent insolventie- en ondernemingsrecht aan de Erasmus School of Law. De auteur bedankt prof. mr. B. Wessels voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage. De tekst van de bijdrage is afgesloten op 25 februari 2022.

1. A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (Serie Onderneming & Recht, deel 118) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 4.2, in het bijzonder nr. 113 en 115.

2. Vgl. W.J. Bartstra, A.L. Jonkers & R.J. de Weijs, 'Nieuwe wet in faillissementsrecht benadeelt vooral kleine ondernemingen', *FD* 13 januari 2020.

3. Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), *PbEU* 2019, L 172/18.

4. Art. 34 lid 1 Herstructureringsrichtlijn. De initiële datum was 17 juli 2021, maar op grond van lid 2 hebben lidstaten die 'bijzondere moeilijkheden ondervinden' bij de implementatie de mogelijkheid tot uitstel van de implementatie met een jaar.

5. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 4.

6. *Kamerstukken II* 2018/19, 33695, nr. 18, p. 3.

7. Voorontwerp Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie, internetconsultatie.nl/herstructurering.

8. *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 2.

de akkoordprocedure en de rechten van schuldeisers daarbij uitgediept. Paragraaf 3 gaat over het treffen van voorzieningen, in paragraaf 4 wordt het artikel 378-verzoek behandeld en paragraaf 5 ziet op de homologatie van het akkoord. In paragraaf 6 wordt ingegaan op de schuldeiserscommissie. Aan de hand van de regeling van het Nederlandse faillissement, de Nederlandse surseance van betaling en de Amerikaanse Chapter 11-procedure, die als inspiratie heeft gediend voor de minister bij het opstellen van de WHOA,⁹ wordt gekeken welke rol een schuldeiserscommissie kan spelen bij de aanbidding van een WHOA-akkoord. Paragraaf 7 sluit af met een conclusie.

2. Schets WHOA/dwangakkoord buiten faillissement

2.1. Aanbidding akkoord

Een schuldenaar die een problematische schuldenlast heeft maar nog wel aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen,¹⁰ kan aan zijn schuldeisers, of een deel daarvan,¹¹ een akkoord aanbieden (art. 370 lid 1 Fw). De akkoordprocedure kan ook worden geïnitieerd door een schuldeiser, een aandeelhouder, de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging. Zij kunnen niet zelf een akkoord aanbieden, maar kunnen wel verzoeken om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die een akkoord kan aanbieden (art. 371 lid 1 Fw).¹²

Schuldeisers worden in beginsel ingedeeld in klassen (art. 374 Fw) en stemmen ook in die klassen over het akkoord.¹³ De reden hiervoor is dat diverse schuldeisers verschillende juridische posities hebben. Een schuldeiser met zakelijke zekerheidsrechten heeft juridisch een andere positie dan een concurrente schuldeiser. De uitkomst van een stemming heeft uitsluitend legitimerende werking als gestemd is door schuldeisers die zich in een (vrijwel) vergelijkbare positie bevinden.¹⁴ In artikel 374 lid 1 Fw is daarom bepaald dat schuldeisers in een andere klasse

moeten worden ingedeeld 'als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is'.¹⁵ In ieder geval moeten schuldeisers die op basis van de wet of een overeenkomst, waarin een achterstellingsclausule is opgenomen, een verschillende rang hebben, in verschillende klassen worden ingedeeld. Verder moeten zogenaamde MKB-schuldeisers die minder dan 20% van hun vordering krijgen aangeboden in een aparte klasse worden ingedeeld (art. 374 lid 2 Fw) en moet de vordering van pand- en hypotheekhouders ter hoogte van de waarde¹⁶ van de goederen waarop een zekerheidsrecht rust in een andere klasse worden geplaatst dan de concurrente restvordering (art. 374 lid 3 Fw).

Het is mogelijk, maar op grond van artikel 374 Fw niet verplicht, om bij de klassenindeling rekening te houden met andere factoren dan de rechten die schuldeisers hebben in faillissement of aangeboden krijgen onder het akkoord en de factoren die zijn genoemd in artikel 374 lid 2 en lid 3 Fw.¹⁷ Wordt met die andere factoren geen rekening gehouden, dan is het mogelijk dat de klassenindeling, hoewel in overeenstemming met artikel 374 Fw, bijdraagt aan de conclusie dat de stemuitslag geen legitimerende werking heeft en dat de homologatie van het akkoord om die reden wordt geweigerd. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als één of meer klassen worden gedomineerd door gelieerde partijen¹⁸ of als er partijen met verschillende rechten zijn die om deze reden in meerdere klassen ingedeeld moeten worden.¹⁹ In het laatste geval wordt de wijze waarop een stem in de ene klasse wordt uitgebracht, mogelijk beïnvloed door de behandeling van dergelijke partijen in de andere klasse.

Het akkoord moet tijdig²⁰ worden voorgelegd en voldoende informatie bevatten (art. 375 Fw), zodat schuldeisers

9. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 4.

10. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 33. Zie ook bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 20 april 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4316, r.o. 4.7.

11. En aandeelhouders, die in deze bijdrage grotendeels buiten beeld blijven. Hoewel het hier met name gaat over de schuldeisers, is het goed om te bedenken dat het akkoord bij een kapitaalvennootschap in de regel ook aangeboden moet worden aan aandeelhouders.

12. Inmiddels is (slechts) één uitspraak gepubliceerd waarin een herstructureringsdeskundige is benoemd op verzoek van schuldeisers. Zie Rb. Amsterdam 25 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1876.

13. Zie over de klassenindeling onder meer Mennens 2020, hoofdstuk 6 en A. Bouts, 'Klassenindeling en stemming', in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers, *De WHOA van wet naar recht* (Serie Recht en Praktijk Insolventierecht, deel InsR18), Deventer: Wolters Kluwer 2021, hoofdstuk 4.

14. N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 4.3.

15. De bewoordingen van het criterium dat wordt gebruikt voor de klassenindeling is niet overal gelijk. In art. 9 lid 4 Herstructureringsrichtlijn is bijvoorbeeld opgenomen dat partijen met 'voldoende gedeelde belangen (...) op basis van verifieerbare criteria' in dezelfde klasse ingedeeld moeten worden. Zie over deze bewoordingen, ook in Engeland en de Verenigde Staten, Mennens 2020, hoofdstuk 6.

16. Zie over die waarde het amendement waarbij lid 3 is ingevoerd, *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, nr. 14. Zie ook A.L. Jonkers, 'De positie van de zekerheidsgerechtigde', in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers, *De WHOA van wet naar recht* (Serie Recht & Praktijk, deel InsR18), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 10.2 en M.M. Hoving, 'Positie zekerheidsgerechtigden bij afkoelingsperiode in de WHOA', in: R.F. Feenstra e.a. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord* (INSOLAD Jaarboek 2021), p. 237.

17. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 49. In de memorie van toelichting wordt als voorbeeld de fiscale behandeling van schuldeisers genoemd.

18. Vergelijk Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8851, r.o. 3.3.16.

19. Rb. Amsterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7643, r.o. 7.8.2.

20. Binnen een redelijke termijn die in ieder geval niet korter is dan acht dagen, aldus art. 381 lid 1 Fw. Een termijn van acht dagen werd niet redelijk geoordeeld in Rb. Oost-Brabant 27 augustus 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4818, r.o. 4. In een andere procedure werd een termijn van elf dagen zonder uitgebreide motivering van de rechtbank wel redelijk geacht. Zie Rb. Amsterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7643, r.o. 3.2 en 7.9. Gelet op de ingewikkeldheid van het voorgelegde akkoord en het feit dat veel schuldeisers

een geïnformeerd oordeel kunnen vormen voordat de stemming over het voorgelegde akkoord plaatsvindt. Onderdeel van de informatie die verschaft moet worden aan schuldeisers, is de klassenindeling (art. 375 lid 1 sub c Fw). De schuldeisers brengen hun stem over het akkoord uit in de klassen waarin zij zijn ingedeeld op een wijze die wordt bepaald door de aanbieder van het akkoord.²¹ Een klasse schuldeisers heeft het akkoord aangenomen als ten minste twee derden van het bedrag aan vorderingen in de klasse heeft ingestemd met het akkoord (art. 381 lid 7 Fw). Als ten minste één klasse die in faillissement een uitkering zou kunnen verwachten heeft ingestemd met het akkoord, dan kan degene die het akkoord heeft aangeboden de rechtbank verzoeken het akkoord te homologeren (art. 383 lid 1 Fw).²² Homologeert de rechtbank het akkoord, dan is het akkoord verbindend voor alle stemgerechtigde schuldeisers (art. 385 Fw).

2.2. Mogelijke betrokkenheid rechtbank voorafgaand aan homologatie

Voorafgaand aan de homologatie wordt de rechtbank niet in alle gevallen betrokken bij het akkoord, maar het is wel mogelijk dat de rechtbank buiten de homologatie om beslissingen neemt. Dat kan het geval zijn al dan niet nadat de schuldenaar ter griffie een startverklaring, waarin een schuldenaar verklaart dat hij start met de voorbereiding van een akkoord, heeft gedeponeerd (art. 370 lid 3 Fw). Ten eerste kan de schuldenaar die het akkoord aanbiedt, de rechtbank verzoeken een herstructureringsdeskundige aan te wijzen die de aanbieding van het akkoord op zich neemt. Dit verzoek kan ook worden gedaan door onder meer een schuldeiser (art. 371 lid 1 Fw). Een schuldeiser kan ook verzoeken een eenmaal aangewezen herstructureringsdeskundige te ontslaan (art. 371 lid 13 Fw). In de tweede plaats kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar, de herstructureringsdes-

kundige of ambtshalve, voorzieningen treffen in het belang van de schuldeisers en aandeelhouders (art. 379 Fw). Een voorziening kan zijn dat een observator wordt aangewezen die toezicht houdt op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog heeft voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (art. 380 Fw). Schuldeisers hebben in beginsel niet de bevoegdheid te verzoeken tot het treffen van dergelijke voorzieningen. Zij hebben die bevoegdheid alleen als ze worden geraakt door een afgekondigde afkoelingsperiode.

Ten derde kan de akkoordaanbieder verzoeken om de afkondiging van een afkoelingsperiode. Gedurende die periode kunnen schuldeisers en andere derden zich niet verhalen op goederen die zich onder de schuldenaar bevinden en wordt de behandeling van een faillissementsaanvraag geschorst (art. 376 Fw).²³ Ook kan de rechtbank op verzoek van de akkoordaanbieder beslagen opheffen.²⁴ Bij de eerste afkondiging van een afkoelingsperiode is dit niet aan de orde,²⁵ maar bij een verlenging op grond van artikel 376 lid 5 Fw worden degenen die door de afkoelingsperiode worden geraakt op grond van artikel 376 lid 11 Fw in de gelegenheid gesteld een zienswijze te geven.²⁶ Zij kunnen op grond van lid 9 en 10 ook verzoeken tot het treffen van voorzieningen, waaronder de aanstelling van een observator, respectievelijk verzoeken de afkoelingsperiode op te heffen. Deze mogelijkheden hebben niet alle schuldeisers, maar slechts schuldeisers die door de afkoelingsperiode worden geraakt.

Op de vierde plaats kan de aanbieder van een akkoord voorafgaand aan de stemming over het akkoord de rechtbank verzoeken een beslissing te nemen over een aspect dat van belang is in het kader van het tot stand brengen van het akkoord (art. 378 Fw). Dit verzoek, de beslissing en de procedure worden hierna 378-verzoek,

publiekrechtelijke rechtspersonen waren waardoor vaak tijdrovende besluitvorming nodig is om een stem uit te brengen, oordeelde de Rechtbank Den Haag dat een termijn van veertien dagen te kort was in Rb. Den Haag 8 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060, r.o. 5.6-5.11.

21. De aanbieder van het akkoord is de schuldenaar zelf of een herstructureringsdeskundige.

22. Als geen enkele klasse aan wie het akkoord is aangeboden een uitkering kan verwachten in faillissement, hoeft aan die voorwaarde niet te zijn voldaan.

23. Zie over de afkoelingsperiode onder meer Mennens 2020, par. 5.8 en M.R. Schreurs, 'De afkoelingsperiode in de WHOA', *MvV* 2021, afl. 5, p. 166-177.

24. Een duidelijk voorbeeld van de toets die wordt aangelegd bij een verzoek tot opheffing van beslagen biedt Rb. Den Haag 2 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3227. Het beslag dat is gelegd op voorraden wordt opgeheven omdat verbruik van de voorraad nodig is voor de voortzetting van de onderneming, terwijl het beslag dat rust op twee auto's niet wordt opgeheven omdat de auto's ook zonder opheffing van het beslag gebruikt kunnen worden.

25. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 55.

26. Naar het oordeel van de Rechtbank Amsterdam is de verplichting tot het geven van de gelegenheid zienswijzen in te dienen pas aan de orde nadat de afkoelingsperiode vier maanden heeft geduurd. Zie Rb. Amsterdam 3 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6766. De rechtbank leidt dit af uit de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 55). Art. 376 Fw is niet duidelijk over verlenging van de afkoelingsperiode voor het geval in eerste instantie een afkoelingsperiode is afgekondigd die korter dan vier maanden duurt. Als de grondslag voor een dergelijke verlenging art. 376 lid 5 Fw is, dan is mijns inziens ook art. 376 lid 11 Fw hierop van toepassing. Het is op basis van de wettekst echter niet duidelijk of lid 5 de grondslag vormt voor een dergelijk verlengingsverzoek. Boersen en Ross stellen mijns inziens terecht dat het wenselijk is dat degenen die geraakt worden door de afkoelingsperiode ook in de gelegenheid worden gesteld een zienswijze te geven als de afkoelingsperiode ook na een verlenging binnen de initiële vier maanden blijft. Zie M.H. Boersen & T.M.M. Ross, 'De zienswijze in een WHOA-procedure: een doekje voor het bloeden?', *FIP* 2022/8.

-procedure en -beslissing genoemd.²⁷ Tot slot kan de schuldenaar op grond van artikel 42a Fw verzoeken een machtiging af te geven voor het verrichten van een rechtshandeling. Als de rechtbank deze machtiging afgeeft, kan de rechtshandeling niet meer worden vernietigd op grond van de faillissementspauliana van artikel 42 Fw.

2.3. Homologatie van het akkoord

De rechtbank wijst het homologatieverzoek toe, tenzij één of meer van de afwijzingsgronden als bedoeld in artikel 384 lid 2-4 Fw zich voordoen.²⁸ De afwijzingsgronden uit lid 2 worden ook wel de algemene afwijzingsgronden genoemd, de afwijzingsgrond uit lid 3 en 4 de aanvullende afwijzingsgronden.²⁹ Afwijzingsgronden uit lid 2 zijn bijvoorbeeld dat het akkoord niet alle in artikel 375 Fw omschreven informatie bevat (sub c), dat de klassenindeling in strijd is met artikel 374 Fw (ook sub c), dat de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd (sub e) en dat sprake is van een sluipakkoord (sub g).³⁰ De afwijzingsgronden uit lid 2 toetst de rechtbank ambtshalve³¹ en op verzoek van schuldeisers en aandeelhouders. De afwijzingsgrond die is opgenomen in lid 3, wordt slechts getoetst op verzoek van een schuldeiser of aandeelhouder die tegen het akkoord heeft gestemd. De homologatie wordt op grond van lid 3 geweigerd als summierlijk blijkt dat deze schuldeiser onder het akkoord slechter af is dan in faillissement. Deze grond wordt ook wel, naar Amerikaans voorbeeld, de *best interest of creditors test* genoemd.³² Tot slot wordt uitsluitend aan de afwijzingsgronden van lid 4 getoetst op verzoek van een schuldeiser of aandeelhouder die tegen het akkoord heeft gestemd en is ingedeeld in een klasse die als geheel tegen het akkoord heeft gestemd.

Op grond van lid 4 sub a weigert de rechtbank de homologatie als een klasse MKB-schuldeisers minder dan 20%

van de waarde van de vordering ontvangt onder het akkoord, terwijl hiervoor geen zwaarwegende grond is aangetoond. Uit sub b volgt dat afwijzing volgt als ten nadele van de schuldeiser die op deze bepaling een beroep doet, is afgeweken van de wettelijke rangorde, tenzij hiervoor een redelijke grond bestaat en de schuldeiser door de afwijking niet in zijn belang wordt geschaad. Op basis van sub c moet de rechtbank de homologatie weigeren als schuldeisers niet de mogelijkheid hebben gehad te kiezen voor een uitkering in contanten ter hoogte van het bedrag dat aan hen zou zijn uitgekeerd bij een faillissement. Deze afwijzingsgrond is bijvoorbeeld aan de orde als aan schuldeisers aandelen wordt aangeboden in ruil voor hun vordering (*debt for equity swap*). Sub d houdt een bij amendement ingevoerde uitzondering in op sub c ten aanzien van een bedrijfsmatige financier aan wie pand- of hypotheekrechten zijn verstrekt. Deze financier heeft geen recht op een uitkering in geld, omdat het vaak gaat om grote bedragen en een dergelijke verplichting ertoe kan leiden dat de totstandkoming van het akkoord wordt geblokkeerd.³³ Wel wordt op grond van sub d de homologatie geweigerd als een dergelijke financier slechts aandelen of certificaten van aandelen krijgt aangeboden, zonder de mogelijkheid te hebben te kiezen voor een uitkering in een andere vorm.

Schuldeisers die het verzoek willen doen de homologatie van het akkoord te weigeren, moeten hun bezwaren tegen de homologatie binnen bekwame tijd nadat zij de afwijzingsgrond hebben ontdekt of redelijkerwijs hadden kunnen ontdekken, bekendmaken aan degene die het akkoord aanbiedt (art. 383 lid 9 Fw). De reden hiervoor is dat de akkoordaanbieder dan nog de mogelijkheid heeft het akkoord aan te passen naar aanleiding van de bezwaren, terwijl de homologatie in beginsel wordt geweigerd

27. De literatuur en rechtspraak zijn nog niet eensgezind over de terminologie. De procedure wordt aangeduid als 'de geschillenregeling' (Mennens 2020, par. 5.6) of 'de 378-procedure' (M.C. Bosch, F. Damsteegt-Molier & A.E. de Vos, 'Door de ogen van de rechter – art. 378 Fw vanuit rechterlijk perspectief', in: *De WHOA van wet naar recht* (Serie Recht & Praktijk, deel InsR18), Deventer: Wolters Kluwer 2021, hoofdstuk 18). Het verzoek wordt door de Rechtbank Den Haag aangeduid als 'het aspectenverzoek' (Rb. Den Haag 23 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8121). Het verzoek en de beslissing worden ook wel genoemd (een verzoek om) een 'tussentijds rechterlijk oordeel' (R. van den Sigtenhorst, *T&C Insolventierecht*, art. 378 Fw, laatst bijgewerkt: 1 oktober 2021; vergelijk *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 37) en (een verzoek om) een 'vroegtijdige beslissing' (N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loop genomen', *TvI* 2019/32 en de noot van Tollenaar onder Rb. Rotterdam 3 maart 2021, *JOR* 2021/137; S.C.E.F. Moulen Janssen, *De positie van aandeelhouders bij preventieve herstructurerings* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 163) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 6.5.2.5). Ik sluit aan bij '378-procedure' en '378-verzoek', omdat dit neutrale termen zijn die slechts verwijzen naar het artikel waar het verzoek en de beslissing op zijn gebaseerd.

28. Volgens art. 384 lid 1 Fw wordt het verzoek afgewezen als zich één of meer van de afwijzingsgronden als bedoeld in lid 2-5 voordoen, maar lid 5 bevat geen afwijzingsgrond. Lid 5 verwijst terug naar de afwijzingsgrond van lid 2 sub a en bepaalt dat de rechtbank geen toestemming verleent voor de opzegging van een overeenkomst als deze grond zich voordoet.

29. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 15-16. Zie in de rechtspraak bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7533, r.o. 4.6 en Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9782, r.o. 7.1.

30. Voor een uitgebreide bespreking van alle algemene weigeringsgronden, zie Mennens 2020, par. 9.4.

31. Dat was ten aanzien van de meeste afwijzingsgronden niet het geval in de consultatieversie van de WHOA, zie art. 381 lid 2-3 Fw (concept). Na kritiek hierop is dit aangepast. Zie voor de kritiek het advies van de Raad voor de rechtspraak van 14 december 2017, bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 2-4 en M.H.F. van Vugt, 'Het wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement: enkele processuele aspecten bezien vanuit rechterlijk perspectief', in: H.J. de Kluiver (red.), *Het dwangakkoord buiten faillissement. Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement* (Preadvises Vereniging Handelsrecht 2017), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 223-225.

32. Zie bijvoorbeeld Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8851 en Rb. Amsterdam 2 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6521. In de memorie van toelichting is ook opgenomen dat de afwijzingsgrond van lid 3 grotendeels is geïnspireerd op de *best interest of creditors test* uit de Verenigde Staten, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 17. Zie verder Tollenaar 2019, par. 12 (waar hij streepjes tussen de woorden zet, dus *best-interest-of-creditors test*) en Mennens 2020, par. 9.5, waar zij naar de toets ook verwijst als de '*best interests-test*' of de '*no creditor worse off-test*'.

33. *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, nr. 24.

als de bezwaren terecht zijn opgeworpen.³⁴ De consequentie van het niet (tijdig) melden is dat de schuldeiser niet ontvankelijk is in zijn verzoek.³⁵ De schuldeiser die een verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek heeft ingediend, moet op grond van artikel 384 lid 7 Fw door de rechtbank in de gelegenheid worden gesteld een zienswijze te geven voordat de rechtbank een beslissing neemt op het homologatieverzoek. Schuldeisers hoeven zich bij de indiening van het verzoek niet te laten bijstaan door een advocaat,³⁶ maar zijn wel griffierecht verschuldigd (art. 19a lid 3 Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz)).

De rechtbank kan het homologatieverzoek toewijzen of afwijzen. De rechtbank heeft niet de bevoegdheid het akkoord te wijzigen.³⁷ In de wet is ook niet (expliciet) de mogelijkheid opgenomen dat de akkoordaanbieder het akkoord wijzigt naar aanleiding van eventuele bezwaren van de rechtbank tegen homologatie.³⁸ Als de rechtbank het akkoord homologeert, dan zijn alle stemgerechtigde schuldeisers gebonden aan het akkoord, ook de schuldeisers die geen stem hebben uitgebracht (art. 385 Fw). Wijst de rechtbank het homologatieverzoek af, dan kan de schuldenaar gedurende drie jaar geen WHOA-akkoord aanbieden. Het blijft wel mogelijk dat een nieuw akkoord wordt aangeboden door een herstructureringsdeskundige (art. 369 lid 5 Fw).

2.4. Korte evaluatie zeggenschap schuldeisers

In de onderhavige paragraaf is de WHOA-procedure in vogelvucht behandeld en zijn de formele mogelijkheden die schuldeisers hebben om invloed uit te oefenen op de totstandkoming van het akkoord aangestipt. Naast de stem die zij kunnen uitbrengen, kunnen schuldeisers verzoeken een herstructureringsdeskundige te benoemen of te ontslaan en kunnen zij verzoeken de homologatie van het akkoord te weigeren. Schuldeisers hebben dus weinig formele mogelijkheden om het akkoordtraject te

sturen. Uit de memorie van toelichting blijkt dat hier bewust voor is gekozen in het kader van snelheid, efficiëntie en flexibiliteit. Voorkomen moet worden dat schuldeisers het akkoordtraject blokkeren, vertragen of trainen.³⁹ Uit de volgende paragraaf blijkt dat schuldeisers wel via een omweg kunnen verzoeken voorzieningen te treffen. Het is de vraag of het dan niet logischer is die invloed toe te kennen zonder dat daarvoor een omweg nodig is. Daarnaast is het de vraag of schuldeisers die door het akkoord worden geraakt, op wiens eigendomsrecht inbreuk wordt gemaakt⁴⁰ en voor wie het akkoord meerwaarde moet hebben,⁴¹ niet hoe dan ook een grotere rol moeten hebben bij de totstandkoming van het akkoord.⁴² Als een grotere rol wordt toegekend aan schuldeisers, is het van belang dat de snelheid, efficiëntie en flexibiliteit van de procedure in stand blijft. In de hiernavolgende paragrafen worden de rechten die schuldeisers (niet) hebben nader uitgewerkt en geëvalueerd.

3. Treffen voorzieningen

De rechtbank kan op grond van artikel 379 Fw voorzieningen treffen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders. Een voorziening die getroffen kan worden, is de benoeming van een observator die toezicht houdt op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog heeft voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.⁴³ De memorie van toelichting noemt verder als mogelijke voorzieningen het stellen van de voorwaarde dat binnen een bepaalde termijn over het akkoord moet worden gestemd en dat de schuldenaar de schuldeisers en de rechtbank regelmatig informeert over de vorderingen van het aanbiddingstraject.⁴⁴ Dit zijn slechts voorbeelden: het is aan de creativiteit van de verzoekers en de rechtbank overgelaten om binnen het doel en de strekking van artikel 379 Fw en toegesneden op de omstandigheden van het geval voorzieningen te (laten) treffen. Artikel 379

34. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 67. Aldus ook de memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 2020/21, 35249, C, p. 12.

35. Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in art. 2:349 BW voor het enquête-recht. Dat het melden een voorwaarde is voor de ontvankelijkheid staat expliciet in art. 2:349 BW. In art. 383 lid 9 Fw ontbreekt deze consequentie, maar volgens mij is het ook hier een voorwaarde voor de ontvankelijkheid. Anders: Rb. Den Haag 25 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1450, r.o. 6.13, waarin het niet (tijdig) melden van de bezwaren tegen de homologatie heeft geleid tot afwijzing van het afwijzingsverzoek.

36. In de consultatieversie van de WHOA was wel verplichte procesvertegenwoordiging opgenomen (art. 381 lid 3-4 jo. art. 5 Fw (concept)). Na kritiek hierover door de Raad voor de rechtspraak is de verplichte procesvertegenwoordiging geschrapt. Zie p. 4 van het advies van de Raad voor de rechtspraak van 14 december 2017.

37. Aldus expliciet over een akkoord op grond van art. 287a Fw HR 4 december 2020, *JOR* 2021/158, m.nt. B.A. Schuijling. Schuijling stelt in zijn annotatie onder deze uitspraak terecht dat deze regeling ook kan worden doorgetrokken naar de WHOA.

38. Zie hierover ook Schuijling in zijn annotatie onder HR 4 december 2020, *JOR* 2021/158.

39. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 18-19.

40. Zie over de verhouding met art. 1 EP EVRM Mennens 2020, par. 4.2.3.

41. Dit is een uitgangspunt waaraan een pre-insolventieakkoord moet voldoen volgens Mennens, zie Mennens 2020, par. 4.3. Zie ook onder meer art. 376 lid 4 sub b en art. 384 lid 3 Fw.

42. Vergelijk R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 8), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 57: 'Een inbreuk op diens rechten verlangt (...) een structuur waarbinnen de schuldeiser afdoende waarborgen worden geboden die de contractsdwang rechtvaardigen en binnen redelijke grenzen houden.' Vriesendorp stelt overigens niet dat schuldeisers een grotere rol moeten hebben.

43. Aangenomen mag worden dat de observator ook oog moet hebben voor de belangen van de aandeelhouders, aldus B.J. Tideman, 'De rol van de observator in de WHOA: "horen, zien en spreken"', *FIP* 2021/4. De tekst van art. 379 Fw sluit hier ook bij aan.

44. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 59. Voor een voorbeeld van een voorziening op grond waarvan de rechtbank moest worden geïnformeerd over de voortgang en specifieke vragen van de rechtbank moesten worden beantwoord zij verwezen naar Rb. Gelderland 21 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:363.

Fw wordt om deze reden ook wel de maatwerkbepaling genoemd.⁴⁵

In de surseanceregeling gold met artikel 225 Fw reeds een soortgelijke bepaling.⁴⁶ De WHOA sluit ‘nauw’ aan bij deze bepaling, aldus de memorie van toelichting.⁴⁷ Een belangrijk verschil is echter gelegen in de mogelijke aanvragers van een voorziening. Op grond van artikel 225 lid 2 Fw kunnen alle schuldeisers verzoeken om voorzieningen te treffen, maar schuldeisers hebben in het algemeen die mogelijkheid niet op grond van artikel 379 Fw. Voorzieningen kunnen op grond van artikel 379 Fw alleen ambtshalve, op verzoek van de akkoordaanbieder en op verzoek van een partij die wordt geraakt door een afkoelingsperiode (art. 376 lid 9 Fw) worden getroffen. In de literatuur is de suggestie gedaan dat schuldeisers zich formeel tot de rechtbank kunnen wenden met het doel de rechtbank gebruik te laten maken van haar ambtshalve bevoegdheid om voorzieningen te treffen.⁴⁸ Uiteraard is dat feitelijk altijd mogelijk, maar mijns inziens is het niet wenselijk dat de rechtbank meegaat in dergelijke informele verzoeken.⁴⁹ Als de mogelijkheid bestaat een verzoek in te dienen, dan moet die mogelijkheid naar mijn mening in verband met de rechtsgelijkheid voor duidelijk in de wet omschreven partijen openstaan en moet met het oog op transparantie op een dergelijk verzoek ook een formele beslissing komen.⁵⁰

Schuldeisers en derden die geraakt worden door een afkoelingsperiode, hebben wel de mogelijkheid om te verzoeken tot het treffen van voorzieningen (art. 376 lid 9 Fw). Daarnaast hebben zij het recht een zienswijze te geven op het verzoek tot verlenging van een afkoelingsperiode (art. 376 lid 11 Fw) en kunnen zij verzoeken tot opheffing hiervan (art. 376 lid 10 Fw). Voor schuldeisers biedt dit de mogelijkheid via een omweg deze bevoegdheden naar zich toe te trekken, namelijk door het faillissement van de schuldenaar aan te vragen.⁵¹ Is nog geen

afkoelingsperiode afgekondigd, dan zal de schuldenaar daar vermoedelijk om verzoeken met het doel dat de faillissementsaanvraag wordt geschorst (art. 376 lid 2 sub c Fw). De schuldenaar kan ook verzoeken een herstructureringsdeskundige aan te wijzen. Zolang dat verzoek in behandeling is, wordt de faillissementsaanvraag geschorst en bij toewijzing van het verzoek moet de rechtbank een afkoelingsperiode afkondigen (art. 3d Fw). Op dat moment mag de aanvrager van het faillissement onder meer verzoeken voorzieningen te treffen. Is reeds een afkoelingsperiode afgekondigd, dan wordt het faillissementsverzoek van rechtswege geschorst. Daarmee wordt de schuldeiser geraakt door de afkoelingsperiode en kan hij verzoeken de afkoelingsperiode op te heffen, bij een verlengingsverzoek een zienswijze indienen en verzoeken om voorzieningen.

In een akkoordprocedure die speelde bij de Rechtbank Limburg was dit aan de orde. Vier dagen nadat de rechtbank een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode had toegewezen voor de duur van vier maanden,⁵² diende een schuldeiser een faillissementsverzoek in. Toen na een aantal maanden werd verzocht om verlenging van de afkoelingsperiode, heeft deze schuldeiser een zienswijze ingediend en, volgens de rechtbank ‘in de zienswijze’, verzocht om een voorziening te treffen in de vorm van de aanstelling van een observator. De rechtbank heeft de afkoelingsperiode verlengd en naar aanleiding van het verzoek van de schuldeiser die het faillissement had aangevraagd een observator aangewezen.⁵³ Uit de uitspraken blijkt niet of dit het doel was van de faillissementsaanvraag, maar het is een feit dat op deze manier, met extra kosten voor zowel de schuldenaar als de schuldeiser, alsnog een zienswijze kon worden gegeven en om een voorziening kon worden verzocht.⁵⁴ Als dit het enige doel was van de faillissementsaanvraag is de bevoegdheid om het faillissement aan te vragen mijns inziens mogelijk misbruikt (art. 3:13 BW),⁵⁵ maar het zal lastig zijn te bewijzen dat dit het geval is. Om die reden is het mijns in-

45. In Tollenaar 2019, par. 14 gaat het over ‘maatwerkvoorzieningen’. Zie voor het begrip ‘maatwerkbepaling’ bijvoorbeeld M.K. ter Horst, ‘De WHOA in vogelvucht’, in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers, *De WHOA van wet naar recht* (Serie Recht & Praktijk, deel InsR18), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 1.9.5.

46. Hierover, inclusief voorbeelden van getroffen voorzieningen in de surseance, B. Wessels, *Surseance van betaling* (Wessels Insolventierecht, nr. VIII), Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 8110-8113.

47. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 60. Zie ook R.D. Vriesendorp & W. van Kesteren, ‘De WHOA en de rechter: een leidraad’, *TvI* 2019/36, par. 3.2.3.

48. Vriesendorp 2021, nr. 65; D.G.J. Heems & R. van Dijken, ‘Litigation aspects WHOA voorafgaand aan het homologatieverzoek vanuit het perspectief van schuldeisers en aandeelhouders’, in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers, *De WHOA van wet naar recht* (Serie Recht & Praktijk, deel InsR18), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 281-282.

49. Anders: Boersen & Ross 2022.

50. Vergelijk – niet ten aanzien van schuldeisers maar – ten aanzien van insolventiefunctionarissen (waaronder herstructureringsdeskundigen) B. Wessels & S. Madaus, *Rescue of Business in Europe: A European Law Institute Instrument*, Oxford: Oxford University Press 2020, par. 1.1.1.3, recommendation 1.02: ‘The EU as well as Member States should ensure that any restructuring and insolvency system includes transparent rules in the law for legal powers and duties, appointment, licensing, supervision, education and work standards, and ethics for the key actors in that system.’

51. Dat dit mogelijk is, volgt impliciet uit art. 376 lid 13 Fw.

52. Rb. Limburg 11 februari 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8854.

53. Rb. Limburg 7 juli 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8855. Uiteindelijk mocht dit niet baten en is de afkoelingsperiode opgeheven omdat geen zekerheid gesteld kon worden voor betaling van de kosten van de observator. Zie Rb. Limburg 10 september 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8856.

54. Het lijkt erop dat de rechtbank ambtshalve een voorziening heeft getroffen naar aanleiding van een informeel verzoek dat is gedaan in de zienswijze, maar de schuldeiser had ook de mogelijkheid op grond van art. 376 lid 9 Fw een formeel verzoek in te dienen.

55. Vergelijk HR 28 juni 2013, *NJ* 2013/365, waarin de Hoge Raad het oordeel van het Hof Den Haag dat de bevoegdheid om het faillissement aan te vragen wordt misbruikt als het doel van de aanvraag is om via die weg toegelaten te worden tot de schuldsaneringsregeling in stand laat.

ziens beter als schuldeisers ook zonder de omweg van een faillissementsaanvraag om voorzieningen kunnen verzoeken.

In reacties op het conceptwetsvoorstel hebben de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) en Raad voor de rechtspraak (Rvdr) gesteld dat ook schuldeisers de bevoegdheid zouden moeten hebben om te verzoeken voorzieningen te treffen.⁵⁶ In de consultatieversie van het wetsvoorstel was de aanstelling van een observator niet geregeld. Wel was in de concepttoelichting de mogelijkheid opgenomen dat als voorziening een deskundige kon worden aangewezen die het proces zou monitoren.⁵⁷ Deze figuur, die de voorloper van de observator kan worden genoemd, is daarom onder meer door Tollenaar 'monitor' genoemd.⁵⁸ VNO-NCW en MKB-Nederland meenden dat ook schuldeisers de bevoegdheid zouden moeten hebben om te verzoeken een monitor aan te wijzen.⁵⁹ Ook Mennens stelt dat het op het eerste gezicht vreemd is dat schuldeisers niet kunnen verzoeken om de aanstelling van een observator, hoewel deze auteur het kennelijk voldoende acht dat partijen die geraakt worden door een afkoelingsperiode, wel een dergelijk verzoek kunnen indienen.⁶⁰ Het ligt inderdaad voor de hand dat schuldeisers om de aanstelling van een observator kunnen verzoeken, temeer omdat zij ook kunnen verzoeken om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, terwijl dat een zwaarder middel is, omdat de taak van een herstructureringsdeskundige meer omvattend is dan de taak van een observator.

Het standpunt dat ook schuldeisers de bevoegdheid zouden moeten hebben te verzoeken om voorzieningen, wordt overigens niet door iedereen gedeeld. In een reactie op de consultatieversie stellen advocaten van kantoor De Brauw dat het belangrijk is dat anderen dan de schuldenaar niet om voorzieningen kunnen verzoeken.⁶¹ De Brauw verwijst naar het argument dat eerder in de reactie is gegeven ter ondersteuning van de keuze om uitsluitend de akkoordaanbieder de bevoegdheid te geven een 378-verzoek in te dienen.⁶² Dit argument sluit aan bij de reden die in de memorie van toelichting wordt genoemd om schuldeisers weinig formele rechten te geven: voorkomen moet worden dat de WHOA een 'court driven proces'

wordt.⁶³ Uit het oogpunt van efficiëntie meent ook Moulen Janssen dat het begrijpelijk is dat schuldeisers niet kunnen verzoeken om voorzieningen.⁶⁴

Naar mijn mening zou de bevoegdheid om te verzoeken tot het treffen van voorzieningen, waaronder de aanstelling van een observator, ook toegekend moeten worden aan schuldeisers. De voorzieningen worden immers getroffen in het belang van de schuldeisers of aandeelhouders op wiens eigendomsrecht het akkoord inbreuk maakt. Daarnaast zou daardoor beter worden aangesloten op artikel 225 Fw. Tot slot is het volgens mij beter een bevoegdheid die met een omweg kan worden verkregen, direct toe te kennen. Directe toekenning van deze bevoegdheid zorgt juist voor meer efficiëntie.

Het ligt niet voor de hand dat schuldeisers misbruik maken van deze bevoegdheid. Zo zijn er bijvoorbeeld geen signalen dat schuldeisers misbruik maken van hun bevoegdheid in surseance om verzoeken in te dienen op grond van artikel 225 Fw of van hun bevoegdheid in faillissement verzoeken in te dienen op grond van artikel 69 Fw. Misbruik maken is ook niet in het belang van een schuldeiser, omdat het leidt tot extra kosten voor de schuldenaar, waardoor de waarde die met het akkoord verdeeld kan worden, lager is. Verder wordt de mogelijkheid tot het maken van misbruik beperkt door de verplichte procesvertegenwoordiging (art. 5 lid 1 Fw) en het griffierecht dat is verschuldigd (art. 19a lid 1 Wgbz) bij het indienen van een verzoek op grond van artikel 379 Fw. Tot slot is het aan de rechtbank om het verzoek al dan niet toe te wijzen en kan degene die het verzoek indient, worden veroordeeld in de proceskosten indien sprake is van misbruik.⁶⁵ Omdat misbruik niet volledig kan worden voorkomen, is het van belang dat rechtbanken hier alert op zijn.

4. Artikel 378-verzoek

4.1. Mogelijke inhoud verzoek

Een artikel 378-verzoek stelt de akkoordaanbieder in de gelegenheid de rechtbank te laten beslissen over bepaalde aspecten die van belang zijn voor de totstandkoming van het akkoord. De conceptversie van de WHOA bevatte

56. Reactie NVB 29 november 2017, p. 6 en reactie Rvdr 14 december 2017, p. 11. Beide reacties zijn opgenomen als bijlage bij *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, nr. 3. Zie ook S. Renssen, *De herijking van het faillissementsrecht. De WHOA* (Serie Recht & Praktijk, deel InsR17), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 4.31.

57. Concept MvT, p. 13 (internetconsultatie.nl/wethomologatie).

58. N.W.A. Tollenaar, 'De akkoordprocedure onder het Voorontwerp WHOA', in: H.J. de Kluiver (red.), *Het dwangakkoord buiten faillissement. Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement* (Preadvis Vereeniging Handelsrecht 2017), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017 ('Tollenaar 2017a'), par. 2.8.

59. Reactie VNO-NCW en MKB-Nederland 29 november 2017. De reactie is opgenomen als bijlage bij *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, nr. 3.

60. Mennens 2020, nr. 245.

61. Reactie De Brauw 30 november 2017, p. 28.

62. De mogelijkheid een dergelijk verzoek in te dienen was in de consultatieversie opgenomen in art. 376 Fw (concept) en alleen de schuldenaar was bevoegd dit verzoek in te dienen.

63. Reactie De Brauw 30 november 2017, p. 21.

64. Moulen Janssen 2020, p. 259.

65. Zie HR 11 oktober 2019, *NJ* 2019/429 en HR 15 december 2017, *NJ* 2018/17 over een veroordeling in de proceskosten bij een verzoek ex art. 69 Fw. Naar aanleiding van een verzoek op grond van art. 385a Fw, maar algemeen geformuleerd, oordeelde de Hoge Raad dat de uitsluiting van titel 3 Rv in art. 362 Fw niet in de weg staat aan een proceskostenveroordeling in HR 22 april 2008, *NJ* 2008/221.

een limitatieve lijst van onderwerpen die voorgelegd konden worden aan de rechtbank.⁶⁶ Het huidige artikel 378 Fw bevat nog steeds een lijst met onderwerpen die kunnen worden voorgelegd, maar deze lijst is niet meer limitatief.⁶⁷ Opvallend is dat ook de waardering ('de door de schuldenaar gehanteerde waardes en uitgangspunten en aannames' in het akkoord of de bijlagen) is opgenomen in deze lijst (art. 378 lid 1 onder a jo. art. 375 lid 1 onder e-g Fw).⁶⁸ Dit is opvallend, omdat in artikel 14 lid 1 Herstructureringsrichtlijn is bepaald dat de rechter alleen een beslissing mag nemen over de waardering op verzoek van een niet-instemmende partij die het akkoord betwist op basis van de in dat artikel genoemde gronden. Hoewel sprake is van minimumharmonisatie,⁶⁹ is het de vraag of het voorleggen van de waardering op grond van artikel 378 Fw is toegestaan op basis van de richtlijn.⁷⁰ Artikel 14 lid 1 Herstructureringsrichtlijn is namelijk strikt geformuleerd.⁷¹

Omdat het kennelijk de bedoeling is te voorkomen dat lidstaten een voorafgaande rechterlijke goedkeuring van de waardering vereisen en dat de akkoordprocedure te veel wordt vertraagd door geschillen over de waardering, is het mijns inziens verdedigbaar dat een beslissing over de waardering die uitsluitend kan worden uitgelokt door de akkoordaanbieder niet door artikel 14 lid 1 Herstructureringsrichtlijn wordt verboden. Daarnaast is ook verdedigbaar dat geen sprake is van strijd met de Herstructureringsrichtlijn, omdat de rechtbank de waardering procedureel zou moeten beoordelen en niet substantieel. De rechtbank zou dan wel de vraag mogen beantwoorden of de (uitgangspunten voor de) waardering dusdanig is gepresenteerd dat voldoende informatie wordt geboden om op die basis te stemmen. Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot implementatie van de Herstructureringsrichtlijn blijkt dat de minister in ieder geval meent dat de WHOA thans aansluit bij artikel 14 lid 1 Herstructureringsrichtlijn.⁷²

4.2. Exclusieve bevoegdheid akkoordaanbieder

Een artikel 378-verzoek kan uitsluitend worden ingediend door de akkoordaanbieder. Dat was nog anders in de voorloper van de WHOA, de WCO II, die in 2014 ter consultatie is gepubliceerd. In dat voorstel konden ook schuldeisers bepaalde geschilpunten voorleggen aan de rechtbank. De rechtbank kon dan een rechter-commissaris benoemen die hierover kon oordelen.⁷³ De wetgever heeft ervan afgezien deze bevoegdheid toe te kennen aan schuldeisers, vanwege de angst dat schuldeisers het akkoordtraject traineren.⁷⁴ Als schuldeisers bezwaren hebben tegen de inhoud van het akkoord, dan kunnen zij die bezwaren voorleggen aan de akkoordaanbieder.⁷⁵ De akkoordaanbieder heeft dan de mogelijkheid niets te doen, het akkoord aan te passen naar aanleiding van de voorgelegde bezwaren of een artikel 378-verzoek in te dienen.⁷⁶ Schuldeisers die rechtstreeks worden geraakt door de beslissing, worden in de gelegenheid gesteld een zienswijze te geven op een artikel 378-verzoek (art. 378 lid 8 Fw). De beslissing van de rechtbank is bindend voor partijen die in de gelegenheid zijn gesteld een zienswijze te geven.⁷⁷ Zij kunnen hetzelfde geschilpunt dus ook niet meer voorleggen bij de homologatie. Uit lid 3 volgt dat de rechtbank artikel 378-verzoeken zo veel mogelijk gezamenlijk behandelt en op één zitting afdoet.

In reacties op de consultatieversie is verschillend gereageerd op de keuze om schuldeisers niet de bevoegdheid te geven een artikel 378-verzoek in te dienen. Sommigen menen dat schuldeisers in het algemeen de mogelijkheid zouden moeten hebben een artikel 378-verzoek in te dienen,⁷⁸ anderen stellen dat schuldeisers die bevoegdheid moeten hebben ten aanzien van specifieke onderwerpen zoals de klassenindeling,⁷⁹ het stemrecht en de internationale bevoegdheid.⁸⁰ Niet alle reacties op de consultatieversie waren op dit punt negatief: er is ook ingestemd met de keuze om schuldeisers niet de mogelijkheid te

66. Art. 376 lid 1 Fw (concept). Zie voor kritiek hierop o.a. Tollenaar 2017a, par. 2.10 en de reactie van INSOLAD van 24 november 2017, p. 17. De reactie is opgenomen als bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3.

67. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 57.

68. Het wetsvoorstel Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (*Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 2) beoogt op dit punt geen relevante wijzigingen.

69. Par. 12 en 13 considerans Herstructureringsrichtlijn.

70. Zie hierover ook F. de Leo, 'Herstructureringsprocedures in België, Nederland en de richtlijn', *TvI* 2020/40, par. 5.2.

71. Uit par. 63 considerans Herstructureringsrichtlijn volgt dat lidstaten niet belet mogen worden in een ander verband uit hoofde van nationaal recht waarderingen te verrichten, maar een artikel 378-procedure over de waardering wordt evident in verband met de akkoordaanbieder gevoerd.

72. *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 3, p. 107.

73. Zie art. 371 Fw in het ter internetconsultatie gepubliceerde voorontwerp WCO II, internetconsultatie.nl/wco2.

74. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 19 en 57. Dit sluit aan bij Tollenaar 2016, par. 8.2.9. Instemmend dan ook Tollenaar 2019, par. 10.

75. Als zij de mogelijkheid willen openhouden te verzoeken de homologatie van het akkoord te weigeren, zijn zij hiertoe verplicht op grond van art. 383 lid 9 Fw. Zie over de verhouding tussen art. 383 lid 9 Fw en art. 378 Fw *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 67 en Vriesendorp & Van Kesteren 2019, par. 3.2.2.

76. Mennens 2020, nr. 248.

77. M.C. Bosch, F. Damsteegt-Molier & A.E. de Vos, 'Door de ogen van de rechter – art. 378 Fw vanuit rechterlijk perspectief', *De WHOA van wet naar recht* (Serie Recht & Praktijk, deel InsR18), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 18.2.1. Van Vugt stelt in Van Vugt 2017, par. 6.4.31-6.4.32, anders dan de memorie van toelichting (p. 19) en Bosch, Damsteegt-Molier & De Vos, dat de beslissing een eindbeschikking is en geen bindende eindbeslissing.

78. Reactie VNO-NCW en MKB-Nederland 29 november 2017, p. 8-9; reactie Houthoff 29 november 2017, p. 8; reactie NVB 29 november 2017, p. 5; reactie Boels Zanders Advocaten 27 november 2017, p. 10.

79. Als ik het goed begrip heeft de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen gesteld dat schuldeisers alleen als het gaat om de klassenindeling een geschil zouden moeten kunnen voorleggen aan de rechter, zie de reactie van 30 november 2017, p. 11.

80. Reactie adviescommissie insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) 1 december 2018, p. 12. Zie ook Heems & Van Dijken 2021, p. 278.

geven voorafgaand aan de homologatie geschillen voor te leggen aan de rechtbank.⁸¹

4.3. Mogelijke alternatieven schuldeisers

Schuldeisers hebben mogelijk alternatieven om geschillen voor te leggen aan de rechtbank. Zo kunnen schuldeisers verzoeken om de benoeming van een herstructureringsdeskundige als de schuldenaar zelf het akkoord aanbiedt.⁸² Wordt het akkoord al aangeboden door een herstructureringsdeskundige, dan kunnen schuldeisers een verzoek tot ontslag indienen. Hiermee is de rechtbank formeel op de hoogte van het geschil en kan zij een gemotiveerde beslissing nemen op het verzoek, waardoor de schuldeiser zich een beeld kan vormen over het oordeel van de rechtbank over het geschil. De aanwijzing of het ontslag van een herstructureringsdeskundige is naar mijn mening wel schieten met een kanon op een mug. De consequentie van toewijzing van het verzoek is namelijk dat een (nieuwe) herstructureringsdeskundige zich op kosten van de schuldenaar moet bezighouden met de aanbieding van het akkoord. Dit is niet altijd in het belang van de schuldeiser die het geschil voorgelegd wil zien, omdat de kosten van de herstructureringsdeskundige in beginsel in mindering komen op de waarde die verdeeld kan worden onder de schuldeisers. Ook zorgt de aanwijzing van een (nieuwe) herstructureringsdeskundige voor vertraging van het proces, terwijl de schuldeiser uitsluitend een beslissing wil op een specifiek geschil.⁸³

Een ander alternatief dat in de literatuur is genoemd, is dat in een kortgedingprocedure gevorderd kan worden dat de akkoordaanbieder het geschil voorlegt aan de rechtbank. De test die de voorzieningenrechter aanlegt, zou er dan voor zorgen dat de totstandkoming van het akkoord niet wordt geblokkeerd, gemanipuleerd of vertraagd door artikel 378-verzoeken.⁸⁴ Naar mijn mening gaat dit niet op. Als de kortgedingrechter hierover een inhoudelijke beslissing zou nemen, wordt de procedure waarmee wordt gemanipuleerd verschoven van de WHOA-rechter naar de kortgedingrechter. Dat lijkt mij in strijd met wat Wessels noemt het 'gesloten systeem van interventiemogelijkheden' van de Faillissementswet.⁸⁵

Schuldeisers kunnen verder, als de akkoordaanbieder ervoor kiest een geschilpunt niet voor te leggen aan de rechtbank, verzoeken de homologatie van het akkoord te weigeren. Het niet voorleggen van het geschil is dan voor risico van de akkoordaanbieder, omdat de rechtbank de bezwaren gegrond kan achten en om die reden de homologatie kan weigeren.⁸⁶ Dit is volkomen juist, maar het is niet het hele verhaal. Het is namelijk economisch pas interessant voor een schuldeiser om te verzoeken de homologatie te weigeren als het alternatief meer oplevert, terwijl het alternatief in veel gevallen een faillissement is.⁸⁷ Schuldeisers hebben dus niet altijd belang bij het indienen van een verzoek tot weigering van de homologatie, terwijl zij goede redenen kunnen hebben geschilpunten voor te leggen aan de rechtbank.

In de Verenigde Staten is onderkend dat deze 'take-it-or-leave-it mentaliteit' het risico op misbruik vergroot. Men heeft daar geprobeerd dit probleem op te lossen door schuldeisers het recht te geven zelf een akkoord aan te bieden.⁸⁸ Tollenaar heeft naar mijn mening overtuigend beargumenteerd dat het wenselijker is dat schuldeisers kunnen verzoeken een herstructureringsdeskundige aan te wijzen die het akkoord aanbiedt, dan iedere individuele schuldeiser het recht te geven een akkoord aan te bieden. Een belangrijk argument tegen het toekennen van dit recht aan individuele schuldeisers is dat een schuldeiser zo veel mogelijk zijn eigen belangen naar voren zal laten komen in het akkoord dat hij aanbiedt.⁸⁹ Hiervoor is echter uiteengezet dat de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige geen goed alternatief is voor een artikel 378-verzoek. Daar komt bij dat een herstructureringsdeskundige in de meeste gevallen instemming nodig heeft van de schuldenaar voor het in stemming brengen van een akkoord of de indiening van een homologatieverzoek.⁹⁰ Dit zwakt het initiatiefrecht van schuldeisers fors af, ook al kan de herstructureringsdeskundige medewerking afdwingen (art. 378 lid 1 sub g en lid 5 Fw).⁹¹ Daarnaast kan ook met een herstructureringsdeskundige een geschil ontstaan over de aanbieding van het akkoord.

81. Reactie De Brauw 30 november 2017, p. 21.

82. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 19.

83. Aldus ook Heems & Van Dijken 2021, p. 279.

84. Heems & Van Dijken 2021, p. 278-279.

85. B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring* (Wessels Insolventierecht, nr. IV), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 4062.

86. Mennens 2020, nr. 248; Bosch, Damsteegt-Molier & De Vos 2021, p. 329.

87. Zie in de Amerikaanse context Hearings Before the Subcommittee on Civil and Constitutional Rights of the Committee on the Judiciary House of Representatives, 94th Cong., 1st Sess., on H.R. 31 and H.R. 32 Bankruptcy Act Revision, Serial No. 27, Part 3, Washington: U.S. Government Printing Office 1976, p. 1875. Zie ook (inclusief citaat hiervan) Tollenaar 2016, par. 8.3.

88. 11 U.S. Code § 1121(c). Hearings Before the Subcommittee on Civil and Constitutional Rights of the Committee on the Judiciary House of Representatives, 94th Cong., 1st Sess., on H.R. 31 and H.R. 32 Bankruptcy Act Revision, Serial No. 27, Part 3, Washington: U.S. Government Printing Office 1976, p. 1875. Sinds inwerkingtreding van de Small Business Reorganization Act of 2019 op 19 februari 2020 hebben schuldeisers dit recht niet als een schuldenaar onder 'subchapter V' een akkoord aanbiedt (11 U.S. Code § 1189(a)). Zie hierover W. Homer Drake Jr. & K. Visser, *Chapter 11 Reorganizations*, New York: Clark Boardman Callaghan 2021, par. 12:32-12:33. Zie ook N.W.A. Tollenaar, 'The European Commission's Proposal for a Directive on Preventive Restructuring Proceedings', *Insolvency Intelligence* 2017, afl. 5, p. 65-81, par. 3.3.

89. Tollenaar 2017a, par. 2.7.

90. Zie art. 381 lid 2 en art. 383 lid 2 Fw. Deze instemmingsplicht moet op grond van art. 4 lid 8 Herstructureringsrichtlijn in de wet worden opgenomen voor MKB-schuldenaren.

91. W.J. Bartstra, R.J. de Weijs & A.L. Jonkers, 'WHOA-Priority Rule en WHOA-initiatiefrechten: Gaten in schuldeisersbescherming bij reorganisaties', *TvI* 2020/15. Zie ook A.H. Kroezen, 'De toegankelijkheid van de WHOA voor het mkb: een beschouwing aan de hand van de Small Business Reorganization Act', *TvI* 2021/21.

4.4. Wenselijkheid toekenning bevoegdheid schuldeisers

Naar mijn mening is het wenselijk dat ook schuldeisers de mogelijkheid hebben geschillen voor te leggen aan de rechtbank. Die mogelijkheid zou gegeven kunnen worden door schuldeisers de bevoegdheid toe te kennen een artikel 378-verzoek in te dienen. Om onnodige vertraging van het proces zo veel mogelijk te voorkomen, kunnen duidelijke termijnen worden gesteld voor de indiening van deze verzoeken. De artikel 378-verzoeken kunnen daarnaast zo veel mogelijk op één zitting worden behandeld.⁹² Misbruik wordt, net als bij het verzoek tot het treffen van voorzieningen, zo veel mogelijk beperkt door de verplichte procesvertegenwoordiging, het griffierecht dat is verschuldigd en de mogelijkheid die de rechter heeft een proceskostenveroordeling uit te spreken.

Omdat de derde titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing is op artikel 378-verzoeken (art. 362 lid 2 Fw), heeft de rechtbank, uiteraard met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk procesrecht, veel vrijheid bij het vormgeven van de procedure.⁹³ De algemene regels van bewijsrecht uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn niet van toepassing, zodat te verwachten is dat de rechtbank met de nodige voortvarendheid een beslissing kan nemen.⁹⁴ Door de procedure te stroomlijnen wordt het risico op misbruik geminimaliseerd, terwijl schuldeisers voorafgaand aan het homologatieverzoek de nodige actie kunnen ondernemen, waarmee het alles-of-niets karakter van het akkoord wordt vermeden. Een andere mogelijkheid om dat karakter te vermijden is de mogelijkheid toe te kennen na de homologatiezitting een gewijzigd akkoord aan te bieden. Die mogelijkheid wordt uitgewerkt in de volgende paragraaf, nadat kort is geschetst hoe schuldeisers zich kunnen verzetten tegen de homologatie van het akkoord.

5. Homologatie

Als de schuldenaar verzoekt het akkoord waarover is gestemd te homologeren, kunnen schuldeisers een verzoekschrift indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek, mits zij hun bezwaren tegen het akkoord tijdig kenbaar hebben gemaakt aan de akkoordaanbieder

(art. 383 lid 9 Fw). In paragraaf 2 kwam reeds naar voren dat procesvertegenwoordiging niet verplicht is, maar dat wel griffierecht betaald moet worden. Voor de hoogte van het griffierecht wordt aangesloten bij de hoogte van de vordering (art. 13a lid 3 Wgbz).⁹⁵

Dat het daarmee voor veel schuldeisers niet opportuun lijkt om op te komen tegen de homologatie, blijkt wel uit de eerste gepubliceerde homologatie van een WHOA-akkoord. Frontline Rigging Consultants B.V. had een concurrente vordering van € 7211,60 op Jurlights B.V. De concurrente schuldeisers was 16% van hun vordering aangeboden.⁹⁶ Nadat Frontline Rigging Consultants had verzocht het homologatieverzoek af te wijzen, werd haar griffierecht in rekening gebracht ter hoogte van € 2076.⁹⁷ Verzet tegen de hoogte van het in rekening gebrachte griffierecht baatte haar niet, omdat dit nu eenmaal wettelijk zo is geregeld.⁹⁸ Mogelijk had de gemachtigde van Frontline Rigging Consultants dit over het hoofd gezien, omdat het niet voor de hand ligt bijna het dubbele van het aangeboden bedrag alleen al als griffierecht te betalen. In 2022 zou het griffierecht meer dan het dubbele van het aangeboden bedrag zijn, omdat het griffierecht voor niet-kantonzaken over vorderingen tot € 100.000 sinds 1 januari 2022 € 2837 bedraagt voor niet-natuurlijke personen.⁹⁹

Het ligt voor de hand voor afwijzingsverzoeken griffierecht te heffen voor zaken met betrekking tot een verzoek van onbepaalde waarde¹⁰⁰ of in ieder geval voor relatief lage vorderingen lagere griffierechten te heffen.¹⁰¹ Dat lijkt ook beter aan te sluiten bij de wens van de Tweede Kamer om MKB-schuldeisers, die regelmatig relatief lage vorderingen hebben, te beschermen.¹⁰² Een afwijzingsgrond voor de homologatie is namelijk dat MKB-schuldeisers in de zin van artikel 374 lid 2 sub a Fw niet 20% van de waarde van hun vordering ontvangen onder het akkoord, tenzij hiervoor een zwaarwegende grond bestaat.¹⁰³ De rechtbank toetst uitsluitend aan deze afwijzingsgrond op verzoek van een MKB-schuldeiser die tegen het akkoord heeft gestemd en die onderdeel uitmaakt van een klasse die als geheel tegen het akkoord heeft gestemd. Veel MKB-schuldeisers zullen het mede

92. Aldus bijvoorbeeld de reactie van Houthoff van 29 november 2017 in de consultatie van de WHOA, p. 8. Een dergelijke zitting wordt alleen gehouden als een of meer verzoeken zijn ingediend op grond van art. 378 Fw. Ik ben geen voorstander van een verplichte goedkeuring van de met het akkoord te verstrekken informatie, de klassenindeling of andere aspecten van het akkoord. Zie hierover (in negatieve zin) bijvoorbeeld S. Madaus, *Rescuing Companies Involved in Insolvency Proceedings with Rescue Plans*, NACIIL Reports 2012, p. 35-36.

93. Vriesendorp & Van Kesteren 2019, par. 3.2.2.

94. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 71.

95. Zie over griffierechten in WHOA-procedures M. Wouters, 'WHOA: hoe zit het met het griffierecht?', *TvI* 2021/48.

96. Dat blijkt uit het homologatievonnis, Rb. Noord-Nederland 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1398, r.o. 2.7.

97. Zie voor de relevante tabel *Stct.* 2020, 62581.

98. Rb. Noord-Holland 15 april 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3085.

99. *Stct.* 2021, 48060.

100. A. Ourhris, 'De WHOA procedure op hoofdlijnen', *De WHOA van wet naar recht* (Serie Recht & Praktijk, deel InsR18), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 28.

101. Wouters 2021.

102. *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, nr. 25.

103. Uit dit argument moet overigens niet de conclusie worden getrokken dat ik mij kan vinden in de 20%-regel. Volgens mij is hier terecht kritiek op geleverd in de literatuur, zie F.M.J. Verstijlen, 'Whoa: omkering van waarden', *NJB* 2020/1718, par. 3.1 en N.W.A. Tollenaar, 'Amendementen op de WHOA – tikkeltje onbesuisd', *TvI* 2020/23, par. 3. Anders: A.L. Jonkers, 'Ongelijkwaardig speelveld in WHOA en door Wetsvoorstel Opheffing Verpandingsverboden', *TvI* 2021/2, par. 3. Voor een voorstel in de literatuur dat lijkt op de huidige 20%-regel, zie A.L. Jonkers & R.C.M. van Moorsel, 'WHOA voor iedereen, verdeel de bankenbonus', *TvI* 2019/168, par. 6.

vanwege de hoogte van het griffierecht niet de moeite waard vinden een afwijzingsverzoek in te dienen. Weliswaar kan de rechtbank de homologatie alsnog ambtshalve weigeren als geen zwaarwegende grond is aangevoerd voor afwijking van de 20%-regel of als de aangevoerde grond niet geldt als zwaarwegend,¹⁰⁴ maar de systematiek van de regeling is dat het aan de MKB-schuldeisers is om af te wegen of ze, mede gelet op de aangevoerde grond, hun instemming willen verlenen aan het akkoord.¹⁰⁵

De wet biedt geen andere manieren voor schuldeisers om zich te verzetten tegen de homologatie dan door het indienen van een verzoekschrift tot afwijzing van het homologatieverzoek. Op grond van artikel 384 lid 7 Fw moeten schuldeisers in de gelegenheid worden gesteld een zienswijze te geven op het homologatieverzoek, maar het gaat in deze bepaling uitsluitend om schuldeisers die hebben verzocht het homologatieverzoek af te wijzen.¹⁰⁶ Dit terwijl schuldeisers bijvoorbeeld bij een artikel 378-verzoek (tot een tussentijds oordeel van de rechter over aspecten van het aangeboden akkoord) waardoor zij worden geraakt laagdrempelig hun standpunt kenbaar kunnen maken door het geven van een zienswijze, terwijl hiervoor geen griffierecht is verschuldigd.¹⁰⁷ Ook bij een faillissements- of surseanceakkoord kunnen schuldeisers laagdrempelig bezwaren kenbaar maken tegen de homologatie. Zij kunnen dit bijvoorbeeld doen door schriftelijk aan de rechter-commissaris te laten weten waarom zij weigering van de homologatie wenselijk achten (art. 151 lid 1 en art. 269b lid 4 Fw), maar ook door mondeling ter zitting hun standpunt ten aanzien van het homologatieverzoek kenbaar te maken (art. 152 lid 1 en art. 271 lid 1 Fw).¹⁰⁸

De wet verbiedt niet dat schuldeisers die niet hebben verzocht om de afwijzing van het homologatieverzoek, een zienswijze geven op het homologatieverzoek. De rechtbank mag niet toetsen aan de afwijzingsgrond van artikel 384 lid 3 en 4 Fw als geen verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek is ingediend,¹⁰⁹ maar de afwijzingsgronden van lid 2 moeten door de rechtbank ambtshalve worden getoetst. Artikel 384 lid 7 Fw is niet prohibitief geformuleerd, zodat niet uitgesloten is dat de rechtbank deze ambtshalve toets mede uitvoert aan de hand van stellingen die door schuldeisers in een schriftelijke

zienswijze of mondeling ter zitting naar voren zijn gebracht.¹¹⁰

Uit in 2021 gewezen rechtspraak blijkt ook dat schuldeisers met enige regelmaat schriftelijke zienswijzen indienen en/of ter zitting verschijnen, terwijl zij niet een verzoek hebben ingediend tot afwijzing van het homologatieverzoek. In sommige gevallen is niet duidelijk wat door deze schuldeisers is aangevoerd en is ook onduidelijk of de rechtbank de standpunten van deze schuldeisers heeft meegewogen,¹¹¹ terwijl in andere gevallen uit de uitspraak blijkt dat de rechtbank de ingediende zienswijzen en aangevoerde standpunten heeft betrokken bij de beslissing.¹¹² Opmerkelijk in dit verband is een recente uitspraak van de Rechtbank Den Haag uit 2022 waarin de rechtbank overweegt dat ook schuldeisers die geen verzoek tot weigering van de homologatie hebben ingediend zienswijzen kunnen geven, maar dat dergelijke zienswijzen niet mogen neerkomen op een verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek.¹¹³ Als de rechtbank daarmee bedoelt dat de rechtbank niet kan toetsen aan de aanvullende afwijzingsgronden op basis van uitsluitend ingediende zienswijzen, lijkt mij dat een terecht oordeel. Bedoelt de rechtbank dat in een zienswijze niet betoogd mag worden dat de rechtbank het homologatieverzoek ambtshalve zou moeten afwijzen op grond van de algemene afwijzingsgronden, dan kan ik mij daar niet in vinden. Het indienen van zienswijzen heeft in dat geval nauwelijks toegevoegde waarde voor schuldeisers.

Het is naar mijn mening wenselijk dat rechtbanken transparant zijn over het antwoord op de vraag of zij schriftelijke zienswijzen betrekken bij hun homologatiebeslissing en of schuldeisers die aanwezig zijn op de homologatiezitting ook in de gelegenheid worden gesteld hun standpunt naar voren te brengen. Als schuldeisers deze mogelijkheid hebben, wat mijn voorkeur heeft, dan is het mijns inziens goed als dat ook expliciet in de wet wordt bepaald. Schuldeisers worden hoe dan ook in kennis gesteld van de zitting (art. 383 lid 5 Fw). De homologatieprocedure is ook geen procedure op tegenspraak,¹¹⁴ zodat de rechtbank niet is gebonden aan door partijen naar voren gebrachte standpunten. Weliswaar moet de rechtbank inzicht geven in haar gedachtegang

104. Rb. Oost-Brabant 27 augustus 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4818, r.o. 5.14-5.17.

105. *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, nr. 25. Voor een voorbeeld waarbij dit gebeurt, zie Rb. Limburg 22 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8857, r.o. 3.5-3.5.2.

106. Wouters 2021.

107. Dit voordeel van het geven van een zienswijze wordt ook opgemerkt door Boersen & Ross 2022. Zij merken daarnaast op dat voor het indienen van een zienswijze geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt. In het kader van de homologatie is dit geen voordeel ten opzichte van het indienen van een verzoek tot afwijzing, omdat voor het indienen van een dergelijk verzoek ook geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt.

108. Mennens 2020, nr. 490.

109. Aldus ook expliciet Rb. Midden-Nederland 29 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4701, r.o. 6.4.

110. Mennens 2020, nr. 497.

111. Bijvoorbeeld Rb. Limburg 22 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8857 en Rb. Den Haag 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11006.

112. Bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 3 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6522 en Rb. Midden-Nederland 29 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4701. Zie over deze laatste uitspraak ook Boersen & Ross 2022.

113. Rb. Den Haag 8 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060, r.o. 4.3.

114. HR 15 december 2000, NJ 2001/262, r.o. 3.3.

zodat de beslissing controleerbaar en aanvaardbaar is, maar de gewone bewijsregels zijn niet van toepassing.¹¹⁵ Tot veel vertraging zal de mogelijkheid tot het indienen van zienswijzen daarom niet leiden, terwijl het schuldeisers wel een laagdrempelige en goedkope mogelijkheid biedt om hun standpunt kenbaar te maken. Dit kan bijdragen aan een verhoging van de acceptatiegraad van het akkoord. Daarnaast zorgt het ervoor dat de rechter beter geïnformeerd een beslissing kan nemen.¹¹⁶

De rechter kan, zoals hiervoor al is opgemerkt, het verzoek tot homologatie van het akkoord toewijzen of afwijzen. De rechtbank kan het akkoord niet wijzigen.¹¹⁷ Het akkoord dat ter homologatie wordt voorgelegd, moet het akkoord zijn waarover is gestemd. Het is niet mogelijk een gewijzigd akkoord ter homologatie voor te leggen.¹¹⁸ De wet biedt ook niet, in ieder geval niet expliciet, de mogelijkheid om op basis van bezwaren die opkomen tijdens de homologatiezitting, een gewijzigd akkoord ter stemming voor te leggen. Als de schuldenaar zelf een akkoord aanbiedt en het homologatieverzoek wordt afgewezen, dan kan op grond van artikel 369 lid 5 Fw slechts door een herstructureringsdeskundige een gewijzigd akkoord worden aangeboden.

In andere landen wordt hier anders mee omgegaan.¹¹⁹ In België heeft de rechter niet de mogelijkheid zelf het akkoord aan te passen,¹²⁰ maar kan de rechter de schuldenaar toestaan een aangepast akkoord voor te leggen aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.¹²¹ In de rechtspraak werd dit in 2010 al toegestaan,¹²² maar sinds 2013 is deze mogelijkheid ook expliciet opgenomen in

de wet.¹²³ De bepaling waarin dit wordt geregeld sinds de invoering van Boek XX WER op 1 mei 2018,¹²⁴ is artikel XX.79, § 2.¹²⁵ Voordat de rechtbank oordeelt op het homologatieverzoek, kan zij een nieuwe stemming vaststellen. De rechtbank moet de bezwaren die zij heeft tegen het akkoord opnemen in haar beslissing. De periode van opschorting, gedurende welke periode een moratorium geldt, wordt verlengd zonder dat de maximumtermijn kan worden overschreden. Het aangepaste akkoord moet, net als het oorspronkelijke akkoord, ten minste twintig dagen voor de stemming neergelegd worden ter griffie.¹²⁶ Het is niet mogelijk om een gewijzigd akkoord niet te homologeren wegens onderdelen van het akkoord die niet zijn gewijzigd en waar de rechtbank zich in eerste instantie niet over heeft uitgelaten.¹²⁷ In België is het mogelijk hoger beroep in te stellen tegen de homologatiebeslissing, en zelfs in hoger beroep kan de schuldenaar de mogelijkheid worden geboden een aangepast akkoord ter stemming voor te leggen.¹²⁸

Door de rechtbank de mogelijkheid te geven te beslissen op het homologatieverzoek nadat een gewijzigd akkoord conform aanwijzingen van de rechtbank kan worden voorgelegd, verdwijnt het alles-of-niets karakter van de homologatiebeslissing. Het toekennen van deze mogelijkheid aan de rechtbank, ook op verzoek van schuldeisers,¹²⁹ is naar mijn mening een geschikt alternatief voor het verlenen van de bevoegdheid aan schuldeisers om een artikel 378-verzoek in te dienen.¹³⁰ Het voordeel hiervan is dat alle bezwaren van schuldeisers behandeld worden tijdens de homologatiezitting. Oordeelt de rechtbank dat het akkoord uitsluitend na wijziging gehomologeerd kan

115.HR 26 augustus 2003, *JOR* 2003/211, r.o. 3.3.2 (*UPC*).

116.Wouters 2021.

117.Zie, naast de in par. 2 vermelde bronnen, Mennens 2020, nr. 496.

118.Rb. Amsterdam 21 december 2021, *ECLI:NL:RBAMS:2021:7533*, r.o. 4.5.

119.Zie naast het hierna beschreven Belgische recht ook de door Mennens (Mennens 2020, nr. 495) beschreven Singaporese scheme of arrangement, waar de rechter een nieuwe stemming kan uitschrijven omdat het akkoord gewijzigd moet worden voordat hij het kan homologeren.

120.V. Frémat e.a. (red.), *Continuïteit van ondernemingen. Artikelsgewijze commentaar bij Boek XX en CAO nr. 102*, Antwerpen: Intersentia, p. 310 (commentaar bij art. XX.79 WER, onder D).

121.F. de Leo, *Schuldeisers en behoorlijk insolventiebestuur* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2021, nr. 518.

122.Kh. Nijvel 22 februari 2010, *JLMB* 2010, 1388. Hierover, inclusief verwijzingen naar voor- en tegenstanders, A. van Hoe & M.A. Vreven, 'Knelpunten bij de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord', *T.B.H.* 2011, afl. 9, p. 853-865, nr. 19.

123.Wet van 27 mei 2013 tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *BS* 22 juli 2013. Zie over de wijzigingen die zijn doorgevoerd met deze wet A. van Hoe, 'Continuïteit voor de Wet Continuïteit Ondernemingen', *Rechtskundig Weekblad* 2014, afl. 31, p. 1202-1229. Zie expliciet over het hier besproken onderwerp nr. 54.

124.Wet van 11 augustus 2017, *BS* 11 september 2017.

125.D. de Marez & C. Stragier, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge: die Keure 2018, p. 219-220.

126.B. Heynickx, 'Commentaar op artikel 55 WCO', in: J. Embrechts, M. Vanmeenen & I. Verougstraete, *Wet en Duiding Insolventie*, Brussel: Larcier 2014. De termijn van twintig dagen is thans opgenomen in artikel XX.77 WER.

127.Hof van Cassatie 28 januari 2016, C.15.0321.N. Zie hierover M. Vanmeenen, 'Continue wendingen in de Wet Continuïteit Ondernemingen', *TBH* 2016, afl. 9, p. 799-808, nr. 14. Volgens haar kan dit anders zijn als wijzigingen van het akkoord invloed hebben op onderdelen van het akkoord die niet zijn gewijzigd.

128.Art. XX.81 lid 5 WER. Zie hierover F. de Leo, *Schuldeisers en behoorlijk insolventiebestuur* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2021, nr. 518, waaronder de verwijzing en het citaat in voetnoot 4297.

129.In België is het standpunt ingenomen dat de rechter deze mogelijkheid uitsluitend heeft op verzoek van de schuldenaar. Zie B. Heynickx, 'Commentaar op artikel 55 WCO', in: J. Embrechts, M. Vanmeenen & I. Verougstraete, *Wet en Duiding Insolventie*, Brussel: Larcier 2014, inclusief verdere verwijzing.

130.Voor de schuldenaar ziet De Leo de aanpassingsmogelijkheid van art. XX.79, § 2 WER als gedeeltelijke compensatie voor de afwezigheid van (het equivalent van) een artikel 378-procedure in het Belgisch recht. Zie F. de Leo, 'Herstructureringsprocedures in België, Nederland en de richtlijn', *TvI* 2020/40, par. 5.3.

worden, dan kan de rechtbank duidelijk maken om welke redenen het akkoord niet gehomologeerd kan worden. Binnen drie tot vijf weken¹³¹ kan dan een definitieve beslissing worden genomen. Als een afkoelingsperiode is afgekondigd, kan deze verlengd worden totdat de rechtbank heeft beslist op het homologatieverzoek. Zolang de uitzondering van artikel 376 lid 6 Fw niet aan de orde is, is het niet problematisch als met een dergelijke verlenging de maximale termijn van acht maanden uit artikel 376 lid 5 Fw wordt overschreden. De maximale termijn van een afkoelingsperiode is volgens de herstructureringsrichtlijn immers twaalf maanden (art. 6 lid 8 Herstructureringsrichtlijn).

Ook als schuldeisers geen bezwaren hebben tegen de homologatie van het akkoord, kan een wijzigingsbevoegdheid van belang zijn voor het geval de rechtbank voornemens is de homologatie ambtshalve te weigeren. Dit is niet alleen in het belang van de schuldenaar, maar ook in het belang van de schuldeisers. Als zij bij homologatie van het akkoord in een betere positie komen te verkeren dan bij het alternatief, wat in de regel een faillissement is, hebben schuldeisers er belang bij dat het akkoord, eventueel in gewijzigde vorm, wordt gehomologeerd zonder dat de akkoordaanbieding moet worden opgepakt door een herstructureringsdeskundige. Alle kosten die daarmee gepaard gaan, worden tenslotte indirect gedragen door de schuldeisers. Daarnaast zorgt de aanbieding van een nieuw akkoord door een herstructureringsdeskundige voor veel vertraging. Dit kan er uiteindelijk toe leiden dat de schuldenaar alsnog failliet verklaard wordt, omdat er onvoldoende middelen zijn om aan de lopende verplichtingen te voldoen gedurende het nieuwe akkoordtraject.

6. Schuldeiserscommissie

In andere jurisdicties zoals de Verenigde Staten wordt invloed van schuldeisers op een akkoordprocedure vormgegeven door de instelling van een schuldeiserscommissie mogelijk te maken. Die mogelijkheid wordt in de WHOA niet, althans niet expliciet, geboden. In deze paragraaf wordt de mogelijkheid tot het instellen van een schuldeiserscommissie onderzocht. Daartoe wordt eerst stilgestaan bij de schuldeiserscommissie in faillissement en surseance. Ook de instelling van een schuldeiserscommissie in de Verenigde Staten wordt besproken. Aan de

hand daarvan wordt ingegaan op de plaats die een schuldeiserscommissie zou kunnen hebben bij het aanbieden van een WHOA-akkoord.

In faillissement kunnen schuldeisers van zich laten horen in een schuldeiserscommissie. Voordat een verificatievergadering is gehouden, kan de rechtbank een voorlopige schuldeiserscommissie instellen als de omvang of aard van het faillissement daar aanleiding toe geeft, onder meer op verzoek van een schuldeiser (art. 74 lid 1 Fw). Tijdens de verificatievergadering bepalen de schuldeisers of het wenselijk is een schuldeiserscommissie in te stellen (art. 75 lid 1 Fw). Een schuldeiserscommissie heeft een adviserende taak. De curator hoeft het advies van de schuldeiserscommissie niet op te volgen, maar moet de commissie wel in de gelegenheid stellen zich te wenden tot de rechter-commissaris als het advies niet wordt opgevolgd (art. 79 Fw).

Een faillissementsakkoord wordt in beginsel aangeboden door de schuldenaar. De curator heeft in beginsel slechts een adviserende rol,¹³² hoewel uit de Recofa-richtlijnen 2021 blijkt dat de curator de schuldenaar behulpzaam moet zijn bij de akkoordaanbieding en zelfs op verzoek van de schuldenaar de mogelijkheden tot het aanbieden van een akkoord moet onderzoeken.¹³³ De rol van de schuldeiserscommissie is in ieder geval beperkt tot het uitbrengen van advies aan de schuldeisers¹³⁴ over het akkoord (art. 140 Fw). De schuldeiserscommissie is zelfs verplicht dit advies uit te brengen,¹³⁵ hoewel de sanctie slechts 'ligt in het plichtbesef van de genoemde personen'.¹³⁶

De regeling over de surseance van betaling voorziet, net als de WHOA, niet expliciet in de instelling van een schuldeiserscommissie. Toch is in het verleden in de surseance van *Teixeira de Mattos* een schuldeiserscommissie ingesteld als voorziening op grond van artikel 225 Fw. In de uitspraak verklaarde de rechtbank een aantal artikelen uit de Faillissementswet over de schuldeiserscommissie in faillissement, waarbij sommige artikelen werden toegespitst op de surseanceregeling, van overeenkomstige toepassing op de schuldeiserscommissie.¹³⁷ Een dergelijk verzoek werd in de surseance van Jomed afgewezen, maar zonder dat de rechtbank de instelling van een schuldeisers-

131. Er zal rekening gehouden moeten worden met de termijn van ten minste acht dagen die moet liggen tussen de voorlegging van het akkoord en de stemming uit art. 381 lid 1 Fw, de termijn van uiterlijk zeven dagen waarbinnen het stemverslag ter griffie neergelegd moet worden uit art. 382 lid 1 Fw en de zitting die ten minste acht en ten hoogste veertien dagen na neerlegging van het stemverslag moet worden gehouden op grond van art. 383 lid 6 Fw. Uiteraard heeft de rechtbank ook tijd nodig om een definitieve beslissing te nemen.

132. Volgens Soedira wordt een akkoord in de praktijk vaak door de curator geïnitieerd en door hem namens de schuldenaar aangeboden, A.D.W. Soedira, *Het akkoord* (Serie Onderneming & Recht, deel 60) (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, par. 5.1.

133. Art. 5 lid 1 Recofa-richtlijnen 2021. Dit stond ook in de Recofa-richtlijnen 2019. Zie ook B. Wessels, *Het akkoord* (Wessels Insolventierecht nr. VI), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 6032 en 6032a. De vraag of dit voorschrift enige grond heeft in de wet, blijft hier buiten beschouwing.

134. Wessels stelt dit expliciet over het advies van de curator: Wessels 2020, nr. 6064. Voor het advies van de schuldeiserscommissie geldt hetzelfde.

135. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wet modernisering faillissementsprocedure (*Stb.* 2018, 299) stond dit met zoveel woorden in de wet. Uit de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2016/17, 34740, nr. 3) volgt dat geen inhoudelijke wijziging van art. 140 Fw is beoogd, zodat aangenomen mag worden dat het nog steeds een verplichting betreft.

136. G.W. Baron van der Feltz (red.), *Geschiedenis van de wet op het faillissement en de surséance van betaling. Deel II*, Haarlem: Erven F. Bohn 1896, herdrukt in: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Deel 2-II*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 156.

137. Rb. Amsterdam 4 november 1966, *NJ* 1966/445.

serscommissie categorisch uitsloot.¹³⁸ In de literatuur wordt kennelijk aangesloten bij deze toepassing van artikel 225 Fw.¹³⁹

In de Verenigde Staten moet op grond van 11 U.S. Code § 1102(a)(1) bij iedere akkoordaanbieder een commissie van schuldeisers zonder zekerheidsrecht (*unsecured creditors*) ingesteld worden. De rechtbank heeft daarnaast de mogelijkheid te bevelen dat aanvullende commissies worden ingesteld (11 U.S. Code § 1102(a)(2)). Een *unsecured creditors' committee* bestaat over het algemeen uit zeven tot negen leden.¹⁴⁰ Geprobeerd wordt om schuldeisers te benoemen die een bepaalde groep schuldeisers kunnen vertegenwoordigen, zodat verschillende typen schuldeisers worden vertegenwoordigd in de schuldeiserscommissie.¹⁴¹ De belangrijkste taak van de commissies is om deel te nemen aan de onderhandelingen over het akkoord en de achterban te adviseren over het akkoord dat uiteindelijk wordt aangeboden.¹⁴² Commissies spelen in ieder geval bij grote schuldenaren op dit punt een grote rol, omdat in de regel alleen akkoorden worden aangeboden die gesteund worden door de ingestelde commissies.¹⁴³ Commissies hebben verder een adviserende en toezichhoudende rol (11 U.S. Code § 1103(c)). Commissies kunnen met goedkeuring van de rechtbank voor rekening van de schuldenaar professionals inhuren.¹⁴⁴

Ondanks de verplichting om een *unsecured creditors' committee* in te stellen wordt in veel gevallen geen schuldeiserscommissie ingesteld bij gebrek aan belangstelling van schuldeisers.¹⁴⁵ Overigens wordt met name bij kleine schuldenaren geen schuldeiserscommissie inge-

steld.¹⁴⁶ In een studie uit 1993 naar 43 grote beursvennootschappen die tussen 1979 en 1988 een Chapter 11-procedure voltooiden, werd in slechts één geval geen schuldeiserscommissie ingesteld.¹⁴⁷ De redenen dat in de Verenigde Staten bij kleinere schuldenaren geen schuldeiserscommissie wordt ingesteld, zijn onder meer dat de kosten van een schuldeiserscommissie te hoog zijn en dat veel schuldeisers onvoldoende belang hebben om zitting te nemen in een schuldeiserscommissie omdat hun vordering te laag is.¹⁴⁸

De verplichting om een schuldeiserscommissie in te stellen is om de hiervoor genoemde redenen vervallen voor kleine ondernemingen¹⁴⁹ met de inwerkingtreding van de Small Business Reorganization Act op 19 februari 2020 (11 U.S. Code § 1102(a)(3)), tenzij de rechtbank een schuldeiserscommissie toch nodig oordeelt.¹⁵⁰ In plaats van een schuldeiserscommissie wordt op grond van 11 U.S. Code § 1183 verplicht een *trustee* aangesteld.¹⁵¹ De trustee die op grond van *subchapter V* wordt aangesteld, heeft niet alleen een toezichhoudende rol, maar faciliteert de schuldenaar ook bij de totstandkoming van het akkoord.¹⁵² De rol van deze *trustee* is dus ruimer dan de rol van een observator, maar in beginsel¹⁵³ minder ruim dan de rol van een herstructureringsdeskundige.

Een goed functionerende schuldeiserscommissie kan ervoor zorgen dat een eerlijk akkoord tot stand komt dat tegemoetkomt aan de verschillende belangen van de *unsecured* schuldeisers.¹⁵⁴ Een schuldeiserscommissie kan ook een belangrijke rol spelen in het verlagen van de coördinatiekosten. De akkoordaanbieder heeft in de

138.Rb. Amsterdam 25 maart 2003, *JOR* 2003/154, r.o. 19-20.

139.Wessels 2021, nr. 8113; C.M. Harmsen, '2002: de comeback van de surseance van betaling', *TvI* 2003, afl. 6, p. 275.

140.M.H. Harner & J. Marincic, 'Committee Capture? An Empirical Analysis of the Role of Creditors' Committees in Business Reorganizations', *Vanderbilt Law Review* 2011, afl. 3, p. 763.

141.*Commission to Study the Reform of Chapter 11, 2012-2014 Final Report and Recommendations*, American Bankruptcy Institute 2014 (commission.abi.org/full-report), p. 40 (hierna: ABI-rapport). Over dit rapport, zie B. Wessels, 'The Reform of Chapter 11: Its Process and the Recommendations Made', in: B. Wessels & R.J. de Weijs (red.), *International Contribution to the Reform of Chapter 11 U.S. Bankruptcy Code. European and International Insolvency Law Studies* 2, Den Haag: Eleven International Publishing 2015, p. 3-40.

142.W.L. Norton, *Norton Bankruptcy Law & Practice* 3d, New York: Clark Boardman Callaghan 2022, par. 98:34.

143.L.M. LoPucki & W.C. Whitford, 'Corporate Governance in the Bankruptcy Reorganization of Large, Public Held Companies', *Un. of Pennsylvania Law Review* 1993, afl. 3, p. 682-683.

144.11 U.S.C. § 1103(a). Zie voor vergoeding van de kosten § 330(a)(1) en § 503(b)(2). Zie ook ABI-rapport, p. 41.

145.Uit een onderzoek uit 2011 volgt dat in ongeveer de helft van de gevallen een schuldeiserscommissie werd ingesteld, Harner & Marincic 2011, afl. 3, p. 747-810. Zie ook ABI-rapport, p. 40.

146.ABI-rapport, p. 292.

147.LoPucki & Whitford 1993, afl. 3, p. 669-800.

148.ABI-rapport, p. 292-293. Zie ook C.G. Bradley, 'The New Small Business Bankruptcy Game: Strategies for Creditors Under the Small Business Reorganization Act', *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 2020, afl. 2, p. 260.

149.In 11 U.S. Code § 1182(1) is opgenomen welke ondernemingen hiervoor in aanmerking komen. De bepalingen van *subchapter V* van *chapter 11* zijn alleen van toepassing op schuldenaren die hiervoor in aanmerking komen en hier ook voor kiezen, aldus 11 U.S. Code § 103(i). Zie hierover P.W. Bonapfel, 'A Guide to the Small Business Reorganization Act of 2019', *American Bankruptcy Law Journal* 2019, afl. 4, p. 571-648, par. IIIA.

150.Small Business Reorganization Act (SBRA) van 23 augustus 2019, Pub. L. No. 116-54, 133 Stat. 1079.

151.Bradley 2020, p. 260. Deze benoeming is, ondanks het advies van de ABI om dat niet te doen, verplicht gesteld. Zie voor het advies van de ABI het ABI-rapport, p. 294 ('The Commissioners underscored the case-by-case nature of this inquiry and, accordingly, declined to make it a mandatory appointment.').

152.Over de rol van de *trustee*, zie Bonapfel 2019, afl. 4, p. 571-648, par. IV. Zie in de Nederlandse literatuur in het kort Kroezen 2021/21, par. 2.3.1.

153.In beginsel, omdat de *trustee* ruimere bevoegdheden krijgt als de schuldenaar bijvoorbeeld vanwege fraude of wanbeheer wordt afgezet als debtor in possession. Zie 11 U.S. Code § 1185 en § 1183(b)(5). Zie ook Bonapfel 2019, par. IV.B.3.

154.Homer Drake Jr. & Visser 2021, § 7:17.

schuldeiserscommissie een aanspreekpunt en de commissie kan toezicht houden op de aanbidding van het akkoord en de andere schuldeisers informeren over het proces en adviseren over het akkoord dat wordt aangeboden.¹⁵⁵ Schuldeiserscommissies hebben ook nadelen. Belangrijke nadelen zijn de kosten en vertraging die gepaard gaan met de instelling van een schuldeiserscommissie.¹⁵⁶ Daarnaast kunnen verschillende leden van een schuldeiserscommissie belangen hebben die tegenstrijdig zijn aan elkaar. Ook is het mogelijk dat leden, ondanks het feit dat zij een *fiduciary duty* hebben tegenover de schuldeisers van wie zij de belangen behartigen,¹⁵⁷ hun eigen belangen najagen ten koste van de schuldeisers als groep.¹⁵⁸

Vanwege de nadelen die kleven aan de instelling van een schuldeiserscommissie, is het terecht dat de WHOA de instelling van een schuldeiserscommissie niet verplicht stelt. De belangen van schuldeisers kunnen worden behartigd door de aanstelling van een objectieve herstructureringsdeskundige of observator.¹⁵⁹ Dat neemt niet weg dat het met name bij grote schuldenaren ook voordelen kan hebben om een schuldeiserscommissie in te stellen. Een schuldeiserscommissie is met name geschikt om te onderhandelen over het akkoord en om de achterban te informeren. Het zou mijns inziens daarom wel mogelijk moeten zijn om een schuldeiserscommissie in te stellen. Naar mijn mening bestaat die mogelijkheid ook. In de eerste plaats kan de akkoordaanbieder zelf een schuldeiserscommissie instellen. Ten tweede heeft de rechtbank op grond van artikel 379 Fw de mogelijkheid om als voorziening een schuldeiserscommissie in te stellen.¹⁶⁰

Dat de WHOA geen bepalingen bevat over de instelling, taken en bevoegdheden van een schuldeiserscommissie, is niet problematisch. Net als in de surseance van *Teixeira de Mattos* kan de rechtbank bepalingen die zien op de schuldeiserscommissie in faillissement, indien nodig toespitsen op de WHOA, van overeenkomstige toepassing verklaren. Daarnaast kan de akkoordaanbieder met de commissieleden een reglement vaststellen over de werkwijze van de schuldeiserscommissie (vgl. art. 75a lid 1 Fw). In een dergelijk reglement kunnen zaken als geheimhouding en de vergaderorde worden geregeld. In voorkomende gevallen kan de rechtbank op grond van artikel 379

Fw een reglement vaststellen of andere voorzieningen treffen ten aanzien van een schuldeiserscommissie.¹⁶¹

Hiervoor kwam aan de orde dat in de Verenigde Staten meer dan één commissie kan worden ingesteld. Het komt niet vaak voor dat meer dan één commissie wordt ingesteld.¹⁶² Dat is ook niet vreemd, omdat het instellen van meerdere commissies in beginsel leidt tot hogere kosten en tot mogelijke afstemmingsproblemen.¹⁶³ Anders dan De Leo¹⁶⁴ meen ik daarom dat, als een commissie wordt ingesteld, één commissie de norm moet zijn. Wel is het goed om de optie van het instellen van meerdere commissies open te houden voor het geval de omstandigheden daartoe aanleiding geven.

7. Conclusie

Hoewel een WHOA-akkoord een forse inbreuk kan maken op de (eigendoms)rechten van schuldeisers, hebben schuldeisers onder de WHOA weinig formele bevoegdheden om invloed uit te oefenen op de totstandkoming van het akkoord. Schuldeisers kunnen slechts, naast het uitbrengen van hun stem, verzoeken om de aanstelling en het ontslag van een herstructureringsdeskundige en om afwijzing van de homologatie van het akkoord. Omdat schuldeisers die geraakt worden door een afkoelingsperiode, ook de bevoegdheid hebben een zienswijze te geven op een verlengingsverzoek, te verzoeken de afkoelingsperiode op te heffen en om voorzieningen te vragen, kunnen schuldeisers meer bevoegdheden naar zich toetrekken door een faillissementsverzoek in te dienen. Mede om die reden is het naar mijn mening wenselijk dat schuldeisers hoe dan ook de bevoegdheid hebben te verzoeken tot het treffen van voorzieningen. Een van de voorzieningen die getroffen kan worden, is de instelling van een schuldeiserscommissie. Onder omstandigheden kan de instelling van een schuldeiserscommissie een positieve en legitimerende bijdrage leveren aan de totstandkoming van een akkoord.

Schuldeisers kunnen bezwaren tegen een voorgelegd akkoord voorleggen aan de akkoordaanbieder, die dan de mogelijkheid heeft een artikel 378-verzoek in te dienen bij de rechtbank. Gaat de akkoordaanbieder niet over tot de indiening van een artikel 378-verzoek, dan kan de schuldeiser verzoeken de homologatie van het akkoord

155. De Leo 2021, nr. 402.

156. ABI-rapport, p. 42.

157. Norton 2022, § 98:36.

158. Harner & Marincic 2011, p. 764-767.

159. Aldus ook J. Nouwen, 'Enkele aspecten van inspraak en bescherming van WHOA-schuldeisers', *HERO* 2021/P-015, par. 2.3.

160. De Leo denkt hier anders over. Volgens hem zou daarvoor art. 225 Fw moeten worden aangepast, maar het lijkt erop dat hij over het hoofd ziet dat de rechtbank ook op grond van de WHOA voorzieningen kan treffen. Zie De Leo 2021, nr. 394.

161. Wessels betoogt, geïnspireerd door verschillende soft law-documenten en recente rechtspraak in Europa (waaronder de Nederlandse Imtech-zaken), dat de tijd rijp is voor een Europese gedragscode voor schuldeisers in schuldeiserscommissies in B. Wessels, 'Towards a European Code of Conduct for Creditors' Committees', *International Corporate Rescue* 2021, p. 375-383. Een dergelijke code zou het opstellen van een reglement kunnen vergemakkelijken.

162. Dat kunnen ook aandeelhouderscommissies zijn. De instelling van meerdere commissies gebeurt niet vaak. In de 296 gevallen die werden onderzocht door Harner en Marincic werd in zes gevallen meer dan één schuldeiserscommissie ingesteld en werd in acht gevallen een aandeelhouderscommissie ingesteld. De zogenaamde ad hoc commissies laat ik hier buiten beschouwing. Zie Harner & Marincic 2011, p. 776-777.

163. W.L. Norton & R.G. Jones, *Norton Creditors' Rights Handbook*, New York: Clark Boardman Callaghan 2020, par. 13:2; V.A. Bell & P.B. Jones, 'Creditors' Committees and Their Roles in Chapter 11 Reorganizations', *Detroit College of Law Review* 1993, afl. 4, p. 1559.

164. De Leo 2021, nr. 405.

te weigeren. Met name voor kleinere schuldeisers is het verschuldigde griffierecht een te hoge drempel, maar een ander bezwaar is dat de rechtbank het akkoord uitsluitend kan homologeren of de homologatie kan weigeren. Een (formele) tussenweg is er niet. Dat terwijl het mogelijk is dat een schuldeiser terechte bezwaren opwerpt tegen het akkoord, terwijl hij geen belang heeft bij weigering van de homologatie. Ik heb twee alternatieve voorstellen gedaan om dit alles-of-niets karakter van het akkoord weg te nemen. Ten eerste kan de bevoegdheid om een artikel 378-verzoek in te dienen ook worden toegekend aan schuldeisers en ten tweede kan de rechtbank de mogelijkheid worden toegekend mede op verzoek van schuldeisers pas te beslissen op een homologatieverzoek nadat een gewijzigd akkoord conform aanwijzingen van de rechtbank kan worden voorgelegd.

Om mijn aanbevelingen over te nemen is een wetswijziging nodig. Om schuldeisers de bevoegdheid te geven een verzoek in te dienen tot het treffen van voorzieningen, moet die bevoegdheid worden toegevoegd aan artikel 376 Fw. Een wetswijziging is ook nodig om schuldeisers de bevoegdheid toe te kennen een artikel 378-verzoek in te dienen of om de rechtbank de mogelijkheid te bieden aan de akkoordaanbieder een gewijzigd akkoord voor te leggen voordat wordt beslist op het homologatieverzoek. Een wetswijziging is gewenst om duidelijk te maken dat alle schuldeisers, dus ook schuldeisers die niet hebben verzocht om de homologatie van het akkoord te weigeren, een schriftelijke zienswijze in kunnen dienen over het homologatieverzoek en ter zitting mondeling hun standpunt over het homologatieverzoek kenbaar kunnen maken. Tot slot moet de Wgbz worden gewijzigd om voor het indienen van een wijzigingsverzoek lagere griffierechten te heffen. Deze wijzigingen kunnen meegenomen worden bij de implementatie van de herstructureringsrichtlijn. Dat het de wetgever waarschijnlijk niet lukt de herstructureringsrichtlijn tijdig te implementeren,¹⁶⁵ is daarmee een geluk bij een ongeluk.

165. Dat de implementatie niet op schema ligt, volgt laatstelijk uit de bijlage bij *Kamerstukken II* 2021/22, 21109, nr. 253, p. 8.