

LEGAL UPDATE

De openbare en de besloten procedure in de WHOA

Datum: 23 juli 2020

Dit is de zesde Legal Update in de reeks over het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord ('WHOA'). In de vorige [Legal Update](#) is de algemene procedure van de WHOA besproken. In deze Legal Update wordt nader ingegaan op de twee soorten procedures van de WHOA waarbinnen het akkoord tot stand kan komen: de besloten en de openbare akkoordprocedure (buiten faillissement).

De procedures

Op zichzelf geven de termen 'openbaar' en 'besloten' al enige indicatie van de aard van de procedure. Dat het onderscheid noemenswaardige (rechts)gevolgen kan hebben, moet echter niet worden onderschat.

Bij de besloten akkoordprocedure wordt niet publiek gemaakt dat een akkoord wordt voorbereid. Alle verzoeken aan de rechter worden achter de gesloten deuren van de raadkamer behandeld. Het akkoord zal buiten de publiciteit worden gehouden en mede daardoor in principe in relatieve rust tot stand kunnen komen. Voor deze procedure zal dan ook voornamelijk worden gekozen wanneer niet aan alle schuldeisers en/of aandeelhouders, maar aan een deel daarvan een akkoord wordt aangeboden. Ik merk hierbij op dat slechts voor de herstructureringsdeskundige een expliciete geheimhoudingsplicht is opgenomen, voor de overige betrokkenen schrijft de WHOA een dergelijke plicht niet voor. Nu deze plicht niet uit de WHOA volgt, zal de aangewezen herstructureringsdeskundige informatie normaliter niet met een derde delen voordat hij met deze derde geheimhouding is overeengekomen.

Bij de openbare procedure wordt de akkoordprocedure voor derden bekend gemaakt in het insolventieregister, het handelsregister en de Staatscourant. Ook de zittingen bij de rechtbank vinden in het openbaar plaats.

Keuze tussen besloten of openbaar

Het is aan degene die de akkoordprocedure binnen de WHOA initieert om te kiezen welke procedure het beste aansluit bij de situatie en de meeste kans biedt op een succesvolle herstructurering. Deze keuze moet in ieder geval zijn gemaakt op het moment dat de rechter zich voor het eerst over het akkoord buigt. Een tussentijdse overstap van de besloten naar de openbare procedure is niet mogelijk.

Enkele kernoverwegingen bij deze keuze voor de te volgen procedure kunnen zijn: (i) de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, (ii) de internationale erkenning van het akkoord, of (iii) de publiciteit van de procedure.

Rechtsmacht

De rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt mede bepaald door de gekozen procedure. Wanneer een besloten akkoordprocedure wordt gevolgd baseert de rechter zijn rechtsmacht op Nederlandse procesregels. De Nederlandse procesregels geven de rechter veel ruimte om rechtsmacht aan te nemen. De Nederlandse rechter is bevoegd indien de verzoeker in Nederland gevestigd is. Ook is de Nederlandse rechter bevoegd indien de onderneming voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden is. Of aan dit criterium wordt voldaan hangt onder meer af van de vraag of de schuldenaar een vestiging in Nederland heeft, of een groot deel van de te herstructureren schulden voortvloeien uit verbintenissen die zijn onderworpen aan Nederlands recht, een groot deel van de activa zich in Nederland bevinden en of een groot deel van de groep waarvan de schuldenaar deel uitmaakt, bestaat uit in Nederland gevestigde vennootschappen.

De keuze voor de openbare procedure brengt toepasselijkheid van de Europese Insolventieverordening ('IVO') met zich. Op grond van de IVO is het voor de rechtsmacht van belang waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar ('COMI') gelegen is. Slechts wanneer de 'COMI' in Nederland ligt, zal op grond van de IVO worden bepaald dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Ligt de 'COMI' buiten Nederland, dan kan de Nederlandse rechter alsnog rechtsmacht hebben op grond van dezelfde criteria als binnen de besloten procedure. Om die reden kan het aantrekkelijk zijn om een besloten procedure te starten. Dat is met name het geval voor een internationale groepsvennootschap: de akkoordprocedure voor alle vennootschappen uit de groep zal dan gemakkelijker kunnen worden geconcentreerd in Nederland.

Internationale erkenning

Voor de erkenning van de opening van de akkoordprocedure en de gevolgen daarvan, inclusief een eventuele afkoelingsperiode, is de keuze tussen de openbare en besloten akkoordprocedure bijzonder relevant. Beslissingen in de openbare akkoordprocedure zullen op grond van de IVO in principe automatisch in andere lidstaten van de Europese Unie (behalve Denemarken) worden erkend. De toepasselijkheid van de IVO brengt echter ook beperkingen met zich. Zo wordt in de IVO uitgesloten dat de akkoordprocedure invloed heeft op de zekerheidsrechten op goederen gelegen in een andere lidstaat van de Europese Unie. Dit betekent dat een schuldenaar met een zekerheidsrecht op een goed in een ander land in de Europese Unie, dat zekerheidsrecht 'gewoon' kan uitwinnen, ook wanneer er een afkoelingsperiode is afgekondigd. Voor de schuldenaar met veel goederen die zich in het buitenland bevinden en waarop aldaar zekerheidsrechten gevestigd zijn, kan dit een reden zijn om voor de besloten procedure te kiezen.

De erkenning van het akkoord bij de besloten procedure werkt niet automatisch en is afhankelijk van het bestaan van een bilateraal verdrag dat de erkenning van insolventieprocedures regelt. In een dergelijk verdrag wordt afgesproken wanneer welk land rechtsmacht heeft in een insolventieprocedure en dat de betrokken landen insolventieprocedures van elkaar erkennen. Bij gebrek aan een verdrag is men aangewezen op het toepasselijke commune internationaal privaatrecht van het betreffende land. Hiertegenover staat dat de beperkingen van de IVO niet gelden voor de besloten procedure. Bij een akkoordprocedure met betrokkenheid van buitenlandse schuldeisers zal derhalve een zorgvuldige afweging moeten worden gemaakt.

Publiciteit

Een besloten procedure kan voorts aantrekkelijk zijn om schadelijke publiciteit van een akkoordprocedure te voorkomen. Wanneer bekend wordt dat de onderneming een akkoord voorbereidt, is het niet onaannemelijk dat handelspartners dat zullen zien als een negatief signaal; met een in zwaar weer verkerende schuldenaar is het niet prettig zaken doen. Om een akkoord aan te bieden is het immers vereist dat de schuldenaar verwacht insolvent te raken. De publiciteit kan een stigmatiserende werking hebben en de als gevolg daarvan ontstane reputatieschade kan zelfs verstrekkende gevolgen hebben voor de (dan wellicht al beperkte) waarde van de betrokken onderneming.

Dit is de zesde Legal Update in de reeks over de WHOA. In de volgende Legal Update komen waarderingsperikelen aan de orde. Zoals in een eerdere Legal Update is aangestipt dienen de schuldeisers door middel van het akkoord beter af te zijn dan in geval van liquidatie in faillissement. De reorganisatiewaarde dient dus hoger te zijn dan de liquidatiewaarde. In de volgende Legal Update zal worden besproken waarom en hoe deze waarden moeten worden bepaald.

Dit is een Legal Update van Rhea Bask en Douwe Cnossen.

Voor meer informatie:

Rhea Bask
+31 30 25 95 567
rheabask@vbk.nl