



rijksuniversiteit
groningen



Universiteit
Leiden

Evaluatie Wet homologatie onderhands akkoord

Samenvatting

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

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.