Commissie insolventierecht

Aan Hare Excellentie
C. van Bruggen
Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Nijmegen, 30 maart 2026

Betreft: advies inzake de in consultatie voorgelegde vragen naar aanleiding van het evaluatierapport Wet homologatie onderhands akkoord

Excellentie,

Hierbij bied ik u het advies aan van de Commissie insolventierecht (hierna: 'de commissie') inzake de in consultatie voorgelegde vragen naar aanleiding van het evaluatierapport Wet homologatie onderhands akkoord.

1. Inleiding

De commissie insolventierecht is gevraagd advies uit te brengen over de in de "Consultatie naar aanleiding van het evaluatierapport Wet homologatie onderhands akkoord" genoemde vragen. Het betreft de volgende vragen:

- In hoeverre kan de observator eerder in de procedure worden benoemd, zonder dat daarbij de benodigde snelheid van de WHOA-procedure verloren gaat?
- Hoe heeft de praktijk zich ontwikkeld ten aanzien van de bankgarantie onder de WHOA?
- Hoe kan de WHOA meer bekendheid krijgen, met name voor het MKB?
- Hoe kan de bruikbaarheid van de WHOA verder worden verbeterd, met name voor het MKB?

Wij zullen die vragen hieronder achtereenvolgens bespreken, waarbij de laatste twee vragen gezamenlijk worden behandeld. In het advies zullen wij ook aandacht besteden aan een kwestie die in de consultatie niet nader aan de orde komt, namelijk de vraag in hoeverre het aanbeveling verdient, dat de rechtbank een tussenbeslissing kan nemen waarna eventueel het akkoord kan worden aangepast.

2. Benoeming observator eerder in de procedure

2.1. De vraag of de observator eerder in de procedure kan worden benoemd zonder dat daarbij de benodigde snelheid van de WHOA-procedure verloren gaat, is onderdeel gemaakt van de consultatie omdat een deel van de respondenten uit het evaluatieonderzoek aangeeft te vinden dat de observator te laat in de procedure wordt benoemd.[1] Het kabinet vindt de uitkomsten van het WODC-onderzoek op dit punt niet eenduidig. In de bijlage bij de kabinetsreactie is daarover het volgende te lezen (op pagina 3):

"Uit zowel de casestudies als de expertmeetings van het onderzoek komt naar voren dat aanstelling van de observator bij dagbepaling van de homologatiezitting als te laat wordt ervaren. De observator moet namelijk in een relatief korte termijn van maximaal veertien dagen tot een goed onderbouwde zienswijze komen. Uit de survey van het onderzoek kwam echter naar voren

[1] Kabinetsreactie WODC-onderzoeksrapport evaluatie WHOA d.d. 26 november 2025.

dat slechts 20 procent van de respondenten daarin aangeeft dat de observator te laat wordt aangewezen in het WHOA-traject. Uit losse opmerkingen bij deze survey komt wel naar voren dat de aanwijzing van de observator bij dagbepaling van de homologatiezitting als te laat wordt ervaren." (onderstreping commissie)

Onderscheid tussen de observator die op grond van art. 383 lid 4 Fw wordt benoemd en de observator die om andere redenen en op een ander moment wordt benoemd

2.2. Art. 383 lid 4 Fw schrijft voor dat als een homologatieverzoek wordt ingediend ten aanzien van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, en er op dat moment nog geen observator of herstructureringsdeskundige is aangewezen, de rechtbank verplicht is bij de dagbepaling voor de homologatiezitting een observator te benoemen. Uit de jaarverslagen van de WHOA-pool volgt dat in een significant deel van de zaken waarin een observator is benoemd, deze benoeming gebaseerd is op art. 384 lid 4 Fw. Ter illustratie: van de 13 observatoren die in 2024 werden benoemd, werden er 8 benoemd op grond van art. 383 lid 4 Fw.[2] De commissie meent dat voor het antwoord op de consultatievraag onderscheid moet worden gemaakt tussen deze "verplichte" observator, en de observator die om andere redenen en op een ander moment in het WHOA-traject wordt benoemd.

De '383 lid 4-observator'

2.3. De commissie herkent de in het WODC-onderzoek geventileerde geluiden dat de verplichte benoeming soms te laat is om de observator in staat te stellen een gedegen zienswijze uit te brengen. De in art. 383 lid 4 Fw geformuleerde verplichting om een observator te benoemen wanneer niet alle klassen met het akkoord instemden (en dus een *cross class cram down* nodig is) vloeit voort uit art. 5 lid 3 sub b Herstructureringsrichtlijn. Het feit dat niet alle klassen instemden met het akkoord, is pas (definitief) bekend na de stemming. Om die reden kan de '383 lid 4-observator' pas in een (heel) laat stadium van de akkoordprocedure worden benoemd.

2.4. De rechtbank gaat op grond van art. 383 lid 4 Fw bij de beschikking waarin ook de datum voor de homologatiezitting wordt bepaald (de 'dagbepaling') over tot aanstelling van deze observator. Art. 383 lid 6 Fw bepaalt dat de homologatiezitting plaatsvindt ten minste acht maar ten hoogste veertien dagen nadat het homologatieverzoek is ingediend. Op grond van art. 384 lid 7 Fw beslist de rechtbank pas op het homologatieverzoek nadat de observator een zienswijze heeft gegeven. Op grond van het procesreglement moet die zienswijze uiterlijk twee dagen voor de zitting worden ingediend. Dat betekent dat de '383 lid 4-observator' door het samenspel van voornoemde bepalingen, maximaal 10 dagen de tijd heeft om tot een onderbouwde zienswijze te komen. Dat is, zeker in het geval van complexe akkoorden, waarderingen of kapitaalsstructuren, zeer kort. In de meeste gevallen zal een wat ruimere termijn de kwaliteit en de bruikbaarheid van de zienswijze ten goede komen. Tegelijkertijd moet uiteraard worden gewaakt dat de snelheid van de WHOA-procedure gewaarborgd blijft. Een oplossing voor het probleem dat de '383 lid 4-observator' te weinig tijd heeft om tot een deugdelijke zienswijze te komen, moet in de opvatting van de commissie dan ook niet in het tijdstip van de benoeming, maar in de timing van de homologatiezitting worden gezocht.

2.5. De '383 lid 4-observator' zou, wanneer de zaak daartoe aanleiding geeft[3], op twee manieren meer tijd kunnen worden gegund:

a. de in art. 383 lid 6 Fw omschreven termijn wordt geflexibiliseerd waardoor de rechtbank in voorkomend geval kan bepalen dat de zitting op een iets langere termijn plaatsvindt. Daarbij moet duidelijk zijn dat het moet gaan om een beperkte verlenging van de nu gehanteerde

[2] Jaarverslag WHOA-pool 2024, p. 9-10, te raadplegen via www.rechtspraak.nl/registers/whoa.
[3] Bijvoorbeeld gelet op de aard of complexiteit van de door de schuldeisers opgeworpen bezwaren of de complexiteit van het aangeboden akkoord en de daarbij behorende financiële onderbouwing.

wettelijke termijn; voorkomen moet worden dat de snelheid van WHOA-trajecten in het geding komt. Eventueel kan worden voorzien in een maximumtermijn; of

b. de rechtbank kan de homologatiezitting openen en besluiten deze op een bepaalde datum te hervatten, zodat de observator op die wijze langer de tijd krijgt om zijn zienswijze af te ronden.

2.6. De commissie wijst erop dat deze oplossingen in de praktijk sporadisch al worden toegepast.[4] Het zou wat de commissie betreft goed zijn als ook in de wettekst tot uitdrukking komt dat er ruimte is voor maatwerk wanneer het gaat om de termijn voor de homologatiezitting (en de daarmee samenhangende datum waarop de '383 lid 4-observator' zijn zienswijze moet indienen).

Zouden schuldeisers de mogelijkheid moeten krijgen om te verzoeken om een observator?

2.7. Een andere vraag is of schuldeisers de mogelijkheid zouden moeten krijgen om de benoeming van een observator te verzoeken. Op dit moment kunnen schuldeisers dat alleen tijdens een afkoelingsperiode.[5] Als geen afkoelingsperiode is gelast, zijn schuldeisers die graag zouden zien dat een onafhankelijke derde toezicht houdt op de totstandkoming van het akkoord, in beginsel afhankelijk van de schuldenaar en/of de rechtbank. De rechtbank kan dan immers op grond van de Faillissementswet slechts op verzoek van de schuldenaar of, eventueel, ambtshalve tot benoeming van een observator overgaan.[6]

2.8. De wet geeft schuldeisers wel de mogelijkheid om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige te verzoeken.[7] Als dat verzoek wordt toegewezen, verliest de schuldenaar de regie over het akkoordtraject. Na diens benoeming is het immers alleen de herstructureringsdeskundige die akkoorden ter stemming kan voorleggen en om homologatie kan verzoeken.[8] De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt door schuldenaren dan ook wel eens als escalerend ervaren. De commissie heeft de indruk dat de benoeming van een observator als minder ingrijpend wordt ervaren, terwijl diens aanwezigheid wel kan bijdragen aan het vertrouwen dat schuldeisers in het proces hebben. De observator houdt immers toezicht op de totstandkoming van het akkoord en heeft daarbij oog voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. [9]

2.9. Er zijn de commissie enkele zaken bekend waarin schuldenaren die zich realiseren dat een of meer schuldeisers zich niet kunnen vinden in het door de schuldenaar voorbereide plan of voorzien dat niet alle klassen zullen instemmen, de vlucht naar voren nemen en *zelf* om de benoeming van een observator verzoeken. Daarmee proberen schuldenaren het vertrouwen in het proces terug te brengen. Soms proberen ze daarmee ook de benoeming van een herstructureringsdeskundige vóór te zijn. In 2023 werden er 10 observatoren benoemd, waarvan 5 op verzoek van de schuldenaar.[10]

2.10. Ook komt het voor dat de rechtbank ambtshalve – maar niet op grond van art. 383 lid 4 Fw – een observator benoemt. In het jaarverslag 2024 schrijven de WHOA-rechters daarover:

"De ambtshalve benoemingen van een observator in situaties zoals tijdens een afkoelingsperiode of na een verzoek om een HD tonen aan dat de rechtbank proactief gebruikmaakt van dit

[4] In Rb. Rotterdam 22 april 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:5313 werd het homologatieverzoek bijvoorbeeld op 19 april 2024 ingediend. Bij beschikking van 22 april 2024 stelde de rechtbank een observator aan en bepaalde zij dat de homologatiezitting op 17 mei 2024 zou plaatsvinden. In de zaak die leidde tot Rb. Limburg 22 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8857 werd de homologatiezitting geopend op 10 september 2021, waarna deze op 8 november 2021 is voortgezet. Deze termijn was gekozen omdat de observator had aangegeven meer tijd nodig te hebben voor zijn zienswijze.
[5] Art. 376 lid 9 jo. 379 Fw.
[6] Art. 379 lid jo. 380 lid 1 Fw.
[7] Art. 371 lid 3 Fw.
[8] Art. 371 lid 1 Fw en art. 383 lid 1 Fw.
[9] Art. 380 lid 1 Fw.
[10] Jaarverslag WHOA-pool 2024, p. 13, te raadplegen via www.rechtspraak.nl/registers/whoa.

instrument om tijdens het voorbereiden van een akkoord de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te waarborgen. De rechtbank lijkt de observator flexibel in te zetten als een maatwerkoplossing voor toezicht."

2.11. Schuldeisers die menen dat er redenen zijn om een observator te benoemen kunnen dit bij de rechtbank aankaarten, bijvoorbeeld wanneer er tussentijdse zittingen zijn, zoals de mondelinge behandeling van een afkoelingsverzoek, een verlengingsverzoek of een aspectenverzoek. De rechtbank kan in dat geval zelf een afweging maken of zij de ambtshalve benoeming van een observator opportuun acht.

2.12. Niet in alle WHOA-trajecten vinden echter dergelijke tussentijdse zittingen plaats. In dat geval is het voor schuldeisers minder eenvoudig bij de rechtbank hun zorgen aan te kaarten in de hoop dat een observator wordt benoemd. Een schuldenaar die het akkoordproces om wat voor reden dan ook zonder onafhankelijke derde wil afronden en verwacht dat de desbetreffende schuldeisers niet zo ver zullen gaan om een verzoek voor aanwijzing van een herstructureringsdeskundige in te dienen, laat het verzoek om aanwijzing een observator achterwege en laat het op de homologatiezitting aankomen. Voor die specifieke gevallen zou het voor schuldeisers van toegevoegde waarde kunnen zijn als zij de expliciete mogelijkheid krijgen zélf om de benoeming van een observator te verzoeken.

2.13. Empirische gegevens over het aantal gevallen waarin dit aan de orde is, ontbreken. Wat de commissie betreft is er op dit moment geen aanleiding om schuldeisers buiten de afkoelingsperiode de bevoegdheid toe te kennen om een observator te verzoeken.[11]

2.14. Dat neemt niet weg dat de commissie er oog voor heeft dat de schuldenaar in belangrijke mate regie heeft over het akkoordtraject. Hoewel lang niet iedere schuldenaar dit in de praktijk doet, beschikt de schuldenaar over de mogelijkheid om schuldeisers, al dan niet om strategische redenen, op afstand te houden. Als de schuldenaar besluit om geen observator te verzoeken of om geen aspectenverzoeken in te dienen (terwijl schuldeisers daar wel op aandringen), komt het voor schuldeisers dan in principe aan op de homologatiezitting. Ook de rechtbank wordt in dat soort gevallen voor het blok gezet in de homologatiefase. Het is in die fase immers 'alles of niets'. De commissie kan zich voorstellen dat – via beperkte wetswijzigingen – het enigszins "digitale" karakter van het homologatieproces wordt verzacht, door mogelijk te maken dat naar aanleiding van een tussenbeslissing van de rechtbank het akkoord kan worden aangepast. Zij verwacht dat dit onder meer leidt tot een zekere herijking van de machtsbalans tussen schuldenaar en schuldeisers, waarbij de positie van laatstgenoemden wordt versterkt. Dit zal de commissie hieronder nader uitwerken.

3. Tussenbeslissing homologatie en aanpassing akkoord

3.1. In aanvulling op de in de internetconsultatie gestelde vragen, reageert de commissie ook op een element uit de Kabinetsreactie op het WODC-rapport betreffende de vraag of in het kader van een homologatiebeslissing, een rechtbank ook een tussenbeslissing zou (moeten) kunnen nemen – en, in het verlengde daarvan, of het akkoord naar aanleiding van zo'n tussenbeslissing kan worden aangepast.[12]

3.2. Zoals hiervoor aan de orde kwam is (de uitkomst van) het homologatieproces voor zowel een tegenstemmende schuldeiser als de rechtbank relatief "digitaal". De schuldeiser moet zich uitlaten vóór of tegen het akkoord; hij kan niet aangeven voor te zijn op voorwaarde dat een of meer elementen uit het akkoord zijn aangepast. Hetzelfde geldt voor de rechtbank: de rechtbank kan

[11] De commissie wijst er nog op dat schuldeisers die menen dat de benoeming van een observator geboden is, kunnen overwegen om verhaalsmaatregelen te treffen (c.q. daarmee te dreigen), waardoor de schuldenaar om een afkoelingsperiode zal verzoeken. In dat geval creëert de schuldeiser eigenhandig het forum om de benoeming van een observator aan te kaarten.

[12] Zie p. 5 onder e van bijlage 1 bij Kabinetsreactie WODC onderzoeksrapport over evaluatie Wet homologatie onderhands akkoord, d.d. 26 november 2025.

alleen homologatie toestaan of weigeren. Daar komt bij dat de homologatiebeslissing het enige moment kan zijn waarop de rechtbank het akkoord en het WHOA-proces beoordeelt. De rechtbank kan weliswaar (in het kader van art. 378 Fw) een tussenbeslissing nemen waarmee ten aanzien van bepaalde aspecten verduidelijking of een antwoord kan worden gezocht, maar dat kan alleen op verzoek van de schuldenaar (of, zo die er is, de herstructureringsdeskundige) en dus ook alleen met betrekking tot de vragen die door die partij aan de rechtbank zijn voorgelegd. Ook kan de rechtbank op het moment dat het akkoord voorligt voor homologatie in een tussenbeslissing (waarin bijvoorbeeld een deskundige wordt benoemd) nadere duiding geven of zoeken,[13] maar in dat geval kan de rechtbank vervolgens nog steeds alleen maar volstaan met het toestaan of weigeren van de homologatie.

3.3. Het akkoordtraject in de WHOA heeft daarmee in zekere mate een 'alles-of-niets' karakter. In veel gevallen zal weigering van de homologatie tot gevolg hebben dat de schuldenaar geconfronteerd wordt met significante liquiditeitsproblemen, waardeverlies of zelfs discontinuïteit; zekerheidsgerechtigden kunnen overgaan tot executie en een faillissement is een reële mogelijkheid. Art. 369 lid 5 Fw bepaalt dat een mislukte WHOA-poging tot gevolg heeft dat de schuldenaar in de drie volgende jaren geen toegang meer tot de WHOA heeft. Een aanpassing van het akkoord hoort in beginsel (zie nog hierna) niet tot de mogelijkheden.

3.4. Wellicht is deze bepaling (ook) ingegeven door het strenge regime voor het faillissementsakkoord; in faillissement kan niet tweemaal een akkoord worden aangeboden.[14] Ten aanzien van het faillissementsakkoord overwoog de wetgever indertijd dat het akkoordproces niet zou moeten verworden tot een proces van loven en bieden waar na een mislukte stemming de akkoordpenningen steeds iets worden verhoogd en het akkoord daarna weer in stemming wordt gebracht.[15]

3.5. In geval van weigering van homologatie van een WHOA-akkoord, heeft een schuldenaar niettemin in zekere mate de mogelijkheid een tweede akkoordpoging te ondernemen. Zo is het nog steeds mogelijk na een mislukte WHOA met succes een surseance-akkoord te bewerkstelligen.[16] Daarnaast is niet uitgesloten dat als de WHOA-poging is mislukt door toedoen van de schuldenaar, de rechtbank een herstructureringsdeskundige benoemt, die vervolgens een tweede akkoord aanbiedt.[17] Bovendien wordt art. 369 lid 5 Fw strikt toegepast door de rechtbank. Indien niet alle klassen tegen het akkoord hebben gestemd, of de homologatie niet geweigerd is op grond van art. 384 Fw (maar bijvoorbeeld omdat de schuldenaar niet ontvankelijk is in het homologatieverzoek), ziet de rechtbank mogelijkheden dat nogmaals een akkoord wordt aangeboden.[18]

3.6. De mogelijkheid om onder omstandigheden een tweede akkoord aan te bieden, neemt niet weg dat de (initiële) beslissing tot weigering van de homologatie, nog steeds draconische gevolgen kan hebben. Lang niet in alle gevallen bestaat de mogelijkheid een tweede akkoordpoging te ondernemen, alleen al omdat de tijd en liquiditeit daarvoor kan ontbreken. Daarbij kan het zo zijn dat het bestaande akkoord genoeg elementen bevat waar partijen en de rechtbank zich in kunnen vinden; het kan zijn dat het akkoord slechts op bepaalde elementen aanpassing behoeft om alsnog op bredere steun te kunnen rekenen, althans dat het de moeite waard kan zijn een dergelijke aanpassing te overwegen. Daarbij wordt opgemerkt dat akkoorden complex in elkaar kunnen steken. Die complexiteit is op zich niet verwonderlijk omdat het akkoord vaak het product is van extensieve onderhandelingen met meerdere partijen waarin bestaande (financierings-)documentatie is betrokken die eveneens extensief en complex kan zijn. Bovendien heeft de waardering van de onderneming een centrale plaats in het WHOA-proces. Waarderingen kunnen

[13] Rb. Amsterdam 23 april 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:2362 (Biocity).
[14] Art. 158 Fw: "*Na verwerping of weigering van de homologatie van het akkoord, kan de gefailleerde in hetzelfde faillissement geen akkoord meer aanbieden.*"
[15] *Van der Feltz II*, p. 186.
[16] Rb. Rotterdam 3 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8742.
[17] *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 31.
[18] Rb. Amsterdam 24 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8286, r.o. 6.4.

complex van aard zijn en zijn vaak gebaseerd op verschillende inputfactoren en aannames. Kleine verschuivingen ten aanzien van die inputfactoren of aannames, kunnen grote effecten hebben op de uitkomst van een waardering. Aldus kan de waardering een centraal twistpunt zijn in een WHOA.[19]

3.7. Het voorgaande maakt dat in het kader van de homologatie van een akkoord, een schuldeiser of de rechtbank van oordeel kan zijn dat het akkoord veel homologeerbare elementen bevat, maar dat ten aanzien van bepaalde elementen aanpassing noodzakelijk is of overwogen zou moeten worden. Echter, zodra het akkoord voor homologatie voorligt, is aanpassing niet zomaar meer mogelijk en hoewel de rechtbank de mogelijkheid heeft om nadere duiding te vragen (zie hiervoor), kan de duiding zodra die is gegeven, niet tot aanpassing van het akkoord leiden.

3.8. Een beperkte aanpassing van de WHOA kan de scherpe kanten van het 'alles-of-niets' karakter van een homologatiebeslissing wegnemen. De commissie kan zich voorstellen dat een werkbaar systeem zou kunnen zijn dat de rechtbank op de zitting, of in een tussenbeslissing, uitlegt dat de homologatie waarschijnlijk geweigerd zal worden en dat zij de definitieve beslissing aanhoudt in afwachting van de vraag of de schuldenaar aanleiding ziet het akkoord (op onderdelen) aan te passen en opnieuw in stemming te brengen. Vervolgens kan de rechtbank aan de hand van het opnieuw in stemming gebrachte akkoord een eindbeslissing nemen. Hiervoor is noodzakelijk dat de wet in die zin wordt aangepast dat het akkoord na stemming mag worden aangepast en opnieuw in stemming wordt gebracht.

3.9. Gevolg van een dergelijke wetswijziging is dat een akkoord tweemaal in stemming kan worden gebracht. Dit is wat de commissie betreft geen onoverkomelijk bezwaar. Als opgemerkt hiervoor is de beperking die art. 369 lid 5 Fw oplegt voor herhaalde WHOA-pogingen aan nuance onderworpen. Voor zover de gedachte van de wetgever eind 19e eeuw (zie hiervoor) opgeld doet in een WHOA-proces, lijkt deze gedachte van ondergeschikt belang in een WHOA-proces. De WHOA stelt hoge eisen aan de informatievoorziening aan schuldeisers en de WHOA kent een *'best interest of creditors test'* en een *'absolute priority rule'*.[20] Schuldeisers zijn aldus beter in staat om vast te stellen of het aangeboden akkoord redelijk is. Daarbij komt dat eind 19e eeuw – toen Titel I van de Faillissementswet werd ontworpen – akkoorden simpeler van aard waren. Het was toentertijd waarschijnlijk moeilijker voorstelbaar dat een akkoord op een deelpunt aanpassing zou behoeven. Het risico dat de schuldenaar een 'te mager' akkoord aanbiedt omdat de optie voor een tweede stemming bestaat, is niet van doorslaggevend belang – een tweede stemming is niet zonder gevaar en geeft bovendien vertraging. Daarnaast genereert de huidige systematiek van de WHOA evenzeer een risico: de schuldenaar kan een 'te mager' akkoord aanbieden, omdat de schuldenaar in de veronderstelling leeft dat de rechtbank homologatie niet zal weigeren vanwege de draconische gevolgen. De schuldenaar (en voorstemmende schuldeisers) aanzetten tot aanpassing van het akkoord op deelelementen is veeleer een erkenning van het feit dat akkoorden complex kunnen zijn, veel onderwerpen kunnen bestrijken en dat bepaalde keuzes een andere beoordeling vergen. Zo bezien, zou een aanpassing langs deze lijnen het reorganiserend vermogen van dreigend insolvente ondernemingen moeten versterken en aldus het doel van de WHOA ondersteunen.[21]

4. Bankgarantie en WHOA

4.1. In de evaluatie wordt besproken dat garantiestellende partijen een probleem ervaren met art. 370 lid 2 Fw. In de bijlage bij de kabinetsreactie wordt opgemerkt dat de rechtbank Amsterdam op 1 februari 2023[22] heeft beslist dat art. 370 lid 2 Fw eraan in de weg staat dat de garantiestellende partij verhaal neemt op door de schuldenaar voor de regresvordering gestelde zekerheden, waarbij (in een voetnoot) ook wordt verwezen naar een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 15

[19] *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 20.
[20] Artt. 375, 384 lid 3 en 384 lid 4 onder b Fw.
[21] *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 1.
[22] Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:569.

januari 2025[23], waarin werd overwogen dat het regresverbod van art. 370 lid 2 Fw zich niet uitstrekt tot verhaal op door de schuldenaar verstrekte zekerheden. Tegen laatstgenoemde uitspraak is (sprong-)cassatie ingesteld. Mocht de uitspraak van de Hoge Raad aanleiding geven tot nadere overwegingen met betrekking tot art. 370 lid 2 Fw dan zal de commissie hierover nader adviseren. Overigens merkt de commissie op dat de vraag hoe de praktijk zich heeft ontwikkeld ten aanzien van de bankgarantie een kwestie is waar vooral de praktijk (waaronder de garantiestellende partijen) zich over uit kan laten.

5. De WHOA en MKB

5.1. De in het consultatiedocument opgeworpen vraag ten aanzien van de WHOA en het MKB valt uiteen in twee deelvragen, namelijk hoe de WHOA meer bekendheid kan krijgen, met name voor het MKB, en hoe de bruikbaarheid van de WHOA verder kan worden verbeterd, ook met name voor het MKB. De beantwoording van deze vragen hieronder is toegespitst op het MKB maar geldt ook in algemene zin voor andere typen schuldenaren.

Meer bekendheid bij het MKB

5.2. Het is thans niet duidelijk in hoeverre de WHOA daadwerkelijk onvoldoende bekendheid geniet binnen het MKB en wat daarvan de onderliggende oorzaken zijn. Nader onderzoek hiernaar is gewenst. Op de websites van onder meer de Kamer van Koophandel en de brancheorganisaties MKB-Nederland en BOVAG wordt aandacht besteed aan de WHOA. Deze websites bieden onder andere een stappenplan en een routekaart.

5.3. Opvallend is wel dat op de websites van accountantskantoren met een sterk MKB-profiel nauwelijks aandacht wordt besteed aan de WHOA. Juist deze kantoren zijn bij uitstek gepositioneerd om de WHOA onder de aandacht te brengen van hun MKB-cliënten, gezien hun administratieve dienstverlening en hun inzicht in de financiële performance van deze ondernemingen. Daarnaast bieden zij aanvullende diensten aan op het gebied van corporate finance en waardebepaling, waarmee zij een direct belang hebben bij een grotere bekendheid en toepassing van de WHOA.

Verbetering van de bruikbaarheid

5.4. Er zijn momenteel onvoldoende historische data beschikbaar om te kunnen beoordelen of de WHOA inderdaad onvoldoende wordt benut binnen het MKB. Het aantal faillissementen is momenteel relatief laag. Bovendien bestaat er weinig tot geen inzicht in het aantal gevallen waarin – met de WHOA als drukmiddel – een consensueel akkoord wordt bereikt. In de praktijk blijken wel diverse belemmeringen te bestaan bij het tot stand brengen van een consensueel akkoord. Zo heeft de commissie vanuit (adviseurs van) kleinere marktpartijen begrepen dat grote ondernemingen, zoals energiebedrijven en e-commercebedrijven, in sommige gevallen niet bereikbaar zijn of niet reageren, terwijl MKB-ondernemingen vaak te maken hebben met meerdere overheidscrediteuren die zich in een WHOA-traject niet steeds uniform opstellen.

5.5. Bij de analyse van de bruikbaarheid van de WHOA voor het MKB is het overigens van belang vast te stellen wat onder MKB wordt verstaan, omdat vooral de vraag is of de bruikbaarheid van de WHOA voor zogenaamde micro-ondernemingen kan (en moet) worden vergroot. Deze micro-ondernemingen (zzp'ers en ondernemingen in onder meer horeca, retail en zakelijke dienstverlening) – met tien of minder werknemers – vormen het grootste deel van het MKB en hebben tevens het grootste aandeel in de MKB-faillissementen. Het is de vraag of het mogelijk is de bruikbaarheid van de WHOA voor deze groep ondernemingen te vergroten. Deze ondernemingen zijn veelal te klein om een WHOA-traject te rechtvaardigen, gelet op de daarmee gemoeide kosten. In de markt wordt een schuldenniveau van circa EUR 1 miljoen veelal als

[23] Rb. Amsterdam 15 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:338.

ondergrens genoemd om een WHOA-traject economisch haalbaar te achten. Een efficiënt MKB-WHOA-traject kost, na verlaging van de griffierechten, naar schatting tussen EUR 35.000 en EUR 45.000. Hiervan wordt ongeveer EUR 20.000 besteed aan de waardering (reorganisatiewaarde en liquidatiewaarde), inclusief een beknopte analyse van de onderliggende problematiek en de levensvatbaarheid van de onderneming. De (noodzakelijke) waardering van de onderneming omvat doorgaans toepassing van de DCF-methode, aangevuld met een toets aan de hand van 'multiples', zij het dat met een beperkte onderbouwing kan worden volstaan. De toepassing van de DCF-methode is relatief kostbaar, maar wordt noodzakelijk geacht, mede in het kader van de beoordeling van de levensvatbaarheid. Een aanzienlijk goedkopere waardebepaling lijkt vooralsnog lastig realiseerbaar. Mogelijk kan de ontwikkeling van gestandaardiseerde templates en richtlijnen bijdragen aan een verdere kostenreductie. Hier zou de beroepsgroep (Nederlands Instituut voor Register Valuators) een rol kunnen spelen. Voorts zou moeten worden onderzocht in hoeverre workflow tools voor WHOA-trajecten breder kunnen worden ingezet om routinematige en administratieve werkzaamheden efficiënter te laten verlopen. Ons is thans één cloud-gebaseerde applicatie bekend waarin ondernemingen, crediteuren, advocaten en adviseurs vanaf het moment van het informeren van de crediteuren tot en met het opstellen van het stemverslag integraal kunnen samenwerken. Ten slotte lijkt een aanzienlijk deel van de MKB-WHOA-trajecten in de praktijk te stranden wegens gebrek aan financiering. Een WHOA-akkoord brengt veelal (gedeeltelijke) voldoening van crediteuren met zich mee, waardoor een onmiddellijke behoefte aan 'nieuw geld' ontstaat. Daarbij wordt tevens gewezen op de positie van de Belastingdienst, die bij uitstel van betaling veelal zekerheden verlangt, hetgeen in bepaalde gevallen tot een impasse kan leiden. Bij verbetering van de bruikbaarheid van de WHOA in het MKB dient de financierbaarheid derhalve een belangrijk aandachtspunt te zijn.

5.6. Bij dit alles rijst wel de vraag in hoeverre het faillissement van deze micro-ondernemingen leidt tot substantiële waarde-vernietiging en verlies van werkgelegenheid. In sectoren als retail en horeca is immers sprake van aanzienlijke dynamiek en worden bedrijfslocaties doorgaans snel opnieuw in gebruik genomen.

6. Conclusie

6.1. Zoals besloten ligt in het voorgaande, komt de commissie tot de volgende aanbevelingen.

6.2. De commissie beveelt aan wettelijk te verduidelijken dat de rechtbank, indien de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven, ruimte heeft voor maatwerk bij het bepalen en zo nodig aanhouden van de homologatiezitting, teneinde de observator voldoende gelegenheid te bieden zijn zienswijze zorgvuldig af te ronden.

6.3. Voor een algemene bevoegdheid van schuldeisers om buiten een afkoelingsperiode om benoeming van een observator te verzoeken, ziet de commissie op dit moment onvoldoende aanleiding. Wel acht de commissie het wenselijk de scherpe kanten van het huidige, in hoge mate 'alles-of-niets' gekenmerkte homologatieproces te verzachten. Zij beveelt daarom aan te bezien of de wet zodanig kan worden aangepast dat de rechtbank in het kader van de homologatie een tussenbeslissing kan geven, waarna het akkoord op onderdelen kan worden aangepast en opnieuw ter stemming kan worden gebracht.

6.4. De vraag hoe de praktijk zich heeft ontwikkeld ten aanzien van de bankgarantie is een kwestie waar vooral de praktijk zich over uit kan laten. Ten aanzien van art. 370 lid 2 Fw acht de commissie het aangewezen de uitkomst van de procedure bij de Hoge Raad af te wachten en daarna te beoordelen of nadere advisering wenselijk is.

6.5. Tot slot beveelt de commissie aan nader te onderzoeken in hoeverre onbekendheid met de WHOA binnen het MKB daadwerkelijk een belemmering vormt en welke oorzaken daaraan ten grondslag liggen. Ter verbetering van de bruikbaarheid van de WHOA voor het MKB, in het bijzonder voor micro-ondernemingen, wijst de commissie op het belang van efficiëntieverbetering en

kostenreductie, onder meer door het gebruik van gestandaardiseerde templates en richtlijnen en workflow tools ter ondersteuning van routinematige en administratieve werkzaamheden. De commissie benadrukt dat de financierbaarheid van WHOA-trajecten voor het MKB een belangrijk aandachtspunt vormt.

6.6. De commissie hoopt met dit advies een bijdrage te hebben geleverd aan de verdere gedachtenvorming over de in consultatie gerezen vragen naar aanleiding van het evaluatierapport Wet homologatie onderhands akkoord. Tot nadere toelichting is zij desgewenst gaarne bereid.

Hoogachtend,

Prof. mr. P.M. Veder
Voorzitter commissie insolventierecht