

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 (Fw) 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.¹

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.² 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.³

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.⁴ 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.⁵

1 Brief van de Minister, *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, 74, p. 2.

2 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.

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

4 MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 2; Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, 6, p. 12.

5 *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 4, p. 2.

Daardoor zou het aantal zaken dat daadwerkelijk bij de rechter terechtkomt, beperkt kunnen blijven.⁶

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.⁷ 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.⁸

1.2 DOELSTELLING

Doel van dit onderzoek is om in aansluiting op art. 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)⁹ 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

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

7 MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 18-19.

8 MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 18-19.

9 *Stb.* 2020, 414.

2022¹⁰ – en herhaald in de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel inzake de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie.¹¹

- *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,¹² 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.¹³
- *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 2022¹⁴ en herhaald in de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel inzake de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie¹⁵ 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.¹⁶

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 midden- en kleinbedrijf (MKB). Zo is als aandachtspunt benoemd dat de WHOA ook toegankelijk zou moeten zijn voor het MKB.¹⁷ Die toegankelijkheid zou er bijvoorbeeld in moeten zitten dat mede met het oog op de kosten niet te hoge eisen worden gesteld aan de aan te

¹⁰ Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35225, 20, p. 77.

¹¹ *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, 6, p. 2.

¹² Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35225, 20, p. 43.

¹³ Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35225, 20, p. 43.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2021/22, Aanhangsel, nr. 2309.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, 6, p. 19.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, 6, p. 17.

¹⁷ Advies en nader rapport, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 4, p. 3-4; MvT, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 3, p. 4.

leveren stukken.¹⁸ Bovendien zou de WHOA specifiek voor MKB-schuldeisers een bepaalde mate van minimumbescherming moeten bieden.¹⁹

- *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.²⁰
- *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.²¹
- *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.²²
- *Voorkomen van misbruik.* Het voorkomen van misbruik is gezien de flexibiliteit van de procedure een punt van aandacht.²³
- *Waardering.* Waarderingsvraagstukken vormen een belangrijk aandachtspunt, omdat alleen door waardering bepaalde homologatietoetsen kunnen worden uitgevoerd.²⁴
- *Algemene werkbelasting rechterlijke macht.* Naast voornoemde 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

18 Advies en nader rapport, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 4, p. 4.

19 *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* 2018/19, 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.

20 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.

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

22 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.

23 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.

24 Verslag, *Kamerstukken II* 2019/20, 35225, 20, p. 1; Advies en nader rapport, *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, 4, p. 4.

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 (hierna: 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.

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 hiervoor genoemde 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.