Evaluatie Wet homologatie onderhands akkoord

Onderzoeksteam

Programmaleiders
Prof. mr. F.M.J. Verstijlen
Prof. mr. R.D. Vriesendorp
Onderzoekers
Prof. dr. J.A.A. Adriaanse
Mr. dr. M.J.R. Broekema RV
Mr. dr. A. Karapetian
Prof. mr. H. Koster
Mr. dr. J.M.W. Pool
Mr. dr. E.F. Verheul

18 december 2023

© 2023; Rijksuniversiteit Groningen en Universiteit Leiden. Auteursrechten voorbehouden. Niets uit dit rapport mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm, digitale verwerking of anderszins, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Rijksuniversiteit Groningen en Universiteit Leiden.

Inhoudsopgave

Woord vooraf **8**

1 Inleiding en onderzoeksopzet **9**
1.1 Achtergrond 9
1.2 Doelstelling 10
1.3 Onderzoeksvragen en leeswijzer 11
1.3.1 Deel A: reconstructie beleidslogica 12
1.3.2 Deel B: meten doelbereiking WHOA en inzet instrumentarium 12
1.3.3 Deel C: opbrengsten van de wet; synthese en aanbevelingen 12
1.4 Methoden 13

Deel A **14**

2 Reconstructie beleidslogica **15**
2.1 Inleiding 15
2.2 Methode 15
2.3 Resultaten 15
2.3.1 De doelen van de WHOA 15
2.3.2 Instrumentarium WHOA 16
2.3.2.1 Homologatie akkoord 16
2.3.2.2 Aanwijzing herstructureringsdeskundige/aanstelling observator 17
2.3.2.3 Afkoelingsperiode 18
2.3.2.4 Paulianabestendige rechtshandelingen 19
2.3.2.5 Verrekening 22
2.3.2.6 Aspectenverzoek 22
2.3.2.7 Lopende overeenkomsten 22
2.3.2.8 Doelboom 23
2.3.3 De beleidstheorie van de WHOA 24
2.3.3.1 De totstandkoming van de WHOA 24
2.3.3.2 Versterken reorganiserend vermogen 25
2.3.3.3 Liquidatieakkoord 25
2.3.3.4 Versterken minnelijk traject 26
2.3.3.5 Bescherming MKB-schuldeisers 27
2.3.4 Invloed externe factoren 28
2.4 Conclusie 28

Deel B **30**

3 Jurisprudentieonderzoek **31**
3.1 Inleiding 31

3.2 Methode en data 31
3.3 Resultaten 32
3.3.1 Aanwijzing herstructureringsdeskundige/aanstelling observator 32
3.3.1.1 Inleiding 32
3.3.1.2 Aanwijzing herstructureringsdeskundige 32
3.3.1.3 Aanwijzing observator 33
3.3.2 Afkoelingsperiode 34
3.3.2.1 Inleiding 34
3.3.2.2 Toetsingsgronden 35
3.3.2.3 Verlenging afkoelingsperiode 37
3.3.2.4 Opheffing/intrekking afkoelingsperiode 37
3.3.2.5 Exploitatie gedurende de afkoelingsperiode 38
3.3.2.6 Doorlooptijden 38
3.3.3 Art. 42a Fw 38
3.3.4 Aspectenverzoek 40
3.3.5 Homologatie 42
3.3.5.1 Inleiding 42
3.3.5.2 De algemene toetsingscriteria van art. 384 lid 2 Fw 43
3.3.5.3 *No creditor worse off* (art. 384 lid 3 Fw) 44
3.3.5.4 Eerlijke verdeling (art. 384 lid 4 Fw) 44
3.3.6 Opzegging overeenkomst 47
3.3.7 Waarderingsvraagstuk 48
3.3.8 Misbruik 49
3.3.9 Doorlooptijden en spreiding van zaken 50
3.3.10 Beperkingen van het jurisprudentieonderzoek 51

4 Expertmeeting 52
4.1 Inleiding 52
4.2 Methode 52
4.3 Resultaten 53
4.3.1 Inleiding 53
4.3.2 Aanwijzing herstructureringsdeskundige/aanstelling observator 53
4.3.2.1 Aanwijzing herstructureringsdeskundige 53
4.3.2.2 Rol van de herstructureringsdeskundige 53
4.3.2.3 Aanstelling observator 54
4.3.2.4 Taakopvatting en zienswijze van de observator in de praktijk 54
4.3.2.5 Taakopvatting en onderzoek onregelmatigheden 55
4.3.3 Afkoelingsperiode 55
4.3.4 Art.42a Fw 56
4.3.5 Aspectenverzoek 57
4.3.6 Procedurele aspecten 57
4.3.7 Homologatie 58
4.3.7.1 Inleiding 58
4.3.7.2 Twintigprocentsregel (art. 384 lid 4 sub a Fw) 59
4.3.7.3 *Absolute priority rule* (art. 384 lid 4 sub b Fw) 59
4.3.8 Financiële aspecten (in het bijzonder het waarderingsvraagstuk) 60
4.3.8.1 Inleiding 60

4.3.8.2 Ervaringen en perspectieven rondom waarderingsvraagstukken 60
4.3.9 De WHOA en het MKB 62

5 Casestudies 64
5.1 Inleiding 64
5.2 Methode 64
5.3 Resultaten 65
5.3.1 Geselecteerde casus 65
5.3.1.1 Casus 1 65
5.3.1.2 Casus 2 65
5.3.1.3 Casus 3 66
5.3.1.4 Casus 4 67
5.3.1.5 Casus 5 67
5.3.2 Rol herstructureringsdeskundige en observator 68
5.3.2.1 Herstructureringsdeskundige 68
5.3.2.2 Observator 68
5.3.3 Afkoelingsperiode 68
5.3.4 Art. 42a Fw 69
5.3.5 Aspectenverzoek 70
5.3.6 Homologatie 70
5.3.7 Waarderingsvraagstuk 71

6 Survey 72
6.1 Inleiding 72
6.2 Methode 72
6.2.1 Steekproef 72
6.2.1.1 Reguliere survey 72
6.2.1.2 Survey voor de WHOA-pool 73
6.2.2 Survey en analyse 74
6.3 Resultaten reguliere survey 75
6.3.1 De WHOA als stok achter de deur 75
6.3.2 Actoren binnen de WHOA 76
6.3.2.1 Herstructureringsdeskundige 76
6.3.2.2 Observator 77
6.3.3 Afkoelingsperiode 79
6.3.4 Klassenindeling 81
6.3.5 Aspectenverzoek 81
6.3.6 Artikel 42a Fw: paulianabescherming 83
6.3.7 Waardering 84
6.3.8 Informatievoorziening 85
6.3.9 Homologatie 86
6.3.10 Schuldeisersbescherming 89
6.3.11 De WHOA en het MKB 89

6.3.12 WHOA-procesrecht 91
6.3.13 Misbruik 92
6.3.14 Liquidatie- versus reorganisatieakkoord 94
6.3.15 In hoeverre bereikt de WHOA de doelstellingen? 94
6.3.16 Toekomst van de WHOA 96
6.4 Resultaten survey voor de WHOA-pool 98
6.4.1 Ervaringen met de WHOA-pool 98
6.4.2 De WHOA als stok achter de deur 99
6.4.3 Actoren binnen de WHOA 100
6.4.3.1 Herstructureringsdeskundige 100
6.4.3.2 Observator 101
6.4.4 Afkoelingsperiode 102
6.4.5 Klassenindeling 104
6.4.6 Aspectenverzoek 104
6.4.7 Paulianabescherming 105
6.4.8 Waardering 106
6.4.9 Informatievoorziening 107
6.4.10 Homologatie 108
6.4.11 Schuldeisersbescherming 110
6.4.12 De WHOA en het MKB 111
6.4.13 WHOA-procesrecht 112
6.4.14 Misbruik 113
6.4.15 Liquidatie- versus reorganisatieakkoord 114
6.4.16 In hoeverre bereikt de WHOA de doelstellingen? 115
6.4.17 Toekomst van de WHOA 117

Deel C **119**

7 Synthese: Eerste ervaringen met en opbrengsten van de WHOA **120**
7.1 Inleiding 120
7.2 Algemeen beeld van de werking van de WHOA; doelbereiking WHOA? 120
7.3 De WHOA als stok achter de deur 121
7.4 De WHOA en het MKB 121
7.4.1 Kosten, griffierechten en financiering 121
7.4.2 Bekendheid van de WHOA bij het MKB 123
7.4.3 Informatieverplichting: naar een ‘WHOA-light’? 123
7.5 De WHOA-toestand: lopende verplichtingen en de startverklaring 124
7.6 Actoren binnen de WHOA 125
7.6.1 De herstructureringsdeskundige 125
7.6.2 De observator 126
7.7 Afkoelingsperiode 128

7.8 Artikel 42a Fw: paulianabescherming 130
7.9 Klassenindeling 130
7.10 Aspectenverzoek 131
7.11 Waardering 133
7.12 Informatievoorziening 134
7.13 Homologatie 135
7.14 Schuldeisersbescherming 137
7.15 Misbruik 138
7.16 WHOA-procesrecht 140
7.17 Liquidatie- versus reorganisatieakkoord 141
7.18 Overige punten 142
7.18.1 (Bank)garanties en art. 370 lid 2 Fw) 142
7.18.2 Third-party releases 143

8 Conclusies en aanbevelingen 144
8.1 Inleiding 144
8.2 Beleidslogica 144
8.3 Inzet instrumentarium en doelbereiking 145
8.3.1 Inzet wettelijk instrumentarium 145
8.3.2 Doelbereiking 146
8.3.3 Bijstelling wettelijke regeling 147
8.3.3.1 Categorie 1: eenvoudig uit te voeren bijstellingen 147
8.3.3.2 Categorie 2: minder eenvoudig uit te voeren aanpassingen 147
8.3.3.3 Categorie 3: praktische aanpassingen 149
8.4 Enkele specifieke gevolgen van de WHOA 150
8.4.1 Gevolgen rechtsmiddelenverbod 150
8.4.2 Gevolgen uitzondering betreffende de rechten van werknemers 151
8.4.3 Gevolgen instemmingsvereiste voor de werkbelasting van de rechterlijke macht 151
8.4.4 De WHOA als stok achter de deur 151
8.4.5 Economische effecten van de WHOA 152
8.4.6 Tot besluit 152

Samenvatting 153

Summary 156

Bijlagen 159

Annex 1. Samenstelling onderzoeksgroep 160

Annex 2. Samenstelling begeleidingscommissie 163

Annex 3. Programma expertmeeting 164

Annex 4. Resultaten van de survey voor niet-ervaringsdeskundigen 166

Woord vooraf

Dit is het evaluatierapport van de Wet homologatie onderhands akkoord ('WHOA') in de praktijk. Het rapport is geschreven door een groep onderzoekers[1] van de Rijksuniversiteit Groningen en de Universiteit Leiden in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Datacentrum ('WODC') als uitvloeisel van de wettelijke bepaling om binnen drie jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag te zenden over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk.[2] Het rapport doet verslag van het door ons uitgevoerde onderzoek naar de eerste ervaringen met de WHOA in de praktijk. Hoewel de WHOA recent in 2021 is ingevoerd en de resultaten dus nog maar beperkt meetbaar zijn, kunnen wij in dit rapport verslag doen van de eerste ervaringen in de praktijk met deze wet. Op basis van de geconstateerde goedwerkende en minder goedwerkende onderdelen komen wij aan het slot tot een aantal aanbevelingen voor de wetgever en de praktijk. Sommige aanbevelingen zijn technisch van aard en kunnen vermoedelijk eenvoudig en snel worden uitgewerkt en uitgevoerd; andere vergen nader onderzoek, discussie en – soms ook – politiek debat en daarop gebaseerde besluitvorming.

In het kader van de transparantie zij opgemerkt dat verschillende van de onderzoekers bij de totstandkoming van de WHOA hebben deelgenomen aan het wetenschappelijk en maatschappelijk debat over de opeenvolgende voorstellen en incidenteel door het Ministerie van Justitie en Veiligheid (voorheen: Ministerie van Veiligheid en Justitie) zijn geconsulteerd.

Het rapport zou niet mogelijk zijn geweest zonder de inzet van velen uit de praktijk en de wetenschap, waarbij de onderzoeksgroep dankbaar gebruik heeft kunnen maken van een begeleidingscommissie onder voorzitterschap van eerst prof. mr. R.M. Wibier en later prof. dr. E. Niemeijer.[3]

—

[1] Zie Annex 1 voor een overzicht van het onderzoeksteam.

[2] Art. IIa Wet van 7 oktober 2020 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), *Stb*. 2020, 414.

[3] Zie Annex 2 voor de samenstelling van de begeleidingscommissie.

1 Inleiding en onderzoeksopzet

1.1 Achtergrond

In 2012 heeft de wetgever het wetgevingsprogramma 'Herijking faillissementsrecht' aangekondigd. Dit programma heeft een lange aanloop gehad en vloeit voort uit het Voorontwerp Insolventiewet uit 2007, dat een complete herziening van de Faillissementswet op het oog had. Hoewel een complete herziening op dat moment te omvangrijk werd geacht, bestond een aantal problemen binnen het faillissementsrecht waar concrete oplossingen voor moesten komen. Dit heeft geleid tot het genoemde programma 'Herijking faillissementsrecht', dat op drie pijlers rust: fraudebestrijding, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en modernisering.[4]

De totstandkoming van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) was onderdeel van de tweede pijler – versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven – en is op 1 januari 2021 in werking getreden. Doel van de WHOA is, kort gezegd, te voorkomen dat ondernemingen die op zichzelf levensvatbaar zijn, door een te hoge schuldenlast of door te hoge structurele schulden failliet gaan.[5] Dat geschiedt – zoals de naam al zegt – door homologatie, dat wil zeggen goedkeuring of bekrachtiging door de rechter van een onderhands akkoord tussen een schuldenaar en (een deel van) diens schuldeisers en/of aandeelhouders dat voorziet in de wijziging van hun rechten en dat ook schuldeisers en aandeelhouders kan binden die daarmee niet instemmen. Door het introduceren van de WHOA zou het reorganiserend vermogen van ondernemingen in Nederland moeten worden bevorderd.[6]

Het is geenszins de bedoeling geweest om afbreuk te doen aan de bestaande buitengerechtelijke herstructureringspraktijk. Integendeel, de WHOA zou in eerste instantie moeten fungeren als een 'stok achter de deur' voor de stakeholders.[7] De gedachte hierachter is dat het bestaan van de WHOA ervoor zorgt dat schuldeisers niet zonder gegronde redenen een akkoord zullen afwijzen, omdat de schuldenaar een akkoord ondanks tegenstemmende schuldeisers alsnog bij de rechter zou kunnen afdwingen.[8] Daardoor zou het aantal zaken dat daadwerkelijk bij de rechter terechtkomt, beperkt kunnen blijven.[9]

Omdat een belangrijk doel van de WHOA is om een effectieve en breed toegankelijke akkoordprocedure tot stand te brengen voor schuldenaren in financiële problemen, is ervoor gekozen om een snelle, efficiënte en flexibele toepassing van de WHOA toe te laten.[10] Tegen deze achtergrond is veel aandacht besteed aan het vinden van een goed evenwicht tussen:

- enerzijds het voorkomen van onnodig beroep op de rechter door schuldeisers of aandeelhouders die niet willen meewerken aan een herstructurering en dit proces voor eigen gewin proberen te blokkeren of te vertragen; en
- anderzijds het bieden van de nodige (rechterlijke) waarborgen waar de regeling ingrijpende gevolgen kan hebben voor schuldeisers en aandeelhouders.

Hierop aansluitend is ervoor gekozen de betrokkenheid van de rechter tot het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend beperkt te houden, tenzij de schuldenaar eerder in het proces expliciet een beroep op de rechter doet.[11]

—

[4] Brief van de Minister, *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, nr. 74, p. 2.

[5] Advies en nader rapport, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 4, p. 2; Verslag, *Kamerstukken II 2019/20,* 35225, 20, p. 12; Verslag, *Kamerstukken II 2019/20*, 35225, 20, p. 17.

[6] *Kamerstukken I* 2020/21, 35249, C, p. 13; Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 6, p. 12.

[7] MvT, *Kamerstukken II* 2018/2019, 35249, 3, p. 2; Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 6, p. 12.

[8] *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 4, p. 2.

[9] Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 6, p. 12.

[10] M.v.T., *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 18-19.

[11] M.v.T., *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 18-19.

1.2 Doelstelling

Doel van dit onderzoek is om in aansluiting op artikel IIA van de Wet van 7 oktober 2020 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)[12] antwoord te geven op de vraag of, en zo ja in hoeverre, de doelen van de WHOA in de (prille) praktijk worden gerealiseerd, en wat in de praktijk de ervaringen en (overige) resultaten zijn van de invoering van deze wet.

Naast een algemene evaluatie wordt tevens aandacht besteed aan een aantal specifieke thema's. Dat zijn allereerst de aspecten waarvan de minister aan het parlement heeft toegezegd dat daaraan in de evaluatie aandacht zal worden besteed:

- *De gevolgen van de uitsluiting van hoger beroep en cassatie* tegen de beslissing van de rechter in het kader van een verzoek tot homologatie van het akkoord – toezegging gedaan tijdens het wetgevingsoverleg over het wetvoorstel voor de WHOA op 11 mei 2022[13]– en herhaald in de nota n.a.v. het verslag bij het wetsvoorstel inzake de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie.[14]
- *De economische effecten van de WHOA* ("[…] wat dit oplevert in economische termen. Ik denk dat dit een punt is dat we straks mee kunnen nemen in de evaluatie.") – aandachtspunt benoemd tijdens het wetgevingsoverleg[15], waarbij voor de economische effecten gezien het vroege moment van evaluatie vooral uit kwalitatieve data moet worden geput.
- *In hoeverre de WHOA fungeert als 'stok achter de deur'* en stimuleert dat partijen er onderling uit komen – aandachtspunt benoemd tijdens het wetgevingsoverleg.[16]
- *De gevolgen van de uitspraak van de Hoge Raad dat de uitzondering betreffende de rechten van werknemers ook ziet op pensioenpremies die ten behoeve van de werknemer worden afgedragen* (dat wil zeggen dat geen uitstel van betaling of kwijtschelding van achterstallige pensioenpremies kan worden afgedwongen) – toezegging gedaan in de beantwoording van vragen van de leden Ellian en Rahimi van de Tweede Kamer op 1 april 2022[17] en herhaald in de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel inzake de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie[18] en sinds 1 januari 2023 wettelijk vastgelegd in art. 369 lid 4 sub b Fw.
- *De gevolgen van het instemmingsvereiste voor de werkbelasting van de rechterlijke macht* – toezegging gedaan in de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel inzake de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie.[19]

Ten slotte ziet het onderzoek op een aantal specifieke aandachtspunten die in de afgelopen tijd in literatuur en rechtspraak zijn opgeworpen met het oog op de vraag in hoeverre het instrumentarium van de WHOA bijdraagt aan het bereiken van de doelen van de WHOA, of dit instrumentarium is ingezet op de voorgenomen wijze en of er elementen zijn in de wettelijke regeling die anders werken dan beoogd. Het gaat daarbij om de volgende aspecten:

- *De positie van het MKB in de WHOA*. Tijdens de totstandkoming van de WHOA is meermaals gesproken over de specifieke positie van het MKB. Zo is als aandachtspunt benoemd dat de WHOA ook toegankelijk zou moeten zijn voor het midden- en kleinbedrijf.[20] Die toegankelijkheid zou er bijvoorbeeld in moeten zitten dat mede met

—

[12] *Stb*. 2020, 414.

[13] Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, 20, p. 77.

[14] *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, 6, p. 2.

[15] Verslag, *Kamerstukken II 2019/20,* 35225, 20, p. 43.

[16] Verslag, *Kamerstukken II 2019/20,* 35225, 20, p. 43.

[17] *Kamerstukken II* 2021/22, Aanhangsel, nr. 2309.

[18] *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, 6, p. 19.

[19] *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, 6, p. 17.

[20] Advies en nader rapport, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 4, p. 3-4; MvT, *Kamerstukken II* 2018/2019, 35249, 3, p. 4.

het oog op de kosten niet te hoge eisen worden gesteld aan de aan te leveren stukken.[21] Bovendien zou de WHOA specifiek voor MKB-schuldeisers een bepaalde mate van minimumbescherming moeten bieden.[22]
- *Flexibiliteit*. Om zo goed mogelijk aan te kunnen sluiten op de wensen van partijen, en om de WHOA zo toegankelijk mogelijk te maken voor een grote groep partijen, is meermaals de wens geuit dat de WHOA flexibel moet zijn.[23]
- *Snelle doorlooptijd*. Aangezien schuldenaren op het moment van de start van een WHOA-traject in (zware) financiële problemen zitten, is benadrukt dat het traject niet te lang mag duren.[24]
- *De positie van zekerheidsgerechtigden*. De vraag is meermaals opgeworpen of zekerheidsgerechtigden niet een te grote rol gaan spelen in de WHOA, waardoor weinig resteert voor andere schuldeisers.[25]
- *Voorkomen van misbruik*. Het voorkomen van misbruik is gezien de flexibiliteit van de procedure een punt van aandacht.[26]
- *Waardering*. Waarderingsvraagstukken vormen een belangrijk aandachtspunt, omdat alleen door waardering bepaalde homologatietoetsen kunnen worden uitgevoerd.[27]
- *Algemene werkbelasting rechterlijke macht*. Naast bovengenoemde invloed van het instemmingsvereiste op de werkbelasting van de rechterlijke macht, is ook de invulling die wordt gegeven aan het afhandelen van WHOA-zaken een punt van aandacht voor de werkbelasting. De WHOA-zaken worden afgedaan door een meervoudige kamer met rechters uit de 'WHOA-pool', waarin momenteel alle arrondissementen vertegenwoordigd zijn met in de regel twee rechters en twee griffiers per arrondissement.
- *Functie startverklaring*. De startverklaring lijkt naast een hulpmiddel voor de schuldenaar ook een rol te spelen in het bepalen van de zogenoemde peildatum die van belang is bij de beoordeling van mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid op grond van bijvoorbeeld de Beklamel-norm. Het zou zo kunnen zijn dat partijen liever geen startverklaring indienen, uit angst voor een mogelijke activering van de peildatum. Dit kan het reorganiserend vermogen in de weg staan.
- *Aanwijzing herstructureringsdeskundigen*. Op grond van art. 26 Richtlijn (EU/2019/1023) herstructurering en insolventie ('Herstructureringsrichtlijn') moet de aanwijzing van herstructureringsdeskundigen en observatoren op een bepaalde wijze geschieden. De vraag is of dit in de praktijk belemmerend werkt of een ongewenste drempel opwerpt.

1.3 Onderzoeksvragen en leeswijzer

Het onderzoek waarvan dit rapport verslag uitbrengt, bestaat uit de volgende drie onderdelen:
- Deel A: reconstructie van de beleidslogica.
- Deel B: meting van de doelbereiking van de wet en de inzet van het instrumentarium.
- Deel C: synthese van de uitkomsten van de verschillende metingen ter beantwoording van de onderzoeksvragen en, waar nodig, formulering van eventuele aanbevelingen tot aanpassing van de wet.

—

[21] Advies en nader rapport, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 4, p. 4.

[22] *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 25, p. 2 en 25; Advies en nader rapport, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 4, p. 4; MvT, *Kamerstukken II* 2018/29, 35249, 3, p. 4; Verslag, *Kamerstukken II 2019/20*, 35225, 20, p. 24; Verslag, *Kamerstukken II 2019/20, 35225, 20,* p. 3; Verslag, *Kamerstukken II 2019/20,* 35225, 20, p. 12; Verslag, *Kamerstukken II 2019/20,* 35225, 20, p. 66.

[23] Advies en nader rapport, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 4, p. 4; Verslag, *Kamerstukken II 2019/20,* 35225, 20, p. 32; Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 6, p. 7-9.

[24] Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 6, p. 7-9; MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 18-19.

[25] Verslag, *Kamerstukken II 2019/20,* 35225, 20, p. 8; Verslag, *Kamerstukken II 2019/20*, 35225, 20, p. 21; Verslag, Verslag, *Kamerstukken II 2019/20,* 35225, 20, p. 26-27; *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 24, p. 1-2.

[26] MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 52, 57-58; Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 6, p. 7-9.

[27] Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 225, 20, p. 1; Advies en nader rapport, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 4, p. 4.

1.3.1 Deel A: reconstructie beleidslogica

Het eerste deel van het onderzoek is erop gericht door reconstructie inzicht te bieden in de beleidslogica die aan de WHOA ten grondslag ligt. De kernvraag binnen deze reconstructie is hoe de doelen die met de WHOA worden nagestreefd met het (wettelijk) instrumentarium zouden moeten worden bereikt. Om deze kernvraag te beantwoorden zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

- Welke doelen worden met de WHOA nagestreefd?
- Wat houdt het (wettelijk) instrumentarium van de WHOA in?
- Op welke wijze dient het (wettelijk) instrumentarium bij te dragen aan de totstandkoming van akkoorden – zowel buitengerechtelijk (waarbij de WHOA heeft gefungeerd als 'stok achter de deur') als via de homologatie door de WHOA-rechter – en daarmee aan het voorkomen van een faillissement?
- Is de beleidslogica voldoende onderbouwd?
- Welke externe factoren kunnen van invloed zijn op de bovengenoemde doelen?

Deze vragen worden beantwoord aan de hand van een onderzoek naar de parlementaire geschiedenis van de wet en, waar nodig, aanvullend jurisprudentie- en literatuuronderzoek. De behandeling van deze vragen komt aan de orde in hoofdstuk 2.

1.3.2 Deel B: meten doelbereiking WHOA en inzet instrumentarium

Het tweede deel van het onderzoek ziet op het formuleren van methoden en de op basis daarvan uitgevoerde onderzoeken ter beantwoording van de vraag of de doelen van de WHOA daadwerkelijk gerealiseerd zijn én of de (wettelijke) instrumenten zijn ingezet. Aldus betreft deelonderzoek B de (empirische) onderzoeken aan de hand waarvan kan worden onderzocht of de beleidslogica (deelonderzoek A) in de praktijk wordt gerealiseerd. Dit vergt een verzameling van allerhande soorten gegevens waarvoor in het onderzoek verschillende methodes zijn gebruikt (zie verder paragraaf 1.4).

1.3.3 Deel C: opbrengsten van de wet; synthese en aanbevelingen

In het derde en laatste deel wordt ter beantwoording van de onderzoeksvragen met een synthese van de uitkomsten van de verschillende metingen en de beoordeling ervan door onderzoekers vastgesteld in hoeverre het wettelijk instrumentarium daadwerkelijk is ingezet en in welke mate daarbij sprake is geweest van de realisatie van de beoogde doelen. Daartoe zijn de volgende vragen opgesteld:

- Is het wettelijke instrumentarium op de voorgenomen wijze ingezet en zo ja, in welke mate, op welke wijze?
- Zijn er elementen in de wettelijke regeling die anders werken dan was beoogd?
- Zijn er onderdelen in de wettelijke regeling die bijstelling behoeven en zo ja, welke?
- Wat zijn de gevolgen van de uitsluiting van hoger beroep en cassatie tegen de beslissing van de rechter in het kader van een verzoek tot homologatie van het akkoord?
- Zijn er gevolgen van de uitspraak van de Hoge Raad dat de uitzondering betreffende de rechten van werknemers ook ziet op pensioenpremies (d.w.z. dat er geen uitstel van betaling of kwijtschelding van achterstallige pensioenpremies kan worden afgedwongen)? Zo ja, welke?
- Wat zijn de gevolgen van het instemmingsvereiste voor de werkbelasting van de rechterlijke macht?
- Fungeert de WHOA in de praktijk ook daadwerkelijk als 'stok achter de deur' en draagt de regeling bij aan de buitengerechtelijke totstandkoming van akkoorden waarmee een faillissement wordt voorkomen?
- Wat kan er gezegd worden over de resultaten van de WHOA in economische termen?

Deze onderzoeksvragen worden, voor zover mogelijk, beantwoord door verwerking van de resultaten van de onderzoeksmethoden die zijn geformuleerd in deelonderzoek B. De inhoudelijke synthese voor de beantwoording van deze vragen komt aan de orde in hoofdstuk 7. Vervolgens wordt in hoofdstuk 8 antwoord gegeven op de onderzoeksvragen, met de formulering van, waar nodig, mogelijke aanbevelingen tot aanpassing van de wet en de rechtspraktijk.

1.4 Methoden

Om inzicht te krijgen in de prille ervaringen met de WHOA in de praktijk, zijn voor de evaluatie verschillende onderzoeksmethoden gecombineerd.

Ten eerste is een jurisprudentieonderzoek uitgevoerd met alle gepubliceerde uitspraken van 1 januari 2021 tot 1 juli 2023. De jurisprudentie is per onderwerp geanalyseerd, om zo inzicht te krijgen in de wijze waarop in de rechtspraak wordt omgegaan met de verschillende instrumenten die de WHOA biedt. Daarnaast is door het jurisprudentieonderzoek zicht gekregen op bijvoorbeeld de doorlooptijd van de WHOA-trajecten (hetgeen een indicatie oplevert voor de efficiëntie) en het aantal verzoeken dat wordt ingediend bij de rechtbanken (hetgeen een indicatie oplevert voor de werkbelasting), maar ook een helder overzicht van veelvoorkomende toe- en afwijzingsgronden (‘succes- en faalfactoren’) inclusief de redenen daarvoor.

Ten tweede zijn expertmeetings georganiseerd met een breed palet aan stakeholders. In tegenstelling tot een jurisprudentieonderzoek biedt een expertmeeting door de interactie tussen de verschillende deelnemers andere inzichten in de ervaringen van de praktijk, evenals inzicht in wat de eventuele (overige) resultaten zijn van de invoering van de WHOA, zoals de vraag of en zo ja op welke wijze de WHOA ook fungeert als stok achter de deur. Ten opzichte van de hierna te bespreken casestudies heeft de expertmeeting bovendien als meerwaarde dat een overkoepelend beeld kan worden geschetst van de WHOA-praktijk, en niet alleen vanuit een specifieke casus of vanuit een beperkte groep actoren. Door de verschillende invalshoeken van de (deelnemers vanuit de) stakeholders kan hierdoor een meer afgewogen beeld worden geschetst van de uitwerking van de WHOA in de praktijk.

Ten derde zijn casestudies uitgevoerd van vijf WHOA-trajecten. Terwijl de expertmeeting inzicht heeft gegeven in de algemene werking van de WHOA in de praktijk, hebben de casestudies een indringender inzicht gegeven in de werking van de WHOA in deze specifieke casus. Dit heeft als belangrijke toegevoegde waarde gehad dat onderzoekers meer inzicht hebben gekregen in de dynamiek van deze WHOA-trajecten en de werking van specifieke aspecten, waarover in de expertmeetings niet in algemene termen kon worden gesproken.

Ten vierde en afsluitend is een survey uitgezet onder verschillende stakeholdergroepen om te onderzoeken in hoeverre bepaalde ervaringen met de WHOA breed worden gedragen onder ervaringsdeskundigen. De survey is opgesteld met inachtneming van de resultaten van de andere hiervoor besproken studies. De survey heeft ten opzichte van de andere onderzoeksmethoden de toegevoegde waarde dat kan worden nagegaan in hoeverre bepaalde ervaringen met de WHOA breed worden gedragen. Bovendien geeft de survey de mogelijkheid om inzicht te krijgen in aspecten waarover onder ervaringsdeskundigen consensus bestaat en aspecten waarover juist verschil van mening is.

Deel A

2 Reconstructie beleidslogica

2.1 Inleiding

Deelonderzoek A heeft betrekking op de reconstructie van de beleidslogica die ten grondslag ligt aan de WHOA. Hierbij is in kaart gebracht wat volgens de wetgever de doelen zijn van de WHOA en welke wettelijke instrumenten in het leven zijn geroepen om die doelen te realiseren. Aangezien deze beleidsreconstructie de basis vormt voor de te verrichten evaluatie, is gepoogd vast te stellen en inzichtelijk te maken welke doelen met de WHOA zijn beoogd en welke middelen (voorzieningen, procedures, bevoegdheden etc.) in de opvatting van de wetgever zouden moeten bijdragen aan het bewerkstelligen van die doelen.

Bij de beleidsreconstructie zijn de met de WHOA nagestreefde doelen van eminent belang. Het gaat dan niet slechts om de doelen zoals die met het initiële wetsvoorstel zijn beoogd en door de Minister voor Rechtsbescherming toegelicht. Van belang zijn ook de gedurende het wetgevingsproces bij amendement doorgevoerde aanpassingen, waarvan een aantal van fundamentele aard is en gericht lijkt te zijn op een herijking van de positie van sommige schuldeisers. Onderzocht is hoe deze mogelijke (neven)doelen zich verhouden tot de aanvankelijk beoogde (hoofd)doelen.

Bij het weergeven van de doelen en de daartoe opgestelde instrumenten wordt inzichtelijk gemaakt wat de samenhang is tussen de doelen enerzijds en de instrumenten anderzijds en welke veronderstellingen de wetgever hierbij heeft gehanteerd. De beleidsreconstructie is uitgemond in een zogenoemde ‘doelboom’. Een doelboom is een schematische weergave van de gereconstrueerde doelen en middelen waarmee op aanschouwelijke wijze de onderlinge verbanden kunnen worden aangeduid.

2.2 Methode

Zoals in het vorige hoofdstuk is aangegeven, is de reconstructie van de beleidslogica toegespitst op de volgende vragen:

- Welke doelen worden met de WHOA nagestreefd?
- Wat houdt het (wettelijk) instrumentarium van de WHOA in?
- Op welke wijze dient het (wettelijk) instrumentarium bij te dragen aan de totstandkoming van akkoorden – zowel buitengerechtelijk (waarbij de WHOA heeft gefungeerd als ‘stok achter de deur’) als via de homologatie door de rechter – en daarmee aan het voorkomen van een faillissement?
- Is de beleidslogica voldoende onderbouwd?
- Welke externe factoren kunnen van invloed zijn op de bovengenoemde doelen?

Deze vragen worden beantwoord aan de hand van een onderzoek naar de parlementaire geschiedenis van de wet en, waar nodig, aanvullend jurisprudentie- en literatuuronderzoek.

2.3 Resultaten

2.3.1 De doelen van de WHOA

Het overkoepelende doel van de WHOA is de versterking van het reorganiserend vermogen van ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, maar wel beschikken over levensvatbare bedrijfsactiviteiten.[28] Dat geschiedt door de mogelijkheid van homologatie van een onderhands akkoord te bieden, waaraan ook schuldeisers of aandeelhouders zijn gebonden die niet met het akkoord hebben ingestemd. De WHOA is erop gericht een breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het midden- en kleinbedrijf, alhoewel de wetgever de

—

[28] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 1.

verwachting heeft uitgesproken dat de WHOA in eerste instantie vooral ten aanzien van grote bedrijven zal worden toegepast.[29]

Een afgeleid doel van de WHOA is de versterking van het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject. De gedachte van de wetgever is dat het bestaan van de WHOA als zodanig een reden voor partijen is om gemakkelijker in te stemmen met een minnelijk akkoord, omdat partijen tegen de achtergrond van de wettelijke regeling zullen onderhandelen en minder kunnen overvragen, in de wetenschap dat een akkoord altijd nog langs de lijnen van de WHOA door de rechter kan worden opgelegd.[30] De wettelijke regeling moet een disciplinerend effect hebben: de WHOA zou een stok achter de deur moeten zijn om onredelijk onwillige schuldeisers of aandeelhouders tijdig tot inkeer te laten komen en hun de *nuisance value* af te pakken van te blijven traineren alvorens met een akkoord in te stemmen in de hoop op een beter individueel resultaat.[31]

Van belang is voorts dat na de verschillende consultaties over de voorgangers van de WHOA, deze wet ook kan worden toegepast in het geval dat een onderneming niet meer levensvatbaar is, in de vorm van een gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement, indien door middel van een akkoord een beter resultaat kan worden behaald dan met afwikkeling binnen faillissement.[32] Deze situatie staat dus enigszins los van het overkoepelende hoofddoel, omdat geen herstructurering wordt nagestreefd.

Wat betreft de *inhoud* van het akkoord is de doelstelling van de WHOA om een flexibele regeling te scheppen. Het gaat – in de woorden van de wetgever – om een 'kaderregeling', die partijen zo veel mogelijk ruimte biedt om in overleg tot een goed akkoord te komen.[33] Onder de streep streeft de wetgever met de WHOA een eerlijke regeling na, hetgeen inhoudt dat een tegenstemmende partij op basis van het akkoord niet slechter af is dan bij vereffening in faillissement en dat bij ten minste één tegenstemmende klasse ook nog eens de reorganisatiewaarde als uitgangspunt wordt verdeeld conform de wettelijke rangorde.

In de loop van het wetgevingsproces is bij amendement nog een aanpassing doorgevoerd in de WHOA, waaruit een afzonderlijk (neven)doel kan worden afgeleid. Het gaat daarbij om de regel dat – kort gezegd – een bepaalde categorie MKB-schuldeisers als uitgangspunt twintig procent van hun vorderingen voldaan moet krijgen. De doelstelling daarvan is dat vooral MKB-schuldeisers die leverancier zijn van de schuldenaar profiteren van een akkoord.[34] Uit de toelichting blijkt niet van een duidelijke bedoeling ten laste van wie de versterking van deze schuldeisers zou moeten komen, maar wel is in de loop der tijd herhaaldelijk de aandacht gevestigd op de sterke positie van zekerheidsgerechtigden en is de vraag opgeworpen of er wel genoeg resteert voor de andere schuldeisers.[35]

2.3.2 Instrumentarium WHOA

2.3.2.1 Homologatie akkoord

Het belangrijkste instrument in de WHOA is de mogelijkheid een onderhands akkoord te homologeren dat ook de schuldeisers en aandeelhouders bindt die niet met het akkoord hebben ingestemd.[36] Het is – zoals al blijkt uit de naam – de kern van de Wet *homologatie* onderhands

—

[29] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 4.

[30] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 1-2.

[31] Zie Nota n.a.v. Verslag., *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 6, p. 12. Zie bijvoorbeeld ook, in het kader van de Herstructureringsrichtlijn, R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, nr. 8), Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 8.2.2, nr. 398.

[32] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 2.

[33] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 6.

[34] Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 25, p. 2.

[35] Verslag, *Kamerstukken II 2019/20,* 35225, 20, p. 8; Verslag, *Kamerstukken II 2019/20,* 35225, 20, p. 21; Verslag, *Kamerstukken II 2019/20*, 35225, 20, p. 26-27; *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 24, p. 1-2.

[36] Art. 385 Fw.

akkoord. Op deze manier kan de onderneming haar schuldenlast herstructureren, zonder dat er een surseance van betaling of faillissement aan te pas komt, met alle waardedrukkende effecten die daaraan zijn verbonden. Waarde en werkgelegenheid kunnen worden behouden. Enkele ongeïnteresseerde, rancuneuze of tactisch opererende schuldeisers kunnen niet in de weg staan aan een akkoord dat voor de totaliteit van de betrokkenen de beste oplossing biedt; berekenende schuldeisers hebben geen 'vetorecht' waarmee ze de onderneming (en hun medeschuldeisers) onder druk kunnen zetten hun een onevenredig deel van de waarde toe te kennen.

Het bestaan van de mogelijkheid schuldeisers ook zonder hun instemming te binden aan een akkoord draagt in de gedachtegang van de wetgever meteen bij aan het bereiken van het nevendoel minnelijke regelingen te bevorderen. De gedachte is dat de partijen tegen de achtergrond van de WHOA zullen onderhandelen. De wetenschap dat een akkoord dat aan de voorwaarden uit de WHOA voldoet kan worden gehomologeerd, maakt dat alle partijen minder snel kunnen overvragen.[37] Zij kunnen geen – althans minder snel – voordeel behalen bij een weigerachtige houding en zullen eerder geneigd zijn in te stemmen met een voorstel door de schuldenaar waarmee een gang naar de rechter wordt voorkomen.

In wezen staan alle hierna te behandelen instrumenten van de WHOA in dienst van dit 'hoofdinstrument' van de homologatie. Het betreft ondersteunende voorzieningen die tot doel hebben te bevorderen dat de schuldenaar gedurende het WHOA-traject kan blijven beschikken over de geld- en goederenstroom die nodig is om de onderneming in stand te houden en niet onnodig wordt belemmerd tot het akkoord wordt gehomologeerd en voor een meer definitieve oplossing zorgt.

2.3.2.2 Aanwijzing herstructureringsdeskundige/aanstelling observator

Op grond van art. 371 lid 1 Fw kan door de schuldenaar, schuldeiser, aandeelhouder of ondernemingsraad van een onderneming worden verzocht om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Indien een zodanig verzoek wordt gedaan door de schuldenaar of door een meerderheid van de schuldeisers, geldt als uitgangspunt dat het verzoek wordt toegewezen. Als een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de schuldenaar niet meer zelfstandig een akkoord aanbieden. Een herstructureringsdeskundige moet blijkens art. 371 lid 3 Fw adequaat zijn opgeleid en beschikken over de voor zijn taken vereiste deskundigheid. Bij de aanwijzing dient de rechter rekening te houden met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de herstructureringsdeskundige.

Een reden voor de schuldenaar om te verzoeken om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige kan erin bestaan dat hij iedere schijn van belangenverstrengeling wenst te voorkomen of het vertrouwen in het proces wil vergroten.[38] Daarnaast noemt de parlementaire geschiedenis als voorbeeld het geval dat het bestuur van een onderneming wil voorkomen dat het klem komt te zitten in een belangenconflict tussen aandeelhouders en schuldeisers.[39]

Schuldeisers kunnen belang hebben bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als de schuldenaar onvoldoende actie onderneemt om een akkoord tot stand te brengen, of als schuldeisers twijfels hebben over de gang van zaken rondom de totstandkoming van het akkoord of als er vrees is voor misbruik.[40]

De WHOA biedt ook de mogelijkheid tot aanstelling van een observator. Op grond van art. 380 lid 1 Fw kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of ambsthalve bij wijze van voorziening in de zin van art. 379 Fw een observator aanstellen indien het akkoord wordt

—

[37] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 2.
[38] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 8.
[39] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 41.
[40] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 41.

voorbereid door de schuldenaar.[41] Een observator kan op grond van art. 376 lid 9 Fw ook op verzoek van een schuldeiser worden aangesteld wanneer de rechtbank een afkoelingsperiode afkondigt. In het slot van art. 376 lid 9 Fw is bovendien de mogelijkheid opgenomen van een ambtshalve aanstelling van een observator wanneer de rechtbank dit 'nodig oordeelt ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders'. Tot slot bestaat bij een verzoek tot homologatie van een akkoord waar niet alle klassen mee hebben ingestemd op grond van art. 380 lid 4 Fw de wettelijke verplichting voor de rechtbank om een observator aan te stellen indien nog geen herstructureringsdeskundige is aangewezen. De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige of observator leidt er niet toe dat de schuldenaar de beschikking of het beheer over zijn vermogen verliest. De schuldenaar behoudt de controle over zijn onderneming en kan deze blijven voortzetten terwijl de akkoordprocedure loopt.[42]

De observator heeft volgens art. 380 lid 1 Fw de taak 'toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers'. Zijn werkzaamheden dient hij volgens art. 380 lid 4 jo 371 lid 6 Fw doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uit te voeren. Op grond van de schakelbepaling van art. 380 lid 4 Fw dient de observator net zoals de herstructureringsdeskundige te beschikken over financiële kennis en kennis op het gebied van het insolventierecht, en voorts dient hij ervaring te hebben met het herstructureren van schulden bij ondernemingen.

Bij de uitvoering van zijn taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord, heeft de observator ook een adviserende rol richting de rechtbank. Zo beslist de rechtbank niet op belangrijke verzoeken zoals de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (art. 371 lid 5 Fw), homologatie van het akkoord (art. 384 lid 7 Fw) en een uitspraak omtrent aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord (art. 378 lid 8 Fw) voordat zij de observator in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven. Daarnaast dient de observator de rechtbank op de hoogte te brengen zodra duidelijk is dat het de schuldenaar niet lukt een akkoord tot stand te brengen of de belangen van de schuldeisers worden geschaad (art. 371 lid 12 jo. 380 lid 4 Fw).

2.3.2.3 Afkoelingsperiode

Een belangrijke ondersteunende voorziening is de afkoelingsperiode uit art. 376-377 Fw. Het is een instrument dat al sinds 1992 bekend is in het faillissement en de surseance van betaling (en later in de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen),[43] maar in de WHOA is de afkoelingsperiode verder uitgewerkt. De afkoelingsperiode strekt ertoe te bevorderen dat de schuldenaar gedurende de voorbereiding van zijn akkoord kan blijven beschikken over de voor zijn bedrijfsvoering benodigde goederen zonder dat die bedrijfsvoering wordt doorkruist door (verhaals)acties – beslaglegging en/of uitwinning – van derden met rechten op die goederen of zelfs verzoeken om insolventieprocedures.

De afkoelingsperiode kan worden gevraagd door de schuldenaar als het WHOA-traject formeel is ingezet; dat wil zeggen: hij heeft de zogenoemde startverklaring ter griffie gedeponeerd en een akkoord aangeboden of toegezegd dat binnen twee maanden te zullen doen.[44] Voor de beslissing op het verzoek om een afkoelingsperiode geldt een meerledig criterium. Het verzoek wordt toegewezen als (i) de afkoelingsperiode noodzakelijk is voor de voortzetting of gecontroleerde afwikkeling van de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord; (ii) bij afkondiging redelijkerwijs valt aan te nemen dat

—

[41] Deze bepaling biedt de rechtbank meer zijn algemeenheid een basis voor het treffen van voorzieningen, ook ambtshalve, die zij 'ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders nodig oordeelt'. De memorie van toelichting noemt als voorbeeld het stellen van een termijn waarbinnen gestemd moet worden of het opleggen van informatieverplichtingen aan de schuldenaar. Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 36 en 59.

[42] Zie voor de observator MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 60.

[43] Art. 63a, art. 241a resp. art. 313 Fw.

[44] Art. 376 lid 1 Fw. De verklaring is geregeld in art. 370 lid 3 Fw.

de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daarbij zijn gediend; en (iii) de erdoor getroffenen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.[45]

Gedurende de afkoelingsperiode (i) kunnen derden geen verhaal nemen op goederen van de schuldenaar of goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden opeisen, behoudens met een machtiging door de rechtbank, die kan worden verleend als een getroffen derde 'wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad';[46] (ii) kan de rechtbank beslagen opheffen; en (iii) wordt de behandeling van een surseance- of faillissementsverzoek geschorst.[47] Als de schuldenaar voorheen bevoegd was de door de afkoelingsperiode getroffen goederen te gebruiken, verbruiken of vervreemden of vorderingen te innen, dan blijft hij daartoe bevoegd binnen de normale voortzetting van de onderneming, mits de belangen van de betrokken derden voldoende zijn gewaarborgd.[48]

Aan de afkoelingsperiode is gekoppeld een doorleveringsplicht.[49] Een verzuim van vóór de afkoelingsperiode is geen grond voor opschorting of ontbinding, mits zekerheid is gesteld voor nieuwe verplichtingen. [50] Zo'n doorleveringsverplichting werd voor het faillissement al decennia geleden aangekondigd,[51] maar daar is de wetgever toen niet verder mee gekomen dan art. 37b Fw, dat slechts ziet op, kort gezegd, essentiële nutsvoorzieningen. In de WHOA is een algemene doorleveringsplicht geïntroduceerd.

Van belang is voorts dat een stil pandhouder niet bevoegd is tot mededeling of het in ontvangst nemen van betalingen of het verrekenen ervan, mits de schuldenaar toereikende vervangende zekerheid stelt.[52] Hier is de wetgever afgeweken van de afkoelingsperiode in faillissement, surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, waarin wél mededeling kan worden gedaan, maar het geïnde bij een bewaarder moet worden gestort.[53] De regeling onder de WHOA moet het mogelijk maken dat de schuldenaar kan blijven beschikken over de geïnde bedragen.[54] De gedachte is dat de vervangende zekerheid min of meer automatisch wordt verstrekt op grond van de gebruikelijke verpanding bij voorbaat van vorderingen, die ook gedurende het WHOA-traject blijft functioneren omdat de schuldenaar beschikkingsbevoegd blijft.

2.3.2.4 Paulianabestendige rechtshandelingen

Voor een geslaagde herstructurering is financiering cruciaal. Bij ondernemingen in financiële moeilijkheden zullen de bestaande kredietlijnen veelal zijn uitgeput en zal aanvullende financiering nodig zijn. Een financier die deze financiering verstrekt en zekerheid voor terugbetaling verlangt – hetgeen voor de hand ligt – loopt een zeker risico dat ingeval de herstructurering mislukt en faillissement volgt, de curator de vestiging van zekerheden met een beroep op de actio Pauliana (art. 42 e.v. Fw) zal proberen aan te tasten. Als de verstrekte gelden in de bedrijfsvoering zijn gebruikt om handelscrediteuren te betalen, geldt de financieringstransactie al snel als benadelend omdat de handelscrediteuren slechts concurrent zijn, terwijl de financier een zekerheidsrecht heeft op een goed dat daardoor niet meer beschikbaar is voor de gezamenlijke schuldeisers.[55]

—

[45] Art. 376 lid 4 Fw.

[46] Art. 376 lid 10 Fw.

[47] Art. 376 lid 2 Fw.

[48] Art. 377 Fw. De bestaande regelingen voor de afkoelingsperiode in faillissement, surseance van betaling of de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen laten dit ongeregeld.

[49] Art. 373 lid 4.

[50] Art. 377 Fw.

[51] Brief van de Staatssecretaris van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 27 april 1994, *Kamerstukken II* 1993/94, 23400 VI, 36.

[52] Art. 376 lid 7 Fw.

[53] Art. 63b resp. art. 241b Fw.

[54] MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 54.

[55] HR 8 juli 2005, *NJ* 2005/457 (Van Dooren q.q./ABN AMRO Bank II).

In de regel is het vereiste van de wetenschap van benadeling een belangrijke drempel voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana, maar juist bij een mislukte herstructurering is twijfelachtig of de financier de zekerheden veilig kan achten. Volgens de Hoge Raad is van wetenschap van benadeling sprake als een faillissement en het tekort met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien.[56] Waar gesteld kan worden dat het faillissement bij een onderneming die al in financiële moeilijkheden verkeert een reële mogelijkheid is, zal een potentiële financier er rekening mee houden dat een mogelijk aan te stellen curator zich op het standpunt zal stellen dat die reële mogelijkheid de voor de faillissementspauliana vereiste 'redelijke mate van waarschijnlijkheid' oplevert. Het enkele risico dat de curator een beroep zal doen op art. 42 Fw om een rechtshandeling te vernietigen, kan reden zijn af te zien van het verstrekken van de vereiste financiering.

Hoewel de problematiek het meest dringend is bij het verstrekken van financiering geldt iets soortgelijks voor andersoortige rechtshandelingen, zoals het aanschaffen van bedrijfsmiddelen of voorraad of andere voor de continuïteit van de onderneming benodigde goederen.

Voor de voortzetting is niet slechts art. 42 Fw – dat ziet op onverplichte rechtshandelingen – een probleem, maar ook art. 47 Fw. Deze bepaling maakt verplicht verrichte rechtshandelingen vernietigbaar als ze geschieden in de wetenschap dat het faillissement van de schuldenaar is aangevraagd of het gevolg zijn van overleg dat ten doel heeft de desbetreffende schuldeiser boven de andere te bevoordelen. Om zijn bedrijf te kunnen voeren, zal het noodzakelijk zijn dat de schuldenaar opeisbare schulden voldoet. Als een betaalde schuldeiser toevallig weet heeft van een faillissementsaanvraag die gedurende een WHOA-traject aanhangig is, zelfs als deze door een afkoelingsperiode tijdelijk geschorst is, zou hij er rekening mee moeten houden dat die betaling zal worden vernietigd als dat faillissement later inderdaad wordt uitgesproken. Het zou voor hem reden kunnen zijn af te zien van het verrichten van (nieuwe) leveranties.

De WHOA wil deze belemmeringen wegnemen. Onderscheid moet worden gemaakt tussen (i) de financiering die wordt verstrekt voor de periode van het voorbereiden van het akkoord en (ii) de financiering die in het akkoord zelf is opgenomen en ziet op de periode nadat het tot stand is gekomen en gehomologeerd. De Herstructureringsrichtlijn spreekt van 'tussentijdse' respectievelijk 'nieuwe' financiering.[57] De nationale wet dient voor deze rechtshandelingen – maar ook voor andere noodzakelijke transacties – te voorzien in 'voldoende bescherming'.[58]

Tussentijdse financiering, de voorbereiding van het akkoord

Op de periode van de voorbereiding van het akkoord ziet art. 42a Fw. Op grond van dit artikel kan de schuldenaar nadat de startverklaring is gedeponeerd of een herstructureringsdeskundige is aangesteld, de rechtbank een machtiging vragen voor het verrichten van een rechtshandeling. Indien die machtiging wordt verleend, kan die rechtshandeling niet worden vernietigd met een beroep op art. 42 Fw. Die machtiging wordt verleend als ten tijde van het verstrekken van de machtiging redelijkerwijs valt aan te nemen dat:

> (a) het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is om (1) de onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten; of (2) het akkoord te kunnen voorbereiden, in stemming te brengen en te laten homologeren;
> en;
> (b) (1) de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling zijn gediend, terwijl (2) geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.

Deel (2) van voorwaarde (a) is toegevoegd bij de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie. In het grootste deel van de periode waarop deze evaluatie ziet, gold de oude tekst. Niettemin werd er in de rechtspraak al van uitgegaan dat de bepaling ook zag op financiering die

—

[56] HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273 (Van Dooren q.q./ABN AMRO Bank III).

[57] Art. 2 lid 1 onder 7 en 8 Herstructureringsrichtlijn.

[58] Art. 17 en 18 Herstructureringsrichtlijn.

zag op de voorbereiding als zodanig – betalen adviseurs etc. – en niet op de bedrijfsvoering als zodanig.[59]

Nieuwe financiering, de uitvoering van het akkoord

Art. 42a Fw biedt slechts bescherming voor tussentijdse financiering.[60] Volgens art. 18 Herstructureringsrichtlijn dient de bescherming zich uit te strekken tot nieuwe financiering. Art. 42a Fw heeft daar geen betrekking op. Een bepaling die expliciet ziet op nieuwe financiering ontbreekt. De nieuwe financiering wordt wel vermeld in art. 375 lid 1 onder i Fw en art. 384 lid 2 sub f Fw. Op grond van de eerste bepaling moet in het akkoord eventuele 'nieuwe financiering die de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan' worden vermeld, alsmede de redenen waarom deze nieuwe financiering nodig is. Ook een andersoortige transactie die de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan en die hij bij de behandeling van het homologatieverzoek 'wil laten toetsen', dient op grond van die bepaling te worden vermeld. Wat die homologatie betreft, bevat art. 384 lid 2 onder f Fw een weigeringsgrond, voor het geval redelijkerwijs aannemelijk is dat de nieuwe financiering (of andersoortige transactie) niet noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeiser er wezenlijk door worden geschaad.

Nergens wordt melding gemaakt van de onaantastbaarheid van de desbetreffende rechtshandelingen, maar dit is volgens de Minister voor Rechtsbescherming wel het gevolg van de homologatie van het akkoord.[61]

Voldoening van opeisbare schulden

Het gevaar van de actio Pauliana zit ook elders, te weten in de mogelijke aantastbaarheid van door de schuldenaar verrichte betalingen op opeisbare schulden. Bij de voortzetting van het bedrijf gedurende de voorbereiding van het akkoord zal de schuldenaar betalingen moeten verrichten: hij moet leveranciers voldoen of van zijn kant aan afnemers de verkochte zaken leveren – ook een 'betaling' in de zin van nakoming van een verbintenis – of andere verplichtingen nakomen. Dat geldt zowel voor verplichtingen die dateren van vóór het WHOA-traject als voor verplichtingen die gedurende het traject zijn aangegaan. Blijven deze betalingen achterwege, dan zullen leveranciers weinig geneigd zijn de schuldenaar te blijven beleveren en zal zijn klandizie snel verdampen.

Als een faillissementsaanvraag aanhangig is en een bepaalde schuldeiser daarmee bekend is, zou zonder nadere voorziening een door de schuldenaar verrichte betaling in een daarop uitgesproken faillissement vernietigbaar zijn op grond van art. 47 Fw. De schuldeiser moet er rekening mee houden dat de curator dan teruggave vordert van de ontvangen betaling en dit beïnvloedt hem bij zijn keuze wel of niet met de schuldenaar in zee te (blijven) gaan.[62] Dat komt min of meer op hetzelfde neer als wanneer hij in het geheel geen betaling ontvangt.

Om te bevorderen dat de schuldenaar ook in deze situatie veilig de betalingen kan verrichten die nodig zijn om zijn bedrijf te kunnen voortzetten, is in art. 47 Fw het wetenschapscriterium uitgeschakeld als de aanhangige faillissementsaanvraag is geschorst.[63] Zo'n schorsing is aan de orde als een afkoelingsperiode is afgekondigd (art. 376 lid 2 sub c Fw); zij vindt ook van rechtswege plaats als een faillissementsaanvraag of eigen aangifte gelijktijdig aanhangig is met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (art. 3d Fw).

—

[59] Rb. Noord-Nederland 26 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:1100.

[60] Art. 42a Fw.

[61] MvT, *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, 3, p. 29, 94-96. Anders dan K.H. van Boekel & M.S. Breeman, 'Kroniek WHOA: 2,5 jaar WHOA-uitspraken', *TvI* 2023/37, p. 338-339, lezen wij in Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *NJ* 2023/184 geen van de Minister voor Rechtsbescherming afwijkende opvatting.

[62] Hij zit dan bovendien strafrechtelijk in de gevarenzone en zou van bedrieglijke bankbreuk kunnen worden beticht (art. 344 lid 1 Sr.).

[63] MvT, *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, 3, p. 27-28.

2.3.2.5 Verrekening

Net als bij de pauliana voorziet de WHOA in een milder regime voor het verwante leerstuk van de verrekening. De wetgever heeft daarbij vooral het oog op de verrekening in rekening-courant door de bank. Volgens de regels voor invoering van de WHOA is het de bank niet toegestaan op de bankrekening binnenlopende betalingen te verrekenen met een vordering die zij op de schuldenaar heeft, als zij niet te goeder trouw is, dat wil zeggen, als zij weet of behoort te weten dat het faillissement is te verwachten.[64] Ingeval een schuldenaar in een herstructureringstraject zit zal de bank een inschatting van de kansen ervan moeten maken teneinde te beoordelen of het faillissement is te verwachten. Zij kan daarom geneigd zijn te weigeren betalingen ten laste van een kredietfaciliteit uit te voeren omdat zij bij een onverhoopt faillissement de binnenkomende betalingen niet in mindering op het uitstaande (en dus oplopende) negatieve saldo mag brengen. Dit beoogt het nieuw ingevoegde art. 54 lid 3 Fw te voorkomen.[65] De verrekenende partij wordt als te goeder trouw aangemerkt als het WHOA-traject is ingezet – dat wil zeggen, een startverklaring is gedeponeerd of een herstructureringsdeskundige is aangewezen – én de verrekening geschiedt in het kader van de financiering van de voortzetting van de onderneming en niet strekt tot inperking van die financiering.

2.3.2.6 Aspectenverzoek

Het zogenoemde aspectenverzoek van art. 378 Fw is een instrument in de WHOA dat inzetbaar is voorafgaand aan de homologatie. Er is voor deze rechtsgang gekozen om een snelle, efficiënte en flexibele toepassing van de WHOA toe te laten. Er dient zo snel mogelijk duidelijkheid te ontstaan en eventuele geschilpunten moeten zo spoedig mogelijk worden opgelost om te voorkomen dat die pas bij de homologatiezitting voor het eerst aan een rechter worden voorgelegd. Onder meer om dit te faciliteren bevat art. 378 Fw een bepaling die het mogelijk maakt om vroegtijdig de rechtbank te consulteren en een beslissing te krijgen over een voorzienbaar geschilpunt. Deze bepaling houdt in dat voordat het akkoord ter stemming is voorgelegd, de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, zo die is aangewezen, de rechtbank kan verzoeken een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord. Deze regeling stelt partijen in staat om tijdig eventuele onzekerheid over het bestaan van een weigeringsgrond voor homologatie te elimineren en waar dat nodig is, het akkoordvoorstel nog aan te passen. Om te voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders deze procedure aanwenden voor louter eigenbelang of om het akkoord te dwarsbomen of op te houden, staat deze mogelijkheid alleen open voor de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige.[66]

2.3.2.7 Lopende overeenkomsten

Een volgend instrument biedt art. 373 Fw, dat ziet op overeenkomsten. Dit instrument heeft twee facetten. Een ervan ziet op de fase van de voorbereiding van het akkoord. Het voorbereiden en aanbieden van het akkoord, alsmede gebeurtenissen en handelingen die met het akkoord verband houden, zijn geen grond voor wijziging, opschorting of ontbinding van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar (lid 3). Op dezelfde wijze, maar beperkt tot de afkoelingsperiode, zorgt het andere facet ervoor dat een verzuim dat dateert van voor de afkondiging ervan geen grond voor een dergelijke wijziging, opschorting of ontbinding is (lid 4). In dat laatste geval dient dan wel zekerheid te worden gesteld voor de nakoming van nieuwe verplichtingen die ontstaan gedurende de afkoelingsperiode. Het doel is te voorkomen dat waardevolle contracten verloren gaan, hetgeen vooral van belang is als de bedrijfsvoering van die contracten afhankelijk is.[67] Voorts wordt de schuldenaar in de afkoelingsperiode rust

—

[64] HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/449 (Amsterdam-Rotterdam Bank/Curatoren Tilburgse Hypotheek Bank) en HR 25 augustus 2023, *NJ 2023/332* (Flinter).

[65] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 28.

[66] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 57.

[67] Zie MvT, K*amerstukken I*I 2018/19, 35249, 3, p. 44-47.

gegund, waartegenover de verplichting zekerheid te stellen voorziet in de belangen van de wederpartij.[68]

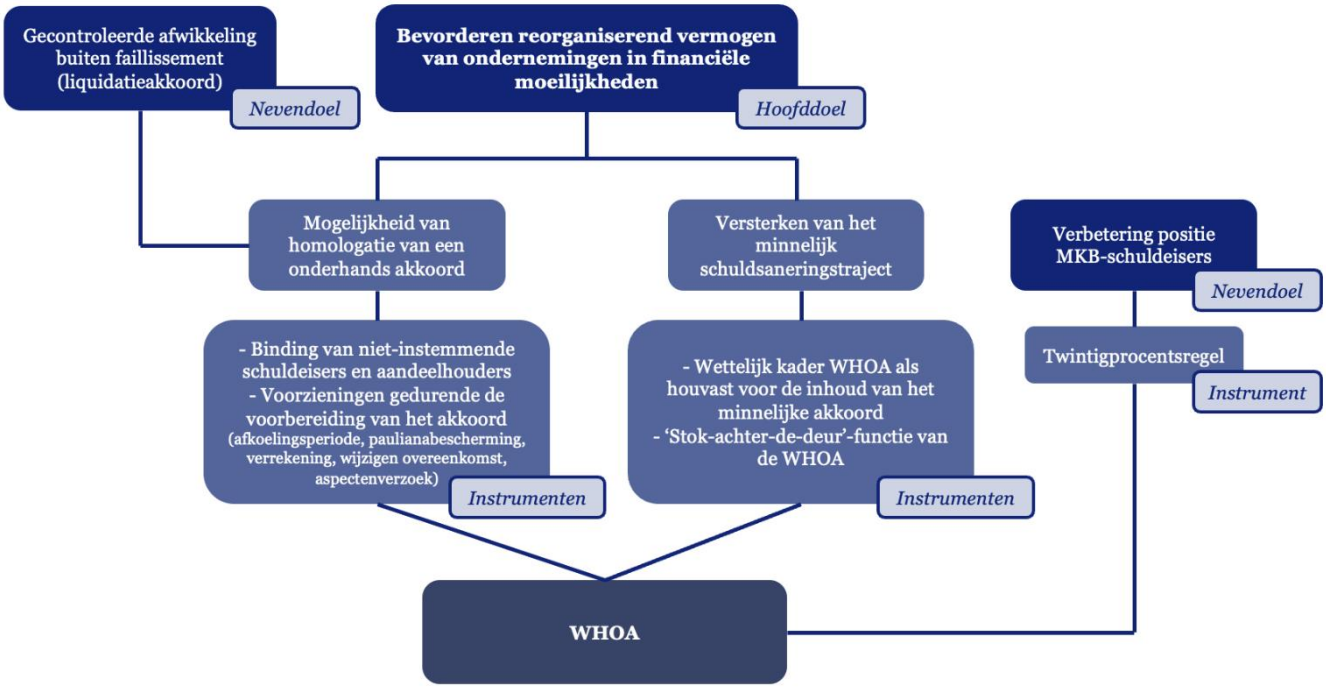
Op de periode na de totstandkoming van het akkoord zien de eerste twee leden van art. 373 Fw. De schuldenaar kan een wederpartij een wijziging of beëindiging van de overeenkomst voorstellen. Hij kan zo inspelen op de situatie dat hij voorziet niet meer aan de daaruit voortvloeiende verplichtingen te kunnen voldoen.[69] Wordt het voorstel geaccepteerd, dan zijn daarmee de problemen van de schuldenaar opgelost. Is dat niet het geval, dan heeft de schuldenaar de bevoegdheid de overeenkomst op te zeggen tegen een door hem gestelde termijn (die vatbaar is voor verlenging indien de termijn de rechtbank onredelijk voorkomt). Ter zake van de schade die deze voortijdige beëindiging veroorzaakt, kan de wederpartij vergoeding vorderen, maar de desbetreffende vordering kan worden meegenomen in het akkoord. Voorwaarden voor deze opzegging zijn dat de rechtbank toestemming verleent en dat het akkoord wordt gehomologeerd.

De toestemming is enigszins een dode letter, want volgens art. 384 lid 5 Fw wijst de rechtbank het verzoek slechts af als er, kort gezegd, geen 'WHOA-toestand' is. Dat is evenwel ook een verplichte weigeringsgrond voor homologatie, zodat steeds als de rechter tot homologatie overgaat de overeenkomst zal kunnen worden opgezegd.

2.3.2.8 Doelboom

De doelen van de WHOA en de bijbehorende instrumenten zijn schematisch inzichtelijk gemaakt in figuur I hieronder.

Figuur I Doelen van de WHOA



Het hoofddoel van de WHOA – het bevorderen van het reorganiserend vermogen van ondernemingen in financiële moeilijkheden – beoogt de wetgever te bereiken door (i) de mogelijkheid van homologatie van een onderhands akkoord en (ii) de versterking van het minnelijk schuldsaneringstraject.

—

[68] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 47.

[69] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 44.

Ad (i) Met het oog op de homologatie van een onderhands akkoord voorziet de wetgever met de WHOA in een aantal instrumenten. Deze instrumenten kunnen ook worden benut voor een gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement. Hoewel een dergelijk liquidatieakkoord niet in het teken staat van de bevordering van het reorganiserend vermogen, is die gecontroleerde afwikkeling tijdens de voorbereiding van de WHOA als nevendoel opgenomen;

Ad (ii) Voor wat betreft de versterking van het minnelijk herstructureringstraject geldt dat het wettelijk kader van de WHOA houvast geeft voor de wijze waarop een minnelijk akkoord tot stand kan komen, terwijl de WHOA in de gedachtegang van de wetgever bovendien de bereidheid zal vergroten van schuldeisers om met een dergelijk akkoord in te stemmen, omdat het anders toch kan worden opgelegd (zgn. 'stok achter de deur'-effect).

Enigszins losstaand van dit hoofddoel met het nevendoel van de gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement is later in het wetgevingsproces nog een tweede nevendoel geformuleerd om de positie van MKB-schuldeisers te versterken. Dat is gebeurd door de introductie van de zogenoemde twintigprocentsregel (art. 374 en 384 Fw).

2.3.3 De beleidstheorie van de WHOA

2.3.3.1 De totstandkoming van de WHOA

In 2012 heeft de wetgever het wetgevingsprogramma 'Herijking faillissementsrecht' aangekondigd. Dit heeft een lange aanloop gehad en vloeit voort uit het Voorontwerp Insolventiewet uit 2007, dat een complete herziening van de Faillissementswet op het oog had. Hoewel een complete herziening op dat moment te omvangrijk werd geacht, bestond een aantal problemen binnen het faillissementsrecht waar concrete oplossingen voor moesten komen. Dit heeft geleid tot het genoemde programma Herijking faillissementsrecht, dat op drie pijlers rust: fraudebestrijding, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en modernisering.[70] De totstandkoming van de WHOA is onderdeel van de tweede pijler: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven. De insteek van de WHOA is om een effectieve en breed toegankelijke akkoordprocedure tot stand te brengen voor schuldenaren in financiële problemen. Daarom is gekozen voor een snelle, efficiënte en flexibele toepassing van de WHOA.[71] Tegen deze achtergrond is veel aandacht besteed aan het vinden van een goed evenwicht tussen:

- enerzijds het voorkomen van onnodig beroep op de rechter door schuldeisers of aandeelhouders die niet willen meewerken aan een herstructurering en dit proces proberen te blokkeren of te vertragen; en
- anderzijds het bieden van de nodige (rechterlijke) waarborgen waar de regeling ingrijpende gevolgen kan hebben voor schuldeisers en aandeelhouders.
- Zoals hiervoor is opgemerkt, kunnen uit de totstandkomingsgeschiedenis verschillende (neven)doelen van de WHOA worden afgeleid. Het gaat om de volgende (neven)doelen:
    - het versterken van het reorganiserend vermogen van ondernemingen die insolvent dreigen te raken, maar die rendabele bedrijfsactiviteiten ontplooien (hoofddoel);
    - het bieden van een mogelijkheid om een onderneming die niet meer levensvatbaar is buiten faillissement gecontroleerd af te wikkelen door middel van een liquidatieakkoord indien daarmee een beter resultaat kan worden behaald dan met afwikkeling binnen faillissement (doel);
    - het versterken van het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject (afgeleid doel); en
    - bescherming van kleine MKB-schuldeisers die leverancier zijn van de schuldenaar (nevendoel).

—

[70] *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, 74, p. 2.

[71] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 18-19.

Ter verwezenlijking van deze doelen zijn de hiervoor besproken instrumenten in het leven geroepen. Bij de toetsing van de beleidslogica luidt de centrale vraag of het causaal verband tussen de doelen en de instrumenten afdoende is onderbouwd. Zijn de gelegde verbanden te begrijpen, logisch en overtuigend? In het verlengde hiervan dient zich bovendien de vraag aan of de verschillende nagestreefde doelen elkaar versterken of juist in de wielen rijden.

2.3.3.2 Versterken reorganiserend vermogen

Als gezegd, is het versterken van het reorganiserend vermogen van pre-insolvente ondernemingen met levensvatbare bedrijfsactiviteiten het overkoepelende doel van de WHOA. De wettelijke regeling ziet 'primair op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog levensvatbaar zijn', aldus de memorie van toelichting.[72]

Met het wettelijk vormgegeven dwangakkoord wordt voorkomen dat individuele vermogensverschaffers uit eigen individueel belang hun medewerking kunnen weigeren aan een akkoord dat per saldo meer waarde genereert voor de totaliteit van vermogensverschaffers ten opzichte van alternatieve procedures zoals het faillissement. De regeling van de WHOA bevordert hiermee de totstandkoming van akkoorden die pre-insolvente ondernemingen met rendabele bedrijfsactiviteiten overeind kunnen houden. Die regeling is dan ook aldus vormgegeven om de totstandkoming van een akkoord zoveel mogelijk te bevorderen. Daartoe zijn de in paragraaf 2.3.2 besproken instrumenten in het leven geroepen. De instrumenten die binnen de regeling van de WHOA door partijen kunnen worden aangewend, worden door de wetgever gepresenteerd als middelen die ertoe dienen het doel van de totstandkoming van een dwangakkoord te bereiken. De regels rondom de homologatie, afkoelingsperiode, paulianabestendige rechtshandelingen, verrekening, het aspectenverzoek en de aanstelling van een herstructureringsdeskundige of observator stellen de betrokken partijen in staat een akkoord te bewerkstellingen, zoals blijkt uit de bespreking hiervoor in paragraaf 2.3.2.

Bij de inhoud en de toepassing van deze instrumenten is het achterliggende idee steeds dat een akkoord tot stand komt waardoor de levensvatbare bedrijfsactiviteiten kunnen worden behouden en voortgezet. De wetgever licht per instrument toe waarom deze noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken. Het verband tussen het doel van het versterken van het reorganiserend vermogen van pre-insolvente schuldenaren en de bijbehorende instrumenten is hiermee logisch, afdoende onderbouwd en overtuigend. Het opschorten van individuele verhaalsacties van schuldeisers, het bieden van paulianabescherming aan bepaalde rechtshandelingen, het verruimen van de mogelijkheden tot verrekening tijdens het akkoordtraject, de mogelijkheid onder bepaalde voorwaarden overeenkomsten te wijzigen of te beëindigen, de mogelijkheid onzekerheden over het akkoordtraject in een vroeg stadium van de onderhandelingen te elimineren door middel van een aspectenverzoek en de aanstelling van onafhankelijke deskundigen in de vorm van een herstructureringsdeskundige of observator zijn noodzakelijke voorzieningen om de totstandkoming van een akkoord te bewerkstelligen.

2.3.3.3 Liquidatieakkoord

Het andere doel van de WHOA is het buiten faillissement afwikkelen van een onderneming die geen overlevingskansen heeft.[73] Het voorontwerp van de WHOA voorzag niet in deze mogelijkheid. Naar aanleiding van een suggestie van INSOLAD in de consultatiefase is de mogelijkheid van een zogenaamd liquidatieakkoord opgenomen.[74] Het instrumentarium van de WHOA bij een liquidatieakkoord is hetzelfde als bij een saneringsakkoord waarbij de activiteiten van de schuldenaar worden voortgezet. Dat wil zeggen dat de toepassing van de in paragraaf 2.3.2 besproken instrumenten aan nagenoeg dezelfde eisen is onderworpen. Er gelden in algemene zin geen specifiek op een liquidatieakkoord toegesneden regels. De wetgever heeft bij

—

[72] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 1.

[73] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 5.

[74] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 23.

het opzetten van de regeling van de WHOA hoofdzakelijk het oog gehad op een saneringsakkoord. Zo komt het liquidatieakkoord slechts op een enkele plaats voor in de memorie van toelichting. Wat betreft de inhoud van de regels kan bijvoorbeeld worden gewezen op art. 376 lid 4 Fw dat voor het afkondigen van een afkoelingsperiode de eis bevat dat de afkoeling nodig is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. Het doel van een liquidatieakkoord is echter juist om de onderneming stop te zetten en buiten faillissement af te wikkelen. Die eis kan daarom logischerwijs niet worden gesteld bij een liquidatieakkoord. In de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie is de wettekst van art. 376 lid 4 Fw daarom in die zin aangepast dat een afkoelingsperiode bij een gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement kan worden afgekondigd indien de afkoelingsperiode daarvoor noodzakelijk is.

Het is de vraag of in de regeling van de WHOA voldoende rekening is gehouden met het geval waarin het vermogen van de schuldenaar door middel van een akkoord wordt geliquideerd in plaats van geherstructureerd. Als gezegd, is het instrumentarium van de WHOA hoofdzakelijk gericht op het bewerkstelligen van een saneringsakkoord. Er bestaan echter wezenlijke verschillen tussen een herstructurering van de schulden van de schuldenaar enerzijds en het vereffenen en afwikkelen van zijn vermogen anderzijds. Daardoor kunnen regels die binnen de regeling van de WHOA van toepassing zijn op een saneringsakkoord niet of niet goed geschikt zijn indien een liquidatieakkoord wordt voorbereid.

In de literatuur is gewezen op het ontbreken van instrumenten in de WHOA tot (het doen van) onderzoek naar eventuele onregelmatigheden bij de schuldenaar.[75] Hoewel de mogelijkheid bestaat voor de benoeming van onafhankelijke derden zoals een herstructureringsdeskundige of een observator, hebben zij de taak om een akkoord tot stand te brengen respectievelijk toe te zien op de belangen van de schuldeisers en hebben zij geen bevoegdheden om te beschikken over het vermogen van de schuldenaar. Juist bij een liquidatieakkoord, dat in materiële zin gelijkenis vertoont met een uitdelingslijst in faillissement, doet het ontbreken van instrumenten die zien op een onderzoek naar mogelijke onregelmatigheden zich het sterkst gevoelen. Op dezelfde manier kan de vraag worden gesteld of de twintigprocentsregel wel op zijn plaats is bij een liquidatieakkoord: rechtvaardigt het verschil tussen een vereffening buiten en binnen faillissement de verschillende behandeling?

Kortom, bij dit doel van de WHOA lijkt het verband tussen hetgeen de wetgever beoogt en de middelen die daarvoor in het leven zijn geroepen minder goed doordacht. De wetgever heeft onvoldoende aandacht besteed aan de verschillen tussen een akkoord waarbij de schulden van de schuldenaar worden gesaneerd en een akkoord waarbij het vermogen van de schuldenaar wordt vereffend en afgewikkeld.

2.3.3.4 Versterken minnelijk traject

Een afgeleid doel van de WHOA is het versterken van het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject.[76] De wetgever merkt ter toelichting op dat de WHOA mede tot doel heeft de bestaande herstructureringspraktijk te versterken en dat de mogelijkheid van een dwangakkoord dient ‘als uiterste redmiddel’.[77] De achterliggende gedachte is dat partijen in het minnelijke traject onderhandelen tegen de achtergrond van het alternatief van de wettelijke regeling van de WHOA. Omdat de wettelijke regeling de mogelijkheid bevat van een dwangakkoord (het instrument van de homologatie), zullen individuele vermogensverschaffers minder snel kunnen dwarsliggen en dit zal het bereiken van overeenstemming faciliteren, zo luidt de gedachtegang. Bovendien, zo redeneert de wetgever verder, kan de mogelijkheid binnen de WHOA van snelle finale beslissingen van de rechter een daadwerkelijke gang naar de rechter voorkomen.

—

[75] A. van Hees, ‘De liquidatie van een onderneming: de keuze tussen WHOA en faillissement’, *TvI* 2020/30.

[76] Zie paragraaf 2.3.1.

[77] MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 2.

De argumentatie van de wetgever is begrijpelijk en te volgen, hoewel de onderbouwing op onderdelen scherpte ontbeert. Dat de schaduw van een wettelijke regeling met vergaande gevolgen voor de rechtspositie van partijen de inhoud en partijstandpunten van de buitenwettelijke onderhandelingen beïnvloedt, behoeft geen betoog. Die schaduw was er in zekere zin voor de WHOA al in de vorm van het faillissement, de surseance van betaling en de mogelijkheid die het leerstuk van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) biedt om dwarsliggende schuldeisers te dwingen aan een akkoord mee te werken. De WHOA maakt die schaduw scherper aangezien deze een regeling bevat die veelomvattender is dan de genoemde regelingen en in dat verband een significant strakker kader biedt dat als alternatief voor een minnelijk traject geldt. Bij het veronderstelde causaal verband tussen een wettelijke regeling van een dwangakkoord en het daarvan uitgaande versterkende effect naar het minnelijke herstructureringstraject past wel een kanttekening. De wettelijke regeling van de WHOA bevat een omvattend kader met specifieke waarborgen voor de positie van verschillende betrokkenen, die weliswaar minder zijn dan in faillissement of surseance van betaling, maar nog altijd meer dan in een minnelijk traject waarop slechts het algemene vermogensrecht van toepassing is. Partijen zouden hierom een omgekeerde logica dan de wetgever heeft verondersteld kunnen volgen door juist voor de wettelijke regeling te opteren. In meer negatieve zin kunnen de waarborgen van de WHOA en de formele besluitvormingsprocedure de onderhandelingen in het voortraject verharden en in positieve zin kan het volgen van een wettelijke procedure met een omkaderde besluitvorming het draagvlak voor een akkoord vergroten, waardoor het bestaan van de WHOA het informele voortraject juist kan verzwakken. In de beleidstheorie zijn deze mogelijke averechtse effecten in het veronderstelde causaal verband tussen de versterking van het minnelijk voortraject en de WHOA niet aan de orde gesteld.

2.3.3.5 Bescherming MKB-schuldeisers

Zoals in paragraaf 1.1 is vermeld, is in de loop van het wetgevingsproces van de WHOA bij wijze van amendement een regel ingevoerd die beoogt de positie van concurrente MKB-schuldeisers te versterken. Het betreft de zogenoemde twintigprocentsregel die ertoe strekt aan bepaalde concurrente MKB-schuldeisers met een vordering uit geleverde diensten of goederen of een vordering uit onrechtmatige daad een minimumuitkering van twintig procent van hun vordering te laten toekomen in het WHOA-akkoord.[78] Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze regel blijkt dat hij ertoe strekt waarde toe te delen aan concurrente schuldeisers, zelfs als aan hen op grond van de regels van de rangorde – die behoudens redelijke gronden ook van toepassing zijn in de WHOA[79]– geen waarde zou toekomen.[80] In de literatuur is opgemerkt dat hierachter een idee van verdelende rechtvaardigheid schuilgaat.[81] De scheve verhouding tussen de beroerde 'recovery rates' van de concurrente schuldeisers en hetgeen gesecureerde schuldeisers – met name de banken – aan waarde krijgen, zou de achterliggende gedachte zijn van de twintigprocentsregel.

De vraag is of het aangebrachte causaal verband tussen de beoogde bescherming van concurrente MKB-schuldeisers en de ingevoerde twintigprocentsregel begrijpelijk en overtuigend is. Hoewel het causaal verband in algemene zin begrijpelijk is door de rechtlijnigheid van de twintigprocentsregel – bepaalde concurrente MKB-schuldeisers ontvangen minimaal twintig procent van hun vordering in een WHOA-akkoord en worden daarmee beschermd – kunnen bij de vraag naar de overtuigingskracht van de redenering wel degelijk tegenargumenten worden ingebracht. Die argumenten zien hoofdzakelijk op (maar zijn niet beperkt tot) de reikwijdte en hanteerbaarheid van de twintigprocentsregel en hebben

—

[78] Zie art. 374 lid 2 sub a Fw; het gaat hier om schuldeisers die "op het moment dat het akkoord overeenkomstig artikel 381 ter stemming wordt voorgelegd, een rechtspersoon zijn als bedoeld in de artikelen 395a en 396 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of een schuldeiser bij wie op dat moment vijftig of minder personen werkzaam zijn dan wel ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn met een vordering voor geleverde goederen of diensten of een vordering uit een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek."

[79] Art. 384 lid 4, aanhef en onder b Fw.

[80] *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 25, p. 2.

[81] F.M.J. Verstijlen, 'Whoa: omkering van waarden', *NJB* 2020/1718, p. 1947.

daarmee een indirecte invloed op het veronderstelde causaal verband. In de eerste plaats maakt de wetgever niet expliciet waarom MKB-schuldeisers met een vordering uit geleverde diensten of goederen of een vordering uit onrechtmatige daad sterkere aanspraken moeten hebben dan bijvoorbeeld schuldeisers die onrechtmatig zijn verarmd of per ongeluk aan de verkeerde hebben betaald.[82] In de tweede plaats valt te wijzen op opmerkingen in de literatuur dat de wetgever niet toelicht ten laste van wie (of welke groep schuldeisers) de verschuiving van de waardetoedeling moet komen.[83] Met andere woorden, bij wie moeten de middelen worden weggehaald om de uitkering te verzekeren indien onvoldoende waarde aanwezig is om alle schuldeisers te voldoen in het akkoord? In de derde plaats kunnen de moeilijkheden worden genoemd rondom de afbakening en toepassing van de MKB-definitie uit art. 374 lid 2 sub a Fw. Uit eerder onderzoek is gebleken dat het nogal een bewerkelijke taak is om te achterhalen en bepalen of schuldeisers tot het MKB behoren binnen de definitie van art. 374 lid 2 sub a Fw.[84] Het vergt onderzoek naar het werknemersbestand, jaarrekeningregime en de aard van de vordering van elke schuldeiser. Dat is informatie die niet gemakkelijk te verkrijgen is, zeker niet als geen jaarrekening is gepubliceerd of het een buitenlandse schuldeiser betreft. Bovendien kunnen onder het bereik van art. 374 lid 2 sub a Fw schuldeisers vallen die onderdeel zijn van een groot concern, hetgeen moeilijk kan worden verenigd met de rationale van de twintigprocentsregel.

2.3.4 Invloed externe factoren

Wat betreft de externe factoren die van invloed kunnen zijn op de doelen die met de WHOA worden nagestreefd, geldt dat zich sinds 1 januari 2021 waarin de WHOA van kracht is verstrekkende maatschappelijke en economische ontwikkelingen hebben voorgedaan. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan de coronapandemie en de stijging van de (energie)prijzen als gevolg van de oorlog in Oekraïne. Deze ontwikkelingen hebben ondernemingen in financiële moeilijkheden kunnen brengen. Tijdens ons onderzoek is echter niet naar voren gekomen dat deze of andere externe factoren van invloed zijn geweest op de doelen die met de WHOA worden nagestreefd. Integendeel: de WHOA kan in die gevallen juist haar diensten bewijzen door ofwel een reorganisatie van de onderneming te bespoedigen of door – in geval de bovengenoemde factoren tot meer structurele problemen leiden – een gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement.

Een andere zaak is dat deze omstandigheden van invloed zijn geweest op door de betrokkenen ingenomen posities in het WHOA-traject. Een in het oog springend voorbeeld is dat de belastingdienst tijdelijk genoegen neemt met een gelijk uitkeringspercentage als concurrente schuldeisers in plaats van het dubbele percentage.[85] Ook de verschillende steunpakketten van de overheid zullen van invloed zijn geweest op de noodzaak of de mogelijkheid een WHOA-akkoord aan te bieden. De buitengewone omstandigheden bepalen – net als minder buitengewone conjuncturele bewegingen – de economische positie van ondernemingen en de mogelijkheden de activiteiten succesvol te kunnen voortzetten of te herstructureren, maar laten de met de WHOA nagestreefde doelen onverlet.

2.4 Conclusie

In Deel A van het onderzoek is een beleidsreconstructie van de WHOA gemaakt. Hierin zijn de door de wetgever beoogde doelen en daarvoor in het leven geroepen instrumenten geïdentificeerd. Uit de beleidsreconstructie blijkt als hoofddoel van de WHOA het – met voldoende waarborgen voor de door het akkoord geraakte partijen – versterken van het reorganiserend vermogen van pre-insolventie ondernemingen, waarop het instrumentarium van de WHOA primair en hoofdzakelijk is gericht. Dit ziet vooral op de mogelijkheid van homologatie van een onderhands akkoord. Daarnaast valt het versterken van het minnelijk

—

[82] F.M.J. Verstijlen, 'Whoa: omkering van waarden', *NJB* 2020/1718, p. 1946 en WODC-rapport 'De positie van concurrente schuldeisers', p. 37.

[83] F.M.J. Verstijlen, 'Whoa: omkering van waarden', *NJB* 2020/1718, p. 1946.

[84] WODC-rapport 'De positie van concurrente schuldeisers', p. 21-22.

[85] Artikel 26.3.5 Leidraad Invordering 2008.

saneringS- en herstructureringstraject te noemen. Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft echter dit aspect, net als het nevendoel van een gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement (liquidatieakkoord), minder aandacht van de wetgever gehad bij de opzet en inhoudsbepaling van de WHOA. Hierbij lijkt het verband met de instrumenten minder goed doordacht en daardoor ofwel minder overtuigend ofwel minder gepreciseerd. Dit laatste geldt ten slotte ook de bij amendement ingevoerde twintigprocentsregel waarmee een tweede nevendoel van de WHOA is ingevoerd om bepaalde groepen MKB-schuldeisers te beschermen.

Deel B

3 Jurisprudentieonderzoek

3.1 Inleiding

In deel A van dit onderzoek hebben wij inzicht gegeven in de beleidslogica die aan de WHOA ten grondslag ligt. Meer specifiek hebben we inzichtelijk gemaakt hoe volgens de wetgever de doelen die met de WHOA worden nagestreefd met het (wettelijk) instrumentarium zouden moeten worden bereikt.

Deel B van dit onderzoek ziet op een toetsing van de beleidstheorie aan de (prille) praktijk van de WHOA. Daarbij hebben wij gebruik gemaakt van verschillende onderzoeksmethoden, namelijk een jurisprudentieonderzoek, expertmeetings, casestudies en een survey. De resultaten van de verschillende onderzoeken worden achtereenvolgens besproken, te beginnen met het jurisprudentieonderzoek.

3.2 Methode en data

Ten eerste is een jurisprudentieonderzoek uitgevoerd op basis van alle tot 1 juli 2023 gepubliceerde uitspraken. In totaal gaat het om 212 gepubliceerde uitspraken.[86] Voor elke uitspraak zijn de volgende gegevens in Excel genoteerd:[87]

- Naam rechtbank
- Naam betrokken advocaten
- Datum eventuele deponering startverklaring
- Datum verzoek
- Aard van het verzoek (aspectenverzoek, aanwijzing herstructureringsdeskundige /observator, afkoelingsperiode, art. 42a Fw, homologatie, etc.)
- Datum en soort uitspraak
    - eventuele aanstelling/afwijzing herstructureringsdeskundige / observator
    - naam eventuele herstructureringsdeskundige / observator
    - eventuele toekenning/weigering (verlenging) afkoelingsperiode
    - eventuele afgifte/weigering machtiging ex art. 42a Fw
    - eventuele uitspraak/weigering aspectenverzoek ex art. 378 Fw
    - eventuele toekenning/weigering bepalingen en voorzieningen ex art. 379 Fw
    - eventuele toewijzing/afwijzing homologatie
- Wettelijke grondslag van toewijzing/afwijzing
- Motivering voor toewijzing/afwijzing
- Eventuele prejudiciële vragen
- Eventuele bijzonderheden

De hiervoor genoemde gegevens zijn per soort uitspraak geanalyseerd. Dit heeft op onderdelen geleid tot nadere inzichten over sommige van de hierna besproken onderdelen. Daarnaast is hiermee zicht gekregen op bijvoorbeeld de doorlooptijd van de WHOA-trajecten (hetgeen een indicatie oplevert voor de efficiëntie van de procedures) en het aantal verzoeken dat wordt ingediend bij de rechtbanken (hetgeen een indicatie oplevert voor de werkbelasting van de rechterlijke macht) maar ook een overzicht van veelvoorkomende toe- en afwijzingsgronden (‘succes- en faalfactoren’), evenals de redenen daarvoor. In de volgende paragraaf worden de resultaten van het jurisprudentieonderzoek per onderdeel besproken.

—

[86] Recent hebben K.H. van Boekel & M.S. Breeman over dezelfde periode een overzicht gepubliceerd: ‘Kroniek WHOA: 2,5 jaar WHOA-uitspraken’, *TvI* 2023/37, waarbij zij op basis van dezelfde bron (rechtspraak.nl) tot 192 uitspraken zijn gekomen. Het verschil wordt vermoedelijk verklaard omdat zij uitspraken met een beperkte inhoud, zoals dagbepaling, niet hebben meegenomen.

[87] De lijst met onderzochte uitspraken kan bij onderzoekers worden opgevraagd.

3.3 Resultaten

3.3.1 Aanwijzing herstructureringsdeskundige/aanstelling observator

3.3.1.1 Inleiding

De herstructureringsdeskundige en de observator zorgen voor een belangrijk aandeel in de rechterlijke productie. Van de 92 op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken gedurende de onderzoeksperiode (1 januari 2021 tot 1 juli 2023) waarbij de termen 'WHOA' en 'herstructureringsdeskundige' in het zoekgebied 'alle velden' waren opgenomen, leidt een verdere beperking met de trefwoorden 'herstructureringsdeskundige' en '371' in de inhoudsindicatie en aansluitend een handmatige eliminatie van uitspraken die desondanks niet inhoudelijk over de 'herstructureringsdeskundige' gingen, tot 30 uitspraken die op de een of andere manier betrekking hebben op de verzoeken over een 'herstructureringsdeskundige'. Aantekening verdient dat vier uitspraken daarvan louter betrekking hebben op de vaststelling van het (aanvullend) budget van de herstructureringsdeskundige.

Van de 58 op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken gedurende de onderzoeksperiode (1 januari 2021 tot 1 juli 2023) waarbij de term 'WHOA' en 'observator' in het zoekgebied 'alle velden' waren opgenomen, leidt een verdere beperking met de trefwoorden 'observator' en '380' in de inhoudsindicatie en aansluitend een handmatige eliminatie van uitspraken die desondanks niet inhoudelijk over de "observator' gingen, tot 27 uitspraken die op de een of andere manier betrekking hebben op de verzoeken over een observator. Vier daarvan hebben louter betrekking op de vaststelling van het (aanvullend) budget van de observator.

3.3.1.2 Aanwijzing herstructureringsdeskundige

In de periode waarover de jurisprudentie is bestudeerd, is in totaal zes keer de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige afgewezen en vijftien keer een daartoe strekkend verzoek toegewezen (dit omvat ook trajecten die niet tot een rechterlijke homologatiebeslissing hebben geleid). In 22 gevallen kwam het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige van de schuldenaar. Daarnaast is één keer een daartoe strekkend verzoek gedaan door een schuldeiser.

Uit de bestudeerde jurisprudentie blijkt dat rechtbanken in het algemeen een indringende toets aanleggen bij de benoeming van de persoon van de herstructureringsdeskundige en daarbij in het bijzonder oog hebben voor de eis dat de herstructureringsdeskundige onpartijdig en onafhankelijk is. In een aantal gevallen is de rechtbank om die reden niet overgegaan tot aanwijzing van een bepaalde persoon tot herstructureringsdeskundige.[88] De herstructureringsdeskundige wordt geregeld gezien als 'oliemannetje' en 'bruggenbouwer'.[89] In de rechtspraak is daarnaast geoordeeld dat de taakomschrijving van de observator mede van toepassing is op de herstructureringsdeskundige, omdat geen observator kan worden aangesteld als al een herstructureringsdeskundige is aangewezen.[90] Ook is eenmaal een reeds aangestelde observator als herstructureringsdeskundige aangewezen, met gelijktijdige intrekking van de aanstelling tot observator.[91] In de gevallen waarin niet is overgegaan tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige geschiedde dit meestal omdat niet voldaan was aan de WHOA-toestand. Eenmaal werd het verzoek afgewezen omdat het in een laat stadium werd gedaan en zou leiden tot de nodige vertraging.[92]

—

[88] Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:285; Rb. Midden-Nederland 26 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1255

[89] Zie Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:285, Rb. Noord-Nederland 18 april 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1563; vergelijk R. Cats, 'Bruggenbouwende oliemannetjes in de WHOA', *TvI* 2022/8.

[90] Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:285, rov. 2.22

[91] Rb. Rotterdam 21 maart 2022, ECLI:NL:HR:RBROT:2022:12205.

[92] Rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4153.

3.3.1.3 Aanwijzing observator

Een klein deel van de uitspraken in de onderzoeksperiode betreft de vaststelling van het salaris en de verschotten van de observator (art. 380 lid 4 jo. art. 370 lid 10 Fw). In drie uitspraken geschiedt de aanstelling van een observator op grond van art. 380 lid 1 Fw op verzoek van de schuldenaar.[93] In de motivering van de aanstelling komt de wens van de schuldenaar naar voren dat een 'objectief persoon meekijkt' en dat de observator erop moet toezien dat de schuldenaar voldoet aan zijn informatieverplichtingen bij de aanbieding van het akkoord. In een van deze uitspraken benadrukt de rechtbank dat het belang van de schuldeisers is gediend met het behoud van de continuïteit van de onderneming van de schuldenaar en het slagen van de herstructurering door middel van homologatie van het akkoord.[94]

In de onderzoeksperiode is eenmaal voorgekomen dat de schuldenaar om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige verzocht als reactie op het verzoek van de schuldeiser om een observator aan te stellen bij wijze van voorziening in het kader van de afkondiging van een afkoelingsperiode ex art. 376 lid 9 Fw. De rechtbank overwoog dat bij tegelijkertijd aanhangig gemaakte verzoeken tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en een observator, de beoordeling van het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige voorrang toekomt op grond van het stelsel van de Faillissementswet.[95]

In verreweg de meeste uitspraken wordt een observator aangesteld op grond van art. 376 lid 9 Fw bij de afkondiging of verlenging van een afkoelingsperiode. Twee onderzochte uitspraken betreffen de situatie waarin een afkoelingsperiode wordt afgekondigd in het kader van de voorbereiding van een liquidatieakkoord.[96] In de motivering van de beslissingen tot de aanstelling van een observator klinkt de in art. 380 lid 1 Fw omschreven taak van de observator door. De beveiliging van de belangen van de schuldeisers staat in een groot deel van de motiveringen centraal. Dit is geconcretiseerd met casusspecifieke factoren zoals twijfels bij de schuldeiser of de schuldenaar voldoende (en volledig) inzicht geeft in zijn vermogenspositie waardoor vrees voor verhaalsbenadeling bestaat.[97] Andere factoren die aanleiding zijn voor de rechtbank om een observator aan te stellen bij de afkondiging of verlenging van een afkoelingsperiode zijn de verzekering dat lopende verplichtingen worden voldaan gedurende de akkoordprocedure,[98] behoefte aan duiding van de opbouw van de schuldenlast en in het verlengde hiervan de financieringsstructuur van de schuldenaar.[99] In een enkele uitspraak wordt de objectieve rol van de observator benadrukt, zoals deze via de schakelbepaling van art. 380 lid 4 Fw naast de herstructureringsdeskundige ook voor de observator geldt.[100] Van de bestudeerde rechtspraak is in één geval het verzoek van een schuldeiser tot aanstelling van een observator bij de verlenging van de afkoelingsperiode afgewezen zonder nadere motivering van de rechtbank.[101] In een ander geval is bij de ambtshalve beëindiging van de afkoelingsperiode tevens de aanstelling van de observator ingetrokken met de motivering dat geen zekerheid is gesteld voor de voldoening van de kosten van de observator en vanwege de omstandigheid dat de informatievoorziening vanuit het bestuur aan de observator gebrekkig is.[102]

In een uitspraak, die betrekking heeft op een verzoek tot homologatie van het akkoord, komt naar voren dat de rechter bij de beoordeling van de bezwaren van een tegenstemmende

—

[93] Rb. Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:2343; Rb. Limburg 31 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:2690; Rb. Rotterdam 26 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12154

[94] Rb. Rotterdam 26 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12154.

[95] Rb. Noord-Nederland 10 februari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1561.

[96] Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84; Rb. Limburg 7 juli 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8855.

[97] Rb. Zeeland-West Brabant 11 juni 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6913.

[98] Rb. Gelderland 6 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:134; Rb. Den Haag 23 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1230.

[99] Rb. Den Haag 2 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3227; Rb. Gelderland 6 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:134; Rb. Den Haag 23 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1230.

[100] Rb. Zeeland-West Brabant 16 maart 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6916.

[101] Rb. Rotterdam 15 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11016.

[102] Rb. Den Haag 9 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1486.

schuldeiser veel gewicht hecht aan de ingebrachte zienswijze van de observator.[103] Het substantiële gewicht van het onderzoek van de observator en de bijbehorende verslaglegging wordt als zodanig expliciet genoemd door de rechtbank.

3.3.2 Afkoelingsperiode

3.3.2.1 Inleiding

De afkoelingsperiode zorgt eveneens voor een groot aandeel in de rechterlijke productie. De 187 op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken gedurende de onderzoeksperiode (1 januari 2021 tot 1 juli 2023) waarbij de term 'WHOA' en 'afkoelingsperiode' in het zoekgebied 'alle velden' waren opgenomen, zijn echter niet alle van belang, terwijl daarnaast enkele uitspraken waarin 'WHOA' niet als trefwoord was terug te vinden, juist wel van belang zijn en daarom in het onderzoek betrokken. Met een verdere beperking op de trefwoorden 'afkoelingsperiode' en '376' in het zoekveld 'inhoudsindicatie' en aansluitend een handmatige eliminatie van uitspraken die desondanks niet inhoudelijk over de afkoelingsperiode in de WHOA gingen, zijn uiteindelijk 96 uitspraken geanalyseerd die op de een of andere manier betrekking hebben op de verzoeken tot afkondiging en verlenging van een afkoelingsperiode.
Het eerste jaar na inwerkingtreding van de WHOA zorgde voor de meeste uitspraken op dit terrein: 51 in 2021, 34 in 2022 en 11 in de eerste helft van 2023. Dankzij de WHOA-pool van rechters en het werken met een meervoudige kamer maakt het in beginsel niet veel verschil welke relatief bevoegde rechtbank zich over de kwestie heeft gebogen.

Met de afkondiging van een afkoelingsperiode bepaalt de rechtbank op verzoek van de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, dat elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, gedurende deze periode niet kan worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat een akkoord wordt voorbereid (art. 376 lid 2 sub a Fw). Het is aan de schuldenaar (of de herstructureringsdeskundige) om de groep jegens wie de afkoelingsperiode werkt zo nodig te beperken tot specifieke partijen,[104] maar zonder die beperking geldt een afkoelingsperiode generiek jegens iedere derde en is sprake van een algemene afkoelingsperiode (zie ook art. 376 lid 9 Fw op grond waarvan de rechtbank kan besluiten om een observator aan te stellen).

De schuldenaar (of herstructureringsdeskundige) kan vóór het verstrijken van de termijn aan de rechtbank een verlenging van de afkoelingsperiode verzoeken, eveneens gemaximeerd tot vier maanden (art. 376 lid 5 Fw), behoudens ingeval van een tot op heden nog niet voorgekomen specifieke uitzondering (art. 376 lid 6 Fw). Zolang de totale duur van de afkoelingsperiode in alle andere gevallen minder is dan acht maanden, zijn tot dat maximum nog verdere verlengingen mogelijk. Voor toewijzing van een verlenging is vereist dat aannemelijk is dat belangrijke vooruitgang in de totstandkoming van het akkoord is geboekt. De wetgever acht dit vereiste in ieder geval vervuld als een homologatieverzoek is ingediend.

De afkoelingsperiode eindigt door het verstrijken van de termijn (behoudens tijdig verzochte verlenging) of door opheffing door de rechtbank als niet meer aan de vereisten wordt voldaan (art. 376 lid 11 Fw). Dit kan de rechtbank ambtshalve doen of op verzoek van de schuldenaar, de observator of herstructureringsdeskundige (indien aangesteld dan wel aangewezen) of een door de afkoelingsperiode getroffen derde.
In totaal 65 uitspraken betroffen de afkondiging van een (voorlopige) afkoelingsperiode, soms (in vijf gevallen) gepaard gaande met de (gedeeltelijke) opheffing van beslagen of schorsing van een faillissementsverzoek. In een aantal gevallen werd het verzoek gecombineerd met andere

—

[103] Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800. In een andere uitspraak waarin de rechtbank over meerdere aspectenverzoeken moet oordelen, wordt de zienswijze van de observator op een onderdeel na volledig gevolgd. Zie Rb. Rotterdam 9 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2022:12156.
[104] Rb. Rotterdam 31 januari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5002; Rb. Amsterdam 15 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6516; Rb. Noord-Nederland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5095.

verzoeken, zoals die tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, aanstelling van een observator, machtiging ex art. 42a Fw en treffen van voorzieningen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders (art. 379 Fw). In 48 uitspraken wees de rechtbank het verzoek toe en in 17 gevallen wees zij het af. Bij 27 uitspraken moest de rechtbank oordelen over een (herhaald) verlengingsverzoek. Hierbij wees de rechtbank het verlengingsverzoek in 23 gevallen toe en in vier gevallen af (zie paragraaf 3.3.2.2). Een laatste groep (vier uitspraken) betreft de opheffing of intrekking van de afkoelingsperiode (zie paragraaf 3.3.2.4).

3.3.2.2 Toetsingsgronden

Aan de hand van de wettelijke toewijzingsgronden onderzocht de rechtbank meestal in algemene zin of de aangevoerde feiten de conclusie rechtvaardigen dat een afkoelingsperiode terecht kan worden afgekondigd. Voor toewijzing van het verzoek is vereist dat voor de rechtbank drie aspecten summierlijk blijken. Ten eerste moet de schuldenaar in een 'WHOA-toestand' verkeren en moet de afkoelingsperiode noodzakelijk zijn om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten of om de door de schuldenaar gedreven onderneming door een akkoord gecontroleerd te kunnen afwikkelen (art. 376 lid 4 sub a Fw). De eerste situatie doet zich voor bij de zogenoemde ‘reorganisatie-WHOA’ en de tweede bij de ‘liquidatie-WHOA’. Ten tweede moet op het tijdstip van afkondiging van de afkoelingsperiode redelijkerwijs vaststaan dat daardoor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn. Ten slotte mogen derden als die door de afkoelingsperiode rechtstreeks geraakt worden, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad (art. 376 lid 4 sub b Fw). De voor derden noodzakelijke machtiging van de rechtbank om de afkoelingsperiode te mogen negeren kan worden verzocht door iedere getroffen derde en wordt door de rechtbank toegewezen als redelijkerwijze valt aan te nemen dat die derde door de afkoelingsperiode wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad (art. 376 lid 10 Fw).

In 48 uitspraken was voldaan aan de drie genoemde wettelijke vereisten. Dergelijke toewijzingen zijn door de rechtbanken gebaseerd op het feit dat de verzoeker voldoende heeft onderbouwd op welke wijze naar een akkoord wordt toegewerkt of dat de verzoeker voldoende deugdelijk en concreet heeft onderbouwd welke middelen worden aangeboden aan degenen van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd.[105] De mate van concreetheid is soms beperkt, omdat voor de rechtbank al de door een aangetrokken adviseur gesignaleerde potentieel winstgevende activiteiten voldoende waren om tot afkondiging van een afkoelingsperiode over te gaan.[106] Voorts moet de rechtbank bij een reorganisatieakkoord summierlijk zijn gebleken dat een afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming gedurende de onderhandelingen omtrent het akkoord te kunnen voortzetten.[107]
Het vereiste dat de gezamenlijke schuldeisers met een afkoelingsperiode gediend moeten zijn wordt door de rechtbank met enige regelmaat getoetst aan het te verwachten resultaat door de afkoelingsperiode ten opzichte van dat resultaat na een faillietverklaring waarbij die schuldeisers minder ontvangen dan wanneer de schuldenaar niet zou failleren.[108] Het feit dat een negatieve kasstroom wordt voorzien gedurende een deel van de afkoelingsperiode, hoeft niet noodzakelijkerwijze te leiden tot een afwijzing van het verzoek. Als de rechtbank maar overtuigd is dat voortzetting van de onderneming uiteindelijk in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers.[109] Dit hangt onder meer af van de meerwaarde die met het akkoord wordt

—

[105] Rb. Amsterdam 29 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6767; Rb. Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198; Rb. Den Haag 23 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1230; Rb. Gelderland 10 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6813; Rb. Limburg 11 februari 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8854.

[106] Rb. Oost-Brabant 25 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:916.

[107] Rb. Rotterdam 19 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8409.

[108] Rb. Amsterdam 15 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6516; Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6771; Rb. Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198; Rb. Gelderland 10 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6813; Rb. Noord-Nederland 1 januari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1562; Rb. Rotterdam 19 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8409.

[109] Rb. Oost-Brabant 12 juni 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2900.

verwacht boven de uitkering in een faillissement, afgezet tegen het risico dat het akkoord uiteindelijk niet tot stand komt, terwijl financiering beschikbaar moet zijn om de lopende tekorten tijdens de afkoelingsperiode op te vangen.
Ten slotte mogen de door een afkoelingsperiode in hun rechten beknotte partijen daardoor niet wezenlijk worden geschaad. Dit speelt bijvoorbeeld bij beslagleggers en zekerheidsgerechtigden die in de uitoefening van hun rechten door de afkoelingsperiode worden geraakt.[110] Zeker wanneer die derden met een afkoelingsperiode instemmen of langs de weg van art. 376 lid 7 Fw aanspraak kunnen maken op vervangende zekerheid, is de rechtbank geneigd dit vereiste snel vervuld te achten.[111] Het niet wezenlijk geschaad mogen worden in hun belangen geldt ook bij bezwaren die tegen een afkoelingsperiode zijn geopperd door een schuldeiser die om faillietverklaring heeft verzocht. Omdat een dergelijk verzoek door een afkoelingsperiode wordt geschorst (art. 376 lid 2 sub c Fw), kan dat voor de rechtbank aanleiding vormen om ter bescherming van die schuldeiser bepaalde voorzieningen te treffen als bedoeld in art. 379 Fw (art. 376 lid 9 Fw).[112]

Als de rechtbank een afkoelingsperiode afkondigt stelt zij daaraan een termijn die ten hoogste vier maanden geldt, maar korter kan ook (art. 376 lid 2 Fw), waarbij in de meeste gevallen direct de maximale duur van vier maanden werd toegekend. Daarnaast kwamen ook afkoelingsperiodes van twee of drie maanden voor en een enkele keer nog korter (zes weken).[113] In een drietal – dringende – gevallen heeft de rechtbank direct een 'voorlopige' afkoelingsperiode gelast tot de definitieve beslissing daarover om zodoende onomkeerbare acties te voorkomen.[114]

Zeventien keer wees de rechtbank het verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode af. De rechtbank baseerde zich hierbij meestal op het ontbreken van de noodzaak voor een afkoelingsperiode of op de stelling dat door afkondiging van de afkoelingsperiode de belangen van de gezamenlijke schuldeisers onvoldoende gediend zouden worden (bijvoorbeeld dat zij met een akkoord beter af zouden zijn dan in faillissement) of de belangen van een betrokken derde daardoor zelfs geschaad zouden worden (art. 376 lid 4 Fw).[115] Soms werden de verzoeken om andere redenen afgewezen, zoals het ontbreken van een WHOA-toestand omdat de schuldenaar niet in staat is om tijdens de afkoelingsperiode lopende verplichtingen te voldoen,[116] niet-

—

[110] Rb. Den Haag 2 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3227; Rb. Midden-Nederland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:392.

[111] Rb. Midden-Nederland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:392.

[112] Rb. Noord-Nederland 5 januari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:21.

[113] Rb. Amsterdam 1 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6517; Rb. Amsterdam 15 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2021:6516; Rb. Den Haag 25 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3956; Rb. Midden-Nederland 9 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5519; Rb. Midden-Nederland 9 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5519; Rb. Rotterdam 6 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12081; Rb. Midden-Nederland 21 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:2561.

[114] Rb. Midden-Nederland 15 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:6405 (zie echter het vervolg in Rb. Midden-Nederland 24 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:6406 waarin de verleende afkoelingsperiode werd opgeheven omdat het verzoek daartoe was ingetrokken); ; Rb. Midden-Nederland 17 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6441; niet-gepubliceerde beschikking Rb. Noord-Holland, 19 augustus 2022, n.g., maar kenbaar uit Rb. Noord-Holland 12 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8151; Rb. Rotterdam 3 januari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5000.

[115] Rb. 8 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1887; Rb. Overijssel 16 juli 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:2907; Rb. Overijssel 12 oktober 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3891; Rb. Oost-Brabant 20 april 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4316; Rb. Noord-Nederland 15 februari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:431; ECLI:NL: Rb. Midden-Nederland 8 april 2022, RBMNE:2022:1357; Rb. Midden-Nederland 29 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3078; ECLI:NL: Rb. Amsterdam 25 augustus 2022, RBAMS:2022:5013; Rb. Rotterdam 25 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12080.

[116] Rb. Oost-Brabant 20 april 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4316; Rb. Noord-Nederland 15 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5106; Rb. Den Haag 16 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13888; Rb. Den Haag 7 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:11921; Rb. Amsterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8286; Rb. Midden-Nederland 8 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1357.

ontvankelijkheid[117] of procedurele gebreken.[118] In essentie blijkt bij de afwijzingen onvoldoende vertrouwen bij de rechtbank dat een afkoelingsperiode uiteindelijk wel zal helpen en eerder als laatste strohalm tegen een faillietverklaring wordt aangegrepen.[119]

3.3.2.3 Verlenging afkoelingsperiode

Een verlenging van de afkoelingsperiode is in de gepubliceerde rechtspraak 27 keer aan de rechtbank voorgelegd. In de meeste gevallen (23 keer) is de verlenging toegestaan, er zijn slechts vier verlengingsverzoeken afgewezen. In deze gevallen was onvoldoende voortgang geboekt of waren de vooruitzichten op een succesvol akkoord weggevallen en waren de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet bij een afkoelingsperiode gediend.[120] Een keer was het verlengingsverzoek afgewezen omdat de verzoeker daarbij geen belang meer had wegens de homologatie van het akkoord.[121]

Omdat de beslissing op het verlengingsverzoek soms pas werd gegeven nadat de afkoelingsperiode was afgelopen heeft de rechtbank voor een praktische oplossing gekozen om dit vacuüm op te lossen. Mits vaststaat dat het verlengingsverzoek is ingediend voordat de lopende (al dan niet verlengde) afkoelingsperiode was verstreken, kan de rechtbank al dan niet met gebruikmaking van een voorziening op grond van art. 379 lid 1 Fw bepalen dat de eerder afgekondigde afkoelingsperiode voortduurt totdat de eindbeslissing op het verlengingsverzoek is gegeven.[122] Een keer heeft de rechtbank wegens de bijzondere omstandigheden (na de homologatiezitting heeft de rechtbank prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld, waardoor de termijn verstreek en nog steeds behoefte aan een afkoelingsperiode bleef bestaan) toegestaan dat ondanks het verstrijken van de termijn niet zozeer nog een verlengingsverzoek kon worden gedaan maar opnieuw een afkoelingsperiode kon worden verzocht.[123] Het is echter niet mogelijk om de wettelijke maximumtermijn van acht maanden (art. 376 lid 5 Fw) op te rekken.[124]

3.3.2.4 Opheffing/intrekking afkoelingsperiode

Opheffing of intrekking van een afkoelingsperiode is in de onderzoeksperiode terug te vinden in een viertal gepubliceerde uitspraken. Ambtshalve opheffing deed zich voor als het verzoek om (verlenging van) een afkoelingsperiode was ingetrokken, terwijl de rechtbank die wel al voorlopig of tijdelijk had afgekondigd tot aan de eindbeslissing.[125] Opheffing of intrekking kan ook op verzoek van de schuldenaar.[126] Een ambtshalve opheffing gebeurde ook omdat de rechtbank – al dan niet via een herstructureringsdeskundige, observator of het uitblijven van bescheiden – tot de conclusie was gekomen dat er geen perspectief op een akkoord was.[127]

—

[117] Rb. Zeeland-West-Brabant 22 januari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6514; Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:509; Rb. Gelderland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:171.

[118] Rb. Amsterdam 14 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3507.

[119] Rb. Amsterdam 25 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5013;.

[120] Rb. Amsterdam 23 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1874; Rb. Noord-Nederland 18 april 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1563; Rb. Den Haag 11 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:111.

[121] Rb. Zeeland-West-Brabant 1 augustus 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:5619.

[122] Rb. Amsterdam 3 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6766; Rb. Rotterdam 24 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12151; zie voorts Rb. Oost-Brabant 25 april 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2050, waarbij vervolgens de aldus verlengde afkoelingsperiode ambtshalve door de rechter is opgeheven omdat het verzoek daartoe inmiddels was ingetrokken, zie Rb. Oost-Brabant 25 mei 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2890.

[123] Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4476.

[124] Rb. Amsterdam 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6520.

[125] Rb. Oost-Brabant 25 mei 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2890.

[126] Rb. Den Haag 14 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:5845.

[127] Rb. Noord-Holland 25 oktober 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:9629; Rb. Den Haag 9 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1486.

3.3.2.5 Exploitatie gedurende de afkoelingsperiode

Zolang de schuldenaar handelt binnen de normale bedrijfsuitoefening biedt art. 377 Fw hem de bevoegdheid om gedurende de afkoelingsperiode goederen waarop een derde om deze reden geen verhaal kan nemen te gebruiken, verbruiken of vervreemden en bij vorderingen te innen. Wel is vereist dat de belangen van de betrokken derden voldoende gewaarborgd zijn, want zodra dat niet meer het geval is kan de betrokken derde de rechtbank om opheffing dan wel beperking van die bevoegdheid verzoeken.

In de gepubliceerde rechtspraak is art. 377 Fw nauwelijks aan bod geweest. Slechts in het kader van een tijdens de afkoelingsperiode toegestaan verbruik van stil verpande voorraden overwoog de rechtbank dat 'zolang de exploitatie wordt voortgezet bij inkoop van nieuwe voorraad de waarde van het totale onderpand niet zal verminderen zodat voorshands voldaan is aan het vereiste dat op toereikende wijze vervangende zekerheid wordt gesteld en de pandhouders niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.'[128] Onder verwijzing naar art. 377 lid 3 Fw voegde de rechtbank hieraan toe dat de pandhouders zo nodig opheffing van die exploitatiebevoegdheid zouden kunnen vragen.

3.3.2.6 Doorlooptijden

Op het gebied van de afkoelingsperiode blijken de rechtbanken tijdens de onderzoeksperiode – mede in het licht van de bijzondere omstandigheden door de coronacrisis – met grote voortvarendheid te werk te zijn gegaan. Bij de 96 uitspraken is een gemiddelde doorlooptijd van datum verzoekschrift tot datum uitspraak op dat verzoek van bijna drie weken. Dit betreft de eerste verzoeken om een afkoelingsperiode, zowel die zijn toegewezen als die afgewezen, en de verlengingsverzoeken. Enkele zeer korte doorlooptijden (drie van een week of minder, een zelfs één dag) waren gevallen waarin een afkoelingsperiode 'voorlopig' werd afgekondigd totdat een zitting was gehouden en de rechtbank definitief had beslist. In de overige 45 toewijzingen van een eerste afkoelingsperiode deed de rechtbank uitspraak in tien tot 38 dagen met een gemiddelde van 21 dagen. Bij de 17 afwijzingen lagen deze cijfers niet wezenlijk anders. De verlengingsverzoeken werden behandeld tussen zes en 38 dagen met een gemiddelde van 22 dagen.

3.3.3 Art. 42a Fw

De gevallen waarin de rechtbank heeft moeten beslissen over een machtigingsverzoek ex art. 42a Fw zijn gevonden door in de database van rechtspraak.nl voor de referentieperiode (publicatie in de periode 1 januari 2021 tot 1 juli 2023) te zoeken op de trefwoorden 'WHOA', '42a' en 'machtiging' voor de inhoudsindicatie. Dit leverde zes uitspraken op: drie uit Den Haag, twee uit Rotterdam en een uit Noord-Nederland.[129] De rechtbank Noord-Nederland en de rechtbank Rotterdam in 2021 wezen de gevraagde machtiging (gedeeltelijk) toe, terwijl de verzoeken daartoe in de andere vier uitspraken werden afgewezen. Behalve de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 23 januari 2023 zijn alle andere uitspraken gewezen voor 1 januari 2023 toen de reikwijdte van art. 42a Fw werd verruimd. In de Haagse uitspraak uit 2023 is de verruiming meegewogen maar op basis van een strikte interpretatie niet van toepassing geacht: het ging om de goedkeuring voor een bedrag dat nodig zou zijn voor de uitvoering van een beoogd akkoord. Er was daarbij geen sprake van een rechtshandeling die noodzakelijk is om tijdens de voorbereiding van het akkoord de onderneming te kunnen blijven voortzetten, óf om een akkoord te kunnen voorbereiden, in stemming te brengen of te laten homologeren. De rechtbank vond dat het op artikel 42a Fw gebaseerde verzoek reeds om deze reden moest worden afgewezen.

—

[128] Rb. Oost-Brabant 25 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:916.

[129] Rb. Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5316; Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9779; Rb. Den Haag 23 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1230; Rb. Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1768; Rb. Noord-Nederland 26 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:1100; Rb. Rotterdam 21 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12152.

Bij toewijzing door de rechtbank Rotterdam speelde een rol dat de desbetreffende rechtshandeling (verstrekking van een oogstkrediet) in het belang van de gezamenlijke schuldeisers werd geacht en niet gebleken was dat een individuele schuldeiser wezenlijk in zijn belang zou worden geschaad. Wel plaatste de rechtbank de kanttekening dat die machtiging alleen verstrekt werd voor zover het oogstkrediet verschaft werd na deponering van de startverklaring. De rechtbank hoefde zich hierover verder niet uit te laten omdat de kredietverschaffer had aangegeven met deze inperking te kunnen leven en het krediet nog steeds beschikbaar te stellen. Onduidelijk is wat gebeurd zou zijn als de bank dan besloten zou hebben om geen krediet meer te verschaffen en zichzelf daarmee als dwangcrediteur zou hebben opgesteld. [130]

De rechtbank Noord-Nederland moest oordelen over een verzoek om een machtiging voor het aangaan van hypothecair krediet om een aantal kostenposten benodigd voor de voorbereiding van het akkoord te kunnen voldoen. Hiertoe moest de rechtbank eerst de vraag beantwoorden of het toepassingsgebied van art. 42a Fw beperkt is tot rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om de onderneming te kunnen voortzetten, of dat het toepassingsgebied zich ook uitstrekt tot rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om het akkoord te kunnen voorbereiden. Met een beroep op de wetsgeschiedenis koos de rechtbank voor de laatste (ruime) uitleg, omdat het akkoord anders waarschijnlijk geen kans van slagen zou hebben gehad.[131] Aldus was het aangaan daarvan volgens de rechtbank Noord-Nederland noodzakelijk en viel door de opgenomen waarborgen redelijkerwijs aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers bij de rechtshandelingen zijn gediend. Bovendien waren die waarborgen voldoende waardoor de schuldeisers, zowel gezamenlijk als individueel, niet wezenlijk in hun belangen geschaad worden door de gevestigde zekerheden.[132]

Bij de afwijzingen door de rechtbank Den Haag in de ADO WHOA oordeelde de rechtbank in de zaak over de transferovereenkomst dat niet aan de criteria van art. 42a Fw voor toewijzing was voldaan. De rechtshandeling waarvoor machtiging werd verzocht was niet uitsluitend aangegaan om de financiering van de voortzetting van de onderneming ter voorbereiding op het akkoord te kunnen veiligstellen.[133] Bij het verzoek om machtiging voor het aangaan van een kredietovereenkomst met de gemeente Den Haag vond de rechtbank met onder meer een beroep op de Herstructureringsrichtlijn dat niet aan de criteria van art. 42a Fw was voldaan, vooral waar het de onmiddellijke noodzaak voor het krediet betrof. Daarom kon de rechtbank geen goede afweging maken tussen de belangen van ADO en de schuldeisers.[134]

In haar uitspraak van begin 2023 wees de rechtbank Den Haag het verzoek om een machtiging af omdat de desbetreffende rechtshandeling niet noodzakelijk was om tijdens de voorbereiding van het akkoord de onderneming te kunnen blijven voortzetten, een akkoord te kunnen voorbereiden, in stemming te brengen of te laten homologeren, maar voor de uitvoering van het akkoord. Dit valt buiten het toepassingsbereik van art. 42a Fw.[135]

De afwijzing ten slotte van een verzoek om een machtiging voor het aangaan van een rekening-courantovereenkomst en een koopovereenkomst werd door de rechtbank Rotterdam gemotiveerd met het argument dat van een potentieel benadelende rechtshandeling geen sprake leek te zijn. Bij de andere rechtshandeling waarvoor een machtiging werd verzocht (vestiging van een eerste pandrecht) ontbrak het de rechtbank aan voldoende concrete informatie om de door de wet verlangde belangenafweging te kunnen maken.[136]

—

[130] Rb. Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1768, r.o. 3.5.

[131] Rb. Noord-Nederland 26 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:1100, r.o. 2.8-11.

[132] Rb. Noord-Nederland 26 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:1100, r.o. 2.13.

[133] Rb. Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5316, r.o. 4.18.

[134] Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9779, r.o. 4.10-15.

[135] Rb. Den Haag 23 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1230, r.o. 3.9-10.

[136] Rb. Rotterdam 21 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12152, r.o. 3.4-6.

3.3.4 Aspectenverzoek

Er is nog maar een beperkt aantal uitspraken over aspectenverzoeken. Van de op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken gedurende de onderzoeksperiode (1 januari 2021 tot 1 juli 2023) waarbij de term '378 Fw' en/of 'aspectenverzoek' in de inhoudsindicatie is opgenomen, hebben 16 uitspraken op de een of andere manier betrekking op een aspectenverzoek.
De twee meest voorkomende aspecten waarover een rechtbank werd verzocht zich uit te laten zijn de klassenindeling (tien uitspraken) en de afwijzingsgronden (acht uitspraken). In 11 van de 16 uitspraken werd meer dan één aspectenverzoek gedaan, bijvoorbeeld zowel over de klassenindeling als over een afwijzingsgrond. In verschillende gevallen werd het verzoek bovendien gecombineerd met een of meer andere verzoeken (niet zijnde een aspectenverzoek), zoals over een afkoelingsperiode, aanstelling van een observator of een art. 379 Fw verzoek om maatwerk.[137]

Een aspectenverzoek kan helpen bij een verschil van inzicht over een of meer aspecten die van belang zijn bij het tot stand brengen van een akkoord. Ook kan een beslissing van de rechtbank duidelijkheid geven of het voorgenomen akkoord kans van slagen heeft en of het nodig is het voorbereidingstraject bij te sturen en/of het akkoord aan te passen.[138] Zo heeft de rechtbank in een van de zaken relatief kort na deponering van de startverklaring uitspraak gedaan over een aspectenverzoek dat zag op de vraag of een ongelijke behandeling van de concurrente crediteuren is toegestaan.[139] Onderdeel van het akkoord was het aantrekken van een krediet dat noodzakelijk was voor het voortzetten van de onderneming en dat deze als concurrente vordering buiten het akkoord zou worden gehouden. Het krediet zou bovendien worden gebruikt om de vorderingen van (de andere) concurrente schuldeisers na een bepaalde datum volledig te voldoen. De groep concurrente schuldeisers werd in de casus op twee manieren ongelijk behandeld. Ten eerste was het plan om de vorderingen die voor een bepaalde datum waren ontstaan te betrekken in het akkoord en de vorderingen die na deze datum waren ontstaan integraal te voldoen en dus buiten het akkoord te houden. Ten tweede zou de hiervoor genoemde vordering van de kredietverstrekker buiten het akkoord worden gehouden en op termijn volledig worden voldaan. De schuldenaar achtte deze afwijking gerechtvaardigd omdat dit noodzakelijk zou zijn voor de voortzetting van de onderneming. De rechtbank gaat daarin mee en is van oordeel dat voor deze specifieke ongelijke behandeling van concurrente crediteuren een redelijke grond bestaat en dat de belanghebbende schuldeisers in casu niet in hun belangen worden geschaad. Doorslaggevend is volgens de rechtbank dat zonder deze ongelijke behandeling de onderneming failliet zal worden verklaard, waardoor de concurrente schuldeisers geen uitkering zouden ontvangen.

Een aspectenverzoek is niet bedoeld om de hoogte van een vordering vast te stellen, noch om de geldigheid van een overeenkomst te toetsen.[140] Bij een aspectenverzoek kan de rechtbank wel een oordeel geven over de toelating van een schuldeiser of aandeelhouder tot de stemming en de hoogte van het bedrag van een vordering of het nominale bedrag van een aandeel waarvoor gestemd kan worden.[141] Dit oordeel van de rechtbank ziet echter niet op de vaststelling van de vordering of het recht als zodanig.[142]

In een andere zaak verzoekt een herstructureringsdeskundige de rechtbank een uitspraak te doen of hij met de beschreven wijze van informatiedeling op een juiste wijze invulling geeft aan zijn taak. De rechtbank stelt vast dat de vraag van de herstructureringsdeskundige over de wijze van informatievoorziening geen vraag is die valt binnen de reikwijdte van art. 378 Fw. De rechtbank ziet de vraag meer als een vraag van procedurele aard. De rechtbank laat zich dan ook

—

[137] Rb. Den Haag 9 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:20:7143.

[138] Rb. Midden-Nederland, 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329.

[139] Rb. Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1769.

[140] Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519; Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569; Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569.

[141] Art. 378 lid 4 Fw.

[142] Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519; Rb. Gelderland 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5945; Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569.

niet uit over op welke wijze en/of welke informatie de herstructureringsdeskundige met belanghebbenden dient te delen.[143]

Ook wordt in het kader van een aspectenverzoek verzocht of in het akkoord kan worden bepaald dat de herstructureringsdeskundige voor de verrichting van zijn werkzaamheden, met inachtneming van het daarover in het akkoord bepaalde, door de homologatie van het akkoord van aansprakelijkheid kan worden ontheven ter zake enige aanspraak of vordering van bij het akkoord betrokken partijen, behoudens indien en voor zover de herstructureringsdeskundige zijn taak niet in overeenstemming met de wet zou hebben verricht en hem ter zake onder omstandigheden een ernstig verwijt treft, dan wel dat in het akkoord kan worden bepaald dat een betrokken partij hem ter zake dergelijke aanspraken dient te vrijwaren, een en ander op voorwaarden zoals in het akkoord voorzien. De rechtbank merkt op dat bij wet is geregeld dat de herstructureringsdeskundige niet aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van de poging om een akkoord tot stand te brengen, tenzij hem een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden (artikel 371 lid 11 Fw). De rechtbank is dan ook van oordeel dat in het akkoord geen plaats is om de herstructureringsdeskundige op voorhand van een verdergaande dan de wettelijke aansprakelijkheid te ontheffen dan wel voor een vrijwaring in dat verband.[144]

In verschillende uitspraken overwoog de rechtbank dat een voorzienbaar geschil over een bepaald aspect een voorwaarde is voor een aspectenverzoek.[145] Een verzoeker zou derhalve alleen daadwerkelijk gerezen geschillen aan de rechtbank kunnen voorleggen of geschillen die op basis van door verzoekster te stellen omstandigheden redelijkerwijs zijn te voorzien. Voor de vraag of sprake is van een voorzienbaar geschil, is de klachtplicht relevant. De klachtplicht is vastgelegd in art. 383 lid 9 Fw. Aldaar is bepaald: ‘Een schuldeiser, aandeelhouder of wederpartij als bedoeld in het vorige lid kan geen beroep doen op een afwijzingsgrond, als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het mogelijke bestaan van die afwijzingsgrond heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, terzake heeft geprotesteerd.’ Aldus geldt volgens de rechtbank Midden-Nederland dat ingeval een verzoekster aan haar schuldeisers kenbaar heeft gemaakt hoe zij het akkoord wil inrichten en de betrokken schuldeisers vervolgens niet binnen bekwame tijd over aspecten van het akkoord klagen, geen geschil ontstaat en heeft verzoekster derhalve over het algemeen ook geen belang heeft bij een aspectenverzoek met betrekking tot weigeringsgronden die op verzoek van schuldeisers kunnen worden aangebracht.[146] Volgens de rechtbank Midden-Nederland kan evenwel de rechtbank ook zonder dat sprake is van een (voorzienbaar) geschil wel voorshands een oordeel geven over de mogelijke toepassing van ambtshalve weigeringsgronden. Hierbij geldt echter het voorbehoud dat de ingrijpendheid waarmee de rechtbank de ambtshalve weigeringsgronden toetst, mede afhankelijk is van de mate waarin het akkoord door de stemming wordt gelegitimeerd.[147] Door enerzijds de regeling van het aspectenverzoek en anderzijds de plicht om tijdig te klagen, is het mogelijk dat al gedurende het traject van aanbieding van een akkoord in hoge mate duidelijkheid kan worden verkregen over de slagingskansen daarvan.[148]

Naast een voorzienbaar geschil is van belang dat als een aspectenverzoek te algemeen is geformuleerd en daarom niet tot een geschil kan worden herleid, het verzoek niet zal worden beantwoord.[149] Zo overwoog de rechtbank Gelderland dat de vraag of verzoekster verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, als bedoeld in art. 370 lid 1 Fw, als algemene vraag – zonder dat sprake is

—

[143] Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519.

[144] Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519.

[145] Zie onder meer Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329; Rb. Limburg 21 juni 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:4990; Rb. Gelderland 19 oktober 2022 ECLI:NL:RBGEL:2022:5945; Rb. Rotterdam 9 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12156; Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569.

[146] Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329.

[147] Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329.

[148] Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329.

[149] Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329.

van een voorzienbaar punt van geschil – daarom geen beoordeling behoeft.[150] Hetzelfde geldt als op basis van de in het verzoekschrift gegeven stellingen niet kan worden vastgesteld of een bepaalde invulling van het akkoord juist is, of als onvoldoende duidelijk is gemaakt ten aanzien van welk specifiek aspect een geschil is gerezen of voorzienbaar zal rijzen.[151] Ook kan een rechtbank zich (nog) niet (voldoende overtuigend) in staat achten om te beslissen.[152] Voorts kan beantwoording achterwege blijven als verzoeker onvoldoende heeft gesteld dat een bepaald aspect van belang is bij de totstandkoming van een akkoord. Afwijzing van een verzoek kan ook aan de orde zijn door het ontbreken van een toereikende grondslag of een gebrek aan belang.[153] Zo kan een aspectenverzoek door de rechtbank worden afgewezen bij gebrek aan belang indien de schuldenaar niet (langer) in de WHOA-toestand verkeert.[154] In een andere zaak overwoog de rechtbank Amsterdam over een aspectenverzoek dat voor zover er al iets uitvoerbaar bij voorraad te verklaren is, de rechtbank dit verzoek niettemin afwijst aangezien het van belang ontbloot is nu hoger beroep tegen de beschikking niet mogelijk is en de beschikking derhalve direct uitvoerbaar is.[155]

Zijn ten tijde van een aspectenverzoek de voorbereidingen voor en onderhandelingen over het akkoord nog in volle gang, dan kan het gevolg zijn dat de rechtbank slechts in abstracte zin en niet in concrete zin kan oordelen over bepaalde aspecten.[156] Baseert een rechtbank de uitspraak op een conceptakkoord dat nog kan wijzigen of informatie die nog niet definitief is, dan houdt het oordeel van de rechtbank soms een voorbehoud in. Bijvoorbeeld dat in het kader van de beslissing op het aspectenverzoek er geen grond is om aan te nemen dat een waardering onjuist is[157] of dat de rechtbank bepaalde door de schuldenaar genoemde omstandigheden als uitgangspunt neemt voor haar oordeel.[158] In een zaak waarbij nog geen zicht was op de contouren van een akkoord, de schuldenpositie niet inzichtelijk was en onduidelijk was wat de zekerhedenpositie van de financier is, wees de rechtbank Rotterdam een aspectenverzoek af, omdat het verzoek prematuur was.[159] In een vergelijkbaar geval wees de rechtbank Midden-Nederland het aspectenverzoek af, omdat nog geen conceptakkoord beschikbaar was en de schuldenaar niet duidelijk had gemaakt hoe zij aan de informatieverplichting van art. 375 lid 2 onder c Fw zou voldoen ten aanzien van een vordering die zij buiten het akkoord wilde laten.[160]

3.3.5 Homologatie

3.3.5.1 Inleiding

Het sluitstuk van de WHOA en het belangrijkste instrument om het doel van de versterking van het reorganiserend vermogen te bereiken, is de homologatie van een akkoord, waardoor het akkoord ook voor schuldeisers of aandeelhouders die niet hebben ingestemd bindend wordt. Van de 148 op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken gedurende de onderzoeksperiode (1 januari 2021 tot 1 juli 2023) waarbij de term ‘WHOA’ en ‘homologatie’ in het zoekgebied ‘alle velden’ waren opgenomen, leidt een verdere beperking met de trefwoorden ‘homologatie’ en ‘384’ in de inhoudsindicatie en aansluitend een handmatige eliminatie van uitspraken die desondanks niet inhoudelijk over de ‘homologatie’ gingen, tot 37 uitspraken die op de een of andere manier betrekking hebben op de homologatieverzoeken. Dat is een bescheiden aantal te

—

[150] Rb. Gelderland 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5945.

[151] Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329; Rb. Gelderland 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5945.

[152] Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329; Rb Rotterdam 15 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11016; Rb. Amsterdam 2 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6521.

[153] Rb. Den Haag 9 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7143.

[154] Rb. Amsterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8286.

[155] Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519.

[156] Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519; Rb. Amsterdam 2 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6521.

[157] Rb. Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1769.

[158] Rb. Den Haag 23 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8121.

[159] Rb. Rotterdam 6 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12081.

[160] Rb. Midden-Nederland 10 maart 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1075.

noemen in vergelijking met het aantal van 6265 uitgesproken faillissementen over diezelfde periode.[161]

In het overgrote deel van de gevallen waarin het kwam tot een beslissing op een verzoek tot homologatie is de homologatie inderdaad verleend. Dit geschiedde in 27 van de 37 gevallen. In twee gevallen werd de verzoeker wegens gebrek aan belang niet-ontvankelijk verklaard omdat alle schuldeisers hadden ingestemd. In die gevallen kwam dus wel een – volledig consensueel – akkoord tot stand. Eenmaal werd de verzoeker niet-ontvankelijk verklaard omdat geen enkele klasse van '*in the money*' schuldeisers had ingestemd met het akkoord.

In de zeven gevallen waarin het verzoek op materiële gronden werd afgewezen, betrof het steeds een grond in het tweede lid van art. 384 Fw, vooral gericht op de zuiverheid de besluitvorming; slechts in één geval was ook de toepassing van het vierde lid, over de eerlijke verdeling van de waarde aan de orde. Een verklaring voor de geringe rol van dit vierde lid is dat de daarin opgenomen criteria niet als zodanig ter toetsing komen als een klasse instemt met het akkoord;[162] en zelfs als een klasse tegenstemt, vergt een beroep op de criteria dat een bepaalde schuldeiser zich tegen homologatie verzet door het indienen van een verzoek tot weigering van de homologatie, met de daaraan verbonden kosten.[163] Zo'n verzoek werd in dertien van de 37 gevallen ingediend. In geen enkel geval werd de homologatie geweigerd op grond van het derde lid van art. 384 Fw, dat moet waarborgen dat een schuldeiser onder het akkoord niet slechter af is dan in een faillissement ('*no creditor worse off*'). Ook voor deze grond geldt dat een verzoek tot weigering van de homologatie moet worden ingediend. Specifieke opmerkingen over bepaalde homologatiecriteria komen hieronder naar voren per afwijzingsgrond.

3.3.5.2 De algemene toetsingscriteria van art. 384 lid 2 Fw

De rechter dient steeds te toetsen of aan de criteria van art. 384 lid 2 Fw is voldaan. Daarin verschilt deze bepaling, zoals gezegd van de criteria van het derde en vierde lid. Omdat de criteria uit het tweede lid mede ertoe strekken te verzekeren dat het besluitvormingsproces zuiver verloopt, zal de rechter soms toch naar de andere criteria kijken, omdat alleen consequenties aan gebrekkige informatie worden verbonden als het gevolgen heeft voor de stemming of het akkoord. Zo werd in een geval waarin de MKB-schuldeisers hadden ingestemd met een uitkering van minder dan twintig procent een akkoord toch niet gehomologeerd omdat bij de informatieverstrekking onvoldoende duidelijk was gemaakt wat de zwaarwegende grond was om minder dan twintig procent aan te bieden.[164] In dit laatstbedoelde geval was het dus uiteindelijk een gebrek in de informatievoorziening waarop de homologatie afstuitte. Het probleem zat niet alleen in de zwaarwegende grond om van de twintigprocentsregel af te wijken, maar tevens in de informatie over de oorzaken van de financiële problemen en de liquidatie- en de reorganisatiewaarde.

Gebrekkige of foutieve informatievoorziening is het vaakst aan de orde als weigeringsgrond. Het speelde zelfs een rol in alle gevallen waarin de homologatie op materiële gronden werd

—

[161] Zie cbs.nl, CBS Statline, 'Faillissementen; kerncijfers', over 'uitgesproken faillissementen' in de periode 1 januari 2021 tot 1 juli 2023. Het aantal van 6265 faillietverklaring betreft het totaal van alle rechtsvormen. Als de categorie 'Natuurlijk persoon zonder eenmanszaak' erbuiten wordt gehouden bedraagt het aantal faillissementen in de onderzoeksperiode nog altijd 5489.

[162] In Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8851, *JOR* 2022/20 werd om die reden voorbijgegaan aan een beroep van een schuldeiser op het vierde lid van art. 384 Fw.

[163] In Rb. Den Haag 8 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060, *JOR* 2022/158 werd juist vanwege de kosten afgezien van een verzoek tot afwijzing van de homologatie. Vgl. Rb. Midden Nederland 29 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4701, waarin 'uitdrukkelijk' werd afgezien van het indienen van zo'n verzoek en daarom aan een toetsing aan het vierde – en overigens ook het derde lid – niet werd toegekomen, ook al werd het akkoord in de desbetreffende klasse verworpen.

[164] Rb. Oost-Brabant 27 augustus 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4818, *JOR* 2022/16, onder verwijzing naar art. 375 lid 2 onder f Fw.

geweigerd.[165] Viermaal stuitte de homologatie mede erop af dat de nakoming van het akkoord niet voldoende was gewaarborgd.[166] Tweemaal was ten minste een van de weigeringsgronden dat de schuldeisers te weinig tijd werd gegund voor de stemming.[167] Tweemaal was ook de klassenindeling een grond voor afwijzing.[168]

3.3.5.3 *No creditor worse off* (art. 384 lid 3 Fw)

De '*no creditor worse off*'-regel levert weinig problemen op. In de jurisprudentie wordt de regel sporadisch ingeroepen, maar zij leidde nooit tot een weigering van de homologatie. De contouren van de regel worden duidelijk. Zo betekent de omstandigheid dat een schuldeiser in een faillissement zijn (gesecureerde) vordering volledig voldaan zal krijgen, niet per se dat hij slechter af is onder een akkoord dat niet in een onmiddellijke betaling voorziet, maar waaronder additionele zekerheden worden verstrekt en een hogere rente en fee betaald.[169] Van belang is voorts dat bij de toepassing van de regel slechts wordt gekeken naar hetgeen in een faillissement uit het vermogen van de schuldenaar wordt ontvangen en aanspraken van een specifieke schuldeiser op derden buiten beschouwing worden gelaten.[170] Tot slot worden eventuele aanspraken ter zake van bestuurdersaansprakelijkheid in de vergelijking betrokken.[171]

3.3.5.4 Eerlijke verdeling (art. 384 lid 4 Fw)

Het vierde lid van art. 384 Fw ziet op de eerlijke verdeling van de door het akkoord gerealiseerde waarde. Dit heeft vier elementen – opgenomen onder a tot en met d – waarvan de laatste twee met elkaar samenhangen: de MKB-schuldeisers moeten ten minste twintig procent van de waarde van hun vordering ontvangen (a), bij de verdeling van de waarde moet de reguliere rangorde zoals die volgt uit het burgerlijk recht worden gevolgd (b) en de schuldeisers moeten kunnen kiezen voor een uitkering in contanten van ten minste een bedrag ter hoogte van de te verwachten uitkering in een faillissement (c), behalve de bedrijfsmatige financiers met een pand- of hypotheekrecht, aan wie slechts een keuze moet worden gelaten voor iets anders dan een uitkering in aandelen of certificaten van aandelen (d).

—

[165] Zie naast het zojuist genoemde vonnis Rb. Den Haag 2 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1798, Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9782; Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8857; Rb. Midden-Nederland 10 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5531, *JOR* 2022/21; Rb. Den Haag 8 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060, *JOR* 2022/158 en Rb. Rotterdam 13 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3091.

[166] Rb. Oost-Brabant 27 augustus 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4818, *JOR* 2022/16; Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8857; Rb. Midden-Nederland 10 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5531, *JOR* 2022/21 en Rb. Rotterdam 13 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3091. De intensiteit van deze toetsing pleegt wel te worden afgestemd op de mate van instemming van de schuldeisers. Vgl. in dit verband de laatstgenoemde uitspraak met Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, NJ 2023/184. Zie ook K.H. van Boekel en M.S. Breeman, 'Kroniek WHOA: 2,5 jaar WHOA-uitspraken', *TvI* 2023/37, p. 337-338.

[167] Rb. Oost-Brabant 27 augustus 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4818, *JOR* 2022/16; Rb. Den Haag 8 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060, *JOR* 2022/158.

[168] In Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9782 werd een klasse van aandeelhouders die door het akkoord niet werden geraakt ten onrechte als een stemgerechtigde klasse opgenomen. In Rb. Midden-Nederland 10 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5531, *JOR* 2022/21 was een schuldeiser wier positie te zeer verschilde van de overige concurrente schuldeiser ten onrechte opgenomen in een klasse van 'gewone' concurrente schuldeisers en ontbrak een separate klasse voor MKB-schuldeisers. In Rb. Oost-Brabant 22 november 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:5331 werd overwogen dat een verkeerde indeling van een bepaalde schuldeiser niet had geleid tot een andere uitkomst.

[169] Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *NJ* 2023/184.

[170] Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8851, *JOR* 2022/20.

[171] Rb. Amsterdam 28 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:886, *JOR* 2022/189.

De twintigprocentsregel (art. 384 lid 4 sub a Fw)

De twintigprocentsregel leidde eenmaal tot een weigering van de homologatie van het akkoord.[172] Er was geen separate klasse gemaakt voor MKB-crediteuren en zij zouden volgens het akkoord net als alle concurrente handelscrediteuren een percentage van veertien procent ontvangen. Het enkele feit dat er onvoldoende geld was om twintig procent aan te bieden, werd niet als een zwaarwegende grond gezien, omdat niet inzichtelijk werd gemaakt waarom een andere verdeling van de waarde over de verschillende klassen niet mogelijk was.

In twee andere zaken speelde de twintigprocentsregel een indirecte rol. In een door de rechtbank Midden-Nederland berecht geval was geen separate klasse van MKB-schuldeisers gemaakt terwijl zij (met alle andere concurrente schuldeisers) minder dan twintig procent kregen aangeboden.[173] Zo'n separate klasse is in die omstandigheden verplicht voorgeschreven in art. 374 lid 2 Fw. De homologatie werd geweigerd omdat de klassenindeling niet aan die eis voldeed.[174] De rechtbank Oost-Brabant besliste over een geval waarin wél een afzonderlijke klasse van MKB-schuldeisers was gemaakt en die klasse bovendien had ingestemd met uitkering van minder dan twintig procent.[175] De homologatie stuitte af op art. 384 lid 2 sub f Fw omdat geen afdoende verklaring werd gegeven waarom deze groep minder dan twintig procent kreeg uitgekeerd. In geen deze beide gevallen was dus de twintigprocentsregel van 384 lid 4 sub a Fw aan de orde, maar de wel toegepaste weigeringsgronden strekken ertoe de juiste toepassing van die regel te verzekeren.

Over het algemeen wordt – althans in de gevallen waarin het tot een homologatiezitting komt – de twintigprocentsregel gevolgd. Er pleegt een uitkering van twintig procent te worden toebedeeld aan de MKB-schuldeisers.[176] De daarvoor benodigde middelen worden weggehaald bij de bevoorrechte schuldeisers – met name de belastingdienst – of de andere concurrente schuldeisers.[177]

Absolute priority rule (art. 384 lid 4 sub b Fw)

Een aspect van de eerlijke verdeling uit het vierde lid is dat bij de verdeling van de waarde in het akkoord in beginsel de rangorde moet worden gevolgd zoals die voortvloeit uit de normale regels uit het burgerlijk recht. Men spreekt van de *absolute priority rule*. Een klasse kan instemmen met een andere verdeling en de rechter kan ook zonder zo'n instemming een akkoord dat van deze regel afwijkt homologeren als er een redelijke grond is voor de afwijking en de getroffen schuldeisers of aandeelhouders er niet door in hun belang worden geschaad.

In de hiervoor behandelde zaak waarin de twintigprocentsregel geschonden werd geacht, werd de afwijzing van het verzoek tot homologatie mede gegrond op schending van deze *absolute priority rule*.[178] Volgens het akkoord zou de in de toekomst te realiseren waardeopbouw na de voortzetting van de activiteiten in gewijzigde vorm volledig ten goede komen aan de

—

[172] Rb. Limburg 22 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8857, *JOR* 2022/130. Er waren overigens ook andere afwijzingsgronden aanwezig.

[173] Rb. Midden-Nederland 10 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5531, *JOR* 2022/21.

[174] Het is de afwijzingsgrond van art. 384 lid 2 sub c Fw.

[175] Rb. Oost-Brabant 27 augustus 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4818, *JOR* 2022/16.

[176] In Rb. Noord-Holland 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1398 werd zestien procent uitgekeerd aan de concurrente schuldeisers, zonder dat een separate klasse voor MKB-schuldeisers werd gemaakt. In het vonnis wordt op geen enkele wijze gewag gemaakt van MKB-schuldeisers. Het lijkt erop dat er geen MKB-schuldeisers waren – wat gezien het aantal schuldeisers onwaarschijnlijk voorkomt – of dat de kwestie simpelweg over het hoofd is gezien.

[177] In één geval ontving een separatist, te weten een schuldeiser met een eigendomsvoorbehoud minder dan honderd procent terwijl de MKB-schudeisers twintig procent ontvingen, maar niets wijst erop dat op het eigendomsvoorbehoud minder dan de waarde van de desbetreffende zaak is uitgekeerd; zie Rb. Midden-Nederland 12 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3472.

[178] Rb. Limburg 22 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8857, *JOR* 2022/130. Er waren overigens ook andere afwijzingsgronden aanwezig.

aandeelhouders, die onder het akkoord hun aandelen zouden behouden, terwijl de schuldeisers in de normale rangorde boven de aandeelhouders staan.

De *absolute priority rule* staat niet vaak aan homologatie in de weg. In één zaak werd er een beroep op gedaan in kader van een akkoord dat een '*debt for equity swap*' behelsde.[179] De discussie lijkt zich te hebben toegespitst op de uitgiftekoers van de aandelen die in het kader van een '*debt for equity swap*' werden uitgegeven. Het akkoord werd uiteindelijk gehomologeerd. De principiële vraag of een aandeelhouder überhaupt een belang kan behouden als de rechten van de schuldeisers worden aangetast,[180] lijkt niet aan de orde te zijn gesteld. In een ander geval was de inzet van het beroep op de *absolute priority rule* of de desbetreffende schuldeiser die volgens de normale rangorde volledig zou moeten worden voldaan niet te weinig ontving onder het akkoord.[181] Zij ontving weliswaar een schuldinstrument voor het volledige bedrag van haar vordering maar de vraag was of de te ontvangen rente wel marktconform was. Die vraag beantwoordde de rechtbank bevestigend.

Een terugkerende kwestie – ook buiten het kader van de homologatie – is die van de lopende verplichtingen. De WHOA veronderstelt dat de schuldenaar in staat is de lopende verplichtingen te blijven voldoen.[182] Dit impliceert dat hij ze ook kan blijven voldoen. In het kader van de homologatie had de rechtbank Amsterdam te oordelen over een geval dat een schuldenaar een onmiddellijk *cash*-probleem had waarna een schuldeiser lopende verplichtingen had voorgeschoten. Die schuldeiser werd op een later moment – naar het zich laat aanzien buiten het akkoord om – volledig voldaan. Hierin werd geen schending van de *absolute priority rule* gezien. "Voor zover in de gegeven omstandigheden sprake is van ongelijke behandeling van schuldeisers", zo oordeelde de rechtbank, bestaat voor deze afwijking van de *absolute priority rule* een redelijke grond.[183]

Wat onder 'lopende verplichtingen' moet worden verstaan, is niet geheel duidelijk. Het kwam het meest uitgebreid aan de orde in een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 7 februari 2023.[184] Na enige onduidelijkheid bij de rechtbank over de oorspronkelijke toelichting bij het akkoord werd daaronder verstaan: alle lopende operationele kosten die moeten worden gemaakt voor de voortzetting van de onderneming en die daarmee noodzakelijk zijn voor het realiseren van de reorganisatiewaarde, dus niet rentelasten, aflossingen en investeringen.[185] Het kwam in dit geval niet tot een weigering van de homologatie omdat de verschafte informatie voldoende werd geacht.

In een aantal andere gevallen waarin de homologatie wel werd geweigerd op grond van een gebrekkige informatievoorziening speelde onduidelijkheid over de reden waarom een bepaalde groep van schuldeisers of aandeelhouders buiten het akkoord werd gehouden een rol.[186]

Van de *absolute priority rule* wordt veelvuldig afgeweken. Dat geschiedt doorgaans met instemming van de klasse die minder ontvangt dan zij volgens de rangorde zou ontvangen.

—

[179] Rb. Amsterdam 28 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:886, *JOR* 2022/189.

[180] De kwestie werd aan de orde gesteld in de expertmeeting. Zie paragraaf 4.3.7.3.

[181] Rb. Amsterdam 3 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6522, *JOR* 2021/103.

[182] Rb. Midden-Nederland 14 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2294, *JOR* 2021/249; Rb. Midden-Nederland 8 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1357, *JOR* 2022/261: als de lopende verplichtingen niet kunnen worden voldaan, is er geen sprake van 'de WHOA-toestand' van art. 370 lid 1 Fw.

[183] Rb. Amsterdam 28 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:886, *JOR* 2022/189.

[184] Rb. Den Haag 7 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1272, *JOR* 2023/164. Het betrof overigens niet een toepassing van het onderwerpelijke criterium van art. 384 lid 4 sub b Fw, maar de informatieverplichting bij het aanbieden van het akkoord (art. 384 lid 2 onder c Fw).

[185] In Rb. Amsterdam 28 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:886, *JOR* 2022/189 is sprake van een 'cash-out' maar die vormde geen punt van geschil bij de homologatie. Zie over de rente Rb. Rotterdam 6 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12081 en Rb. Den Haag 7 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1272.

[186] Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9782; Rb. Midden-Nederland 10 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5531, *JOR* 2022/21; Rb. Den Haag 8 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060, *JOR* 2022/158

Doorgaans betreft het de belastingdienst, die volgens de eigen beleidsregels thans genoegen pleegt te nemen met minder dan honderd procent van zijn vordering. Ook de twintigprocentsregel veroorzaakt een afwijking van de rangorde. Met het oog daarop doen preferente en andere concurrente schuldeisers, zoals hiervoor aan de orde kwam, een stap terug.[187] Ook komt het voor dat gelieerde schuldeisers genoegen nemen met minder. Tot slot houden aandeelhouders soms hun aandelenbelang, hoewel niet alle schuldeisers volledig zijn voldaan. Dat gebeurde ook in een aantal gevallen waarin een klasse niet instemde, maar omdat geen schuldeiser een verzoek tot afwijzing van de homologatie indiende kwam de *absolute priority rule* niet tot toepassing.[188] Niettemin is de regel ook – of zelfs: vooral – met betrekking tot de positie van de aandeelhouders serieus te nemen en vergt de afwijking ervan een voldoende onderbouwde redelijke grond.[189]

Cash-out en uitkering 'in andere vorm' (art. 384 lid 4 sub c en d Fw)

Een laatste aspect van de eerlijke verdeling is dat de regel dat, kort gezegd, bedrijfsmatige gesecureerde schuldeisers (ook) iets anders aangeboden moeten krijgen dan aandelen of certificaten daarvan (art. 384 lid 4 sub d Fw) en dat de overige schuldeisers moeten kunnen kiezen voor een uitkering in cash van het bedrag dat zij in een faillissement zouden ontvangen (art. 384 lid 4 sub c Fw) in de jurisprudentie niet aan de orde is geweest. Dit is echter wel in de literatuur het geval en daarin verschillen de opvattingen. Enerzijds wordt de opvatting verdedigd dat elke schuldeiser, dus ook de bedrijfsmatige gesecureerde schuldeiser, de mogelijkheid moet hebben te kiezen voor de liquidatiewaarde,[190] anderzijds wordt de verplichting 'cash' aan te bieden gezien als een belemmering voor een reorganisatie, omdat het de verplichting schept onmiddellijke liquiditeit voorhanden te hebben.[191]

3.3.6 Opzegging overeenkomst

In het kader van de homologatie moet de rechtbank zich in voorkomend geval ook buigen over de vraag of zij toestemming kan verlenen voor de opzegging van een overeenkomst waarvan het door de schuldenaar of herstructureringsdeskundige wijzigings- of beëindigingsvoorstel door de wederpartij is afgewezen (art. 383 lid 7 en 384 lid 5 jo. 373 Fw). Een dergelijke situatie heeft zich tijdens de onderzoeksperiode weinig voorgedaan: op rechtspraak.nl zijn slechts negen gepubliceerde uitspraken gedurende de onderzoeksperiode (1 januari 2021 tot 1 juli 2023) te vinden waarbij de zoektermen 'WHOA' en '373' in het zoekgebied 'alle velden' waren opgenomen. Vervolgens leidt een handmatige selectie tot slechts zeven uitspraken die op de een of andere manier betrekking hebben op de mogelijkheid om via de WHOA een overeenkomst op te zeggen. Deze uitspraken zijn in drie categorieën onder te verdelen.

Allereerst heeft de rechtbank in een tweetal uitspraken geen afwijzingsgronden voor de homologatie aanwezig geacht waardoor de schuldenaar dus ook voldeed aan het WHOA-criterium van een 'dreigende insolventie' (art. 370 lid 1 Fw). In beide gevallen ging het om huurovereenkomsten waarvan de schuldenaar verlost wenste te worden en verleende de rechtbank daaraan zonder veel omhaal van woorden haar toestemming.[192]

—

[187] In Rb. Midden-Nederland 18 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:135 deden de 'gewone' concurrente schuldeisers niet vrijwillig een stap terug, maar werd het toch gehomologeerd en dus aan de laatstbedoelde klasse opgelegd.
[188] Rb. Den Haag 26 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11713; Rb. Zeeland-West-Brabant 1 augustus 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:5619; Rb. Midden-Nederland 18 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:135.
[189] Rb. Rotterdam 9 juni 2023, ECLI:NL:RBROT:2022:12156 (aspectenverzoek)
[190] N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 286-289.
[191] R.J. van Galen, 'Het Wetsontwerp Homologatie Onderhands Akkoord', *Ondernemingsrecht*,2020/39, p. 205-206, dezelfde, 'Het Wetsontwerp Homologatie Onderhands Akkoord (vervolg op Ondernemingsrecht 2020/39), *Ondernemingsrecht* 2020/129, p. 738-739 en F.M.J. Verstijlen, 'Whoa: omkering van waarden', *NJB* 2020/1718, p. 1949-1950.
[192] Rb. Noord-Holland 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1398 (Jurlights), r.o. 3.12 en Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8851, r.o. 3.4.

In een tweede categorie met drie uitspraken was de rechtbank in het geheel niet toegekomen aan de behandeling van het verzoek omdat zij al had besloten tot afwijzing van het homologatieverzoek.[193]

De laatste categorie behelst weer een tweetal WHOA-trajecten – de zogenoemde 'sportscholen'-zaak en de IHC-zaak[194] – die beide veel stof hebben doen opwaaien, juist omdat de rechtbank[195] de toetsing van in het akkoord voorgestelde wijzigingen van een overeenkomst aan de toepassing van art. 373 Fw onttrok maar onderbracht in het algemene WHOA-criterium van art. 370 lid 1 Fw.

De ene uitspraak was in een aspectenverzoek dat de herstructureringsdeskundige aan de rechtbank had voorgelegd in de 'sportscholen'-zaak.[196] Hij stelde voor dat de bepalingen van een kredietovereenkomst met betrekking tot de *maturity date*, rentebetalingsverplichtingen en/of convenanten in het akkoord zouden moeten kunnen worden gewijzigd, hetgeen later ook is gebeurd[197], en niet via de route van art. 373 Fw. Omdat de wederpartij niet instemde zou dit immers tot een beëindiging van de kredietovereenkomst leiden en dat was nu juist niet wat de schuldenaar en hij beoogden.

In de andere uitspraak in de IHC-WHOA kwam de rechtbank evenmin aan een toepassing van art. 373 Fw toe. Om dezelfde reden als – en overigens ook met verwijzing naar – de eerdere uitspraak van de rechtbank Amsterdam overwoog de rechtbank dat de wijziging van een overeenkomst via art. 370 lid 1 Fw als onderdeel van het akkoord kan worden bewerkstelligd. Hiervoor is niet nodig dat de weg van art. 373 Fw wordt gevolgd, want dit zou de verplichting om toekomstige financiering te verstrekken in praktische zin overbodig maken.[198]

3.3.7 Waarderingsvraagstuk

In de jurisprudentie is ook specifiek gezocht naar mogelijke afwijzingsgronden c.q. knelpunten rondom het waarderingsvraagstuk binnen de WHOA, evenals naar succesfactoren in dit kader. Op rechtspraak.nl is daartoe gezocht met de zoektermen 'waardering' en 'waarde'. Na inhoudelijke beoordeling leverde dit respectievelijk 23 en 38 bruikbare resultaten/uitspraken op waarin deze begrippen naar voren kwamen (soms als onderdeel van het woord 'reorganisatiewaarde' en of 'liquidatiewaarde').[199] Bij het lezen van de uitspraken zijn de uitspraken weggelaten waarin geen wezenlijke inhoudelijke informatie was te vinden over het waarderingsvraagstuk zelf. Daarnaast bevatten sommige uitspraken verschillende zoektermen. Om deze redenen telt het totaal van het aantal gebruikte uitspraken (61) niet op naar het totaal van gevonden uitspraken.

Op basis van het jurisprudentieonderzoek blijken de knelpunten bij de waardering vooral te zien op factoren als het niet aanleveren van een waardering als onderdeel van het akkoord[200] en gebrek aan onafhankelijkheid van de opsteller van de waardering.[201] Ook bleek het onvoldoende

—

[193] Rb. Midden-Nederland 10 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5531; Rb. Limburg 22 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8851; Rb. Den Haag 8 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060.

[194] Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519 en Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800.

[195] In beide zaken in grotendeels dezelfde samenstelling.

[196] Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519, r.o. 10.13-15.

[197] Rb. Amsterdam 3 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6522.

[198] Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, r.o. 4.6-9.

[199] Naast de hieronder specifiek genoemde uitspraken gaat het om de volgende uitspraken: Rb. Rotterdam 5 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12086; Rb. Rotterdam 14 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12084; Rb. Midden-Nederland 29 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3078; Rb. Midden-Nederland 10 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5531; Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9779; Rb. Midden-Nederland 18 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:135;Rb. Midden-Nederland 12 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1773; Rb. 7 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1272; Rb. Den Haag 26 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11713.

[200] Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9782.

[201] Rb. Rotterdam 13 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3091.

onderbouwen van de prognoses (die de input vormen voor de waardering) een afwijzingsgrond te zijn,[202] bijvoorbeeld omdat als gevolg daarvan niet (volledig) op de cijfers kon worden vertrouwd en de waardering onvoldoende grondslag vond in objectieve gegevens.[203] Verder kon uit een (‘*turnaround*’) plan dat tevens ten grondslag aan de waardering lag onvoldoende worden opgemaakt hoe de onderneming de problemen zou gaan aanpakken om de prognoses te kunnen waarmaken.[204] Ook vormde niet of onvoldoende onderbouwde aannames dan wel verkeerde aannames als input voor de waardering knelpunten in WHOA-trajecten,[205] evenals onvoldoende onderbouwing van stellingen en gemaakte keuzes ten aanzien van de gebruikte methode(n) van waarderen.[206]

Andersom lijkt het inschakelen van een onafhankelijke partij zoals een waarderingsdeskundige of taxateur om inzicht te bieden in de reorganisatie- en liquidatiewaardes bij te dragen aan het oordeel dat is voldaan aan de informatieverplichting.[207] Meer in het algemeen vormt het bieden van voldoende informatie over de aannames die ten grondslag liggen aan de waardering, de gebruikte waarderingsmethodes, de oorzaken van de problemen en een (‘*turnaround*’) plan inclusief (onderbouwde) prognoses een succesfactor.[208]

3.3.8 Misbruik

Omdat de WHOA tot aan de homologatie weinig mogelijkheden biedt aan schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door een akkoord worden gewijzigd om door de rechter gehoord te worden, bijvoorbeeld door een afkoelingsperiode of bij een aspectenverzoek,[209] is in dit onderzoek ook gekeken of en in hoeverre van misbruik door de schuldenaar ten opzichte van die partijen sprake is geweest.[210] De gevallen waarin de rechtbank in haar overwegingen dit fenomeen heeft genoemd zijn gevonden door in de database van rechtspraak.nl voor de referentieperiode (uitspraken en publicatie in de periode 1 januari 2021 tot 1 juli 2023) te zoeken op de trefwoorden ‘WHOA’ en ‘misbruik’ in het zoekgebied ‘alle velden’. Dit levert zeven uitspraken op.[211]

De rechtbank Amsterdam besteedt aandacht aan mogelijk misbruik in vier uitspraken, waarvan drie in opeenvolgende stadia van de zogenoemde ‘sportscholen-zaak’.[212] Hier was echter niet zozeer sprake van eventueel misbruik door de schuldenaar, maar van een van de andere partijen die stemrecht binnen de WHOA naar zich toe wilde laten overgaan om zo (verschillende) stemklassen te bezitten. Zo zou die partij een beslissende invloed op het proces kunnen

—

[202] Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9782.
[203] Rb. Rotterdam 13 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3091.
[204] Rb. Gelderland 21 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:363. Zie ook Rb. Rotterdam 13 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3091.
[205] Rb. Den Haag 8 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060.
[206] Rb. Oost-Brabant 27 augustus 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4818, *JOR* 2022/16; Rb. Limburg 22 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8857; Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9782.
[207] Rb. Amsterdam 3 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6522; Rb. Amsterdam 28 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:886; Rb. Noord-Nederland 14 april 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:1205; Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800; Rb. Amsterdam 23 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1681.
[208] Rb. Den Haag 10 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1023; Rb. Den Haag 25 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1450; Rb. Amsterdam 28 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:886; Rb. Rotterdam 15 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11016; Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800.
[209] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 52, 57-58.
[210] Zie MvT, *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 6, p. 7-9. Zie paragraaf 1.2.
[211] Rb. Amsterdam 26 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2815; Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL"RBAMS:2021:6519; Rb. Amsterdam 2 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6521; Rb. Amsterdam 3 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6522; Rb. Den Haag 7 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11921; Rb. Noord-Nederland 15 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5106; Rb. Den Haag 16 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13888.
[212] Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL"RBAMS:2021:6519; Rb. Amsterdam 2 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6521; Rb. Amsterdam 3 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6522.

verkrijgen om de akkoordprocedure naar de hand te zetten om het eigen belang boven dat van de andere crediteuren en aandeelhouders te (kunnen) stellen.[213]
In de vierde Amsterdamse uitspraak werd de schuldenaar verweten misbruik te maken van de WHOA, meer in het bijzonder door een verzoek om een afkoelingsperiode, hetgeen de rechtbank zonder daaraan veel woorden te wijden blijkbaar niet aannemelijk achtte. De afkoelingsperiode werd afgekondigd, maar de daartegen geopperde bezwaren waren voor de rechtbank wel reden om een observator aan te stellen die een oogje in het zeil moest gaan houden.[214]

De drie andere uitspraken waarin de term 'misbruik' naar voren kwam, hebben alle geleid tot afwijzing van de verzoeken van de schuldenaar om een afkoelingsperiode, al dan niet in combinatie met aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. In een van de twee Haagse uitspraken overwoog de rechtbank dat een WHOA niet op zijn plaats was, mede door een dubieuze voorgeschiedenis.[215] Bij de andere afwijzing was niet zozeer sprake van door de rechtbank aanwezig geacht misbruik, maar wees zij het verzoek af omdat de schuldenaar geen reële plannen voor een akkoord had.[216] De afwijzing van het verzoek om een herstructureringsdeskundige en een afkoelingsperiode door de rechtbank Noord-Nederland houdt mogelijk wel verband met misbruik, omdat de rechtbank voor een liquidatieakkoord geen 'plus' aanwezig achtte temeer omdat bij – het alternatief van – een faillissement de curator onderzoek zou kunnen doen naar eventuele bestuurdersaansprakelijkheid of mogelijk te vernietigen paulianeuze rechtshandelingen.[217]

3.3.9 Doorlooptijden en spreiding van zaken

De bestudering van de jurisprudentie heeft ten slotte inzicht gegeven in de behandelduur van de verschillende procedures door het bij elkaar nemen van de datum van de respectievelijke verzoeken en de datum van de uitspraak. In bijna alle gepubliceerde uitspraken zijn die data terug te vinden, zodat voor de in deze paragraaf behandelde onderwerpen telkens de kortste, de langste en de gemiddelde doorlooptijd in kalenderdagen kan worden genoteerd (zie tabel I).

Tabel I Doorlooptijden

Doorlooptijd (kalenderdagen)	Kortste	Langste	Gemiddeld
Aanwijzing herstructurerings-deskundige	1[218]	43[219]	19
Aanstelling observator	2[220]	63[221]	19
Afkoelingsperiode	5[222]	38[223]	20[224]
Verlenging afkoelingsperiode	6[225]	38[226]	22
Machtiging 42a Fw	10[227]	63[228]	24

—

[213] Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519, r.o. 10.8, waarnaar werd verwezen in de homologatiebeslissing, Rb. Amsterdam 3 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6522, r.o. 9.15.
[214] Rb. Amsterdam 26 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2815, r.o. 4.9.
[215] Den Haag 16 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13888.
[216] Rb. Den Haag 7 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11921.
[217] Rb. Noord-Nederland 15 november 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5106, r.o. 5.18.
[218] Rb. Noord-Nederland 10 februari 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1561.
[219] Rb. Rotterdam 14 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10190.
[220] Rb. Rotterdam 5 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12155.
[221] Rb. Rotterdam 16 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12159.
[222] Rb. Midden-Nederland 6 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1901.
[223] Rb. Amsterdam 25 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5013.
[224] Het gemiddelde is bepaald zonder de gevallen waarin een afkoelingsperiode per omgaande 'voorlopig' werd verleend in afwachting van een definitieve beslissing, zoals bijvoorbeeld Rotterdam 3 januari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5000.
[225] Rb. Midden-Nederland 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3995.
[226] Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9779.
[227] Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9779.
[228] Rb. Rotterdam 21 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2022:12152.

Aspectenverzoek	7[229]	90[230]	33
Homologatie	14[231]	87[232]	31

Vergeleken met de eerste twee jaren van de WHOA (1 januari 2021 tot 18 december 2022[233]) is de gemiddelde doorlooptijd nauwelijks veranderd. Wel blijken bij de meeste beslissingen in de periode daarna tot 1 juli 2023 de uitersten korter en/of langer te zijn geworden. Tevens is de gemiddelde doorlooptijd bij de verlenging van de afkoelingsperiode respectievelijk de homologatie over de hele onderzoeksperiode (1 januari 2021 tot 1 juli 2023) iets gestegen (van 20 naar 22 respectievelijk van 29 naar 31).

Verder blijkt uit het jurisprudentieonderzoek dat de 636 rechters die de 212 uitspraken gedurende de onderzoeksperiode (1 januari 2021 tot 1 juli 2023) hebben gedaan afkomstig waren uit een WHOA-pool van 24 rechters. Van deze groep zijn vijf rechters bij bijna de helft van alle zaken betrokken geweest, terwijl zes rechters elk bij nog geen tien uitspraken een rol hadden. Wat de toerekening van aantallen zaken aan de verschillende rechtbanken betreft, steekt over de onderzoeksperiode de rechtbank Rotterdam ver boven de andere rechtbanken uit met een zestigtal zaken, gevolgd door Amsterdam, Midden-Nederland en Den Haag met elk tussen de 25 en 30 uitspraken. De rechtbanken Zeeland-West-Brabant, Noord-Nederland, Gelderland en Oost-Brabant volgen op gepaste afstand, met daaronder Limburg, Noord-Holland en Overijssel.

3.3.10 Beperkingen van het jurisprudentieonderzoek

Het systematische jurisprudentieonderzoek is omwille van de uitvoerbaarheid met instemming van de begeleidingscommissie beperkt tot de periode van 1 januari 2021 tot 1 juli 2023, zowel wat de datum van de uitspraak betreft als de datum van de publicatie. Inmiddels zijn weer enkele maanden verstreken en zijn de nodige uitspraken gepubliceerd die deels vóór 1 juli 2023 zijn gedaan. Vooral in zaken van enige omvang en zaken met een litigieus karakter lopen uitspraakdatum en publicatiedatum uiteen. Hoewel wij uit praktisch oogpunt de grens op 1 juli 2023 hebben gesteld, heeft de praktijk zich verder ontwikkeld. Dit gebeurt vooral in enkele spraakmakende zaken die ook in de media zijn verschenen, zoals de WHOA van Vroon met een parallelle Engelse herstructureringsprocedure (*scheme of arrangement*)[234] en Diebold Nixdorf Dutch Holding[235], ook al waren deze besloten van aard, en de openbare WHOA-procedures in Steinhoff[236] en Big Bazar.[237] Hoewel deze uitspraken niet in dit hoofdstuk zijn meegenomen, zijn sommige elementen daarvan wel in de volgende hoofdstukken verwerkt, als deelnemers aan de expertmeetings, de casestudies en de surveys met kennis van die zaken zich hierover hebben uitgelaten.

—

[229] Rb. Amsterdam 29 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6767 (over de klassenindeling).

[230] Rb. Gelderland 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5945 (over zeven verschillende aspecten).

[231] Rb. Amsterdam 23 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1681, als de niet-ontvankelijkverklaringen buiten beschouwing worden gelaten: Rb. Amsterdam 28 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3855; Rb. Rotterdam 15 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5383; Rb. Noord-Nederland 21 juli 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:2582.

[232] Rb. Limburg 22 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8857, als de uitgestelde homologatie als gevolg van de prejudiciële vraag bij de Hoge Raad over de pensioenpremies buiten beschouwing wordt gelaten: Rb. Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7533.

[233] Zie M.C. Bosch, 'Snelle en tijdige rechtspraak in WHOA-zaken', *TvI* 2023/3.

[234] Rb. Zeeland-West-Brabant 26 mei 2023 (gepubliceerd 31 juli 2023), ECLI:NL:RBZWB:2023:5306, JOR 2023/277 ; High Court of Justice 26 juni 2023, [2023] EWHC 1558 (Ch.), JOR 2023/278.

[235] Rb. Amsterdam 2 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6160; opmerkelijk genoeg bevat de op rechtspraak.nl (geraadpleegd 30 november 2023) gewezen uitspraak wel de volledige naam van de schuldenaar; mogelijk omdat deze informatie al bekend was uit de parallel met het besloten WHOA-traject samenlopende Amerikaanse *Chapter 11*-procedure.

[236] Rb. Amsterdam 21 juni 2023 (gepubliceerd 25 juli 2023), ECLI:NL:RBAMS:2023:4152.

[237] Rb. Noord-Nederland 24 augustus 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3558; Rb. Noord-Nederland 4 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3678; Rb. Noord-Nederland 13 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3786; Rb. Noord-Nederland 25 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3893.

4 Expertmeeting

4.1 Inleiding

Ten tweede is informatie over de doelbereiking van de wet en de inzet van de instrumenten verzameld door middel van een expertmeeting met (vertegenwoordigers van) de hieronder genoemde stakeholders. De expertmeeting heeft een belangrijke toegevoegde waarde ten opzichte van het hiervoor besproken jurisprudentieonderzoek. In tegenstelling tot een jurisprudentieonderzoek biedt een expertmeeting door de interactie tussen de verschillende deelnemers andere inzichten in de ervaringen van de praktijk, evenals inzicht in wat de eventuele (overige) resultaten zijn van de invoering van de WHOA, zoals de vraag of en zo ja op welke wijze de WHOA ook fungeert als stok achter de deur (vraag 13). Ten opzichte van de in het volgende hoofdstuk te bespreken casestudies heeft de expertmeeting bovendien als meerwaarde dat een overkoepelend beeld kan worden geschetst van de WHOA-praktijk, en niet alleen van een specifieke casus vanuit een beperkte groep actoren. Door de verschillende invalshoeken van de (deelnemers vanuit de) stakeholders kan hierdoor een meer afgewogen beeld worden geschetst van de uitwerking van de WHOA in de praktijk.

4.2 Methode

De breed opgezette algemene expertmeeting heeft met ruim vijftig deelnemers plaatsgevonden op 8 juni 2023 te Leiden waarbij deelnemers vanuit de volgende stakeholderperspectieven en organisaties vertegenwoordigd waren:

1. Perspectief van de beroepspraktijk (NVvH, INSOLAD, JIRA, Nova, DTA, NiRV)
2. Perspectief van de rechtspraak (WHOA-pool, Recofa, RvdR)
3. Perspectief van het bedrijfsleven (KvK, OKB, VNO-NCW, MKB-Nederland, UWV, FNV, NGB, Geldfit Zakelijk, Qredits)
4. Positie en perspectief van financiers/banken/belastingdienst (NVL, NVB, Belastingdienst, NVP, MinFin, de FIOD, banken en beleidsmedewerkers van de GSR)

Deze expertmeeting ging vooral over de veranderingen die de stakeholders merken door inwerkingtreding van de WHOA, evenals ervaren succesfactoren (zoals het 'stok achter de deur-effect') en knelpunten. Daarbij is de deelnemers tevens gevraagd naar eventuele verbeterpunten.[238]

Daarnaast is op 18 oktober 2023 te Leiden een additionele expertmeeting georganiseerd met deelnemers die ervaring hadden met de WHOA in het MKB.[239] Deze additionele expertmeeting is georganiseerd omdat de onderzoekers nog enkele vragen hadden over de specifieke werking van de WHOA in de MKB-praktijk. Bij deze expertmeeting waren zeven deelnemers aanwezig, waaronder advocaten, adviseurs en waarderingsdeskundigen die op de algemene expertmeeting van 8 juni 2023 niet aanwezig konden zijn. De deelnemers zijn geselecteerd op basis van hun ervaring met de WHOA in het MKB.

De deelnemers van de beide expertmeetings zijn geselecteerd op basis van hun ervaring met de WHOA, waarbij geprobeerd is om de deelnemers zo breed mogelijk te werven en daardoor een zo heterogeen mogelijke deelnemersgroep samen te stellen.

De expertmeetings zijn met toestemming van de deelnemers opgenomen en uitgewerkt tot een transcript. Vervolgens zijn de transcripten per onderwerp geanalyseerd. In de volgende paragraaf wordt verslag gedaan van de resultaten van het onderdeel expertmeeting.

—

[238] Het programma van de algemene expertmeeting is te vinden in Annex 3.

[239] De expertmeeting van 18 oktober 2023 was specifiek op het MKB gericht en had daarom geen programma met verschillende break-outsessies.

4.3 Resultaten

4.3.1 Inleiding

Gedurende beide expertmeetings werd over het algemeen in positieve termen over de WHOA gesproken. Zij heeft draagvlak en het ermee nagestreefde hoofddoel werd onderschreven. Bovendien was er veel waardering voor de snelheid en flexibiliteit van het gerechtelijk WHOA-traject en de wettelijke regeling. Over de toegankelijkheid van de WHOA voor het MKB werden evenwel kanttekeningen geplaatst. Speciaal over deze groep heeft daarom, zoals hiervoor gezegd, nog een vervolg expertmeeting plaatsgevonden (zie paragraaf 4.3.9). Hieronder volgen de (thematische) bevindingen uit deze bijeenkomsten voor de aanwijzing herstructureringsdeskundige/observator (paragraaf 4.3.2), de afkoelingsperiode (paragraaf 4.3.3), de werking van art. 42a Fw (paragraaf 4.3.4), het aspectenverzoek (paragraaf 4.3.5), procedurele aspecten van de WHOA (paragraaf 4.3.6), de homologatie (paragraaf 4.3.7), en de financiële aspecten zoals waarderingen (paragraaf paragraaf 4.3.8).

4.3.2 Aanwijzing herstructureringsdeskundige/aanstelling observator

4.3.2.1 Aanwijzing herstructureringsdeskundige

Tijdens de algemene expertmeeting is gebleken dat men in de praktijk worstelt met de wijze van aanwijzing van de herstructureringsdeskundige zoals opgenomen in het Landelijk Procesreglement WHOA-zaken. Vanuit de WHOA-pool komt de constatering dat de offertes waaruit de herstructureringsdeskundige wordt aangewezen op een enkele mediator na, vrijwel allemaal curatoren zijn, al dan niet bekenden van een van de betrokkenen. Andere knelpunten die daarbij zijn genoemd is dat het voor een potentiële herstructureringsdeskundige ingewikkeld kan zijn om een gedegen offerte op te stellen, omdat het daarvoor eigenlijk noodzakelijk is om al contact te hebben met de schuldenaar en informatie bij hem in te winnen, terwijl tegelijkertijd de onafhankelijkheid moet worden bewaakt. Ook is het in het beginstadium niet goed mogelijk om precies in te schatten hoe het akkoordtraject eruit zal zien en welke knelpunten daarbij kunnen optreden. Het gevolg is dat het in de praktijk moeilijk is om een reële kosteninschatting te maken, met als gevolg dat de gemaakte inschatting doorgaans niet realistisch blijkt te zijn.

Tegen de achtergrond van deze knelpunten is zowel vanuit de beroepspraktijk als de rechterlijke macht de suggestie genoemd om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige op vergelijkbare wijze te laten plaatsvinden als de benoeming van een onderzoeker door de Ondernemingskamer, namelijk door op basis van een lijst een herstructureringsdeskundige aan te wijzen, die vervolgens een budget krijgt om een inventarisatie te maken en op basis daarvan een plan van aanpak op te stellen met de te verrichten werkzaamheden en de daarmee gepaard gaande kosten.

4.3.2.2 Rol van de herstructureringsdeskundige

Tijdens die expertmeeting is naar voren gekomen dat de aanwezigheid van een herstructureringsdeskundige in algemene zin wordt gewaardeerd en ook daadwerkelijk het verschil kan maken. Tegelijkertijd bestaat er de nodige onduidelijkheid over de precieze taakopvatting van de herstructureringsdeskundige, omdat de wet weinig houvast biedt bij de invulling van de taak. In het bijzonder gaat het dan om de vraag hoe de herstructureringsdeskundige zich verhoudt tot de schuldenaar, schuldeisers en de rechtbank. Een aandachtspunt dat daarnaast wordt genoemd is dat de kans bestaat dat bij een herstructureringsdeskundige het idee leeft dat hij het akkoordtraject zonder meer tot een succesvol einde moet brengen, terwijl een rol van de herstructureringsdeskundige ook juist kan en soms zelfs behoort te zijn dat hij constateert dat het niet mogelijk is om een akkoord te bereiken en zijn opdracht teruggeeft.

In verband met de onduidelijkheid over de precieze taakopvatting is er bovendien op gewezen dat dit de herstructureringsdeskundige veel ruimte geeft om zijn taak zelf in te vullen. Dat wordt enerzijds als een voordeel gezien, maar soms ook als een nadeel, bijvoorbeeld als sprake is van

een WHOA-traject met veel juridische conflicten en de herstructureringsdeskundige het traject ook sterk juridisch benadert, terwijl het dan juist wenselijk kan zijn dat de herstructureringsdeskundige een andere benadering kiest.

4.3.2.3 Aanstelling observator

Blijkens de Richtlijnen aanwijzen en aanstellen herstructureringsdeskundigen en observatoren WHOA van Recofa die per januari 2023 gelden, worden bij de aanstelling van observatoren de lokale curatorenlijsten gehanteerd.[240] Dit is niet het geval bij de aanwijzing van herstructureringsdeskundigen. Als rechtvaardiging voor de hantering van de curatorenlijsten wordt in de richtlijnen genoemd dat de taak van de observator, namelijk het toezicht houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, 'goed kan worden vervuld door curatoren, zeker waar tot uitgangspunt wordt genomen dat de observatoren zo nodig derden kunnen inschakelen (zoals bijvoorbeeld accountants of andere financieel specialisten)'. Tijdens de algemene expertmeeting is een enkele keer genoemd dat deze praktijk – die ook voor de inwerkingtreding van de richtlijnen reeds werd toegepast – ertoe leidt dat observatoren veelal door 'de bril van curatoren' naar de gang van zaken kijken, terwijl in voorkomende gevallen ook behoefte kan zijn aan het perspectief van andere disciplines. Verder zijn de hiervoor genoemde bezwaren met betrekking tot herstructureringsdeskundigen die worden geacht een offerte uit te brengen voordat zij enige informatie hebben over de omvang van de te verrichten werkzaamheden, ook in verhouding tot observatoren geuit. Met instemming van een grote meerderheid van de deelnemers is geopperd de regeling aldus te wijzigen dat de rechtbank de observator in een specifieke casus een concrete opdracht meegeeft met een heldere taakomschrijving op grond waarvan de observator binnen een termijn van twee of drie weken wordt geacht een begroting in te dienen (al dan niet op grond van een vast uurtarief).

In de discussie over de aanstelling is, tot slot, meermalen aandacht gevraagd voor het tijdstip waarop observatoren in voorkomende gevallen worden aangesteld. In algemene zin is opgemerkt dat hoe eerder in het proces een observator wordt aangesteld hoe groter het draagvlak voor het bereiken van een akkoord zal zijn en daarmee ook de effectiviteit van diens taakuitoefening. In het bijzonder is gewezen op de gevolgen van art. 380 lid 4 Fw op grond waarvan de rechtbank verplicht is een observator aan te stellen bij een verzoek tot homologatie van een akkoord waar niet alle klassen mee hebben ingestemd. In deze gevallen heeft de observator op grond van de korte wettelijke termijn tot de homologatiezitting slechts zeer beperkt de tijd om zich een oordeel te vormen over het voorliggende akkoordtraject. De aanstelling van een observator wordt in deze gevallen als te laat ervaren.

4.3.2.4 Taakopvatting en zienswijze van de observator in de praktijk

Uit de ervaringen die tijdens de algemene expertmeeting zijn uitgewisseld, blijkt dat de observator in algemene zin een waardevolle rol wordt toegedicht in het WHOA-traject en dat het verschil met de herstructureringsdeskundige zich hierin uit dat de observator meekijkt in het proces en tijdig mogelijke knelpunten aan het licht brengt. Wel is een bezwaar dat de geringe wettelijke handvatten voor de taakopvatting van de observator ertoe leiden de invulling ervan afhankelijk is van de persoon van de observator. Waar de ene observator zich als een 'fly on the wall' gedraagt, bemoeit een ander zich intensief met het proces en dat brengt onzekerheid met zich voor het verloop. Deze situatie wordt als onwenselijk ervaren.

Tijdens de discussie is geregeld de aandacht gevestigd op de adviserende rol van de observator richting de rechtbank. De observator kan op verschillende momenten om een zienswijze worden gevraagd door de rechtbank. Dat geldt bijvoorbeeld bij een verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode (art. 376 lid 11 Fw), bij een aspectenverzoek (art. 378 lid 8 Fw) en bij een verzoek tot homologatie van het akkoord (art. 384 lid 7 Fw). De zienswijze van de observator

—

[240] https://www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civiel/Insolventierecht/Paginas/Richtlijnen-aanwijzen-en-aanstellen-herstructureringsdeskundigen-en-observatoren-in-de-WHOA.aspx

wordt in het algemeen als zeer relevant ervaren, in die zin dat de rechtbank hieraan veel gewicht toekent. In het bijzonder bij de homologatiezitting kan daardoor bij de schuldeisers de perceptie bestaan dat hun inbreng weinig waarde heeft aangezien de rechtbank al beïnvloed is door de zienswijze van de observator. Dat geldt des te meer indien de zienswijze, zoals dat in de praktijk voorkomt, slechts uren voor de homologatiezitting wordt ingediend. In verband met de zienswijze van de observator, komt uit de discussie bovendien naar voren dat observatoren de behoefte hebben om 'feedback' vanuit de rechtbank te ontvangen op verschillende onderdelen waarover zij moeten rapporteren, juist omdat zij beseffen dat hun zienswijze zwaar telt. De betrokkenheid van de rechtbank in de vorm van een onderzoeksrechter werd in dit kader als een mogelijke oplossing aangedragen.

4.3.2.5 Taakopvatting en onderzoek onregelmatigheden

Een andere kwestie die tijdens de algemene expertmeeting door meer deelnemers is aangesneden, betreft de rol van de observator in een onderzoek naar onregelmatigheden bij de schuldenaar. Het gaat om onregelmatigheden die hebben plaatsgevonden in de aanloop naar het WHOA-traject. In de praktijk wordt hiermee geworsteld, gelet op de taak en de bevoegdheden van de observator. De wettelijke taakomschrijving lijkt een dergelijk onderzoek volgens sommige deelnemers niet te omvatten, en bovendien zou zoiets complexiteit en onzekerheid toevoegen in het proces hetgeen onwenselijk is. Enkel in evidente gevallen van fraude en als onderdeel van de beoordeling van art. 384 lid 2 sub g Fw als weigeringsgrond voor homologatie (bedrog, begunstiging, en gebruik van andere oneerlijke middelen) zou het binnen de wettelijke rol van de observator passen om onregelmatigheden na te gaan, zo wordt door een deel van de deelnemers betoogd. Anderzijds werd echter gewezen op de moeilijkheid die in deze kwestie ontstaat wanneer de observator zich moet uitspreken over de vraag of de schuldeisers beter af zijn met een WHOA-akkoord dan met liquidatie in faillissement. Het spreekt voor zich dat een eventuele claim uit bestuurdersaansprakelijkheid de liquidatiewaarde in faillissement kan beïnvloeden. Maar de moeilijkheid is dat een antwoord op de vraag of het actief in faillissement groter zal zijn pas gegeven kan worden indien daarnaar onderzoek wordt gedaan. In dit verband wordt opgemerkt dat het maatschappelijke draagvlak voor de WHOA kan verminderen wanneer de perceptie ontstaat dat door middel van de WHOA aansprakelijkheid voor gepleegde onregelmatigheden wordt omzeild.

4.3.3 Afkoelingsperiode

In de algemene expertmeeting is de vraag voorgelegd hoe de afkoelingsperiode in de praktijk functioneert: is deze lang genoeg, soepel genoeg en effectief? Zijn de wettelijke criteria (art. 376 lid 4 FW: noodzaak en belang gezamenlijke schuldeisers tegenover schade individueel betrokken derde) geschikt?

Uit de discussies komt het beeld naar voren dat de afkoelingsperiode in brede zin als nuttig wordt ervaren. Het proces van de eerste afkondiging van een afkoelingsperiode is soepel en werkt goed; regeling en uitvoering van dit instrument zijn al bekend van het faillissement en de surseance van betaling. De kritiek van de minderheid dat van de afkoelingsperiode misbruik kan worden gemaakt of dat de behandeling bij de rechtbank te lang duurt blijkt niet breed gedragen. Vanuit een van de banken werd in de context van de afkoelingsperiode gewaarschuwd tegen overschatting van het preventieve effect van de WHOA: als eenmaal een startverklaring is gedeponeerd, vaak om een afkoelingsperiode te krijgen, wordt het proces doorlopen en afgemaakt. Dan wordt de WHOA dus niet ingezet om tegenstribbelende partijen over de streep te krijgen. Anderen gaven aan dat de aanwezigheid van een afkoelingsperiode juist zorgt voor doorzettingsvermogen, omdat bij een tussentijds mislukken de afkoelingsperiode vervalt en de schuldenaar aan zijn schuldeisers is overgeleverd. Een van de rechters gaf aan dat een startverklaring niet zonder meer gevolgd wordt door een homologatieverzoek maar wel door een afkoelingsperiode. Het debat over de posities van partijen wordt dan al bij de rechter gevoerd en dit werd gezien als voordeel van de afkoelingsperiode.

In verband met de werkbelasting van de rechterlijke macht kwam ter sprake dat de rechtbank de regie moet nemen over de zitting omtrent een verzoek om een afkoelingsperiode door alleen de

volle periode van vier maanden toe te staan en niet een afkoelingsperiode moet afkondigen voor slechts twee maanden, bijvoorbeeld omdat de liquiditeit niet op orde is. Een gevolg van het laatstgenoemde is namelijk dat de zaak weer snel terug zal zijn bij de rechtbank. Zeker als een herstructureringsdeskundige is aangewezen, zou de rechtbank volgens sommigen in beginsel op diens oordeel moeten kunnen varen of wel of niet een verlenging moet worden toegestaan. Dan krijgt de schuldenaar een afkoelingsperiode zolang de herstructureringsdeskundige dat nodig acht. Hiertegenover zou als waarborg iedere door de afkoelingsperiode geraakte derde de mogelijkheid moeten hebben om tamelijk eenvoudig en snel opheffing daarvan te verzoeken. Dan komt de regie op dit punt bij de herstructureringsdeskundige/schuldenaar te liggen (met correctiemogelijkheid voor derden) en is de rechter niet iedere keer aan bod. Dit vermindert de werklast van de rechterlijke macht. Volgens anderen is de herstructureringsdeskundige daarentegen mogelijk 'gebiast' om een positief resultaat te bereiken en daarmee zijn inspanningen beloond te zien, zodat bij verlengingen niet alleen op het oordeel van herstructureringsdeskundige gevaren moet worden.

Overigens lijkt de beoordeling van verlengingsverzoeken door de rechtbank volgens de vertegenwoordigers van de beroepspraktijk doorgaans grondig te zijn. In een van de break-outsessies werd ook een tegenovergesteld standpunt gehoord, dat de toetsing vrij marginaal zou zijn. In dit verband werd geopperd om op de zittingen over verlenging uitdrukkelijk tegenspraak te organiseren door partijen die door de afkoelingsperiode worden geraakt (evt. wettelijk verankeren); in ieder geval zouden de grootste schuldeisers door de rechtbank moeten worden gehoord. Bij de beoordeling van verlengingsverzoeken werd door de beroepspraktijk aandacht gevraagd voor de toets die de rechtbank daarbij zou moeten hanteren (ook om verrassingsbeslissingen aan het einde van het WHOA-traject te voorkomen); meer richting door de rechtbank is gewenst, bijvoorbeeld door een koppeling te leggen tussen – groeiend – draagvlak en – lichter wordende – toetsing door rechtbank.

Over de termijnen waarvoor de afkoelingsperiode is afgekondigd dan wel is verlengd, bestaan onduidelijkheden in welk verband door de deelnemers de volgende vragen werden opgeworpen. Vanaf wanneer is de afkoelingsperiode van kracht: wanneer gaat de (maximale) termijn lopen: direct vanaf de uitspraak door de rechter of mag je die als schuldenaar/herstructureringsdeskundige in de zak houden tot het ogenblik dat beroep daarop nodig is? Zou de totaaltermijn van acht maanden voor de afkoelingsperiode inclusief verlengingen niet opnieuw moeten worden berekend vanaf de uitspraak waarbij vervolgens een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen? Hoe zit het met een afkoelingsperiode als die verloopt alvorens de rechtbank op een tijdig ingediend verlengingsverzoek heeft beslist of daarvan de maximumtermijn is verlopen tussen een homologatieverzoek en de uitspraak daarop?

Ten slotte zijn in de verschillende sessies nog enkele vermeldenswaardige kwesties rond de afkoelingsperiode opgeworpen waarvan de beantwoording echter dit onderzoek te buiten gaat, zoals over de mogelijke doorwerking van de afkoelingsperiode op wederkerige overeenkomsten en lopende verplichtingen, vooral jegens financiers. Volgens de banken moet hiernaar wel goed gekeken worden en is bij hen behoefte aan een nadere invulling van de gevolgen van de afkoelingsperiode voor hun werkkapitaalmanagement, cashpooling en verrekening. Verder lijkt uitwinning van pandrechten en overzetten van stemrecht bij pandrecht op aandelen en opkoop van schulden tijdens een afkoelingsperiode (te) lastig(er) te zijn geworden. Ten slotte rees de vraag naar de werking van de afkoelingsperiode buiten Nederland: bij 'gewone' schuldeisers/banken lijkt die in de praktijk te worden gerespecteerd maar dit ligt mogelijk anders bij litigieuze buitenlandse (hedge)fondsen.

4.3.4 Art.42a Fw

In de algemene expertmeeting is het onderwerp van art. 42a Fw en de reikwijdte daarvan in de praktijk aan de orde geweest. Door enkele deelnemers is de observatie gedaan dat die bepaling zou moeten werken voor een noodfinancier, maar in de praktijk niet als zodanig wordt gebruikt omdat er geen vrij actief is waarop zekerheidsrechten kunnen worden gevestigd. Tijdens de discussie is expliciet gevraagd naar de ervaring met art. 42a Fw, alsmede in hoeverre de

mogelijkheid moet bestaan een bestaande financier te vragen een stapje terug te doen ten bate van een nieuwe financier; moet het mogelijk zijn in te grijpen in de rangorde? Vanuit de banken werd hierop negatief gereageerd. Enerzijds omdat het niet nodig zou zijn omdat bij een levensvatbare onderneming altijd nog wel bereidheid bij de bestaande financier of de aandeelhouder zou bestaan om door te financieren. Anderzijds omdat ingrijpen in de rangorde van zekerheden invloed heeft op het kapitaal dat banken moeten aanhouden waardoor de kredietverstrekking duurder zal worden. Het enkele feit dat ingegrepen kan worden, betekent volgens hen op zichzelf al een prijsverhoging van krediet. Als noodfinanciering niet mogelijk blijkt omdat de bestaande financiers daartoe geen bereidheid vertonen, rijst de vraag of omstandigheden denkbaar zijn waarin de rechter daarin zou moeten kunnen ingrijpen. Vanuit de rechterlijke macht en bijgevallen door de banken werd in dit verband verwezen naar de afkoelingsperiode waardoor de schuldenaren de lopende geldstromen en rekening-courantfaciliteit kunnen blijven gebruiken om in staat te worden gesteld een akkoord tot stand te brengen. Mede door de verruiming van de verrekeningsmogelijkheid in art. 54 lid 3 Fw is art. 42a Fw dan voor de banken niet nodig bij een afkoelingsperiode als de onderneming gewoon doorgaat en daarvoor voldoende rekening-courantruimte heeft.

4.3.5 Aspectenverzoek

Tijdens de algemene expertmeeting zijn over het aspectenverzoek slechts enkele opmerkingen gemaakt. Over het algemeen is men positief over de mogelijkheid om een aspectenverzoek te kunnen doen, maar zijn ook enkele aandachtspunten of zelfs kritische kanttekeningen geplaatst. Zo wordt het rechtsmiddelenverbod door sommige deelnemers bij een aspectenverzoek als problematisch ervaren. Een van de deelnemers gaf aan dat “als je een bepaald aspectenverzoek hebt over de klassenindeling over een bepaalde garantie, dan zou het wel goed zijn om daar hoger beroep in te kunnen stellen. Wel met korte termijnen zoals het faillissement. Gewoon binnen 7 dagen als er een foutje is gemaakt.” Een andere deelnemer gaf echter aan geen voorstander te zijn van hoger beroep binnen de WHOA omdat “de wetgever destijds op hele goede gronden deze keuze heeft gemaakt om de snelheid en het tempo erin te houden. Als je het doet, doe het bij één hof. Als het moet kun je het organiseren, maar je bouwt wel een extra laag in en ík mis hem niet. Door het systeem van de WHOA-pool zit je al met meerdere rechters op één lijn. Het doel van hoger beroep is het bereiken van rechtseenheid, eenduidigheid in de lijn van de rechtspraak. Dat mis ik totaal niet.”

Tevens kwam tijdens de algemene expertmeeting ter sprake dat alleen de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, zo die is aangewezen, een aspectenverzoek kan doen. Hoewel dit uitgangspunt door de deelnemers logisch werd geacht in het kader van de gewenste snelheid van het proces, heeft het ook een belangrijke keerzijde. Zo werd opgemerkt dat in de huidige opzet alles aankomt op de homologatiezitting en daardoor een enorme druk op de rechter ligt. Een van de deelnemers noemt dit “geen werkbaar systeem.” Bovendien komt het vooral voor schuldeisers en aandeelhouders aan op die ene homologatiezitting, omdat zij geen mogelijkheid hebben een aspectenverzoek in te dienen. Een van de deelnemers zegt daarover dat “het primaat van het aspectenverzoek volledig bij de schuldenaar leggen, waardoor de schuldeiser als enige mogelijkheid heeft de herstructureringsdeskundige erbij halen en alles overhoophalen, helemaal niet juist is.” Als oplossingsrichtingen wordt genoemd om schuldeisers en aandeelhouders de mogelijkheid te geven om een aspectenverzoek te doen, of te kijken naar “het systeem in Amerika; daar is er in ieder geval nog één mogelijkheid voor partijen om op te komen.” Tegelijkertijd beseffen de deelnemers van de expertmeetings dat er de nodige haken en ogen aan dit voorstel zitten, bijvoorbeeld als al is gestemd of als al een datum voor de homologatiezitting is bepaald. Een duidelijke oplossing komt niet naar voren.

4.3.6 Procedurele aspecten

Tijdens de expertmeeting zijn verschillende procedurele aspecten van de WHOA aan de orde gekomen, in het bijzonder in verband met de werkbelasting van de rechterlijke macht. In dat kader is door rechters aandacht gevraagd voor het feit dat de snelheid en dynamiek van het WHOA-traject veel intensiever is dan een ‘gewone’ procedure en daarmee leidt tot een aanzienlijke werkbelasting. Als oorzaak wordt in het bijzonder gewezen op de korte termijnen

voor het inplannen van een zitting en de termijnen voor het indienen van processtukken. Het gaat daarbij om de eis dat een homologatiezitting tussen acht en veertien dagen na indiening van het homologatieverzoek en deponering van het stemverslag wordt gehouden (art. 383 lid 6 Fw) en de mogelijkheid om tot de dag van de zitting een verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek in te dienen (art. 383 lid 6 Fw). Een door de rechterlijke macht geuite wens op dit punt is om meer regie te krijgen bij de bepaling van de datum van de zitting en de termijn voor indiening van stukken. Mede in verband met deze korte termijnen is vanuit de rechterlijke macht de nadrukkelijke wens geuit om de mogelijkheid van een digitale zitting wettelijk te verankeren, hetgeen meer flexibiliteit zou geven.

Verder zien de rechters wel een kwetsbaarheid in het systeem van de WHOA-pool en de organisatie vanuit de rechtbankbesturen, vooral waar het gaat om rechters uit rechtbanken die zelf geen of nauwelijks eigen WHOA-zaken hebben. WHOA-zaken leveren in het rechterlijk financieringsmodel nauwelijks iets op voor de rechtbank en het tijdsbeslag is groot. Er is sprake van een 'harde kern' van een kleine groep WHOA-rechters die – samen met het overleg binnen de meervoudige kamers – ervoor zorgt dat de kwaliteit van de rechters en hun uitspraken geborgd worden, maar de verdere organisatie van de WHOA-pool en inbedding in de rechterlijke macht wordt gezien als zwakke schakel. Verder lijkt voor opleidingskosten geen geld beschikbaar te zijn; individuele rechters moeten zelf in de opleidingskosten voorzien. Tot nog toe draait de WHOA-pool goed op het enthousiasme van de deelnemers, maar de volgende generaties kunnen zich niet op WHOA-zaken voorbereiden. Zij moeten het werk maar gaandeweg leren in de meervoudige kamer met de ervaring van anderen. Hierover zijn zorgen bij de huidige rechters met het oog op de voortschrijdende professionalisering van de WHOA-praktijk.

Het ontbreken van de mogelijkheid om een rechtsmiddel aan te wenden tegen de homologatiebeslissing, werd in algemene zin niet gemist. De keuze hiervoor werd in algemene zin onderschreven in verband met de gewenste snelheid van het WHOA-traject. Door een aantal betrokkenen, onder wie enkele rechters, is opgemerkt dat het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep uit een oogpunt van rechtsbescherming in concrete gevallen wel kan wringen. Daarbij werd mede gewezen op het feit dat er erg veel druk ligt op de homologatiezitting, omdat alle punten in beginsel dan aan de orde komen en soms vooraf niet goed valt in te schatten welke punten de rechtbank belangrijk vindt. Daarbij is gewezen op het feit dat dit bezwaar gedeeltelijk te ondervangen valt door – waar het gaat om de schuldenaar – meer gebruik te maken van het aspectenverzoek. Ook is vanuit de rechterlijke macht gesuggereerd om de rechter de mogelijkheid te geven om een tussenbeslissing te geven in het kader van de homologatie, bijvoorbeeld door de schuldenaar de mogelijkheid te geven om bepaalde gebreken te herstellen.

4.3.7 Homologatie

4.3.7.1 Inleiding

In de algemene expertmeeting werd veelal in positieve zin over de homologatie gesproken. De homologatiecriteria worden als eerlijk ervaren; de indruk bestaat dat de totstandkoming van minnelijke akkoorden wordt bevorderd als ze de WHOA-criteria volgen.

Dat wil niet zeggen dat er geen bedenkingen zijn. Vanuit de bancaire sector werd opgemerkt dat men zich soms afvroeg of er voldoende totaalsteun was voor akkoorden die worden gehomologeerd. De jurisprudentie laat zien dat het inderdaad kan voorkomen dat de instemmende schuldeisers slechts een gering deel van de schuldenlast uitmaken.[241] Er werd evenwel meteen bij opgemerkt dat dit het gevolg is van het klassensysteem, dat als zodanig werd onderschreven. Eveneens uit de hoek van de banken werd de opmerking gemaakt dat soms bewust kleine klassen worden gecreëerd die dan voor het akkoord stemmen. Dit werd evenwel niet meteen als 'misbruik' aangemerkt en deze deelnemer had geen aanbeveling over een bepaalde minimumomvang.

—

[241] In Rb. Amsterdam 3 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6522, *JOR* 2021/103 werd een akkoord gehomologeerd waarbij de voorstemmers 3,1 procent van de totale schuldenlast in handen hadden.

Een procedureel aspect dat meermaals aan de orde kwam, is het feit dat de termijnen erg kort zijn en veel aankomt op de homologatiezitting, omdat niet de mogelijkheid bestaat om bepaalde gebreken te herstellen. Door verschillende betrokkenen is aangegeven dat dit wringt, in het bijzonder vanwege de korte termijnen, waardoor het mogelijk is om tot kort voor de homologatiezitting nog een zienswijze in te dienen. Vanuit de rechterlijke macht is aangegeven dat men graag meer regie zou willen hebben als rechter op het gebied van de termijnen en de omvang van de processtukken. Daarnaast is vanuit deze groep met instemming vanuit de belastingdienst gepleit voor verlaging of zelfs afschaffing van griffierecht voor een afwijzingsverzoek door schuldeisers om daarmee beter het schuldeisersstandpunt op tafel te krijgen.

Specifieke opmerkingen over de verschillende homologatiecriteria waren schaars. Ze beperken zich tot de zogenoemde twintigprocentsregel en de *absolute priority rule*.

4.3.7.2 Twintigprocentsregel (art. 384 lid 4 sub a Fw)

Vanuit de groep van herstructureringsdeskundigen en observatoren werd een vraagteken gezet bij de twintigprocentsregel, vanwege de rechtsongelijkheid die er het gevolg van is. Er wordt immers onderscheid gemaakt tussen schuldeisers met een gelijke rang.[242] Ook gaat het overigens in tegen de *absolute priority rule*. Daartegenover werd gesteld dat de regel wel het draagvlak voor het akkoord vergroot. Voorts werd vanuit dezelfde groep opgemerkt dat de regel een drempel voor het slagen van het akkoord kan vormen. Als er niet voldoende geld is, moet het ergens anders vandaan worden gehaald, waardoor de schuldenaar of herstructureringsdeskundige in een spagaat zit omdat het niet bij de separatisten kan worden weggehaald. Het probleem blijkt niet in ieders praktijk te spelen, want in grote(re) zaken worden de concurrente schuldeisers doorgaans ongemoeid gelaten. In kleinere zaken wordt het wel als een probleem gezien, want daar worden ook de concurrente schuldeisers gesaneerd en dat zijn in de regel allemaal MKB-schuldeisers. Dan wordt het akkoord te duur.

4.3.7.3 *Absolute priority rule* (art. 384 lid 4 sub b Fw)

De *absolute priority rule* wordt als zodanig niet ter discussie gesteld. Wel ziet men in de beroepsgroep van herstructureringsdeskundigen en observatoren – het kwam hiervoor al aan de orde – een spanning met de zojuist behandelde twintigprocentsregel. Vanuit dezelfde groep worden voorts vraagtekens gezet bij de toepassing van de *absolute priority rule*. Het wordt vooral vreemd gevonden dat in de rechten van de schuldeisers wordt gesneden, terwijl de aandeelhouder onder het akkoord een positie behoudt. Men vindt op dat punt art. 384 lid 4 sub b Fw niet duidelijk genoeg. Inderdaad komt het wel voor dat een akkoord wordt gehomologeerd waar de aandeelhouders een belang behouden terwijl een tegenstemmende klasse van schuldeisers niet volledig wordt voldaan.[243] In dit verband wordt ook de kwestie van de reorganisatiewaarde genoemd, die lastig te bepalen is, maar aan de hand waarvan wel wordt vastgesteld of de aandeelhouder '*in the money*' is.

Een probleem dat in de algemene expertmeeting in de groep van bankiers en financiers wordt ervaren, ziet op de situatie dat handelscrediteuren volledig buiten het akkoord worden gelaten. De gedachte is dan dat wordt volstaan met een herstructurering van de schulden van de financiers, terwijl de problemen worden weggehouden van de toeleveranciers en klanten. Er worden voorts bedenkingen geplaatst bij de positie van de belastingdienst, die niet zonder meer akkoord zou gaan met het buiten het akkoord houden van handelscrediteuren, terwijl de belastingdienst zelf wel wordt gekort. De belastingdienst beschouwt deze schuldeisers niet zonder meer als dwangcrediteuren die moeten worden voldaan om de bedrijfsvoering te kunnen voortzetten.

—

[242] F.M.J. Verstijlen, 'Whoa: omkering van waarden', *NJB* 2020/1718, p. 1945-1948.

[243] Rb. Amsterdam 28 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:886, *JOR* 2022/189.

4.3.8 Financiële aspecten (in het bijzonder het waarderingsvraagstuk)

4.3.8.1 Inleiding

In de algemene expertmeeting zijn ook financiële onderwerpen binnen de WHOA, en de werking daarvan in de praktijk, specifiek aan de orde geweest. Het thema stond centraal in een break-outsessie met als thema 'financiële aspecten'. De 'waardering van de onderneming' betrof hierbij het belangrijkste onderwerp. Kort gezegd, gaat het binnen deze kwestie om de vraag of de (theoretische) reorganisatiewaarde van de onderneming hoger is dan de liquidatiewaarde. Indien binnen dit afwegingscriterium de reorganisatiewaarde inderdaad hoger wordt ingeschat dan de liquidatiewaarde, dan blijkt hieruit een mate van 'levensvatbaarheid' als gevolg waarvan het in economische zin niet rationeel is om de onderneming te liquideren. Uit eerder door Universiteit Leiden uitgevoerd (verkennend) interviewonderzoek onder 25 praktijkprofessionals naar het functioneren van de WHOA was een beeld naar boven gekomen van "tegengestelde reacties" en "controverses" rondom het waarderingsvraagstuk.[244] In de bijeenkomst discussieerden acht praktijkprofessionals met een financiële achtergrond over hun ervaringen met de WHOA. Alle deelnemers waren ten tijde van de bijeenkomst reeds betrokken geweest bij verschillende grote en kleinere WHOA-trajecten, veelal als waarderingsdeskundige ('*valuator*') en/of financieel herstructureringsdeskundige, bijvoorbeeld ten behoeve van het opstellen en uitvoeren van een '*turnaround*' plan, waar een WHOA-traject onderdeel van was.

4.3.8.2 Ervaringen en perspectieven rondom waarderingsvraagstukken

De deelnemers gaven ten eerste aan dat veel onduidelijkheid heerst over de informatie die aangeleverd moet worden voor de waarderingen. De WHOA is volgens de deelnemers een uitgebreid traject dat voor sommige ondernemingen, in het bijzonder kleine (MKB) ondernemingen, een gigantische kostenpost kan zijn, mede ook door de kosten voor juridisch advies en waarderingen. Voor kleine ondernemingen, zo wordt gesteld, zou wellicht een regime moeten gelden waarbij het reorganisatieplan, de waardering en het schuldakkoord in één 'template' mag worden gepresenteerd. Dit template zou dan wel gebaseerd moeten zijn op door de praktijk vastgestelde standaarden en richtlijnen voor een dergelijk template. Bij grotere ondernemingen is het werken met een template volgens deelnemers niet altijd mogelijk, vooral door de complexiteit van de benodigde waarderingen. Bij de grotere ondernemingen moeten businessplannen en waarderingen volgens de deelnemers juist los van elkaar te staan.

Daarnaast wordt besproken dat als een belangentegenstelling bestaat bij de waardering, toegang tot informatie en gelijkheid van informatie heel belangrijk is. Het gaat er volgens de deelnemers om dat schuldeisers en aandeelhouders die niet nauw bij de onderneming betrokken zijn uiteindelijk moeten kunnen vertrouwen op wat het bestuur heeft aangeleverd. Gebrek aan informatie levert argwaan op en de neiging om met eigen analyses te komen, waardoor volgens de deelnemers '*valuation fights*' kunnen ontstaan.

Ook de onderbouwing van waarderingsrapporten komt tijdens de algemene expertmeeting aan de orde. In de praktijk worden waarderingen volgens de deelnemers niet altijd onderbouwd met uitspraken over de onderliggende assumpties van de prognoses. Daar komt bij dat de waarderingsdeskundige volgens de deelnemers niet altijd zelf aangeeft wat hij van de aannames vindt in termen van onafhankelijke toetsing en beoordeling. Bovendien zijn waarderingsdeskundigen volgens de deelnemers niet altijd expliciet over hun rol als partijdeskundige, waardoor soms gesuggereerd wordt dat zij volledig onafhankelijk en onpartijdig zijn, terwijl dit feitelijk niet zo is. Voor schuldeisers en aandeelhouders die niet actief betrokken zijn bij de onderneming is het daardoor moeilijk, zo wordt gesteld, om een oordeel te geven over de betrouwbaarheid van (aannames die ten grondslag liggen aan) de cijfers en het *turnaround* plan, en als gevolg daarvan over de uitkomst van de waardering. Het ontbreekt, volgens verschillende deelnemers, in de praktijk aan richtlijnen over hoe met

—

[244] Zie J.A.A. Adriaanse, M.J.R. Broekema, L.R. Bunk & J.M.W. Pool, 'WHOA in de praktijk: eerste ervaringen en inzichten in beeld, Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk' *FIP* 2023/81, p. 21-28.

waarderingsrapporten en (de onderbouwing van) onderliggende aannames dient te worden omgegaan.

In het verlengde hiervan wordt als knelpunt besproken dat geen definitie bestaat van de 'reorganisatiewaarde'. Dit aspect is volgens de deelnemers in de praktijk nog niet uitgekristalliseerd. Daardoor wordt soms langs elkaar heen gepraat, zo wordt door verschillende deelnemers bevestigd, en kiezen partijen mogelijk uitgangspunten die voor hun stakeholderbelang het meest gunstig is. Het resultaat is dan dat waarderingsuitkomsten in hoge mate van elkaar afwijken en daarmee onbruikbaar worden. Dit roept de vraag op of voor WHOA-waarderingen nadere richtlijnen moeten worden ontwikkeld in de praktijk, ook omdat waarderingsdeskundigen zelf vaak al aangeven dat hun werk een '*art*' is in plaats van exacte wetenschap, terwijl niet-waarderingsdeskundigen in WHOA-trajecten eigenlijk dit laatste verwachten, en op zoek zijn naar een inschatting van 'dé waarde' in plaats van een '*range*'. Waarderingsdeskundigen kunnen dat, zoals hiervoor ook is besproken, niet waarmaken.

Bij waarderingen in de WHOA vindt verder volgens de deelnemers geen '*market-testing*' plaats met concrete biedingen op de onderneming, waardoor het waarderen, zoals besproken, een theoretische exercitie blijft. Het gevolg daarvan is, zo stelt een aantal deelnemers, dat wanneer een partij nieuwe financiering inbrengt deze mogelijk onevenredig veel waarde naar zich toe kan trekken. Ook bij dit aspect komt naar voren dat geen richtlijnen bestaan hoe met deze onzekerheid om te gaan.

De deelnemers geven verder aan dat rechtbanken zich bewust lijken te zijn van de subjectiviteit van waarderingen. Verder zijn rechters volgens de deelnemers in het algemeen behulpzaam om '*deal-certainty*' te krijgen, waarbij ze vooral kijken naar 'is het logisch wat allemaal wordt gepresenteerd'. Rechtbanken blijken verder behoorlijk goed om te kunnen gaan met de financiële aspecten die aan hen worden gepresenteerd, aldus verschillende deelnemers, hoewel ook de kritiek wordt geuit dat men soms iets te formalistisch naar de situatie kijkt en niet voldoende ingaat op de materialiteit. De ervaring van de deelnemers is dat rechters behoorlijk indringend waarderingen en onderliggende reorganisatieplannen toetsen, zowel in grotere als kleinere WHOA-trajecten.

Tegelijkertijd wordt door de deelnemers geconcludeerd dat het in complexe WHOA-zaken raadzaam zou zijn om, zoals dat bij de Ondernemingskamer praktijk is met radenplaatsvervangers, aan de raadkamer een financieel deskundige toe te voegen. Zo iemand behoeft niet per se een waarderingsdeskundige te zijn, maar wel een ervaren praktijkexpert op het gebied van (financiële) herstructureringen. Op die manier kan volgens de deelnemers beter worden gekeken naar de waarde die gehecht kan worden aan een waarderingsrapport, en kan beter worden ingeschat waarom bepaalde waarderingen (sterk) uit elkaar lopen.

Een ander knelpunt dat in dit kader wordt gesignaleerd is dat waarderingen op een specifiek moment worden uitgevoerd (de peildatum). Gedurende het WHOA-traject kunnen echter materiële wijzigingen optreden in de financiële resultaten, marktomstandigheden en (gerelateerde) prognoses. Volgens de deelnemers zou er dan eigenlijk ruimte moeten zijn om de waardering aan te passen tussen het moment van aanbieding van het akkoord en de homologatiezitting.

Een onderbelicht aspect in de WHOA-praktijk betreft de 'liquidatiewaarde'. Deze wordt vaak als een '*tick-the-box*' beschouwd door partijen en de rechter en lijkt niet vaak te worden onderbouwd. In complexe WHOA-situaties – met bijvoorbeeld hele specifieke activa – kan dit ook controverse opleveren. Ook hier zou meer aandacht voor moeten bestaan in de praktijk, aldus enkele deelnemers. Bijvoorbeeld door ook hier nadere richtlijnen voor te ontwikkelen.

In de discussie wordt ook nog geopperd om een 'optiewaarde' toe te kennen aan partijen die net '*out of the money*' zijn, in de *finance*-literatuur ook wel een '*redemption option*' genoemd. Met dit financiële instrument kan toch enige mogelijke toekomstige waarde worden toegekend aan partijen die anders geheel met lege handen staan. Op deze wijze kan (een deel van) een

waarderingsdiscussie worden weggenomen, waardoor een belemmering wordt weggenomen voor bepaalde stakeholders om voor het akkoord te stemmen.

Samengevat, uit deze expertmeeting komt het beeld naar voren dat het onderwerp waarderingen een ingewikkeld aspect is van de WHOA. Er blijkt duidelijk behoefte te zijn aan nadere richtlijnen voor het opstellen van waarderingen in WHOA-trajecten, in het bijzonder ten aanzien van de reorganisatiewaarde. Er wordt door de deelnemers niet per se naar de wetgever gekeken, maar eerder naar beroepsverenigingen en de wetenschap die gezamenlijk tot nadere richtlijnen en protocollen zouden kunnen komen. Ook om de verwachtingenkloof rondom waarderingen te verkleinen en daarmee de bruikbaarheid in de WHOA-praktijk te verhogen. Voor kleine ondernemingen zouden dan mogelijk andere regels en richtlijnen kunnen gelden om daarmee de complexiteit en kosten van een WHOA-proces te verkleinen ('WHOA-light') (zie ook paragraaf 4.3.9).

4.3.9 De WHOA en het MKB

Uit beide expertmeetings komt naar voren dat de WHOA niet voor (alle) MKB-schuldenaren geschikt lijkt. Dat heeft volgens de deelnemers aan de expertmeetings een aantal oorzaken.

Zo komt meermaals naar voren dat het MKB de weg naar de WHOA (nog) niet goed weet te vinden. Volgens de deelnemers aan de expertmeetings speelt daarbij een belangrijke rol dat de WHOA onbekend is bij vooral de kleine(re) ondernemer en diens schuldeisers. Veeleer denkt deze groep aan de Wet schuldsanering natuurlijke personen en de mogelijkheid om in dat kader een dwangakkoord (art. 287a Fw) aan te bieden.

Een andere reden dat de WHOA relatief weinig wordt gebruikt door het MKB is volgens de deelnemers dat niet tijdig wordt erkend dat sprake is van schuldenproblematiek. De *early warning mechanisms* zijn er volgens de deelnemers in de praktijk niet. Ondernemers hebben daardoor veelal te laat door (of accepteren pas te laat) dat naast een financiële koerswijziging ook een operationele koerswijziging noodzakelijk is. Hoewel de deelnemers de opzet van '*debtor in posession*' snappen, heeft deze opzet als belangrijk nadeel dat het juist de schuldenaren zelf zijn die te laat ingrijpen. De deelnemers geven aan dat bij MKB-ondernemers het besef moet ontstaan dat de WHOA geen wondermiddel is, en dat ook in organisatorische processen moet worden ingegrepen.

Bovendien is de WHOA voor kleinere ondernemers volgens de deelnemers van de expertmeetings te duur. Enerzijds ziet dat op de kosten die gemoeid zijn met het inwinnen van (juridisch en financieel) advies om het traject voor te bereiden en aan de informatieverplichtingen te voldoen, en op de griffierechten. Anderzijds geven de deelnemers aan dat de onbekendheid van de WHOA bij schuldeisers, ervoor zorgt dat veel tijd en geld gaat zitten in de uitleg van het proces aan schuldeisers om hen effectief en efficiënt in het proces te betrekken. Hieraan draagt niet bij dat in de media wel eens wordt gesproken van een eenvoudige kwijtschelding, waardoor schuldeisers soms met argwaan naar de WHOA kijken. Recent lijkt de Big Bazar-casus[245] niet echt te helpen om schuldeisers vertrouwen te laten hebben in de WHOA.

Daar komt bij dat de financiering van het akkoord volgens de deelnemers van de expertmeetings vooral bij het MKB problematisch is. De vervangende zekerheid die banken vragen in geval van een afkoelingsperiode, is vaak nog niet geregeld op het moment dat wordt begonnen aan een WHOA-traject. Volgens de deelnemers aan de aanvullende expertmeeting zou het nuttig zijn als een saneringskrediet wordt geïntroduceerd waarmee (een deel van) de door het akkoord geraakte partijen kunnen worden afgelost. Het TOA-krediet[246] zou kunnen helpen, maar om

—

[245] Zie Rb. Noord-Nederland 24 augustus 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3558, Rb. Noord-Nederland 4 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3678, Rb. Noord-Nederland 13 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3786, Rb. Noord-Nederland 25 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3893.

[246] Het TOA-krediet is een kredietfaciliteit voor ondernemers met schulden die, met gebruikmaking van de WHOA, hun bedrijf willen doorstarten. TOA staat voor Time-Out-Arrangement.

effectief te kunnen zijn, zouden de voorwaarden om gebruik te kunnen maken van dat krediet moeten worden versoepeld. Het krediet is nu immers niet bedoeld voor financiering van het akkoord of voor herfinanciering van bestaande kredieten, terwijl dat volgens de deelnemers aan de expertmeetings wel zou helpen voor MKB-schuldenaren.

Een ander punt dat tijdens de expertmeetings naar voren komt, is de onzekerheid over de duur, het verloop en de uitkomst van een WHOA-traject. Het is volgens de deelnemers niet goed in te schatten hoe een WHOA-traject er zowel qua tijd en kosten als qua dynamiek uit gaat zien. Zo is het niet altijd duidelijk welke informatie precies verstrekt moet worden om aan de informatieverplichting te voldoen. Ook geldt dat de kosten voor herstructureringsdeskundigen en observatoren vooraf nauwelijks zijn in te schatten. Deze onzekerheid maakt de WHOA voor MKB-schuldenaren en schuldeisers geen aantrekkelijk instrument. Het zou MKB-ondernemers helpen als er standaard templates zouden zijn voor bijvoorbeeld de informatievoorziening of de waardering.

In de aanvullende expertmeeting komt ten slotte nog het aangepaste beleid van de Belastingdienst aan de orde. Nu zij begonnen is met de invordering van achterstallige belastingafdrachten, lijkt onduidelijkheid te zijn ontstaan in hoeverre de aflossing van de coronaschuld uit het verleden en de sindsdien opgebouwde reguliere belastingschulden (afdracht omzet- en loonbelasting) op gelijke wijze dan wel verschillend moeten worden behandeld.

Niettemin wordt bij het afsluitende onderdeel van de expertmeetings aarzelend gereageerd op de vraag of voor MKB-ondernemers een ‘WHOA-light’ (of een ‘art. 287a-plus’) in het leven zou moeten worden geroepen. Volgens de deelnemers wordt in de praktijk soms al soepeler omgegaan met bijvoorbeeld de informatieverplichtingen voor MKB-schuldenaren, waardoor *de facto* al een soort ‘WHOA-light’ bestaat. Bovendien is het volgens de deelnemers onduidelijk voor welke doelgroep zo’n ‘WHOA-light’ beschikbaar zou moeten zijn. Wie precies als MKB moet worden beschouwd is immers niet scherp omlijnd. Door het gebrek aan een duidelijke definitie van ‘MKB’ is het volgens deelnemers lastig om afwijkende wettelijke verplichtingen voor die doelgroep te introduceren.

Wat de positie van het MKB betreft kan volgens de deelnemers aan de beide expertmeetings samenvattend dus nog het nodige gedaan worden om de WHOA ook voor deze groep ondernemers toegankelijk te maken. Enerzijds ziet dat op de kosten voor het WHOA-traject, anderzijds op de (on)bekendheid met de WHOA.

5 Casestudies

5.1 Inleiding

In aanvulling op het jurisprudentieonderzoek en de algemene expertmeeting zijn ten derde vijf casestudies uitgevoerd van WHOA-trajecten. Terwijl de expertmeetings inzicht hebben gegeven in de algemene werking van de WHOA in de praktijk, hebben de casestudies een indringender inzicht gegeven in de werking van de WHOA in deze specifieke casus. Dit heeft als belangrijke toegevoegde waarde gehad dat onderzoekers meer inzicht hebben gekregen in de dynamiek van deze WHOA-trajecten en de werking van specifieke aspecten, waarover in de expertmeetings niet in algemene termen kon worden gesproken.

5.2 Methode

Op basis van het jurisprudentieonderzoek zijn de zaken voor de casestudies geselecteerd. Met het oog op een zekere spreiding en variatie in het type WHOA-traject is daarbij een selectie gemaakt van casus die zich van elkaar onderscheiden op basis van van de volgende kenmerken:

- het karakter van de procedure (besloten vs. openbare procedure);
- de duur van het traject (lang vs. kort);
- wel/geen aanstelling herstructureringsdeskundige/observator;
- wel/geen homologatie;
- wel/geen afkoelingsperiode;
- wel/geen aspectenverzoek;
- wel/geen verwerende partij;
- grootte van de onderneming van de schuldenaar.

De casestudy bestond uit twee onderdelen:

1) Reconstructie feitencomplex
In drie van de vijf geselecteerde zaken hebben de onderzoekers voorafgaand aan de interviews met betrokkenen inzage gekregen in het dossier. In een van de geselecteerde zaken hebben zij tijdens het interview met een van de betrokkenen inzage gekregen in het dossier. Aan de hand van de beschikbare stukken is een reconstructie gemaakt van de belangrijkste gebeurtenissen in het WHOA-traject. Het gaat dan bijvoorbeeld om het besluit om een van de WHOA-procedures te starten, de achterliggende oorzaken van de ontstane situatie en de directe aanleiding van het WHOA-traject, een eventuele aanstelling van een herstructureringsdeskundige of een observator, een eventuele afkoelingsperiode, een eventueel aspectenverzoek, een eventuele homologatie etc. Voor de drie zaken waarbij onderzoekers voorafgaand aan de interviews met betrokkenen inzage hebben gekregen in de dossiers, hebben zij de dossiers ook gebruikt om vragen te formuleren voor de betrokkenen. In andere gevallen gebeurde dat op basis van de verschillende gepubliceerde uitspraken in het desbetreffende WHOA-traject.

2) Interviews betrokkenen
Nadat het feitencomplex was gereconstrueerd, zijn interviews uitgevoerd met de betrokkenen. Per casus zijn interviews uitgevoerd met twee betrokkenen. Daarbij is gezocht naar een spreiding tussen de verschillende categorieën van betrokkenen, zoals de herstructureringsdeskundige, observator of een betrokken advocaat van een schuldenaar, schuldeiser of aandeelhouder. De interviews waren semigestructureerd, in de zin dat er geen strak geredigeerde vragen voor alle casus zijn geformuleerd maar dat de reconstructie van het feitencomplex als basis voor het interview is gebruikt. Semigestructureerde interviews hebben als voordeel dat de onderwerpen voor ieder gesprek gelijk zijn zodat de gesprekken goed kunnen worden vergeleken, terwijl tegelijkertijd voldoende ruimte bestaat voor specifieke inbreng van de participanten. Die eigen inbreng van participanten is in deze studie van belang omdat vooraf geen tot weinig duidelijkheid bestaat over de ervaringen met de wet in de praktijk. Het doel van de interviews was om een indicatieve beschrijving te geven van de werking van de WHOA in de praktijk, inclusief eventuele verbeterpunten in het WHOA-traject.

Bij de meeste interviews was een notulist aanwezig die aantekeningen maakte en de interviews zijn tevens met toestemming van de participanten opgenomen. De gespreksaantekeningen zijn met hulp van de opname uitgewerkt tot een gespreksverslag, waarbij alle herkenbare namen zijn gepseudonimiseerd, zodat de gespreksverslagen niet herleidbaar zijn naar de participanten. De gespreksverslagen zijn ter controle voorgelegd aan de participanten.

5.3 Resultaten

De analyse van het feitencomplex en de interviews met betrokkenen heeft geleid tot de vaststelling van enkele succesfactoren en knelpunten van de WHOA in de praktijk. In de volgende paragraaf bespreken we de resultaten van de casestudies. Omdat we de betrokkenen volledige geheimhouding hebben toegezegd, en het in de meeste gevallen ging om besloten WHOA-trajecten, bespreken we de resultaten niet per casus en geven we niet aan met welke actoren we in de geselecteerde zaken hebben gesproken. Om toch enig inzicht te geven in de aard van de onderzochte zaken, zodat de resultaten op waarde kunnen worden beoordeeld, bespreken we eerst wel beknopt enkele kernaspecten van de geselecteerde zaken.

5.3.1 Geselecteerde casus

5.3.1.1 Casus 1

Deze casestudy betreft een besloten WHOA-traject dat strekt tot homologatie van een (groeps)akkoord en dat ongeveer twee maanden heeft geduurd. Gedurende het traject is een afkoelingsperiode afgekondigd en een observator aangesteld. Voorafgaand aan het eigenlijke WHOA-traject heeft wel de nodige voorbereiding plaatsgevonden, waardoor het gehele traject per saldo zo'n veertien maanden in beslag heeft genomen. De kern van het akkoord bestond eruit dat een dochtervennootschap werd verkocht, waarmee een deel van de verstrekte kredietfaciliteit werd afgelost. Daarnaast werden aanpassingen in (de voorwaarden voor) de kredietfaciliteit doorgevoerd. Vooral dit laatste punt stond centraal in dit traject, waarbij het ging om de principiële vraag of een akkoord kan inhouden dat een kredietverstrekker wordt verplicht om op basis van een (voorafgaand aan de herstructurering) bestaande kredietfaciliteit in de toekomst werkkapitaal te blijven financieren. Een van de financiers verzette zich hiertegen en diende een verzoek tot afwijzing van het akkoord in. De rechtbank heeft het akkoord gehomologeerd. In haar overwegingen om tot homologatie van het akkoord te komen heeft de rechtbank in essentie aangegeven van oordeel te zijn dat de WHOA in beginsel toelaat dat een akkoord ertoe leidt dat kredietverstrekkers worden verplicht op basis van (voorafgaand aan de herstructurering) bestaande kredietfaciliteiten in de toekomst het werkkapitaal te blijven financieren. Daarnaast gaf de rechtbank aan geen aanleiding te zien om te twijfelen aan het opgestelde businessplan, ondanks bezwaren van een de schuldeisers die betoogde dat geen sprake was van een toekomstbestendige business case. Zij liet hierbij meewegen dat een ruime meerderheid van de stemgerechtigde schuldeisers daar, blijkens hun voorstem, wel voldoende vertrouwen in had. Ook was van belang dat enkele voorstemmende schuldeisers mede-contractanten betroffen van de tegenstemmende schuldeisers, waarmee, aldus de rechtbank, de voorstem van die meerderheid extra gewicht in de schaal legt. Ook speelde mee dat het businessplan door een onafhankelijke financieel adviseur positief was beoordeeld. Het plan was vervolgens door een andere onafhankelijke partij als basis gebruikt voor de berekening van de reorganisatiewaarde, waaruit de levensvatbaarheid ná herstructurering voldoende bleek.

5.3.1.2 Casus 2

Deze casestudy betreft een besloten WHOA-traject dat ruim zeven maanden heeft geduurd en strekte tot homologatie van een akkoord en opzegging van een overeenkomst. De onderneming, die bestaat uit verschillende vennootschappen, exploiteert een onderneming gericht op zorg aan ouderen en herstel na operaties. Zij was onder meer in financiële moeilijkheden gekomen als gevolg van de coronapandemie, waardoor als gevolg van uitgestelde operaties veel herstelzorg niet meer plaatsvond. De huidige financier was bereid tot een herfinanciering, mits dat gepaard zou gaan met een herschikking van de schulden van de schuldenaar. Daartoe is een akkoord

aangeboden, waarbij – in essentie – ruim 6% zou worden uitgekeerd aan de preferente schuldeisers en zo'n 1% aan de concurrente schuldeisers. Ook werd een verzoek tot beëindiging van een huurovereenkomst gedaan. De rechtbank heeft het verzoek tot homologatie van dit akkoord afgewezen. Uit de onderbouwing komt naar voren dat, in elk geval vanuit het perspectief van de rechtbank, sprake was van onvoldoende informatieverstrekking aan de schuldeisers en van een onjuiste klassenindeling. In het bijzonder oordeelde de rechtbank dat niet duidelijk was aangegeven waarom de aandeelhouders niet onder het akkoord vielen. Ook bleek een waardering van activa niet beschikbaar, en is niet voor alle vennootschappen inzicht gegeven in de opbrengst die naar verwachting zou kunnen worden gerealiseerd bij vereffening van hun vermogen in faillissement. Wat de klassenindeling betreft, ontbrak het onder meer aan een aparte klasse voor MKB-schuldeisers, die volgens het voorgestelde akkoord minder dan twintig procent zouden ontvangen. Verder constateerde de rechtbank dat onvoldoende inzicht is gegeven aan schuldeisers over nieuwe financiering die nodig was om het akkoord tot stand te brengen. Daarnaast bestond onduidelijkheid over de positie van een van de schuldeisers, die tevens als financier van het akkoord zou optreden, en als financier/investeerder van een van de vennootschappen.

5.3.1.3 Casus 3

Deze casestudy betreft een besloten WHOA-traject dat zo'n drie maanden heeft geduurd vanaf de deponering van de startverklaring en waarin de schuldenaar het akkoord heeft voorbereid en vervolgens homologatie heeft verzocht. Het WHOA-traject was vooral ingegeven door de financier die een lening had verstrekt, waarvan de lasten niet meer door de schuldenaar gedragen konden worden. Dat er geld nodig was, was het probleem niet. De financier was bereid daaraan mee te werken, maar wel onder de voorwaarde dat er structureel iets moest verbeteren en de overige schuldeisers ook water bij de wijn zouden doen. De financier was veruit de grootste schuldeiser. De zekerheden waren begroot op een kleine €11 miljoen; het niet-gesecureerde deel van de financiering op €10 miljoen. De concurrente vorderingen betroffen ongeveer een half miljoen, en de preferente vorderingen, zoals belastingschulden, ergens rond de anderhalf ton. De omvang van de vorderingen, en daarmee belangen, liepen dus sterk uiteen. Een consensueel akkoord in de voorfase was geen optie omdat op voorhand niet zeker was of iedereen zou instemmen met een consensueel akkoord. De hele kleine crediteuren, onder de €100, zijn niet meegenomen, dat werd te bewerkelijk gevonden, die werden gewoon betaald.

Ongeveer anderhalve maand na de deponering van de startverklaring heeft de rechtbank zich uitgesproken over een aspectenverzoek dat zag op de vraag of een ongelijke behandeling van de concurrente crediteuren is toegestaan. De groep concurrente schuldeisers werd in de casus op twee manieren ongelijk behandeld. Ten eerste was het plan om de vorderingen die voor een bepaalde datum waren ontstaan te betrekken in het akkoord en de vorderingen die na deze datum waren ontstaan integraal te voldoen en dus buiten het akkoord te houden. Ten tweede zal de hiervoor genoemde vordering van de kredietverstrekker buiten het akkoord worden gehouden en op termijn volledig worden voldaan. De schuldenaar achtte deze afwijking gerechtvaardigd omdat dit noodzakelijk zou zijn voor de voortzetting van de onderneming. De rechtbank gaat daarin mee en is van oordeel dat voor deze specifieke ongelijke behandeling van concurrente crediteuren een redelijke grond bestaat en dat de belanghebbende schuldeisers in casu niet in hun belangen worden geschaad. Doorslaggevend is volgens de rechtbank dat zonder deze ongelijke behandeling de onderneming failliet zal worden verklaard, waardoor de concurrente schuldeisers geen uitkering zouden ontvangen.

Daarnaast heeft de rechtbank machtiging verleend ex artikel 42a Fw voor het verstrekken van een krediet. De financier wilde wel doorfinancieren, maar wilde dat wel op een paulianabestendige wijze vormgeven. De populatie handelscrediteuren waar de onderneming mee te maken had, was erg trouw. Er was sprake van veel vaste leveranciers en afnemers. Het WHOA-traject was daarmee vrij harmonieus: iedereen zag dat er iets moet gebeuren. Een goede relatie met de stakeholders speelde een rol. De onderneming was ook een bedrijf met een goede naam. Door geen van de schuldeisers is een verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek ingediend en alle klassen hebben voor het aangeboden akkoord gestemd. De rechtbank heeft het

voorgestelde akkoord vervolgens gehomologeerd. Het lijkt nu weer goed te gaan met de onderneming.

5.3.1.4 Casus 4

Deze casestudy betreft een besloten WHOA-traject dat bijna een half jaar heeft geduurd vanaf de startverklaring tot de – afwijzende – homologatiebeslissing. Gedurende het WHOA-traject is een afkoelingsperiode afgekondigd en in de eindfase een observator aangesteld. De onderneming was door de coronapandemie zwaar geraakt waardoor binnen afzienbare termijn een insolventie in het verschiet lag, maar waarbij de ondernemer met zijn aandeelhouders geprobeerd heeft via een WHOA-traject financieel orde op zaken te brengen. Al bij het verzoek om een afkoelingsperiode bleek de financier daartegen bezwaar te hebben. Hierbij speelde ook mee dat de financier vond dat hij niet goed op de hoogte werd gehouden van de voortgang, bijvoorbeeld omdat hij geruime tijd na de deponering van de startverklaring daarvan op de hoogte werd gesteld. Voor de rechtbank was dat echter geen reden om dat verzoek af te wijzen, zij het dat de schuldenaar niet voor de maximale periode van vier maanden rust gegund werd, maar slechts twee maanden. Rond die tijd heeft een schriftelijke stemming over het akkoordvoorstel plaatsgevonden waarbij in verschillende klassen is gestemd waarvan de helft van de klassen met het akkoord had ingestemd. Zij vertegenwoordigden het overgrote deel van de schulden. De rechtbank moest daarom een observator aanwijzen (art. 383 lid 4 Fw) die in korte tijd (negen dagen) een zienswijze moest opstellen en daarin het homologatieverzoek steunde. De financier bleef zich verzetten en verzocht één dag voor de zitting afwijzing van het homologatieverzoek waartegen de verzoeker zich een dag later – toen ook de zitting werd gehouden – schriftelijk verzette. Ondanks het positieve advies van de observator besloot de rechtbank het homologatieverzoek ambtshalve af te wijzen waardoor zij ook niet meer toekwam aan het afzonderlijke afwijzingsverzoek van de financier. Anders dan de observator vond de rechtbank de informatievoorziening door de schuldenaar op verschillende onderdelen onder de maat. Er was onvoldoende duidelijkheid over de informatieverschaffing die volgens de rechtbank bovendien incompleet was omtrent de klassenindeling, de waardering (zowel reorganisatie- als liquidatiewaarde) en de toedeling van de door het akkoord gecreëerde waarde.

5.3.1.5 Casus 5

Deze casestudy betreft een openbaar WHOA-traject dat zo'n tien maanden heeft geduurd en waarin een herstructureringsdeskundige is aangesteld en een afkoelingsperiode werd afgekondigd. In dit verband heeft de herstructureringsdeskundige nog wel geworsteld met de peildatum: was dit de datum dat de schuldenaar een startverklaring had gedeponeerd of de datum waarop de rechtbank de herstructureringsdeskundige had aangewezen en een afkoelingsperiode had afgekondigd? De kern van het WHOA-traject bestond erin om een nieuwe financier en aandeelhouder te vinden voor de schuldenaar. Tijdens de interviews met betrokkenen is naar voren gekomen dat dit doel naar alle waarschijnlijkheid niet bereikt had kunnen worden zonder de WHOA; in zoverre lijkt het bestaan van de WHOA hier van toegevoegde waarde te zijn geweest. Het zoeken naar een nieuwe financier heeft een groot deel van de tijd in beslag genomen. Daarnaast was het grip krijgen op de lopende verplichtingen en het bewaken van de liquiditeitsprognoses een belangrijk onderdeel van het werk van de herstructureringsdeskundige. Vooral de liquiditeitsprognoses speelden een belangrijke rol bij de beoordeling van de vraag of de afkoelingsperiode werd verlengd. Ook is tweemaal een verzoek om een machtiging ex art. 42a Fw gedaan, die beide door de rechtbank zijn afgewezen. Het eigenlijke WHOA-traject, dat wil zeggen: de voorbereiding van een akkoord, heeft vier maanden in beslag genomen. De totstandkoming van het akkoord heeft aldus plaatsgevonden dat een conceptakkoord is voorgelegd aan de stemgerechtigde schuldeisers, die bovendien digitaal toegang kregen tot alle akkoordstukken. Naar aanleiding van de reacties van schuldeisers zijn enkele wijzigingen aangebracht en is het akkoord ter stemming gebracht. Blijkens de resultaten van de stemming kon het akkoord rekenen op een zeer groot draagvlak. Tijdens de homologatiezitting is met name door de oude aandeelhouder bezwaar gemaakt tegen homologatie. Deze bezwaren zijn alle gepasseerd wegens schending van de klachtplicht ex art. 383 lid 9 Fw.

5.3.2 Rol herstructureringsdeskundige en observator

Onderstaand worden enkele thema's rond de herstructureringsdeskundige en de observator in onderling verband besproken, zoals naar voren gekomen in de casestudies.

5.3.2.1 Herstructureringsdeskundige

Uit de casestudy waarin een herstructureringsdeskundige is aangewezen, is naar voren gekomen dat de geïnterviewde betrokkenen positief zijn over de rol van de herstructureringsdeskundige: "Voor zover ik er zicht op heb, denk ik dat hij zijn werk goed heeft gedaan." De verschillende betrokkenen hebben wel aangegeven dat de herstructureringsdeskundige hier nadrukkelijk samen is opgetrokken met de schuldenaar, althans dicht tegen de schuldenaar aanzat, maar er is niet geconstateerd dat dit tot moeilijkheden heeft geleid op het gebied van de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en de taakopvatting. Daarbij werd mede gewezen op het feit dat de belangen van de schuldenaar en de schuldeisers in algemene zin parallel liepen. Ook kwam aan de orde dat het – mede gelet op het feit dat de WHOA ten tijde van het traject nog relatief nieuw was – op sommige punten enigszins zoeken was wat de rol van de herstructureringsdeskundige precies is, omdat een herstructureringsdeskundige een duidelijk andere rol heeft dan een curator in faillissement. Een moeilijkheid die voor de herstructureringsdeskundige speelde was het feit dat het WHOA-traject geruime tijd in beslag heeft genomen en de schulden gedurende het traject bleven oplopen, waardoor de vraag is opgekomen welke verantwoordelijkheid de herstructureringsdeskundige in dat verband heeft.

5.3.2.2 Observator

Uit verschillende casestudies blijkt een positieve grondhouding van de geinterviewden met betrekking tot de rol van de observator. Zo merkte een geïnterviewde in de casestudy waarin homologatie is afgewezen op dat de aanstelling van een observator (of herstructureringsdeskundige) de uitkomst mogelijk had kunnen beïnvloeden door de ingebrachte objectiviteit en doordat hij de informatie-asymmetrie tussen de schuldenaar en de schuldeisers had kunnen mitigeren. Verschillende geïnterviewden hebben evenwel bedenkingen geuit met betrekking tot de inhoud van de rol van de observator die wettelijk gezien nogal open is, waardoor in de praktijk de specifiek aangestelde persoon van de observator bepalend is voor de taakinvulling. Partijen kunnen als gevolg hiervan in onzekerheid verkeren over hoe actief of observerend de specifieke functionaris zijn rol zal vervullen, hetgeen als onwenselijk wordt ervaren. Hierbij is vermeld dat de gewenste verduidelijking van de rolomschrijving niet per se via de wet hoeft, maar ook met het formuleren van best practices goed mogelijk is. Een ander aandachtspunt dat door de geïnterviewde betrokkenen naar voren is gebracht, betreft het grote gewicht van de zienswijze/rapportage van de observator in de oordeelsvorming van de rechtbank. Het is in dit verband niet wenselijk indien de observator 'te laat' in het proces wordt aangesteld, hetgeen zich vooral voordoet bij de aanstelling ex art. 383 lid 4 Fw waarbij een homologatieverzoek voorligt voor een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd. Tot slot is door verschillende geïnterviewden benadrukt dat de kosten van een observator hoog kunnen oplopen waardoor niet alle ondernemingen de aanstelling van een observator kunnen opbrengen.

5.3.3 Afkoelingsperiode

De afkoelingsperiode heeft in drie van de vijf casestudies een rol gespeeld. Zo had in een van de zaken de schuldenaar verzocht om een afkoelingsperiode voor zowel zichzelf als de met haar verbonden groepsentiteiten waarop de rechtbank de dag daarop direct een tijdelijke afkoelingsperiode had afgekondigd totdat bij definitieve eindbeslissing op het verzoek is beslist. Wegens het ontbreken van concrete faillissementsaanvragen heeft de rechtbank het bijkomende verzoek om deze te schorsen toen wel al afgewezen. De definitieve toewijzing is enkele weken later gebeurd waarbij de rechtbank de afkoelingsperiode voor enkele maanden afkondigde met bepaalde in de beschikking opgenomen beperkingen. In dit WHOA-traject is de afkoelingsperiode verder niet meer aan bod gekomen door de homologatie van het akkoord voordat de termijn van die afkoelingsperiode was verstreken. Een van de geïnterviewden

noemde meermaals de ongerijmdheid dat een schuldeiser zonder gehoord te worden met een afkoelingsperiode kan worden geconfronteerd, ook al was dit in deze casus niet het geval. Andere geïnterviewden waren daarentegen goed te spreken over de wijze waarop de afkoelingsperiode zich langzamerhand heeft uitgekristalliseerd waarbij kort na indiening van een verzoek direct *ex parte* door de rechtbank een tijdelijke afkoelingsperiode wordt afgekondigd tot de definitieve beslissing waarbij de belanghebbenden dan wel worden gehoord.

In een andere zaak speelde een verzoek om een afkoelingsperiode en een verzoek om af te wijken van de verplichting (art. 376 lid 7 Fw) om aanvullende zekerheden te stellen. Dit laatste werd door de rechtbank beschouwd als zijnde in strijd met een wettelijke verplichting, maar vervolgens op een andere grond (gebrek aan belang) afgewezen. De afkoelingsperiode daarentegen werd wel afgekondigd, zij het slechts voor twee maanden. De rechtbank oordeelde dat aan de vereisten van art. 376 lid 4 Fw was voldaan: zowel de noodzaak voor een afkoelingsperiode als dat daarmee de belangen van de gemeenschappelijke schuldeisers worden gediend bleken aanwezig, terwijl de bezwaar makende schuldeiser daardoor niet wezenlijk zou worden geschaad. In de interviews met de betrokkenen in deze casestudy werd over de afkoelingsperiode niet inhoudelijk gesproken. Wel kwam ter sprake dat als een tegenstemmende schuldeiser bij het verzoek om een afkoelingsperiode al gelegenheid zou hebben gehad om zijn bezwaren kenbaar te maken, het de vraag is of het dan nog wel zinvol zou zijn geweest om een – kostbare – observator aan te stellen.

De derde zaak kent de nodige (tussen)uitspraken waarin een afkoelingsperiode is afgekondigd en daarna twee keer verlengd tot de maximale wettelijke looptijd van acht maanden (art. 376 lid 5 Fw). Telkens moest de rechtbank oordelen of aan de wettelijke vereisten van art. 376 lid 4 resp. lid 5 Fw was voldaan voor de eerste resp. tweede en derde procedure. Omdat financiering gedurende de afkoelingsperiode in het begin nog onduidelijk was, heeft de rechtbank die eerst niet voor de maximumperiode van vier maanden afgekondigd. In de twee verlengingsbeslissingen, die zelf telkens pas na het verstrijken van de bestaande afkoelingsperiodes zijn gegeven, is eveneens een kortere periode afgekondigd, terwijl in de laatste fase voorafgaand aan de homologatie de afkoelingsperiode van rechtswege al eerder was geëindigd wegens de bereikte maximale periode van acht maanden.

In de interviews is de afkoelingsperiode vooral aan bod gekomen in het kader van het vaststellen van de datum vanaf wanneer de schuldenaar moet kunnen blijven voldoen aan de lopende verplichtingen (wat die verplichtingen dan ook precies zijn)[247] en de steeds strenger wordende toets door de rechter van vooruitgang bij de onderhandelingen. Een van de geïnterviewden vond de afkoelingsperiode overigens niet strikt nodig (“als je maar goed communiceert”), maar wel nuttig als er een schuldeiser is die het faillissement aanvraagt. Over de kwestie van de lopende verplichtingen is door enkele geïnterviewden naar voren gebracht dat vanwege de onzekerheid over de vraag welke vorderingen na de startverklaring nog volledig mogen worden betaald (als lopende verplichtingen), de startverklaring in de desbetreffende zaken diende als het eindpunt van de consensuele fase, waarna het traject zich enkel nog op de homologatie toespitste (zonder wezenlijke aanvullende onderhandelingen.

5.3.4 Art. 42a Fw

De kwestie van art. 42a Fw en mogelijk paulianeuze handelingen heeft in twee van de vijf casestudies een rol gespeeld. In een van de zaken speelde een verzoek ex art. 42a Fw voor een machtiging voor het aangaan van een financiering waartoe de financier bereid was als de rechtbank die machtiging zou verstrekken. Na toetsing door de rechtbank aan de wettelijke vereisten van art. 42a Fw wees de rechtbank het verzoek toe voor zover de financiering werd verstrekt vanaf de datum van de startverklaring. Voor zover de financiering materieel betrekking had op de periode daarvoor, viel die buiten de machtiging. Dit onderscheid door de rechtbank bij de machtiging is in het interview slechts zijdelings aan de orde geweest. Omdat de kwestie

—

[247] Zie voor een recent voorbeeld de verschillende rechtszaken rond Big Bazar, Rb. Noord-Nederland 4 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3678 en Rb. Noord-Nederland 25 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3893, waarin – onder meer – juist dit aspect een rol speelde.

speelde in de begintijd van de WHOA, hoopten schuldenaar en financier hiermee enige duidelijkheid over de toepassing van deze bepaling te krijgen, hetgeen het geval bleek. In de andere zaak was tweemaal om een machtiging ex art. 42a Fw verzocht, waarop de rechtbank beide keren negatief had beslist.

In het eerste verzoek werd de rechtbank gevraagd om goedkeuring te verlenen aan een overeenkomst waardoor de schuldenaar inkomsten zou verwerven. Omdat de rechtbank niet kon vaststellen of die tegenprestatie marktconform was en daarmee niet benadelend voor, althans wel dienstbaar was aan, de gezamenlijke schuldeisers, wees zij het verzoek af. Hierbij speelde tevens een rol dat het de rechtbank evenmin waarschijnlijk leek dat de overeenkomst uitsluitend zou worden aangegaan voor de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van het akkoord of die voorbereiding zelf (art. 42a sub a Fw). Een van de geïnterviewden vroeg zich overigens af of de rechtbank hier niet een te hoge drempel opwierp: zou een transactie die op het eerste gezicht *at fair value* lijkt niet gewoon moeten worden geaccordeerd? Een andere geïnterviewde kon wel leven met deze afwijzing, maar had de indruk dat de rechtbank er gewoon niet aan wilde.

Het tweede verzoek zag op het sluiten van een kredietovereenkomst met bijbehorende zekerheden waarvoor art. 42a Fw comfort zou moeten bieden. Omdat het krediet niet acuut nodig was maar anticiperend werd gevraagd en voor een hoger bedrag dan voorzien, oordeelde de rechter dat het verzoek in wezen prematuur was, ook omdat de rechtbank de directe gevolgen daarvan niet kon overzien. De rechtbank beriep zich hiervoor ook uitdrukkelijk op overweging 68 Herstructureringsrichtlijn tegen de achtergrond van art. 17-18 Herstructureringsrichtlijn, waarin de directe noodzaak voor de voortzetting van de onderneming dan wel het overleven van de schuldenaar als criterium tegen mogelijk misbruik wordt genoemd. Een van de geïnterviewden vroeg zich af of de rechtbank hier niet meer had kunnen meedenken met de anticipatie, omdat het nu verspilde moeite zou zijn geweest als men bij een alsnog opkomende acute liquiditeitsnood opnieuw naar de rechter had moeten stappen. Verder is art. 42a Fw in deze casestudy niet aan de orde geweest.

5.3.5 Aspectenverzoek

In een van de onderzochte casus is een aspectenverzoek aan de orde geweest. De geïnterviewden hebben het aspectenverzoek als een nuttig instrument ervaren, mede omdat ten tijde van deze casus de WHOA pas relatief recent in werking was getreden. Het aspectenverzoek blijkt in overleg met een van de schuldeisers te zijn opgesteld. Een van de geïnterviewden geeft aan dat het erg prettig was dat de rechtbank alle stukken al heel goed had bestudeerd en tijdens de behandeling van het aspectenverzoek kritische vragen stelde, waardoor zij goed konden inschatten waar de mogelijke pijnpunten zouden zitten en daarop kon worden geanticipeerd in voorbereiding op de homologatiezitting.

Tegelijkertijd geeft een van de geïnterviewden aan dat niet voor iedere vraag naar de rechtbank kan worden gestapt, mede gezien de werkbelasting van de rechterlijke macht. De geïnterviewde geeft aan dat het prettiger zou zijn als dat wel zou kunnen.

5.3.6 Homologatie

De homologatie gaf geen aanleiding tot uitvoerige beschouwingen. Er werd over het algemeen met instemming over gesproken, vooral over de homologatiezitting als zodanig, ook door betrokkenen bij wie de zitting niet tot het gewenste resultaat leidde. Meermalen werd opgemerkt dat de betrokkenen de kans kregen op de homologatiezitting te zeggen wat ze wilden zeggen. In één geval meende een betrokkene dat de tendens is dat het een ‘homologeren, mits’ is geworden, waar het bedoeld was als ‘homologeren, tenzij’. Schuldeisers kunnen ruis creëren. Waarom zou je niet homologeren als alle schuldeisers erop vooruitgaan? In twee gevallen strandde de homologatie, wegens een gebrekkige informatievoorziening en/of klassenindeling. Eenmaal werd een bezwaar vanwege schending van de klachtplicht niet in behandeling genomen.
Los hiervan, wordt de klassenindeling flexibel gevonden, het is niet per se een kwestie van goed of fout. Een betrokkene vroeg zich af of de klassenindeling was gemanipuleerd door een

financier niet in een eigen klasse onder te brengen. Ook achtte hij het strikt genomen in strijd met de wet dat schuldeisers wordt gevraagd om te stemmen op basis van hun *commitments* – de verplichtingen die zij zijn aangegaan om in de toekomst bepaalde financieringen te verstrekken – in plaats van hun bestaande vorderingen. Meer *guidance* van de wetgever is gewenst. De klachtplicht kan op begrip rekenen. Die geeft *deal certainty*: er is maar één kans op homologatie. De twintigprocentsregel was in een van de casestudies zijdelings aan de orde, waar de homologatie er onder meer op strandde dat geen separate klasse voor MKB-schuldeisers werd gemaakt. De regel als zodanig gaf overigens weinig reden voor opmerkingen. In één geval wordt opgemerkt dat er geen probleem was omdat alle concurrente schuldeisers twintig procent konden ontvangen. Wel werd in een ander geval opgemerkt dat die regel in een liquidatieakkoord vreemd zou uitpakken. Het buiten het akkoord houden van de handelscrediteuren werd lastig te verenigen geacht met de *absolute priority rule*. Die *absolute priority rule* verdient volgens een andere betrokkene nadere aandacht. Doordat wordt uitgegaan van een fictieve waarde die wordt verdeeld, komt het erop neer dat de waarde die door mogelijke 'write-offs' op de vorderingen van de schuldeisers wordt gerealiseerd, naar de aandeelhouders gaat. Tot slot is de hoogte van het griffierecht specifiek genoemd als drempel voor kleine partijen om tegen een homologatie op te komen.

5.3.7 Waarderingsvraagstuk

In drie casestudies kwam het waarderingsvraagstuk direct of indirect als knelpunt terug. In alle gevallen betrof het een kritische observatie over de rol die de waarderingen (en ook waarderingsdeskundigen) in het traject hadden gespeeld. Samengevat was de kritiek dat waarderingen vaak onvoldoende zijn onderbouwd, er te weinig informatie en uitleg wordt verschaft, maar ook dat waarderingsdeskundigen kennelijk hun oren soms laten hangen naar de gewenste uitkomst voor de partij die ze bijstaan (in elk geval is dat de perceptie), terwijl een waardering in de WHOA nu juist moet bijdragen aan noodzakelijke objectivering rondom – in het bijzonder – de reorganisatiewaarde. Gebrek aan specifieke richtlijnen en procedures voor 'WHOA-waarderingen' lijkt een verklaring te zijn voor de geuite kritiek, dat wil zeggen dat betrokken partijen op dit moment nog niet goed weten welke maatstaven voor waarderingen en, meer in het algemeen, informatievoorziening moeten worden gehanteerd.

6 Survey

6.1 Inleiding

Door de resultaten van het jurisprudentieonderzoek, de casestudies en de expertmeetings is enig inzicht verkregen in de werking van de WHOA in de praktijk. Om te onderzoeken in hoeverre bepaalde ervaringen met de WHOA breed worden gedragen onder ervaringsdeskundigen, hebben we afsluitend de deelnemers vanuit verschillende stakeholdergroepen in een overkoepelende survey bevraagd naar hun praktijkervaringen met de WHOA, de gevolgen die zij ervaren van de inwerkingtreding van de WHOA, en eventuele verbeterpunten. De survey is opgesteld met inachtneming van de resultaten van de hiervoor besproken studies. De survey heeft ten opzichte van de andere onderzoeksmethoden de toegevoegde waarde dat kan worden nagegaan in hoeverre bepaalde ervaringen met de WHOA breed worden gedragen. Bovendien geeft de survey de mogelijkheid om inzicht te krijgen in aspecten waarover onder ervaringsdeskundigen consensus bestaat en over welke aspecten juist onenigheid bestaat.

6.2 Methode

De populatie die de onderzoekers met deze survey wilden bereiken bestaat uit actoren die ervaring hebben met de WHOA in de praktijk zoals advocaten, herstructureringsdeskundigen en rechters. Deze groep laat zich lastig definiëren en daardoor is het niet mogelijk om in te schatten hoe groot de populatie precies is. Een inschatting op basis van het door ons uitgevoerde jurisprudentieonderzoek is onvolledig, omdat niet alle WHOA-trajecten voor de rechter komen en niet alle uitspraken zijn gepubliceerd. Waar mogelijk wordt het aantal respondenten bij de verschillende onderwerpen gekoppeld aan het aantal uitspraken over dat onderwerp, zodat enig inzicht kan worden verkregen in de *response rate*.

Om zoveel mogelijk potentiële respondenten te bereiken, hebben onderzoekers de survey via de volgende kanalen uitgezet:

a) ledenoproep in nieuwsbrieven via de besturen van NVvH, INSOLAD, JIRA, DTA, NiRV;
b) benadering van alle (oud-)deelnemers van – inmiddels drie – Leidse PAO Leergangen ‘WHOA Herstructureringsdeskundige’ in het kader van een vervolgbijeenkomst (ruim 250 deelnemers);
c) rechters en griffiers uit de WHOA-pool;
d) oproepen via LinkedIn.

Onderzoekers hebben twee aparte surveys uitgestuurd, een specifiek voor de WHOA-pool en een voor alle personen die ervaring hebben met een WHOA-traject. De survey voor de WHOA-pool bevatte enkele aanvullende vragen over de werking van de WHOA-pool. Verder zijn beide surveys identiek. We bespreken de resultaten van beide surveys hierna separaat omdat de actoren binnen de WHOA-pool een wezenlijk andere rol vervullen in WHOA-trajecten dan de andere actoren.

6.2.1 Steekproef

6.2.1.1 Reguliere survey

In totaal hebben 145 respondenten de reguliere survey ingevuld.[248] De antwoorden van de respondenten die hebben aangegeven werkzaam te zijn als rechter ($n = 5$) hebben we uit de reguliere steekproef verwijderd en toegevoegd aan de steekproef van de WHOA-pool zodat we de resultaten van deze surveys konden vergelijken.[249] Vervolgens hebben we de antwoorden

—

[248] De *response rate* is gezien de onder 6.2 genoemde overwegingen niet te berekenen.

[249] De antwoorden van de rechters die de reguliere survey hebben ingevuld zijn vergeleken met de antwoorden van de rechters die de survey voor de WHOA-pool hebben ingevuld. Op basis van die vergelijking bleek dat geen overlap bestond tussen de gegeven antwoorden en de rechters dus niet beide surveys hebben ingevuld.

verwijderd van de respondenten die minder dan 15% van de survey hadden ingevuld (*n* = 62).[250] De gebruikte steekproef bestaat dus uit 78 respondenten.

Het grootste deel van de respondenten is advocaat (*n* = 36), een kleiner deel curator (*n* = 18) en waarderingsdeskundige (*n* = 17). Zie tabel II voor een overzicht van de beroepen van de respondenten en de (beroeps)verenigingen waar zij lid van zijn.

*Tabel II Karakteristieken respondenten**

Beroep	*(Beroeps)vereniging*
Advocaat (*n* = 36)	INSOLAD (*n* = 30)
Curator (*n* = 18)	JIRA (*n* = 5)
Waarderingsdeskundige (*n* = 17)	NvvH (*n* = 32)
Medewerker bank- en kredietwezen (*n* = 6)	NvRII (*n* = 13)
Consultant (*n* = 12)	NOvA (*n* = 24)
Interim-manager (*n* = 3)	DTA (*n* = 12)
Mediator (*n* = 0)	NiRV (*n* = 12)
Bedrijfsjurist (*n* = 3)	OKB (*n* = 0)
	VNO-NCW (*n* = 3)
	MKB-Nederland (*n* = 2)
	NvL (*n* = 2)
	NvB (*n* = 4)
	NvP (*n* = 0)
	NGB (*n* = 0)

* De respondenten konden verschillende antwoordmogelijkheden aanvinken.

De respondenten hebben een gemiddelde leeftijd van 48,7 jaar (variërend van 26 tot 67 jaar, *SD* = 10,9). Het grootste gedeelte van de respondenten was man (*n* = 69), een kleiner deel vrouw (*n* = 6). Eén respondent heeft geen antwoord willen geven op de vraag over het geslacht. De respondenten hebben gemiddeld 16,0 jaar ervaring op het terrein van insolventie en/of herstructureringen (variërend tussen de 0 en 42 jaar, *SD* = 10,9). Het grootste deel van de respondenten (90%) (*n* = 68) is weleens betrokken geweest bij een WHOA-traject, een kleiner deel (*n* = 8) niet. Gemiddeld zijn de respondenten 5,8 keer betrokken geweest bij een WHOA-traject (*SD* = 5,0).

6.2.1.2 Survey voor de WHOA-pool

De survey die we hebben uitgezet onder de WHOA-pool is door 23 respondenten ingevuld. Aan deze resultaten hebben we de antwoorden van de vijf rechters die de reguliere survey hadden ingevuld, toegevoegd. Vervolgens hebben we de antwoorden verwijderd van de respondenten die minder dan 15% van de survey hadden ingevuld (*n* = 2).[251] De gebruikte steekproef bestaat dus uit 26 respondenten. Voor de survey die is uitgezet onder de WHOA-pool geldt dat de respondenten tussen de 29 en 61 jaar oud zijn, met een gemiddelde leeftijd van 45,6 jaar (*SD* = 12,7). Het grootste gedeelte van de respondenten is man (*n* = 13), een kleiner deel vrouw (*n* = 9). Twee respondenten hebben aangegeven hun geslacht liever niet kenbaar te maken. Het grootste deel van de respondenten is rechter (*n* = 17), een kleiner deel griffier/griffiemedewerker (*n* = 8). Op basis van het jurisprudentieonderzoek blijkt dat de WHOA-pool tot 1 juli 2023 uit ongeveer 24 rechters bestond, hetgeen betekent dat sprake is van een hoge *response rate*.[252] Respondenten zijn gemiddeld 13,8 jaar werkzaam op het terrein van insolventie en/of

—

[250] Voor deze relatief lage progressiegrens is gekozen omdat per onderwerp het aantal respondenten wordt vermeld.

[251] Voor deze relatief lage progressiegrens is gekozen omdat per onderwerp het aantal respondenten wordt vermeld.

[252] Zie paragraaf 3.3.9.

herstructureringen, variërend tussen de 2 en 35 jaar (*SD* = 8,6). Respondenten zijn gemiddeld 21,8 keer betrokken geweest bij een WHOA-traject (*SD* = 16,0).

6.2.2 Survey en analyse

De survey is vormgegeven aan de hand van het WHOA-traject. Daarnaast zijn enkele onderwerpen aan de survey toegevoegd, zoals de geschiktheid van de WHOA voor het MKB en misbruik. Uiteindelijk hebben we de survey ingedeeld in de volgende blokken:

- De WHOA als stok achter de deur
- Actoren binnen de WHOA (de herstructureringsdeskundige en observator)
- Afkoelingsperiode
- Klassenindeling
- Aspectenverzoek
- Paulianabescherming
- Waardering
- Informatievoorziening
- Schuldeisersbescherming
- De geschiktheid van de WHOA voor het MKB
- Procesrecht
- Misbruik
- Liquidatie- versus reorganisatieakkoorden
- Doelbereiking
- Alternatieven.

De verschillende stellingen die respondenten is gevraagd te beantwoorden, zijn voorgelegd aan de hand van deze blokken. Voor de survey die is uitgezet onder de WHOA-pool hebben we aan dit lijstje nog enkele specifieke vragen voor de rechterlijke macht toegevoegd.

Aangezien we vooral geïnteresseerd zijn in ervaringen met de WHOA in de praktijk, hebben we aan het begin van de survey de respondenten gevraagd of zij praktijkervaring hadden met de WHOA. De respondenten die geen ervaring hebben met de WHOA in de praktijk, zijn doorgeleid naar een apart onderdeel van de survey waarin alleen werd gevraagd om een mening.[253] Daarnaast hebben we de respondenten die aangaven wel ervaring te hebben met de WHOA, voorafgaand aan elk blok gevraagd of de respondent ervaring had met het onderwerp. Zo hebben we bijvoorbeeld voorafgaand aan de stellingen die gingen over de afkoelingsperiode, gevraagd of de respondent ervaring had met de afkoelingsperiode in de praktijk. Respondenten die deze vraag negatief beantwoordden, werden doorgestuurd naar het volgende blok vragen. Op deze manier hebben we ervoor kunnen zorgen dat we alleen de antwoorden van ervaringsdeskundigen hebben verzameld. Deze strategie heeft als bijkomend voordeel dat vrijwel geen enkele respondent de gehele survey, die met 153 vragen relatief tijdrovend was, heeft moeten invullen. Tegelijkertijd betekent dit dat het aantal respondenten per onderwerp lager is dan wanneer we de survey voor alle respondenten zouden hebben opengesteld.

In de volgende paragrafen worden de resultaten van de survey besproken, te beginnen met de resultaten van de reguliere survey (paragraaf 6.3), gevolgd door de specifieke survey voor de rechters en griffiers van de WHOA-pool (paragraaf 6.4). We bespreken per onderwerp steeds eerst de antwoorden van de respondenten op de stellingen, waarna we kort ingaan op de opmerkingen die de respondenten hebben achtergelaten bij de open vragen.

—

[253] Gezien de lage *response rate* voor deze groep (*n* = 8) bespreken we deze resultaten niet. De resultaten zijn wel te vinden in Annex 4.

6.3 Resultaten reguliere survey

6.3.1 De WHOA als stok achter de deur

Het deel van de respondenten dat ervaring heeft met de WHOA, is doorgeleid naar de volledige survey. De volgende resultaten zijn dus gebaseerd op de antwoorden van de personen die ervaring hebben met de WHOA in de praktijk (n = 68). Deze respondenten zijn gemiddeld 5,8 keer betrokken geweest bij een WHOA-traject (variërend tussen de 1 en 35 keer, SD = 5,0). Zij waren bij een WHOA-traject betrokken in de hoedanigheid van advocaat van de schuldenaar (n = 27), advocaat van een schuldeiser (n = 24), herstructureringsdeskundige (n = 12), observator (n = 7), waarderingsdeskundige (n = 12), bankier (n = 7), consultant (n = 13), interim-manager (n = 2) en bedrijfsjurist (n = 3).

De eerste vragen die we hebben voorgelegd aan de ervaringsdeskundigen gingen over de vraag of de WHOA als stok achter de deur werkt. De resultaten staan in tabel III.

Tabel III De WHOA als stok achter de deur

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De WHOA werkt als stok achter de deur	2% (n = 1)	12% (n = 8)	47% (n = 32)	34% (n = 23)	6% (n = 4)
Het bestaan van de WHOA vergemakkelijkt in de praktijk minnelijke akkoorden	4% (n = 3)	12% (n = 8)	50% (n = 34)	31% (n = 21)	3% (n = 2)
De mogelijkheid om niet-instemmende schuldeisers te binden maakt dat schuldeisers in een concrete casus eerder bereid zijn om in te stemmen met een minnelijk akkoord	0% (n = 0)	13% (n = 9)	54% (n = 37)	22% (n = 15)	10% (n = 7)
Het bestaan van de WHOA zorgt ervoor dat schuldeisers in de praktijk minder snel instemmen met een minnelijk akkoord dat niet aan de eisen van de WHOA voldoet	2% (n = 1)	28% (n = 19)	40% (n = 27)	15% (n = 10)	16% (n = 11)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De n voor deze stellingen is 68.

Het grootste deel van de respondenten (81%) is van mening dat de WHOA in de praktijk werkt als stok achter de deur en tevens dat de WHOA minnelijke akkoorden vergemakkelijkt (81%). De mogelijkheid om niet-instemmende schuldeisers te binden zorgt er volgens de meeste respondenten (76%) voor dat schuldeisers eerder bereid zijn om in te stemmen met een minnelijk akkoord, zij het dat dat voornamelijk het geval lijkt wanneer dat minnelijke akkoord aan de vereisten van de WHOA voldoet. Een kleine meerderheid van de respondenten (55%) geeft immers aan dat schuldeisers in de praktijk minder snel instemmen met een minnelijk akkoord dat niet aan de eisen van de WHOA voldoet.

In de losse opmerkingen van de respondenten bij dit onderwerp komt vooral naar voren dat het duidelijke kader dat de WHOA biedt, er volgens hen voor zorgt dat schuldeisers eerder mee willen werken aan een akkoord. Belangrijke voorwaarde voor een goede werking van de WHOA als 'stok achter de deur' is volgens respondenten dat er een goede relatie bestaat tussen schuldenaar en schuldeiser, en dat de schuldenaar goed en tijdig met schuldeisers communiceert.

Tegelijkertijd geven ook een aantal respondenten aan dat sommige schuldeisers het minnelijke proces juist bemoeilijken door aan te geven dat zij nergens aan meewerken en de schuldenaar "*me maar door de WHOA moet trekken.*" Ook menen sommige respondenten dat de WHOA

door de stevige kosten een "*dure en tijdrovende*" stok is, waardoor het 'stok achter de deur'-effect wellicht minder effectief is dan gedacht. Zeker wanneer de schuldeisers niet bekend zijn met de WHOA, kost het volgens sommige respondenten onevenredig veel tijd om de schuldeisers uitleg te geven over de werking van het traject waardoor de WHOA wellicht niet zo'n geloofwaardige en daardoor minder effectieve stok is.

6.3.2 Actoren binnen de WHOA

Na het beantwoorden van vragen over de werking van de WHOA als stok achter de deur, hebben we de respondenten vragen voorgelegd over de herstructureringsdeskundige en de observator. Aangezien we de vragen alleen wilden voorleggen aan degenen met ervaring met (of als) die actoren, hebben we de respondenten eerst gevraagd of ze ervaring hadden met deze twee actoren.

6.3.2.1 Herstructureringsdeskundige

72% van de respondenten (*n* = 49) heeft aangegeven ervaring te hebben met de herstructureringsdeskundige.[254] 8 respondenten zijn een of meer keren herstructureringsdeskundige geweest. De herstructureringsdeskundigen zijn in 1 tot 10 WHOA-trajecten aangesteld als herstructureringsdeskundige (*SD* = 1,5). 60% (*n* = 41) van de respondenten heeft op een andere wijze met het fenomeen herstructureringsdeskundige te maken gehad, variërend van 1 tot 15 keer (*SD* = 3,0).

Tabel IV De herstructureringsdeskundige

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De taak van de herstructureringsdeskundige is in de praktijk voldoende duidelijk	2% (*n* = 1)	41% (*n* = 19)	50% (*n* = 23)	4% (*n* = 2)	2% (*n* = 1)
Het benoemingssysteem voor herstructureringsdeskundigen werkt goed in de praktijk	7% (*n* = 3)	30% (*n* = 14)	46% (*n* = 21)	4% (*n* = 2)	13% (*n* = 6)
De herstructureringsdeskundige heeft in de praktijk voldoende bevoegdheden	2% (*n* = 1)	17% (*n* = 8)	65% (*n* = 30)	7% (*n* = 3)	9% (*n* = 4)
De herstructureringsdeskundige doet in de praktijk onderzoek naar onregelmatigheden	11% (*n* = 5)	57% (*n* = 26)	20% (*n* = 9)	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 6)
Ik vind dat de herstructureringsdeskundige onderzoek moet doen naar onregelmatigheden	7% (*n* = 3)	28% (*n* = 13)	41% (*n* = 19)	17% (*n* = 8)	7% (*n* = 3)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 46.

Een kleine meerderheid van de respondenten (54%) is van mening dat de taak van de herstructureringsdeskundige in de praktijk voldoende duidelijk is. Tegelijkertijd bestaat geen consensus onder de respondenten over deze stelling. Bijna de helft van de respondenten (43%) is het immers niet met die stelling eens. Van de respondenten die zelf herstructureringsdeskundige zijn geweest (*n* = 7), vindt het grootste deel (71%) dat de taak in de praktijk onvoldoende duidelijk is.

—

[254] Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat tot 1 juli 2023 30 uitspraken verband hielden met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Zie paragraaf 3.3.1.2.

De herstructureringsdeskundige heeft volgens de meeste respondenten (72%) in de praktijk voldoende bevoegdheden. Zes van de zeven respondenten die aangaven weleens herstructureringsdeskundige te zijn geweest, zijn het met deze stelling eens. In de losse opmerkingen gaven respondenten tegelijkertijd aan dat *"de HD te eenvoudig wordt gevoed door de schuldenaar, waarmee het risico bestaat dat hij of zij feitelijk het standpunt van de schuldenaar vertolkt, hoewel de rechters hem of haar wel als onafhankelijk percipiëren."*

Over de werking van het benoemingssysteem van herstructureringsdeskundigen bestaat onder de respondenten geen consensus. Hoewel de helft van de respondenten (50%) van mening is dat het benoemingssysteem in de praktijk goed werkt, vindt een substantieel deel van de respondenten (37%) dat het benoemingssysteem niet goed werkt. Voor het deel van de respondenten dat weleens werkzaam is geweest als herstructureringsdeskundige, geldt dat het grootste deel van die groep (71%) meent dat het benoemingssysteem wel goed werkt. Ook het benoemingssysteem werd in de losse opmerkingen besproken. Enkele respondenten gaven aan dat het offertesysteem "*lariekoek*" of "*een wassen neus*" is.

Interessant zijn de resultaten over de rol van de herstructureringsdeskundige bij eventuele onregelmatigheden. Volgens de meeste respondenten (68%) doet de herstructureringsdeskundige in de praktijk geen onderzoek naar onregelmatigheden, terwijl een kleine meerderheid van de respondenten (58%) meent dat dat wel zou moeten. Een substantieel deel van de respondenten (35%) is echter van mening dat de herstructureringsdeskundige geen onderzoek moet doen naar onregelmatigheden. Over de wenselijkheid van een dergelijke verplichting voor curatoren lijkt onder de respondenten dus geen consensus te bestaan. Vier van de herstructureringsdeskundigen geven aan dat de herstructureringsdeskundige in de praktijk geen onderzoek doet naar onregelmatigheden, terwijl het grootste deel van die groep (71%) meent dat dat wel zou moeten.

Ook in de losse opmerkingen die respondenten konden achterlaten, werd veel gesproken over het onderzoek naar eventuele onregelmatigheden. Zo geeft een aantal respondenten aan dat de herstructureringsdeskundige niet voldoende middelen heeft om een onderzoek te doen naar onregelmatigheden. Ook geeft een enkeling aan dat "*de herstructureringsdeskundige geen curator is. Het toevoegen van een rechtmatighedenonderzoek aan het takenpakket lijkt mij niet wenselijk. De HD heeft als taak om een akkoord tot stand te brengen. Pas wanneer mogelijke onregelmatigheden uit het verleden aan de uitvoering van die taak in de weg staan, kan het interessant zijn om daar iets dieper op in te zoomen. Maar dan alleen met als doel om duidelijk te krijgen of vanwege die onregelmatigheden een akkoord niet haalbaar is."* Volgens sommige respondenten overschrijden de herstructureringsdeskundigen die zich in de praktijk gedragen als een curator regelmatig hun bevoegdheden.

6.3.2.2 Observator

Ook voor de observator hebben we de respondenten gevraagd of zij ervaring hadden met deze actor in de praktijk. 3 respondenten (5%) zijn een of meer keren observator geweest, variërend van 1 tot 3 keer (*SD* = 0,7). 42% van de respondenten (*n* = 27) heeft op een andere wijze met het fenomeen observator te maken gehad, variërend van 1 tot 8 keer (*SD* = 1,6).[255]

—

[255] Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat tot 1 juli 2023 27 uitspraken verband hielden met een verzoek tot aanstelling van een observator. Zie paragraaf 3.3.1.3.

Tabel V Observator

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De taak van de observator is in de praktijk voldoende duidelijk	10% (*n* = 3)	33% (*n* = 10)	47% (*n* = 14)	7% (*n* = 2)	3% (*n* = 1)
Het benoemingssysteem voor observatoren werkt goed in de praktijk	3% (*n* = 1)	23% (*n* = 7)	50% (*n* = 15)	7% (*n* = 2)	17% (*n* = 5)
De observator heeft in de praktijk voldoende bevoegdheden	3% (*n* = 1)	10% (*n* = 3)	53% (*n* = 16)	13% (*n* = 4)	20% (*n* = 6)
De observator doet in de praktijk onderzoek naar onregelmatigheden	7% (*n* = 2)	47% (*n* = 14)	33% (*n* = 10)	3% (*n* = 1)	10% (*n* = 3)
Ik vind dat de observator onderzoek moet doen naar onregelmatigheden	10% (*n* = 3)	47% (*n* = 14)	27% (*n* = 8)	10% (*n* = 3)	7% (*n* = 2)
Ik vind dat de observator momenteel te laat in het traject wordt aangewezen	13% (*n* = 4)	37% (*n* = 11)	17% (*n* = 5)	3% (*n* = 1)	30% (*n* = 9)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 30.

Een kleine meerderheid (54%) is van mening dat de taak van de observator in de praktijk voldoende duidelijk is. Tegelijkertijd vindt bijna de helft van de respondenten (43%) dat de taak niet voldoende duidelijk is. Over dit aspect bestaat onder de respondenten dus geen consensus. De drie respondenten die hebben aangegeven weleens als observator te hebben opgetreden, geven allemaal aan dat de taak wel voldoende duidelijk is. Het grootste deel van de respondenten (66%) is van mening dat de observator in de praktijk voldoende bevoegdheden heeft. Alle observatoren zijn het daarmee eens. In de losse opmerkingen werd veelal aangegeven dat het goed werkt als de rechtbank de observator een specifieke opdracht meegeeft. Ook geeft een van de respondenten aan dat de observator goed kan werken als "*oliemannetje*" en sneller schuldeisers over de streep weet te trekken dan schuldenaren. Tegelijkertijd geeft een van de respondenten aan dat het een risico is dat de observator voor het grootste deel van de informatie afhankelijk is van de schuldenaar.

De aanstelling van observatoren lijkt volgens een kleine meerderheid (57%) in de praktijk goed te werken. Twee van de observatoren menen dat ook, terwijl een van de observatoren meent dat de aanstelling in de praktijk niet goed werkt. Over het tijdstip waarop de observator wordt aangewezen, verschillen de meningen. De helft van de respondenten (50%) is van mening dat de observator niet te laat wordt aangewezen, terwijl een vijfde deel van de respondenten (20%) wel van mening is dat de observator te laat in het traject wordt aangewezen. Bijna een derde van de respondenten heeft aangegeven geen mening te hebben of het antwoord op de vraag niet te weten. Onder de drie observatoren bestaat geen consensus over het tijdstip van aanstelling. Een vindt dat het te laat is, een van niet en een heeft aangegeven geen mening te hebben. Uit de losse opmerkingen lijkt te kunnen worden opgemaakt dat er in het algemeen geen problemen zijn met het tijdstip waarop de observator wordt aangewezen, met uitzondering van "*de situatie waarin een onderneming zelf aan de slag is gegaan met het akkoord, niemand tijdens de procedure aan de bel heeft getrokken en het eerste verzoek een homologatieverzoek is. Dan is de benoeming van een observator te laat. Bij dagbepaling van de homologatiezitting (8-14 dagen na het verzoek om homologatie) moet dan een observator worden aangesteld. De termijn tussen aanstelling en homologatiezitting is in veel gevallen te kort.*"

Over de rol van de observator bij een onderzoek naar eventuele onregelmatigheden lijkt geen consensus te bestaan onder de respondenten. Een kleine meerderheid van de respondenten (54%) geeft aan dat de observator in de praktijk geen onderzoek doet naar onregelmatigheden,

terwijl iets meer dan een derde (36%) van de respondenten aangeeft dat de observator dat wel doet. Alle drie de observatoren geven aan dat de observator in de praktijk onderzoek doet naar onregelmatigheden. Over de vraag of de observator onderzoek *moet* doen naar onregelmatigheden, zijn de meningen verdeeld. Een kleine meerderheid (57%) vindt van niet, terwijl ruim een derde (37%) meent van wel. Twee van de observatoren meent dat de observator onderzoek moet doen naar onregelmatigheden, terwijl een van de observatoren meent van niet. Opvallend is dat slechts 37% van de respondenten van mening is dat de observator onderzoek moet doen naar onregelmatigheden, terwijl dit percentage bij de herstructureringsdeskundige beduidend hoger lag (58%). In de losse opmerkingen over dit onderwerp gaven veel respondenten aan dat de observator er voor de schuldeisers is, en een onderzoek in het belang van de schuldeisers zou kunnen zijn. Volgens een van de respondenten "*moet de observator onderzoek doen naar onregelmatigheden om de hoogte van de liquidatiewaarde te bepalen.*"

6.3.3 Afkoelingsperiode

Ook bij de afkoelingsperiode hebben we gevraagd of de respondenten ervaring hebben met dit fenomeen. 80% van de respondenten (n = 52) is betrokken geweest bij een WHOA-traject met een afkoelingsperiode of heeft op een andere manier met het fenomeen afkoelingsperiode te maken gehad, variërend van 1 tot 15 keer (SD = 2,8).[256]

Tabel VI Afkoelingsperiode

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De afkoelingsperiode is in de praktijk nuttig	2% (n = 1)	2% (n = 1)	42% (n = 22)	54% (n = 28)	0% (n = 0)
De afkoelingsperiode is in de praktijk lang genoeg	0% (n = 0)	17% (n = 9)	64% (n = 33)	17% (n = 9)	2% (n = 1)
De toetsing door de rechtbank voor de afkoelingsperiode is in de praktijk voldoende uitgebreid	8% (n = 4)	15% (n = 8)	56% (n = 29)	17% (n = 9)	4% (n = 2)
De toets voor verlenging van de afkoelingsperiode is in de praktijk concreet genoeg	0% (n = 0)	21% (n = 11)	62% (n = 32)	8% (n = 4)	10% (n = 5)
Schuldeisers hebben in de praktijk voldoende mogelijkheden om zich te verweren tegen een afkoelingsperiode	8% (n = 4)	21% (n = 11)	58% (n = 30)	8% (n = 4)	6% (n = 3)
Ik vind het een goede zaak dat rechtbanken de afkoelingsperiode voorlopig verlenen	4% (n = 2)	4% (n = 2)	60% (n = 31)	31% (n = 16)	2% (n = 1)
Ik vind dat de rechtbank bij verlenging van de afkoelingsperiode niet te veel mag leunen op het standpunt van de herstructureringsdeskundige	8% (n = 4)	39% (n = 20)	40% (n = 21)	6% (n = 3)	8% (n = 4)

[256] Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat tot 1 juli 2023 96 uitspraken verband hielden met een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode. Zie paragraaf 3.3.2.

Ik vind dat hoe concreter de voortgang met het akkoord, hoe terughoudender de rechtbank moet zijn bij afwijzing van een verlenging van een afkoelingsperiode	6% (*n* = 3)	21% (*n* = 11)	44% (*n* = 23)	25% (*n* = 13)	4% (*n* = 2)
Ik vind dat hoe meer draagvlak bij schuldeisers, hoe terughoudender de rechtbank moet zijn bij afwijzing van een verlenging van een afkoelingsperiode	4% (*n* = 2)	25% (*n* = 13)	35% (*n* = 18)	33% (*n* = 17)	4% (*n* = 2)
Ik vind dat zolang de herstructureringsdeskundige voor een afkoelingsperiode is, de rechtbank niet over verlenging zou hoeven toetsen (behoudens opheffingsverzoeken door betrokkenen)	17% (*n* = 9)	62% (*n* = 32)	12% (*n* = 6)	8% (*n* = 4)	2% (*n* = 1)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 53.

Bijna alle respondenten (96%) menen dat de afkoelingsperiode in de praktijk nuttig is. Ook over de lengte van de afkoelingsperiode is het grootste deel van de respondenten (81%) tevreden.

Over de toetsing van de afkoelingsperiode door de rechtbank zijn de meeste respondenten positief. Zo meent het grootste deel (73%) dat de toetsing door de rechtbank in de praktijk voldoende uitgebreid is. Ook is het grootste deel van de respondenten (70%) van mening dat de toetsing voldoende concreet is. In de losse opmerkingen wordt als verbeterpunt meermaals genoemd dat rechtbank beter zou moeten toetsen of de schuldenaar tijdens de afkoelingsperiode nog aan de lopende verplichtingen kan voldoen. Ook meent een enkeling dat de rechtbank duidelijker zou mogen toetsen of de onderneming van de schuldenaar nog levensvatbaar is. Bijna alle respondenten (91%) vinden het een goede zaak dat rechtbanken de afkoelingsperiode voorlopig verlenen.

De meeste respondenten (66%) menen dat schuldeisers voldoende mogelijkheden hebben om zich te verweren tegen een afkoelingsperiode. Tegelijkertijd is bijna een derde (29%) van de respondenten het met deze stelling oneens. Een van de respondenten geeft over die schuldeisersbescherming aan dat het hem in een zaak "*wel gestoord heeft dat een schuldenaar met echt een matig verhaal een afkoelingsperiode van 3 weken krijgt, zonder dat wij daarin gehoord werden en terwijl het hele herstructureringstraject al meer dan een jaar (niet succesvol) verliep. In 3 weken, zonder toezicht, kan veel gebeuren bij een onderneming. Ik vind dat daar wel iets meer rekening mee gehouden mag worden.*"

Over de intensiteit van de toetsing van verlenging van de afkoelingsperiode bestaat geen consensus. Zo meent een deel (46%) van de respondenten dat de rechtbank bij verlenging van de afkoelingsperiode niet te veel mag leunen op het standpunt van de herstructureringsdeskundige, terwijl een bijna even groot deel (47%) vindt van wel. De meeste respondenten vinden wel dat de rechtbank terughoudender moet zijn bij afwijzing van een verzoek tot verlenging van een afkoelingsperiode bij concretere voortgang (69% eens) en bij meer draagvlak bij schuldeisers (68% eens). Het grootste deel van de respondenten (79%) vindt het geen goed idee dat de rechtbank niet over verlenging zou hoeven toetsen zolang de herstructureringsdeskundige voor een afkoelingsperiode is. Een van de respondenten zegt daarover dat hij begrijpt dat *"veel gewicht toekomt aan de visie van de HD. Ik heb wel gemerkt dat de HD'er ook zelf belang heeft bij de totstandkoming van een akkoord (toch een beetje prestige en geld), waardoor een afkoelingsperiode soms verlengd wordt op advies van de HD terwijl bij ons het idee bestond dat objectief gezien daar eigenlijk geen grondslag voor was. Ik realiseer me natuurlijk dat onze cliënt ook een bepaald belang heeft, maar te achteloos*

veronderstellen dat de HD totaal onafhankelijk is, vind ik naïef. Bij ons bestond wel een beetje het gevoel: als de HD het zegt, volgt de rechtbank dat sowieso."

6.3.4 Klassenindeling

Vervolgens hebben we de respondenten gevraagd of zij ervaring hadden met de klassenindeling. Bijna alle respondenten (*n* = 60) zijn betrokken geweest bij een WHOA-traject met een klassenindeling of heeft op een andere manier met het fenomeen klassenindeling te maken gehad, variërend van 1 tot 15 keer (*SD* = 2.8).

Tabel VII Klassenindeling

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De vereisten voor de klassenindeling zijn in de praktijk voldoende duidelijk	2% (*n* = 1)	22% (*n* = 13)	58% (*n* = 35)	13% (*n* = 8)	5% (*n* = 3)
De vereisten voor de klassenindeling zijn in de praktijk voldoende flexibel	0% (*n* = 0)	5% (*n* = 3)	68% (*n* = 41)	25% (*n* = 15)	2% (*n* = 1)
Ik vind dat er makkelijk misbruik gemaakt kan worden van de klassenindeling	5% (*n* = 3)	47% (*n* = 28)	28% (*n* = 17)	13% (*n* = 8)	7% (*n* = 4)
Ik vind dat *intercompany* vorderingen altijd in een afzonderlijke klasse moeten worden ingedeeld	8% (*n* = 4)	33% (*n* = 20)	33% (*n* = 20)	22% (*n* = 13)	5% (*n* = 3)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 60.

De vereisten voor de klassenindeling worden door een grote meerderheid van de respondenten voldoende duidelijk (71% eens) en flexibel (93% eens) gevonden. Tegelijkertijd vindt bijna een kwart van de respondenten (22%) de vereisten voor de klassenindeling niet voldoende duidelijk.

Over de vraag of gemakkelijk misbruik kan worden gemaakt van de klassenindeling zijn de meningen verdeeld. Iets meer dan de helft (52%) van de respondenten vindt van niet, terwijl bijna de helft (41%) vindt van wel. Een van de respondenten legt uit dat *"je natuurlijk bedenkt wat vanuit jouw perspectief de meest gunstige indeling is. Of er misbruik plaatsvindt, vind ik lastig te beoordelen omdat de wet op zich duidelijk is."*

Ook over de vraag of *intercompany*-vorderingen altijd in een afzonderlijke klasse moeten worden ingedeeld, bestaat geen consensus. Iets meer dan de helft van de respondenten (55%) vindt dat dat zou moeten, terwijl bijna de helft (41%) vindt van niet. Een van de respondenten geeft aan dat hij *"licht neigt naar een aparte klasse voor IC-vorderingen, omdat het uiteindelijk gewoon vorderingen zijn met een bepaalde rang."* Een andere respondent meent juist dat *"IC-vorderingen net als alle andere (vaak) concurrente vorderingen op zichzelf staande schulden waardoor er geen juridische grond is om deze anders te behandelen."*

Opgemerkt wordt voorts dat veel aandacht aan de klassenindeling wordt besteed en dat deze "*vaker mag worden ingezet, ook buiten WHOA-trajecten."* Het wordt wel een "*commercieel spel*" genoemd. Een van de respondenten schrijft dat de toepassing van de klassenindeling bij hoofdelijke aansprakelijkheid in geval van een fiscale eenheid voor de omzetbelasting en/of de vennootschapsbelasting lastig is in de uitwerking bij groepsakkoorden.

6.3.5 Aspectenverzoek

Ook voor het aspectenverzoek hebben we de respondenten gevraagd of zij ervaring hadden met dit fenomeen. Bijna de helft van de respondenten (*n* = 31) is betrokken geweest bij een WHOA-

traject met een aspectenverzoek of heeft op een andere manier met het fenomeen aspectenverzoek te maken gehad, variërend van 1 tot 20 keer (*SD* = 3,7).[257]

Tabel VIII Aspectenverzoek

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De mogelijkheid van een aspectenverzoek is in de praktijk nuttig	0% (*n* = 0)	10% (*n* = 3)	52% (*n* = 16)	36% (*n* = 11)	3% (*n* = 1)
Bij de beoordeling van een aspectenverzoek worden in de praktijk alle relevante betrokkenen gehoord	3% (*n* = 1)	26% (*n* = 8)	48% (*n* = 15)	13% (*n* = 4)	10% (*n* = 3)
Ik vind dat het aspectenverzoek ook gedaan zou moeten kunnen worden door schuldeisers	7% (*n* = 2)	32% (*n* = 10)	36% (*n* = 11)	23% (*n* = 7)	3% (*n* = 1)
Ik vind dat de rechtbank ook uitsluitsel zou moeten geven over aspecten waarover geen concreet geschil bestaat	3% (*n* = 1)	38% (*n* = 10)	38% (*n* = 13)	22% (*n* = 7)	0% (*n* = 0)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 31.

Het grootste deel van de respondenten (88%) is van mening dat het aspectenverzoek in de praktijk een nuttig instrument is. Tegelijkertijd laat een aantal respondenten in de losse opmerkingen weten dat de regeling "*de WHOA nog complexer maakt*" en de verzoeken "*veel tijd en geld kosten en veelal speeltjes zijn van advocaten*." Ook geeft een respondent aan dat *"dit element nu te eenvoudig kan worden gebruikt om een (waarderings)discussie uit elkaar te trekken. De rechters wordt dan gevraagd slechts een oordeel over een element te geven, waarmee feitelijk ook latere discussies kunnen worden klemgezet die nog niet in beeld zijn op het moment van het verzoek. Rechters zouden terughoudender moeten zijn bij aspectenverzoeken. Het risico bestaat dat er een trechtermodel ontstaat waarbij een akkoord wel móet slagen."*

Een meerderheid van de respondenten (61%) is van mening dat bij een aspectenverzoek alle relevante betrokkenen worden gehoord. Bijna een derde (29%) meent dat dit niet het geval is. Over de vraag of ook schuldeisers een aspectenverzoek zouden moeten kunnen inzetten, zijn de meningen ook verdeeld. Een kleine meerderheid (59%) vindt dat dit zou moeten kunnen, terwijl een substantieel deel (37%) meent dat dit niet zou moeten kunnen.

Een van de discussiepunten bij het aspectenverzoek is dat rechtbanken alleen uitspraak doen over concrete geschilpunten. Over dit onderwerp bestaat onder de respondenten geen consensus. Het grootste deel van de respondenten (60%) meent dat de rechtbank ook uitsluitsel zou moeten geven over aspecten waarover geen concreet geschil bestaat, terwijl bijna de heft (41%) meent van niet. Een van de respondenten geeft aan dat *"het een groot gemis is dat de rechtbank alleen uitspraak doet over (potentiële) geschillen. Voor de praktijk, en ook in een specifieke zaak kan het behulpzaam zijn als de rechtbank ook concrete vragen gesteld kan worden over de insteek van een akkoord."* Een andere respondent geeft aan dat een aspectenverzoek zonder een concreet geschil ook nuttig kan zijn, *"zeker omdat homologatie alles of niets is."* Tegelijkertijd geven verschillende respondenten aan dat de rechtbanken terughoudend zouden moeten zijn met aspectenverzoeken van principiële aard. Een van de respondenten geeft aan dat de rechtbank *"in dat soort gevallen vaker prejudiciële vragen aan de HR zou kunnen stellen."*

—

[257] Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat tot 1 juli 2023 16 uitspraken verband hielden met een aspectenverzoek. Zie paragraaf 3.3.4.

6.3.6 Artikel 42a Fw: paulianabescherming

Vervolgens hebben we de respondenten gevraagd of zij ervaring hadden met de paulianabescherming. Een derde van de respondenten (*n* = 21) is betrokken geweest bij een WHOA-traject waarbij paulianabescherming een rol speelde of heeft op een andere manier met art. 42a Fw te maken gehad, variërend van 1 tot 5 keer (*SD* = 1,1)**.** Hoewel sprake is van een relatief laag aantal respondenten, blijkt uit het jurisprudentieonderzoek dat slechts in 6 gepubliceerde uitspraken een verzoek op basis van artikel 42a Fw is gedaan.[258]

Tabel IX Paulianabescherming

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De paulianabescherming is in de praktijk een nuttig onderdeel van de WHOA	0% (*n* = 0)	5% (*n* = 1)	57% (*n* = 12)	29% (*n* = 6)	10% (*n* = 2)
Het toepassingsbereik van art. 42a Fw is in de praktijk ruim genoeg	10% (*n* = 2)	33% (*n* = 7)	33% (*n* = 7)	10% (*n* = 2)	14% (*n* = 3)
Art. 42a Fw maakt het in de praktijk makkelijker om interim financiering te verkrijgen	5% (*n* = 1)	43% (*n* = 9)	29% (*n* = 6)	14% (*n* = 3)	10% (*n* = 2)
Ik vind dat het mogelijk zou moeten zijn om vorderingen van nieuwe financiers voorrang te geven boven die van bestaande financiers om deze nieuwe financiers over de streep te trekken	14% (*n* = 3)	19% (*n* = 4)	33% (*n* = 7)	33% (*n* = 7)	0% (*n* = 0)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 21.

De paulianabescherming is volgens het merendeel van de respondenten (86%) een nuttig onderdeel van de WHOA. Over het antwoord op de vraag of art. 42a Fw in de praktijk ruim genoeg is, bestaat geen consensus onder de respondenten. Bijna de helft (43%) meent van wel, bijna de helft (43%) meent van niet. Een van de respondenten geeft aan dat *"de bescherming wat mij betreft mag worden uitgebreid en is juist een van de unique selling points van de WHOA. Doel is immers het willen herwinnen van een levensvatbaar bedrijf. Het is niet onredelijk dat nieuw kapitaal extra garanties krijgt. Zonder extra garanties is de kans minimaal dat een financier zijn nek uit steekt en de onderneming alsnog omvalt. Ook mag de transparantie van een ondernemer niet leiden tot meewerken aan een eigen veroordeling als er alsnog een curator langskomt."* Een andere respondent geeft juist aan dat "*gebruik van dit artikel in de praktijk wordt geadviseerd zonder dat een concrete bedoeling bestaat om ooit de WHOA af te maken, of zelfs maar een akkoord aan te bieden."*

Ook over de vraag of de paulianabescherming het in de praktijk makkelijker maakt om interim financiering te verkrijgen, bestaat onder de respondenten geen consensus. Bijna de helft van de respondenten (48%) is van mening dat de paulianabescherming het in de praktijk niet makkelijker maakt om tussentijdse of interim-financiering te verkrijgen, terwijl bijna de helft (43%) meent van wel. In de losse opmerkingen wordt daarover opgemerkt dat er *"feitelijk geen DIP financiering mogelijk is."*

Opvallend is dat het grootste deel van de respondenten (66%) van mening is dat het mogelijk zou moeten zijn om vorderingen van nieuwe financiers voorrang te geven boven die van bestaande financiers om zo nieuwe financiers over de streep te trekken. Een van de respondenten merkt daarover op dat *"preferentie van een nieuwe financier gevolgen heeft voor*

—

[258] Zie paragraaf 3.3.3.

bestaande financieringen en alleen mogelijk zou moeten zijn met instemming van de bestaande financiers."

6.3.7 Waardering

Ook voor het onderwerp waardering hebben we de respondenten gevraagd of zij met dit fenomeen te maken hadden gehad in een WHOA-traject. 82% van de respondenten (*n* = 51) is betrokken geweest bij een WHOA-traject waarbij discussies over de waardering(en) een rol speelden of heeft op een andere manier met het fenomeen waardering te maken gehad. De meeste respondenten (*n* = 34) geven aan te maken hebben gehad met substantiële discussie over de waarderingen.

Tabel X Waarderingsaspecten

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De norm voor waarderingen in de WHOA is in de praktijk te open	4% (*n* = 2)	33% (*n* = 17)	39% (*n* = 20)	20% (*n* = 10)	4% (*n* = 2)
De WHOA-praktijk zou gebaat zijn bij nadere richtlijnen en/of procedures om de reorganisatiewaarde vast te stellen	4% (*n* = 2)	24% (*n* = 12)	47% (*n* = 24)	26% (*n* = 13)	0% (*n* = 0)
Rechters zijn in de praktijk voldoende geëquipeerd om waarderingsvraagstukken binnen WHOA-procedures te beoordelen	20% (*n* = 10)	31% (*n* = 16)	33% (*n* = 17)	6% (*n* = 3)	10% (*n* = 5)
Ik vind dat bij een liquidatie-WHOA vaststelling van de reorganisatiewaarde achterwege kan blijven	10% (*n* = 5)	24% (*n* = 12)	31% (*n* = 16)	29% (*n* = 15)	6% (*n* = 3)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 51.

Een meerderheid (59%) van de respondenten geeft aan dat de norm voor waarderingen in de WHOA te open is. Tegelijkertijd meent een substantieel deel van de respondenten (37%) dat de norm niet te open is. Het grootste deel van de respondenten (73%) vindt dat de praktijk gebaat zou zijn bij nadere richtlijnen en of procedures ten aanzien van het bepalen van de reorganisatiewaarde.

Ten aanzien van de rol van rechters met betrekking tot waarderingen bestaat geen consensus. Een kleine meerderheid (51%) is van mening dat rechters in de praktijk onvoldoende geëquipeerd zijn om waarderingsvraagstukken binnen WHOA-trajecten te beoordelen. Een substantieel deel (39%) meent dan rechters wel voldoende geëquipeerd zijn. Een van de respondenten geeft aan dat *"de WHOA-rechter het duidelijk heeft gemaakt dat hij of zij nooit inhoudelijk naar de waardering zal kijken."*

Uit de losse opmerkingen over waarderingen in de WHOA blijkt dat veel respondenten kritisch zijn op de rol van waarderingen, in het bijzonder ten aanzien van de onafhankelijkheid, de gekozen uitgangspunten en onderbouwing van uitkomsten. Zo geeft een van de respondenten aan dat "*crediteuren in een totale black box tasten ten aanzien van reorganisatiewaarden. Het feit dat in één WHOA 6 verschillende uitkomsten worden gepresenteerd geeft aan dat hier weinig waarde aan kan worden toegekend."* Ook geeft menig respondent aan dat waarderingen in de praktijk vaak te optimistisch worden ingeschat en dat wellicht meer waarde zou moeten worden gehecht aan het onderliggende "*business* (*turnaround) plan*." Een van de respondenten verwoordt het als volgt: *"Het is belangrijker het scenario achter de waardering te doorgronden om zo de waardering te kunnen begrijpen en daar ontbreekt het nogal aan. Betrokkenen zien*

vaak een bedrag en gaan daarmee aan de slag zonder de achtergrond te begrijpen. Daarbij zijn er juristen die de liquidatiewaarde dermate naar beneden proberen bij te stellen op een oneigenlijke manier om zo een akkoord afdwingbaarder te maken. Mochten zij echter als curator met een dergelijke waardering geconfronteerd worden, dan zullen zij het er niet mee eens zijn." Daarnaast geeft een van de respondenten aan dat *"om praktische redenen vaan wordt toegerekend naar een waarde die past bij (de wensen van) het nieuwe beschikbare kapitaal."* Een andere respondent meent dat de liquidatie- en reorganisatiewaarde makkelijk geminimaliseerd kunnen worden waardoor *"de aandeelhouder met een minimale bijdrage de aandelen kan behouden."*

6.3.8 Informatievoorziening

Vervolgens hebben we de respondenten gevraagd of zij ervaring hadden met de informatievoorziening in WHOA-trajecten. 71% van de respondenten (n = 45) is betrokken geweest bij een WHOA-traject waarbij (de gebrekkigheid van de) informatievoorziening een rol speelde of heeft op een andere manier met het fenomeen informatievoorziening te maken gehad, variërend van 1 tot 10 keer (*SD* = 1,6). 25 respondenten hebben te maken gehad met substantiële discussie over de informatievoorziening.

Tabel XI Informatievoorziening

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De mate waarin schuldeisers/aandeelhouders geïnformeerd moeten worden, sluit in de praktijk aan bij de omvang van de onderneming van de schuldenaar	4% (n = 2)	36% (n = 16)	49% (n = 22)	2% (n = 1)	9% (n = 4)
Voor een adequate informatievoorziening zijn in de praktijk in beginsel geen rapporten van deskundigen nodig	9% (n = 4)	51% (n = 23)	33% (n = 15)	4% (n = 2)	2% (n = 1)
Voor een adequate informatievoorziening vormen de kosten van de deskundigenrapporten in de praktijk geen onoverkomelijk beletsel	7% (n = 3)	53% (n = 24)	29% (n = 13)	4% (n = 2)	7% (n = 3)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De n voor deze stellingen is 45.

Er bestaat geen consensus over de stelling dat de mate waarin schuldeisers en aandeelhouders geïnformeerd moeten worden, in de praktijk aansluit bij de omvang van de onderneming van de schuldenaar. Een kleine meerderheid van de respondenten (51%) is het met deze stelling eens, terwijl ook een substantieel deel (40%) het oneens is met de stelling. Een van de respondenten geeft aan dat *"rechtbanken meer rekening mogen houden met de omvang van de onderneming en de stakeholders bij de informatievoorziening. Bij professionele schuldeisers mag er meer verwacht worden van hun deskundigheid en kunnen zaken kort met verwijzing naar rapportages worden toegelicht."*

Het grootste deel van de respondenten (60%) meent dat voor een adequate informatievoorziening in beginsel rapporten nodig zijn van deskundigen. Een van de respondenten geeft aan dat *"de informatievoorziening in de regel zwaar onder de maat is. Rapporten van consultants e.d. krijgen mijns inziens veel te veel gewicht. Die rapporten zijn per definitie vanuit het perspectief van één van de stakeholders opgesteld en geven vaak een gekleurd beeld. De praktijk zou wat mij betreft gediend zijn bij deskundigen die door de rechtbank worden benoemd. Daarbij is van belang dat de betreffende deskundige wordt*

gevraagd een advies te geven over een onderwerp waarvan zij/hij ook daadwerkelijk expertise heeft. Een advocaat vragen om een advies te geven over de levensvatbaarheid van de onderneming is bijvoorbeeld onzinnig."

Eveneens het grootste deel van de respondenten (60%) meent dat de kosten van deskundigenrapporten in de praktijk een onoverkomelijk beletsel vormen. Uit de losse opmerkingen blijkt ook dat respondenten de WHOA-procedure met betrekking tot informatievoorziening en, daaraan gerelateerd, externe adviseurs als (te) duur en (te) omvangrijk beschouwen, in het bijzonder bij kleine (MKB) ondernemingen. Een aantal respondenten geeft aan dat een 'WHOA-light', met minder informatievoorzieningen nuttig zou kunnen zijn voor het MKB.

Enkele respondenten zijn in de losse opmerkingen ook kritisch over de transparantie van schuldenaren. Een respondent verwoordt het als volgt: "*vóór de WHOA was de schuldenaar afhankelijk van de schuldeiser voor een akkoord. Dat leidde ertoe dat de schuldenaar een prikkel had om maximale transparantie te betrachten. Nu houdt de schuldenaar de kaarten aan de borst en probeert hij informatievoordelen te behouden en schuldeisers tegen elkaar uit te spelen.*"

6.3.9 Homologatie

Het volgende deel van de survey ging over de homologatie. 59% van de respondenten (n = 37) is betrokken geweest bij een homologatie of heeft op een andere manier met het fenomeen homologatie te maken gehad, variërend van 1 tot 10 keer (SD = 2,0).[259]

Tabel XII Homologatie

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/geen mening*
De afwijzingsgronden zijn in de praktijk duidelijk	0% (n = 0)	14% (n = 5)	65% (n = 24)	16% (n = 6)	5% (n = 2)
De afwijzingsgronden zijn in de praktijk rechtvaardig	0% (n = 0)	14% (n = 5)	68% (n = 25)	14% (n = 5)	5% (n = 2)
De regel dat MKB-schuldeisers minimaal twintig procent moeten krijgen werkt in de praktijk	8% (n = 3)	32% (n = 12)	32% (n = 12)	8% (n = 3)	19% (n = 7)
De regel dat MKB-schuldeisers in beginsel twintig procent moeten krijgen, verkleint in de praktijk de mogelijkheid van een succesvolle herstructurering via de WHOA	11% (n = 4)	35% (n = 13)	30% (n = 11)	5% (n = 2)	19% (n = 7)
De aanwezigheid van een afwijzingsgrond wordt in de praktijk door de rechtbank te snel aangenomen	11% (n = 4)	68% (n = 25)	8% (n = 3)	5% (n = 2)	8% (n = 3)
De regel dat geen schuldeiser slechter af mag zijn dan in geval van een faillissement, functioneert in de praktijk naar behoren	3% (n = 1)	19% (n = 7)	62% (n = 23)	16% (n = 6)	0% (n = 0)

[259] Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat tot 1 juli 2023 37 uitspraken verband hielden met een verzoek tot homologatie. Zie paragraaf 3.3.5.

De regel dat schuldeisers moeten kunnen kiezen voor een bedrag in geld dat overeenkomt met de te verwachten uitkering in faillissement, vervult in de praktijk een nuttige functie	5% (*n* = 2)	27% (*n* = 10)	35% (*n* = 13)	5% (*n* = 2)	27% (*n* = 10)
De regel dat schuldeisers moeten kunnen kiezen voor een bedrag in geld dat overeenkomt met de te verwachten uitkering in faillissement, verkleint in de praktijk de mogelijkheid van een succesvolle herstructurering via de WHOA	8% (*n* = 3)	40% (*n* = 15)	24% (*n* = 9)	3% (*n* = 1)	24% (*n* = 9)
De regel dat bedrijfsmatige financiers met een zekerheidsrecht moeten kunnen kiezen voor een andere uitkering dan in de vorm van aandelen of certificaten van aandelen, vervult een nuttige functie	3% (*n* = 1)	30% (*n* = 11)	43% (*n* = 16)	19% (*n* = 7)	5% (*n* = 2)
De regel dat bedrijfsmatige financiers met een zekerheidsrecht moeten kunnen kiezen voor een andere uitkering dan in de vorm van aandelen of certificaten van aandelen, verkleint de mogelijkheid van een succesvolle herstructurering via de WHOA	5% (*n* = 2)	43% (*n* = 16)	27% (*n* = 10)	5% (*n* = 2)	19% (*n* = 7)
Ik vind dat er meer mogelijkheden moeten zijn voor invloed van aandeelhouders en schuldeisers van wie de rechten door het akkoord niet worden gewijzigd op de homologatiebeslissing	22% (*n* = 8)	57% (*n* = 21)	11% (*n* = 4)	3% (*n* = 1)	8% (*n* = 3)
Ik vind dat er meer mogelijkheden moeten zijn voor invloed van stakeholders die niet direct door het akkoord worden geraakt (zoals werknemers, handelscrediteuren, etc) op de homologatiebeslissing	30% (*n* = 11)	57% (*n* = 21)	5% (*n* = 2)	3% (*n* = 1)	5% (*n* = 2)

Ik vind het terecht dat een financier kan worden verplicht een bestaande financieringsovereenkomst na te komen, ook al brengt het akkoord met zich dat de schuldenaar zelf niet aan alle voorwaarden voldoet	16% (*n* = 6)	22% (*n* = 8)	32% (*n* = 12)	27% (*n* = 10)	3% (*n* = 1)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 37.

De afwijzingsgronden worden door het grootste deel van de respondenten duidelijk (81%) en rechtvaardig (82%) gevonden. Het grootste deel van de respondenten (79%) vindt niet dat de afwijzingsgronden door de rechtbank te snel worden aangenomen. Een van de respondenten zegt daarover dat *"homologatie te veel werkt als een tick the box. De WHOA-rechter doet er alles aan om tot homologatie te komen."* Een andere respondent meent dat *"bij een contentieuze WHOA waarbij de schuldenaar al dan niet om tactische redenen geen aspectenverzoek doet, de druk op de homologatierechter te groot wordt. Deze kan in die fase uitsluitend afwijzen of toewijzen en zal bij twijfel doorgaans voor dat laatste kiezen."* Een andere respondent geeft daarentegen aan dat *"de rechtbank vaker zou moeten toetsen aan de materialiteit van bepaalde afwijzingsgronden en een en ander beter in het licht moeten brengen met de vraag of schuldeisers beter af zijn met een akkoord dan in een faillissement. Er zijn verscheidene trajecten afgekeurd waarbij schuldeisers slechter af zijn met de weigering van het akkoord. De vraag kan dan worden gesteld of de afwijzingsgrond wel opweegt tegen de gevolgen."*

De regel dat geen schuldeiser slechter af mag zijn dan in een faillissement, wordt positief gewaardeerd. Volgens de meerderheid van de respondenten (78%) werkt deze regel in de praktijk naar behoren. Er bestaat minder consensus over de regels voor de waardeverdeling in het vierde lid. Zo menen evenveel respondenten dat de twintigprocentsregel in de praktijk werkt als dat hij niet werkt (beide 40%). Iets soortgelijks geldt voor de vraag of de twintigprocentsregel de mogelijkheid van een succesvolle herstructurering via de WHOA verkleint: 35% vindt dat dit zo is, 46% vindt van niet. Voor beide stellingen over de twintigprocentsregel geldt dat 19% van de respondenten aangeeft geen mening te hebben of het antwoord op de vraag niet te weten.

Ook bij de '*cash-exit*'-optie blijkt een gebrek aan consensus. De regel dat schuldeisers moeten kunnen kiezen voor een bedrag in geld dat overeenkomt met de te verwachten uitkering in faillissement, vervult volgens 40% een nuttige functie; volgens 32% is dat niet het geval. Een kwart van de respondenten (27%) heeft bij deze stelling het antwoord 'geen mening/weet ik niet' gegeven. Bijna de helft van de respondenten (48%) meent dat de *cash-exit*-optie in de praktijk de mogelijkheid van een succesvolle herstructurering via de WHOA verkleint. Ongeveer een kwart (27%) vindt van niet en weer een kwart (24%) heeft het antwoord 'geen mening/weet ik niet' gekozen.

De afgezwakte variant van deze regel voor bedrijfsmatige financiers met een zekerheidsrecht, die inhoudt dat zij moeten kunnen kiezen voor iets anders dan aandelen of certificaten van aandelen, vervult volgens de meerderheid van de respondenten (62%) in de praktijk een nuttige functie. Ongeveer een derde (33%) van de respondenten meent van niet. Volgens bijna de helft van de respondenten (48%) verkleint de regel niet de mogelijkheid van een succesvolle herstructurering, terwijl bijna een derde (32%) meent dat dat wel het geval is.

Een kleine meerderheid (59%) is het eens met de stelling dat het terecht is dat een financier kan worden verplicht een bestaande financieringsovereenkomst na te komen, ook al brengt het akkoord met zich dat de schuldenaar zelf niet aan alle voorwaarden voldoet. Ruim een derde (38%) is het met deze stelling oneens. Een van de respondenten is het met deze suggestie duidelijk oneens en geeft aan dat *"de vraag laat zien dat de vraagsteller, en insolventiedeskundigen in het algemeen, geen idee hebben wat er achter zo'n overeenkomst speelt. Bijvoorbeeld een toezichthouder die ook een mening heeft over niet performing leningen."*

Het grootste deel van de respondenten (79%) is van mening dat er bij de homologatie niet meer mogelijkheden zouden moeten zijn voor invloed van schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord niet worden gewijzigd. Een nog groter deel van de respondenten (87%) vindt dat er niet meer mogelijkheden zouden moeten zijn voor stakeholders die niet direct door het akkoord worden geraakt om invloed uit te oefenen op de homologatiebeslissing.

6.3.10 Schuldeisersbescherming

Vervolgens hebben we de respondenten gevraagd of zij ervaring hadden met discussies over de schuldeisersbescherming. Een kleine meerderheid van de respondenten (n = 35) is betrokken geweest bij een WHOA-traject waarbij discussies over schuldeisersbescherming een rol speelden of heeft op een andere manier met het fenomeen schuldeisersbescherming te maken gehad, variërend van 1 tot 5 keer (*SD* = 1,3). Bij twintig van deze respondenten ging het om een substantiële discussie.

Tabel XIII Schuldeisersbescherming

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De WHOA biedt voldoende mogelijkheden voor schuldeisers om in de praktijk invloed uit te oefenen op het proces	6% (n = 2)	24% (n = 8)	56% (n = 19)	15% (n = 5)	0% (n = 0)
Ik vind dat de mogelijkheden die de WHOA schuldenaren biedt tot reorganisatie ten koste gaan van gerechtvaardigde schuldeisersbescherming	6% (n = 2)	56% (n = 19)	15% (n = 5)	15% (n = 5)	9% (n = 3)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De n voor deze stellingen is 34.

Het grootste deel van de respondenten (71%) vindt dat de WHOA schuldeisers in de praktijk voldoende mogelijkheden biedt om invloed uit te oefenen op het proces. Ook een meerderheid van de respondenten (62%) meent dat de mogelijkheden die de WHOA schuldenaren biedt, niet ten koste gaan van gerechtvaardigde schuldeisersbescherming.

In de opmerkingen die respondenten konden achterlaten over het onderwerp schuldeisersbescherming kwamen nog de volgende aspecten naar voren. Zo was een van de respondenten van mening dat "*de rechtbank de cases te vaak beoordeelt met de bril "je vraagt veel van de schuldeisers, terwijl de beoordeling meer zou moeten zijn: de onderneming probeert de onderneming te redden en vraagt hierbij veel van de schuldeisers maar doet dit om iedereen beter af te laten zijn."* Andere respondenten menen echter dat schuldeisers te weinig mogelijkheden hebben om invloed uit te oefenen op het proces, bijvoorbeeld omdat "*rechters schuldenaren het voordeel van de twijfel geven ten koste van andere stakeholders"* en omdat "*je als schuldeiser kan niet zelf een aspectenverzoek kan doen bijvoorbeeld en niet altijd gehoord hoeft te worden. Je bent dan aangewezen op het belanghebbende-begrip, wat vrij open is*." Deze respondenten geven tegelijkertijd aan dat "*rechtbanken voldoende ruimte geven om schuldeisers die echt gehoord moeten worden, te horen, Maar ze zijn dan wel aangewezen op de integriteit van de schuldenaar (noemt die relevante partijen etc).*"

6.3.11 De WHOA en het MKB

Vervolgens hebben we de respondenten gevraagd of zij ervaring hadden met het MKB in de WHOA. 79% van de respondenten (n = 49) is betrokken geweest bij een WHOA-traject van een MKB-schuldenaar of heeft op een andere manier met het fenomeen MKB in de WHOA te maken gehad, variërend van 1 tot 12 keer (*SD* = 2,7).

Tabel XIV De WHOA en het MKB

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De WHOA is in de praktijk een geschikt instrument voor het MKB	4% (*n* = 2)	41% (*n* = 20)	41% (*n* = 20)	14% (*n* = 7)	0% (*n* = 0)
De benodigde (voorbereidings)tijd staat in de praktijk in de weg aan een succesvol WHOA-traject	4% (*n* = 2)	43% (*n* = 21)	47% (*n* = 23)	4% (*n* = 2)	2% (*n* = 1)
De kosten van de WHOA maken een WHOA-traject in de praktijk niet haalbaar voor het MKB	4% (*n* = 2)	20% (*n* = 10)	49% (*n* = 24)	22% (*n* = 11)	4% (*n* = 2)
De griffierechten voor een verzoek in het kader van de WHOA zijn in de praktijk te hoog	4% (*n* = 2)	16% (*n* = 8)	49% (*n* = 24)	16% (*n* = 8)	14% (*n* = 7)
De informatieverplichting is in de praktijk te zwaar voor een MKB-schuldenaar	6% (*n* = 3)	55% (*n* = 27)	20% (*n* = 10)	18% (*n* = 9)	0% (*n* = 0)
De mate van detail van de waarderingen is in de praktijk te zwaar voor een MKB-schuldenaar	2% (*n* = 1)	35% (*n* = 17)	39% (*n* = 19)	20% (*n* = 10)	4% (*n* = 2)
Ik vind dat er een 'WHOA-light' (met vereenvoudigde informatie- en waarderingsverplichtingen) moet komen voor het MKB	10% (*n* = 5)	25% (*n* = 12)	37% (*n* = 18)	27% (*n* = 13)	2% (*n* = 1)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 49.

Over de vraag of de WHOA een geschikt instrument is voor het MKB, bestaat verdeeldheid onder de respondenten. Een kleine meerderheid (55%) vindt van wel, maar bijna de helft van de respondenten (47%) meent van niet. Een van de respondenten geeft aan dat de WHOA "*natuurlijk voor de Zuidas is bedacht. Nimmer is gedacht aan het MKB, terwijl daar wel juist de behoefte was. Het is een gotspe.*" Een andere respondent geeft aan dat beantwoording van de vraag afhankelijk is van wat onder een MKB-schuldenaar wordt verstaan. Meerdere respondenten geven aan dat de WHOA voor het "*kleinbedrijf*" niet geschikt is, maar voor een "*middenbedrijf*" wel degelijk een oplossing kan zijn.

Een meerderheid (71%) meent dat de kosten een WHOA-traject in de praktijk lastig haalbaar maken voor het MKB. Het grootste deel van de respondenten (65%) meent dat de griffierechten voor een verzoek in het kader van de WHOA in de praktijk te hoog zijn. Over de stelling dat de benodigde voorbereidingstijd in de weg staat aan een succesvol WHOA-traject, bestaat geen consensus. Ongeveer de helft van de respondenten (51%) meent van wel, terwijl bijna de helft (47%) meent van niet.

De informatieverplichting vinden de meeste respondenten (61%) niet te zwaar voor een MKB-schuldenaar. Tegelijkertijd vindt een substantiële minderheid van de respondenten (39%) de informatieverplichting voor een MKB-schuldenaar wel te zwaar. Een kleine meerderheid (59%) is van mening dat de mate van detail van waarderingen in de praktijk te zwaar is voor een MKB-schuldenaar, terwijl ook een substantieel deel (37%) van de respondenten de mate van detail van waarderingen niet te zwaar vindt voor een MKB-schuldenaar.

Een meerderheid (64%) is voor introductie van een 'WHOA-light' voor het MKB met vereenvoudigde informatie- en waarderingsverplichtingen. Sommige respondenten menen dat

een 'WHOA-light' "*de kans op misbruik zal vergroten*" en "*het systeem onoverzichtelijk zal maken*." Een van de respondenten heeft aan dat "*de rechtspraak al flexibel omgaat met de informatie- en waarderingsverplichtingen in relatie tot de omvang van de onderneming*."

In de losse opmerkingen wordt meermaals aangegeven dat "de schuldenaar vaak te lang wacht" met het oplossen van de financiële problemen. Ook wordt aangegeven dat het TOA-krediet anders zou moeten worden ingericht, omdat het voor MKB-schuldenaren lastig is financiering te vinden. Een van de respondenten zegt daarover dat "*het probleem hem vooral zit in de financiering achteraf via de TOA. Dat moet naar voren getrokken worden, eventueel met een quickscan financiering.*"

6.3.12 WHOA-procesrecht

Het volgende blok vragen ging over de processuele kant van de WHOA. Om die reden hebben we respondenten gevraagd of zij ervaring hebben met de rechtbank in een WHOA-traject. 65% van respondenten (n = 41) heeft ervaring met de rechtbank in een WHOA-traject.

Tabel XV Het WHOA procesrecht

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
Het is in de praktijk noodzakelijk om een meervoudige kamer te hebben voor WHOA-zaken	0% (n = 0)	20% (n = 8)	50% (n = 20)	23% (n = 9)	8% (n = 3)
De mogelijkheid om hoger beroep tegen de toewijzende dan wel afwijzende homologatiebeslissing te kunnen instellen wordt in de praktijk gemist	18% (n = 7)	45% (n = 18)	13% (n = 5)	18% (n = 7)	8% (n = 3)
De mogelijkheid om hoger beroep tegen andere uitspraken van de rechtbank te kunnen instellen wordt in de praktijk gemist	20% (n = 8)	43% (n = 17)	25% (n = 10)	8% (n = 3)	5% (n = 2)
De termijnen binnen de WHOA zijn in de praktijk te kort	15% (n = 6)	68% (n = 27)	10% (n = 4)	5% (n = 2)	3% (n = 1)
Ik vind dat de behandeling van homologatieverzoeken mag worden aangehouden om de schuldenaar zo nodig eenvoudig herstelbare gebreken die zouden kunnen leiden tot afwijzing te laten repareren	0% (n = 0)	8% (n = 3)	65% (n = 26)	23% (n = 9)	5% (n = 2)
Ik vind dat in het WHOA-procesrecht door de rechtbank in plaats van met vaste termijnen, moet worden gewerkt met 'redelijke termijnen'	8% (n = 3)	35% (n = 14)	38% (n = 15)	8% (n = 3)	13% (n = 5)

Ik vind dat op basis van de goede procesorde de rechtbank vooraf eisen mag stellen aan de omvang van processtukken	3% (*n* = 1)	15% (*n* = 6)	63% (*n* = 25)	13% (*n* = 5)	8% (*n* = 3)
Ik vind dat op basis van de goede procesorde de rechtbank vooraf eisen mag stellen aan het tijdstip van indiening van processtukken	3% (*n* = 1)	8% (*n* = 3)	65% (*n* = 26)	23% (*n* = 9)	3% (*n* = 1)
Ik vind dat het rechtsmiddelenverbod moet worden afgeschaft	13% (*n* = 5)	40% (*n* = 16)	23% (*n* = 9)	8% (*n* = 3)	18% (*n* = 7)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 40.

De respondenten zijn over het algemeen positief over het processuele gedeelte van de WHOA. De meervoudige kamer wordt door het grootste deel van de respondenten (73%) noodzakelijk geacht. Een van de respondenten geeft aan dat *"de meervoudige kamer door "voor elkaar onbekende rechters" zorgt voor extreem veel (vertragend) formeel gedrag."*

De mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen een homologatiebeslissing wordt in de praktijk door de meerderheid van de respondenten (63%) niet gemist. Ook de mogelijkheid om tegen andere uitspraken van de rechtbank in beroep te kunnen gaan wordt door het grootste deel van de respondenten (63%) niet gemist. Tegelijkertijd mist bijna een derde van de respondenten de mogelijkheid om in beroep te gaan tegen uitspraken van de rechtbank wel. Een kleine meerderheid van de respondenten (53%) vindt dat het rechtsmiddelenverbod niet moet worden afgeschaft. Bijna een derde van de respondenten (32%) is van mening dat het rechtsmiddelenverbod niet moet worden afgeschaft en 18% heeft het antwoord 'weet ik niet/geen mening' gegeven. In de losse opmerkingen wordt meermaals aangegeven dat rechtbanken vaker prejudiciële vragen zouden moeten stellen aan de Hoge Raad, zeker wanneer het gaat om principiële kwesties. Een van de respondenten is van mening dat *"hoger beroep in het belang der wet mogelijk zou moeten zijn bij een dedicated WHOA-hof om eenvormigheid in WHOA zaken te bewerkstelligen en fundamentele vragen op een laagdrempelige manier te toetsen."* Een andere respondent geeft echter aan dat *"rechtsmiddelen te veel rechtsonzekerheden in het traject brengen waar stakeholders niet bij gebaat zijn."*

Een grote meerderheid van de respondenten (88%) is van mening dat de behandeling van homologatieverzoeken mag worden aangehouden om de schuldenaar zo nodig eenvoudig herstelbare gebreken die zouden kunnen leiden tot afwijzing te laten repareren.

Het grootste deel van de respondenten (83%) vindt niet dat de termijnen binnen de WHOA te kort zijn. De meeste respondenten (88%) zijn van mening dat de rechtbank op basis van de goede procesorde vooraf eisen mag stellen aan het tijdstip van indiening van processtukken. Ook zijn de meeste respondenten (76%) van mening dat de rechtbank vooraf eisen mag stellen aan de omvang van processtukken. Er bestaat onder de respondenten geen consensus over de vraag of de rechtbank in plaats van met vaste termijnen, zou moeten werken met 'redelijke termijnen'. Bijna evenveel respondenten vinden van wel (46%) als van niet (43%). In de losse opmerkingen geeft een van de respondenten aan dat de termijnen soms te kort zijn, maar dat dat "*vooral ligt bij de initiatiefnemer van het traject. Die kiest bewust zo kort mogelijke termijnen om schuldeisers niet te veel informatie te geven, althans de schuldeisers die het proces niet steunen. De rechtbank kan daar wel wat van vinden, maar staat toch op afstand. Dat is wel een aandachtspunt."*

6.3.13 Misbruik

Het volgende blok van de survey ging over ervaringen met misbruik in WHOA-trajecten. 37% van de respondenten (*n* = 23) is betrokken geweest bij een WHOA-traject waarbij mogelijk sprake was van onregelmatigheden of misbruik of heeft op een andere manier te maken gehad

met processuele onregelmatigheden of misbruik voorafgaand aan of in een WHOA-traject. Gemiddeld hebben respondenten 1,8 keer te maken gehad met een vermoeden van onregelmatigheden of misbruik voorafgaand aan of in een WHOA-traject te maken gehad met, variërend van 1 tot 10 keer (*SD* = 1,9).

Tabel XVI Misbruik

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De WHOA is misbruikgevoelig in de praktijk	9% (*n* = 2)	14% (*n* = 3)	64% (*n* = 14)	14% (*n* = 3)	0% (*n* = 0)
Ik vind dat als er indicaties zijn van misbruik, dat zonder meer een afwijzingsgrond is	18% (*n* = 4)	23% (*n* = 5)	46% (*n* = 10)	14% (*n* = 3)	0% (*n* = 0)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 22.

Opvallend is dat het grootste deel van de respondenten (78%) van mening is dat de WHOA in de praktijk misbruikgevoelig is. Een meerderheid van de respondenten (60%) meent dat indicaties van misbruik zonder meer een afwijzingsgrond zijn. Tegelijkertijd meent een substantieel deel (41%) dat indicaties van misbruik niet zonder meer een afwijzingsgrond zijn.

Vervolgens hebben we de respondenten gevraagd of zij te maken hebben gehad met een akkoord dat is gehomologeerd waarbij het vermoeden bestond dat sprake was van later vastgestelde onregelmatigheden of misbruik. 5 respondenten beantwoordden die vraag met 'ja.'. De vermoedens waren volgens de respondenten:

"paulianeus handelen in de jaren voorafgaande aan het WHOA-traject - het (bewust) onjuist informeren van de rechtbank door de schuldenaar en/of andere stakeholders - homologatie van een akkoord dat in de praktijk was gestoeld op een business case die niet bestond, althans niet haalbaar was (en veel van de betrokken stakeholders waren zich daarvan bewust maar hadden belang bij de uitkomst van de procedure)."

"de waardering wordt te veel door de schuldenaar / aandeelhouder bepaald. Op die manier verbetert de aandeelhouder zijn positie ten nadele van de schuldeiser zonder dat daarvoor een economische rechtvaardiging bestaat. De WHOA-rechter sluit hiervoor de ogen door geen controle op waarderingsvraagstukken uit te oefenen, maar zich te verschuilen achter de 'onafhankelijkheid' van bepaalde waarderingen. De rechter ziet daarbij echter over het hoofd dat de partij die deze 'onafhankelijke' waardering opstelt, afhankelijk is van de onderneming. Die onderneming heeft een heel duidelijk belang."

"HD'er interpreteert afgegeven waarderingen op een zodanige manier dat er koste wat het kost naar een akkoord moest worden gewerkt."

"positie van schuldeisers benadeeld tijdens het whoa traject + whoa traject gebruikt om voor te bereiden op een faillissementsscenario, door bepaalde activa of informatie feitelijk onder te brengen in andere vennootschappen, hetgeen het bestuur regie zou geven in een faillissementsscenario"

Respondenten die te maken hebben gehad met misbruik hebben in de losse opmerkingen aangegeven dat "*het DIP-karakter goed werkt, maar ook misbruik in de hand werkt*." Een enkele respondent gaf aan dat de "*misbruikgevoeligheid zeer groot is*." Twee van de respondenten gaven aan dat de misbruikgevoeligheid vooral ziet op de informatieasymmetrie tussen schuldenaar enerzijds en rechtbank en schuldeisers anderzijds. Een van de manieren waarop misbruik kan worden gemaakt, is volgens verschillende respondenten het liquidatieakkoord, dat kan worden gebruikt om een bestuurdersaansprakelijkheidsclaim van een curator te vermijden. Een andere respondent gaf aan iets te zien in het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige of observator met als specifieke opdracht het doen van onderzoek naar eventueel misbruik.

6.3.14 Liquidatie- versus reorganisatieakkoord

Vervolgens hebben we de respondenten gevraagd of zij ervaring hadden met een liquidatieakkoord. 41% van de respondenten (*n* = 25) is betrokken geweest bij een WHOA-traject gericht op een liquidatieakkoord, variërend van 1 tot 3 keer (*SD* = 0,7).

Tabel XVII Liquidatieakkoorden

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
Het liquidatieakkoord zorgt in de praktijk voor een hogere *recovery rate* ten opzichte van een faillissement	0% (*n* = 0)	12% (*n* = 3)	56% (*n* = 14)	20% (*n* = 5)	12% (*n* = 3)
Een liquidatieakkoord kent in de praktijk minder informatieverplichtingen dan een reorganisatieakkoord	0% (*n* = 0)	32% (*n* = 8)	44% (*n* = 11)	8% (*n* = 2)	16% (*n* = 4)
Ik vind dat de wet onderscheid zou moeten maken tussen liquidatie- en reorganisatieakkoorden	4% (*n* = 1)	44% (*n* = 11)	40% (*n* = 10)	8% (*n* = 2)	4% (*n* =1)
Ik vind dat bij een liquidatieakkoord altijd een observator moet worden benoemd om toe te zien op de verwezenlijking van de benodigde plus ten opzichte van een faillissement	20% (*n* = 5)	64% (*n* = 16)	8% (*n* = 2)	8% (*n* = 2)	0% (*n* = 0)
Ik vind dat de WHOA niet meer beschikbaar moet zijn voor een liquidatieakkoord	48% (*n* = 12)	40% (*n* = 10)	0% (*n* = 0)	12% (*n* = 3)	0% (*n* = 0)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 25.

De respondenten lijken over het algemeen positief over het liquidatieakkoord. Zo vindt 88% dat de WHOA beschikbaar moet blijven voor een liquidatieakkoord. Het liquidatieakkoord zorgt volgens het grootste deel van de respondenten (76%) voor een hogere *recovery rate* ten opzichte van een faillissement. De meeste respondenten (84%) ziet geen noodzaak om bij een liquidatieakkoord altijd een observator aan te stelen om toe te zien op de verwezenlijking van de meerwaarde ten opzichte van een faillissement.

Over de vraag of de wet onderscheid zou moeten maken tussen een reorganisatie- en een liquidatieakkoord zijn de meningen verdeeld: 44% meent van wel en 44% van niet. Volgens een kleine meerderheid van de respondenten (52%) wordt in de praktijk wel (al) onderscheid gemaakt tussen een liquidatieakkoord en een reorganisatieakkoord, in die zin dat een liquidatieakkoord in de praktijk volgens dit deel van de respondenten minder informatieverplichtingen kent dan een reorganisatieakkoord. In de losse opmerkingen merkt een van de respondenten nog wel op dat "*een liquidatieakkoord bijna onmogelijk is door het buiten beschouwing laten van werknemersrechten. Bij een reorganisatieakkoord kan dit gerechtvaardigd zijn, maar bij een liquidatieakkoord niet indien de werknemers beter af zijn dan in faillissement.*"

6.3.15 In hoeverre bereikt de WHOA de doelstellingen?

Het laatste onderdeel van de survey zag op de vraag in hoeverre de WHOA volgens de respondenten de doelstellingen heeft bereikt. De stellingen zijn gebaseerd op de in deel A

besproken beleidsreconstructie en op de in hoofdstuk 1 besproken specifieke aandachtspunten die in deze evaluatie aan bod zouden komen.

Tabel XVIII Bereiken van doelstellingen

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De uitspraak van de Hoge Raad en wijziging van art. 369 lid 4(b) Fw dat de uitzondering betreffende de rechten van werknemers ook ziet op pensioenpremies die ten behoeve van de werknemer worden afgedragen, belemmert in de praktijk de totstandkoming van akkoorden onder de WHOA	2% (*n* = 1)	34% (*n* = 20)	32% (*n* = 19)	12% (*n* = 7)	20% (n = 12)
De rol van de rechter leidt in de praktijk niet tot een bovenmatige werkbelasting van de rechterlijke macht	0% (*n* = 0)	20% (*n* = 12)	22% (*n* = 13)	3% (*n* = 2)	54% (*n* = 32)
De WHOA is in de praktijk voldoende flexibel	0% (*n* = 0)	17% (*n* = 10)	56% (*n* = 33)	20% (*n* = 12)	7% (*n* = 4)
De doorlooptijd van de WHOA in de praktijk is kort genoeg	2% (*n* = 1)	22% (*n* = 13)	54% (*n* = 32)	17% (*n* = 10)	5% (*n* = 3)
De WHOA is in de praktijk geschikt voor groepsreorganisaties	3% (*n* = 2)	34% (*n* = 20)	44% (*n* = 26)	7% (*n* = 4)	12% (*n* = 7)
De WHOA is in de praktijk ook als besloten procedure geschikt voor grensoverschrijdende reorganisaties	2% (*n* = 1)	17% (*n* = 10)	27% (*n* = 16)	7% (*n* = 4)	48% (*n* = 28)
Ik vind dat de startverklaring heeft te gelden als peildatum voor de Beklamel-norm	12% (*n* = 7)	24% (*n* = 14)	36% (*n* = 21)	7% (*n* = 4)	22% (*n* = 13)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 59.

De resultaten laten een wat verdeeld beeld zien. Er lijkt weinig consensus te bestaan onder respondenten over het bereiken van de doelstellingen van de WHOA. Zo is ongeveer een even groot deel het eens (42%) als oneens (36%) met de stelling dat de uitspraak van de Hoge Raad dat de uitzondering betreffende de rechten van werknemers ook ziet op pensioenpremies die ten behoeve van de werknemer worden afgedragen, in de praktijk de totstandkoming van akkoorden onder de WHOA in de praktijk belemmert. Ook over de vraag of de WHOA geschikt is voor groepsorganisaties, komt geen eenduidig beeld naar voren. Hoewel een kleine meerderheid (51%) het met de stelling eens is, is een substantieel deel (37%) het met de stelling oneens. Over de stellingen over de werkbelasting van de rechterlijke macht en de geschiktheid van de WHOA voor grensoverschrijdende procedures heeft een groot deel het antwoord ‘weet ik niet/geen mening’ gegeven.

De respondenten lijken wel positief over de flexibiliteit en de doorlooptijd van de WHOA. Een meerderheid meent dat de WHOA voldoende flexibel (76% eens) en kort genoeg (71% eens) is.

Een stelling die niet zozeer gaat over het bereiken van de doelstellingen, maar wel van belang kan zijn om de effectiviteit van de WHOA te beoordelen is de vraag of de startverklaring heeft te gelden als peildatum voor de Beklamel-norm.[260] Over deze stelling zijn de meningen verdeeld. Iets minder dan de helft van de respondenten (43%) meent van wel, terwijl bijna een net zo groot deel (36%) meent van niet. Bijna een kwart (22%) heeft het antwoord 'geen mening/weet ik niet' gegeven.

Een van de doelstellingen van de WHOA ziet op het voorkomen van faillissementen van in de kern levensvatbare ondernemingen, met als bedoeld neveneffect dat werkgelegenheid behouden blijft. Tegelijkertijd moest worden voorkomen dat de WHOA ook niet-levensvatbare ondernemingen in stand houdt.

Tabel XIX Bereiken van doelstellingen

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
Dankzij de WHOA worden in de praktijk levensvatbare ondernemingen gered die anders failliet zouden zijn gegaan	3% (*n* = 2)	10% (*n* = 6)	56% (*n* = 33)	25% (*n* = 15)	5% (*n* = 3)
De WHOA zorgt in de praktijk voor instandhouding van niet-levensvatbare ondernemingen	5% (*n* = 3)	49% (*n* = 29)	27% (*n* = 16)	9% (*n* = 5)	10% (*n* = 6)
De WHOA zorgt in de praktijk voor behoud van werkgelegenheid	7% (*n* = 4)	14% (*n* = 8)	48% (*n* = 28)	19% (*n* = 11)	14% (*n* = 8)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 59.

Een grote meerderheid van de respondenten (81%) ervaart dat levensvatbare ondernemingen die anders failliet zouden zijn gegaan, door de WHOA worden gered. Het grootste deel van de respondenten (67%) ziet ook dat de WHOA in de praktijk voor behoud van werkgelegenheid zorgt. Volgens een kleine meerderheid van de respondenten (54%) zorgt de WHOA er in de praktijk niet voor dat niet-levensvatbare ondernemingen in stand worden gehouden. Tegelijkertijd meent een substantieel deel van de respondenten (36%) dat de WHOA in de praktijk wel degelijk zorgt voor instandhouding van niet-levensvatbare ondernemingen.

6.3.16 Toekomst van de WHOA

Afsluitend hebben we de respondenten gevraagd om een keuze te maken tussen vier toekomstscenario's voor de WHOA. De resultaten staan in tabel X. Bijna de helft van de respondenten (45%) is van mening dat het makkelijker moet worden om een akkoord op te leggen, al is ook een substantieel deel van de respondenten (40%) van mening dat de WHOA niet moet worden gewijzigd.

Tabel XX Toekomst van de WHOA

Keuze	*n*
De WHOA moet ongewijzigd blijven	40% (*n* = 23)
De WHOA moet zo gewijzigd worden dat het makkelijker wordt om een akkoord op te leggen	45% (*n* = 26)
De WHOA moet zo gewijzigd worden dat het moeilijker wordt om een akkoord op te leggen	10% (*n* = 6)
De WHOA moet worden afgeschaft	5% (*n* = 3)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 58.

—

[260] Zie hierboven bij casus 4 en 5 (paragraaf 5.3.1.4 en 5.3.1.5).

Vervolgens hebben we de respondenten gevraagd om uit te leggen welke onderdelen van de WHOA goed werken en dus behouden moeten blijven. Het meest positief waren de respondenten over de afkoelingsperiode, de mogelijkheid tot het binden van tegenstemmende schuldeisers en de flexibiliteit van de WHOA. Tegelijkertijd geven enkele respondenten aan dat de WHOA alleen goed werkt voor grote(re) ondernemingen.

Op de vraag welke onderdelen van de WHOA niet, of minder goed werken en dus aangepast of geschrapt zouden moeten worden, kwam een uiteenlopend palet van wensen naar voren. De meeste opmerkingen gaan over de geschiktheid van de WHOA voor het MKB. Zo geven veel respondenten aan dat de WHOA volgens hen alleen geschikt is voor de grotere ondernemingen, voornamelijk omdat de kosten van een WHOA-traject enorm zijn. Sommige respondenten menen dat een 'WHOA-light' voor het MKB geïntroduceerd moet worden en/of dat de griffierechten omlaag moeten. Ook een lichtere informatieverplichting voor het MKB wordt als alternatief genoemd. Tevens geven sommige respondenten aan dat het TOA-krediet ook vooraf zou moeten kunnen worden ingezet om een akkoord te kunnen financieren. Tegelijkertijd geeft een aantal respondenten aan dat de twintigprocentsregel in de praktijk te ruim is geformuleerd en dat ook naar bijvoorbeeld de concernomvang gekeken zou moeten worden.

Een aantal respondenten geeft aan dat de toetsing van de WHOA-toestand zou moeten worden aangepast. Zo geeft een van de respondenten aan dat *"bij het toelaten van een onderneming tot de WHOA-toestand door de rechtbank ten minste marginaal zou moeten worden getoetst of financiering daadwerkelijk beschikbaar is voor de gehele duur van de WHOA-periode. Is dat niet het geval dan dient de onderneming niet tot de WHOA te worden toegelaten. De WHOA laat nu een cascade toe van verzoeken (toelating en afkoelingsperiode door de onderneming, benoeming herstructureringsdeskundige door OR en vervolgens nog eens benoeming herstructureringsdeskundige door crediteuren). Ieder van die verzoeken leidt tot een aparte beoordeling door de rechtbank en dus tot - wederom - een opschorting van lopende faillissementsverzoeken. De doorlooptijd van al deze verzoeken tezamen leidt tot nieuwe verliezen/schulden voor de crediteuren. De wet zou zodanig moeten worden aangepast dat, zodra een van de verzoeken is afgewezen, de onderneming niet weer een beroep kan doen op de WHOA."* Sommige respondenten menen in lijn met deze opmerking dat er meer zicht zou moeten zijn op de levensvatbaarheid van de onderneming bij aanvang van een WHOA-traject. Een van de respondenten zegt hierover: *"WHOA is geen stok achter de deur maar een verdienmodel van advocaten. Als gevolg daarvan wordt bij reorganisaties het paard achter de wagen gespannen en begint men met het onderzoeken van een WHOA terwijl de focus zou moeten liggen op het maken van een herstuctureringsplan en het creëren van draagvlak."* Een andere respondent meent dat de WHOA niet de kern van de problematiek binnen noodlijdende ondernemingen oplost: *"de WHOA biedt geen oplossing voor de daadwerkelijke herstructurering van de onderneming. Er vindt slechts een schuldsanering plaats en (…), terwijl de penibele staat van de onderneming juist de oorzaak is van de problemen,"*

Een ander aspect waarover onder respondenten onvrede lijkt te bestaan, is de waarderingsproblematiek. Een van de respondenten geeft aan dat "*waarderingen veelal niet goed worden geïnterpreteerd en/of begrepen. Daarbij is er geen eensluidendheid in waarderingdefinities en onderbouwingen waardoor appels nog wel eens met peren worden vergeleken. Tevens zijn er sujetten die te creatief met waarderingen omgaan."* Sommige respondenten geven aan dat de rechtbank onvoldoende expertise heeft om te kunnen oordelen over waarderingsdiscussies en om die reden (volgens sommige respondenten te veel) leunen op waarderingsdeskundigen. Omdat waardering geen exacte wetenschap is, zou het volgens een aantal respondenten nuttig zijn om aan de meervoudige kamer iemand met financiële expertise toe te voegen.

Een enkeling maakt een opmerking over de taakinvulling van de observator en de herstructureringsdeskundige. Een aantal keer komt in de opmerking naar voren dat een herstructureringsdeskundige zich in de praktijk te veel zou laten leiden door de wens om het akkoord "*hoe dan ook te laten slagen*." Een aantal respondenten meent dat er een verplichte opleiding moet komen voordat een persoon als observator of herstructureringsdeskundige mag worden benoemd.

Een enkele keer wordt als aandachtspunt genoemd het wijzigen van (krediet)overeenkomsten, de rol van werknemersvorderingen, de rol van dwangcrediteuren, de mogelijkheid voor DIP-financiering en de cash-optie. Deze aspecten werden door de respondenten niet nader toegelicht.

6.4 Resultaten survey voor de WHOA-pool

6.4.1 Ervaringen met de WHOA-pool

Zoals eerder aangegeven, hebben we een aparte survey voorgelegd aan de WHOA-pool. De gebruikte steekproef bestaat dus uit 26 respondenten. Voor de survey die is uitgezet onder de WHOA-pool geldt dat de respondenten tussen de 29 en 61 jaar oud zijn, met een gemiddelde leeftijd van 45,6 jaar (*SD* = 12,7). Het grootste gedeelte van de respondenten is man (*n* = 13), een kleiner deel vrouw (*n* = 9). Twee respondenten hebben aangegeven hun geslacht liever niet kenbaar te maken. Het grootste deel van de respondenten is rechter (*n* = 17), een kleiner deel griffier/griffiemedewerker (*n* = 8). Op basis van het jurisprudentieonderzoek blijkt dat de WHOA-pool tot 1 juli 2023 uit ongeveer 24 rechters bestond, hetgeen betekent dat sprake is van een hoge *response rate*.[261] Respondenten zijn gemiddeld 13,8 jaar werkzaam op het terrein van insolventie en/of herstructureringen, variërend tussen de 2 en 35 jaar (*SD* = 8,6). Respondenten zijn gemiddeld 21,8 keer betrokken geweest bij een WHOA-traject (*SD* = 16,0).

Deze groep respondenten hebben we allereerst enkele vragen voorgelegd over hun ervaringen met de WHOA-pool.

Tabel XXI De WHOA-pool vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
Ik vind dat de 'WHOA-pool' een succes is en moet worden voortgezet uit een oogpunt van werkverdeling tussen de verschillende rechtbanken	0% (*n* = 0)	5% (*n* = 1)	35% (*n* = 7)	50% (*n* = 10)	10% (*n* = 2)
Ik vind dat de 'WHOA-pool' een succes is en moet worden voortgezet uit een oogpunt van kennisverwerving en -ontwikkeling door individuele rechters/griffiers	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	15% (*n* = 3)	75% (*n* = 15)	10% (*n* = 2)
Ik vind dat de financiële gevolgen van de 'WHOA-pool' voor de individuele rechtbanken voldoende duidelijk zijn	15% (*n* = 3)	35% (*n* = 7)	0% (*n* = 0)	5% (*n* = 1)	45% (*n* = 9)
Ik vind dat de financiële gevolgen van de 'WHOA-pool' voor de individuele rechtbanken afdoende en kostendekkend zijn	15% (*n* = 3)	25% (*n* = 5)	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	60% (*n* = 12)
De 'WHOA-pool' is te klein	0% (*n* = 0)	74% (*n* = 14)	5% (*n* = 1)	5% (*n* = 1)	16% (*n* = 3)
De 'WHOA-pool' is te groot	5% (*n* = 1)	74% (*n* = 14)	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	21% (*n* = 4)

—

[261] Zie paragraaf 3.3.9.

De werkzaamheden in de 'WHOA-pool' sluiten doorgaans goed aan bij de werkzaamheden binnen de eigen rechtbank	0% (*n* = 0)	15% (*n* = 3)	50% (*n* = 10)	25% (*n* = 5)	10% (*n* = 2)
De werkzaamheden in de 'WHOA-pool' zijn qua werkdruk doorgaans goed te combineren met de werkzaamheden binnen de eigen rechtbank	0% (*n* = 0)	30% (*n* = 6)	55% (*n* = 11)	10% (*n* = 2)	5% (*n* = 1)
Ik vind dat ik als rechter/griffier doorgaans voldoende tijd en gelegenheid krijg vanuit mijn rechtbank om mij voor te bereiden op een WHOA-zitting	0% (*n* = 0)	15% (*n* = 3)	35% (*n* = 7)	35% (*n* = 7)	15% (*n* = 3)
Ik vind de WHOA een nuttige toevoeging aan de insolventiepraktijk	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	15% (*n* = 3)	80% (*n* = 16)	5% (*n* = 1)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 20.

De WHOA-pool is tevreden over het functioneren van de WHOA-pool. Een grote meerderheid van de respondenten (85%) meent dat de WHOA-pool vanuit het oogpunt van de werkverdeling tussen de verschillende rechtbanken moet worden voortgezet. Bijna alle respondenten (90%) menen dat de WHOA-pool moet worden voortgezet vanuit een oogpunt van kennisverwerving en -ontwikkeling. Ook over de grootte van de WHOA-pool bestaat tevredenheid onder de respondenten.

De financiering van de WHOA-pool lijkt een aandachtspunt. De helft van de respondenten meent dat de financiële gevolgen van de WHOA-pool voor de individuele rechtbanken onvoldoende duidelijk zijn. Tegelijkertijd geeft bijna de helft van de respondenten (45%) aan het antwoord niet te weten, of geen mening te hebben. De meerderheid van de respondenten (60%) kiest voor het antwoord 'geen mening/ weet ik niet' bij de stelling dat de financiële gevolgen van de WHOA-pool voor de individuele rechtbanken afdoende en kostendekkend zijn. De respondenten die wel antwoord gaven op deze vraag (40%) zijn van mening dat dat niet het geval is.

De meeste respondenten (75%) geven aan dat de werkzaamheden in de WHOA-pool doorgaans goed aansluiten binnen de andere werkzaamheden binnen de rechtbank. Ook geeft een meerderheid (60%) aan dat de werkzaamheden qua werkdruk goed te combineren zijn met de andere werkzaamheden. Tegelijkertijd meent bijna een derde (30%) dat dit niet het geval is. De meeste respondenten (70%) menen dat zij vanuit de rechtbank voldoende tijd en gelegenheid krijgen om zich voor te bereiden op een WHOA-zitting.

6.4.2 De WHOA als stok achter de deur

Na de stellingen over de WHOA-pool, hebben we ook deze groep respondenten gevraagd naar hun ervaring met de werking van de WHOA als stok achter de deur. Omdat de WHOA-pool geen ervaring heeft met het voortraject, hebben we de stellingen die specifiek gaan over de ervaringen met dat voortraject weggelaten.

Tabel XXII De WHOA als stok achter de deur

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De WHOA werkt als stok achter de deur	0% (*n* = 0)	17% (*n* = 4)	46% (*n* = 11)	0% (*n* = 0)	38% (*n* = 9)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stelling is 24.

Bijna de helft van de respondenten (47%) is van mening dat de WHOA als stok achter de deur werkt. Een bijna net zo groot deel (38%) heeft voor het antwoord 'weet ik niet/ geen mening' gekozen. Op basis van de losse opmerkingen lijkt het erop dat de respondenten onvoldoende ervaring hebben om deze vraag te kunnen beantwoorden. Een aantal respondenten geeft in de losse opmerkingen aan dat dit "*vanuit de rechtspraak moeilijk te zeggen is, omdat wij de zaken niet krijgen die wij niet krijgen.*"

6.4.3 Actoren binnen de WHOA

6.4.3.1 Herstructureringsdeskundige

Vervolgens hebben we de respondenten enkele vragen voorgelegd over de herstructureringsdeskundige. 77% (*n* = 20*)* van de respondenten heeft te maken gehad met de herstructureringsdeskundige. Respondenten zijn gemiddeld 3,7 keer, variërend van 1 tot 10 keer betrokken geweest bij een WHOA-traject met een herstructureringsdeskundige (*SD* = 2,6).[262]

Tabel XXIII De herstructureringsdeskundige vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De taak van de herstructureringsdeskundige is in de praktijk voldoende duidelijk	0% (*n* = 0)	20% (*n* = 4)	65% (*n* = 13)	5% (*n* = 1)	10% (*n* = 2)
Het benoemingssysteem voor herstructureringsdeskundigen werkt goed in de praktijk	0% (*n* = 0)	5% (*n* = 1)	70% (*n* = 14)	5% (*n* = 1)	20% (*n* = 4)
De herstructureringsdeskundige heeft in de praktijk voldoende bevoegdheden	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	70% (*n* = 14)	10% (*n* = 2)	20% (*n* = 4)
De herstructureringsdeskundige doet in de praktijk onderzoek naar onregelmatigheden	0% (*n* = 0)	45% (*n* = 9)	20% (*n* = 4)	0% (*n* = 0)	35% (*n* = 7)
Ik vind dat de herstructureringsdeskundige onderzoek moet doen naar onregelmatigheden	0% (*n* = 0)	35% (*n* = 7)	40% (*n* = 8)	10% (*n* = 2)	15% (*n* = 3)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 20.

Het grootste deel van de respondenten uit de WHOA-pool (70%) is van mening dat de taak van de herstructureringsdeskundige in de praktijk voldoende duidelijk is. Ook heeft de herstructureringsdeskundige volgens de meerderheid (80%) in de praktijk voldoende bevoegdheden. In de losse opmerkingen legt een van de respondenten die de taak van de herstructureringsdeskundige niet voldoende duidelijk vindt uit dat "*de taak van de herstructureringsdeskundige onvoldoende duidelijk is en belangconflicten (mede door zijn rol als aanbieder van het akkoord) op de loer liggen. Hij zit dicht tegen de schuldenaar aan. Het is niet duidelijk in hoeverre hij aanspreekpunt is voor schuldeisers en in hoeverre hij de belangen van (individuele) schuldeisers moet aantrekken. Ook is niet duidelijk of en in hoeverre hij onregelmatigheden moet onderzoeken. Hij is niet in charge in de onderneming (en laat bijvoorbeeld correspondentie met schuldeisers over aan de schuldenaar) maar moet wel het akkoord presenteren. Verslaglegging (op vaste termijnen) aan de rechtbank over de*

—

[262] Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat tot 1 juli 2023 30 uitspraken verband hielden met een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Zie paragraaf 3.3.1.2.

voortgang zou goed zijn. Rechtbank heeft geen toezichthoudende rol, terwijl schuldeisers de rechtbank wel vragen stellen over (de voortgang van) de procedure, waarbij de rechtbank kan oordelen dat het anders zou moeten."

Het benoemingssysteem werkt volgens het grootste deel van deze respondenten (75%) in de praktijk goed.

De helft van de respondenten (50%) is van mening dat de herstructureringsdeskundige onderzoek zou moeten doen naar onregelmatigheden. In de praktijk doet de herstructureringsdeskundige dit volgens bijna de helft van de respondenten (45%) niet. Een substantieel deel van de respondenten (35%) weet niet of de herstructureringsdeskundige in de praktijk onderzoek doet naar onregelmatigheden. In de losse opmerkingen geeft een van de respondenten aan dat hij vindt dat *"de herstructureringsdeskundige, indien de omstandigheden aanleiding kunnen geven voor een rechtmatigheidsonderzoek, daarover open, volledig en transparant moet communiceren richting rechtbank en betrokkenen."* Een andere respondent geeft aan dat *"de herstructureringsdeskundige geen curator is. Het toevoegen van een rechtmatigheidsonderzoek aan het takenpakket lijkt mij niet wenselijk."*

6.4.3.2 Observator

Vervolgens hebben we de respondenten gevraagd of zij ervaring hebben met een observator. 77% (*n* = 20) van de respondenten heeft te maken gehad met het fenomeen observator. Respondenten zijn gemiddeld 4,9 keer, variërend van 1 tot 12 keer, betrokken geweest bij een WHOA-traject met een observator (*SD* = 3,3).[263]

Tabel XXIV De observator vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De taak van de observator is in de praktijk voldoende duidelijk	0% (*n* = 0)	37% (*n* = 7)	53% (*n* = 10)	0% (*n* = 0)	11% (*n* = 2)
Het benoemingssysteem voor observatoren werkt goed in de praktijk	0% (*n* = 0)	11% (*n* = 2)	74% (*n* = 14)	5% (*n* = 1)	11% (*n* = 2)
De observator heeft in de praktijk voldoende bevoegdheden	0% (*n* = 0)	26% (*n* = 5)	53% (*n* = 10)	0% (*n* = 0)	21% (*n* = 4)
De observator doet in de praktijk onderzoek naar onregelmatigheden	0% (*n* = 0)	47% (*n* = 9)	37% (*n* = 7)	0% (*n* = 0)	16% (*n* = 3)
Ik vind dat de observator onderzoek moet doen naar onregelmatigheden	0% (*n* = 0)	26% (*n* = 5)	37% (*n* = 7)	21% (*n* = 4)	16% (*n* = 3)
Ik vind dat de observator momenteel te laat in het traject wordt aangewezen	0% (*n* = 0)	47% (*n* = 9)	32% (*n* = 6)	7% (*n* = 1)	16% (*n* = 3)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 19.

Een kleine meerderheid van deze groep respondenten (53%) meent dat de taak van de observator in de praktijk voldoende duidelijk is, al is 37% het met deze stelling oneens. Volgens een kleine meerderheid van de respondenten (53%) heeft de observator in de praktijk voldoende bevoegdheden. Een van de respondenten merkt in de losse opmerkingen op dat "*een probleem met het benoemen van een observator is dat het met name voor kleinere bedrijven een te grote*

—

[263] Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat tot 1 juli 2023 28 uitspraken verband hielden met een verzoek tot aanstelling van een observator. Zie paragraaf 3.3.1.3.

kostenpost kan zijn. Als hij benoemd wordt door de rechtbank als een maatwerkvoorziening vaak veel tijd (en dus geld) mee gemoeid."

Over het benoemingssysteem van observatoren is deze groep respondenten wel in grote meerderheid (79%) positief. Over het tijdstip van aanstelling van de observator bestaat onder deze groep respondenten geen consensus. Bijna de helft van deze groep respondenten (47%) vindt niet dat de observator te laat in het traject wordt aangewezen, terwijl een substantieel deel (39%) vindt van wel. Uit de losse opmerkingen blijkt dat aanstelling in de dagbepalingsbeschikking volgens veel respondenten te laat is, omdat de observator "*dan weinig tijd heeft om een goed beeld te vormen en de rechtbank volledig te informeren.*" Een andere respondent legt het als volgt uit: "*Een aanwijzing van de observator naar aanleiding van een homologatieverzoek met een tegenstemmende klasse is erg laat, ook al gezien de korte wettelijke termijn tot de zitting. De observator heeft dan wel erg weinig tijd om onderzoek te doen. Eigen indruk is dat rechters meer verwachten van de observator dan observator denkt te moeten leveren en dat hier meer duidelijkheid over gegeven moet worden bv in de uitspraak, maar dat is zeker in het geval deze bij de dagbepaling homologatie wordt aangewezen niet gemakkelijk."*

Bijna de helft van de respondenten (47%) meent dat de observator in de praktijk geen onderzoek doet naar onregelmatigheden. Een substantieel deel van de respondenten (37%) meent echter van wel. Een kleine meerderheid van de respondenten (58%) meent dat observatoren onderzoek *moeten* doen naar onregelmatigheden.

6.4.4 Afkoelingsperiode

Vervolgens hebben we de respondenten gevraagd of zij ervaring hadden met de afkoelingsperiode. Het grootste deel van de respondenten (*n* = 23*)* is betrokken geweest bij een WHOA-traject met een afkoelingsperiode of heeft op een andere manier met het fenomeen afkoelingsperiode te maken gehad. Respondenten hebben gemiddeld 15,7 keer te maken gehad met een afkoelingsperiode, variërend van 3 tot 40 keer (*SD* = 10,6).[264]

Tabel XXV De afkoelingsperiode vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De afkoelingsperiode is in de praktijk nuttig	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	45% (*n* = 9)	50% (*n* = 10)	5% (*n = 1)*
De afkoelingsperiode is in de praktijk lang genoeg	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	60% (*n* = 12)	30% (*n* = 6)	10% (*n* = 2)
De toetsing door de rechtbank voor de afkoelingsperiode is in de praktijk voldoende uitgebreid	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	55% (*n* = 11)	40% (*n* = 8)	5% (*n* = 1)
De toets voor verlenging van de afkoelingsperiode is in de praktijk concreet genoeg	0% (*n* = 0)	5% (*n* = 1)	60% (*n* = 12)	30% (*n* = 6)	5% (*n* = 1)
Schuldeisers hebben in de praktijk voldoende mogelijkheden om zich te verweren tegen een afkoelingsperiode	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 5)	65% (*n* = 13)	10% (*n* = 2)	0% (*n* = 0)
Ik vind het een goede zaak dat rechtbanken de afkoelingsperiode voorlopig verlenen	5% (*n* = 1)	5% (*n* = 1)	32% (*n* = 6)	42% (*n* = 8)	16% (*n* = 3)

—

[264] Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat tot 1 juli 2023 96 uitspraken verband hielden met een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode. Zie paragraaf 3.3.2.

Ik vind dat de rechtbank bij verlenging van de afkoelingsperiode niet te veel mag leunen op het standpunt van de herstructureringsdeskundige	5% (*n* = 1)	42% (*n* = 8)	26% (*n* = 5)	5% (*n* = 1)	21% (*n* = 4)
Ik vind dat hoe concreter de voortgang met het akkoord, hoe terughoudender de rechtbank moet zijn bij afwijzing van een verlenging van een afkoelingsperiode	11% (*n* = 2)	5% (*n* = 1)	58% (*n* = 11)	21% (*n* = 4)	5% (*n* = 1)
Ik vind dat hoe meer draagvlak bij schuldeisers, hoe terughoudender de rechtbank moet zijn bij afwijzing van een verlenging van een afkoelingsperiode	5% (*n* = 1)	11% (*n* = 2)	58% (*n* = 11)	21% (*n* = 4)	5% (*n* = 1)
Ik vind dat zolang de herstructureringsdeskundige voor een afkoelingsperiode is, de rechtbank niet over verlenging zou hoeven toetsen (behoudens opheffingsverzoeken door betrokkenen)	32% (*n* = 6)	53% (*n* = 10)	5% (*n* = 1)	5% (*n* = 1)	5% (*n* = 1)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 20.

Bijna alle respondenten (95%) menen dat de afkoelingsperiode in de praktijk nuttig is. Ook over de lengte van de afkoelingsperiode is het grootste deel van de respondenten (90%) tevreden.

Over de toetsing van de afkoelingsperiode door de rechtbank zijn de meeste respondenten positief. Zo meent het grootste deel (99%) dat de toetsing door de rechtbank in de praktijk voldoende uitgebreid is. Ook is het grootste deel van de respondenten (90%) van mening dat de toetsing voldoende concreet is. De meeste respondenten (74%) vinden het een goede zaak dat rechtbanken de afkoelingsperiode voorlopig verlenen.

De meeste respondenten (75%) menen dat schuldeisers voldoende mogelijkheden hebben om zich te verweren tegen een afkoelingsperiode. Tegelijkertijd is een kwart (25%) van de respondenten het met deze stelling oneens.

Over de vraag in hoeverre de rechtbank bij verlenging van een afkoelingsperiode mag leunen op het standpunt van de herstructureringsdeskundige, bestaat geen consensus. Bijna de helft van de respondenten (47%) meent dat dat niet te veel mag, terwijl een substantieel deel (31%) vindt van wel. Iets meer dan een vijfde (21%) heeft het antwoord ‘weet ik niet/geen mening’ gegeven. De meeste respondenten vinden wel dat de rechtbank terughoudender moet zijn bij afwijzing van een verzoek tot verlenging van een afkoelingsperiode bij concretere voortgang (79% eens) en bij meer draagvlak bij schuldeisers (79% eens). Het grootste deel van de respondenten (85%) vindt het geen goed idee dat de rechtbank niet over verlenging zou hoeven toetsen zolang de herstructureringsdeskundige voor een afkoelingsperiode is. Een van de respondenten geeft aan dat hij *“de in de stellingen genoemde reden om de toetsing door de rechtbank terug te dringen niet overtuigend vindt. Juist de – soms zeer kleine – minderheid moet op rechtsbescherming kunnen rekenen.”*

6.4.5 Klassenindeling

De volgende vragen gingen over de klassenindeling. 80% (*n* = 20*)* van de respondenten is betrokken geweest bij een WHOA-traject met een klassenindeling of heeft op een andere manier met het fenomeen klassenindeling te maken gehad. Respondenten hebben gemiddeld 9,7 keer te maken gehad met een klassenindeling, variërend van 2 tot 35 keer (*SD* = 10,6).

Tabel XXVI De klassenindeling vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De vereisten voor de klassenindeling zijn in de praktijk voldoende duidelijk	0% (*n* = 0)	6% (*n* = 1)	94% (*n* = 16)	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)
De vereisten voor de klassenindeling zijn in de praktijk voldoende flexibel	0% (*n* = 0)	5% (*n* = 1)	89% (*n* = 16)	6% (*n* = 1)	0% (*n* = 0)
Ik vind dat er makkelijk misbruik gemaakt kan worden van de klassenindeling	0,0% (*n* = 0)	65% (*n* = 11)	12% (*n* = 2)	6% (*n* = 1)	18% (*n* = 3)
Ik vind dat intercompany vorderingen altijd in een afzonderlijke klasse moeten worden ingedeeld	6% (*n* = 1)	12% (*n* = 2)	53% (*n* = 9)	6% (*n* = 1)	24% (*n* = 4)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 17.

De vereisten voor de klassenindeling worden door een grote meerderheid van de respondenten voldoende duidelijk (94% eens) en flexibel (95% eens) gevonden, meer nog dan in de algemene survey. Over de vraag of gemakkelijk misbruik kan worden gemaakt van de klassenindeling vindt een meerderheid van de respondenten (65%) van niet. Een meerderheid (59%) vindt dat intercompany-vorderingen altijd in een afzonderlijke klasse moeten worden ingedeeld. Bijna een kwart van de respondenten geeft echter aan het antwoord op de vraag niet te weten, of geen mening te hebben.

Twee losse opmerkingen worden over de intercompany-vorderingen gemaakt. Benadrukt wordt dat het erg afhankelijk is van de casus. Wie is bijvoorbeeld '*in the money*', heeft de schuldeiser een ander belang dan de andere schuldeisers in de klasse? De andere respondent merkt op dat intercompany-vorderingen in de regel onder het akkoord worden achtergesteld.

6.4.6 Aspectenverzoek

De volgende stellingen gaan ver het aspectenverzoek. 64% (*n* = 16*)* van de respondenten is betrokken geweest bij een WHOA-traject met een aspectenverzoek of heeft op een andere manier met het fenomeen aspectenverzoek te maken gehad. Respondenten hebben gemiddeld 2,8 keer te maken gehad met een aspectenverzoek, variërend van 1 tot 5 keer (*SD* = 1,1).[265]

Tabel XVII Het aspectenverzoek vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De mogelijkheid van een aspectenverzoek is in de praktijk nuttig	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	64% (*n* = 9)	36% (*n* = 5)	0% (*n* = 0)

—

[265] Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat tot 1 juli 2023 16 uitspraken verband hielden met een aspectenverzoek. Zie paragraaf 3.3.4.

Bij de beoordeling van een aspectenverzoek worden in de praktijk alle relevante betrokkenen gehoord	0% (*n* = 0)	7% (*n* = 1)	64% (*n* = 9)	7% (*n* = 1)	21% (*n* = 3)
Ik vind dat het aspectenverzoek ook gedaan zou moeten kunnen worden door schuldeisers	0% (*n* = 0)	43% (*n* = 6)	29% (*n* = 4)	7% (*n* = 1)	21% (*n* = 3)
Ik vind dat de rechtbank ook uitsluitsel zou moeten geven over aspecten waarover geen concreet geschil bestaat	36% (*n* = 5)	57% (*n* = 8)	7% (*n* = 1)	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 14.

Ook over het aspectenverzoek lijken de respondenten uit de WHOA-pool over het algemeen positief, alle respondenten vinden de mogelijkheid van een aspectenverzoek in de praktijk nuttig. De meeste respondenten (71%) menen dat bij de beoordeling van een aspectenverzoek alle relevante betrokkenen worden gehoord. Over de vraag of een aspectenverzoek ook moet kunnen worden gedaan door schuldeisers bestaat geen consensus. Bijna de helft (43%) vindt van niet, maar ook een substantieel deel (36%) vindt van wel. Opvallend is dat een grote meerderheid van deze groep respondenten (93%) vindt dat de rechtbank geen uitsluitsel hoeft te geven over aspecten waarover geen concreet verschil bestaat, terwijl de respondenten van de reguliere survey dat wel graag zouden willen.

6.4.7 Paulianabescherming

Vervolgens hebben we de respondenten gevraagd of zij ervaring hebben met de paulianabescherming. Negen respondenten zijn betrokken geweest bij een WHOA-traject waarbij paulianabescherming een rol speelde of hebben op een andere manier met het fenomeen paulianabescherming en art. 42a Fw te maken gehad. Respondenten hebben gemiddeld 1,3 keer te maken gehad met art. 42a Fw, variërend van 1 tot 2 keer (*SD* = 0,5). Hoewel sprake is van een relatief laag aantal respondenten, blijkt uit het jurisprudentieonderzoek dat slechts in 6 gepubliceerde uitspraken een verzoek op basis van artikel 42a Fw is gedaan.[266]

Tabel XVIII Paulianabescherming vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De paulianabescherming is in de praktijk een nuttig onderdeel van de WHOA	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	50% (*n* = 4)	25% (*n* = 2)	25% (*n* = 2)
Het toepassingsbereik van art. 42a Fw is in de praktijk ruim genoeg	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	100% (*n* = 7)	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)
Art. 42a Fw maakt het in de praktijk makkelijker om interim financiering te verkrijgen	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	43% (*n* = 3)	14% (*n* = 1)	43% (*n* = 3)

[266] Zie paragraaf 3.3.3.

Ik vind dat het mogelijk zou moeten zijn om vorderingen van nieuwe financiers voorrang te geven boven die van bestaande financiers om deze nieuwe financiers over de streep te trekken	0% (*n* = 0)	29% (*n* = 2)	14% (*n* = 1)	0% (*n* = 0)	57% (*n* = 4)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor de eerste stelling is 8, voor de andere stellingen is de *n* 7.

De respondenten zijn over het algemeen positief over de paulianabescherming. De meerderheid (75%) meent dat de paulianabescherming een nuttig onderdeel is van de WHOA. Opvallend is dat alle respondenten uit deze groep het toepassingsbereik van artikel 42a Fw ruim genoeg vinden, terwijl de respondenten uit de reguliere survey daarover meer verdeeld waren. Er bestaat onder de respondenten geen consensus over het effect van art. 42a Fw op de verkrijging van tussentijdse of interim-financiering. Een kleine meerderheid (57%) meent van wel, maar bijna de helft van de respondenten (43%) heeft aangegeven het antwoord op deze vraag niet te weten of geen mening te hebben. De meeste respondenten (57%) hebben geen mening of hebben aangegeven het antwoord op de vraag of het mogelijk zou moeten zijn om vorderingen van nieuwe financiers voorrang te geven boven die van bestaande financiers om nieuwe financiers over de streep te trekken, niet te weten.

6.4.8 Waardering

De survey ging verder met het onderwerp waarderingen. 64% (*n* = 16*)* van de respondenten is betrokken geweest bij een WHOA-traject waarbij discussies over de waardering(en) een rol speelde(n) of heeft op een andere manier met het fenomeen waardering te maken gehad. Bij tien van deze respondenten ging het om een substantiële discussie. Respondenten hebben gemiddeld 2,2 keer te maken gehad met discussies over de waarderingen in een WHOA-traject, variërend van 1 tot 5 keer (*SD* = 1,4).

Tabel XXIX Waarderingen vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De norm voor waarderingen in de WHOA is in de praktijk te open	0% (*n* = 0)	43% (*n* = 6)	7% (*n* = 1)	50% (*n* = 7)	0% (*n* = 0)
De WHOA-praktijk zou gebaat zijn bij nadere richtlijnen en/of procedures om de reorganisatiewaarde vast te stellen	0% (*n* = 0)	43% (*n* = 6)	29% (*n* = 4)	7% (*n* = 1)	21% (*n* = 3)
Rechters zijn in de praktijk voldoende geëquipeerd om waarderingsvraagstukken binnen WHOA-procedures te beoordelen	0% (*n* = 0)	21% (*n* = 3)	50% (*n* = 7)	0% (*n* = 0)	29% (*n* = 4)
Ik vind dat bij een liquidatie-WHOA vaststelling van de reorganisatiewaarde achterwege kan blijven	0% (*n* = 0)	31% (*n* = 4)	54% (*n* = 7)	8% (*n* = 1)	8% (*n* = 1)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 14.

Een kleine meerderheid van de respondenten (57%) vindt dat de norm voor waarderingen in de WHOA te open is. Tegelijkertijd vindt bijna de helft (43%) dat de norm niet te open is. Over de vraag of de praktijk gebaat zou zijn bij nadere richtlijnen en/of procedures om de

reorganisatiewaarde vast te stellen, bestaat geen consensus. Bijna evenveel vinden van wel (36%) als van niet (43%).

De helft van de respondenten meent dat rechters in de praktijk voldoende geëquipeerd zijn om waarderingsvraagstukken binnen WHOA-procedures te beoordelen, een vijfde (21%) meent van niet en bijna een derde (29%) heeft het antwoord 'weet ik niet/ geen mening' gegeven. In de losse opmerkingen geeft een van de respondenten aan dat "*rechters cursussen hebben over waarderingen. Ik denk uiteindelijk niet dat rechters voldoende geëquipeerd zijn om waarderingsvraagstukken te beoordelen. Een door de rechtbank te benoemen onafhankelijke waarderingsdeskundige zou een oplossing kunnen zijn (hoewel: vraag 5 deskundigen en krijg 5 verschillende antwoorden lijkt de praktijk).*"

Het grootste deel van de respondenten vindt dat de vaststelling van de reorganisatiewaarde bij een liquidatieakkoord achterwege kan blijven. Een van de respondenten geeft aan dat de *"reorganisatiewaarde daar de waarde zou moeten zijn die met het akkoord wordt behaald ten opzichte van de liquidatiewaarde zonder een akkoord (in faillissement)."*

6.4.9 Informatievoorziening

Vervolgens hebben we de respondenten bevraagd over de informatievoorziening. Zeventien respondenten zijn betrokken geweest bij een WHOA-traject waarbij de (gebrekkigheid van de) informatievoorziening een rol speelde of heeft op een andere manier met het fenomeen informatievoorziening te maken gehad. Dertien van deze respondenten gaf aan dat sprake was van een substantiële discussie over de informatievoorziening. Respondenten hebben gemiddeld 2,6 keer te maken gehad met discussies over informatievoorziening in een WHOA-traject, variërend van 1 tot 5 keer (*SD* = 1,2).

Tabel XXX De informatievoorziening vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De mate waarin schuldeisers/aandeelhouders geïnformeerd moeten worden, sluit in de praktijk aan bij de omvang van de onderneming van de schuldenaar	7% (*n* = 1)	20% (*n* = 3)	40% (*n* = 6)	7% (*n* = 1)	27% (*n* = 4)
Voor een adequate informatievoorziening zijn in de praktijk in beginsel geen rapporten van deskundigen nodig	0% (*n* = 0)	47% (*n* = 7)	27% (*n* = 4)	13% (*n* = 2)	13% (*n* = 2)
Voor een adequate informatievoorziening vormen de kosten van de deskundigenrapporten in de praktijk geen onoverkomelijk beletsel	7% (*n* = 1)	40% (*n* = 6)	20% (*n* = 3)	0% (*n* = 0)	33% (*n* = 5)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 15.

Uit de antwoorden van de respondenten over de informatievoorziening komt geen eenduidig beeld naar voren. Zo bestaat geen consensus over de stelling of de mate waarin schuldeisers en aandeelhouders geïnformeerd moeten worden, in de praktijk aansluit bij de omvang van de onderneming van de schuldenaar. Bijna de helft van de respondenten is het met de stelling eens, maar ook een substantieel deel niet. Iets soortgelijks zien we terug bij de stelling of voor een adequate informatievoorziening in de praktijk in beginsel geen rapporten van deskundigen nodig zijn. Bijna de helft (47%) meent van wel, maar een bijna net zo groot deel (40%) meent van niet. Bijna de helft van de respondenten (47%) meent dat de kosten van

deskundigenrapporten voor een adequate informatievoorziening een onoverkomelijk beletsel vormen. Een substantieel deel (33%) heeft bij deze stelling het antwoord 'weet ik niet/geen mening' gegeven. Een van de respondenten geeft in de losse opmerkingen aan dat "*het mooi zou zijn als meer duidelijkheid komt voor kleine ondernemingen over wat van ze wordt verwacht in het kader van de informatievoorziening. De procedure kan anders voor hen heel kostbaar worden.*"

6.4.10 Homologatie

Vervolgens hebben we de respondenten bevraagd over de homologatie. Achttien respondenten gaven aan betrokken te zijn geweest bij een homologatie of op een andere manier met het fenomeen homologatie te maken te hebben gehad. Respondenten hebben gemiddeld 5,6 keer te maken gehad met een homologatie, variërend van 1 tot 12 keer (*SD* = 3,4).[267]

Tabel XXXI Homologatie vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De afwijzingsgronden zijn in de praktijk duidelijk	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	70% (*n* = 11)	31% (*n* = 5)	0% (*n* = 0)
De afwijzingsgronden zijn in de praktijk rechtvaardig	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	75% (*n* = 12)	19% (*n* = 3)	6% (*n* = 1)
De regel dat MKB-schuldeisers minimaal twintig procent moeten krijgen werkt in de praktijk	0% (*n* = 0)	6% (*n* = 1)	69% (*n* = 11)	6% (*n* = 1)	19% (*n* = 3)
De regel dat MKB-schuldeisers in beginsel twintig procent moeten krijgen, verkleint in de praktijk de mogelijkheid van een succesvolle herstructurering via de WHOA	0% (*n* = 0)	38% (*n* = 6)	13% (*n* = 2)	6% (*n* = 1)	44% (*n* = 7)
De regel dat geen schuldeiser slechter af mag zijn dan in geval van een faillissement, functioneert in de praktijk naar behoren	6% (*n* = 1)	6% (*n* = 1)	63% (*n* = 10)	25% (*n* = 4)	0% (*n* = 0)
De regel dat schuldeisers moeten kunnen kiezen voor een bedrag in geld dat overeenkomt met de te verwachten uitkering in faillissement, vervult in de praktijk een nuttige functie	0% (*n* = 0)	6% (*n* = 1)	31% (*n* = 5)	13% (*n* = 2)	50% (*n* = 8)

[267] Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat tot 1 juli 2023 37 uitspraken verband hielden met een verzoek tot homologatie. Zie paragraaf 3.3.5.

De regel dat schuldeisers moeten kunnen kiezen voor een bedrag in geld dat overeenkomt met de te verwachten uitkering in faillissement, verkleint in de praktijk de mogelijkheid van een succesvolle herstructurering via de WHOA	0% (*n* = 0)	19% (*n* = 3)	13% (*n* = 2)	6% (*n* = 1)	63% (*n* = 10)
De regel dat bedrijfsmatige financiers met een zekerheidsrecht moeten kunnen kiezen voor een andere uitkering dan in de vorm van aandelen of certificaten van aandelen, vervult een nuttige functie	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 4)	6% (*n* = 1)	69% (*n* = 11)
De regel dat bedrijfsmatige financiers met een zekerheidsrecht moeten kunnen kiezen voor een andere uitkering dan in de vorm van aandelen of certificaten van aandelen, verkleint de mogelijkheid van een succesvolle herstructurering via de WHOA	0% (*n* = 0)	6% (*n* = 1)	25% (*n* = 4)	0% (*n* = 0)	69% (*n* = 11)
Ik vind dat er meer mogelijkheden moeten zijn voor invloed van aandeelhouders en schuldeisers van wie de rechten door het akkoord niet worden gewijzigd op de homologatiebeslissing	6% (*n* = 1)	44% (*n* = 7)	13% (*n* = 2)	0% (*n* = 0)	38% (*n* = 6)
Ik vind dat er meer mogelijkheden moeten zijn voor invloed van stakeholders die niet direct door het akkoord worden geraakt (zoals werknemers, handelscrediteuren, etc) op de homologatiebeslissing	6% (*n* = 1)	56% (*n* = 9)	13% (*n* = 2)	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 4)
Ik vind het terecht dat een financier kan worden verplicht een bestaande financieringsovereenkomst na te komen, ook al brengt het akkoord met zich dat de schuldenaar zelf niet aan alle voorwaarden voldoet	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 2)	44% (*n* = 7)	6% (*n* = 1)	38% (*n* = 6)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 16.

De afwijzingsgronden worden door het grootste deel van de respondenten duidelijk (100%) en rechtvaardig (94%) gevonden.

De regel dat geen schuldeiser slechter af mag zijn dan in een faillissement, wordt positief gewaardeerd. Volgens de meerderheid van de respondenten (88%) werkt deze regel in de praktijk naar behoren. Ook de regels voor de waardeverdeling in het vierde lid worden positief geëvalueerd. Zo menen de meeste respondenten (75%) dat de twintigprocentsregel in de praktijk werkt. Over de vraag of de twintigprocentsregel de mogelijkheid van een succesvolle herstructurering via de WHOA verkleint, bestaat minder consensus: 19% vindt dat dit zo is, 38% vindt van niet. Voor deze stelling geldt dat 44% van de respondenten aangeeft geen mening te hebben of het antwoord op de vraag niet te weten.

Een gebrek aan consensus komt ook naar voren bij de 'cash-exit'-optie. De regel dat schuldeisers moeten kunnen kiezen voor een bedrag in geld dat overeenkomt met de te verwachten uitkering in faillissement, vervult volgens 43% een nuttige functie. De helft van de respondenten (50%) heeft bij deze stelling het antwoord 'geen mening/weet ik niet' gegeven. Een meerderheid van de respondenten (63%) heeft het antwoord 'geen mening/ weet ik niet' gegeven bij de stelling dat de cash-exit-optie in de praktijk de mogelijkheid van een succesvolle herstructurering via de WHOA verkleint. Ook op de stellingen over de afgezwakte variant van deze regel voor bedrijfsmatige financiers met een zekerheidsrecht, die inhoudt dat zij moeten kunnen kiezen voor iets anders dan aandelen of certificaten van aandelen, geeft de meerderheid (69%) het antwoord 'weet ik niet/ geen mening.'

De helft van de respondenten (50%) is het eens met de stelling dat het terecht is dat een financier kan worden verplicht een bestaande financieringsovereenkomst na te komen, ook al brengt het akkoord met zich dat de schuldenaar zelf niet aan alle voorwaarden voldoet. Ruim een derde (38%) geeft het antwoord 'weet ik niet/ geen mening.'

De helft van de respondenten (50%) is van mening dat bij de homologatie niet meer mogelijkheden zouden moeten zijn voor invloed van schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord niet worden gewijzigd. Een meerderheid van de respondenten (62%) vindt dat niet meer mogelijkheden zouden moeten zijn voor stakeholders die niet direct door het akkoord worden geraakt om invloed uit te oefenen op de homologatiebeslissing. Een van de respondenten geeft aan dat *"het griffierecht om tegen homologatie bezwaar te maken een reel obstakel vormt voor partijen (in welke hoedanigheid/omvang ook) om zich tot de rechtbank te wenden; hierdoor blijft de toets vaak beperkt tot de ambtshalve weigeringsgronden."*

6.4.11 Schuldeisersbescherming

De survey werd vervolgd met enkele vragen over de schuldeisersbescherming. Twaalf respondenten zijn betrokken geweest bij een WHOA-traject waarbij de discussies over schuldeisersbescherming een rol speelde of heeft op een andere manier met het fenomeen schuldeisersbescherming te maken gehad. Bij zeven van de respondenten ging het om een substantiële discussie. Respondenten hebben gemiddeld 3,8 keer te maken gehad met discussies over schuldeisersbescherming in een WHOA-traject, variërend van 1 tot 8 keer (*SD* = 2,5).

Tabel XXXII Schuldeisersbescherming vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De WHOA biedt voldoende mogelijkheden voor schuldeisers om in de praktijk invloed uit te oefenen op het proces	0% (*n* = 0)	40% (*n* = 4)	50% (*n* = 5)	10% (*n* = 1)	0% (*n* = 0)

Ik vind dat de mogelijkheden die de WHOA schuldenaren biedt tot reorganisatie ten koste gaan van gerechtvaardigde schuldeisersbescherming	0% (*n* = 0)	60% (*n* = 6)	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	40% (*n* = 4)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 10.

Volgens de meeste respondenten (60%) hebben schuldeisers in de praktijk voldoende mogelijkheden om invloed uit te oefenen op het proces. Tegelijkertijd vindt ook een substantieel deel (40%) dat dit niet het geval is. De meerderheid (60%) meent dat de mogelijkheden die de WHOA schuldenaren biedt tot reorganisatie niet ten koste gaan van gerechtvaardigde schuldeisersbescherming. De overige respondenten (40%) gaf bij deze stelling het antwoord 'weet ik niet/ geen mening.' Wel, zo blijkt uit de enige losse opmerking, vormt het griffierecht een reëel obstakel voor schuldeisers om zich tot de rechtbank te wenden.

6.4.12 De WHOA en het MKB

Vervolgens hebben we de respondenten bevraagd over hun ervaringen met de WHOA voor het MKB. Zeventien respondenten zijn betrokken geweest bij (voorbereidingen van) een WHOA-traject van een MKB-schuldenaar of hebben op een andere manier met het fenomeen MKB in de WHOA te maken gehad. Respondenten hebben gemiddeld 13,0 keer te maken gehad met een WHOA-traject van een MKB-schuldenaar, variërend van 1 tot 32 keer (*SD* = 10,2).

Tabel XXXIII De WHOA en het MKB vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De WHOA is in de praktijk een geschikt instrument voor het MKB	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 2)	67% (*n* = 10)	7% (*n* = 1)	13% (*n* = 2)
De benodigde (voorbereidings)tijd staat in de praktijk in de weg aan een succesvol WHOA-traject	7% (*n* = 1)	33% (*n* = 5)	40% (*n* = 6)	0% (*n* = 0)	20% (*n* = 3)
De kosten van de WHOA maken een WHOA-traject in de praktijk niet haalbaar voor het MKB	7% (*n* = 1)	13% (*n* = 2)	60% (*n* = 9)	7% (*n* = 1)	13% (*n* = 2)
De griffierechten voor een verzoek in het kader van de WHOA zijn in de praktijk te hoog	7% (*n* = 1)	13% (*n* = 2)	53% (*n* = 8)	13% (*n* = 2)	13% (*n* = 2)
De informatieverplichting is in de praktijk te zwaar voor een MKB-schuldenaar	13% (*n* = 2)	40% (*n* = 6)	47% (*n* = 7)	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)
De mate van detail van de waarderingen is in de praktijk te zwaar voor een MKB-schuldenaar	7% (*n* = 1)	40% (*n* = 6)	47% (*n* = 7)	0% (*n* = 0)	7% (*n* = 1)
Ik vind dat er een 'WHOA-light' (met vereenvoudigde informatie- en waarderingsverplichtingen) moet komen voor het MKB	7% (*n* = 1)	27% (*n* = 4)	40% (*n* = 6)	20% (*n* = 3)	7% (*n* = 1)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 15.

De respondenten zijn overwegend positief over de geschiktheid van de WHOA voor het MKB. Zo meent een meerderheid (74%) dat de WHOA in de praktijk een geschikt instrument is voor het MKB. Het grootste deel van de respondenten (67%) is echter wel van mening dat de kosten het traject in de praktijk niet haalbaar maken voor een MKB-schuldenaar. Volgens een meerderheid van de respondenten (66%) zijn de griffierechten voor deze groep schuldenaren te hoog. Over de vraag of de benodigde voorbereidings(tijd) van een WHOA-traject in de praktijk in de weg staat aan een succesvol traject voor het MKB bestaat geen consensus: evenveel respondenten vinden van wel (40%) als van niet (40%). Een van de respondenten geeft aan dat *"een MKB-onderneming waarvan de administratie op orde is, prima een WHOA-traject kan doorlopen."*

Ook over de zwaarte van de informatieverplichting voor MKB-schuldenaren lijkt geen consensus te bestaan. Een kleine meerderheid (53%) meent dat de informatieverplichting in de praktijk niet te zwaar is voor een MKB-schuldenaar. Tegelijkertijd meent bijna de helft (47%) van wel. Over de vraag of de mate van detail van waarderingen in de praktijk te zwaar is voor een MKB-schuldenaar, bestaan geen consensus: net zo veel respondenten menen van wel (47%) als van niet (47%).

Een meerderheid (60%) meent dat er een 'WHOA-light' met vereenvoudigde informatie- en waarderingsverplichtingen zou moeten komen voor het MKB. Een van de respondenten geeft aan dat "*er al een WHOA-light is in die zin dat de rechtbank voor (kleinere) MKB-ondernemingen minder zware eisen kan stellen in verband met informatieplicht (en bijvoorbeeld aangeeft welke concrete, beperkte informatie minimaal nodig is naar aanleiding van een verzoek om een afkoelingsperiode of de verlenging daarvan) en waardering en doordat de rechtbank in trajecten van kleinere schuldenaren bijvoorbeeld niet te snel overgaat tot aanstelling van een observator.*"

6.4.13 WHOA-procesrecht

Ook de respondenten vanuit de WHOA-pool hebben we enkele stellingen voorgelegd over het WHOA-procesrecht. De stellingen waarin de werking van de WHOA-pool werd beoordeeld, hebben we weggelaten.

Tabel XXXIV WHOA-procesrecht vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
Het is in de praktijk noodzakelijk om een meervoudige kamer te hebben voor WHOA zaken	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	44% (*n* = 8)	50% (*n* = 9)	6% (*n* = 1)
De mogelijkheid om hoger beroep tegen de toewijzende dan wel afwijzende homologatiebeslissing te kunnen instellen wordt in de praktijk gemist	16% (*n* = 3)	37% (*n* = 7)	16% (*n* = 3)	0% (*n* = 0)	32% (*n* = 6)
De mogelijkheid om hoger beroep tegen andere uitspraken van de rechtbank te kunnen instellen wordt in de praktijk gemist	21% (*n* = 4)	32% (*n* = 6)	11% (*n* = 2)	0% (*n* = 0)	37% (*n* = 7)
De termijnen binnen de WHOA zijn in de praktijk te kort	5% (*n* = 1)	63% (*n* = 12)	26% (*n* = 5)	0% (*n* = 0)	5% (*n* = 1)

Ik vind dat de behandeling van homologatieverzoeken mag worden aangehouden om de schuldenaar zo nodig eenvoudig herstelbare gebreken die zouden kunnen leiden tot afwijzing te laten repareren	0% (*n* = 0)	11% (*n* = 2)	63% (*n* = 12)	0% (*n* = 0)	26% (*n* = 5)
Ik vind dat in het WHOA-procesrecht door de rechtbank in plaats van met vaste termijnen, moet worden gewerkt met 'redelijke termijnen'	0% (*n* = 0)	47% (*n* = 9)	32% (*n* = 6)	11% (*n* = 2)	11% (*n* = 2)
Ik vind dat op basis van de goede procesorde de rechtbank vooraf eisen mag stellen aan de omvang van processtukken	0% (*n* = 0)	11% (*n* = 2)	53% (*n* = 10)	32% (*n* = 6)	5% (*n* = 1)
Ik vind dat op basis van de goede procesorde de rechtbank vooraf eisen mag stellen aan het tijdstip van indiening van processtukken	0% (*n* = 0)	11% (*n* = 2)	42% (*n* = 8)	47% (*n* = 9)	0% (*n* = 0)
Ik vind dat het rechtsmiddelenverbod moet worden afgeschaft	11% (*n* = 2)	32% (*n* = 6)	16% (*n* = 3)	0% (*n* = 0)	42% (*n* = 8)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor de eerste stelling is 18, voor de overige stellingen is de *n* 19.

De respondenten zijn over het algemeen positief over het processuele gedeelte van de WHOA. De meervoudige kamer wordt door bijna alle respondenten (94%) noodzakelijk geacht.

De mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen een homologatiebeslissing wordt in de praktijk volgens een kleine meerderheid van de respondenten (53%) niet gemist. Ook de mogelijkheid om tegen andere uitspraken van de rechtbank in beroep te kunnen gaan wordt volgens een kleine meerderheid van de respondenten (53%) niet gemist. Over de vraag of het rechtsmiddelenverbod moet worden afgeschaft bestaat geen consensus: 43% meent van niet, 16% van wel en 42% heeft het antwoord ‘weet ik niet/geen mening’ gegeven.

Een meerderheid van de respondenten (63%) is van mening dat de behandeling van homologatieverzoeken mag worden aangehouden om de schuldenaar zo nodig eenvoudig herstelbare gebreken die zouden kunnen leiden tot afwijzing te laten repareren.

Het grootste deel van de respondenten (68%) vindt niet dat de termijnen binnen de WHOA te kort zijn. De meeste respondenten (89%) zijn van mening dat de rechtbank op basis van de goede procesorde vooraf eisen mag stellen aan het tijdstip van indiening van processtukken. Ook zijn de meeste respondenten (85%) van mening dat de rechtbank vooraf eisen mag stellen aan de omvang van processtukken. Er bestaat onder de respondenten geen consensus over de vraag of de rechtbank in plaats van met vaste termijnen, zou moeten werken met ‘redelijke termijnen’. Bijna evenveel respondenten vinden van wel (43%) als van niet (47%).

6.4.14 Misbruik

De survey werd vervolgd met enkele vragen over misbruik in de WHOA. Negen respondenten zijn betrokken geweest bij een WHOA-traject waarbij mogelijk sprake was van onregelmatigheden of misbruik of hebben op een andere manier met processuele

onregelmatigheden of misbruik voorafgaand aan of in een WHOA-traject te maken gehad. Respondenten hebben gemiddeld 2 keer te maken gehad met een vermoeden van later vastgestelde onregelmatigheden of misbruik voorafgaand aan of in een WHOA-traject (*SD* = 0,0). Geen van de respondenten heeft naar eigen zeggen te maken gehad met een akkoord dat is gehomologeerd waarbij het vermoeden bestond dat sprake was van later vastgestelde onregelmatigheden of misbruik tijdens een WHOA-traject.

Tabel XXXV Misbruik vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De WHOA is misbruikgevoelig in de praktijk	0% (*n* = 0)	38% (*n* = 3)	63% (*n* = 5)	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)
Ik vind dat als er indicaties zijn van misbruik, dat zonder meer een afwijzingsgrond is	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	50% (*n* = 4)	38% (*n* = 3)	13% (*n* = 1)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stelling is 8.

Een meerderheid (63%) van de respondenten meent dat de WHOA in de praktijk misbruikgevoelig is. Tegelijkertijd meent een substantieel deel (38%) dat dit niet het geval is. Volgens een grote meerderheid van de respondenten (88%) zijn indicaties van misbruik zonder meer een afwijzingsgrond zijn. Een van de respondenten gaf aan dat "*de mogelijkheden van schuldeisers en belanghebbenden om - zonder betaling van hoge griffierechten - misbruik te kunnen aankaarten, moet worden vergroot. In veel zaken komt het aan op ambtshalve toetsing door de rechtbank en dóórvragen op zitting, zonder dat zich van de kant van de schuldeisers of belanghebbende iemand heeft gemeld.*"

6.4.15 Liquidatie- versus reorganisatieakkoord

Vervolgens hebben we de respondenten bevraagd over hun ervaringen met het liquidatieakkoord. Vijftien respondenten zijn betrokken geweest bij een WHOA-traject gericht op een liquidatieakkoord. Respondenten hebben gemiddeld 3,1 keer te maken gehad met een liquidatieakkoord in een WHOA-traject, variërend van 1 tot 6 keer (*SD* = 2,0).

Tabel XXXVI Liquidatieakkoorden vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
Het liquidatieakkoord zorgt in de praktijk voor een hogere *recovery rate t*en opzichte van een faillissement	0% (*n* = 0)	17% (*n* = 2)	42% (*n* = 5)	8% (*n* = 1)	33% (*n* = 4)
Een liquidatieakkoord kent in de praktijk minder informatieverplichtingen dan een reorganisatieakkoord	0% (*n* = 0)	58% (*n* = 7)	30% (*n* = 4)	0% (*n* = 0)	8% (*n* = 1)
Ik vind dat de wet onderscheid zou moeten maken tussen liquidatie- en reorganisatieakkoorden	0% (*n* = 0)	33% (*n* = 4)	58% (*n* = 7)	8% (*n* = 1)	0% (*n* = 0)
Ik vind dat bij een liquidatieakkoord altijd een observator moet worden benoemd om toe te zien op de verwezenlijking van de benodigde plus ten opzichte van een faillissement	8% (*n* = 1)	50% (*n* = 6)	33% (*n* = 4)	0% (*n* = 0)	8% (*n* = 1)

Ik vind dat de WHOA niet meer beschikbaar moet zijn voor een liquidatieakkoord	8% (*n* = 1)	42% (*n* = 5)	8% (*n* = 1)	8% (*n* = 1)	33% (*n* = 4)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 12.

De respondenten lijken over het algemeen gematigd positief over het liquidatieakkoord. Zo vindt de helft van de respondenten (50%) dat de WHOA beschikbaar moet blijven voor een liquidatieakkoord. Het liquidatieakkoord zorgt volgens de helft van de respondenten (50%) voor een hogere *recovery rate* ten opzichte van een faillissement. Een derde (33%) van de respondenten geeft bij de stelling over de *recovery rate* het antwoord 'weet ik niet/ geen mening.' De meeste respondenten (58%) zien geen noodzaak om bij een liquidatieakkoord altijd een observator aan te stellen om toe te zien op de verwezenlijking van de meerwaarde ten opzichte van een faillissement. Over de verwezenlijking van meerwaarde zegt een van de respondenten: *"Het is al snel zo dat een liquidatieakkoord een gunstiger resultaat oplevert voor schuldeisers dan een faillissement, maar is daarmee ieder liquidatieakkoord dat maar enig plusje oplevert gerechtvaardigd? Hoe kan de rechter eventuele baten uit vorderingen op derden meewegen bij bepaling van het antwoord op de vraag of een liquidatieakkoord gunstiger is voor schuldeisers dan een faillissement wanneer er geen rechtmatigheids-/verhaalsonderzoek heeft plaatsgevonden en hierover evenmin enige informatie hoeft te worden verstrekt?"*

De meeste respondenten (66%) menen dat de wet onderscheid zou moeten maken tussen een reorganisatie- en een liquidatieakkoord. Volgens de meeste respondenten (58%) wordt in de praktijk geen onderscheid gemaakt tussen een liquidatieakkoord en een reorganisatieakkoord, in die zin dat een liquidatieakkoord in de praktijk volgens dit deel van de respondenten minder informatieverplichtingen kent dan een reorganisatieakkoord.

6.4.16 In hoeverre bereikt de WHOA de doelstellingen?

Het laatste onderdeel van de survey zag op de vraag in hoeverre de WHOA volgens de respondenten de doelstellingen heeft bereikt. De stellingen zijn gebaseerd op de in deel A besproken beleidsreconstructie en op de in hoofdstuk 1 besproken meer specifieke aandachtspunten.

Tabel XXXVII Doelbereiking vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
De uitspraak van de Hoge Raad en wijziging van art. 369 lid 4(b) Fw dat de uitzondering betreffende de rechten van werknemers ook ziet op pensioenpremies die ten behoeve van de werknemer worden afgedragen, belemmert in de praktijk de totstandkoming van akkoorden onder de WHOA	6% (*n* = 1)	17% (*n* = 3)	17% (*n* = 3)	6% (*n* = 1)	56% (*n* = 10)
De rol van de rechter leidt in de praktijk niet tot een bovenmatige werkbelasting van de rechterlijke macht	6% (*n* = 1)	17% (*n* = 3)	50% (*n* = 9)	6% (*n* = 1)	22% (*n* = 4)
De WHOA is in de praktijk voldoende flexibel	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	78% (*n* = 14)	6% (*n* = 1)	17% (*n* = 3)

De doorlooptijd van de WHOA in de praktijk is kort genoeg	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	44% (*n* = 8)	22% (*n* = 4)	33% (*n* = 6)
De WHOA is in de praktijk geschikt voor groepsreorganisaties	0% (*n* = 0)	6% (*n* = 1)	33% (*n* = 6)	11% (*n* = 2)	50% (*n* = 9)
De WHOA is in de praktijk ook als besloten procedure geschikt voor grensoverschrijdende reorganisaties	0% (*n* = 0)	11% (*n* = 2)	22% (*n* = 4)	6% (*n* = 1)	61% (*n* = 11)
Ik vind dat de startverklaring heeft te gelden als peildatum voor de Beklamel-norm	0% (*n* = 0)	22% (*n* = 4)	11% (*n* = 2)	6% (*n* = 1)	61% (*n* = 11)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 18.

De resultaten laten een wat verdeeld beeld zien. Op zowel de vraag of de uitspraak van de Hoge Raad dat de uitzondering betreffende de rechten van werknemers ook ziet op pensioenpremies die ten behoeve van de werknemer worden afgedragen, in de praktijk de totstandkoming van akkoorden onder de WHOA in de praktijk belemmert als de vraag naar de geschiktheid van de WHOA voor grensoverschrijdende procedures en groepsorganisaties heeft een groot deel het antwoord 'weet ik niet/geen mening' gegeven.

De respondenten lijken wel positief over de flexibiliteit en de doorlooptijd van de WHOA. Een meerderheid meent dat de WHOA voldoende flexibel (76% eens) en kort genoeg (71% eens) is. Een kleine meerderheid (56%) meent dat de rol van de rechter in de praktijk niet tot een bovenmatige werkbelasting van de rechterlijke macht leidt.

Een van de doelstellingen van de WHOA ziet op het voorkomen van faillissementen van in de kern levensvatbare ondernemingen, met als bedoeld neveneffect dat werkgelegenheid behouden blijft. Tegelijkertijd moest worden voorkomen dat de WHOA ook niet-levensvatbare ondernemingen in stand houdt.

Tabel XXXVIII *Gevolgen WHOA voor overlevingskans vanuit het perspectief van de WHOA-pool*

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
Dankzij de WHOA worden in de praktijk levensvatbare ondernemingen gered die anders failliet zouden zijn gegaan	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	61% (*n* = 11)	22% (*n* = 4)	17% (*n* = 3)
De WHOA zorgt in de praktijk voor instandhouding van niet-levensvatbare ondernemingen	0% (*n* = 0)	61% (*n* = 11)	6% (*n* = 1)	0% (*n* = 0)	33% (*n* = 6)
De WHOA zorgt in de praktijk voor behoud van werkgelegenheid	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	61% (*n* = 11)	11% (*n* = 2)	28% (*n* = 5)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 18.

Een grote meerderheid van de respondenten (83%) ervaart dat levensvatbare ondernemingen die anders failliet zouden zijn gegaan, door de WHOA worden gered. Het grootste deel van de respondenten (72%) ziet ook dat de WHOA in de praktijk voor behoud van werkgelegenheid zorgt. Volgens een meerderheid van de respondenten (61%) zorgt de WHOA er in de praktijk niet voor dat niet-levensvatbare ondernemingen in stand worden gehouden. Een derde (33%) geeft bij die laatste vraag het antwoord 'weet ik niet/ geen mening."

6.4.17 Toekomst van de WHOA

Afsluitend hebben we de respondenten gevraagd om een keuze te maken tussen vier toekomstscenario's voor de WHOA. De resultaten staan in tabel XXXIX. De meeste respondenten (79%) zijn van mening dat de WHOA niet moet worden gewijzigd. Opvallend is dat relatief weinig respondenten vanuit de WHOA-pool vinden dat het makkelijker moet worden om een akkoord op te leggen, terwijl de respondenten van de reguliere survey juist het vaakst voor deze optie kozen.

Tabel XXXIX Toekomst van de WHOA vanuit het perspectief van de WHOA-pool

Keuze	*n*
De WHOA moet ongewijzigd blijven	79% (*n* = 15)
De WHOA moet zo gewijzigd worden dat het makkelijker wordt om een akkoord op te leggen	16% (*n* = 3)
De WHOA moet zo gewijzigd worden dat het moeilijker wordt om een akkoord op te leggen	5% (*n* = 1)
De WHOA moet worden afgeschaft	0% (*n* = 0)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 19.

Vervolgens hebben we de respondenten gevraagd om uit te leggen welke onderdelen van de WHOA goed werken en dus behouden moeten blijven. Het meest positief waren de respondenten over de afkoelingsperiode. Ook gaven enkele respondenten aan dat de mogelijkheid om een herstructureringsdeskundige aan te wijzen goed werkt, aangezien "*een onafhankelijke deskundige kan de onderhandelingen uit het slob trekken en aansturen op een akkoord."* Bovendien gaven enkele respondenten aan positief te zijn over de WHOA-pool. Een van de respondenten gaf aan dat *"een meervoudige behandeling goed werkt en prettig is (een voorbeeld voor de rechtspraak. De mogelijkheid om online zittingen te houden is noodzakelijk."*

Op de vraag welke onderdelen van de WHOA niet, of minder goed werken en dus aangepast of geschrapt zouden moeten worden, kwam een uiteenlopend palet van wensen naar voren. De meeste opmerkingen gaan over de geschiktheid van de WHOA voor het MKB. Een van de respondenten geeft aan dat de WHOA "*te duur en te complex is voor het MKB."* Sommige respondenten geven ook aan dat de griffierechten verlaagd zouden moeten worden, omdat deze een obstakel vormen voor (MKB-) schuldeisers om van zich te laten horen. Hierdoor kan de rechtbank volgens aan van de respondenten *"slechts aan ambtshalve gronden toetsen (en is de rechtbank aangewezen op ambtshalve onderzoek)."*

Een ander aspect dat volgens enkele respondenten vanuit de WHOA-pool aandacht verdiend, is de mogelijkheid om voor schuldenaren om via het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, alsnog een afkoelingsperiode te kunnen bewerkstelligen terwijl dit eerder is afgewezen. Een respondent legt uit: *"Artikel 3d lid 2 Fw moet aangepast worden. Een verzoek afkoelingsperiode wordt getoetst aan de voorwaarden vermeld in artikel 376 lid 2 sub a en b Fw. Als dit verzoek wordt afgewezen dan heeft de schuldenaar de mogelijkheid om vervolgens een verzoek benoeming HSD in te dienen. Op grond van artikel 371 lid 3 Fw wordt een verzoek benoeming HSD in ieder geval toegewezen indien het is ingediend door de schuldenaar zelf. Op grond van artikel 3d Fw kondigt de rechtbank een afkoelingsperiode af indien het verzoek HSD wordt toegewezen. Er wordt dan niet meer getoetst aan de criteria van artikel 376 Fw."* In lijn met het voorgaande meent een andere respondent dat "*het aan de faillissementsrechter overgelaten zou moeten worden of een verzoek benoeming herstructureringsdeskundige al dan niet moet leiden tot een aanhouding van het verzoek tot uitspreken van het faillissement. Zo'n verzoek zou niet automatisch tot een schorsing van het faillissementsverzoek moeten leiden."*

Over de werkdruk lijken vooralsnog geen negatieve geluiden vanuit de respondenten te komen. Tegelijkertijd geeft een aantal respondenten wel aan dat "*duidelijke afspraken moeten worden gemaakt over de financiering van de WHOA-pool (en de verdeling over de verschillende rechtbanken."* Ook geeft een van de respondenten aan dat "*de werkdruk momenteel nog te doen is, maar dat bij een toename van andere insolventie procedures whoa verzoeken en de*

daaraan verbonden termijnen de werkdruk sterk kunnen verhogen (mede door de korte termijnen).”

Over die korte termijnen geeft een van de respondenten een voorbeeld: “*“De termijn uit artikel 383 lid 6 Fw is in de praktijk onhaalbaar. Een concreet voorbeeld was een verzoekschrift tot homologatie wat op maandag 19 december 2022 binnen kwam en binnen veertien dagen moest worden gepland. Een behandelingsdatum binnen de termijn van 383 lid 6 Fw plannen was praktisch onmogelijk door afwezigheid van zowel rechters als advocaten.”*

Deel C

7 Synthese: Eerste ervaringen met en opbrengsten van de WHOA

7.1 Inleiding

In deel B zijn de resultaten van de verschillende onderzoeksmethoden weergegeven. In dit deel C worden op basis van die bevindingen de onderzoeksvragen beantwoord. Daartoe maken wij in dit hoofdstuk een synthese van de bevindingen. Deze synthese beoogt zo een compleet beeld te geven van de huidige praktijk bij de toepassing van de WHOA, gebaseerd op de resultaten van het jurisprudentieonderzoek, de expertmeetings, de casestudies en de survey onder degenen die inmiddels ervaring met de WHOA hebben (zie paragraaf 6.3) respectievelijk leden van de WHOA-pool (zie paragraaf 6.4). Voorts trekken wij in dit hoofdstuk – mede aan de hand van signalen in de literatuur – conclusies over de werking van de verschillende aspecten van de WHOA. Waar nodig en mogelijk wijzen wij op knelpunten en doen wij aanbevelingen voor verbetering. Voortbouwend daarop volgt in hoofdstuk 8 per onderzoeksvraag een kernachtig antwoord, dat tevens de conclusies van ons onderzoek weergeeft.

7.2 Algemeen beeld van de werking van de WHOA; doelbereiking WHOA?

De algemene doelstelling van de WHOA is de versterking van het reorganiserend vermogen van ondernemingen die op zichzelf levensvatbaar zijn, maar als gevolg van een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken.[268] Het is – gelet op de opzet van dit onderzoek en de korte duur dat de WHOA in werking is – niet mogelijk om algemene uitspraken te doen over de macro-economische effecten van de WHOA. Uit de expertmeetings, casestudies en de survey komt echter wel duidelijk het beeld naar voren dat de WHOA ertoe leidt dat levensvatbare ondernemingen worden gered die anders failliet zouden zijn gegaan. In het verlengde daarvan is een ruime meerderheid van de respondenten bij de survey op basis van hun ervaringen met de WHOA van mening dat de WHOA leidt tot het behoud van werkgelegenheid.

Voor het bereiken van deze algemene doelstelling heeft de wetgever beoogd een flexibele regeling in het leven te roepen, met bovendien een snelle doorlooptijd. In grote meerderheid is, zowel tijdens de expertmeetings als door de respondenten van de survey, onderschreven dat de WHOA voldoende flexibel is en de doorlooptijd van de WHOA ook kort genoeg is. De WHOA bereikt op dit punt dus de doelstelling van de wetgever.

Toch zijn er ook aandachtspunten. Zo lijkt de verwachting van de wetgever dat de WHOA breed toegankelijk is, niet geheel te worden waargemaakt. Weliswaar heeft de wetgever onderkend dat de WHOA in eerste instantie vooral bij grote bedrijven zou worden toegepast, maar heeft hij niettemin uitgesproken dat de WHOA op zichzelf ook geschikt is voor het midden- en kleinbedrijf.[269] Zoals hierna uitgebreider aan de orde komt, blijkt dit in de praktijk niet in alle opzichten het geval, onder meer vanwege de hoge kosten voor het MKB en door de relatieve onbekendheid van het MKB met de WHOA.[270]

Voorts wordt wisselend gedacht over de gevolgen van de uitspraak van de Hoge Raad en de wijziging van ar. 369 lid 4 sub b Fw die tot gevolg heeft dat de uitzondering betreffende de rechten van werknemers ook ziet op pensioenpremies die ten behoeve van de werknemer worden afgedragen. Ruim 40% van de respondenten van de survey geeft aan dat dit leidt tot een belemmering om in de praktijk tot een WHOA-akkoord te komen, terwijl bijna eenzelfde aantal respondenten van mening is dat dit geen belemmering vormt.[271] Ook is nog onduidelijk in

—

[268] Zie paragraaf 2.3.1.

[269] Zie paragraaf 2.3.1.

[270] Zie paragraaf 7.4.

[271] Zie paragraaf 6.3.15. Bij de survey voor de WHOA-pool heeft het grootste aantal respondenten aangegeven hierover geen kennis of mening te hebben, zie paragraaf 6.4.16.

hoeverre de WHOA geschikt is voor groepsreorganisaties en voor internationale reorganisaties.[272]

Ten slotte leveren de onderzoeksdata informatie op over onderdelen van de WHOA en de WHOA-praktijk die zich verder moeten uitkristalliseren in de rechtspraak, al dan niet op basis van aanvulling of aanpassing van het wettelijk kader. In de volgende paragrafen komt dit bij de afzonderlijke onderdelen telkens specifiek aan bod.

7.3 De WHOA als stok achter de deur

Al bij de totstandkoming van de WHOA is als een van de belangrijkste drijfveren genoemd dat een wettelijke regeling een disciplinerend effect moet hebben: de WHOA zou een stok achter de deur moeten zijn om onredelijk onwillige schuldeisers of aandeelhouders tijdig tot inkeer te laten komen en hen de *nuisance value* af te pakken door te blijven traineren alvorens met een akkoord in te stemmen.[273] Uit de expertmeetings, casestudies en de survey blijkt dat dit beeld door een groot deel van de ervaringsdeskundigen wordt onderschreven.[274] Wel plaatst men hierbij de kanttekening dat dit vooral geldt als het daarvoor bedoelde minnelijke akkoord aan de vereisten van de WHOA voldoet, althans een min of meer vergelijkbaar traject volgt; mocht het minnelijk traject stranden, dan kan bijna geruisloos snel worden overgeschakeld naar het wettelijke WHOA-traject. Het duidelijke kader dat de WHOA biedt helpt om schuldeisers daaraan te laten meewerken, zij het dat voor een goede werking van de WHOA als stok achter de deur een goede relatie tussen schuldenaar en schuldeiser cruciaal is en dat de schuldenaar goed en tijdig met de schuldeisers communiceert.

Tegelijkertijd geeft ook een aantal respondenten aan dat sommige schuldeisers daarentegen het minnelijke proces bemoeilijken en daaraan niet meewerken, juist omdat de WHOA een evenwichtig en rechtvaardig kader biedt. Die schuldeisers vinden dat de schuldenaar die weg moet volgen, ook al zou voor de invoering van de WHOA een consensuele oplossing zijn bereikt.[275] Verder vinden sommigen dat de WHOA door de daarmee gepaard gaande hoge kosten voor menig schuldenaar (zeker in het MKB-segment[276]) te duur en tijdrovend is, waardoor het 'stok achter de deur'-effect wellicht minder effectief is dan de wetgever tevoren had gedacht. Dit geldt in nog sterkere mate als schuldenaar en schuldeisers onvoldoende bekend zijn met de WHOA: wantrouwen en de tijd die het kost om de schuldeisers uitleg te geven over de WHOA belemmeren een efficiënt en effectief gebruik van dit instrument.[277]

Afgezien van deze kanttekeningen lijkt op dit punt geen aanpassing nodig, anders dan het omlaag brengen van de kosten, waarover meer in de volgende paragraaf.

7.4 De WHOA en het MKB

7.4.1 Kosten, griffierechten en financiering

Zoals al eerder is aangegeven, is uit het onderzoek gebleken dat de WHOA niet in alle opzichten een geschikt instrument is voor het MKB.[278] De WHOA wordt in de praktijk regelmatig succesvol ingezet bij MKB-ondernemingen.[279] Tegelijkertijd hebben we een aantal verbeterpunten geïdentificeerd. Vooral de hoge kosten lijken een belangrijk knelpunt voor het

—

[272] Zie paragraaf 6.3.15 en 6.4.16.

[273] Zie paragraaf 2.3.1.

[274] Zie paragraaf 5.3.1.1, 5.3.7, 5.3.8, 6.3.1 en 6.4.2.

[275] Zie paragraaf 6.3.1 en 6.4.2.

[276] Zie hierna paragraaf 7.4.

[277] Zie paragraaf 4.3.9 en hierna paragraaf 7.4.2.

[278] Zie paragraaf 4.3.9 en 5.3.6 (slot). Verschillende auteurs hebben eerder hun zorgen geuit over de geschiktheid van de WHOA voor het MKB. Zie bijvoorbeeld F. Damsteegt, 'Enkele bespiegelingen vanuit de WHOA-pool: mooie ontwikkelingen, maar blijf op de kleintjes letten, *FIP* 2023/202 en 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.

[279] Zie paragraaf 6.3.11 en 6.4.12.

MKB. Uit de expertmeetings blijkt dat het naast adviseurskosten en de benodigde tijd om schuldeisers te overtuigen ook gaat om de griffierechten die in verschillende stadia van het WHOA-traject kunnen opkomen.[280] De onzekerheid over de duur en het verloop van het proces maken de kosten bovendien lastig in te schatten.[281] Een meerderheid van de respondenten van de survey meent dat de kosten een WHOA-traject voor het MKB in de praktijk niet haalbaar maken en dat de griffierechten voor deze groep schuldenaren te hoog zijn.[282] Aantekening verdient daarbij dat onder het begrip 'MKB' een grote verscheidenheid aan ondernemingen valt en dat de geconstateerde knelpunten voornamelijk lijken te gelden voor de kleinere onderneming.

Om de WHOA toegankelijker te maken voor het MKB is het zaak de kosten omlaag te brengen. Daaraan kan de aangekondigde aanpassing van griffierechten in WHOA-procedures bijdragen. Dit laatste leek in gang gezet met het ontwerpwetsvoorstel Wet verlaging griffierechten.[283] Dit beoogde een aanpassing van de verschuldigde griffierechten in WHOA-zaken te bewerkstelligen. Zowel verzoeken tot homologatie van een akkoord als verzoeken tot het afwijzen van het homologatieverzoek zouden komen te vallen onder de categorie 'zaken betreffende een vordering van onbepaalde waarde.' Dat is de laagste griffierechtencategorie bij (niet-kanton) rechtbanken. Bovendien werd voorgesteld om artikel 19a Wgbz zo te verduidelijken dat wordt voorkomen dat een schuldenaar steeds opnieuw griffierecht verschuldigd is bij verschillende verzoeken in WHOA-trajecten. Doel was om de toegang van ondernemers die kampen met financiële problemen tot WHOA-trajecten te verbeteren.[284] Het griffierecht voor een homologatieverzoek zou worden verlaagd van € 5.737[285] naar € 507.[286] Het wetsvoorstel wordt volgens een recente brief van de Minister evenwel niet bij de Tweede Kamer ingediend.[287] In plaats daarvan blijft de jaarlijkse indexering achterwege. De bepaling over verlaging van het griffierecht in WHOA-zaken naar zaken met onbepaalde waarde wordt meegenomen in de Verzamelwet JenV.[288] Het is aan te bevelen om deze wijzigingen snel door te voeren en voor verzoeken tot het afwijzen van het homologatieverzoek het griffierecht af te schaffen waardoor wat de griffierechten betreft dezelfde situatie ontstaat als bij bezwaren tegen de homologatie van akkoorden in faillissement, surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen.

Naast de griffierechten zijn er de kosten van juridische en financiële adviseurs en in voorkomende gevallen de herstructureringsdeskundige en de observator. Dat zijn marktpartijen en die kosten heeft de wetgever niet in eigen hand. Wat de kosten van de informatievoorziening

—

[280] Zie paragraaf 4.3.9 en 5.3.6; vergelijk D.J. van Dongen, J.A.A. Adriaanse en J.I. van der Rest, 'De verborgen prijs van een WHOA-akkoord, *FIP* 2023/206; H. Loonstein, 'Griffierechten en WHOA-procedures' *TvI* 2022/33; M. Wouters, 'WHOA: hoe zit het met het griffierecht?', *TvI* 2021/48.

[281] Zie paragraaf 4.3.9. In de literatuur is bijvoorbeeld gewezen op de onzekerheid over de kosten van een herstructureringsdeskundige. Zie J. van der Meer, D. Helmons & A. Verboom, 'Rondetalefgesprek. Een terugblik op de WHOA rechtspraak met de rechters van de WHOA-pool,' *HERO* 2023/P-006.

[282] Zie paragraaf 6.3.11 en 6.4.12.

[283] Dit wetsvoorstel is te raadplegen via de wetgevingskalender op overheid.nl (https://wetgevingskalender.overheid.nl/regeling/WGK014331/documenten/Raad%20van%20State/Adviesaanvraag%20aanhangig%20bij%20Raad%20van%20State/1; laatstelijk geraadpleegd op 1 december 2023).

[284] Zie de ontwerp-MvT bij het ontwerp voor de Wet verlaging griffierechten, p. 2 en 5 e.v.

[285] Artikel 19a lid 2 Wgbz.

[286] Zie evenwel de brief van de Minister voor Rechtsbescherming van 29 juni 2023 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, 800, waarin de beoogde verlaging werd teruggebracht van 25% naar 13,5%.

[287] Zie de brief van 1 december 2023 van de Minister voor Rechtsbescherming aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal over de verlaging van griffierechten van 1 december 2023, p. 3, te raadplegen via https://open.overheid.nl/documenten/dpc-886020527f896173543067442d29324e39d2c188/pdf (laatstelijk geraadpleegd op 5 december 2023).

[288] Zie de brief van 1 december 2023 van de Minister voor Rechtsbescherming aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal over de verlaging van griffierechten van 1 december 2023, p. 3, te raadplegen via https://open.overheid.nl/documenten/dpc-886020527f896173543067442d29324e39d2c188/pdf (laatstelijk geraadpleegd op 5 december 2023).

en in het bijzonder de waarderingen betreft, kan het helpen als de daaraan te stellen eisen op een toegankelijke wijze worden afgestemd op de omvang van de onderneming.[289] Denkbaar is dat daarover richtlijnen worden ontwikkeld, al dan niet in samenspraak tussen de rechtbank en beroepsverenigingen.[290]

Een ander aandachtspunt bij het MKB blijkt de financiering van het WHOA-traject zelf. MKB-schuldenaren lijken moeite te hebben met het rond krijgen van de vervangende zekerheid die banken vragen in een afkoelingsperiode. Ook financiering van het akkoord zelf lijkt voor deze groep schuldenaren een knelpunt. Het TOA-krediet lijkt te beperkt, vooral omdat dat krediet niet kan worden ingezet voor de financiering van het akkoord of voor de herfinanciering van bestaande kredieten.[291] Het is aan te bevelen het TOA-krediet ook beschikbaar te maken voor financiering van het akkoord en herfinanciering van bestaande kredieten.

7.4.2 Bekendheid van de WHOA bij het MKB

Daar komt bij dat de WHOA bij het MKB weinig bekend lijkt.[292] Dat zorgt er enerzijds voor dat schuldenaren de WHOA niet weten te vinden en anderzijds dat schuldeisers een afwachtende houding hebben ten opzichte van de WHOA. Bovendien zien sommige schuldenaren de WHOA – en zeker de afkoelingsperiode – als wondermiddel, terwijl voor een succesvolle herstructurering in het MKB naast financiële (balans)sanering vaak ook operationele wijzigingen nodig zijn. Meer informatie over de werking van de WHOA kan volgens de deelnemers van de expertmeetings bijdragen aan een betere werking van de WHOA voor het MKB.[293] Door de relatieve onbekendheid van de WHOA bij MKB-schuldenaren en hun schuldeisers, hebben MKB-schuldenaren soms een verkeerd beeld van wat zij met de WHOA kunnen bereiken en maken zij bovendien soms pas te laat gebruik van het instrumentarium van de WHOA. Omdat de WHOA tegelijkertijd onbekend is bij veel schuldeisers, zijn de (MKB-) schuldenaren daarnaast veel tijd kwijt om hun (MKB-)schuldeisers uit te leggen wat de WHOA inhoudt en waarom een consensueel akkoord onder dreiging van een WHOA of zelfs een WHOA-akkoord in veel gevallen voordeliger is dan het alternatief van faillissement.[294] Het is dus aan te bevelen om nader onderzoek te doen naar de vraag waarom onvoldoende bekendheid van de WHOA bestaat bij (MKB-)schuldenaren en schuldeisers. Daar komt bij dat nader onderzoek kan worden gedaan naar de reden waarom schuldenaren (te) laat ingrijpen. De resultaten van dat onderzoek kunnen bijdragen aan het verbeteren van bestaande *early warning mechanisms* en zo bewerkstelligen dat schuldenaren eerder actie ondernemen.[295] Wetswijziging is voor dit alles niet nodig, maar wel een praktische follow-up waarbij een voortrekkersrol voor het ministerie van Economische Zaken en Koninkrijkszaken in samenwerking met het ministerie van Justitie en Veiligheid voor de hand ligt.

7.4.3 Informatieverplichting: naar een 'WHOA-light'?

Tijdens de expertmeetings kwam naar voren dat het voor MKB-schuldenaren soms lastig is om aan de informatieverplichtingen te voldoen.[296] Tegelijkertijd lijkt in de praktijk al te worden gewerkt met soepelere informatieverplichtingen voor MKB-schuldenaren.[297] De meerderheid

—

[289] Zie paragraaf 7.4.3.

[290] Zie paragraaf 7.11.

[291] Zie paragraaf 4.3.9.

[292] Op de onbekendheid van de WHOA bij het MKB is al eerder gewezen, zie bijvoorbeeld M. Boersen & T. Ross, 'Door onbekendheid WHOA gaan ondernemers onnodig failliet', *FD* van 27 januari 2021.

[293] Zie paragraaf 4.3.9.

[294] Zie ook D.J. van Dongen, J.A.A. Adriaanse en J.I. van der Rest, 'De verborgen prijs van een WHOA-akkoord, *FIP* 2023/206.

[295] Vgl. overweging 17 en 22 en art. 3 Herstructureringsrichtlijn waarin deze doelstellingen duidelijk zijn neergelegd.

[296] Zie paragraaf 4.3.9.

[297] Zie paragraaf 4.3.9, 6.3.11 en 6.4.12. Vergelijk D. Bruins Slot & L. Verhoef, 'De positie van de financieel adviseur en de benodigde financiële informatie in de WHOA-procedure', in: R.F. Feenstra e.a. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord. Insolad Jaarboek 2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, bijvoorbeeld op p. 85; zie ook F. Damsteegt, 'Enkele bespiegelingen vanuit de WHOA-pool: mooie ontwikkelingen, maar blijf op de kleintjes letten', *FIP* 2023/202.

van de respondenten van de survey meent dan ook dat de informatieverplichtingen voor MKB-schuldenaren *niet* te zwaar zijn.[298] Tegelijkertijd vindt een meerderheid van de reguliere survey en bijna de helft van de respondenten van de WHOA-pool survey wel dat de gevraagde mate van detail bij waarderingen te zwaar is voor MKB-schuldenaren.[299] Er bestaat over dit aspect kortom de nodige onduidelijkheid. Degenen die ervaring hebben met WHOA-trajecten van MKB-schuldenaren geven aan dat het zou helpen om duidelijk(er) te maken welke specifieke informatie van MKB-schuldenaren wordt verwacht.[300]

Tijdens de expertmeetings is het voorstel gedaan om een 'WHOA-light' met vereenvoudigde informatie- en waarderingsverplichtingen te introduceren om het voor MKB-schuldenaren makkelijker te maken om gebruik te kunnen maken van de WHOA.[301] Een meerderheid van de respondenten van de survey blijkt voor introductie van zo'n 'WHOA-light'.[302] Tegelijkertijd kent deze suggestie volgens de respondenten en de deelnemers aan de expertmeetings ook bezwaren. Zo maakt een 'WHOA-light' de WHOA volgens sommige respondenten ingewikkelder, mede omdat geen duidelijke definitie bestaat van een MKB-schuldeiser. Bovendien zou een 'WHOA-light' misbruik in de hand kunnen werken.[303] Het lijkt er bovendien zoals hiervoor al besproken op dat voor kleinere ondernemingen in de praktijk soms al wordt gewerkt met een soort informele 'WHOA-light', omdat de rechtbanken volgens sommige respondenten minder zware eisen stellen aan de informatieverplichting van deze kleinere ondernemingen.[304]

Hoewel op het eerste gezicht mogelijk iets te zeggen valt voor een WHOA-traject met minder strenge eisen voor (kleine) MKB-schuldenaren, zijn wij van mening dat een aparte wettelijke regeling voor deze groep van het MKB, zoals een 'WHOA-light', niet wenselijk is. Dat heeft er ten eerste mee te maken dat er geen makkelijk hanteerbare definitie van 'MKB' bestaat. Bovendien zal een definitie van het MKB op zichzelf weer nieuwe discussiepunten oproepen, zoals de vraag of een schuldenaar (op een bepaald moment) voldoet aan deze definitie, en welk traject van toepassing is voor schuldenaren die net niet aan de definitie voldoen.

Voorts, in het verlengde van hetgeen we hiervoor bespraken, wordt in de praktijk door de rechtbanken al rekening gehouden met de omvang en de aard van de onderneming bij het invullen van de informatieverplichting en de eisen die mogen worden gesteld aan bijvoorbeeld de waardering van de reorganisatie- en liquidatiewaardes.[305] Wij achten het nuttiger dat de rechtbanken in de jurisprudentie of in richtlijnen nader verduidelijken welke informatie voor MKB-schuldenaren voldoende is om aan de wettelijke informatieverplichtingen te voldoen; een wettelijke regeling achten wij hiervoor niet nodig. In combinatie met de ondernemingsafhankelijke toetsing, achten wij het introduceren van een 'WHOA-light' niet noodzakelijk. Dan hoeft de wetgever zich evenmin te buigen over een definitie van 'MKB' voor de de WHOA.

7.5 De WHOA-toestand: lopende verplichtingen en de startverklaring

De vraag wat onder 'lopende verplichtingen' moet worden verstaan binnen de toets van de WHOA-toestand ex art. 370 lid 1 Fw begint langzamerhand nader vorm te krijgen in de rechtspraak, hoewel in dit verband nog wel knelpunten worden ervaren in de praktijk. Uit het jurisprudentieonderzoek volgt dat in ieder geval operationele kosten zoals huur, inkoop- en loonkosten als lopende verplichtingen worden gekwalificeerd.[306] Over de vraag of de verplichting tot het betalen van rente als lopende verplichting geldt, is verschillend geoordeeld

—

[298] Zie paragraaf 6.3.11 en 6.4.12.
[299] Zie paragraaf 6.3.11 en 6.4.12.
[300] Zie paragraaf 4.3.9.
[301] Zie paragraaf 4.3.9.
[302] Zie paragraaf 6.3.11 en 6.4.12.
[303] Zie paragraaf 4.3.9, 6.3.11 en 6.4.12.
[304] Zie paragraaf 6.3.11 en 6.4.12.
[305] Zie paragraaf 6.3.8.
[306] Zie paragraaf 3.3.1.1, 3.3.2.2 en 3.3.5.4.

in de rechtspraak.[307] Omdat de rechtspraak hier tot op heden onvoldoende richting lijkt te geven aan de praktijk, valt wetgeving te overwegen, zij het dat momenteel nog onvoldoende is uitgekristalliseerd in welke richting.

Overigens worstelt de praktijk niet alleen met de lopende rente[308] maar in algemene zin ook wel met de vaststelling en de mogelijke gevolgen van een soort peildatum of fixatiemoment binnen het WHOA-traject.[309] Hoe moet dit worden vastgesteld als bepalend beginpunt van het WHOA-traject?[310] Vooral uit de casestudies blijkt in dit verband onzekerheid over de functie en de gevolgen van de startverklaring.[311] Zo is de vraag opgeworpen of na de startverklaring nog mag worden verrekend en welke gevolgen er zijn voor de aansprakelijkheid van het bestuur met het oog op de zogenoemde Beklamel-norm.[312] Ook is naar voren gebracht dat vanwege de onzekerheid over de vraag welke vorderingen na de startverklaring nog volledig mogen worden betaald (als lopende verplichtingen), de startverklaring in de desbetreffende zaken diende als het eindpunt van de consensuele fase, waarna het traject zich enkel nog op de homologatie toespitste (zonder wezenlijke aanvullende onderhandelingen).[313] Helderheid zou ook op dit punt wenselijk zijn door jurisprudentie of wetgeving. Op basis van de evaluatie valt nu nog geen duidelijke richting te bepalen.

7.6 Actoren binnen de WHOA

7.6.1 De herstructureringsdeskundige

In algemene zin komt het beeld naar voren dat de herstructureringsdeskundige een waardevolle actor is in WHOA-trajecten. Tegelijkertijd is de praktijk nog zoekende naar de precieze rol en taakopvatting van de herstructureringsdeskundige. De herstructureringsdeskundige wordt geregeld gekarakteriseerd als 'oliemannetje' en 'bruggenbouwer'.[314] De precieze invulling die een herstructureringsdeskundige kan geven aan zijn rol, is daarmee tot op zekere hoogte open. Dat heeft voordelen, omdat het hierdoor mogelijk is de taak van de herstructureringsdeskundige in concreto te laten aansluiten bij de specifieke omstandigheden van een bepaald WHOA-traject. Dit biedt de mogelijkheid dat een herstructureringsdeskundige in het ene geval bijvoorbeeld meer optreedt als mediator en zich in een ander geval meer opstelt als financieel deskundige. Tegelijkertijd brengt dit mee dat onduidelijkheid kan bestaan over de taakopvatting van de herstructureringsdeskundige, zowel bij degenen die om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige kunnen verzoeken als bij de herstructureringsdeskundige zelf. Uit de praktijk komen op dit punt dan ook wisselende geluiden naar voren. Zo wordt enerzijds opgemerkt dat herstructureringsdeskundigen zich soms te veel opstellen als curator tegenover de schuldenaar, terwijl anderzijds gewezen wordt op het feit dat herstructureringsdeskundigen soms te dicht op de schuldenaar zitten en het succes of falen van het WHOA-traject op zichzelf betrekken.[315]

Ook over de algemene taakopvatting bestaat enig verschil van mening. Sommigen zien de herstructureringsdeskundige als iemand die tot doel heeft om een akkoord tot stand te

—

[307] Zie paragraaf 3.3.5.4.

[308] Zie paragraaf 5.3.1.4.

[309] Zie ook recent in de uitspraak rond Big Bazar, Rb. Noord-Nederland 25 september 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:3893.

[310] Zie bijvoorbeeld paragraaf 5.3.1.4 en 5.3.1.5. In de literatuur is reeds gewezen op deze problematiek. Zie S.W. van den Berg, 'Artikel 370 lid 1 Fw: wat zijn 'lopende verplichtingen' tijdens de WHOA-procedure?', TvI 2022/22, p. 149.

[311] Zie paragraaf 5.3.1.5.

[312] Zie HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, *NJ* 1990/286. Over de vraag of de deponering van de startverklaring geldt als peildatum voor de Beklamelnorm, bestaat onder de respondenten van de survey geen consensus. Zie paragraaf 6.3.15 en 6.4.16.

[313] Zie paragraaf 5.3.3.

[314] Zie paragraaf 3.3.1.3.

[315] Zie paragraaf 4.3.2.2.

brengen.[316] Dit bergt het gevaar in zich dat de herstructureringsdeskundige het realiseren van het akkoord als een doel op zich gaat beschouwen. Het risico bestaat dan dat de herstructureringsdeskundige te dicht tegen de schuldenaar aanzit, zoals ook door ervaringsdeskundigen is opgemerkt.[317] Welbeschouwd is de taak van de herstructureringsdeskundige echter in de eerste plaats om te onderzoeken of een akkoord *haalbaar* is. Ook een herstructureringsdeskundige die tot de conclusie komt dat dit niet het geval is, vervult dus zijn wettelijke taak.[318] Het aanbieden van een akkoord is geen doel op zich. Een herstructureringsdeskundige heeft dan ook de ruimte om zijn opdracht terug te geven.

Tijdens de algemene expertmeeting bestond breed gedeelde kritiek op de huidige wijze van aanwijzing van een herstructureringsdeskundige zoals opgenomen in het Landelijk Procesreglement WHOA-zaken.[319] Het gaat daarbij vooral om de moeilijkheid om vooraf een gedegen offerte op te stellen als aspirant-herstructureringsdeskundige omdat in het beginstadium de omvang van de werkzaamheden niet goed is te overzien. Bovendien dient een aspirant-herstructureringsdeskundige de nodige afstand te houden van de schuldenaar. De uitkomsten van de survey zijn op dit punt aanmerkelijk minder kritisch, maar nog steeds ruim een derde van de respondenten meent dat het benoemingssysteem voor herstructureringsdeskundigen in de praktijk niet goed werkt.[320] Opvallend is voorts dat tot nog toe bijna alleen maar advocaten/curatoren tot herstructureringsdeskundige zijn aangewezen, terwijl de wet die eis daarvoor niet stelt. [321] Uit de jurisprudentie vallen niet goed de beweegredenen voor dit proces af te leiden. Ondanks deze onduidelijkheid achten wij wetgeving op dit punt geen oplossing. Wegens de gevarieerde casuïstiek zal de praktijk zich moeten ontwikkelen. Hierbij zou het helpen als rechtbanken in hun aanwijzingsbeschikkingen iets meer richting geven over enerzijds de personen en de benodigde kwaliteiten om voor aanwijzing in aanmerking te kunnen komen en anderzijds de herstructureringsdeskundige in voorkomende gevallen aandachtspunten mee te geven, daar waar de rechtbank voor nadere duiding is aangezocht (art. 378 en 379 Fw).

7.6.2 De observator

Ook de observator wordt in de praktijk in algemene zin een waardevolle rol toegedicht in het WHOA-traject. Hij komt tegemoet aan de algemeen bestaande behoefte dat een ‘objectief persoon’ meekijkt in het proces en mogelijke knelpunten aan het licht kan brengen. Uit het onderzoek is evenwel gebleken dat verschillende onderdelen in de aanstelling en taakuitvoering in de praktijk niet optimaal functioneren dan wel onvoldoende helder zijn.

Een eerste bezwaar betreft het proces van aanstelling. In dat verband is de ervaring in de praktijk dat de observator alleen een nuttige functie kan vervullen indien hij tijdig wordt aangesteld. De door art. 5 lid 3 sub b Herstructureringsrichtlijn wettelijk verplichte aanstelling van de observator bij de dagbepaling van de homologatiezitting (art. 383 lid 4 Fw) in geval van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, wordt als te laat ervaren. Dit vanuit het perspectief van zowel de observator, omdat deze onder zware tijdsdruk staat in het licht van de korte termijn (minimaal acht dagen en maximaal veertien dagen) tot de homologatiezitting (art. 383 lid 6 Fw) om daarop tot een deugdelijke, goed onderbouwde zienswijze te komen (art. 384 lid 7 Fw) als de belanghebbenden bij de homologatie (schuldenaar, schuldeisers en/of aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd). Dit bezwaar is zowel in de casestudies als in de expertmeetings door verschillende betrokkenen benadrukt.[322] In de reguliere survey komt het algemene bezwaar dat de observator te laat wordt aangewezen overigens in minder sterkte mate naar voren. Slechts twintig procent van de respondenten heeft

—

[316] Zie paragraaf 4.3.2.2; vergelijk O. Salah & J.N. Lozeman, ‘De herstructureringsdeskundige en de observator onder de WHOA – een tussentijdse evaluatie’, *FIP* 2023, p. 39.

[317] Zie paragraaf 4.3.2.2.

[318] Zie paragraaf 4.3.2.2.

[319] Zie paragraaf 4.3.2.2.

[320] Zie paragraaf 6.3.2.

[321] Zie paragraaf 4.3.2.1.

[322] Zie paragraaf 4.3.2.4 en 5.3.2.2.

instemmend geantwoord op de stelling dat de observator te laat wordt aangewezen in het WHOA-traject, tegenover 50 procent van de respondenten die het hiermee oneens was en een niet geringe omvang van respondenten van 30 procent die aangaf het niet te weten of geen mening te hebben hierover. In de survey van de WHOA-pool lagen de percentages van de respondenten dichter bij elkaar waar 47 procent aangaf oneens te zijn met de stelling dat de observatoren te laat worden aangewezenen en 39 procent instemmend reageerde op de stelling.[323] Uit de losse opmerkingen bij de survey lijkt te kunnen worden geconcludeerd dat (slechts) de aanwijzing van de observator bij de dagbepaling van de homologatiezitting als te laat wordt beschouwd. Wij bevelen daarom aan te onderzoeken in hoeverre de huidige tijdlijnen kunnen worden verruimd zonder te verzanden in langdurige, stroperige en kostbare processen waardoor de noodzakelijke snelheid voor de redding van levensvatbare ondernemingen nodeloos in gevaar kan komen.

In het proces van aanstelling wordt bovendien als tweede aandachtspunt de vereiste overlegging van een offerte onwenselijk ervaren waar de kandidaat in kwestie deze moet opstellen terwijl hij nog niet bekend is met de situatie van de schuldenaar en de werkzaamheden die hij moet uitvoeren. Het opstellen van een gedegen offerte is in die situatie, net zoals dat naar voren is gekomen bij de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige, een bewerkelijke taak en deze sluit daardoor in de praktijk dikwijls niet aan bij de omvang van de werkelijk verrichte werkzaamheden.[324]

In het verlengde hiervan kan worden gewezen op een derde aandachtspunt dat vooral uit de expertmeetings en de casestudies naar voren is gekomen, en dat betrekking heeft op de taakomschrijving van de observator.[325] De wet biedt weinig handvatten voor de invulling van de taakomschrijving van de observator waardoor de taakopvatting van de persoon van de observator in een specifieke casus bepalend is voor de wijze waarop hij zijn werkzaamheden uitvoert. Waar de ene observator zich als een ‘fly on the wall’ gedraagt, bemoeit een ander zich intensief met het proces en dat brengt onzekerheid met zich voor het verloop.[326] Bovendien kunnen door de onduidelijke taakomschrijving verschillen ontstaan in de verwachtingen over de taakuitvoering en aansluitende verslaglegging van bijvoorbeeld de rechtbank enerzijds en de observator anderzijds. Het valt op dat deze knelpunten niet even sterk uit de survey-resultaten blijken waar geen ondubbelzinnig beeld naar voren komt over de onzekerheden rondom de taakomschrijving van de observator. Over de vraag of de taakomschrijving van de observator voldoende duidelijk is, bestaat onder de respondenten van de survey geen consensus.[327]

Voor beide aandachtspunten zou het, net als bij de herstructureringsdeskundige, helpen als rechtbanken in hun aanstellingsbeschikkingen meer richting geven over enerzijds de personen en hun kwaliteiten om voor aanstelling tot observator in aanmerking te kunnen komen en anderzijds de observator in voorkomende gevallen richting te geven, daar waar de rechtbank op grond van art. 379-380 Fw door de schuldenaar of herstructureringsdeskundige is aangezocht of ambtshalve tot aanstelling van een observator overgaat (art. 380 Fw).[328]

Als vierde en laatste aandachtspunt valt in verband met de observator te wijzen op een specifiek onderdeel uit de taakopvatting, namelijk de vraag of, en in welke omvang de observator wordt geacht een rechtmatigheidsonderzoek te doen.[329] Dit wordt gezien als een belangrijk knelpunt in de praktijk, zo is vooral uit de expertmeetings gebleken.[330] Enerzijds zou de taak een rechtmatigheidsonderzoek te doen ongewenste complexiteit en onzekerheid toevoegen in het

—

[323] Zie paragraaf 6.3.2 en 6.4.3.

[324] Zie paragraaf 4.3.2.3.

[325] Zie paragraaf 4.3.2.4, 4.3.2.5 en 5.3.2.2.

[326] Zie paragraaf 4.3.2.3; vergelijk O. Salah & J.N. Lozeman, ’De herstructureringsdeskundige en de observator onder de WHOA – een tussentijdse evaluatie’, *FIP* 2023/6, p. 42.

[327] Zie paragraaf 6.3.2.2 en 6.4.3.2.

[328] Zie paragraaf 4.3.2.3 en 4.3.2.4.

[329] Zie paragraaf 4.3.2.5; vergelijk W.J.B. van Nielen, F. Ortiz Aldana & M.C.G. Derksen, ’Onderzoek en recuperatie van onregelmatigheden onder de WHOA’, *FIP* 2021/1.

[330] Zie paragraaf 4.3.2.5.

proces, zeker in de gevallen waarin een observator wordt aangesteld op grond van art. 383 lid 4 Fw, als de rechtbank de datum voor de homologatiezitting bepaalt en niet alle klassen in het akkoord met de vereiste meerderheid hebben ingestemd. Omdat de zitting binnen een termijn van ten minste acht en ten hoogste veertien dagen moet plaatsvinden (art. 383 lid 6 Fw), lijkt enige vorm van serieus (rechtmatigheids)onderzoek praktisch onmogelijk. Anderzijds kan een observator zich moeilijk een oordeel vormen over de reorganisatiewaarde in het akkoord vergeleken met de liquidatiewaarde in faillissement indien geen acht wordt geslagen op de mogelijke omvang van het actief in faillissement bijvoorbeeld als gevolg van een mogelijke bestuurdersaansprakelijkheidsclaim; ook hier lijkt de observator voor een onmogelijke opdracht te staan als die op grond van art. 383 lid 4 Fw – en dus in een laat stadium – is aangesteld. Slechts als een observator in een vroegtijdig stadium van het WHOA-traject is aangesteld, zal een rechtmatigheidsonderzoek mogelijk wel uitvoerbaar blijken, maar ook dan zal sprake moeten zijn van proportionaliteit tussen de daarvoor ingezette middelen en de waarschijnlijkheid dat zo'n onderzoek gerechtvaardigd is. Uit de surveyresultaten blijkt dat een meerderheid vindt dat het doen van onderzoek naar onregelmatigheden niet de taak van de observator zou moeten zijn, maar ruim een derde meent dat dit wel onderdeel van de taakstelling zou moeten zijn.[331] Aangezien een en ander sterk casuïstisch wordt bepaald, achten we terughoudend optreden door de wetgever op zijn plaats en stellen wij voor de ontwikkeling via jurisprudentie (eventueel via prejudiciële vragen) of via praktijkregels vorm te laten krijgen.

7.7 Afkoelingsperiode

De afkoelingsperiode heeft gezorgd voor veel uitspraken en blijkt in de praktijk een nuttige en bruikbare functie te hebben. Dit blijkt uit het jurisprudentieonderzoek, de expertmeetings, de casestudies en wordt ook door bijna alle respondenten van de survey onderschreven.[332] De drie wettelijke toewijzingscriteria (noodzaak van de maatregel, die in het belang moet zijn van de gezamenlijke schuldeisers en niet tot wezenlijke schade voor direct getroffen partijen moet leiden[333]) lijken volgens de meeste respondenten in de praktijk goed toepasbaar en worden volgens de meeste respondenten voldoende grondig door de rechtbank getoetst.[334] Brede steun krijgt de inmiddels gegroeide praktijk dat bij ingewikkelde kwesties terstond door de rechtbank een 'voorlopige' afkoelingsperiode wordt toegekend zonder dat andere partijen zijn gehoord.[335] Die periode geldt dan voor zolang er nog geen definitieve beslissing door de rechtbank is gegeven. Dit doet de rechtbank nadat alle door een afkoelingsperiode getroffen partijen op de zitting hun visie hebben kunnen geven. Tweemaal zoveel respondenten vinden dat schuldeisers in de praktijk wel voldoende mogelijkheden hebben om zich te verweren, ten opzichte van de minderheid die het hiermee oneens is. Voor deze praktijk is geen wetswijziging nodig; de rechtbank kan hier de regie nemen en uit hoofde daarvan de planning zo nodig aanpassen.

De termijn voor de afkoelingsperiode wordt door het merendeel lang genoeg geacht. Hierbij hadden de rechtbanken in het begin met enige regelmaat een kortere periode opgelegd dan het wettelijk maximum van vier maanden (art. 376 lid 2 Fw). Inmiddels gaan er geluiden op bij de rechters om – uitzonderingen daargelaten – wel direct de maximale termijn toe te kennen omdat bij kortere perioden nauwelijks voldoende voortgang kan zijn geboekt en al snel iedereen (betrokken partijen en rechtbank) weer tijd en energie moeten steken in een nieuwe zitting.[336] Bovendien blijken in de praktijk verlengingsverzoeken in verreweg de meeste gevallen te worden toegewezen.[337] Dit is alleen anders als echt onvoldoende voortgang was geboekt of de vooruitzichten op een succesvol akkoord waren komen te vervallen. Zoals uit de beide surveys[338] blijkt, vinden de meeste respondenten de toets die de rechtbank hierbij aanlegt concreet genoeg. Er is momenteel echter geen duidelijk beeld in hoeverre de rechtbank hierbij mag leunen op de

—

[331] Zie paragraaf 6.3.2.

[332] Zie paragraaf 3.3.2, 4.3.3, 5.3.3, 6.3.3 en 6.4.4.

[333] Zie art. 376 lid 4 Fw.

[334] Zie paragraaf 6.3.3 en 6.4.4.

[335] Zie paragraaf 3.3.2.2, 6.3.3 en 6.4.4.

[336] Zie paragraaf 4.3.3.

[337] Zie paragraaf 3.3.2.3.

[338] Zie paragraaf 6.3.3 en 6.4.4.

herstructureringsdeskundige: bijna de helft van de respondenten vindt dat de rechtbank dat mag of zelfs moet doen, terwijl een bijna even grote groep het tegenovergestelde vindt. Er is echter weinig steun voor de gedachte dat bij een verlengingsverzoek de mening van de herstructureringsdeskundige leidend zou moeten zijn. Voor zover het daarentegen de mate van voortgang van het akkoord betreft vindt een ruime meerderheid (en bij de respondenten uit de WHOA-pool zelfs unaniem) dat de rechtbank dat aspect wel mag meewegen en aan haar beslissing ten grondslag mag leggen; hoe concreter de voortgang met het akkoord en hoe meer draagvlak daarvoor onder de schuldeisers, des te terughoudender de rechtbank moet zijn om verlenging van een afkoelingsperiode af te wijzen. Aangezien deze praktijk zich binnen het huidige wettelijk kader heeft kunnen ontwikkelen, is wetswijziging op dit punt niet nodig.

Net als bij de eerste keer dat een afkoelingsperiode wordt verzocht, speelt ook bij verlengingsverzoeken de tijdsdruk op partijen en rechters een belangrijke rol. Niettemin lukt het de rechtbanken gemiddeld genomen drie weken om die verzoeken – in de onderzoeksperiode waren dit ruim tachtig zaken – binnen te krijgen, een (digitale) zitting te plannen, deze te houden en uitspraak te doen.[339] Desondanks komt het voor, bijvoorbeeld als het verlengingsverzoek te laat wordt gedaan, dat rechtbanken hun beslissingen niet altijd hebben kunnen geven voordat de oorspronkelijke, of eerder verlengde, afkoelingsperiode was verstreken. De praktijk heeft dit inmiddels opgelost door te accepteren dat de afkoelingsperiode in ieder geval blijft doorlopen totdat die beslissing is gegeven, mits het verzoek maar vóór het verstrijken van de termijn is verstreken.[340] Een iets andere – praktische – aanpak deed zich voor in de procedure waarin aan de Hoge Raad prejudiciële vragen waren gesteld en er toen nog geen verlengingsverzoek lag, terwijl de oorspronkelijke termijn toen wel al was verstreken.[341] Afgezien van dit specifieke geval mag de wettelijke maximumtermijn van acht maanden niet worden overschreden en dit kan onder omstandigheden problematisch zijn als de rechtbank op dat ogenblik nog niet haar beslissing op een homologatieverzoek heeft genomen.[342] Dit kan onder de huidige wettelijke regeling tot problemen leiden, terwijl art. 6 lid 8 Herstructureringsrichtlijn een langere maximumtermijn van twaalf maanden kent. Om te voorkomen dat de WHOA-trajecten standaard langer gaan worden, kan voor deze situatie een specifieke uitzondering worden gemaakt in de zin dat in zo'n geval bij een homologatieverzoek een afzonderlijk deugdelijk gemotiveerd verzoek tot verlenging voor de duur van de behandeling van het homologatieverzoek moet worden gedaan. In aansluiting op de bestaande grond voor toewijzing van een verlengingsverzoek in art. 376 lid 5 Fw moet de rechtbank wellicht nog kritischer bekijken of homologatie in de lijn der verwachting ligt. Het enige dat moet gebeuren is dat in deze bepaling de rechtbank de bevoegdheid wordt geboden om in voorkomend geval tijdens de zitting waarop de behandeling van het homologatieverzoek plaatsvindt de afkoelingsperiode te laten voortduren totdat zij omtrent dat verzoek heeft beslist, tenzij zij op dat ogenblik al grote twijfels heeft dat het homologatieverzoek zal worden toegewezen.

De mogelijkheid om gedurende de afkoelingsperiode de daaraan onderworpen goederen te mogen blijven gebruiken, is tot nog toe slechts sporadisch aan de rechter voorgelegd en lijkt geen grote problemen op te leveren.[343] Meer moeite lijkt er te zijn bij de invulling van de vervangende zekerheid die op grond van art. 373 lid 4, 376 lid 7 en 377 lid 2 Fw moet worden geboden: wanneer is die vervangende zekerheid voldoende en is de schuldenaar in staat om die te verschaffen?[344] Wetgeving lijkt niet geschikt om hierover meer duidelijkheid te verschaffen; het ligt meer voor de hand dat in voorkomend geval de rechtspraak daaromtrent richting gaat geven.

—

[339] Zie paragraaf 3.3.2.6.

[340] Zie paragraaf 3.3.2.3.

[341] Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4476; zie hierover paragraaf 3.3.2.3.

[342] Zie paragraaf 4.3.3.

[343] Zie paragraaf 3.3.2.5.

[344] Zie paragraaf 4.3.9.

7.8 Artikel 42a Fw: paulianabescherming

De met de WHOA geïntroduceerde mogelijkheid om een interim-financier tijdens het WHOA-traject al zekerheid te bieden dat de bewuste transactie en eventuele daarbij gevestigde zekerheden later niet door een curator met een beroep op de faillissementspauliana kan worden vernietigd mocht de reddingspoging onverhoopt niet slagen en leiden tot een faillissement (art. 42a Fw), is in de rechtspraak slechts een enkele keer aan de orde gesteld en meestal afgewezen.[345] Dit werd niet anders na de verruiming van deze bepaling tot uitvoeringsfinanciering per 1 januari 2023. De spaarzame uitspraken achten de voorgeschreven toestand niet snel aanwezig, hoewel over het noodzaakcriterium verschillend kan worden gedacht.[346]

Uit de algemene expertmeeting bleek dat de waarde van art. 42a Fw niet moet worden overschat omdat in de praktijk meestal alle activa al in zekerheid zijn gegeven waardoor er voor een nieuwe financier weinig meer aan dekking te halen valt.[347] Dit zou kunnen veranderen als van bestaande financiers verwacht zou mogen worden dat zij ten gunste van een interim-financier een stapje in de rangorde naar beneden doen, maar hier lijkt bij de banken geen draagvlak voor. Dit heeft te maken met het kapitaalbeslag dat daardoor moet worden aangehouden in verband met het verhoogde risico.

Het voorgaande is in lijn met de beperkte resultaten uit de survey.[348] Hoewel een grote meerderheid van mening is dat art. 42a Fw een nuttig onderdeel van de WHOA is, kent de stelling dat deze regeling tussentijdse financiering makkelijker verkrijgbaar maakt bijna evenveel voor- als tegenstemmers. Dit ligt echter anders bij de vraag naar de mogelijkheid om nieuwe financiers voorrang te verlenen ten koste van de bestaande financiers: twee derden is hiervan voorstander, maar hiertegenover staat één derde die dat niet vindt of een dergelijke rangwisseling alleen mogelijk acht met instemming van bestaande financiers. Voor een wetswijziging op dit punt lijkt vooralsnog onvoldoende reden uit de verschillende methoden voort te vloeien.

7.9 Klassenindeling

Ten aanzien van de klassenindeling blijkt niet van grote problemen. Uit de survey volgt dat de criteria door de meeste respondenten duidelijk en rechtvaardig worden gevonden.[349] De praktijk is zich ervan bewust dat met de klassenindeling kan worden gestuurd. Er is, zo blijkt mede uit de algemene expertmeeting, een zekere angst voor misbruik, zonder dat van dit misbruik daadwerkelijk is gebleken. Wel wordt opgemerkt dat het voorkomt dat welbewust een kleine instemmende klasse wordt gecreëerd.[350] In de casestudies werd een enkele keer de wens uitgesproken voor meer *guidance* van de wetgever.[351]

De klassenindeling was tweemaal een grond voor afwijzing,[352] maar werd veel vaker voorafgaand aan de homologatie in een aspectenverzoek aan de rechter voorgelegd.[353] De splitsing van de vorderingen van pand- en hypotheekhouders in een gesecureerd en een niet-gesecureerd deel dient te geschieden aan de hand van het meest waarschijnlijke scenario in faillissement.[354] Voorts gaat het bij de klassenindeling om de aanspraken van de schuldeisers op

—

[345] Zie paragraaf 3.3.3.

[346] Rb. Noord-Nederland 26 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:1100; vergelijk paragraaf 3.3.3.

[347] Zie paragraaf 4.3.4.

[348] Zie paragraaf 6.3.6; de survey in de WHOA-pool leverde minimale respons op; zie paragraaf 6.4.7.

[349] Zie paragraaf 6.3.4 en 6.4.5.

[350] Zie paragraaf 3.6.1. Zie ook Rb. Gelderland 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5945 (aspectenverzoek), waarin dit niet werd toegestaan.

[351] Zie paragraaf 5.3.6.

[352] Zie paragraaf 3.3.5.2.

[353] Zie paragraaf 3.3.4.

[354] Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329, *JOR* 2022/240. Dat hoeft dus niet de waarde bij een openbare verkoop te zijn, maar kan ook die in bij een overdracht *going-concern* zijn.

het vermogen van de schuldenaar en nopen eventuele door derden verstrekte garanties of zekerheden niet tot een indeling in een andere klasse.[355]

In een beslissing op een aspectenverzoek bepaalde de rechtbank Gelderland dat een betwisting van vorderingen op voorhand geen redelijke grond is om die vorderingen in een andere klasse onder te brengen dan niet-betwiste vorderingen van dezelfde soort.[356] Wat betreft het bedrag waarvoor een schuldeiser met een betwiste vordering tot de stemming wordt toegelaten, werd verwezen naar art. 378 lid 1 onder c jo. lid 4 Fw, dat een ingang biedt om een beslissing te verkrijgen van de rechtbank. Die beslissing is dan beperkt tot de positie van de schuldeiser bij de stemming en strekt er niet toe het definitieve bedrag van de vordering of het daarop te ontvangen deel van de waarde te bepalen.[357] Ten aanzien van schuldeisers met intercompany-vorderingen zag de rechtbank geen reden om hen in een afzonderlijke klasse in te brengen.

Wat dit laatste betreft, oordeelde de rechtbank Amsterdam in dezelfde zin over de indeling van aandeelhouders met concurrente vorderingen in een klasse met 'gewone' concurrente schuldeisers.[358] De rechtbank voegde er evenwel aan toe dat zo'n indeling kan leiden tot tegenstrijdige belangen binnen de klasse, die maken dat '[n]iet valt uit te sluiten dat bij de beslissing over de homologatie van het akkoord de vraag aan de orde zal komen of de stemuitslag (mede) het resultaat is van het gegeven dat binnen een klasse sprake is van partijen met afwijkende of tegenstrijdige belangen en deze stemmen niet representatief zijn voor de opvatting van de klasse als geheel'. Hoewel zo'n indeling voldoet aan de eisen van klassenindeling, zou het volgens de rechtbank voor de schuldenaar aanleiding kunnen zijn een andere indeling te hanteren.

Hieruit blijkt enige worsteling met de positie van de intercompany-vorderingen. Het beeld wordt bevestigd door de survey, zowel uit de survey zelf als uit de losse opmerkingen.[359] De meningen zijn verdeeld of intercompany-vorderingen steeds in een separate klasse moeten worden ingedeeld.

Wij zien in de onderzoeksresultaten geen reden voor wijzigingen in het systeem van de klassenindeling. Het kan in grote lijnen op instemming rekenen. Hoewel de flexibiliteit zich leent voor manipulatie, is van daadwerkelijk misbruik niet gebleken. Waar de grens wordt opgezocht, is er de rechter om de grens te bewaken. Dat geldt ook voor de klassenindeling van verbonden partijen. De onderzoeksresultaten wijzen daarover ook niet in een bepaalde richting.

7.10 Aspectenverzoek

De regeling van het aspectenverzoek wordt in de praktijk als waardevol en nuttig ervaren. Uit de jurisprudentieanalyse blijkt niet van problemen bij de toepassing van de regeling. In de survey is de vraag opgeworpen of vastgehouden moet worden aan het vereiste van een (mogelijk) voorzienbaar geschil. Het grootste deel van de respondenten meent dat de rechtbank ook uitsluitsel zou moeten geven wanneer geen sprake is van een concreet geschil. De respondenten vanuit de WHOA-pool zijn het hier niet mee eens.[360] Opgemerkt moet echter worden dat de wettelijke bepaling van art. 378 Fw als zodanig dit vereiste niet noemt en slechts rept over het doen van een uitspraak over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord. De wettelijke regeling lijkt daarmee op zichzelf voldoende flexibiliteit te

—

[355] Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8851, *JOR* 2022/20 en Rb. Zeeland-West-Brabant 2 november 2011, ECLI:NL:RBZWB:2021:6940.

[356] Rb. Gelderland 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5945.

[357] In diezelfde zin Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569.

[358] Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519, *JOR* 2022/102. Zo ook Rb. Zeeland-West-Brabant 2 november 2011, ECLI:NL:RBZWB:2021:6940.

[359] Zie paragraaf 6.3.4 (reguliere survey). Dat geldt minder voor de survey voor de WHOA-pool, die in overwegende mate meent dat er een aparte klasse moet worden gemaakt. In de losse opmerkingen wordt evenwel opgemerkt dat het erg afhankelijk is van de casus. Zie paragraaf 6.4.5.

[360] Zie paragraaf 3.3.4, 4.3.5, 6.3.5 en 6.4.6.

bieden. Bovendien is ook in de jurisprudentie wel eens van dit vereiste afgeweken.[361] Uit de jurisprudentie lijkt bovendien te volgen dat in de praktijk bij beoordeling van de vraag of sprake is van een (voorzienbaar) geschil vooral relevant zijn: de concreetheid van het verzoek en de toelichting daarop; de mate van (mogelijke) onzekerheid; de fase waarin het WHOA-traject verkeert; het belang bij een vroegtijdige beslissing en of die beslissing gegeven kan worden. Dit kleurt daarmee het in de rechtspraak genoemde vereiste van een (mogelijk) voorzienbaar geschil in en maakt dit daardoor een minder hard vereiste dan het op het eerste gezicht lijkt. Voorts speelt hier mogelijk een verwachtingskloof tussen hetgeen verwacht wordt van de rechterlijke macht en hetgeen de rechterlijke macht daadwerkelijk kan betekenen ten aanzien van het beperken van onzekerheid. Wij achten het nuttig dat de rechtbanken in de jurisprudentie nader verduidelijken hoe hiermee omgegaan moet worden.

Ook is de vraag opgeworpen tijdens de expertbijeenkomst en ook in de survey of schuldeisers ook geen aspectenverzoek moeten kunnen doen.[362] Een kleine meerderheid van de respondenten van de survey is van mening dat het aspectenverzoek ook gedaan zou moeten worden door schuldeisers.[363] Onder de respondenten vanuit de WHOA-pool bestaat over deze vraag geen consensus.[364] Door het aspectenverzoek ook toe te kennen aan schuldeisers (en aandeelhouders), hoeft het slagen van een akkoord voor deze partijen volgens de deelnemers van de algemene expertmeeting niet aan te komen op een homologatiezitting. Wanneer schuldeisers eerder de mogelijkheid hebben om geschilpunten voor te leggen, dan zou het een discussie (en in het uiterste geval een afwijzing) op de homologatiezitting kunnen voorkomen. Tegelijkertijd blijkt uit de algemene expertmeeting dat de optie om schuldeisers en aandeelhouders een aspectenverzoek te laten doen, kostenverhogend en vertragend kan werken.[365]

Op het eerste gezicht lijkt er iets voor te zeggen om ook schuldeisers de mogelijkheid te geven vroegtijdig geschilpunten voor te leggen om hen zo meer invloed op de gang van zaken te geven. Opgemerkt moet echter worden dat een dergelijke optie zich minder goed verdraagt met het uitgangspunt dat de WHOA-regeling een snelle en efficiënte vormgeving moet hebben. Het toekennen van het recht aan schuldeisers om een aspectenverzoek te doen, kan een vertragend, kostenverhogend en juridiserend effect hebben op een WHOA-traject. Belangrijk is bovendien ook dat een schuldeiser thans al tijdens een WHOA-traject – mede gelet op het vereiste van de tijdige klachtplicht – de opsteller van het akkoord, de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, kan wijzen op een mogelijk geschilpunt en de mogelijkheid tot aanpassing van het concept akkoord en/of de optie voor de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige om daarover vroegtijdig door een aspectenverzoek duidelijkheid te verkrijgen en dit geschilpunt niet pas bij de homologatiebeslissing te laten beoordelen. Dit is in lijn met het uitgangspunt dat de verantwoordelijkheid voor de vormgeving van het akkoord bij de opsteller berust. Het is de opsteller die keuzes dient te maken en te wegen of (mogelijke) vraagpunten vroegtijdig voorgelegd dienen te worden. Het sluit ook aan bij de doelstelling dat de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt is, tenzij de schuldenaar (of herstructureringsdeskundige) eerder expliciet een beroep op de rechter doet, en stimuleert – ook gelet op beperking van de werkbelasting van de rechtbanken – dat partijen er bij voorkeur onderling uit dienen te komen. Bij een aspectenverzoek kan de schuldeiser dan bovendien een zienswijze indienen. Louter bezien vanuit de regeling van het aspectenverzoek lijkt de huidige vormgeving daarvan in art. 378 Fw (vooralsnog) voldoende passend. In verband hiermee geniet het wel aanbeveling om in de tekst van art. 378 Fw te verduidelijken dat een aspectenverzoek mogelijk is tot het tijdstip van de stemming over het akkoord en dus niet zoals de tekst van art. 378 Fw lijkt te impliceren tot het moment dat het akkoord ter stemming wordt aangeboden.

—

[361] Zie paragraaf 3.3.4; vergelijk Rb. Midden-Nederland, 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329.

[362] Zie paragraaf 4.3.5 en 6.3.5; vergelijk voor een dergelijk pleidooi ook H.J. de Kloe, *Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 273.

[363] Zie paragraaf 4.3.5 en 6.3.5.

[364] Zie paragraaf 6.3.5 en 6.4.6.

[365] Zie paragraaf 4.3.5

In de bredere context van de WHOA en de discussie over de rechtsbescherming van betrokken stakeholders is er meer nuance en zou volgens ons ook nog overwogen kunnen worden om ook de observator de bevoegdheid toe te kennen om een aspectenverzoek te doen. Dat zou ook goed aansluiten bij de rol en functie die de observator vervult.

7.11 Waardering

Uit de diverse deelonderzoeken komt het beeld naar voren dat het waarderingsvraagstuk, in het bijzonder de bepaling van de reorganisatiewaarde en het daarmee samenhangende levensvatbaarheidsvraagstuk, in de praktijk nog verre van uitgekristalliseerd is.[366] Een meerderheid van de respondenten uit de survey meent dat de norm voor waarderingen binnen de WHOA te open is.[367] Uit het jurisprudentieonderzoek kan worden afgeleid dat het belangrijk is om goed uit te leggen op welke financiële gegevens en aannames een waardering is gebaseerd. Het lijkt er bovendien op dat het kan helpen om een onafhankelijk waarderingsdeskundige in de hand te nemen.[368] Het grootste deel van de respondenten van de reguliere survey menen echter dat de praktijk gebaat zou zijn bij nadere richtlijnen over waarderingen.[369] Dit was ook de mening van de deelnemers aan de algemene expertmeeting.

Een van de knelpunten bij waarderingen lijkt het subjectieve karakter van een waardering.[370] Meermaals is door deelnemers aan die expertmeeting en door respondenten van de survey aangegeven dat zij het lastig vinden dat twee waarderingsdeskundigen tot zeer uiteenlopende beoordelingen kunnen komen van de reorganisatie- en liquidatiewaarde. Daarmee samenhangend wordt in de praktijk soms ook getwijfeld aan de onafhankelijkheid van de waarderingsdeskundige en de geloofwaardigheid van de waardering.

Over de vraag of rechters voldoende geëquipeerd zijn om waarderingen te toetsen, bestaat geen consensus. Een kleine meerderheid van de respondenten uit de reguliere survey meent van niet.[371] Ook rechters vinden niet in groten getale dat zij geëquipeerd zijn om waarderingen te beoordelen, (slechts) de helft meent van wel.[372] Op basis van het jurisprudentieonderzoek lijkt het erop dat rechters de waarderingen en onderliggende aannames in het algemeen behoorlijk inhoudelijk toetsen en soms ook kritisch zijn ten aanzien van de vraag of een onderneming in meer operationele zin ook toekomstperspectief/bestaansrecht heeft.[373] Uit de onderzoeken blijkt dat niet iedereen zich hierin kan vinden. Sommige respondenten van de survey menen dat rechters nooit inhoudelijk naar waarderingen kijken.[374] Het kan nuttig zijn om te onderzoeken of de rechtbank bij beoordeling van ingewikkelde waarderingen, gebruik kan maken van expertise van derden, bijvoorbeeld door te werken met een lekenrechter.

De waardering leidt in concrete situaties soms tot discussies door belangentegenstellingen tussen partijen (‘*valuation fights*’) en verschillende uitleg van de waarderingscontext door partijen. Hoewel grootschalige waarderingsdiscussies niet altijd plaatsvinden, laat een aantal grote zaken zien (waaronder enkele recente) dat de waardering wel degelijk een doorslaggevend onderdeel kan zijn van een akkoord.[375]

De hoge kosten voor waarderingen in het MKB blijkt verder een terugkerend thema, wat de vraag oproept of aan kleinere WHOA-trajecten wel dezelfde eisen moeten worden gesteld als

—

[366] Zie ook J.A.A. Adriaanse, M.J.R. Broekema, L.R. Bunk & J.M.W. Pool, ‘WHOA in de praktijk: eerste ervaringen en inzichten in beeld, Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk’, *FIP* 2023/81, p. 21-28.

[367] Zie paragraaf 6.3.7 en 6.4.8.

[368] Zie paragraaf 3.3.7.

[369] Zie paragraaf 6.3.7. De respondenten uit de WHOA-pool waren hierover niet eensgezind, zie paragraaf 6.4.8.

[370] Zie paragraaf 4.3.8 en 6.3.7.

[371] Zie paragraaf 6.3.7.

[372] Zie paragraaf 6.4.8.

[373] Zie paragraaf 3.3.7.

[374] Zie paragraaf 6.3.7.

[375] Zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West-Brabant 26 mei 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:5306, *JOR* 2023/277; Rb. Amsterdam 21 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4152.

aan complexe, grote herstructureringen.[376] Het lijkt overigens dat rechtbanken bij de toets of de schuldenaar of herstructureringsdeskundige voldaan heeft aan de wettelijke vereisten op dit punt, al met de omvang van de onderneming van de schuldenaar rekening houdt.[377]

Aanpassing van de huidige wetgeving lijkt niet geschikt om meer duidelijkheid te verschaffen over de normen voor waarderingen. Het is aan te bevelen dat de praktijk (lees: beroepsverenigingen) en wetenschap daaromtrent invulling gaat geven, bijvoorbeeld in de vorm van 'WHOA-waarderingsrichtlijnen', eventueel in samenspraak met de rechtspraak.

7.12 Informatievoorziening

De informatieverplichtingen die uit art. 375 Fw voortvloeien, worden in algemene zin als nuttig en noodzakelijk beschouwd. Het wettelijk kader van de WHOA biedt de mogelijkheid om vergaand in te grijpen in te rechten van de schuldeisers en aandeelhouders, en mede ter rechtvaardiging daarvan mag van de schuldenaar worden gevergd de informatie te verschaffen die de betrokkenen in staat stelt zich een gedegen oordeel te vormen over het akkoord, zo blijkt uit verschillende opmerkingen die hierover tijdens de expertmeetings zijn gemaakt.[378] Ook in de herstructureringspraktijk buiten de WHOA zal de schuldenaar met het oog op de medewerking van de stakeholders informatie moeten verschaffen over onder meer de aard, omvang en oorzaken van de financiële problemen en andere aspecten zoals in art. 375 Fw genoemd. De informatievoorziening is daarmee een belangrijk vereiste om de legitimatie van het akkoord te waarborgen. Dat blijkt ook mede uit het feit dat in de rechtspraak informatieverplichtingen aan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige bij wijze van voorziening ex art. 378 Fw worden opgelegd in het kader van de afkondiging van een verzochte afkoelingsperiode.[379] Op grond hiervan dient de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de rechtbank (en soms ook: 'alle belanghebbenden'[380]) te informeren over de voortgang van de voorbereiding van het akkoord.

Uit de rechtspraak blijkt niet meteen welke eisen de rechtbanken precies stellen aan de informatievoorziening ex art. 375 Fw. Het gaat dan vooral om de omvang van de te leveren informatie, die afwisselend langs soepele of strenge maatstaven wordt beoordeeld. Uit de gedachtewisselingen tijdens de expertmeetings en specifieke opmerkingen die in de survey bij dit onderwerp zijn gemaakt, valt af te leiden dat de behoefte bestaat om de eisen voor de informatieverschaffing aan te passen aan de omvang van de onderneming van de schuldenaar en mogelijk ook de professionaliteit van de betrokken stakeholders.[381] In het verlengde hiervan is een regelmatig terugkerend aandachtspunt in de onderzoeksresultaten dat met de informatievoorziening hoge kosten zijn gemoeid. Hoewel het nut en de relevantie van de informatievoorziening worden erkend, bestaan ook zorgen dat door de bijbehorende financiële last bepaalde ondernemingen een WHOA-traject niet kunnen opbrengen. Er is door verschillende betrokkenen geopperd om de eisen van de informatievoorziening bij MKB's af te zwakken – overigens zonder dat meteen helder is langs welke maatstaven moet worden beoordeeld of sprake is van een MKB en dus waar de grens moet liggen van een eventuele light-variant van de WHOA.[382]

—

[376] Zie paragraaf 4.3.8.2.

[377] Zie paragraaf 7.4.3.

[378] Zie paragraaf 4.3.8.2. Deze opvatting is ook in de literatuur te vinden. Zie A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 295.

[379] Zie paragraaf 3.3.4; vergelijk Rb. Den Haag 15 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:198, Rb. Zeeland-West-Brabant 17 februari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6911, Rb. Rotterdam 19 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8409, Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6771, Rb. Gelderland 10 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6813, Rb. Den Haag 25 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3956, Rb. Rotterdam 9 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13150 en Rb. Noord-Nederland 5 januari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:21.

[380] Rb. Den Haag 25 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3956.

[381] Zie paragraaf 4.3.9 voor de observaties uit de expertmeeting met betrekking tot het MKB en paragraaf 6.3.8 en 6.4.9 voor de survey-resultaten.

[382] Zie over deze kwestie uitvoerig paragraaf 7.5 hiervoor.

7.13 Homologatie

De regeling voor de homologatie van een akkoord functioneert naar behoren. In de raamperiode zijn 37 uitspraken op een verzoek tot homologatie gedaan.[383] Dat is een bescheiden aantal in verhouding tot het aantal faillissementen. Uit de jurisprudentieanalyse blijkt niet van problemen bij de toepassing van de criteria.[384] De rechter bewaakt aan de hand van art. 384 lid 2 Fw de zuiverheid van de besluitvorming. Als het daaraan schort, in het bijzonder door een onvoldoende informatievoorziening, wordt de homologatie geweigerd, ook als alle klassen hebben ingestemd. Ook uit de casestudies en de expertmeetings blijkt niet van knelpunten.[385] Enige kritische opmerkingen over enkele onderdelen komen hierna nog aan de orde. Er blijkt niet van een behoefte om partijen die door het akkoord niet worden geraakt, zoals werknemers en niet door het akkoord getroffen schuldeisers of aandeelhouders, meer invloed op de homologatiebeslissing te geven.[386]

De homologatiecriteria worden in grote meerderheid duidelijk en rechtvaardig gevonden.[387] Ze functioneren ook buiten de WHOA als leidraad.[388] De '*no creditor worse off*'-regel (art. 384 lid 3 Fw) krijgt invulling in de jurisprudentie en werkt volgens de grote meerderheid van respondenten naar behoren.[389] De survey laat bij de verdelingscriteria van art. 384 lid 4 Fw meer verschil van mening zien: bij de vraag of de criteria een nuttige functie vervullen, houden de instemmende en de afwijzende antwoorden elkaar zo ongeveer in evenwicht.[390] Bij de vraag of de criteria de mogelijkheden van een herstructurering verkleinen, is het aantal ontkennende antwoorden over het algemeen iets groter dan die welke bevestigend luiden, maar het is nooit een meerderheid.[391] Een meerderheid vindt het terecht dat een financier kan worden verplicht een bestaande financieringsovereenkomst na te komen, ook al brengt het akkoord met zich dat de schuldenaar zelf niet aan alle voorwaarden voldoet.[392]

Bij de twintigprocentsregel zijn in de algemene expertmeeting – vooral vanuit de beroepspraktijk – bedenkingen geuit,[393] die aansluiten bij die in de literatuur.[394] Die kritiek richt zich op de verhouding tot de normale regels voor voorrang en de rechtvaardiging voor de voorkeursbehandeling ten opzichte van andere schuldeisers.[395] Ook wordt in die expertmeeting gewag gemaakt van een negatieve invloed op de mogelijkheid van een succesvolle herstructurering, althans in het MKB.[396] De survey wijst op dit punt niet in een duidelijke richting.[397] Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt de waarde die nodig is voor het doen van de uitkering bij de andere concurrente schuldeisers en de belastingdienst te worden weggehaald.[398] Los hiervan lijkt het erop dat die regel niet gemakkelijk toepasbaar is. De definitie van het begrip is immers nogal technisch en het blijkt lastig vast te stellen of de verschillende

—

[383] Zie paragraaf 3.3.5.1.
[384] Zie parafgraaf 3.3.5.
[385] Zie paragraaf 5 en 4.3.6.
[386] Zie paragraaf 6.3.9 en 6.4.10.
[387] Zie paragraaf 6.3.9 en 6.4.10.
[388] Zie paragraaf 4.3.6.1.
[389] Zie paragraaf 6.3.9 en 6.4.10.
[390] Zie paragraaf 6.3.9. Slechts de afgezwakte 'cash-out' voor bedrijfsmatige financiers met een zekerheidsrecht wordt door een wat ruimere meerderheid (62% tegenover 33%) als nuttig beschouwd.
[391] Zie paragraaf 6.3.9. Uit de survey voor de WHOA-pool vallen weinig conclusies te trekken vanwege het grote aantal antwoorden 'Weet ik niet/geen mening'. Zie paragraaf 6.4.10.
[392] Zie paragraaf 6.3.9. In de survey voor de WHOA-pool is precies de helft deze mening toegedaan. Zie paragraaf 6.4.10.
[393] Zie paragraaf 4.3.7.2.
[394] F.M.J. Verstijlen, 'Whoa: omkering van waarden', *NJB* 2020/1718, p. 1946-1947 en A. Karapetian, M.L. Lennarts & F.M.J. Verstijlen, D*e positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (WODC-rapport), 2021, p. 37.
[395] Het punt heeft extra gewicht in het geval van een liquidatieakkoord. Zie paragraaf 2.3.3.3.
[396] In die zin 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, p. 166. Zie paragraaf 5.3.6.
[397] Zie paragraaf 6.3.9. In de survey onder de WHOA-pool overheerst de mening dat de regel geen belemmering vormt, maar is de groep van respondenten met het antwoord 'Weet ik niet/geen mening' het grootst. Zie paragraaf 6.4.10.
[398] Zie paragraaf 3.3.5.4.

schuldeisers eronder vallen.[399] De definitie bestrijkt ook rechtspersonen die deel uitmaken van een omvangrijk concern dat niet met het MKB pleegt te worden geassocieerd.[400]

De waarde wordt in de praktijk verdeeld langs de lijnen van art. 384 lid 4 Fw.[401] Afwijkingen van de *absolute priority rule* komen veelvuldig voor, maar worden dan gedekt door de instemming van de benadeelde klasse, vrijwel steeds de belastingdienst. In enkele gevallen ontbreekt die instemming en komt het toch tot een homologatie omdat niemand een verzoek tot weigering van de homologatie indient. De daarmee gemoeide kosten lijken een rol te spelen en in de losse opmerkingen in de survey in de WHOA-pool worden de griffierechten een reëel obstakel genoemd.[402]

Het valt op dat in de expertmeetings en in de losse opmerkingen van de survey vooral bedenkingen worden geuit op de homologatiezitting.[403] Er zou te veel druk staan op die zitting, waarop – in het bijzonder als er geen aspectenverzoeken zijn geweest – alles moet worden bediscussieerd en beslist. In geval van twijfel zou de neiging van de rechter zijn te homologeren. Dat laatste zien wij overigens niet terug in de survey zelf.

Al met al, zien wij geen reden voor een fundamentele wijziging van de homologatiecriteria, maar wel voor een tweetal meer ondergeschikte aanpassingen.

De regel dat MKB-schuldeisers ten minste twintig procent van hun vordering moeten ontvangen, is niet met onverdeeld enthousiasme ontvangen, maar leidt wel tot de beoogde versterking van de positie van deze schuldeisers. Er is in de expertmeetings en in de survey in beperkte mate geopperd dat de regel de totstandkoming van een WHOA-akkoord bemoeilijkt, met name in het MKB-segment, [404] maar de onderzoeksresultaten bieden onvoldoende basis voor de conclusie dat de regel daadwerkelijk aan succesvolle herstructureringen in de weg staat. Voor zover het de bedoeling was de positie van de MKB-schuldeisers ten opzichte van specifiek de gesecureerde schuldeisers te versterken,[405] moet worden geconstateerd dat dat niet is gelukt.

Gegeven de recente keuze die de wetgever heeft gemaakt, zien wij in de onderzoeksresultaten onvoldoende aanleiding om de regel te schrappen. De bevinding dat deze regel vooral ten koste gaat van de positie van de overige concurrente schuldeisers en de belastingdienst, zou aanleiding kunnen zijn voor een heroverweging, die zou kunnen leiden tot een verduidelijking over de verhouding tot de *absolute priority rule* en de positie van de gesecureerde schuldeisers. Voorts is de regel moeilijk te hanteren vanwege de ingewikkelde definitie van de categorie van MKB-schuldeisers, die bovendien schuldeisers bestrijkt die deel uitmaken van concern die tot het grootbedrijf moeten worden gerekend. Wij adviseren de twintigprocentsregel – voor zover die wordt gehandhaafd – te vereenvoudigen en te preciseren, zodanig dat grote spelers er niet van profiteren.

Wij achten het onbevredigend dat de griffierechten eraan in de weg kunnen staan dat de criteria van art. 384 lid 4 Fw worden toegepast. Iets soortgelijks geldt voor de '*no creditor worse off*'-regel uit art. 384 lid 3 Fw. De consequentie is immers dat een schuldeiser (of aandeelhouder) tegen zijn wil wordt gebonden aan een akkoord dat volgens de eigen uitgangspunten van de wetgever niet 'eerlijk' is. Wij adviseren de griffierechten voor het indienen van een verzoek tot weigering van de homologatie te verlagen conform het wetsvoorstel daartoe of zelfs af te

—

[399] Zie paragraaf 2.3.3.5.

[400] Dit wordt opgemerkt bij de casestudies en als verbeterpunt genoemd in de survey. Zie paragraaf 5.3.6 respectievelijk 6.3.16. Zie ook Rb. Midden-Nederland 12 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1773, *JOR* 2023/270. Het punt werd ook in de literatuur geconstateerd. Zie A. Karapetian, M.L. Lennarts & F.M.J. Verstijlen, D*e positie van concurrente schuldeisers in faillissement* (WODC-rapport), 2021, p. 37.

[401] Zie paragraaf 3.3.5.4.

[402] Zie paragraaf 3.3.5.1, 3.3.5.2, 4.3.7 en 6.4.10. Desondanks is in dertien van de 37 gevallen zo'n afwijzingsverzoek ingediend, maar dat heeft slechts eenmaal – mede (naast art. 384 lid 2 Fw – tot een daadwerkelijke afwijzing geleid.

[403] Zie paragraaf 4.3.6 en 6.3.9.

[404] Zie paragraaf 4.3.6, 6.3.9 en 6.4.10.

[405] Zie paragraaf 2.3.1.

schaffen.[406] Het valt immers niet meteen in te zien waarom schuldeisers op dit punt anders behandeld zouden moeten worden dan bij de overige in de Faillissementswet geregelde akkoorden, waarbij zij simpelweg hun bezwaren kunnen uiten en de rechter daaraan gevolg kan geven.

7.14 Schuldeisersbescherming

Bij de totstandkoming van de WHOA is aandacht besteed aan het vinden van een balans tussen:

- enerzijds het voorkomen van onnodig beroep op de rechter door schuldeisers of aandeelhouders die niet willen meewerken aan een herstructurering en dit proces proberen te blokkeren of te vertragen; en
- anderzijds het bieden van de nodige (rechterlijke) waarborgen waar de regeling ingrijpende gevolgen kan hebben voor schuldeisers en aandeelhouders.[407]

In algemene zin lijken zich vooralsnog geen grote problemen voor te hebben gedaan omtrent de bescherming van schuldeisers in WHOA-trajecten. Zo blijkt uit de resultaten van de survey dat de meeste respondenten van mening zijn dat schuldeisers voldoende mogelijkheden hebben om invloed uit te oefenen op WHOA-trajecten.[408]

Tegelijkertijd laten de resultaten ook minder positieve geluiden zien over de schuldeisersbescherming. Verschillende deelnemers van de expertmeetings geven aan dat de hoge griffierechten schuldeisers in de praktijk belemmeren om voor hun rechten op te komen.[409] Ook uit de losse opmerkingen bij de survey blijkt dat sommige respondenten van mening zijn dat de hoge griffierechten voor schuldeisers een belemmering vormen.[410] Een van de manieren die is gesuggereerd om schuldeisers meer invloed te geven op het WHOA-traject, is om de griffierechten voor bijvoorbeeld een afwijzingsverzoek te verlagen. Het is daarom aan te bevelen om het desbetreffende onderdeel van het in paragraaf 7.4 besproken ontwerpvoorstel Wet verlaging griffierechten tot verlaging van de griffierechten voor schuldeisers en aandeelhouders die willen opkomen tegen een homologatieverzoek snel in te voeren.[411] Verzoeken van schuldeisers en aandeelhouders tot afwijzing van een homologatieverzoek vallen, als het voorstel wordt aangenomen, eveneens onder de categorie ‘zaken betreffende een vordering van onbepaalde waarde.’ Dat is de laagste griffierechtencategorie bij (niet-kanton) rechtbanken. Het griffierecht voor een afwijzingsverzoek wordt, als het voorstel wordt aangenomen, verlaagd (afhankelijk van de hoogte van de vordering €2.837, €5.737, €8.519)[412] naar €507. Op basis van het evaluatieonderzoek zijn wij van mening dat het verlagen van de griffierechten voor een afwijzingsverzoek een van de maatregelen vormt om tegemoet te komen aan de wens om schuldeisers te beschermen, althans geen onnodige financiële drempels op te werpen, in WHOA-trajecten.

Tijdens de expertmeetings kwam daarnaast naar voren dat het zou kunnen helpen om ook schuldeisers de mogelijkheid te geven een aspectenverzoek in te dienen.[413] Een kleine meerderheid van de respondenten van de reguliere survey is van mening is dat ook schuldeisers een aspectenverzoek moeten kunnen doen. Onder de respondenten vanuit de WHOA-pool bestaat over deze vraag geen consensus.[414] Vanuit de wens om schuldeisers meer mogelijkheden te geven tot inspraak in WHOA-trajecten, valt iets te zeggen voor de suggestie om ook

—

[406] Zie paragraaf 7.4.1.

[407] Zie paragraaf 2.3.3.1.

[408] Zie paragraaf 6.3.10 en 6.4.11.

[409] Zie paragraaf 4.3.7 en 7.4.1.

[410] Zie paragraaf 6.3.10 en 6.4.11.

[411] Nu het wetsvoorstel niet zal worden ingediend (zie hierboven paragraaf 7.4.1), heeft de Minister aangekondigd dit onder te brengen in de Verzamelwet JenV.

[412] Artikel 19a lid 2 Wgbz.

[413] Zie paragraaf 4.3.5. Deze suggestie is ook in de literatuur gedaan, zie bijvoorbeeld H.J. de Kloe, ‘Het WHOA-akkoord en schuldeisers: een pleidooi voor meer zeggenschap’, *TvOB* 2022-2, p. 41 e.v.

[414] Zie paragraaf 6.3.5 en 6.4.6.

schuldeisers de mogelijkheid te bieden een aspectenverzoek te doen. Tegelijkertijd kent deze suggestie ook belangrijke bezwaren (zie ook paragraaf 7.10), waaronder het kostenverhogende en vertragende aspect. Bovendien blijkt uit dit onderzoek onvoldoende duidelijk in hoeverre een aspectenverzoek schuldeisers en aandeelhouders kan helpen om beter voor hun rechten op te komen.

Een alternatieve grondslag om schuldeisersbescherming in een WHOA-traject vorm te kunnen geven, is mogelijk te vinden in de maatwerkbepaling in art. 379 Fw. Net als bij het aspectenverzoek van art. 378 Fw komt de schuldeiser geen zelfstandig beroep toe op art. 379 Fw. Wel is het mogelijk om te proberen de rechtbank aan te sporen ambtshalve een dergelijke maatregel treffen door de rechtbank daarover informeel te informeren. Het blijft dan echter wel de bevoegdheid van de rechtbank om aan een degelijk informeel verzoek al dan niet opvolging te geven. In de tot nog toe gedane uitspraken die (mede) gebaseerd waren op art. 379 Fw, zijn de rechters terughoudend geweest in het toewijzen van verzoeken door de schuldenaar en/of de herstructureringsdeskundige; wel heeft de rechtbank enkele keren de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige ambtshalve opgedragen om regelmatig informatie te verschaffen, onder meer omtrent de voortgang.[415] Een bijzondere voorziening betreft de aanstelling van een observator op grond van art. 380 Fw om toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.[416] Zoals in paragraaf 7.10 is opgemerkt, valt naar onze mening met het oog op de rechtsbescherming van schuldeisers te overwegen om ook de observator de bevoegdheid toe te kennen om een aspectenverzoek te kunnen doen. Dat zou ook goed aansluiten bij de rol en functie die de observator vervult en kan voorkomen dat het WHOA-traject onnodig vertraagd wordt door een groot aantal aspectenverzoeken van schuldeisers.

7.15 Misbruik

Een van de kritiekpunten op de WHOA is de potentiële misbruikgevoeligheid van het traject.[417] De schuldenaar blijft tijdens het WHOA-traject beschikkingsbevoegd en er wordt in principe niet, zoals wel bij het faillissement het geval is, een onafhankelijke derde aangesteld om onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden.

Hoewel dit evaluatieonderzoek naar zijn aard geen inzicht kan geven in de omvang van misbruik in en van de WHOA, en wij daarover dus ook geen oordeel kunnen geven, is het onderwerp wel met enige regelmaat in algemene zin geopperd en hebben we in die zin wel aanwijzingen gevonden dat de WHOA in huidige vorm misbruikgevoelig wordt beschouwd. Zo is de mogelijkheid om misbruik te maken van de WHOA meermaals aan de orde gekomen in de expertmeetings. Bovendien meent het grootste deel van de respondenten van de survey(s) dat de WHOA misbruikgevoelig is, zij het dat geen concrete gevallen naar voren zijn gekomen en ook wegens de relatief lage *response rate* op deze vraag daaruit niet kan worden geconcludeerd dat misbruik ook daadwerkelijk plaatsvindt, laat staan op grote schaal.[418] Die misbruikgevoeligheid lijkt volgens de losse opmerkingen bij de survey vooral te zijn gelegen in de potentiële informatieasymmetrie tussen schuldenaar enerzijds en schuldeisers (soms ook aandeelhouders) en rechtbank anderzijds. In theorie is het mogelijk dat de schuldenaar bij de voorbereiding van het akkoord bepaalde informatie achterwege laat, of belangrijke belanghebbenden niet oproept. Ook kan de schuldenaar misbruik maken van de flexibiliteit in de klassenindeling, door een klasse samen te stellen waarvan hij bij voorbaat weet dat die volledige klasse zal instemmen.[419] De onderzochte jurisprudentie geeft overigens geen aanwijzing van serieus misbruik. In zeven van de ruim 200 uitspraken wordt weliswaar door een partij daarop een beroep gedaan, maar de rechtbank heeft misbruik in de hier bedoelde zin slechts een enkele keer vermoed.[420]

—

[415] Zie K.H. van Boekel & M.S. Breeman, 'Kroniek WHOA: 2,5 jaar WHOA-uitspraken', *TvI* 2023/37, paragraaf 6.

[416] Zie paragraaf 3.3.1.3, 4.3.2 en 7.6.2.

[417] Zie paragraaf 6.3.13 en 6.4.14; vergelijk J.A van der Meer, 'Misbruik van de WHOA', *FIP* 2021, afl. 1, p. 10 e.v. en B.J. Tideman, 'Is het wetsvoorstel inzake het dwangakkoord buiten faillissement misbruikbestendig?', *NTBR* 2015/22.

[418] Zie paragraaf 6.3.13 en 6.4.14.

[419] Zie paragraaf 4.3.5, 6.3.13 en 6.3.14.

[420] Zie paragraaf 3.3.7.

De mogelijkheden die schuldeisers hebben om tegen dit soort vermoedens van onregelmatigheden op te komen, lijken in de praktijk beperkt. Uit zowel de resultaten van de expertmeetings als de resultaten van de survey blijkt dat de griffierechten om vermoedens van misbruik aan te kaarten, evenals de kosten die gepaard gaan met het doen van een dergelijk verzoek, schuldeisers belemmeren.[421] Ook vanuit het oogpunt van misbruikbestendigheid kan het derhalve nuttig zijn om de drempels voor schuldeisers om tegen homologatie op te komen te verlagen. Het eerdergenoemde voorstel tot verlaging van de griffierechten lijkt een goede stap om de belemmeringen van schuldeisers en andere door het akkoord geraakte partijen weg te nemen.

Bovendien menen de meeste respondenten van de survey dat indicaties van misbruik zonder meer als afwijzingsgrond gelden.[422] Het feit dat vermoedens van misbruik kunnen leiden tot afwijzing van een homologatieverzoek, kan een preventief effect hebben. Dat veronderstelt wel dat het misbruik boven tafel komt. Wanneer geen herstructureringsdeskundige of observator wordt aangesteld, dan bestaat het risico dat het misbruik niet boven tafel komt, zelfs als de rechtbank ambtshalve gebruikmaakt van de mogelijkheden om misbruik aan het licht te brengen.[423] Ook als wel een herstructureringsdeskundige of observator wordt aangesteld, is het de vraag of het misbruik boven tafel komt. Uit de resultaten van de survey en de algemene expertmeeting blijkt dat herstructureringsdeskundigen en observatoren in de praktijk niet altijd onderzoek doen naar eventuele onregelmatigheden.[424] Het is afhankelijk van de aangestelde observator of herstructureringsdeskundige of, en zo ja in hoeverre onderzoek wordt gedaan naar eventuele onregelmatigheden.[425]

Vanuit de wens om misbruik te voorkomen en te bestrijden, kan een mogelijkheid zijn om een verplichting voor observatoren en/of herstructureringsdeskundigen te introduceren om onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden.[426] Dat kan gaan om een algemene verplichting, zoals voor de curator geldt, of een casusafhankelijke verplichting, bijvoorbeeld in de vorm van een specifieke opdracht van de rechtbank bij de aanstelling van een observator. Tegelijkertijd moet bij het overwegen van dergelijke voorstellen de afweging gemaakt worden tussen de wens om in een WHOA-traject misbruik te minimaliseren en de gewenste snelheid en slagvaardigheid van een WHOA-traject. Daar komt bij dat naast het tijdsaspect vaak hoge kosten gemoeid zijn met een onderzoek naar eventuele onregelmatigheden, waarbij de vraag rijst wie die kosten in WHOA-trajecten zou moeten dragen.[427] Op grond van deze evaluatie kan geen oordeel worden gegeven over de introductie van een verplichting voor herstructureringsdeskundigen en/of observatoren om onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden te introduceren, voornamelijk omdat dit onderzoek geen uitsluitsel kan geven over de hiervoor besproken afweging.

—

[421] Zie paragraaf 3.3.5.2, 4.3.9, 5.3.6, 6.3.11, 6.4.10, 6.4.11, 6.4.14 en 6.4.17.

[422] Zie paragraaf 6.3.13 en 6.3.14.

[423] Zie ook M-H.S. Berghuijs & C.M. Harmsen, 'Flankerende maatregelen om een akkoord mogelijk te maken', in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (Recht & Praktijk, nr. InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, § 14.2.8.

[424] Zie paragraaf 4.3.2.5 en 6.3.2.

[425] Zie paragraaf 7.5.

[426] Zie paragraaf 6.3.2 waaruit een lichte voorkeur bij de respondenten blijkt om een dergelijke taak niet aan de observator op te leggen (vergelijk paragraaf 7.6.2); zie anders, zonder empirische onderbouwing, W.J.B. van Nielen, e.a., 'Onderzoek naar en recuperatie van onregelmatigheden onder de WHOA', *FIP* 2021, afl. 1, p. 17 e.v.; B.J. Tideman, 'De rol van de observator in de WHOA: 'horen, zien en spreken', *FIP* 2021, afl. 1, p. 27 e.v.; Toni van Hees, 'De liquidatie van een onderneming: de keuze tussen WHOA en faillissement', *TvI* 2022/30; W.H.B.K. Nieuwesteeg en P. Peters, De WHOA en het (on)regelmatighedenonderzoek', in: R. F. Feenstra e.a. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord. Insolad Jaarboek 2021*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

[427] Eenzelfde discussie is gaande over de kosten van het oorzakenonderzoek van de curator, zie daarover uitgebreider J.M.W. Pool, *De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden: een empirisch-juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement* (diss Leiden), Meijers-reeks nr. MI-392, https://hdl.handle.net/1887/3464369, § 8.3.5.

7.16 WHOA-procesrecht

In algemene zin komt een duidelijk positief beeld naar voren over de snelheid en flexibiliteit waarmee WHOA-verzoeken worden behandeld, alsmede over de werkwijze van rechtbanken met een pool van deskundige rechters.[428] Ook de doorlooptijd van het hele WHOA-traject wordt als zeer positief ervaren. In zoverre beantwoordt het WHOA-procesrecht aan de doelstelling van de wetgever om te voorzien in een snelle, efficiënte en flexibele procedure.[429]

De keerzijde hiervan is dat de procedure kan leiden tot een extra werkbelasting voor de rechterlijke macht. De geluiden hierover zijn wisselend. Enerzijds is door een ruime meerderheid van de respondenten uit de WHOA-pool aangegeven dat geen sprake is van een bovenmatige werkbelasting van de rechterlijke macht.[430] Anderzijds ziet een minderheid van de respondenten dit anders en is door rechters tijdens de algemene expertmeeting op concrete punten aangegeven dat de snelheid van het WHOA-traject leidt tot een aanzienlijke werkbelasting.[431] Ook de financiering van de WHOA-pool is een aandachtspunt.[432] Wat de werkbelasting betreft is uit het jurisprudentieonderzoek overigens gebleken dat bijna de helft van alle WHOA-uitspraken uit de onderzoeksperiode zijn gewezen door slechts vijf rechters (in wisselende combinaties) en een kwart van de 24 betrokken rechters elk nog niet bij tien uitspraken betrokken was.[433] Dit maakt de voortvarendheid van WHOA-procedures – een van de hoog gewaardeerde aspecten van de WHOA – kwetsbaar. Dit is een structurele kwetsbaarheid. Los van de vraag of de zittende rechters in de WHOA-pool dit volhouden, vindt van tijd tot tijd roulatie van rechters en griffiers plaats en het is de vraag of nieuwe leden van de pool op gelijke wijze inzetbaar willen of kunnen zijn.

De door de rechters tijdens de algemene expertmeeting geconstateerde aanzienlijke werkbelasting heeft een aantal oorzaken. In de eerste plaats is dit een gevolg van het feit dat alle WHOA-verzoeken worden behandeld door een meervoudige kamer, hetgeen meer planning en inpassing vereist dan wanneer met een enkelvoudige kamer wordt rechtgesproken. Deze werkwijze wordt niettemin door een groot deel van de respondenten van de survey ook als wenselijk beschouwd.[434] In de tweede plaats dragen de korte wettelijke behandeltermijnen in combinatie met omvangrijke processtukken bij aan de werkdruk. Het gaat daarbij in het bijzonder om de eis dat een homologatiezitting tussen acht en veertien dagen na indiening van het homologatieverzoek en deponering van het stemverslag wordt gehouden (art. 383 lid 6 Fw) en de mogelijkheid om tot de dag van de zitting een verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek in te dienen (art. 383 lid 6 Fw).[435] Een door de rechterlijke macht geuite wens is dan ook om meer regie te krijgen bij de bepaling van de datum van de zitting en de termijn voor indiening van stukken.[436] Een andere wens betreft een wettelijke verankering van de mogelijkheid om zittingen digitaal te laten plaatsvinden.[437]

Andere aandachtspunten in verband met het WHOA-procesrecht betreffen de hoge griffierechten, met name voor verzoekers uit het MKB, waardoor hun toegang tot de rechter kan worden belemmerd.[438] Zoals in de vorige paragrafen is aangegeven, zal de voorgestelde forse verlaging van griffierechten dit bezwaar vermoedelijk ten minste deels kunnen wegnemen.

Ook is vanuit verschillende zijden opgemerkt dat op dit moment erg veel aankomt op de homologatiezitting, terwijl er geen mogelijkheid is om bepaalde gebreken te herstellen. Dat kan

—

[428] Zie paragraaf 4.3.1 en 4.3.6, paragraaf 6.3.12 en 6.3.15.
[429] Zie ook M.C. Bosch, 'Snelle en tijdige rechtspraak in WHOA-zaken', *TvI* 2023/3.
[430] Zie paragraaf 6.4.16.
[431] Zie paragraaf 4.3.6.
[432] Zie paragraaf 4.3.6 en 6.4.1.
[433] Zie paragraaf 3.3.8.
[434] Zie paragraaf 6.3.12 en 6.4.13.
[435] Zie paragraaf 4.3.6.
[436] Zie paragraaf 4.3.6.
[437] Zie paragraaf 4.3.6.
[438] Zie paragraaf 6.3.11 en 6.4.12.

tot moeilijkheden leiden wanneer het akkoord op bepaalde punten wel gebrekkig is, maar een volledige afwijzing van het homologatieverzoek toch niet wenselijk is. Tot op zekere hoogte kan dit bezwaar worden ondervangen door meer gebruik te maken van de mogelijkheid om een verzoek te doen op de voet van artikel 378 Fw, maar partijen dienen dan wel van die mogelijkheid gebruik te maken. Na de stemming is deze weg ook niet meer mogelijk. Tegen deze achtergrond is wel gepleit voor de mogelijkheid om in het kader van de homologatie een tussenbeslissing te kunnen nemen, waardoor partijen de mogelijkheid hebben om gebreken te herstellen.[439]

De onmogelijkheid om een rechtsmiddel aan te wenden tegen de homologatiebeslissing wordt in algemene zin door de praktijk niet gemist.[440] Door een aantal personen is er daarentegen wel op gewezen dat het uitsluiten van de mogelijkheid van hoger beroep uit een oogpunt van rechtsbescherming wel ver gaat. Buitenlandse partijen die vertrouwd zijn met buitenlandse herstructureringsprocedures, zoals bijvoorbeeld de Amerikaanse *Chapter 11*-procedure of de Engelse *scheme of arrangement*, vinden het ontbreken van een rechtsmiddel op zijn minst genomen merkwaardig en soms moeilijk te begrijpen, zeker omdat zoveel van die ene homologatiezitting kan afhangen.[441] Voor wat betreft het bereiken van rechtseenheid en duidelijkheid over fundamentele vragen bestaat de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen[442] en de mogelijkheid van cassatie in belang der wet.[443] Een aantal respondenten van de survey geeft aan dat rechtbanken vaker gebruik zouden moeten maken van de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen.[444] Nadeel van deze mogelijkheid is echter dat die tijdrovend en kostbaar is.

7.17 Liquidatie- versus reorganisatieakkoord

Het door de wetgever in een laat stadium van de consultatievoorstellen gemaakte onderscheid tussen zogenoemde 'reorganisatieakkoorden' en 'liquidatieakkoorden' bepaalt mede de vraag in hoeverre de WHOA aan haar doelstellingen beantwoordt.[445] In de jurisprudentie heeft dit onderscheid een bescheiden invulling gekregen toen de rechtbanken zich over verzoeken om een afkoelingsperiode moesten buigen. Rechtbanken stelden al snel de eis dat een liquidatieakkoord de schuldeisers voor een duidelijke 'plus' zou moeten zorgen ten opzichte van het alternatief van een faillissement; het besparen van de kosten van een curator is op zichzelf onvoldoende. Soms was dat reden voor de rechtbank om een observator aan te stellen.[446] Bij de casestudies kwam de toepassing van de twintigprocentsregel bij homologatie aan de orde en werd opgemerkt dat die regel vreemd zou kunnen uitpakken in een liquidatieakkoord.[447]

In de survey bleek het onderwerp wel te leven gezien de reacties op de verschillende stellingen. Over de vraag of de wet onderscheid zou moeten maken tussen een reorganisatie- en een liquidatieakkoord zijn de meningen verdeeld en houden elkaar in evenwicht. Het lijkt erop dat in de praktijk tussen beide typen akkoorden wel onderscheid wordt gemaakt, nu een kleine meerderheid tegenover een derde aangeeft dat een liquidatieakkoord in de praktijk minder informatieverplichtingen kent dan een reorganisatieakkoord. Afschaffing van de WHOA voor liquidatieakkoorden heeft echter geen draagvlak; slechts een enkeling bepleit dat. Daar waar

—

439 Zie paragraaf 4.3.6.

440 Zie paragraaf 4.3.6 en 6.3.12 en 6.4.13.

441 Zie hetgeen vrij breed werd opgemerkt tijdens de NVvH-jaarvergadering op 2 november 2023 te Amsterdam, waarvan een verslag op het moment van afronding van dit rapport nog niet beschikbaar is.

442 Zoals gebeurd is over de kwestie van pensioenpremies, uitgemond in HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328, *NJ* 2022/150, inmiddels in art. 369 lid 4 nader gecodificeerd.

443 Zoals nu is aangekondigd door de Procureur-General bij de Hoge Raad naar aanleiding van Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:2800, *NJ* 2023/184; zie <https://www.hogeraad.nl/actueel/nieuwsoverzicht/2023/november/procureur-generaal-vraagt-informatie-derden-voorafgaand-voorgenomen/>.

444 Zie paragraaf 6.3.12.

445 Zie paragraaf 2.3.3.3.

446 Zie paragraaf 3.3.1.3.

447 Zie paragraaf 5.3.6.

werknemersrechten volledig buiten het toepassingsbereik van de WHOA vallen, merkte een van de respondenten op dat dit haaks staat op een liquidatieakkoord bij een onderneming met werknemers als de werknemers beter af zijn in een faillissement.[448]

7.18 Overige punten

In deze paragraaf komen enige losse punten aan de orde die op andere wijze onder onze aandacht zijn gebracht of dateren van na de raamperiode voor dit onderzoek.

7.18.1 (Bank)garanties en art. 370 lid 2 Fw)

De Nederlandse Vereniging van Banken bracht een probleem onder onze aandacht dat banken ervaren bij de toepassing van art. 370 lid 2 Fw.[449] Zij stelde ons een memorandum ter hand dat zij eerder aan het Ministerie van Justitie en Veiligheid toezond. In het memorandum verwoordt zij de zorg dat de bepaling eraan in de weg staat dat banken die bankgaranties hebben gesteld verhaal kunnen nemen op door de schuldenaar voor de regresvordering gestelde zekerheden, als de bankgarantie na de homologatie wordt ingeroepen. De zorg is intussen terecht gebleken want de rechtbank Amsterdam heeft inderdaad in deze zin beslist.[450] Het valt te verwachten dat dit zijn weerslag zal hebben op de bereidheid van banken om bankgaranties te stellen.[451] Overigens raakt dit punt niet slechts de bankgarantiepraktijk of bancair krediet in het algemeen, maar brengt het de positie van alle partijen die garanties stellen, al dan niet in de vorm van een borgtocht, in het geding.

Uit de parlementaire behandeling wordt niet duidelijk of deze consequentie is beoogd.[452] In de memorie van toelichting wordt aangesloten bij de systematiek van art. 136 lid 2 Fw, dat wil voorkomen dat twee of meer personen voor dezelfde schuld opkomen.[453] Het is ook de ratio van art. 370 lid 2 Fw om aldus te voorkomen dat de andere schuldeisers worden benadeeld.

Art. 136 lid 2, aanhef en onder c Fw kent evenwel een uitzondering die mede het geval bestrijkt dat voor een regresvordering een zekerheid is gesteld.[454] Deze nuancering is in art. 370 lid 2 Fw niet tot uitdrukking gebracht. Het gevolg is al snel dat art. 370 lid 2 Fw niet slechts voorkomt dat de overige schuldeisers worden benadeeld, maar dat die schuldeisers of de aandeelhouders een aanzienlijk voordeel genieten doordat de gestelde zekerheden vrijvallen.[455] De waarde wordt aldus niet verdeeld conform de aanspraken zoals die voorafgaand aan de homologatie bestaan, maar herverdeeld van de gesecureerde schuldeiser naar de overige schuldeisers of de aandeelhouders.

—

[448] Zie paragraaf 6.3.14 en 6.4.15.

[449] Hiernaar werd van de zijde van de banken ook verwezen tijdens de expertmeeting.

[450] Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569, *JOR* 2023/83.

[451] Het memorandum van het NVB verwijst naar de gevolgen die het uitsluiten van regres in het kader van art. 39 Fw heeft gehad. Zie daarvoor onder meer HR 15 november 2013, *NJ* 2014/68 (Romania) en HR 17 februari 2017, *NJ* 2017/142 (Hansteen Netherlands/Verwiel q.q.).

[452] V.G. Koolen, 'De gevolgen van een WHOA-akkoord voor bankgaranties', *FIP* 2022/7 concludeert voorzichtig dat dit niet is beoogd. Zie ook D.F.H. Stein, ' Hoofdelijke verbondenheid en verhaal op een (pre-)insolvente hoofdelijk schuldenaar', *TvI* 2023/36, p. 304-305 en S.B.A. Heumakers, 'Bankgaranties: regresvorderingen na homologatie van een WHOA-akkoord', *MvV* 2023, p. 334.

[453] Zie MvT, *Kamerstukken* II 2018/19, 35249, 3, p. 35.

[454] Zie MvT, *Kamerstukken II* 1981/82, 16596, 3, p. 157. De niet bijzonder helder geformuleerde bepaling gaat terug op HR 15 februari 1929, *NJ* 1929/1372 (Van Foreest q.q. c.s./Van der Pol q.q.).

[455] Het zij overigens opgemerkt dat vooral in de bancaire praktijk de gestelde zekerheid vaak zal gelden als een pandrecht ingevolge een financiëlezekerheidsovereenkomst, waarop de WHOA op grond van art. 369 lid 4, aanhef en sub c Fw überhaupt niet van toepassing is. Zie D.F.H. Stein, ' Hoofdelijke verbondenheid en verhaal op een (pre-)insolvente hoofdelijk schuldenaar', *TvI* 2023/36, p. 305 en S.B.A. Heumakers, 'Bankgaranties: regresvorderingen na homologatie van een WHOA-akkoord', *MvV* 2023, p. 335 en de noot van V.G. Koolen onder Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569, *JOR* 2023/83.

De kwestie lijkt ons van voldoende belang voor de financieringspraktijk om in de wettekst te verduidelijken.

7.18.2 Third-party releases

Buiten het tijdvak van het jurisprudentieonderzoek (1 januari 2021 tot 1 juli 2023) werd de homologatiebeslissing inzake Steinhoff gepubliceerd.[456] Hierin werd onder meer de vraag aan de orde gesteld of het mogelijk is in een akkoord een bepaling op te nemen volgens welke aandeelhouders/schuldeisers finale kwijting geven aan derden, zoals bestuurders en adviseurs van de schuldenaar, zogenoemde *third-party releases*. In het daar aan de orde zijnde akkoord was zo'n bepaling opgenomen. De rechtbank homologeerde het akkoord, maar liet uitdrukkelijk in het midden of deze bepaling na homologatie kan worden ingeroepen tegenover derden. De kwestie was in eerdere rechtspraak aan de orde zonder dat er uitdrukkelijk aandacht aan werd besteed.[457] De meningen in de literatuur verschillen.[458]

Wij menen dat deze kwestie – die niet slechts speelt in het kader van de WHOA maar ook bij het faillissements-, surseance- en schuldsaneringsakkoord – aan de rechtspraak kan worden overgelaten.

—

[456] Rb. Amsterdam 21 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4152, *JOR* 2023/224.

[457] Rb. Midden-Nederland 10 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5531, *JOR* 2022/21. Het verzoek tot homologatie werd afgewezen, maar dat was niet op deze grond. Zie ook Rb. Oost-Brabant 22 november 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:5331, welk geval evenwel van andere aard was omdat het akkoord betrekking had op een vennootschap onder firma en de kwijting de vennoten betrof. Omdat bij gebreke van rechtspersoonlijkheid van de vennootschap de vennoten de eigenlijke schuldenaren zijn, is van een kwijting van een derde strikt genomen geen sprake.

[458] Zo'n bepaling wordt mogelijk geacht door R.M. Hermans & R.D. Vriesendorp, 'Het dwangakkoord in het insolventierecht: vrijheid in gebondenheid?', TvI 2014/10, p. 47-50, van de hand gewezen door F.M.J. Verstijlen, 'De Whoa binnen het privaatrecht', in: E.F. Verheul & T.T. van Zanten (red.), *Overeenkomst en zekerheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 281-28. Zie voor de uiteenlopende opvattingen voorts A. Tavakolnia, 'Third-Party Releases in Modern Insolvency Law: efficient claim resolution or obscure bypass?', *FIP* 2022/194, met daarin een verslag van een conferentie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend en Internationaal Insolventierecht ('NIVRII') d.d. 16 juni 2022.

8 Conclusies en aanbevelingen

8.1 Inleiding

Dit hoofdstuk beschrijft de antwoorden op de onderzoeksvragen die centraal staan in het evaluatieonderzoek. In paragraaf 8.2 wordt kort ingegaan op de bevindingen van de reconstructie van de beleidslogica van de WHOA. Vervolgens wordt in paragraaf 8.3 antwoord gegeven op de vraag of de WHOA werkt zoals door de wetgever is beoogd. In paragraaf 8.3.3 worden aanbevelingen gedaan voor aanpassing van de WHOA, waarbij we onderscheid maken tussen aanpassingen waarover een redelijke eensgezindheid bestaat (categorie 1), en aanpassingen die nog niet uitgekristalliseerd of onduidelijk zijn (categorie 2). Voor een derde groep geldt dat aanpassing van het wettelijk kader niet noodzakelijk is, omdat deze onderdelen zich in de praktijk verder moeten ontwikkelen (categorie 3). Afsluitend wordt tot slot in paragraaf 8.4 ingegaan op enkele specifieke gevolgen van de WHOA en het functioneren daarvan.

8.2 Beleidslogica

Deelonderzoek A zag op het reconstrueren van de beleidslogica. In deelonderzoek A stonden de volgende onderzoeksvragen centraal:

- Welke doelen worden met de WHOA nagestreefd?
- Wat houdt het (wettelijk) instrumentarium van de WHOA in?
- Op welke wijze dient het (wettelijk) instrumentarium bij te dragen aan de totstandkoming van akkoorden – zowel buitengerechtelijk (waarbij de WHOA heeft gefungeerd als ‘stok achter de deur’) als via de homologatie door de WHOA-rechter – en daarmee aan het voorkomen van een faillissement?
- Is de beleidslogica voldoende onderbouwd?
- Welke externe factoren kunnen van invloed zijn op de bovengenoemde doelen?

Het hoofddoel van de WHOA is het versterken van het reorganiserend vermogen van ondernemingen die insolvent dreigen te raken, maar die rendabele bedrijfsactiviteiten ontplooien. Andere (sub)doelen zijn:

- het bieden van een mogelijkheid om een onderneming die niet meer levensvatbaar is buiten faillissement gecontroleerd af te wikkelen door middel van een liquidatieakkoord indien daarmee een beter resultaat kan worden behaald dan met afwikkeling binnen faillissement (doel);
- het versterken van het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject (afgeleid doel); en
- bescherming van kleine MKB-schuldeisers die leverancier zijn van de schuldenaar (nevendoel).[459]

Uit de beleidsreconstructie blijkt dat het instrumentarium van de WHOA primair en hoofdzakelijk gericht is op het met voldoende waarborgen voor door het akkoord geraakte partijen versterken van het reorganiserend vermogen van pre-insolvente ondernemingen als hoofddoel van de WHOA. Hoewel de WHOA blijkens de parlementaire geschiedenis ook andere doelen kent, zoals een gecontroleerde afwikkeling (liquidatieakkoord) en het versterken van het minnelijk sanerings- en herstructureringstraject, lijken die doelen in mindere mate de aandacht van de wetgever te hebben gehad bij de opzet en inhoudsbepaling van de WHOA. Bij die doelen is het verband met de middelen ofwel minder overtuigend ofwel minder gepreciseerd.

—

[459] Zie paragraaf 2.3.3.1.

8.3 Inzet instrumentarium en doelbereiking

8.3.1 Inzet wettelijk instrumentarium

Onderdeel van het evaluatieonderzoek is de vraag of het wettelijke instrumentarium op de voorgenomen wijze is ingezet. Deze vraag beantwoorden wij bevestigend, met evenwel de aantekening dat de WHOA minder goed toepasbaar lijkt voor het MKB wegens onvoldoende bekendheid en al dan niet gepercipieerde hoge kosten.[460] Aantekening verdient daarbij dat onder het begrip 'MKB' een grote verscheidenheid aan ondernemingen valt en deze nuancering vooral lijkt te gelden voor de kleinere onderneming.

Het instrumentarium zoals dat in deelonderzoek A in kaart is gebracht, wordt, zo blijkt uit deelonderzoek B, daadwerkelijk ingezet om akkoorden tot stand te brengen en aldus de in financiële moeilijkheden verkerende onderneming te herstructureren.[461] Ook, maar in veel mindere mate, wordt het WHOA-traject gehanteerd voor een gecontroleerde liquidatie buiten faillissement.

De herstructureringsdeskundige en observator worden in algemene zin doeltreffend ingezet. Wel moet de praktijk zijn weg nog enigszins vinden bij de vaststelling van de precieze taakopvatting van zowel de herstructureringsdeskundige als de observator. De afkoelingsperiode wordt als ondersteunende voorziening in de WHOA-trajecten veelvuldig ingezet om tijdelijk rust te brengen en lijkt in de praktijk goed te werken. Als voldoende voortgang wordt geboekt, worden verlengingen van de afkoelingsperiode in de regel toegekend.[462] De mogelijkheid van art. 42a Fw om paulianabestendige rechtshandelingen te verrichten – vooral gericht op financieringsovereenkomsten – wordt nauwelijks ingezet en bijna nooit met succes.[463] Belangrijkste reden lijkt te zijn het ontbreken van 'vrij actief', dat wil zeggen onderpand dat nog niet is gebruikt als zekerheid voor eerdere schulden, dat voor tussentijdse financiering en andere noodzakelijke transacties kan worden ingezet. Ook de mogelijkheid om op de voet van art. 373 Fw overeenkomsten te beëindigen, is maar beperkt ingezet.[464] Het soepelere verrekeningsregime van art. 54 lid 3 Fw werkt van rechtswege en was dus steeds van toepassing.[465] Het aspectenverzoek wordt geregeld ingezet om geschilpunten die potentieel aan homologatie in de weg staan vroegtijdig tot een oplossing te brengen.[466] De regel dat MKB-schuldeisers (een waarde van) twintig procent van hun vorderingen moeten ontvangen pleegt te worden gevolgd.[467]

Het totaal aantal van enige tientallen afgeronde WHOA-trajecten is bescheiden te noemen in verhouding tot het aantal faillissementen.[468] Er zijn aanwijzingen dat de WHOA daarnaast heeft gediend als stok achter de deur[469] – in zekere zin ook een inzet van het instrument – maar het aantal gevallen daarvan is op basis van het huidige onderzoek niet te kwantificeren. Het ontbreekt aan mogelijkheden om succesvolle 'niet-WHOA's' in kaart te brengen, omdat dergelijke gevallen zich doorgaans aan de openbaarheid onttrekken.

—

[460] Zie paragraaf 7.4.

[461] Zie paragraaf 7.13.

[462] Zie paragraaf 7.7.

[463] Zie paragraaf 7.8.

[464] Dit was in zes van de 37 homologatiebeslissingen aan de orde. Driemaal werd het verzoek toegewezen, te weten in Rb. Noord-Holland 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1398, Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8851 en Rb. Noord-Nederland 14 april 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:1205. In drie gevallen werd het verzoek afgewezen of werd aan de behandeling ervan niet toegekomen: Rb. Limburg 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8857, Rb. Midden-Nederland 10 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5531, *JOR* 2022/21 en Rb. Den Haag 8 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060, *JOR* 2022/158.

[465] Zie paragraaf 2.3.2.5.

[466] Zie paragraaf 7.10.

[467] Zie paragraaf 7.10.

[468] Zie paragraaf 7.13.

[469] Zie paragraaf 7.3.

Het wijst erop dat de wettelijke regeling over het algemeen werkt zoals beoogd. Zo is de WHOA behulpzaam bij het versterken van het reorganiserend vermogen van ondernemingen die in de kern levensvatbaar zijn en bij de gecontroleerde afwikkeling van ondernemingen. De WHOA lijkt een positief effect te hebben op het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject, zij het dat de WHOA in sommige gevallen het minnelijk traject ook lijkt te bemoeilijken.[470] Het is nog onduidelijk of dat ook geldt voor groeps- en internationale WHOA-trajecten.[471]

8.3.2 Doelbereiking

Vervolgens is onderzocht of er elementen in de wettelijke regeling zijn die anders werken dan was beoogd. De vraag of kleine MKB-schuldeisers die leverancier zijn van de schuldenaar (voldoende) worden beschermd, lijkt bevestigend te kunnen worden beantwoord, maar de regeling blijkt niet volledig te werken zoals beoogd. Zo blijkt dat de waarde die nodig is voor het doen van de uitkering bij de andere concurrente schuldeisers en de belastingdienst wordt weggehaald.[472] Het is de vraag of deze verdeling aansluit bij de achterliggende gedachte van de regeling.

Ook op andere onderdelen lijkt de WHOA anders te werken dan beoogd. Zo biedt de WHOA MKB-schuldenaren slechts beperkt soelaas.[473] Aantekening verdient daarbij dat onder het begrip 'MKB' een grote verscheidenheid aan ondernemingen valt en deze constatering vooral lijkt te gelden voor de kleinere onderneming. Waar dit mede het gevolg lijkt te zijn van onvoldoende bekendheid met de WHOA, verdient het aanbeveling om de doelgroep beter te bereiken met gepaste communicatiemiddelen. Een andere factor is de aan het WHOA-traject verbonden kosten (griffierechten, juridische en financiële bijstand). Wat dat betreft, helpt het als de voorgestelde aanpassing van griffierechten wordt ingevoerd.[474] Ook lijkt de gewenste balans tussen enerzijds het voorkomen van onnodig beroep op de rechter door weigerachtige schuldeisers of aandeelhouders en anderzijds het bieden van (rechterlijke) waarborgen niet volledig te zijn bereikt. Er zijn geluiden dat in de praktijk onvoldoende mogelijkheden zijn voor schuldeisers om voor hun rechten op te komen, omdat zij pas bij de homologatie voor het eerst hun zienswijze over een akkoord naar voren kunnen brengen.[475] Desalniettemin menen wij dat het introduceren van de mogelijkheid voor individuele schuldeisers of aandeelhouders om een aspectenverzoek (art. 378 Fw) in te dienen te zeer indruist tegen de door de wetgever gewenste – en voor het slagen van de reorganisatie vaak noodzakelijke – voortvarendheid van de procedure.[476] Het valt echter te overwegen om dergelijke procedures wel open te stellen voor een observator.[477] Aangezien deze functionaris wettelijk gehouden is om zich doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk op te stellen[478] in zijn toezichthoudende taak op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, menen wij dat op deze wijze de belangen van de schuldeisers beter kunnen worden beschermd zonder dat het WHOA-traject te zeer in gevaar wordt gebracht.

Het is ten slotte de vraag of de uitleg van artikel 370 lid 2 Fw aansluit bij de bedoeling van de wetgever. Deze bepaling wordt uitgelegd op een wijze die uitsluit dat verhaal wordt genomen op zekerheden die voor regresvorderingen zijn gesteld, bijvoorbeeld in het kader van gestelde bankgaranties. Het is onduidelijk of het inderdaad de bedoeling was op deze wijze niet slechts benadeling van de overige schuldeisers uit te sluiten, maar die schuldeiser of de aandeelhouder ook de waarde van de zekerheden toe te spelen. Gezien de consequenties die dit kan hebben voor de financieringspraktijk, adviseren wij expliciet te (her)overwegen of een dergelijke

—

[470] Zie paragraaf 4.3.7.1, 6.3.1 en 7.3.
[471] Zie paragraaf 7.2.
[472] Zie paragraaf 3.3.5.4 en 7.13.
[473] Zie paragraaf 7.3 en 7.4.
[474] Zie paragraaf 7.3 en 7.4.
[475] Zie paragraaf 4.3.5 en 4.3.6.
[476] Zie paragraaf 7.10 en 7.14.
[477] Zie paragraaf 7.10.
[478] Art. 380 lid 4 jo. 371 lid 6 Fw.

herverdeling inderdaad de bedoeling van art. 370 lid 2 Fw is geweest (althans op de koop toe is genomen) en de kwestie in die bepaling te verduidelijken.[479]

8.3.3 Bijstelling wettelijke regeling

Vervolgens hebben we de vraag beantwoord of er onderdelen in de wettelijke regeling zijn die bijstelling behoeven. Deze vraag beantwoorden wij eveneens bevestigend. Zoals uit de synthese in hoofdstuk 7 blijkt, zijn op verschillende onderdelen aanpassingen gewenst. Een deel hiervan kan alleen door wijziging van de WHOA plaatsvinden, waarbij te onderscheiden valt tussen aanpassingen waarover een redelijke eensgezindheid bestaat (categorie 1), waardoor die snel kunnen worden ingevoerd, en aanpassingen die nog niet uitgekristalliseerd of onduidelijk zijn (categorie 2). Voor een derde groep geldt dat aanpassing van het wettelijk kader niet noodzakelijk is, omdat deze onderdelen zich in de praktijk verder moeten ontwikkelen (categorie 3).

8.3.3.1 Categorie 1: eenvoudig uit te voeren bijstellingen

Tot de eerste categorie behoren de volgende wenselijk geachte aanpassingen:

a) *Verlaging of afschaffing griffierechten*. Uit een oogpunt van schuldeisersbescherming, vooral van (MKB-)schuldeisers met vorderingen van beperkte omvang die tegen een homologatie bezwaar wensen te maken, blijken de griffierechten een ongewenste drempel. Breed gedragen is de behoefte aan aanpassing daarvan in het WHOA-traject. De voorgestelde verlaging van de griffierechten door WHOA-procedures als zaken van 'onbepaalde waarde' te kwalificeren kan daaraan bijdragen. Het verdient aanbeveling die aanpassing waarvan is aangekondigd dat deze in de Verzamelwet JenV wordt opgenomen, snel in te voeren of de griffierechten zelfs af te schaffen.[480]
b) *Afkoelingsperiode.* Het verdient aanbeveling om in de wet op te nemen dat als de rechtbank niet in staat is bij een verlengingsverzoek bijtijds daarop te beslissen voordat de oorspronkelijke, of eerder verlengde, afkoelingsperiode was verstreken, de afkoelingsperiode in ieder geval blijft doorlopen totdat die beslissing is gegeven, mits het verzoek vóór het verstrijken van de termijn is ingediend.[481]
c) *Afkoelingsperiode.* In situaties waarin de wettelijke maximumtermijn van acht maanden dreigt te worden overschreden tijdens de behandeling van een homologatieverzoek door de rechtbank, zou de wet de mogelijkheid moeten bieden om de rechtbank dan de bevoegdheid te geven ambtshalve een verlenging van de afkoelingsperiode af te kondigen tot haar beslissing met een maximum van twaalf maanden zoals art. 6 lid 8 Herstructureringsrichtlijn de lidstaten toestaat.[482]
d) *Digitale zittingen.* De WHOA-praktijk heeft voor haar snelheid van handelen met meervoudige kamers bij voorkeur digitale zittingen nodig. Nu de formele basis voor digitale zittingen als gevolg van corona is komen te vervallen, is het raadzaam met het oog op de beginselen van *due process* (art. 6 EVRM) een wettelijke verankering op te nemen voor digitale zittingen.[483]

8.3.3.2 Categorie 2: minder eenvoudig uit te voeren aanpassingen

Tot de tweede categorie behoren de volgende onderwerpen:

a) *Lopende verplichtingen.* De vraag wat onder lopende verplichtingen moet worden verstaan binnen de toets van de WHOA-toestand ex art. 370 lid 1 Fw en de afkoelingsperiode kent nog niet helemaal een duidelijk antwoord. Het lijkt erop dat dit zich in de rechtspraak verder kan ontwikkelen, maar over de vraag of de verplichting tot het betalen van rente als

—

[479] Zie paragraaf 7.18.1.
[480] Zie paragraaf 7.4.1 en 7.14.
[481] Zie paragraaf 7.7.
[482] Zie paragraaf 7.7.
[483] Zie paragraaf 7.16.

lopende verplichting geldt, is verschillend geoordeeld in de rechtspraak. Een wettelijke regeling kan daarbij behulpzaam zijn.[484]

b) *Tijdstip aanstelling observator.* Daarnaast is er onduidelijkheid over de rol van de observator bij een wettelijk verplichte aanstelling van de observator bij de dagbepaling van de homologatiezitting (art. 380 lid 4 Fw) indien niet alle klassen met een akkoord hebben ingestemd. Dit wordt in de praktijk te laat ervaren voor een zinvolle taakuitoefening, omdat een observator alleen een nuttige functie kan vervullen indien hij tijdig wordt aangesteld.[485] Duidelijkheid over de rol van de observator bij deze manier van aanstelling is gewenst.

c) *Taakomschrijving herstructureringsdeskundige en observator.* De taakomschrijving van de herstructureringsdeskundige en observator verdient verduidelijking omdat de wet tot nog toe weinig handvatten biedt voor de invulling daarvan en de herstructureringsdeskundigen en observatoren tot nog toe daarin verschillend optreden met als gevolg het ontstaan van verschillende verwachtingen over de taakuitvoering en aansluitende verslaglegging van bijvoorbeeld de rechtbank of betrokken partijen enerzijds en de observator/herstructureringsdeskundige anderzijds.[486] De precieze invulling evenals het antwoord op de vraag of hiervoor een wetswijziging noodzakelijk is (zie ook sub d) verdient nadere uitwerking.

d) *Rechtmatigheidsonderzoek.* Een openstaande vraag bij de herstructureringsdeskundige en de observator is of, en in welke omvang, zij worden geacht een rechtmatigheidsonderzoek te uit te voeren, alsmede in hoeverre daarvoor een wettelijke aanpassing nodig is.[487] Uit de uitgevoerde onderzoeken blijkt dat herstructureringsdeskundigen en observatoren verschillend denken over hun rol bij de aanpak van onregelmatigheden. Duidelijkheid over dit punt is wenselijk. Wij achten terughoudend optreden door de wetgever op zijn plaats en stellen voor de ontwikkeling via jurisprudentie of praktijkregels vorm te geven.[488]

e) *Schuldeisersbescherming*. In de praktijk gaan geluiden op om de mogelijkheid van een aspectenverzoek onder omstandigheden ook open te stellen voor schuldeisers (in een groep met een bepaalde omvang) of aandeelhouders die door het akkoord worden geraakt. Hierdoor kunnen tal van vragen die met een aspectenverzoek al eerder aan een rechter kunnen worden voorgelegd, pas bij de homologatiezitting voor het eerst op tafel komen en dan kunnen partijen en de rechtbank zich voor het blok gezet voelen. Mede met het oog op het ontbreken van hoger beroep is dit problematisch. In de context van de WHOA en de discussie over de rechtsbescherming van betrokken stakeholders zou volgens ons overwogen kunnen worden om ook de observator de bevoegdheid toe te kennen om een aspectenverzoek te doen. Dat sluit goed aan bij de rol en functie die de observator vervult en kan voorkomen dat het WHOA-traject onnodig vertraagd wordt door een groot aantal aspectenverzoeken van schuldeisers.[489]

f) *Homologatie*. Het is wenselijk te onderzoeken in hoeverre de rechter in het kader van de homologatie een tussenbeslissing zou moeten kunnen geven waardoor partijen gebreken kunnen herstellen als een afwijzing van het homologatieverzoek op die grond onwenselijk is.[490]

g) *Twintigprocentsregel.* De afwijzingsgronden voor homologatie functioneren op zichzelf goed. Dat geldt ook voor de twintigprocentsregel die conform hetgeen de wetgever beoogde, de positie van de MKB-schuldeisers versterkt. Omdat evenwel blijkt dat de waarde die nodig is voor het voldoen aan deze regel bij de andere concurrente schuldeisers en de belastingdienst wordt weggehaald en de vraag is of dit de bedoeling van de wetgever was, verdient de regel nadere overweging. Die nadere overweging is ook nodig omdat de definitie van het begrip MKB in dit verband nogal technisch is en lastig toe te passen en zich bovendien uitstrekt tot schuldeisers die realiter niet tot het MKB worden gerekend.[491]

—

[484] Zie paragraaf 7.5.

[485] Zie par 7.6.2.

[486] Zie paragraaf 7.6.1 en 7.6.2.

[487] Zie paragraaf 7.6 en 7.15.

[488] Zie paragraaf 7.15.

[489] Ze paragraaf 7.10 en 7.14.

[490] Zie paragraaf 7.16.

[491] Zie paragraaf 7.13.

h) *Due process*. Bij de homologatiezitting ligt door het ontbreken van hoger beroep soms veel druk op partijen en rechtbank omdat dit het enige beoordelingsmoment is. Dit lijkt deels te worden veroorzaakt door de erg korte voorbereidingstijd en late aanlevering van processtukken. Dit kan worden aangepakt door met het oog op *due process* de rechtbanken meer regie te laten voeren over tijdstip van aanleveren en omvang van processtukken.[492] De wenselijkheid om de rechter meer regie te laten hebben in de aanloop naar de homologatiezitting behoeft mogelijk een aanpassing van de strikte termijnen die daarover in art.383 lid 6 Fw zijn gesteld. Wat betreft de tijdstippen waarop processtukken moeten worden ingediend en de omvang daarvan kunnen de rechtbanken zelf bepalen, bij voorkeur in het WHOA-procesreglement. De precieze formulering hiervan behoeft uitwerking.[493]
i) *(Bank)garanties*. De inmiddels gebleken gevolgen van artikel 370 lid 2 Fw kunnen ertoe leiden dat de bereidheid om garanties te stellen zal afnemen en het is de vraag of deze consequentie is beoogd. Het verdient aanbeveling hier nader onderzoek naar te doen, alsmede naar de mogelijkheid van een wetswijziging.[494]

8.3.3.3 Categorie 3: praktische aanpassingen

Tot de derde categorie behoren de volgende wenselijk geachte uitkomsten:
a) *Geschiktheid voor het MKB*. Uit de evaluatie komt naar voren dat de WHOA niet altijd geschikt is voor het MKB, met vooral omdat de griffierechten te hoog zijn, de kosten voor het traject te hoog zijn en de lastige financierbaarheid van het akkoord. Het is aan te bevelen om na te denken over het beschikbaar maken van het TOA-krediet voor de financiering van het akkoord en herfinanciering van bestaande kredieten. Daarnaast zou kunnen worden nagedacht over manieren om WHOA-trajecten voor schuldenaren goedkoper te maken, bijvoorbeeld door het nader uitwerken van ondernemingsafhankelijke toetsing van informatieverplichtingen in de jurisprudentie of via richtlijnen, of door de informatieverplichting voor MKB-schuldenaren anders vorm te geven.[495]
b) *Bekendheid WHOA*. Om er zorg voor te dragen dat de WHOA meer wordt gebruikt door MKB-schuldenaren en schuldeisers is het aan te bevelen om na te denken over manieren om het doel en de werking van de WHOA bij deze groep eerder onder de aandacht te brengen.[496]
c) *Early warning mechanisms*. Het verdient aanbeveling onderzoek te doen naar de oorzaken dat te laat wordt ingegrepen, zodat op basis daarvan bestaande *early warning mechanisms* kunnen worden verbeterd om zo te bewerkstelligen dat schuldenaren eerder actie ondernemen.[497]
d) *Offertetraject herstructureringsdeskundige en observator*. Niet zozeer een aanpassing van de wettelijke regeling, maar van het Landelijk Procesreglement WHOA-zaken lijkt gewenst op het gebied van de huidige wijze van aanwijzing van een herstructureringsdeskundige; er zijn onduidelijkheden wat een herstructureringsdeskundige nu precies wel en niet mag weten, overleggen etc. met de schuldenaar om toch voldoende onafhankelijk en onpartijdig te blijven. Voorts heerst onduidelijkheid over hetgeen de rechtbank in een offerte verwacht, temeer waar die op voorhand zonder goede kennis van de zaak niet goed is op te stellen.[498] Het voorgaande over de onduidelijkheid over de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige geldt ook voor de aanstelling van de observator. Het is aan te bevelen ook hierbij het offertetraject nader uit te werken.
e) *Afkoelingsperiode*. Wij bevelen aan om de ontstane praktijk van het voorlopig toewijzen van de afwijzingsperiode altijd toe te passen en zo nodig vast te leggen in richtlijnen.[499] Het is daarnaast wenselijk als in de jurisprudentie nader invulling wordt gegeven aan de eisen die

—

[492] Zie paragraaf 7.16.
[493] Zie paragraaf 7.16.
[494] Zie paragraaf 7.18.1.
[495] Zie paragraaf 7.4.1., 7.4.3 en 7.12.
[496] Zie paragraaf 7.4.2.
[497] Zie paragraaf 7.4.2.
[498] Zie paragraaf 7.6.1. en 7.6.2.
[499] Zie paragraaf 7.7.

aan vervangende zekerheid in de context van de afkoelingsperiode moeten worden gesteld.[500]

f) *Aspectenverzoek*. Het is wenselijk als in de jurisprudentie nader invulling wordt gegeven aan het vereiste dat sprake moet zijn van een (voorzienbaar) geschil.[501]

g) *Richtlijnen voor waarderingen*. Het is aan te bevelen dat de praktijk (lees: beroepsverenigingen) en wetenschap invulling gaat geven aan de maatstaven voor waarderingen, bijvoorbeeld in de vorm van 'WHOA-waarderingsrichtlijnen', eventueel in samenspraak met de rechtspraak.[502] Het is daarnaast wenselijk als in de jurisprudentie nader invulling wordt gegeven aan de normen waaraan waarderingen moeten voldoen.

8.4 Enkele specifieke gevolgen van de WHOA

8.4.1 Gevolgen rechtsmiddelenverbod

Onderdeel van het evaluatieonderzoek was de vraag naar de gevolgen van de uitsluiting van hoger beroep en cassatie tegen de beslissing van de rechter in het kader van een verzoek tot homologatie van het akkoord. Als gevolg van de uitsluiting van hoger beroep en cassatie kan in beginsel tegen geen enkele beslissing in een WHOA-traject hoger beroep of beroep in cassatie worden ingesteld.[503] Naar onze mening komt dit ook niet in strijd met art. 16 lid 1 Herstructureringsrichtlijn, omdat die bepaling slechts de strekking heeft dat *als* het nationale recht voorziet in een beroepsmogelijkheid, dit beroep bij een hogere rechterlijke instantie moet worden ingesteld.

Voor wat betreft de herkansingsfunctie van het hoger beroep geldt dat de uitsluiting van hoger beroep tot gevolg heeft dat er geen herkansingsmogelijkheid bestaat en dit uit een oogpunt van rechtsbescherming problematisch kan zijn, zoals ook door enkele respondenten van de survey is opgemerkt. Wij menen – in lijn met het algemene beeld uit de synthese – dat de keuze evenwel te billijken valt gelet op het doel van de WHOA om een snel akkoordtraject te bieden. De snelheid zou ernstig in het gedrang komen als tegen alle of sommige van de beslissingen gedurende het traject een rechtsmiddel zou kunnen worden aangemerkt.
Het is wel aan te bevelen om na te denken over de mogelijkheid om een observator de mogelijkheid toe te kennen om een aspectenverzoek te doen.[504] Dit geldt ook voor de mogelijkheid voor de rechtbank om een tussenbeslissing te nemen.[505]

De mogelijk om een rechtsmiddel aan te wenden, in het bijzonder beroep in cassatie, staat normaliter bovendien in het teken van het bereiken van rechtsvorming en rechtseenheid. Het bereiken van rechtseenheid wordt, ondanks het ontbreken van de mogelijkheid van cassatieberoep, ten dele bereikt doordat de betrokken rechters deel uitmaken van de zogenoemde WHOA-pool, waarbij evenwel dient te worden aangetekend dat deze werkwijze niet wettelijk verankerd is en daarvan dus op den duur ook zou kunnen worden afgestapt. Rechtseenheid en duidelijkheid over fundamentele vragen kan daarnaast worden bereikt door de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, maar daarvan is tot nog toe nauwelijks gebruik gemaakt. Een mogelijke oorzaak daarvan is dat ook een prejudiciële procedure leidt tot de nodige vertraging van het WHOA-traject. Tot slot bestaat de mogelijkheid van cassatie in belang der wet, maar daarvan is tot dusverre geen gebruik gemaakt.[506]

—

[500] Zie paragraaf 7.7.

[501] Zie paragraaf 7.10.

[502] Zie paragraaf 7.11.

[503] Zie evenwel Hof Den Haag 11 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:721 waarin (onder meer) een doorbreking van het rechtsmiddelenverbod aan de orde kwam.

[504] Zie paragraaf 7.10 en 7.14; vergelijk paragraaf 8.3.3.2 sub e.

[505] Zie paragraaf 7.16; vergelijk paragraaf 8.3.3.2 sub f.

[506] Ten tijde van de afronding van dit rapport werd bekend dat de P-G het voornemen heeft om cassatie in belang der wet in te stellen tegen Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *NJ* 2023/184.

8.4.2 Gevolgen uitzondering betreffende de rechten van werknemers

Een andere specifieke vraag was wat de gevolgen zijn van de uitspraak van de Hoge Raad dat de uitzondering betreffende de rechten van werknemers ook ziet op pensioenpremies (d.w.z. dat geen uitstel van betaling of kwijtschelding van achterstallige pensioenpremies kan worden afgedwongen). De praktische gevolgen van de uitspraak van de Hoge Raad dat de uitzondering betreffende de rechten van werknemers ook ziet op pensioenpremies, leidt ertoe dat de vorderingen ter zake van de pensioenpremies niet kunnen worden meegenomen in het akkoord en dus integraal moeten worden voldaan. Over de wenselijkheid daarvan wordt verschillend gedacht.[507] De respondenten van de survey denken ook verschillend over de vraag of deze uitzondering het in de praktijk minder makkelijk maakt om een akkoord tot stand te brengen.[508] Uit de expertmeetings, de casestudies en het jurisprudentieonderzoek blijkt niet dat de uitzondering een knelpunt vormt. Wij hebben niet kunnen vaststellen of ook WHOA-trajecten hebben plaatsgevonden waarin dit een daadwerkelijk breekpunt is geweest. Uit de expertmeetings en het jurisprudentieonderzoek is ook niets naar voren gekomen over de concrete gevolgen hiervan.

8.4.3 Gevolgen instemmingsvereiste voor de werkbelasting van de rechterlijke macht

Voorts is gekeken naar de vraag wat de gevolgen van het instemmingsvereiste zijn voor de werkbelasting van de rechterlijke macht. In de survey onder de leden van de WHOA-pool blijkt een meerderheid de werkbelasting door de WHOA in het algemeen niet als bovenmatig te ervaren. Het invoeren van een instemmingsvereiste door de schuldenaar bij bepaalde handelingen door de herstructureringsdeskundige is nergens naar voren gekomen in de algemene expertmeeting, casestudies en surveys en lijkt derhalve geen punt van zorg bij de rechterlijke macht. De financiering van de WHOA-pool blijkt wel een punt van aandacht.[509]

8.4.4 De WHOA als stok achter de deur

Een volgende specifieke vraag was in hoeverre de WHOA in de praktijk ook daadwerkelijk fungeert als ‘stok achter de deur’ en bijdraagt aan de buitengerechtelijke totstandkoming van akkoorden waarmee een faillissement wordt voorkomen. Uit de wetsgeschiedenis van de WHOA blijkt dat een afgeleid doel van de WHOA de versterking van het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject is. De gedachte van de wetgever is dat het bestaan van de WHOA als zodanig een reden voor partijen is om gemakkelijker in te stemmen met een minnelijk akkoord, omdat partijen tegen de achtergrond van de wettelijke regeling zullen onderhandelen en minder kunnen overvragen, in de wetenschap dat een akkoord altijd nog in een formeel WHOA-traject door de rechter kan worden opgelegd. De algemene ervaring in de praktijk is dat de WHOA inderdaad fungeert als een ‘stok achter de deur’ en bijdraagt aan de totstandkoming van minnelijke akkoorden.[510] Als gevolg van het omvattende kader dat de WHOA biedt, zijn schuldeisers eerder bereid mee te werken aan een minnelijk akkoord, zo blijkt uit de ervaringen van een groot deel van de respondenten en deelnemers in respectievelijk de survey en de expertmeetings en casestudies. In veel gevallen gaat het daarbij wel om minnelijke akkoorden die voldoen aan de eisen van de WHOA, en een min of meer vergelijkbaar traject hebben doorlopen als in de WHOA het geval zou zijn. In de verschillende onderzoeken (survey, expertmeetings en casestudies) zijn evenwel kanttekeningen geplaatst bij het beoogde ‘stok achter de deur’-effect van de WHOA. Er zijn grofweg twee redenen te noemen waarom de ‘stok achter de deur’-gedachte minder effectief kan zijn in de praktijk. Ten eerste lijkt juist dat omvattende kader van de WHOA ervoor te zorgen dat sommige schuldeisers zich rigide opstellen in de minnelijke fase en aansturen op het doorlopen van het WHOA-traject. Ten tweede zijn de hoge kosten die gemoeid zijn met een WHOA-traject en onbekendheid met de wettelijke regeling (zeker in het MKB-segment) redenen die de ‘stok achter de deur’-werking van

—

[507] Zie paragraaf 7.2.

[508] Zie paragraaf 6.3.15 en 6.4.16.

[509] Zie paragraaf 7.16.

[510] Zie paragraaf 7.3.

de WHOA in zekere zin verzwakken. Het is in het kader van deze evaluatie niet goed mogelijk de genoemde twee 'tegengestelde' effecten van de WHOA te meten.

8.4.5 Economische effecten van de WHOA

Vanwege de aard en opzet van het onderzoek en het moment waarop deze evaluatie plaatsvindt, is het niet goed mogelijk om algemene uitspraken te doen over de macro-economische effecten van de WHOA. In algemene zin kan echter wel worden geconstateerd dat bij het onderzoek naar verschillende WHOA-trajecten door de verschillende betrokkenen is aangegeven dat de desbetreffende onderneming zonder de WHOA niet zou kunnen worden gered en dus failliet zou zijn gegaan. Ook uit de survey en expertmeetings komt duidelijk naar voren dat de WHOA volgens de respondenten ertoe leidt dat levensvatbare ondernemingen worden gered die anders failliet zouden zijn gegaan en de WHOA in zoverre bijdraagt aan het behoud van werkgelegenheid.[511]

Het is aan te bevelen om de wet over een aantal jaar opnieuw te evalueren, zodat meer aandacht kan worden besteed aan de economische effecten van de WHOA. Hoewel het lastig zal blijven om in algemene zin uitspraken te doen over de economische effecten van de WHOA, kan over een aantal jaar wel meer inzicht worden verkregen in de stand van zaken bij ondernemingen die een succesvol WHOA-traject hebben doorlopen, bijvoorbeeld door te achterhalen hoeveel van die ondernemingen alsnog failliet zijn verklaard. Daarvoor is wel van belang dat data beschikbaar is over die ondernemingen, zoals de bij het handelsregister gedeponeerde jaarstukken en andere publieke informatie. Voor zover het gaat om besloten WHOA-procedures is aan te bevelen dat onderzoekers in dergelijke gevallen wel in staat worden gesteld om die data aan elkaar te koppelen.

In dit verband is het voorts aan te bevelen dat in de 'Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling'[512] wordt opgenomen dat curatoren in het eerste faillissementsverslag melding maken of en in hoeverre de gefailleerde schuldenaar in de aanloop naar het faillissement nog met een WHOA-traject geprobeerd heeft om het faillissement af te wenden of eerder een succesvol WHOA-traject had afgerond.

8.4.6 Tot besluit

Het beeld dat uit deze evaluatie naar voren komt, is over het algemeen positief. De WHOA doet in grote lijnen wat zij moet doen. De aanbevelingen die wij doen zijn veelal van technische of ondergeschikte aard. Wel constateren wij dat het MKB – of althans: het kleinbedrijf – maar beperkt wordt bereikt. Onbekendheid van de WHOA speelt een rol maar ook de eraan verbonden kosten.

Bij dit alles moet worden opgemerkt dat dit rapport in zekere zin een tussenstand geeft. De evaluatie komt eigenlijk te vroeg. De WHOA schrijft een evaluatie binnen drie jaar na de inwerkingtreding voor, maar de praktijk moet nog vorm krijgen. De WHOA voegt een geheel nieuwe procedure toe die in haar structuur en terminologie aanmerkelijk verschilt van de bestaande insolventieprocedures. Langzamerhand krijgt het een en het ander invulling in de rechtspraak, maar drie jaar na dato – met maar 37 afgeronde trajecten die in het onderzoek konden worden betrokken – is het beeld geenszins volledig. Zoals in de vorige paragraaf al is aangegeven, lijkt een vervolgevaluatieonderzoek over ongeveer vijf jaren aan te raden, zeker omtrent de economische effecten van de WHOA. Hiertoe kan nu alvast begonnen worden met het systematisch verzamelen van relevante gegevens, zoals het aantal WHOA-trajecten dat wordt ingezet en afgerond, hun uiteindelijke uitkomsten, alsmede over het verdere lot van de betrokken ondernemingen.

—

[511] Zie paragraaf 7.2.

[512] Zie <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/recofa-richtlijnen-voor-faillissementen-en-surseances-van-betaling-2021.pdf>.

Samenvatting

Op 1 januari 2021 is de Wet homologatie onderhands akkoord ('WHOA') in werking getreden. De WHOA strekt ertoe het reorganiserend vermogen te versterken van ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te geraken, maar wel beschikken over levensvatbare bedrijfsactiviteiten. Daartoe voorziet de WHOA in de mogelijkheid voor de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige om een onderhands akkoord door de rechter te laten goedkeuren ('homologeren'), waardoor aan dat akkoord ook schuldeisers en/of aandeelhouders zijn gebonden die niet met het akkoord hebben ingestemd, indien het althans aan hen is aangeboden. Van deze mogelijkheid kan eveneens gebruik worden gemaakt indien een onderneming niet meer levensvatbaar is en een gecontroleerde afwikkeling buiten faillissement leidt tot een beter resultaat dan een afwikkeling binnen faillissement.

Bij de totstandkoming van de WHOA is in de wet vastgelegd dat binnen drie jaar na de inwerkingtreding van de WHOA een evaluatie zal plaatsvinden van de doeltreffendheid en de effecten van de WHOA in de praktijk. Dit rapport is de neerslag van die evaluatie, die is verricht in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Datacentrum ('WODC'). De kern van het onderzoek betreft de vragen in hoeverre de WHOA haar doelstellingen bereikt, of het wettelijke instrumentarium op de voorgenomen wijze is ingezet, of er elementen zijn in de wettelijke regeling die anders werken dan was beoogd en of er onderdelen van de wettelijke regeling bijstelling behoeven.

Voor de beantwoording van deze vragen is gebruikgemaakt van verschillende onderzoeksmethoden. In de eerste plaats is aan de hand van de wetsgeschiedenis een reconstructie gemaakt van de beleidslogica die ten grondslag ligt aan de WHOA. Ten tweede heeft een jurisprudentieonderzoek plaatsgevonden, waarbij alle uitspraken zijn geanalyseerd die zijn gepubliceerd tussen 1 januari 2021 en 1 juli 2023. In de derde plaats hebben verschillende expertmeetings plaatsgevonden. Tijdens deze expertmeetings is met vertegenwoordigers van verschillende stakeholders gesproken over de werking van de WHOA in de praktijk, alsmede over de succesfactoren en de knelpunten. Ten vierde hebben meer diepgaande casestudies plaatsgevonden van een vijftal WHOA-trajecten op basis van de dossiers en interviews met betrokkenen. Ten vijfde en afsluitend is een survey uitgezet onder verschillende stakeholdergroepen (beroepspraktijk, financieel en juridische adviseurs, rechters, wetenschap) om te onderzoeken in hoeverre bepaalde ervaringen met de WHOA zijn opgedaan door gedragen onder ervaringsdeskundigen.

De voornaamste conclusie van de uitgevoerde studies is dat de WHOA in het algemeen de doelstelling bereikt om het reorganiserend vermogen van levensvatbare ondernemingen te versterken en daarmee grotendeels werkt zoals door de wetgever is beoogd. Ook, maar in iets mindere mate, lijkt de WHOA bij te dragen aan een versterking van het minnelijk akkoordtraject, omdat de WHOA duidelijke kaders geeft en partijen onderhandelen tegen de achtergrond van dit wettelijke traject, en aan de gecontroleerde afwikkeling van een onderneming door een liquidatieakkoord. Tevens lijkt het wettelijk instrumentarium van de WHOA in algemene zin naar behoren te functioneren. Dit betreft vooral de mogelijkheden om een afkoelingsperiode (een door de rechter opgelegde maatregel waarbij het schuldeisers in beginsel niet is toegestaan om door incassomaatregelen en dergelijke (zoals beslaglegging, faillissementsaanvragen) de bedrijfsvoering door de schuldenaar te onderbreken) af te laten kondigen alsmede de verlengingsmogelijkheden daarvan. Verder is een aantal keren gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de rechter zich te laten buigen over zogenoemde aspectenverzoeken waarmee in een vroeg stadium duidelijkheid kan worden gecreëerd over (voorzienbare) geschilpunten in het traject. Hierbij valt vanuit het perspectief van schuldeisersbescherming te overwegen om dit instrument niet alleen ambtshalve door de rechter of op verzoek van de schuldenaar of herstructureringsdeskundige in te zetten, maar ook op verzoek van de observator als dit in het belang wordt geacht ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders. Zodoende wordt voorkomen dat deze partijen pas bij de homologatie voor het eerst hun zienswijze over het voorgestelde akkoord naar voren kunnen brengen. Minder vaak is tot nog toe de mogelijkheid ingezet van art. 42a Fw om paulianabestendige rechtshandelingen (transacties die door goedkeuring door de rechter niet

kunnen worden teruggedraaid door een curator als de schuldenaar uiteindelijk toch failliet wordt verklaard) aan de rechter voor te leggen of langs de weg van art. 373 Fw overeenkomsten te beëindigen.

Verder is wel naar voren gekomen dat de WHOA niet in alle opzichten werkt zoals beoogd, waarbij vooral twijfels bestaan over de vraag of de WHOA ten volle geschikt is voor het MKB. Hoewel de WHOA in de praktijk regelmatig succesvol is ingezet bij MKB-ondernemingen, heeft het onderzoek voor de toepasbaarheid van de WHOA in het MKB enkele verbeterpunten geconstateerd. Hierbij spelen zowel onbekendheid met het bestaan van de WHOA alsook de hoge kosten van een WHOA-traject een rol, zowel in de voorbereiding (adviseurs) als voor de procedure (griffierechten, advocaten). Aantekening verdient daarbij dat onder het begrip 'MKB' een grote verscheidenheid aan ondernemingen valt en deze nuancering vooral lijkt te gelden voor de kleinere onderneming.

Het onderzoek laat overigens wel zien dat deze wetsevaluatie relatief vroeg komt. Dat betekent dat de kans bestaat dat bepaalde knelpunten nog niet voldoende aan de oppervlakte zijn gekomen. Bovendien laat het onderzoek zien dat de praktijk op sommige punten nog haar weg moet vinden, zoals bij de precieze invulling van de rol en taakopvatting van de herstructureringsdeskundige en observator en de wijze van benoeming van deze actoren en bij de wijze waarop invulling moet worden gegeven aan de informatieverplichting. Deze aspecten kunnen gedeeltelijk worden overgelaten aan nadere uitwerking door de rechtspraktijk, al dan niet neergelegd in door die praktijk ontwikkelde richtlijnen, maar behoeven soms ook nader onderzoek en op bepaalde punten – beperkte – wetsaanpassing. Het rapport bevat hiertoe verschillende aanbevelingen, te onderscheiden in drie categorieën, tussen enerzijds eenvoudig en anderzijds minder eenvoudig uit te voeren bijstellingen, alsmede meer praktische aanpassingen waarvoor de wet niet hoeft te worden gewijzigd.

Tot de eerste categorie rekenen wij de verlaging of afschaffing van de griffierechten voor WHOA-zaken, verlenging van een afkoelingsperiode hangende een beslissing daarover van de rechtbank en de mogelijkheid van digitale zittingen van de WHOA-pool, ook na corona.

De tweede categorie ziet op een veelheid aan onderwerpen, zoals (i) de invulling van 'lopende verplichtingen' die de schuldenaar moet kunnen blijven voldoen hangende een WHOA-traject, (ii) het tijdstip tussen de aanstelling van een observator bij de dagbepaling voor de homologatie als niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd, (iii) het wel of niet verplicht stellen van een rechtmatigheidsonderzoek, (iv) de mate van schuldeisersbescherming en het tijdstip waarop schuldeisers door de rechter gehoord kunnen worden, (v) de effecten van de regel dat bepaalde MKB-schuldeisers (vooral kleine ondernemingen) bij een akkoord ten minste 20% van de waarde van hun vordering moeten ontvangen op straffe van het niet krijgen van de rechterlijke goedkeuring (homologatie) van het akkoord (zgn. twintigprocentsregel) op de positie van andere concurrente schuldeisers en de belastingdienst, terwijl de definitie van de schuldeiser die aanspraak kan maken op die regel tot mogelijk ongewenste gevolgen leidt, (vi) enkele procesrechtelijke aspecten (omvang van processtukken en korte termijnen) bij de homologatiezittingen en (vii) de gevolgen van de WHOA voor afgegeven (bank)garanties.

De derde en laatste categorie ziet ten eerste op voorstellen om de WHOA beter geschikt te maken voor het MKB en dan vooral de kleinere onderneming mede tegen de achtergrond van de ontwikkeling van het bewustzijn om tijdig in actie te komen als financiële problemen dreigen. Ten tweede constateert het onderzoek dat de taakopvatting van de herstructureringsdeskundige en de observator zich verder zal moeten ontwikkelen, evenals het offertetraject voor beide functionarissen, mogelijk door richtlijnen vanuit de beroepspraktijk. Deze kunnen ook helpen bij enkele praktische hobbels bij de afkoelingsperiode, het aspectenverzoek en de door de wet vereiste liquidatie- en reorganisatiewaarderingen.

Ten slotte blijken uit het onderzoek geen onoverkomelijke belemmeringen door het rechtsmiddelenverbod waardoor de uitspraken van de rechtbank in hoogste instantie worden gewezen en daarmee in beginsel direct definitief zijn. Ook het antwoord op de tot nog toe enige prejudiciële vraag die aan de Hoge Raad was voorgelegd over pensioenpremies, met als uitkomst

dat die buiten het bereik van de WHOA vallen, lijkt geen wezenlijke belemmeringen op te werpen. Van een bovenmatige verhoging van de werkbelasting van de rechterlijke macht lijkt evenmin sprake, zeker niet van het wettelijke vereiste dat sommige handelingen door de herstructureringsdeskundige de instemming nodig hebben van de schuldenaar.

Hoewel het erop lijkt dat de WHOA bijdraagt aan het versterken van het reorganiserend vermogen van levensvatbare ondernemingen, en daarmee ook aan het behoud van werkgelegenheid, is op basis van de uitgevoerde onderzoeken nog onvoldoende te zeggen over de reikwijdte daarvan en de economische effecten van de WHOA. Het verdient daarom aanbeveling om de WHOA over een aantal jaren nogmaals te evalueren, met inbegrip van de economische effecten van de WHOA op de langere termijn.

Summary

On January 1, 2021, The Act on court confirmation of extrajudicial restructuring plans (*Wet homologatie onderhands akkoord* ('WHOA') or 'Dutch scheme') came into effect. The WHOA aims to strengthen the reorganizational capacity of debtors with viable business prospects facing financial hardship potentially resulting in insolvency due to an excessive debt. To this end, the WHOA allows a debtor or the restructuring expert to offer a composition plan to all or some of its creditors or shareholders. If certain requirements are met, the plan can be confirmed (*gehomologeerd*) by the court, making it binding on all affected parties, even if they did not consent to it. This option can also be utilized in cases where a company is no longer viable, and a liquidation plan outside a formal insolvency proceeding would yield a better outcome than a liquidation within bankruptcy.

When the WHOA was enacted, the Act contained a provision stipulating that an evaluation must take place within three years after the WHOA coming into effect, to assess the effectiveness and impact of the WHOA in practice. The present report contains the outcome of that evaluation, which has been performed on behalf of the Research and Data Centre ('WODC'). Its main findings revolve around questions regarding the extent to which the WHOA achieves its objectives, whether the legal instruments have been applied as intended, whether there are elements in the legal framework that operate differently than intended, and whether any parts of the legal framework require any adjustment.

To answer these questions, various research methods have been employed. Firstly, a reconstruction of the 'policy logic' (*beleidslogica*) underlying the WHOA, has been conducted based on an examination of the legislative and parliamentary history. Secondly, all WHOA-related caselaw published on the official judicial website (www.rechtspraak.nl) between January 1, 2021, and July 1, 2023, was analysed. Thirdly, several expert meetings were held, during which discussions took place with representatives of various stakeholders regarding the practical implementation of the WHOA, as well as the success and fail factors. Fourthly, more in-depth case studies were carried out on five WHOA trajectories based on case dockets and interviews with involved parties. Finally, a survey was held among different stakeholder groups (professional practitioners, financial and legal advisors, judges, academia) to investigate the extent to which specific experiences with the WHOA are endorsed among experts with practical knowledge.

The main conclusion of these studies is that the WHOA generally achieves its core objective of strengthening the reorganizational capacity of viable enterprises, largely functioning as intended by the legislator. Additionally, though to a slightly lesser extent, the WHOA appears to contribute to enhancing the voluntary settlement process, as it provides clear frameworks for negotiations, with parties engaging against the backdrop of this legal trajectory, and to the controlled settlement of a business through a liquidation plan. Moreover, in general, the statutory instruments of the WHOA seem to operate adequately. This pertains particularly to the options for declaring a 'cooling-off' period during which creditors cannot enforce their rights (*afkoelingsperiode*) and the possibilities for extending it once or more. Furthermore, the option of having the court address in advance certain issues which may hamper confirmation of the plan by the court, so-called 'aspect requests' (*aspectenverzoeken*), allowing for early clarification of (foreseeable) issues in the process, has been utilized several times. From the perspective of creditor protection, it is worth considering allowing this instrument to be used not only at the court's initiative *ex officio* or at the request of the debtor or the restructuring expert, but also at the request of the observer, if deemed in the interest of securing the interests of creditors or shareholders. This would prevent these parties from raising their disapproval for the first time during the confirmation hearing, unintentionally leading to the rejection of the plan. The use of Article 42a of the Bankruptcy Act to protect certain finance (and related) transactions in connection with the plan and plan negotiations against subsequent 'avoidance actions' (*paulianabestendige rechtshandelingen*) by liquidators or the option to terminate burdensome agreements for the debtor pursuant to Article 373 of the Bankruptcy Act have been less frequently employed thus far.

In addition, it should be noted, however, that the WHOA has not entirely functioned as intended in all of its aspects. Particularly, doubts arise regarding its suitability for Small and Medium-sized Enterprises (SMEs). Although the WHOA has been successfully implemented for SMEs in practice as such, the study identified nevertheless some areas for improvement. It is worth noting that the term 'SME' encompasses a wide variety of enterprises, and that these areas appear to be particularly relevant to smaller businesses. Factors such as an insufficient awareness of the existence of the WHOA and the high costs associated with a WHOA process, both in terms of preparation (consultants) and the actual procedure (court fees, lawyers), were identified.

The research does indicate that this legislative evaluation is relatively early, suggesting that certain challenges may not have fully surfaced yet. Moreover, the study reveals that in some respects the practical implementation must still find its way, such as in defining the precise roles and duties of the restructuring expert and the observer, as well as the manner of appointing these actors. This also applies to the practical implementation of the disclosure requirements for the debtor in relation to the size of its business. While some of these aspects can be left to further development in practice, possibly in guidelines developed by that practice, others may require additional research and, in certain aspects, limited legislative adjustments. The report includes various recommendations for this purpose, categorized into three groups, distinguishing between adjustments that are relatively straightforward and those that are less so, as well as more practical adaptations that do not necessitate amendments to the WHOA.

The first category includes a variety of easy adjustments, such as the already announced reduction or abrogation of court fees for WHOA-cases, an extension of a cooling-off period pending a court decision on such matters and on confirmation, and the possibility of digital hearings by the court as was the case during the COVID-19 pandemic.

The second category pertains to a variety of topics, such as (i) the definition of 'ongoing obligations' (*lopende verplichtingen*) that the debtor must continue to fulfil during a WHOA process, (ii) the timeframe between the appointment of an observer and the date set for the confirmation hearing in case of a cross-class cramdown when not all so-called 'in-the-money' classes have consented to the agreement, (iii) whether an 'investigation into possible irregularities' (*rechtmatigheidsonderzoek*) should be mandatory or discretionary for the restructuring expert or the observer to be executed, (iv) the extent of creditor protection and the moment at which creditors can be heard by a judge, (v) the effects of the 'twenty percent' rule (*twintigprocentsregel*), pursuant to which certain SME-creditors must receive at least 20% of the value of their claim, on the position of other unsecured creditors and the tax authorities, while the definition of the creditor eligible for this rule may lead to unintended and unwanted consequences, (vi) some procedural aspects regarding the confirmation hearing (limitations by the court to size (in words/pages) of the court papers submitted by the parties and sometimes very short notice for certain hearings), and (vii) the consequences of the WHOA for the position of the issuer of (bank) guarantees upon payments made thereunder.

The third and final category firstly focuses on proposals to adapt the WHOA to SMEs, particularly smaller businesses, in light of the growing awareness of the need to take timely action when financial problems arise. Secondly, the research shows that the roles and duties of the restructuring expert and the observer, as well as the manner of appointing these actors, require further development. This can be achieved by creating guidelines from professional practice. These guidelines can also assist in addressing some practical challenges related to the so-called 'aspect requests' (*aspectenverzoeken*), 'cooling-off' period (*afkoelingsperiode*) and the liquidation and reorganization valuations required by law.

Lastly, the research indicates no insurmountable obstacles arising from the exclusion of appeal, which means that the rulings of the court are rendered in the first and highest instance, and thus, in principle, are immediately final. In addition, the judgment of the Supreme Court excluding pension premium obligations from a WHOA plan, also appears not to pose substantial obstacles. Finally, there seems to be no excessive increase in the workload of the judiciary

resulting from the WHOA, certainly not in relation to the mandatory consent of the debtor for certain actions by the restructuring expert.

While it appears that the WHOA contributes to strengthening the reorganizational capacity of viable enterprises, thereby simultaneously preserving employment, the extent of its impact and the economic effects of the WHOA could not be assessed by the conducted studies. For this aim, it is therefore advisable to reevaluate the WHOA in a few years, including an assessment of its long-term economic effects.

Bijlagen

- Annex 1. Samenstelling onderzoeksgroep en relevante achtergronden
- Annex 2. Samenstelling begeleidingscommissie
- Annex 3. Programma expertmeeting
- Annex 4. Resultaten survey van niet-ervaringsdeskundigen

Annex 1. Samenstelling onderzoeksgroep

Het onderzoek wordt uitgevoerd door een interdisciplinair onderzoeksteam van de Rijksuniversiteit Groningen (RUG) en de Universiteit Leiden (UL) onder gezamenlijke programmaleiding van prof. mr. F.M.J. Verstijlen (RUG) en prof. mr. R.D. Vriesendorp (UL).

Prof. mr. F.M.J. Verstijlen
Frank Verstijlen is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het goederenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hij heeft tientallen publicaties verzorgd, veelal over het insolventierecht. Hij is redacteur van Tekst & Commentaar Insolventierecht en de Groene Serie Faillissementsrecht, is fellow bij INSOLAD en als docent en stuurgroeplid betrokken bij de specialisatieopleiding Insolventierecht van Grotius/INSOLAD. Hij studeerde Nederlands recht en Fiscaal Recht aan de Katholieke Universiteit Brabant (thans: Tilburg University), alwaar hij in 1998 is gepromoveerd op een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de faillissementscurator. Hij is circa twintig jaar werkzaam geweest als advocaat in de faillissements- en ondernemingsrechtpraktijk bij NautaDutilh en als raadsheer-plaatsvervanger. Ook was hij lid van de regeringscommissie die een voorontwerp voor een nieuwe insolventiewet opstelde. Eerder werkte hij mee aan drie evaluatieonderzoeken naar de Garantstellingsregeling Curatoren, alsmede aan een onderzoek naar de positie van concurrente (MKB-)schuldeisers in faillissement en de mogelijkheden die te verbeteren.

Prof. mr. R.D. Vriesendorp
Reinout Vriesendorp studeerde Nederlands recht (privaatrecht en sociaal-economisch recht) aan de Rijksuniversiteit Groningen, waarna hij van 1982-1985 als wetenschappelijk medewerker Romeins recht aan die instelling verbonden was. In 1985 promoveerde hij in Groningen op een diachroon rechtsvergelijkend proefschrift over het eigendomsvoorbehoud. Van 1985-1992 was hij werkzaam bij De Brauw en Helbach (later De Brauw & Westbroek en ten slotte De Brauw Blackstone Westbroek (in Den Haag en New York) als advocaat bij de Hoge Raad. Vanaf augustus 1992 tot februari 2016 was hij hoogleraar privaatrecht aan wat nu heet Tilburg University: tot 2012 fulltime en vanaf toen parttime. Hier doceerde hij op bijna alle gebieden van het vermogens(proces)recht en insolventierecht. Sinds 1 januari 2012 keerde hij terug in de advocatuur als parttime partner bij De Brauw Blackstone Westbroek in de litigation, finance en herstructureringspraktijk waaraan hij verbonden was tot 1 juni 2023. Vanaf 1 januari 2016 is hij naast zijn advocatuurlijke werk verbonden aan de afdeling Ondernemingsrecht en de afdeling Bedrijfswetenschappen van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid Leiden als parttime hoogleraar Insolventierecht. Sinds de oprichting van het Tijdschrift voor Insolventierecht in 1995 was hij daarvan tot 2021 redacteur en hij is vanaf de start in 1992 als docent verbonden aan de Grotius Academie als (hoofd)docent voor de cursussen Insolventierecht en Financiering en Zekerheden. Van 2003-2009 was hij lid van de Commissie Insolventierecht. Hij is fellow van Insolad en lid van Nederlandse Vereniging voor Internationaal en Rechtsvergelijkend Insolventierecht (NVRII), Insol Europe, Insol International, International Insolvency Institute (III), de Nederlandse vereniging voor Herstructurering en voorzitter van de Conference on European Restructuring and Insolvency Law (CERIL). Reinout was als onderzoeksleider betrokken bij de twee evaluaties van de Garantstellingsregeling in 1998 en 2006 en heeft meegewerkt aan de evaluatie Garantstellingsregeling 2012 en vanaf het begin in 2005 met een 0-meting bij een groot aantal Wsnp-monitoren tot aan de veertiende meting in 2017 en als lid van de begeleidingscommissie aan het Rapport Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen (2019) van de Onderzoeksraad voor Veiligheid.

Prof. dr. J.A.A. Adriaanse
Jan Adriaanse is sinds 2011 als hoogleraar *turnaround management* verbonden aan de afdeling Bedrijfswetenschappen van de Leiden Law School. Hij doet onderzoek naar oorzaken van zwaar weer bij ondernemingen, *turnaround* strategieën en herstructureringen, waaronder WHOA. Hij heeft ook bijzondere belangstelling voor de relationele dynamiek tussen stakeholders van bedrijven in zwaar weer, in het bijzonder de relatie financiers-management. In 2004 was hij projectleider van het WODC-onderzoek naar 'Informele reorganisaties in het perspectief van de surseance van betaling, faillissement en WSNP', waarbij via diverse empirische methoden de praktijk van bijzonder beheersituaties en informele akkoorden in Nederland in beeld werd

gebracht. Zijn oratie in 2012 luidde 'Moeten we ondernemingen in crisis redden?'. Naast zijn hoogleraarschap is Jan Adriaanse director bij Kroll, Amsterdam (voorheen partner bij BFI, thans onderdeel van Kroll). Tevens is hij lecturer bij INSOL International

Mr. dr. Marc Broekema RV
Marc Broekema is als onderzoeker verbonden aan de Universiteit Leiden en daarnaast Managing Director bij Kroll, Amsterdam (voorheen partner bij BFI, thans onderdeel van Kroll). Hij heeft ruim twintig jaar ervaring op het gebied van waarderingsvraagstukken en economische schadeberekening in zowel nationale als internationale context. Zijn wetenschappelijke onderzoek richt zich op empirische studies naar cognitieve biases (onbewuste denkfouten) in de waarderingspraktijk. Zijn expertise wordt regelmatig gevraagd door rechtbanken en arbitragecomités, zowel in binnen als buitenland. Hij is tevens als Raad (plv.) verbonden aan de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. Broekema is in zijn rol als Register Valuator (RV) lid van de Raad van Tucht van het Nederlands Instituut voor Register Valuators (NiRV), is lid van de Europe Board van de International Valuation Standards Council (IVSC) en is geregistreerd gerechtelijk deskundige bij het Landelijk Register Gerechtelijk Deskundige.

Mr. dr. A. Karapetian
Arpi Karapetian is universitair docent privaatrecht. Haar onderzoeksinteresses betreffen het insolventierecht in brede zin met bijzondere aandacht voor het aansprakelijkheidsrecht, herstructureringen en schuldeisersbenadeling (waaronder het strafrechtelijk faillissementsrecht). In 2019 verdedigde zij haar proefschrift getiteld 'Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen' *cum laude* aan de Rijksuniversiteit Groningen. Voor dit proefschrift ontving zij de Wierenga-Regerink dissertatieprijs. Karapetian is redacteur van het Tijdschrift voor Insolventierecht en de European Journal for Comparative Law and Governance.

Prof. mr. H. Koster
Harold Koster is verbonden aan de Universiteit Leiden als hoogleraar ondernemingsrecht en is tevens voorzitter van de afdeling Ondernemingsrecht. Daarnaast is hij honorair hoogleraar arbitragerecht aan de Universiteit van Dubai, raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Amsterdam, docent aan het opleidingsinstituut van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs en redacteur van diverse juridische tijdschriften. Zo is Harold hoofdredacteur van het online vaktijdschrift Herstructurering & Recovery Online (HERO). Harold is jarenlang werkzaam geweest in de ondernemingsrechtpraktijk.
In 2020 en 2021 heeft hij als hoofdonderzoeker een onderzoek voor het WODC naar de versterking van de verantwoordelijkheid van gecontroleerde entiteiten zelf rondom de accountantscontrole en de jaarverslaggeving uitgevoerd. Daarnaast heeft hij als nationaal hoofdonderzoeker in 2019 leidinggegeven aan een onderzoek voor de EU naar misbruik van vennootschappen. In 2018 maakte hij deel uit van de begeleidingscommissie inzake het evaluatieonderzoek naar de wijzigingen van het Nederlandse enquêterecht per 1 januari 2013. Bovendien was hij voorzitter van de begeleidingscommissie van het WODC-onderzoek naar de positie van concurrente (MKB)-crediteuren.

Mr. dr. J.M.W. Pool
Jessie Pool is universitair docent ondernemings- en insolventierecht bij het Instituut voor Privaatrecht (afdeling Ondernemingsrecht) van de Universiteit Leiden. Zij richt zich op de empirische bestudering van het brede insolventierecht en heeft bijzondere expertise op het snijvlak van het ondernemings- en insolventierecht. Haar onderzoek heeft een sterk interdisciplinair karakter en is bovendien gericht op maatschappelijk relevante vraagstukken. In 2022 rondde zij haar empirische proefschrift over de rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden af. Haar onderzoek is bekroond met de Leidse Meijersprijs voor beste publicatie van het onderzoeksprogramma Coherent Privaatrecht alsmede de Van Wersch Springplankprijs voor getalenteerde en actieve jonge onderzoekers binnen het juridisch onderzoeksgebied. Jessie is co-projectleider van het sectorplanspeerpunt Empirical Legal Studies in Leiden en past-president van de European Society for Empirical Legal Studies. Zij zet zich op landelijk en internationaal gebied in om empirisch onderzoek in het juridische domein

te bevorderen. Zij is bovendien lid van de redactie van het European Journal for Empirical Legal Studies (EJELS), het Maandblad voor Ondernemingsrecht en redactiesecretaris van het Tijdschrift voor Insolventierecht. Jessie neemt sinds 2021 deel aan het 'NextGen Leadership Program' van het International Insolvency Institute (III) en is Fellow van INSOLAD (de Nederlandse vereniging voor insolventierechtadvocaten). Tijdens haar onderzoek heeft zij een onderzoeksstage gelopen bij de afdeling toezicht van de rechtbank Midden-Nederland.

Mr. dr. E.F. Verheul
Emil Verheul is universitair hoofddocent privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Daarnaast is hij tot eind 2023 als wetenschappelijk medewerker verbonden aan Wijn & Stael Advocaten. Zijn onderzoek heeft betrekking op het vermogensrecht in brede zin, met een bijzondere nadruk op het goederen- en insolventierecht. In 2018 promoveerde hij aan de Rijksuniversiteit Groningen op een proefschrift over het eigendomsvoorbehoud. Hij is redacteur van het Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, redactiemedewerker van het Tijdschrift voor Insolventierecht, bewerker en lid van de hoofdredactie van de serie Wessels Insolventierecht en voorzitter van de Ars Aequi Boekenraad Privaatrecht. Voor zijn artikel ‘Overgang van wilsrechten bij contractsoverneming’ won hij in 2018 de Publicatieprijs van de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht voor het tijdschriftartikel dat de meest belangwekkende bijdrage leverde aan de kennis en verbetering van het burgerlijk recht in brede zin.

Annex 2. Samenstelling begeleidingscommissie

Voorzitter
prof. dr. E. Niemeijer (voorheen prof. mr. R.M. Wibier)

Leden
prof. dr. P.T.M. Desmet
mr. dr. H.J. de Kloe
mr. dr. M.W. Knigge
mr. W.M. de Jongste

Annex 3. Programma expertmeeting

Programma WHOA – expertmeeting | WODC onderzoek | 8 juni 2023[513]

Tijd	Sessies	Inhoud
9:00 – 9:30	*Inloop*	
9:30-10:00	*Plenaire sessie*	Uitleg van de dag en doelstelling onderzoek
10:00-11:15	*Break-out* Juridische aspecten	Bespreking ervaringen (knelpunten/best practices/belemmeringen) van deelnemers met: - Afkoelingsperiode - Klassenindeling - Informatieverplichting - Homologatie - Overige juridische aspecten - Concrete aanbevelingen
10:00-11:15	*Break-out* Financiële aspecten	Bespreking ervaringen (knelpunten/best practices/belemmeringen) van deelnemers met: - Reorganisatiewaarde versus liquidatiewaarde - Kennis op het gebied van waarderingen door stakeholders - Knelpunten rondom waarderingen - Algemene knelpunten rondom financiële aspecten - Concrete aanbevelingen
11:15-11:30	*Pauze*	
11:30-12:30	*Plenaire sessie* Rol van de herstructureringsdeskundige (HD) en Observator	Bespreking ervaringen (knelpunten/best practices/belemmeringen) van deelnemers met: - Rol HD in de praktijk - Rol Observator in de praktijk - Invloed van HD / Observator op slaag/faalkans WHOA - Competenties HD/Observator - Concrete aanbevelingen
12:30-13:30	*Lunch*	

—

[513] De expertmeeting van 18 oktober 2023 was specifiek op het MKB gericht en had daarom geen programma met verschillende break-outsessies.

13:30-14:30	*Break-out* Perspectieven van vier stakeholdergroepen	- (1) Perspectief van de beroepspraktijk (NVvH, INSOLAD, JIRA, Nova, DTA, NiRV) - (2) Perspectief van de rechtspraak (WHOA-pool, Recofa, RvdR) - (3) Perspectief van het bedrijfsleven (KvK, OKB, VNO-NCW, MKB-Nederland, UWV, FNV, NGB, Geldfit Zakelijk, Qredits) - (4) Positie en perspectief van financiers/banken/belastingdienst (NVL, NVB, Belastingdienst, NVP, MinFin)
14:30-14:45	*Pauze*	
14:45-15:45	*Plenaire sessie* Algemene lessen na ruim twee jaar WHOA	- Algemene ervaringen slaag- en faalkans WHOA - WHOA als stok-achter-de-deur? - Concrete aanbevelingen voor wetgever en WHOA-praktijkspelers
15:45-16:00	*Wrap-up dag*	- Samenvatting dag - Verdere verloop onderzoek
16:00-17:30	*Borrel en napraten*	

Annex 4. Resultaten van de survey voor niet-ervaringsdeskundigen

Omdat wij het van belang achten voor de evaluatie van de WHOA in de praktijk, voornamelijk af te gaan op de ervaringen van diegenen die ervaring hebben met een WHOA-traject, hebben we de respondenten zonder ervaring slechts het (kleine) deel van de vragen voorgelegd die vragen naar een mening van de respondent (zie paragraaf 6.2.2). De resultaten zijn zichtbaar in tabel XL. Vanwege de lage *response rate* (*n* = 8) hebben wij deze resultaten verder niet betrokken in de verdere analyse.

Tabel XL Mening van niet-ervaringsdeskundigen

Stelling	*Helemaal oneens*	*Oneens*	*Eens*	*Helemaal eens*	*Weet ik niet/ geen mening*
Ik vind dat de herstructureringsdeskundige onderzoek moet doen naar onregelmatigheden	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 1)	50% (*n* = 4)	25% (*n* = 2)	13% (*n* = 1)
Ik vind dat de observator onderzoek moet doen naar onregelmatigheden	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 1)	50% (*n* = 4)	25% (*n* = 2)	13% (*n* = 1)
Ik vind dat de observator momenteel te laat in het traject wordt aangewezen	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 1)	25% (*n* = 2)	0% (*n* = 0)	63% (*n* = 5)
Ik vind het een goede zaak dat rechtbanken de afkoelingsperiode voorlopig verlenen	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	75% (*n* = 6)	13% (*n* = 1)	13% (*n* = 1)
Ik vind dat de rechtbank bij verlenging van de afkoelingsperiode niet te veel mag leunen op het standpunt van de herstructureringsdeskundige	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)	38% (*n* = 3)	0% (*n* = 0)	38% (*n* = 3)
Ik vind dat hoe concreter de voortgang met het akkoord, hoe terughoudender de rechtbank moet zijn bij afwijzing van een verlenging van een afkoelingsperiode	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)	50% (*n* = 4)	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)
Ik vind dat hoe meer draagvlak bij schuldeisers, hoe terughoudender de rechtbank moet zijn bij afwijzing van een verlenging van een afkoelingsperiode	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	63% (*n* = 5)	25% (*n* = 2)	13% (*n* = 1)
Ik vind dat zolang de herstructureringsdeskundige voor een afkoelingsperiode is, de rechtbank niet over verlenging zou hoeven toetsen (behoudens opheffingsverzoeken door betrokkenen)	0% (*n* = 0)	38% (*n* = 3)	25% (*n* = 2)	0% (*n* = 0)	38% (*n* = 3)

Ik vind dat er makkelijk misbruik gemaakt kan worden van de klassenindeling	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 1)	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	88% (*n* = 7)
Ik vind dat *intercompany* vorderingen altijd in een afzonderlijke klasse moeten worden ingedeeld	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)	25% (*n* = 2)	25% (*n* = 2)	25% (*n* = 2)
Ik vind dat het aspectenverzoek ook gedaan zou moeten kunnen worden door schuldeisers	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 1)	25% (*n* = 2)	13% (*n* = 1)	50% (*n* = 4)
Ik vind dat de rechtbank ook uitsluitsel zou moeten geven over aspecten waarover geen concreet geschil bestaat	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)	38% (*n* = 3)	13% (*n* = 1)	25% (*n* = 2)
Ik vind dat het mogelijk zou moeten zijn om vorderingen van nieuwe financiers voorrang te geven boven die van bestaande financiers om deze nieuwe financiers over de streep te trekken	13% (*n* = 1)	25% (*n* = 2)	38% (*n* = 3)	25% (*n* = 2)	0% (*n* = 0)
Ik vind dat bij een liquidatie-WHOA vaststelling van de reorganisatiewaarde achterwege kan blijven	0% (*n* = 0)	63% (*n* = 5)	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)	13% (*n* = 1)
Ik vind dat er meer mogelijkheden moeten zijn voor invloed van aandeelhouders en schuldeisers van wie de rechten door het akkoord niet worden gewijzigd op de homologatiebeslissing	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)	38% (*n* = 3)	0% (*n* = 0)	38% (*n* = 3)
Ik vind dat er meer mogelijkheden moeten zijn voor invloed van stakeholders die niet direct door het akkoord worden geraakt (zoals werknemers, handelscrediteuren, etc) op de homologatiebeslissing	0% (*n* = 0)	50% (*n* = 4)	25% (*n* = 2)	13% (*n* = 1)	13% (*n* = 1)
Ik vind het terecht dat een financier kan worden verplicht een bestaande financieringsovereenkomst na te komen, ook al brengt het akkoord met zich dat de schuldenaar zelf niet aan alle voorwaarden voldoet	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)	38% (*n* = 3)	25% (*n* = 2)	13% (*n* = 1)
Ik vind dat de mogelijkheden die de WHOA schuldenaren biedt tot reorganisatie ten koste gaan van gerechtvaardigde schuldeisersbescherming	0% (*n* = 0)	75% (*n* = 6)	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 1)	13% (*n* = 1)

Ik vind dat er een 'WHOA-light' (met vereenvoudigde informatie- en waarderingsverplichtingen) moet komen voor het MKB	0% (*n* = 0)	38% (*n* = 3)	13% (*n* = 1)	38% (*n* = 3)	13% (*n* = 1)
Ik vind dat de behandeling van homologatieverzoeken mag worden aangehouden om de schuldenaar zo nodig eenvoudig herstelbare gebreken die zouden kunnen leiden tot afwijzing te laten repareren	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 1)	75% (*n* = 6)	13% (*n* = 1)	0% (*n* = 0)
Ik vind dat in het WHOA-procesrecht door de rechtbank in plaats van met vaste termijnen, moet worden gewerkt met 'redelijke termijnen'	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)	63% (*n* = 5)	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 1)
Ik vind dat op basis van de goede procesorde de rechtbank vooraf eisen mag stellen aan de omvang van processtukken	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)	63% (*n* = 5)	13% (*n* = 1)	0% (*n* = 0)
Ik vind dat op basis van de goede procesorde de rechtbank vooraf eisen mag stellen aan het tijdstip van indiening van processtukken	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 1)	63% (*n* = 5)	13% (*n* = 1)	13% (*n* = 1)
Ik vind dat het rechtsmiddelenverbod moet worden afgeschaft	0% (*n* = 0)	38% (*n* = 3)	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	63% (*n* = 5)
Ik vind dat als er indicaties zijn van misbruik, dat zonder meer een afwijzingsgrond is	0% (*n* = 0)	38% (*n* = 3)	13% (*n* = 1)	25% (*n* = 2)	25% (*n* = 2)
Ik vind dat de wet onderscheid zou moeten maken tussen liquidatie- en reorganisatieakkoorden	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 1)	50% (*n* = 4)	13% (*n* = 1)	25% (*n* = 2)
Ik vind dat bij een liquidatieakkoord altijd een observator moet worden benoemd om toe te zien op de verwezenlijking van de benodigde plus ten opzichte van een faillissement	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 1)	38% (*n* = 3)	25% (*n* = 2)	25% (*n* = 2)
Ik vind dat de WHOA niet meer beschikbaar moet zijn voor een liquidatieakkoord	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)	25% (*n* = 2)	0% (*n* = 0)	50% (*n* = 4)
Ik vind dat de startverklaring heeft te gelden als peildatum voor de Beklamel-norm	0% (*n* = 0)	13% (*n* = 1)	13% (*n* = 1)	0% (*n* = 0)	75% (*n* = 6)
Ik vind de WHOA een nuttige toevoeging aan de insolventiepraktijk	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)	38% (*n* = 3)	38% (*n* = 3)	0% (*n* = 0)

Ik vind dat de WHOA moet worden afgeschaft	25% (*n* = 2)	50% (*n* = 4)	0% (*n* = 0)	0% (*n* = 0)	25% (*n* = 2)

* De percentages tellen niet precies op tot 100% omdat de percentages zijn afgerond. De *n* voor deze stellingen is 8.

Deze groep respondenten heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid nadere opmerkingen over de WHOA achter te laten.