

Masterscriptie
Universiteit van Amsterdam
Faculteit der Rechtsgeleerdheid



UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

*De WHOA en het bijzondere karakter van de rekening-courant
faciliteit*

Een molensteen om de nek van bedrijfsmatige financiers?

5 januari 2024

Naam:	Moolenbroek, S.J.
E-mailadres:	suzannemoolenbroek@hotmail.com
Studentnummer:	10714898
Mastertrack:	Privaatrecht (commerciële rechtspraktijk)
Begeleider:	dhr. mr. G.Á.C. Orbán

ABSTRACT

Op 1 januari 2021 is de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) in werking getreden. De WHOA is een regeling die voorziet in een dwangakkoord buiten faillissement, waardoor een onderneming die zich in financieel zwaar weer bevindt haar schuldenlast kan herstructureren. De schuldenaar kan een akkoord aanbieden aan schuldeisers en aandeelhouders dat voorziet in een wijziging van rechten van schuldeisers en aandeelhouders. Indien de rechter het akkoord homologeert, dan kunnen schuldeisers en aandeelhouders onvrijwillig aan het akkoord worden gebonden. Bedrijfsmatige financiers met zekerheidsrecht, waaronder banken, kunnen onder de WHOA worden verplicht tot het doorfinancieren van een insolvente onderneming.

In deze scriptie wordt onderzocht aan de hand van een literatuur- en jurisprudentieonderzoek of het mogelijk is om een bedrijfsmatige financier onder de WHOA te verplichten een reeds gecommiteerd, maar ongetrokken rekening-courantkrediet ter beschikking te blijven stellen.

In het homologatievonnis van rechtbank Rotterdam van 9 maart 2023 van scheepsbouwer IHC is geoordeeld dat het mogelijk is om een bedrijfsmatige financier te verplichten tot het ter beschikking stellen van het ongetrokken deel van het rekening-courantkrediet.

In de literatuur wordt betoogd dat dit niet mogelijk is onder de WHOA, nu het ongetrokken rekening-courantkrediet niet als een (toekomstig) recht kan worden gezien. Daarnaast wordt betoogd dat het opleggen van nieuwe verlichtingen onder de WHOA niet mogelijk is.

Tot slot wordt een rechtsvergelijking gemaakt tussen de Amerikaanse Chapter 11, de Engelse Scheme of Arrangement en de WHOA ten aanzien van de verplichting tot doorfinanciering voor bedrijfsmatige financiers. Uit de Amerikaanse wetsgeschiedenis blijkt dat het verplichten tot doorfinanciering van een bedrijfsmatige financier, zoals een bank, ten aanzien van een ongetrokken rekening-courantkrediet als uitermate onrechtvaardig en onwillig wordt beschouwd.

Concluderend uit dit onderzoek kan worden betoogd dat het niet mogelijk zou moeten zijn onder de WHOA, en in het licht van het EVRM, om een bedrijfsmatige financier te verplichten tot doorfinanciering ten aanzien van het ongetrokken gedeelte van een rekening-courantkrediet.

INHOUDSOPGAVE

HOOFDSTUK 1: Inleiding.....	4
1.1. <i>Aanleiding voor het onderzoek.....</i>	4
1.2. <i>Probleemstelling en methodologie</i>	5
1.3. <i>Indeling onderzoek.....</i>	6
HOOFDSTUK 2: Doel en strekking van de WHOA	7
2.1. <i>Ontstaansgeschiedenis WHOA.....</i>	7
2.2. <i>Doel en strekking</i>	8
2.3. <i>Tussenconclusie</i>	10
HOOFDSTUK 3: Financiering onder de WHOA.....	11
3.1. <i>WHOA-procedure</i>	11
3.2. <i>Verplichting tot doorfinanciering voor bedrijfsmatige financiers.....</i>	13
3.2.1. <i>Cash out-optie: geselecteerde en ongesecureerde vorderingen.....</i>	14
3.3. <i>Onderscheid geldlening en rekening-courantverhouding</i>	15
3.3.1. <i>Geldlening.....</i>	15
3.3.2. <i>Rekening-courantverhouding en -faciliteit.....</i>	16
3.3.3. <i>Verschillen.....</i>	17
3.4. <i>Toepassing van de WHOA bij een (ongetrokken) rekening-courantfaciliteit.....</i>	18
3.4.1. <i>Nieuwe verplichtingen onder de WHOA.....</i>	19
3.4.2. <i>Jurisprudentie: IHC</i>	19
3.4.3. <i>Toepassing WHOA</i>	22
3.4.4. <i>Wijzigen van rechten, plichten en bevoegdheden onder de WHOA.....</i>	22
3.4.4.1. <i>Artikel 370 Fw</i>	23
3.4.4.2. <i>Bevoegdheden rechter.....</i>	25
3.4.4.3. <i>Artikel 373 Fw</i>	27
3.5. <i>Het karakter van de rekening-courantfaciliteit en het EVRM.....</i>	28
3.6. <i>Tussenconclusie</i>	33
HOOFDSTUK 4: Rechtsvergelijking	35
4.1. <i>Hoofdpijnen Chapter 11.....</i>	35
4.1.1. <i>Verplichting tot doorfinanciering Chapter 11</i>	36
4.2. <i>Hoofdpijnen Scheme of Arrangement</i>	37
4.2.1. <i>Jurisprudentie Scheme of Arrangement.....</i>	38
4.3. <i>Rechtsvergelijking en tussenconclusie</i>	39
HOOFDSTUK 5: Conclusie	41
BIBLIOGRAFIE	43

HOOFDSTUK 1: Inleiding

1.1. Aanleiding voor het onderzoek

Op 1 januari 2021 is de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (hierna: WHOA) in werking getreden. De WHOA is een regeling die voorziet in een dwangakkoord buiten faillissement, waardoor een onderneming die zich in financieel zwaar weer bevindt haar schuldenlast kan herstructureren, om te reorganiseren of liquideren. De schuldenaar kan een akkoord aanbieden aan schuldeisers en aandeelhouders, waardoor de onderneming bijvoorbeeld een doorstart kan maken. De schuldeisers en aandeelhouders kunnen vóór of tegen het akkoord stemmen. De rechtbank moet bij de procedure worden betrokken indien partijen dat wensen en niet alle schuldeisers en aandeelhouders medewerking verlenen. Schuldeisers en aandeelhouders kunnen onvrijwillig aan het akkoord worden gebonden als de rechter het akkoord homologeert.¹

De WHOA is gebaseerd op de Amerikaanse Chapter 11 procedure (hierna: Chapter) en het Engelse Scheme of Arrangement (hierna: Scheme).² Het betreft relatief nieuwe wetgeving, waarover de eerste jurisprudentie nog wordt gevormd. Voor verzoeken in het kader van een WHOA-procedure is een landelijke pool van rechters en griffiers opgericht. Het akkoord wordt door drie rechters uit de WHOA-pool gehomologeerd of afgewezen. Tegen het vonnis inzake een WHOA-verzoek staat in beginsel geen gewoon rechtsmiddel open, anders dan cassatie in het belang der wet.³

Een recent akkoord waarover de rechtbank Rotterdam zich op 9 maart 2023 heeft gebogen is het dwangakkoord dat scheepsbouwer IHC aan haar schuldeisers heeft aangeboden.⁴ Scheepsbouwer IHC dreigde niet aan haar schuldenlast te kunnen voldoen, waardoor het (rekening-courant)krediet dat IHC had bij haar schuldeisers opeisbaar zou worden. IHC was genoodzaakt om de aandelen in een dochteronderneming te verkopen, zodat de verkoopopbrengst kon worden gebruikt om de schuldenlast te verlagen en daarnaast het werkkapitaal te financieren.

¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3 (MvT).

² *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 4 (MvT).

³ F. Damsteegt en M.J.P. Vink, 'Jaarverslag rechters-WHOA-pool 2021 en 2022', Rechtspraak.nl 4 januari 2023.

⁴ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (IHC).

In de *IHC*-casus is Rabobank, die tegen het akkoord stemde, door de rechter verplicht tot doorfinanciering van de *IHC*.⁵ Het onderhavige homologatievonnis heeft tot discussie over de vraag of dit mogelijk moet zijn onder de WHOA. Gedurende het schrijven van dit onderzoek heeft de procureur-generaal van de Hoge Raad op 14 november 2023 bekend gemaakt te overwegen een vordering bij de Hoge Raad in te dienen tot cassatie in het belang der wet over de uitleg van de WHOA.

Een van de voorgenomen vragen is of de WHOA het toelaat dat een akkoord ertoe leidt dat kredietverstrekkers worden verplicht om op basis van voorafgaand aan de herstructurering bestaande ongetrokken kredietfaciliteiten in de toekomst het werkkapitaal te blijven financieren, onder gewijzigde condities.⁶ Dit is tevens wat in de onderliggende *IHC*-casus aan bod komt en de aanleiding voor het schrijven van dit onderzoek.

1.2. Probleemstelling en methodologie

Onder de WHOA kunnen bedrijfsmatige financiers met een zekerheidsrecht, waaronder banken, worden verplicht om door te financieren aan een insolvente onderneming. Dit geldt ten aanzien van verstrekte leningen en in het *IHC*-vonnis komt aan bod of deze mogelijkheid ook bestaat ten aanzien van reeds gecommiteerde, maar ongetrokken rekening-courantfaciliteiten.

De onderzoeksvraag die centraal staat luidt als volgt:

‘Onder welke voorwaarden kan een bedrijfsmatige financier onder de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) verplicht worden om een reeds gecommiteerd, maar ongetrokken, rekening-courantkrediet ter beschikking te (blijven) stellen?’

Het antwoord op deze onderzoeksvraag wordt geformuleerd aan de hand van een literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Daarnaast volgt een rechtsvergelijkend onderzoek, waarbij wordt onderzocht hoe dit werkt onder de Amerikaanse Chapter en de Engelse Scheme.

⁵ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (*IHC*).

⁶ Hoge Raad der Nederlanden, ‘Procureur-generaal vraagt informatie van derden voorafgaand aan voorgenomen indiening van vordering tot cassatie in belang der wet over de WHOA’, Hogeraad.nl 14 november 2023.

1.3. Indeling onderzoek

In hoofdstuk twee wordt het doel en de strekking van de WHOA uiteengezet. Daarnaast volgt een korte ontstaansgeschiedenis van de WHOA voor een breder begrip van deze wetgeving. Vervolgens wordt in hoofdstuk drie de mogelijkheid van het verplichten tot doorfinanciering van bedrijfsmatige financiers met een zekerheidsrecht onder de WHOA behandeld. Daarnaast wordt het onderscheid tussen een lening en rekening-courantfaciliteit toegelicht en komen de knelpunten van het verplichten tot doorfinanciering aan bod. Aan het eind van dit hoofdstuk wordt de verplichting tot doorfinanciering voor bedrijfsmatige financiers ten aanzien van een reeds gecommitteerde, maar ongetrokken, rekening-courantfaciliteit beoordeeld in het licht van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM).

In hoofdstuk vier wordt de mogelijkheid van een verplichting tot doorfinanciering voor bedrijfsmatige financiers onder de Chapter en de Scheme behandeld, komen de verschillen tussen de WHOA, Chapter en Scheme aan bod en volgt een rechtsvergelijkend onderzoek. In hoofdstuk vijf volgt de conclusie van dit onderzoek.

Tot slot merk ik op dat wegens de afbakening dit onderzoek zich beperkt tot bedrijfsmatige financiers met een zekerheidsrecht. Reden hiervoor is dat de *cash out*-optie onder de WHOA niet op hen van toepassing is. Dit wordt verder toegelicht in hoofdstuk drie.

HOOFDSTUK 2: Doel en strekking van de WHOA

2.1. Ontstaansgeschiedenis WHOA

De WHOA is op 1 januari 2021 in werking getreden. De WHOA biedt ondernemingen in financiële moeilijkheden de mogelijkheid om buiten faillissement een dwangakkoord aan schuldeisers en aandeelhouders aan te bieden. Schuldeisers, waaronder ook preferente schuldeisers en separatisten, en aandeelhouders kunnen onvrijwillig gebonden worden aan het akkoord.

Voor de invoering van de WHOA waren de mogelijkheden voor ondernemingen om buiten het faillissement om tot een akkoord met hun schuldeisers te komen beperkt en mogelijkheden om preferente schuldeisers, separatisten en aandeelhouders te binden aan een akkoord waren er niet of nauwelijks.⁷

De WHOA kent een lange ontstaansgeschiedenis en de wenselijkheid van een dwangakkoord naar Nederlands recht is al jaren onderwerp van discussie.⁸

De eerste poging van het invoeren van een dwangakkoord bestond, tevergeefs, uit het Voorontwerp Insolventiewet 2007, gericht op een herziening van het insolventierecht. Vervolgens is in 2012 het wetgevingsprogramma ‘herijking faillissementsrecht’ opgetuigd, waarvan de WHOA onderdeel uitmaakte. Kort daarna is gepleit voor invoering van een dwangakkoord en is er een conceptwetsvoorstel aangeboden.⁹

In 2014 is het consultatievoorstel van de Wet Continuïteit Ondernemingen II gepubliceerd en naar aanleiding van de verbeteringen en aanpassingen heeft dit geleid tot het wetsvoorstel voor de WHOA. Op 26 mei 2020 is het wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen en op 6 oktober 2020 als hamerstuk afgedaan door de Eerste Kamer.¹⁰

Door invoering van de WHOA sluit Nederland aan bij de internationale ontwikkelingen aangaande het redden van bedrijven in financieel zwaar weer. Daarnaast is op 20 juni 2019 de Europese Herstructureringsrichtlijn¹¹ aangenomen, waardoor Europese lidstaten verplicht zijn

⁷ H. Beni Dris, *FIP* 2019/87. Zie ook HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, *JOR* 2005/257 (*Payroll*) en HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, *JOR* 2017/209 (*V&D*).

⁸ Mennens 2020, p. 55-68.

⁹ R.D. Vriesendorp en R.M. Hermans hebben gepleit voor het dwangakkoord, geïnspireerd door de Engelse Scheme of Arrangement.

¹⁰ Verslag Eerste Kamer 2020/2021, nr. 4. Te raadplegen via www.eerstekamer.nl.

¹¹ Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen

de richtlijn te implementeren en een pre-insolventie akkoordprocedure in hun wetgeving op te nemen. De WHOA is reeds in lijn gebracht met deze herstructureringsrichtlijn.¹²

2.2. Doel en strekking

De WHOA heeft als doel een regeling te bewerkstelligen waarmee de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming, haar schuldeisers en aandeelhouders kan homologeren inzake de herstructurering van schulden. Deze goedkeuring heeft een bindende werking van het akkoord voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, ook indien zij niet hebben ingestemd.¹³ De WHOA is opgenomen in de Faillissementswet (hierna: Fw) in de Tweede afdeling vanaf artikel 369 tot en met 387 Fw en daarnaast artikel 42a en 540 Fw.

De WHOA is primair gericht op in de kern gezonde ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, maar waarvan de bedrijfsactiviteiten nog levensvatbaar zijn. Het doel is om het reorganisatievermogen van dergelijke ondernemingen te versterken. Daarnaast kan de WHOA als alternatief worden ingezet om buiten faillissement de onderneming te liquideren.¹⁴

Vóór invoering van de WHOA bestond enkel de mogelijkheid om tot een onderhands en buitengerechtigd schuldsaneringsakkoord te komen, indien alle betrokken vermogensverschaffers daarmee instemden. In de essentie was dit een civielrechtelijke meerpartijenovereenkomst tussen de schuldenaar en haar schuldeisers. Slechts één weigerende schuldeiser kon ervoor zorgen dat het niet tot een schuldsaneringsakkoord kwam. In de praktijk heeft dit geleid tot schadelijk *hold out*-gedrag, nu iedere vermogensverschaffer uiteenlopende belangen heeft en een optimale positie voor zichzelf wil creëren. Voor de invoering van de WHOA was artikel 3:13 BW, misbruik van bevoegdheid, de enige manier om een dwangakkoord af te dwingen in geval van weigerende schuldeisers. Dit vereiste echter een gang naar de rechter. Het is mogelijk om een kort geding te starten bij de voorzieningenrechter. De lat voor het aannemen van misbruik van bevoegdheid ligt echter

ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (richtlijn betreffende herstructurering en insolventie (PbEU 2019, L 172).

¹² *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3.

¹³ Mennens 2020/10.2.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 4 (MvT).

hoog, waardoor de rechter terughoudend is bij de toepassing van dit artikel.¹⁵ Daarnaast is het gevolg dat deze mogelijkheid ten koste gaat van alle andere schuldeisers, nu de weigerende schuldeiser volledige betaling kan eisen en dit mogelijk alsnog tot een faillissement leidt.¹⁶

Ook aandeelhouders spelen een cruciale rol in herstructureringen. Door de financiële problemen van de onderneming, is de waarde van de onderneming vaak minder dan de schulden. Aandeelhouders ontvangen daardoor geen uitkering in geval van faillissement. Middels een *debt-for-equity-swap* kunnen schuldeisers aandelen van de onderneming krijgen en op een later moment profiteren van de waardestijging van de onderneming. Zittende aandeelhouders zijn vaak huiverig voor een *debt-for-equity-swap* en zullen hier niet aan meewerken, nu dit in de praktijk kan leiden tot een verwatering of veelal onteigening van hun aandelenbelang. De aandeelhouders kunnen een aandelenuitgifte weigeren door niet in te stemmen met het besluit in de algemene vergadering of hun voorkeursrecht uit te oefenen, waardoor de herstructurering wordt verhinderd.¹⁷

Daarnaast kunnen schuldeisers die op de hoogte zijn van de financiële problemen van de onderneming beslag leggen of faillissementsaanvragen indienen, wat de herstructurering bemoeilijkt. Ter verdediging wordt daarom in de praktijk vaak surseance van betaling aangevraagd door de schuldenaar. De surseance aanvraag wordt namelijk eerst behandeld, waardoor de schuldenaar in beginsel meer tijd heeft om de herstructurering voort te zetten.¹⁸ Echter, surseance van betaling blijkt in de praktijk een voorportaal van faillissement. Reden hiervoor is dat surseance van betaling niet toeziet op preferente schuldeisers en separatisten en zij vaak de belangrijkste schuldeisers zijn om mee te krijgen, om een herstructurering van de schuldenlast te laten slagen.¹⁹

De WHOA heeft hier verandering in gebracht en is specifiek gericht op het verbeteren van de herstructureringsmogelijkheden voor ondernemingen in financiële moeilijkheden en beoogt het vereenvoudigen van schuldherstructureringen door middel van onderhandelingen tussen partijen. Zodra het akkoord door de schuldenaar is ingericht en wordt aangeboden aan de

¹⁵ Vriesendorp & Salah 2020, p. 205-216.

¹⁶ Vriesendorp & Salah 2020, p. 205-216. Zie ook artikel 287a Fw.

¹⁷ Vriesendorp & Salah 2020, p. 205-216

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

schuldeisers en aandeelhouders, dan kunnen zij stemmen over het akkoord. Na de stemming kunnen schuldeisers schriftelijk hun zienswijze delen over de verzochte homologatie.²⁰

Het gerechtelijke akkoord, dat door de WHOA is ingevoerd, functioneert als ultimatum remedium, om schadelijk *hold out*-gedrag te voorkomen.

2.3. *Tussenconclusie*

De WHOA betreft een dwangakkoord buiten faillissement ten behoeve van de herstructurering van schulden van ondernemingen die zich in financieel zwaar weer bevinden. Door invoering van de WHOA is het mogelijk om ook preferente schuldeisers, separatisten en aandeelhouders onvrijwillig aan het akkoord te binden. Homologatie moet plaatsvinden via de rechter.

²⁰ Vriesendorp & Salah 2020, p. 205-216.

HOOFDSTUK 3: Financiering onder de WHOA

3.1. WHOA-procedure

Wanneer een onderneming zich in financieel zwaar weer bevindt, maar nog levensvatbare²¹ activiteiten uitoefent, kan de schuldenaar een WHOA-procedure starten voor het herstructureren van de schuldenlast. De schuldenaar dient zich in een toestand te verkeren waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat hij niet langer aan de schuldenlast kan voldoen.²² De schuldenaar kan in dat geval een akkoord aanbieden aan zijn schuldeisers en aandeelhouders dat voorziet in een wijziging van hun rechten, wat vervolgens door de rechter moet worden gehomologeerd.²³ In paragraaf 3.4.4.1. wordt nader toegelicht wat een wijziging van rechten inhoudt.

Daarnaast kunnen schuldeisers, aandeelhouders, de ondernemingsraad en de personeelsvertegenwoordiging op eigen initiatief een verzoek indienen bij de rechtbank voor een akkoord, waarna een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen. De herstructureringsdeskundige kan hen vervolgens een akkoord aanbieden. De schuldenaar kan, zolang een herstructureringsdeskundige is aangewezen, geen akkoord aanbieden aan de schuldeisers en aandeelhouders.²⁴ De schuldenaar kan de herstructureringsdeskundige wel verzoeken een akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders aan te bieden.²⁵

Als start van de procedure moet de schuldenaar een verklaring ter griffie aan de rechtbank deponeren. Pas als hieraan is voldaan kan het akkoord aan de schuldeisers en aandeelhouders worden aangeboden en uiteindelijk om homologatie worden verzocht aan de rechtbank.²⁶

²¹ Voor een niet levensvatbare onderneming kan eveneens de WHOA worden toegepast. De WHOA biedt de mogelijkheid tot homologatie van een liquidatieakkoord. In plaats van gerechtelijke vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement, is sprake van buitengerechtelijke contractuele vereffening van de boedel ten behoeve van de schuldenaars met als doel de onderneming te staken. Zie L. Dieren-Muller, van, 'Enkele opmerkingen over het liquidatieakkoord uit de WHOA', *Hero 2021*, Online-hero.nl 21 mei 2021.

²² Art. 370 lid 1 Fw.

²³ Art. 384 Fw.

²⁴ Art. 371 lid 1 juncto art. 370 lid 1 Fw. Zie ook Sigtenhorst, van den, in: T&C Insolventierecht, commentaar op art. 371 Fw (online, bijgewerkt 1 september 2022).

²⁵ Sigtenhorst, van den, in: T&C Insolventierecht, commentaar op art. 371 Fw (online, bijgewerkt 1 september 2022).

²⁶ Art. 370 lid 3 juncto art. 376 lid 1 Fw.

Vóór het indienen van het akkoord worden schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen ingedeeld, voor zover zij zich niet in een vergelijkbare positie bevinden. De schuldeisers met vergelijkbare positie, zoals bijvoorbeeld financiers met zekerheidsrechten of separatisten, worden in beginsel in dezelfde klasse ingedeeld.²⁷ Vergelijkbare klassen kunnen ook nader worden onderverdeeld.

De aanbieder van het akkoord heeft in beginsel een grote vrijheid ten aanzien van de klassenindeling en de onderverdeling. De wet bevat in beginsel geen beperkingen, behalve ten aanzien van het bij elkaar in dezelfde klasse onderbrengen van partijen die te erg van elkaar verschillen. Schuldeisers en aandeelhouders mogen niet in eenzelfde klasse worden ingedeeld indien de rechten die zij hebben in faillissement en/of die zij aangeboden krijgen onder het akkoord, zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is.²⁸

Een hard criterium daarbij is dat schuldeisers en aandeelhouders die bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar een verschillende rang zouden hebben, in afzonderlijke klassen moeten worden ingedeeld.²⁹

Daarnaast is in geval een intercreditor agreement de bij overeenkomst overeengekomen rangorde bepalend.³⁰

De verschillende klassen moeten voor of tegen het akkoord stemmen en de inhoud van het akkoord moet voorzien zijn van alle informatie die stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders nodig hebben om tot een stemming te kunnen komen.³¹

Indien ten minste één klasse voor het akkoord stemt, dan kan de rechtbank worden verzocht om het akkoord te homologeren. Het dient een klasse te zijn die *'in the money is'*, wat inhoudt dat de klasse bestaat uit schuldeisers die naar verwachting in geval van faillissement een uitkering in geld zouden ontvangen.³² Een klasse heeft voor het akkoord gestemd indien ten minste twee derde van de klasse in waarde voor het akkoord stemt.³³ Dit houdt in dat het deel van de klasse dat tegen stemt en de overige klassen van schuldeisers die tegen het akkoord stemmen, onvrijwillig gebonden kunnen worden aan het door de rechtbank gehomologeerde akkoord.³⁴

²⁷ Art. 374 lid 1 Fw.

²⁸ Art. 374 Fw.

²⁹ Sigtenhorst, van den, in: T&C Insolventierecht, commentaar op art. 374 Fw, (online, bijgewerkt 22 oktober 2023).

³⁰ Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519, *JOR* 2022/4, r.o. 10.18.

³¹ Art. 375 Fw.

³² Moulen Janssen 2020/3.3.8.1.

³³ Art. 381 en 383 Fw.

³⁴ Art. 385 Fw.

De mogelijkheid bestaat voor schuldeisers om een verzoek tot afwijzing in te dienen bij de rechtbank. Daarnaast kan de rechter zelf de homologatie van een akkoord weigeren. Een aantal van deze weigeringsgronden worden in de volgende paragraaf toegelicht.³⁵

3.2. *Verplichting tot doorfinanciering voor bedrijfsmatige financiers*

De WHOA kent verschillende antimisbruikbepalingen, gebaseerd op de Chapter en de Scheme.³⁶ Deze bepalingen beschermen met name schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd. Het uitgangspunt is dat de wetgever niet wil dat het akkoord oneerlijk en onredelijk uitpakt voor tegenstemmende schuldeisers en aandeelhouders.³⁷ Hierna worden de antimisbruikbepalingen ofwel weigeringsgronden kort toegelicht:

- *No creditor worse off / Best interest of creditors*: dit houdt in dat getoetst moet worden of schuldeisers die tegen het akkoord hebben gestemd, geen slechtere positie mogen hebben onder het akkoord dan wanneer sprake zou zijn van een vereffening van het vermogen bij een faillissement.³⁸
- *Absolute priority rule*: deze regel ziet toe op een eerlijke en gelijkwaardige verdeling. De *absolute priority rule* vereist dat een tegenstemmende klasse van schuldeisers of aandeelhouders volledig moet worden voldaan met dezelfde of gelijkwaardige middelen, in geval een lager gerangschikte stemklasse een uitkering ontvangt of een belang mag behouden onder het akkoord. De hoogst gerangschikte klasse moet eerst worden voldaan.³⁹
- *Cash out-option*: (niet-bedrijfsmatige) schuldeisers zonder zekerheidsrecht die tegen het akkoord hebben gestemd, in een klasse zijn ingedeeld die tegen het akkoord heeft gestemd en in het geval van een faillissement een uitkering in geld kunnen verwachten, moeten de keuze hebben ook voor een uitkering in geld te kunnen kiezen onder het akkoord.⁴⁰

³⁵ Art. 384 lid 2, 3 en 4 Fw.

³⁶ Vriesendorp & Salah 2020.

³⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 17 (MvT).

³⁸ Art. 384 lid 3 Fw.

³⁹ Art. 384 lid 4 sub bFw.

⁴⁰ Art. 384 lid 4 sub c Fw.

3.2.1. *Cash out-optie: geseceerde en ongesecerde vorderingen*

Reden voor het invoeren van de *cash out*-optie is dat schuldeisers die tegen het akkoord hebben gestemd hierdoor niet gedwongen kunnen worden om in de onderneming te blijven investeren, terwijl zij bij faillissement van de schuldenaar wel een uitkering in geld zouden ontvangen.⁴¹ Deze optie bestaat niet voor schuldeisers met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek, voor zover het een bedrijfsmatige financier betreft.⁴² Dit is uitgesloten middels een amendement op de WHOA.⁴³

Anders dan bij een surseance akkoord en faillissement, kan een WHOA-akkoord ook zien op een aanpassing van de rechten van de preferente en zekerheidsgerechtigde schuldeisers.⁴⁴

De reden voor het uitsluiten van een *cash out*-optie voor bedrijfsmatige financiers met zekerheidsrecht is dat de wetgever vreesde voor schadelijk *hold out*-gedrag, gelet op het feit dat bedrijfsmatige financiers met zekerheidsrecht veelal ‘*in the money*’ zijn. Het recht op een *cash out*-optie voor bedrijfsmatige financiers met zekerheidsrecht kan schadelijk zijn, omdat zij meestal een groot bedrag uitgekeerd krijgen in contanten in geval van faillissement. Indien een grote groep schuldeisers contant geld eist, kan de totstandkoming van een akkoord onmogelijk worden gemaakt, voor zover geen andere financier kan worden gevonden, en de herstructurering worden geblokkeerd.⁴⁵

Een verbod op toepassing van de *cash out*-optie voor bedrijfsmatige financiers geldt alleen ten aanzien van het geseceerde deel van de vordering. In de wettekst van artikel 384 lid 4 sub c en d Fw, waaruit een verbod van de *cash out*-optie volgt voor bedrijfsmatige financiers, wordt geen onderscheid gemaakt tussen het geseceerde noch het ongesecerde deel van de vordering. Echter, in de toelichting van het amendement wordt verwezen naar het geseceerde deel van de vordering en de rechtbank sluit hierbij aan.⁴⁶ Bij deze uitleg van artikel 384 lid 4 sub c en d Fw wordt mede gelet op het recht van schuldeisers om een vordering te kunnen verhalen en een betaling in contanten te realiseren, vastgelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: artikel 1 EP EVRM).⁴⁷ De beperking van de

⁴¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 17 (MvT).

⁴² Art. 384 lid 4 sub c en d Fw juncto art. 3:278, lid 1 BW.

⁴³ *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, nr. 24.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 9 (MvT).

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, nr. 24.

⁴⁶ Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329, r.o. 4.32.

⁴⁷ In hoofdstuk 4 wordt dit artikel nader toegelicht.

cash out-optie onder de WHOA vormt in beginsel een inbreuk op dit recht. Deze beperking dient alleen een doel voor zover het gaat om een sterke positie van bedrijfsmatige financiers in geval van faillissement, nu schuldeisers enkel een beroep op de *cash out*-optie kunnen doen indien zij een uitkering in faillissement zouden ontvangen.⁴⁸

Voor het ongesecureerde deel van de vordering van bedrijfsmatige financiers kan de *cash out*-optie wel worden toegepast. Over het algemeen geldt dat de waarde van de uitkering in contanten lager zal zijn nu maar een bepaald percentage wordt uitgekeerd, waardoor een situatie waarbij de bedrijfsmatige financier de herstructurering kan frustreren door toepassing van de *cash out*-optie in de praktijk niet snel zal voorkomen.⁴⁹

3.3. *Onderscheid geldlening en rekening-courantverhouding*

In het kader van de onderzoeksvraag wordt toegelicht wat de civiele aspecten van een geldlening zijn en die van een rekening-courantverhouding. Daarnaast wordt het verschil tussen beide soorten kredieten toegelicht.

Een bedrijfsmatige financier, zoals een bank, kan verschillende soorten vorderingen hebben op een schuldenaar. Zo kan de bank een geldlening hebben waarop een zekerheidsrecht rust, maar ook een rekening-courantfaciliteit.

3.3.1. *Geldlening*

Uit de wet vloeit voort dat bij een overeenkomst van geldlening de ene partij, de uitlener, zich verbindt jegens een andere partij, de lener, om een geldsom te verstrekken. De lener verbindt zich jegens de uitlener om een overeenkomstige geldsom terug te betalen.⁵⁰ Deze obligatoire overeenkomst is een rechtshandeling die tot stand komt door overeenstemmende en onderling afhankelijke wilsverklaringen van ten minste twee partijen.⁵¹

⁴⁸ Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329, r.o. 4.33.

⁴⁹ Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329, r.o. 4.33. Zie ook *Kamerstukken II* 2019/20, 35249, nr. 24.

⁵⁰ Art. 7:129 lid 1 BW.

⁵¹ *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/8.

Het belangrijkste kenmerk van de geldlening is de terugbetalingsverplichting. Deze verplichting is verankerd in de wet en volgens de Hoge Raad staat vast dat voor de ontvanger een terugbetalingsverplichting aan de geldverstrekking is verbonden.⁵²

3.3.2. *Rekening-courantverhouding en -faciliteit*

Een rekening-courant is een boekhoudkundige staat/rekening waarin schulden en vorderingen zijn opgenomen tussen partijen onderling.⁵³ Het doel van een rekening-courantverhouding is het treffen van een regeling voor de afwikkeling van geldvorderingen en -schulden die tussen partijen middels de rekening-courantrekening zijn ontstaan, in plaats van iedere transactie afzonderlijk te behandelen.⁵⁴

Een rekening-courantverhouding heeft vier hoofdkenmerken:⁵⁵

- De rekening-courant wordt aangegaan middels een hulpovereenkomst. Deze overeenkomst regelt de afwikkeling van buiten de overeenkomst bestaande rechtsverhoudingen.
- Alleen het uiteindelijke saldo is verschuldigd. Het is niet mogelijk om afzonderlijke betaling van afzonderlijke posten te verlangen.
- Verrekening van de in de rekening-courant opgenomen vorderingen en schulden vindt van rechtswege plaats, in de volgorde waarin deze voor verrekening vatbaar zijn.
- Het saldo is niet opeisbaar voor zover het niet-opeisbare vorderingen betreft.

Aan de rekening-courantverhouding ligt een hulpovereenkomst ten grondslag. Dit betreft een overeenkomst die enkel een regeling treft voor de afwikkeling van verbintenissen uit andere rechtsverhoudingen en op zichzelf geen bestaande verbintenissen schept.⁵⁶

De hulpovereenkomst in de vorm van een rekening-courantovereenkomst is verder niet van invloed op de inhoud van de vorderingsrechten die in de rekening-courantfaciliteit worden opgenomen. De overeenkomst verbindt partijen enkel om over te gaan tot verrekening van de te vorderen bedragen en leidt niet tot schuldvernieuwing.⁵⁷

⁵² HR 8 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2327 (*Oliemaatschappijarrest/Kaspische Zee*).

⁵³ Art. 6:140 BW.

⁵⁴ Mijnsen & Van Mierlo 2019/1.1.

⁵⁵ Mijnsen & Van Mierlo 2019/1.3.

⁵⁶ Mijnsen & Van Mierlo 2019/2.5.

⁵⁷ Mijnsen & Van Mierlo 2019/2.3.

De rekening-courantverhouding kent verschillende verschijningsvormen. Een veel voorkomende soort rekening-courantverhouding is die tussen de betaaldienstverlener en de betaaldienstgebruiker.⁵⁸

Een bijzondere vorm van de rekening-courantverhouding is de overeenkomst tussen kredietnemer en -gever die de kredietgever verplicht een geldsom aan de kredietnemer te verstrekken, door slechts één verklaring c.q. betalingsopdracht. Door deze verklaring komt een geldlening tot stand. Uit de wet blijkt dat indien is overeengekomen dat de kredietnemer door een enkele verklaring, waaronder een betalingsopdracht, de kredietgever kan verplichten hem een geldsom te verstrekken, dat pas door deze verklaring c.q. betalingsopdracht de geldlening tot stand komt.⁵⁹ Hieruit blijkt het karakter van de hulpovereenkomst van de rekening-courantverhouding, waarna door de verklaring de overeenkomst van geldlening tot stand komt.⁶⁰

De hierboven toegelichte rekening-courantfaciliteit doet zich in de praktijk ook voor tussen bedrijfsmatige financiers en ondernemingen, waarbij de bank als bedrijfsmatige financier het krediet verstrekt aan een onderneming, via de aan een bank gekoppelde rekening. De bank stelt in dat geval een kredietlimiet vast tot een maximumbedrag waarvoor de onderneming geld kan opnemen na het afgeven van een betalingsopdracht.

Voor zowel de geldlening als de rekening-courantfaciliteit kunnen zekerheden worden gevestigd. Hierbij valt te denken aan een pand- of hypotheekrecht, maar ook middels borgstelling. Het gaat om zekerheidsrechten die mede strekken tot hetgeen dat de bank in de toekomst van de onderneming te vorderen zal krijgen.⁶¹ Dit ziet toe op de vordering die ontstaat na de betalingsopdracht.⁶²

3.3.3. *Verschillen*

Een wezenlijk verschil tussen een geldlening en rekening-courantverhouding en -faciliteit is dat bij een rekening-courantverhouding en -faciliteit de geldlening pas tot stand komt na de

⁵⁸ Mijnsen & Van Mierlo 2019/1.1.

⁵⁹ Art. 7:129 lid 2 BW.

⁶⁰ Art. 7:129 lid 1 BW.

⁶¹ Mijnsen & Van Mierlo 2019/13.1.

⁶² Mijnsen & Van Mierlo 2019/13.3.

verklaring c.q. betalingsopdracht. De verplichting tot het verstrekken van een geldlening ontstaat pas na het afgeven van de verklaring. Voor een kredietovereenkomst geldt dat de geldlening en daarmee de verplichting tot het verstrekken van een geldsom direct tot stand komt bij het sluiten van de overeenkomst. De geldsom wordt direct na het sluiten van de overeenkomst of op een afgesproken datum verstrekt aan de kredietnemer.

Bij het sluiten van een rekening-courantovereenkomst committeren de kredietnemer en -gever enkel middels een hulpovereenkomst de rekening-courantverhouding, die de afwikkeling van buiten de overeenkomst bestaande rechtsverhoudingen regelt. In de hulpovereenkomst is enkel overeengekomen dat de kredietnemer door een verklaring c.q. betalingsopdracht de kredietgever kan verplichten (op een later moment) een geldsom te verstrekken.

Een ander verschil is dat het, zoals bepaald in de uitspraak van de Hoge Raad van 29 oktober 2004 niet mogelijk is om (derden)beslag te leggen op het recht van kredietruimte ten laste van de kredietnemer onder de bank.⁶³ Het derdenbeslag treft dus niet het toegezegde, maar het nog ongetrokken krediet onder de bank.⁶⁴

3.4. *Toepassing van de WHOA bij een (ongetrokken) rekening-courantfaciliteit*

Zoals in paragraaf 3.2. aan bod is gekomen, bestaat onder de WHOA een *cash out*-optie voor stemgerechtigde schuldeisers. Bedrijfsmatige financiers met zekerheidsrecht en separatisten hebben deze optie niet ten aanzien van het gecureerde deel van hun vordering. Dit geldt ten aanzien van bestaande vorderingen en in een recent homologatievonnis is aan bod gekomen hoe dit werkt ten aanzien van een reeds gecommitteerde, maar ongetrokken, rekening-courantfaciliteit. Dit onderzoek beperkt zicht tot het gecureerde gedeelte van de rekening-courantfaciliteit.

Voordat hierna het homologatievonnis van scheepsbouwer IHC wordt behandeld, komt eerst aan bod of het mogelijk is om nieuwe verplichtingen op te leggen aan bedrijfsmatige financiers onder een WHOA-akkoord. Deze term komt ook terug in de argumentatie van de verzoekster en de rechtbank.

⁶³ HR 29 oktober 2004, LJN AP4504, NJ 2006/203 (*Van der Berg/Van der Walle*).

⁶⁴ Mijnsen & Van Mierlo 2019/11.3.

3.4.1. *Nieuwe verplichtingen onder de WHOA*

Een interessante kwestie is of een akkoord zoals de WHOA nieuwe verplichtingen kan opleggen aan schuldeisers en aandeelhouders. Het wijzigen van rechten van beide categorieën vermogensverschaffers houdt een herformulering in van bestaande rechten en plichten van partijen. De scheidingslijn tussen herformuleren en het opleggen van nieuwe verplichtingen is dun.⁶⁵

Gelet op het bovenstaande moet telkens een onderscheid worden gemaakt tussen bestaande en nieuwe verplichtingen. Uit rechtspraak blijkt dat een WHOA-akkoord naar zijn aard en strekking over het algemeen betrekking heeft op de herstructurering van schulden en niet zal inhouden dat aan schuldeisers een nieuwe financiële verplichting wordt opgelegd.⁶⁶ Tollenaar en Mennens onderschrijven dit. Volgens hen moet het niet mogelijk zijn om schuldeisers, tegen hun wil in, nieuwe financiële verplichtingen op te leggen, gelet op “*de notie van het akkoord als insolventiesysteem*”.⁶⁷ De bepalingen die in het voorontwerp van de WHOA stonden ten aanzien van het opleggen van nieuwe (extra) financiële verplichtingen aan aandeelhouders zijn na kritiek immers geschrapt.⁶⁸

Tot slot merkt Zijderveld in zijn recente noot bij het homologatievonnis van 3 augustus 2023 ten aanzien van nieuwe financiële verplichtingen op dat het feit dat de procureur-generaal bij de Hoge Raad overweegt om een buitengewoon rechtsmiddel in te stellen ten aanzien van het opleggen van (toekomstige) financiële verplichtingen aan financiers, aangeeft dat het allesbehalve vanzelfsprekend is dat middels een WHOA-akkoord financiële verplichtingen voor de toekomst worden opgelegd aan schuldeisers.⁶⁹

3.4.2. *Jurisprudentie: IHC*

In paragraaf 3.3.2. hebben we gezien dat een rekening-courantfaciliteit wezenlijk anders is dan een overeenkomst van geldlening, nu het gaat om reeds gecommitteerde (hulp)overeenkomst, waarvan de vordering pas op een later moment ontstaat na het afgeven

⁶⁵ Mennens 2020/7.3.6.

⁶⁶ Rb. Midden-Nederland 3 augustus 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:4187, *JOR* 2023/299, m.nt. C.R. Zijderveld.

⁶⁷ Mennens 2020/7.3.6.

⁶⁸ Mennens 2020/7.3.6.

⁶⁹ Rb. Midden-Nederland 3 augustus 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:4187, *JOR* 2023/299, m.nt. C.R. Zijderveld.

van een verklaring c.q. betalingsopdracht. Daarnaast wordt in de hulpovereenkomst een maximumbedrag van de rekening-courantfaciliteit afgesproken en kan het voorkomen dat een deel van de faciliteit onbenut blijft. Over een dergelijke situatie heeft de rechter inmiddels een oordeel geveld in de *IHC*-casus.⁷⁰ Een rechtsvraag die in het vonnis van Rechtbank Rotterdam op 9 maart 2023⁷¹ aan bod is gekomen luidt als volgt:

“Kan voortzetting van financiering worden afgedwongen onder de WHOA?”

Het gaat het om een publieke WHOA van scheepsbouwer IHC, die verschillende faciliteiten en financieringen heeft aangetrokken middels verschillende overeenkomsten bij bankenconsortium, waaronder Rabobank. Wegens herstructurering heeft IHC een akkoord aan haar financiers aangeboden en Rabobank heeft toegestemd. IHC zou een winstgevende dochteronderneming verkopen en de verkoopopbrengst gebruiken om de schuldenlast te verlagen. Echter, de aandelen in de te verkopen dochteronderneming waren verpand aan het bankenconsortium. Voor de wijzigingen die IHC onder de WHOA voorstelde, zoals het herstructureren van de kredietovereenkomst, de intercreditor agreement (ICA) en de verkoop van de dochteronderneming, was toestemming van alle banken vereist (*all lenders consent*).⁷²

Rabobank en Lloyds Bank plc hebben tegen het akkoord gestemd, daarnaast heeft National Westminster Bank plc zich van stemming onthouden.⁷³ Rabobank stelde dat de uitvoering van het akkoord een wijziging inhield van de contractuele afspraken, waardoor het contractuele unanimititeitsvereiste (*all lenders consent*) werd doorkruist. Daarnaast stelt Rabobank dat het akkoord toekomstige vorderingsrechten of toekomstige verplichtingen oplegt aan schuldeisers, terwijl via de WHOA in beginsel geen toekomstige financiële verplichtingen aan schuldeisers kunnen worden opgelegd. Zie in dat kader ook paragraaf 3.4.1. inzake nieuwe verplichtingen. Rabobank stelt dit omdat zij onder het akkoord door de rechtbank wordt verplicht het ongetrokken deel van de reeds gecommiteerde rekening-courantfaciliteit vooralsnog te verstrekken.⁷⁴ Daarnaast stelt Rabobank dat als het ongetrokken deel van de rekening-courantfaciliteit kan worden beschouwd als bestaand recht, dat middels de WHOA

⁷⁰ Zie ook hoofdstuk 1 voor een korte toelichting van deze casus.

⁷¹ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (*IHC*).

⁷² Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *NJ* 2023/184, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*IHC*).

⁷³ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *NJ* 2023/184, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*IHC*), r.o. 3.5.

⁷⁴ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *NJ* 2023/184, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*IHC*).

voor alsnog geen toekomstige verplichtingen aan schuldeisers kunnen worden opgelegd. Zij verwijst hierbij naar de Hoge Raad uitspraak van 29 oktober 2004, waaruit blijkt dat beslag leggen op kredietruimte niet is toegestaan.⁷⁵

De rechtbank heeft het akkoord desondanks gehomologeerd, omdat zij geen aanleiding ziet om het akkoord af te wijzen op basis van de wettelijke afwijzingsgronden van artikel 384 Fw.⁷⁶ Zij achtte dit aanvaardbaar, nu de kredietvoorwaarden niet wezenlijk werden gewijzigd. De kredietruimte werd verlaagd en er werden vervangende garanties verstrekt. De rechtbank meent daarom dat het akkoord geen nieuwe verplichtingen oplegt aan schuldeisers.⁷⁷

De rechtbank oordeelt dat de WHOA ruimte biedt voor een akkoord dat ertoe leidt dat kredietverstrekkers worden verplicht op basis van reeds bestaande kredietfaciliteiten in de toekomst het werkkapitaal te blijven financieren. Volgens de rechtbank is in dergelijke gevallen relevant:⁷⁸

- I. In hoeverre de verplichtingen waaronder die financiering plaatsvindt wezenlijk wijzigen; en
- II. in hoeverre de, in het kader van het akkoord, beoogde (overige) wijzigingen van de kredietdocumentatie passen in de lijn van artikel 370 lid 1 Fw.⁷⁹

Art. 370 lid 1 Fw ziet toe op een “wijziging van rechten”. Dit houdt in dat “*als schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, kan hij zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten en dat door de rechtbank overeenkomstig artikel 384 kan worden gehomologeerd.*”⁸⁰

Met betrekking tot het eerste criterium overweegt de rechtbank dat enkel de beschikbare limieten binnen de verstrekte kredietfaciliteiten worden verlaagd. Dit betekent dat de bestaande commitments worden verlaagd op basis van de reeds gecommiteerde rekening-courantovereenkomst. Hoewel daaruit volgens de rechtbank een toekomstige

⁷⁵ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (*IHC*), r.o. 4.5.

⁷⁶ Art. 384 lid 2 Fw. Zie ook Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (*IHC*).

⁷⁷ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (*IHC*).

⁷⁸ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (*IHC*), r.o. 4.6.

⁷⁹ Indien wijziging middels artikel 370 lid 1 Fw niet mogelijk is, dan vervalt in die zin de verplichting om in de toekomst financiering te blijven verstrekken.

⁸⁰ Art. 370 lid 1 Fw.

vordering/betalingsverplichting uit voortvloeit, beschouwt de rechtbank dit als een bestaande verplichting op basis van de overeenkomst en geen nieuwe financiële verplichting die op basis van het akkoord wordt opgelegd. Daarnaast meent de rechtbank dat Rabobank niet slechter af is onder het akkoord dan in geval van faillissement.⁸¹ Dit wordt nader toegelicht in de volgende paragraaf.

Met betrekking tot het tweede criterium overweegt de rechtbank dat gezien de beoogde flexibiliteit en doel van de WHOA, alsmede de ratio van artikel 370 lid 1 Fw moet worden uitgegaan van een ruime opvatting van “wijziging van het (vorderings-)recht” in geval het gaat om een wijziging van een reeds bestaand bij overeenkomst vastgelegd vorderingsrecht.⁸²

3.4.3. *Toepassing WHOA*

Op basis van de toegelichte rechtspraak in paragraaf 3.4.2. kan een bedrijfsmatige financier met zekerheidsrecht, die een rekening-courantfaciliteit is aangegaan met de onderneming wel degelijk slechter af zijn onder het akkoord dan in geval van faillissement. Financiers worden namelijk verplicht tot doorfinanciering van het ongetrokken deel van de rekening-courantfaciliteit na homologatie van het akkoord, op voorwaarde dat dit volgens de rechtbank in lijn is met de reeds bestaande commitment. De gedachte van de rechtbank hierachter is dat de financier zich al heeft gecommitteerd om tot een bepaald bedrag te financieren, ondanks dat de geldsom nog niet is verstrekt. Volgens de rechtbank legt de WHOA geen verzwaarde verplichting op aan de financiers, nu de gecommitteerde limieten onder de rekening-courantfaciliteiten in geval van de *IHC*-casus aanzienlijk zijn verlaagd. Volgens de rechtbank zou door een ander oordeel het gebruik van de WHOA bij gesyndiceerde kredieten niet doeltreffend zijn.⁸³

3.4.4. *Wijzigen van rechten, plichten en bevoegdheden onder de WHOA*

Een belangrijke kwestie waar de rechtbank in het *IHC*-vonnis een oordeel over heeft geveld is of een bedrijfsmatige financier met zekerheidsrecht verplicht kan worden om de wederpartij door te financieren. Zoals hiervoor besproken meent de rechtbank van wel, ook als sprake is

⁸¹ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (*IHC*), r.o. 4.7.

⁸² Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (*IHC*), r.o. 4.9.

⁸³ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (*IHC*).

van een reeds gecommiteerde rekening-courantfaciliteit waarvan de geldsom nog niet is verstrekt aan de wederpartij. Dit is een opmerkelijk vonnis, nu in de WHOA geen specifieke bepaling is opgenomen die dit mogelijk maakt met betrekking tot de rekening-courantfaciliteit.

Tegelijkertijd is de vraag of een specifieke bepaling wel nodig is of dat het door de rechtbank toegepaste artikel 370 lid 1 Fw voldoende houvast biedt.

3.4.4.1. *Artikel 370 Fw*

Om doorfinanciering ten aanzien van het ongetrokken deel van de rekening-courantfaciliteit te rechtvaardigen onder de WHOA, heeft de rechtbank gekozen voor de route van artikel 370 Fw. Zoals in paragraaf 3.4.2. is toegelicht betreft dit een algemene bepaling met betrekking tot de wijziging van rechten van schuldeisers en aandeelhouders. Uit de wettekst valt enkel op te maken dat indien de schuldenaar zich in een toestand verkeert waarin aannemelijk is dat hij de schuldenlast niet meer zal kunnen dragen, de schuldenaar een akkoord kan aanbieden dat voorziet in de wijziging van rechten.

Zowel de rechtbank Amsterdam als de rechtbank Rotterdam hebben bij het toepassen van deze route een beroep gedaan op de beoogde flexibiliteit van de WHOA en de ratio van artikel 370 Fw.⁸⁴

De reden voor het ruime toepassingsbeleid van deze bepaling zou zich kunnen vinden in de wetsgeschiedenis. In de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) bij artikel 370 Fw is uitstel van betaling benoemd als rechtvaardigingsgrond voor een mogelijke wijziging van rechten. Dit houdt in dat de schuldenaar langer de tijd krijgt om aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen en het recht van de schuldeiser tot het afdwingen van betaling op de eerder overeengekomen datum komt te vervallen.⁸⁵ Daarnaast is in de MvT opgenomen dat tegenstemmende schuldeisers (zonder geseceerde vordering) onder voorwaarden een *cash out*-optie moeten kunnen toepassen. Dit betekent dat bedrijfsmatige financiers met een geseceerde vordering kunnen worden gedwongen tot doorfinanciering, ook indien zij tegen het akkoord stemmen. Daarbij wordt wel opgemerkt dat dit niet betekent dat een bedrijfsmatige financier met geseceerd recht in het oneindige of voor een onredelijk lange

⁸⁴ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (*IHC*) en Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519, *JOR* 2022/4, m.nt. R. van den Sigtenhorst.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 33-34.

termijn kan worden gedwongen tot doorfinanciering. Hierbij wordt een verwijzing gemaakt naar de *no creditor worse off*-test.⁸⁶

Volgens de rechtbank Rotterdam kan een reeds gecommiteerde (ongetrokken) rekening-courantfaciliteit worden aangepast onder het akkoord op grond van artikel 370 Fw.⁸⁷ In de literatuur roept deze ruime benadering vragen op, nu enerzijds duidelijkheid wordt verschaft over de mogelijkheden van verplichting tot doorfinanciering en anderzijds het toepassingsbereik van deze wetsingang oneindig wordt. Ondanks de criteria die de rechtbank geeft, toegelicht in paragraaf 3.4.2., wordt ook de ongetrokken rekening-courantfaciliteit middels dit artikel 370 Fw aangepast onder het akkoord en in de literatuur is discussie ontstaan over de vraag of dit artikel zich daar wel voor leent. Dit heeft te maken met het karakter van een rekening-courantovereenkomst ten aanzien van een geldleningsovereenkomst zoals besproken in paragraaf 3.3.2.

Van de Wakker ziet het ongetrokken deel van de rekening-courantfaciliteit als een toekomstig (vorderings)recht en is van mening dat toekomstige rechten en vorderingen, waarvan de tegenprestatie nog niet is verricht, niet via de wetsingang van artikel 370 Fw moet kunnen worden gewijzigd. Naar zijn mening moet hiervoor worden aangesloten bij artikel 373 Fw.⁸⁸ In de volgende paragraaf wordt dit toegelicht.

Verstijlen is eveneens van mening dat artikel 370 Fw ongeschikt is om in te zetten bij het wijzigen van een reeds gecommiteerde (ongetrokken) rekening-courantfaciliteit. Hij merkt op dat in het oordeel van de rechtbank Rotterdam sprake dreigt te zijn van een spraakverwarring. Het artikel ziet namelijk toe op de rechten van schuldeisers die kunnen worden gewijzigd, terwijl het verstrekken van de financiering van Rabobank aan IHC volgens Verstijlen een verplichting is. De geldsom hoeft pas ter beschikking te worden gesteld zodra de kredietfaciliteit benut wordt. Zoals in paragraaf 3.3.2. is toegelicht ontstaat de vordering pas op het moment dat de verklaring c.q. betalingsopdracht is afgegeven en de terugbetalingsverplichting op het moment dat de geldsom daadwerkelijk is verstrekt.⁸⁹

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 33. Zie ook Schuijling, Van Wingerden & Frenken 2023/17.2.

⁸⁷ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (*IHC*).

⁸⁸ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *JOR* 2023/193, m.nt. F.A. van de Wakker.

⁸⁹ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *NJ* 2023/184, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*IHC*). Zie ook HR 29 oktober 2004, LJN AP4504, *NJ* 2006/203, m.nt. H.J. Snijders (*Van der Berg/Van der Walle*).

De verwarring die hier ontstaat is dat artikel 370 Fw toeziet op de wijziging van rechten van schuldeisers en niet op verplichtingen van de wederpartij, zoals de rechtbank het artikel nu toepast.

De mening van Verstijlen is mijns inziens correct. De reeds gecommiteerde ongetrokken rekening-courantfaciliteit kan niet worden gezien als een (toekomstig) recht. Anderzijds kan worden betoogd dat bij een reeds gecommiteerde rekening-courantfaciliteit, geen sprake is van een recht noch een verplichting, mits de kredietruimte niet of niet volledig is benut. Het is enkel een bevoegdheid die is ontstaan op basis van de rekening-courantovereenkomst en dat is wezenlijk iets anders.

Gelet op het doel van de WHOA, dat gericht is op het vereenvoudigen van schuldherstructureringen voor ondernemingen in financiële problemen, kan worden betoogd dat op deze wijze de wet te strikt wordt geïnterpreteerd indien de zienswijze van Verstijlen wordt gevolgd.

3.4.4.2. *Bevoegdheden rechter*

De ruime benadering van artikel 370 Fw waarvoor de rechtbank kiest in het kader van een reeds gecommiteerde (ongetrokken) rekening-courantfaciliteit roept vragen op. Als geen sprake is van een toekomstig (vorderings)recht, maar van een verplichting, dan roept deze ruime benadering waarvoor de rechtbank in dergelijke situaties kiest de volgende vraag op:

“Waar ligt de grens ten aanzien van het wijzigen van toekomstige verplichtingen?”

Eenzijds wordt in de wetsgeschiedenis aangegeven dat een geseceerd bedrijfsmatige financier niet tot in het oneindige of voor een onredelijk lange termijn kan worden gedwongen om de onderneming door te financieren, anderzijds wordt door het oordeel van de rechtbank Rotterdam de verplichting tot doorfinanciering voor bedrijfsmatige financiers uitgebreid tot het omzetten van bevoegdheden en/of toekomstige verplichtingen in nieuwe financieringen.

Mijns inziens kan het verplichten van een bedrijfsmatige financier met zekerheidsrecht tot het uitbetalen van het ongetrokken deel van de rekening-courantfaciliteit juist als een vorm van oneindige en onredelijke financiering worden beschouwd, wat zou betekenen dat het *IHC-*

vonnis in strijd is met de wet. Indien de ruime opvatting van artikel 370 Fw wordt toegepast, worden ook toekomstige verplichtingen in het akkoord betrokken. Dit kan een onredelijke uitwerking hebben voor schuldeisers, nu zij worden verplicht een financiering te verstrekken die hoger is dan het reeds getrokken bedrag van de rekening-courantfaciliteit. Dit is anders dan een wijziging van de voorwaarden van een reeds bestaande overeenkomst van geldlening, nu in die situatie het bedrag al is verstrekt aan de schuldenaar voor het akkoord tot stand komt.

De rechtbank Rotterdam geeft als argument dat herstructureren zinloos is als het benutten van het krediet, en specifiek het trekken van krediet van een reeds gecommiteerde rekening-courantfaciliteit, niet meer mogelijk is onder een WHOA-akkoord.⁹⁰ Verstijlen is van mening dat dit een gevaarlijk argument is, nu het argument van de rechtbank breed kan worden ingezet als de bij het akkoord betrokken schuldeisers weerstand tonen. Bij vrijwel ieder bezwaar van schuldeisers kan als argument worden ingebracht dat de herstructureren zinledig wordt als aan het bezwaar tegemoet wordt gekomen, waardoor het toepassingsbereik van artikel 370 Fw op deze wijze telkens verder kan worden uitgebreid door de rechter.

Volgens Verstijlen is daarnaast de vraag in hoeverre van Rabobank kan worden verlangd dat zij het krediet zal verstrekken, nu de rekening-courantfaciliteit is overeengekomen toen de concernstructuur nog niet ingrijpend gewijzigd was. De vraag is of het redelijk is om Rabobank in de onderliggende casus te verplichten tot doorfinanciering, terwijl zij de rekening-courantfaciliteit zijn overeengekomen toen het wezenlijk om een andere onderneming ging en onder wezenlijk andere financieringsvoorwaarden zijn overeengekomen. De rechtbank ziet hier geen probleem in, nu de kredietruimte is verlaagd, meer zekerheden zijn bedongen en Rabobank een hogere rente zal ontvangen.⁹¹

Nu bij toepassing van de WHOA geen mogelijkheid tot cassatie noch hoger beroep open staat, kan in beginsel niet worden getoetst of de WHOA-rechters het verkeerde criterium toepassen.⁹² Een mogelijkheid die wel bestaat en eveneens door Verstijlen in zijn noot wordt benoemd is cassatie in het belang der wet, nu in beginsel geen gewoon rechtsmiddel meer

⁹⁰ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *NJ* 2023/184, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*IHC*), r.o. 4.9.

⁹¹ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *NJ* 2023/184, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*IHC*).

⁹² J. Beerens, 'Geen hoger beroep mogelijk tegen afgewezen WHOA-verzoek', *Hero* 2023, Online-hero.nl 17 mei 2023.

open staat.⁹³ Op 14 november 2023 heeft de procureur-generaal bij de Hoge Raad bekend gemaakt dat hij overweegt om cassatie in het belang der wet te vorderen.

3.4.4.3. *Artikel 373 Fw*

Een bepaling in de WHOA die volgens Van de Wakker wel kan worden toegepast voor het wijzigen van overeenkomsten en daaruit voortvloeiende (toekomstige) verplichtingen is artikel 373 Fw. Uit deze bepaling blijkt dat indien de schuldenaar zich in een zogenoemde WHOA-toestand verkeerd, de schuldenaar of een aangewezen herstructureringsdeskundige aan de wederpartij een voorstel kan doen tot wijziging of beëdiging van de overeenkomst. Als de wederpartij niet akkoord gaat met het voorstel, dan kan de schuldenaar de overeenkomst opzeggen. Hiervoor is vereist dat de rechtbank toestemming geeft voor de wijziging of opzegging en het akkoord homologeert.⁹⁴ Indien de wederpartij akkoord gaat met het voorstel, dan kan dit betekenen dat de verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst worden verzwaard. Een essentieel verschil met het oordeel van de rechtbank in het *IHC*-vonnis is dat deze rechtsingang tot het wijzigen van overeenkomsten onder de WHOA er niet toe kan leiden dat andere en zwaardere voorwaarden van toepassing zijn voor de wederpartij, zonder dat de wederpartij hiermee heeft ingestemd.⁹⁵

Deze bepaling wordt in de praktijk voornamelijk ingezet bij het wijzigen van duurovereenkomsten, zoals huurovereenkomsten en de daaruit voortvloeiende toekomstige betalingsverplichtingen.⁹⁶

Of de wetsingang van artikel 373 Fw eveneens geschikt is voor het wijzigen van een gecommiteerde rekening-courantfaciliteit, daar zijn de meningen in de praktijk over verdeeld. Van de Wakker is van mening dat de rechtbank in de *IHC*-casus miskent dat uit het vonnis blijkt dat de verplichting van Rabobank om krediet te verstrekken en daarnaast de terugbetalingsverplichting van IHC pas ontstaat op het moment dat IHC de rekening-courantfaciliteit daadwerkelijk benut en de geldsom wordt uitgekeerd. Van de Wakker meent dat dit betekent dat de besloten verplichtingen in de rekening-courantovereenkomst daardoor kwalificeren als toekomstige verplichtingen uit een (nog niet nagekomen) wederkerige

⁹³ Art. 78 lid 1 en 6 RO. In uitzonderlijke gevallen is het doorbreken van het appelverbod of beoordeling door het EU HvJ mogelijk. Wegens de afbakening van het onderzoek wordt dit niet verder toegelicht.

⁹⁴ Art. 373 lid 1 Fw.

⁹⁵ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *NJ* 2023/184, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*IHC*).

⁹⁶ Feenstra e.a. 2021, p. 245-266.

overeenkomst. Dit zou betekenen dat de gecommiteerde rekening-courantfaciliteit, waarvan de geldsom nog niet is uitgekeerd op het moment dat de WHOA-procedure wordt gestart, naar mening van Van de Wakker enkel via artikel 373 kan worden gewijzigd.⁹⁷

Mijns inziens is dat niet mogelijk, want een wijziging via artikel 373 Fw vereist toestemming van de wederpartij en in de praktijk zal een bedrijfsmatige financier, zoals Rabobank, geen toestemming geven. Als Rabobank vrijwillig meewerkt en toestemming verleent, is het namelijk niet nodig om een WHOA te starten.

Verstijlen sluit gedeeltelijk aan bij de opvattingen van Van de Wakker, tegelijkertijd merkt hij op dat de wettekst van artikel 373 Fw niet voldoende aanknopingspunten biedt om het op deze wijze in te zetten. Het gegeven dat een akkoord wordt aangeboden kan volgens Verstijlen niet worden gebruikt als excuus om verplichtingen niet na te komen. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn, waar wellicht wettelijk ingrijpen voor is vereist, dat indien de schuldenaar kan verzekeren dat hij alle nieuwe verplichtingen kan voldoen, de balans doorslaat in het belang van de schuldenaar. In dat geval zou de wederpartij gedwongen moeten kunnen worden tot doorfinanciering. Op dit moment is de WHOA in dat kader onderontwikkeld en leent de structuur zich hier volgens Verstijlen niet voor.⁹⁸

3.5. *Het karakter van de rekening-courantfaciliteit en het EVRM*

Tot slot wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de WHOA in het licht van het EVRM en dan specifiek ten aanzien van de reeds gecommiteerde ongetrokken rekening-courantfaciliteit. Een ander gezichtspunt is namelijk of het verplichten tot doorfinanciering onder de WHOA ten aanzien van een reeds gecommiteerde ongetrokken rekening-courantfaciliteit onder het EVRM tot problemen leidt.

Het EVRM is in 1954 in Nederland in werking is getreden.⁹⁹ Nederland als verdragsluitende staat is daardoor verplicht de in het EVRM verankerde rechten en vrijheden te waarborgen die eenieder heeft onder de rechtsmacht van de verdragsluitende staten. Dit geldt eveneens voor de daaraan toegevoegde protocollen, zoals het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: EP

⁹⁷ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, *JOR* 2023/193, m.nt. F.A. van de Wakker (*IHC*).

⁹⁸ 'Frank Verstijlen | IHC/Rabobank', *Academie voor de Rechtspraak*, *Youtube* 27 juli 2023.

⁹⁹ Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, [Verdragenbank.overheid.nl](https://www.verdragenbank.overheid.nl).

EVRM).¹⁰⁰ Indien de Nederlandse rechterlijke macht niet voldoet aan haar verplichting tot het waarborgen van deze rechten en vrijheden, dan kan het EHRM verzocht worden te oordelen over een vraag of vonnis. Dit geldt ook voor een homologatievonnis onder de WHOA.¹⁰¹

Een belangrijk artikel waarmee een homologatievonnis onder de WHOA in lijn moet zijn is artikel 1 EP EVRM.

Artikel 1 EP EVRM bepaalt dat *“iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.(...)”*.¹⁰²

Het recht op ongestoord genot van eigendom is niet absoluut. Dit betekent dat een inmenging op dit recht mogelijk is, zolang dit gerechtvaardigd is. Zo blijkt uit het artikel dat de staat het eigendomsrecht kan reguleren of over kan gaan tot onteigening indien noodzakelijk en in overeenstemming met het algemeen belang. Het eigendomsbegrip moet ruim worden opgevat, waardoor ook vermogensrechten en zekerheidsrechten hieronder kunnen vallen en bescherming genieten.¹⁰³

In paragraaf 3.2.1 is al kort aan bod gekomen dat de verplichting tot doorfinanciering voor bedrijfsmatige financiers met zekerheidsrecht in beginsel een inbreuk is op artikel 1 EP EVRM. Het recht van schuldeisers om zich voor hun vordering te kunnen verhalen is een zwaarwegend recht dat wordt beschermd. Een inbreuk op dit recht moet dan ook beperkt blijven, maar kan naar het oordeel van rechtbank Midden-Nederland worden gerechtvaardigd.¹⁰⁴

In beginsel is de WHOA in lijn met het EVRM en is een wijziging van rechten conform de WHOA eveneens in lijn met het EVRM. De WHOA bevat namelijk een wettelijke basis voor de inmenging in eigendomsrecht.¹⁰⁵ Hierdoor vormt niet iedere wijziging van rechten als

¹⁰⁰ Mennens 2020/4.2.2. Wegens de afbakening van het onderzoek wordt geen verdere uitleg gegeven over de werking van het EVRM.

¹⁰¹ Mennens 2020/4.2.2.

¹⁰² Artikel 1 EP EVRM.

¹⁰³ Mennens 2020/4.2.3.

¹⁰⁴ Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329, r.o. 4.33.

¹⁰⁵ Mennens 2020/4.2.3.

bedoeld in artikel 370 Fw een inbreuk op artikel 1 EP EVRM, nu artikel 370 Fw als wettelijke basis kan worden beschouwd voor de inmenging in eigendom¹⁰⁶

Indien sprake is van inmenging, dan moet worden getoetst of dit gerechtvaardigd is. De rechtsvaardigheidstoets van het EHRM kent een vast patroon van cumulatieve vereisten:¹⁰⁷

- Inmenging dient bij wettelijk voorschrift te zijn voorzien, waarbij de wettelijke bepaling voldoende duidelijk en toegankelijk moet zijn;
- Inmenging moet het algemeen belang dienen. Hierbij geldt voor nationale autoriteiten een ruime beoordelingsvrijheid (*'margin of appreciation'*) onder het EVRM;
- Inmenging dient proportioneel te zijn. De mate van inmenging moet in redelijke verhouding staan met het gediende belang, ook wel *'fair balance'* genoemd;
- De procedure moet voldoende waarborgen tegen arbitraire beslissingen bevatten voor de betrokkenen. Bij ontneming gelden strengere voorwaarden ten aanzien van de geboden compensatie en indien geen compensatie wordt geboden, dan kan dit ertoe leiden dat niet aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan.¹⁰⁸ Dit hangt samen met de *'fair balance'*-toetsing.¹⁰⁹

Tot op heden zijn nog geen EHRM-uitspraken bekend in WHOA-procedures of soortgelijke pre-insolventieprocedures. In 2004 heeft het EHRM wel uitspraak gedaan in de zaak *Bäck/Finland* inzake een Finse schuldsaneringsprocedure. Deze uitspraak geeft aanknopingspunten over de toepassing van artikel 1 EP EVRM, die ook van belang kunnen zijn bij een WHOA-procedure.¹¹⁰

In de Finse zaak werd op basis van een schuldsaneringswet een vordering van de heer Bäck op zijn schuldenaar afgeschreven. De heer Bäck stelde dat sprake was van onteigening als bedoeld in artikel 1 EP EVRM. Het EHRM is van oordeel dat sprake is van inmenging en doorloopt de rechtvaardigingstoets. Het oordeel van het EHRM was dat inmenging gerechtvaardigd is, nu inmenging het algemeen belang dient en plaatsvindt op basis van Finse wetsvoorschriften. Daarnaast stonden voldoende beroepsmogelijkheden open voor de heer Bäck om zijn belangen te verdedigen.¹¹¹

¹⁰⁶ Mennens 2020/4.2.3.

¹⁰⁷ Mennens 2020/4.2.3.

¹⁰⁸ In geval van ontneming moet compensatie worden geboden die de waarde van het onteigende weerspiegelt.

¹⁰⁹ EHRM 20 juli 2004, 37598/97 (*Bäck/Finland*), r.o. 55

¹¹⁰ EHRM 20 juli 2004, 37598/97 (*Bäck/Finland*).

¹¹¹ EHRM 20 juli 2004, 37598/97 (*Bäck/Finland*).

Op basis van bovengenoemde rechtspraak en de rechtvaardigingstoets, is een wijziging van rechten als bedoeld in artikel 370 Fw onder een WHOA-akkoord in beginsel een geoorloofde inbreuk op het eigendomsrecht. Van een wijziging van rechten, een vorm van inmenging, kan sprake zijn als de voorwaarden van een geldlening worden gewijzigd van een schuldeiser die ‘*in the money*’ is en daaraan economisch nadeel ondervindt of als de vordering (gedeeltelijk) wordt afgewaardeerd, zoals in *Bäck/Finland* het geval is.¹¹²

Het verschil ten aanzien van een wijziging van een (toekomstige) vordering onder artikel 370 Fw en de wijziging van een reeds gecommitteerde ongetrokken rekening-courantfaciliteit, is dat artikel 370 Fw voorziet in een wijziging van rechten en niet in een wijziging van toekomstige verplichtingen. Hetgeen dat in paragraaf 3.4.4.1. ook aan bod is gekomen. Naar mening van Verstijlen en mijns inziens kan een ongetrokken rekening-courantkrediet niet als een toekomstige vordering worden beschouwd. Daarnaast wordt zoals in paragraaf 3.3.2. besproken een rekening-courantfaciliteit aangegaan op basis van een hulpovereenkomst en ontstaat het vorderingsrecht pas op het moment dat de verklaring c.q. betalingsopdracht wordt afgegeven. Dit is een verschil ten aanzien van een overeenkomst van geldlening, waarbij het vorderingsrecht in beginsel direct ontstaat op de afgesproken datum.

Op basis van deze redenering valt het verplichten van een bedrijfsmatige financier met zekerheidsrecht tot het verstrekken van het ongetrokken deel van de rekening-courantfaciliteit, niet onder de reikwijdte van artikel 370 Fw nu geen sprake is van een wijziging van rechten. Dit betekent dat bij het doorlopen van de rechtvaardigingstoets kan worden betoogd dat deze vorm van inmenging niet bij een wettelijk voorschrift is voorzien. Daarnaast kan worden betoogd dat de bepaling niet voldoende duidelijk is, nu gesproken wordt over rechten en de rechtbank Rotterdam in het *IHC*-vonnis ook toekomstige verplichtingen en/of bevoegdheden onder artikel 370 Fw schaart om een WHOA-akkoord te laten slagen.

Indien niet aan een van de vereisten van de rechtvaardigingstoets wordt voldaan, dan zal de toets falen en is inmenging niet geoorloofd. Dit betekent dat als niet bij wet is voorzien in het verplichten van een bedrijfsmatige financier met zekerheidsrecht tot het verstrekken van het

¹¹² EHRM 13 maart 2012, EHCR 2012/127 m.nt. Schild (*Malik/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 105-110. Zie ook Mennens 2020/4.2.3.

ongetrokken deel van de gecommitteerde rekening-courantfaciliteit, dat dit een ongeoorloofde vorm van inmenging als bedoeld in artikel 1 EP EVRM.

3.6. *Tussenconclusie*

In hoofdstuk drie worden verschillende aspecten besproken. In beginsel kunnen bedrijfsmatige financiers met zekerheidsrecht die *'in the money'* zijn in zekere zin worden verplicht tot doorfinanciering ten aanzien van het gecureerde deel van de vordering, nu zij niet de mogelijkheid hebben om een uitkering in geld te ontvangen voor zover zij in geval van faillissement een uitkering in contanten zouden ontvangen.

Vervolgens komt aan de hand van het *IHC*-vonnis aan bod of voortzetting van financiering kan worden verplicht onder de WHOA ten aanzien van een reeds gecommiteerde, maar ongetrokken rekening-courantfaciliteit. Rechtbank Rotterdam oordeelt dat dit mogelijk is via de route van artikel 370 Fw. Dit artikel ziet toe op een wijziging van rechten. Verstijlen meent dat een reeds gecommiteerde ongetrokken rekening-courantfaciliteit niet via artikel 370 Fw kan worden gewijzigd, nu onbenutte deel van de faciliteit geen (toekomstig) vorderingsrecht is. Mijns inziens is dit correct, gelet op het civiel juridische karakter van de rekening-courantfaciliteit dat is toegelicht in voorgaande paragrafen. Het vorderingsrecht ontstaat pas na het afgeven van een verklaring c.q. betalingsopdracht. Concluderend uit het voorgaande moet het ongetrokken deel van de rekening-courantfaciliteit worden beschouwd als een toekomstige verplichting of wellicht een bevoegdheid. Volgens de wettekst van artikel 370 Fw waarin wordt gesproken over een wijziging van 'rechten', kan geen toekomstige verplichting worden gewijzigd onder de WHOA.

Van de Wakker is van mening dat artikel 373 Fw wel kan worden ingezet voor een wijziging van een reeds gecommiteerde ongetrokken rekening-courantfaciliteit. Dit artikel ziet toe op het wijzigen van overeenkomsten en daaruit voortvloeiende (toekomstige) verplichtingen, met toestemming van de wederpartij. Mijns inziens is een wijziging via artikel 373 Fw niet mogelijk, nu een bedrijfsmatige financier geen toestemming zal geven in dergelijke situaties.

Vervolgens komt aan bod of het verplichten tot doorfinanciering onder de WHOA ten aanzien van een reeds gecommiteerde ongetrokken rekening-courantfaciliteit onder het EVRM tot problemen leidt. Mijns inziens is dit het geval. Gelet op het voorgaande kan worden geconcludeerd dat sprake is van een ongerechtvaardigde vorm van inmenging op het eigendomsrecht. Inmenging dient bij wettelijk voorschrift te zijn voorzien en daarvan is geen sprake nu wijziging van een reeds gecommiteerde ongetrokken rekening-courantfaciliteit niet

mogelijk zou moeten zijn via artikel 370 Fw. Dit leidt tot de conclusie dat sprake is van een onrechtvaardige inmenging als bedoeld in artikel 1 EP EVRM.

HOOFDSTUK 4: Rechtsvergelijking

In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de werking van de Amerikaanse Chapter en de Engelse Scheme. Er is gekozen voor een rechtsvergelijking tussen deze twee procedures is omdat de Nederlandse WHOA gebaseerd is op zowel de Chapter als de Scheme. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de mogelijkheden ten aanzien van een doorfinancieringsverplichting bij rekening-courantfaciliteiten onder beide procedures en het opleggen van nieuwe verplichtingen. Aan de hand daarvan wordt een rechtsvergelijking gemaakt. In het kader van de afbakening van het onderzoek zal verder geen uitleg volgen over hoe het Amerikaanse en Engelse rechtssystemen werken en hoe de rechtspraak in beide landen werkt.

4.1. Hoofdpijnen Chapter 11

Chapter 11 van de U.S. Bankruptcy Code 1978 betreft een juridische procedure voor ondernemingen en individuen die zich in financiële moeilijkheden bevinden. Het biedt hen de mogelijkheid om schulden te herstructureren en de bedrijfsactiviteiten voort te zetten. Gedurende de procedure wordt de schuldenaar beschermd tegen haar schuldeisers, terwijl het herstructureringsplan wordt opgesteld en uitgevoerd. Dit wordt ook wel het ‘*debtor in possession*’-principe genoemd.¹¹³ Het Amerikaanse recht wordt als ‘*debtor-friendly*’ gekenmerkt.¹¹⁴

De Amerikaanse akkoordprocedure heeft een judicieel karakter, waarbij de rechter in tegenstelling tot onder de WHOA een actieve rol heeft. Gedurende het proces hebben betrokken partijen ruime mogelijkheden om inspraak te hebben.¹¹⁵

De procedure gaat van start zodra de schuldenaar of haar schuldeisers een verzoekschrift indienen bij een Bankruptcy Court.¹¹⁶ De schuldeisers en aandeelhouders worden ingedeeld in klassen. Schuldeisers kunnen worden gebonden aan het akkoord, waarbij de ‘*best interests of creditors*’-test het uitgangspunt is.¹¹⁷

¹¹³ ‘Chapter 11 - Bankruptcy Basics’, UScourts.gov.

¹¹⁴ Mennens 2020/3.4.3.2.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ §301-303 USBC.

¹¹⁷ Van den Berg 2019/6.3.1.

De rechter kan het akkoord homologeren indien slechts één klasse voor het akkoord heeft gestemd of als niet in alle klassen de vereiste meerderheid is gehaald. Tegen het homologatievonnis staan beroepsmogelijkheden open.¹¹⁸

Gelet op de moderne ontwikkelingen sinds de invoering van de Chapter en de kritiepunten, wordt in de VS gesproken over een mogelijke herziening van de procedure.¹¹⁹

4.1.1. *Verplichting tot doorfinanciering Chapter 11*

De Amerikaanse wetgever heeft een uitzondering opgenomen ten aanzien van de verplichting tot doorfinanciering onder de Chapter.¹²⁰ Dit blijkt uit §365(c)(2) van de U.S. Bankruptcy Code:

“(c)The trustee may not assume or assign any executory contract or unexpired lease of the debtor, whether or not such contract or lease prohibits or restricts assignment of rights or delegation of duties, if—

(...)

(2) such contract is a contract to make a loan, or extend other debt financing or financial accommodations, to or for the benefit of the debtor, or to issue a security of the debtor; or (...).”¹²¹

Kort gezegd betekent dit dat de schuldenaar een keuzemogelijkheid heeft ten aanzien van contracten die door beide partijen nog niet volledig zijn nagekomen om het contract te verwerpen, in stand te houden of het over te doen gaan op een derde. Hiervoor is goedkeuring van de rechter nodig. Het is echter niet mogelijk om een contract te wijzigen zonder toestemming van de wederpartij en wanneer een contract wordt verworpen heeft de wederpartij recht op een schadevergoeding.¹²² Dit betekent dat een rekening-courantfaciliteit

¹¹⁸ Tollenaar 2016/6.1 en 6.15.

¹¹⁹ Mennens 2020/3.4.3.2.

¹²⁰ Van Zanten 2012/7.8.2.

¹²¹ §365(c)(2) USBC.

¹²² Mennens 2020/7.8.2.

niet eenzijdig kan worden gewijzigd door de schuldenaar of door de rechter, laat staan dat zonder toestemming van de wederpartij een nieuwe verplichting kan worden opgelegd. Uit de Amerikaanse wetsgeschiedenis bij §365(c)(2) blijkt dat het uitermate onrechtvaardig en onwillig zou zijn indien een institutionele kredietverstrekker, zoals een bank, gedwongen zou worden om geld te lenen aan een insolvente schuldenaar.¹²³

4.2. *Hoofdlijnen Scheme of Arrangement*

De Scheme is een gerechtelijk dwangakkoord dat dateert uit de 19^e eeuw en vastgelegd in de Companies Act 2006. Het dwangakkoord kan voor verschillende doeleinden worden ingezet. In de praktijk wordt de Scheme zowel bij gezonde ondernemingen in het kader van overnames ingezet, als bij insolvente ondernemingen. In dat geval wordt de Scheme ingezet inzake de herstructurering van schulden van een onderneming aan haar schuldeisers en aandeelhouders. Hoewel de Scheme voor een lange tijd niet meetelde als herstructureringsinstrument, wordt het sinds 2000 veelvuldig gebruikt om ondernemingen in financiële problemen te reorganiseren.¹²⁴

De Scheme is een flexibel (herstructurerings)instrument en de wettelijke regeling is minder judicieel en beknopter dan de Chapter. De rechter heeft gedurende het totstandkomingsproces van het akkoord een actieve rol, waarbij zij toezicht houdt.¹²⁵

Ook de Scheme kent een klassenindeling. Voor homologatie van het akkoord is vereist dat alle klassen instemmen met het akkoord, waarbij een gekwalificeerde meerderheid binnen iedere klasse is vereist.¹²⁶ Dit betekent dat ook onder de Scheme tegenstemmende schuldeisers bij homologatie aan het akkoord kunnen worden. De rechter homologeert het akkoord alleen mits de procedure correct is verlopen en indien de voorwaarden aanvaardbaar zijn.¹²⁷

¹²³ Hearings 858 bij Bankruptcy reform act of 1978.

¹²⁴ Mennens 2020/3.4.3.3.

¹²⁵ Tollenaar 2016/7.2.

¹²⁶ s899(1) Companies Act 2006. Van deze meerderheid is sprake als tenminste de helft van de schuldeisers akkoord is én zij moeten ten minste 75% van de waarde van de vorderingen vertegenwoordigen.

¹²⁷ Re Alabama, New Orleans, Texas and Pacific Junction Railway Company 1891. Zie ook Tollenaar 2016/7.2.

Een vereiste is dat het homologatievonnis wordt ingeschreven in het register.¹²⁸ Tegen het vonnis staan verschillende beroepsmogelijkheden open.¹²⁹

Wegens kritiekpunten op de Scheme is in 2020 het UK Restructuring Plan aangekondigd. Onder deze wetgeving is het mogelijk om alle klassen te binden aan het akkoord, ook indien zij tegenstemmen. Een vereiste is dat minimaal één klasse voor het akkoord stemt.¹³⁰

4.2.1. *Jurisprudentie Scheme of Arrangement*

Een interessante vraag in het kader van de onderzoeksvraag en de rechtsvergelijking met de WHOA is of de Scheme nieuwe verplichtingen aan schuldeisers kan opleggen. Over dit onderwerp zijn in het Verenigd Koninkrijk verschillende uitspraken over geweest door rechters.

In beginsel zou het onder de Scheme niet mogelijk moeten zijn om nieuwe verplichtingen op te kunnen leggen aan schuldeisers.¹³¹ Echter, dit is niet compleet uitgesloten en de rechtspraak schetst een ander beeld. Twee belangrijke uitspraken die in deze paragraaf aan bod komen zijn *Re Apcoa Parking* en de Schotse *Premier Oil* zaak.

In de *Re Apcoa Parking* gaat het om verschillende financiers die een ‘*senior facility*’ aan APCOA hebben verstrekt. Deze faciliteit bestond uit verschillende soorten faciliteiten, waaronder een rekening-courantfaciliteit. Verder gaf de bank verschillende garanties af. Het voorstel was om de ‘*senior facility*’ te vervangen door een nieuwe faciliteit. Een onderdeel van de nieuwe voorgestelde faciliteit was een garantiefaciliteit, waarbij de financiers voor langere tijd aansprakelijk zijn voor de garanties die de bank zou afgeven.

Mr Justice Hildyard had zijn bedenkingen over de toelaatbaarheid van nieuwe verplichtingen onder het akkoord. Als reactie daarop werd het akkoord aangepast, waardoor het beslispunt over deze kwestie wegviel. Mr Justice Hildyard overwoog wel dat het hem waarschijnlijk lijkt dat het de bedoeling is van de regeling om nieuwe verplichtingen op te leggen aan schuldeisers.¹³²

¹²⁸ s899(4) Companies Act 2006.

¹²⁹ Tollenaar 2016/7.14.

¹³⁰ Companies Act 2006, s901 (f)(g) en s901G (3)(4).

¹³¹ *Re APCOA Parking Holdings GmbH* [2014] EWHC 3849 (Ch).

¹³² *Re APCOA Parking Holdings GmbH* [2014] EWHC 3849 (Ch), nr. 164. Zie ook *Re Noble Group Limited* [2018] EWHC 2911 (Ch).

In de Premier Oil zaak bij de Schotse rechtbank kwam de vraag op wat onder nieuwe verplichtingen valt en of het is toegestaan om nieuwe verplichtingen onder de Scheme op te leggen aan schuldeisers. Aan de rechter werd gevraagd te overwegen of verlenging van de vervaldatum van het niet getrokken deel van een reeds bestaande ‘*revolving credit facility*’ (hierna: RCF), soortgelijk aan de rekening-courantfaciliteit, neer kwam op een nieuwe financiering met nieuwe en compleet andere voorwaarden. De vraag was of dit een nieuwe verplichting met zich meebracht.¹³³

Lady Wolffe oordeelde dat de verplichting van financiers om het niet getrokken deel van de RCF alsnog te verstrekken, omdat dit volgens haar een reeds bestaande verplichting was. Lady Wolffe verwees in haar overweging naar *Re Apcoa Parking*, waar Mr Justice Hildyard overwoog dat door zijn oordeel geen twijfel moest bestaan over loutere verlenging of voortzettingen van reeds bestaande faciliteiten, die geen nieuw contract of uitgebreide verplichting met zich mee brengen, zoals het geval kan zijn bij een RCF.¹³⁴

Dit oordeel maakt dus dat het onder de Scheme mogelijk is om bedrijfsmatige financiers te verplichten het niet getrokken deel van de rekening-courantfaciliteit alsnog te verstrekken. Reden hiervoor is dat de rechters dit niet zien als een nieuwe verplichting, omdat geen sprake is van een nieuw contract of uitgebreide verplichting. Het onderscheid tussen het niet getrokken en het getrokken deel is onder de Scheme gelet op bovenstaande rechtspraak niet meer relevant.

In de literatuur wordt door Bayfield, Perkins en Pilkington geconcludeerd dat het vooralsnog onzeker is wat rechtens juist is. Zij zijn van mening dat het ‘verlengen’ van rekeningcourantkredieten zorgvuldig door de rechter zal moeten worden bekeken.¹³⁵

4.3. *Rechtsvergelijking en tussenconclusie*

Tot slot volgt een rechtsvergelijking. Zoals blijkt uit voorgaande paragrafen de WHOA, de Scheme en Chapter in hoofdlijnen met elkaar overheen komen.

¹³³ Premier Oil UK Limited [2020] CSOH 39, Opinion of Lady Wolffe.

¹³⁴ Re APCOA Parking Holdings GmbH [2014] EWHC 3849 (Ch).

¹³⁵ Mennens 2020/7.3.6. Zie de doorverwijzing naar Pilkington 2017, §3.029, Bayfield & Perkins 2015.

Een belangrijk punt dat naar voren komt is dat het onder de Scheme volgens de Schotse rechter wel mogelijk is om nieuwe verplichtingen op te leggen onder het akkoord, de financiering uit te breiden en de financieringsvoorwaarden te veranderen van een RCF, vergelijkbaar met een rekening-courantfaciliteit. Dit blijkt uit de Premier Oil uitspraak, waar Lady Wolffe oordeelt dat mogelijk is een financier te verplichten het niet getrokken deel van de RCF alsnog te verstrekken, op basis van een reeds bestaande verplichting.

Onder de Chapter is het op basis van de wettelijke uitzondering niet mogelijk een overeenkomst te wijzigen, zonder toestemming van de wederpartij. De uitzondering geldt ten aanzien van reeds gecommitteerde ongetrokken rekening-courantfaciliteiten. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het onbillijk zou zijn om een schuldeiser te verplichten extra te financieren aan een insolvente schuldenaar.

Uit hoofdstuk 3 van dit onderzoek blijkt dat het volgens de Nederlandse rechter, zoals geoordeeld in het *IHC*-vonnis, wel mogelijk is om een bedrijfsmatige financier met zekerheidsrecht te verplichten het ongetrokken deel van de rekening-courantfaciliteit voor alsnog te verstrekken aan de schuldenaar en de financieringsvoorwaarden aan te passen. De rechter ziet dit namelijk niet als nieuwe verplichting, maar het zou voortvloeien uit een reeds bestaande verplichting. Dit komt overeen met het oordeel van Lady Wolffe in de Premier Oil zaak. Echter, of het oordeel van Rechtbank Rotterdam in het *IHC*-vonnis standhoudt zal moeten blijken indien cassatie in belang der wet wordt ingesteld.

Tot slot komt uit dit onderzoek naar voren dat tegen zowel de Scheme als de Chapter beroepsmogelijkheden open staan. In tegenstelling tot de WHOA bieden deze twee akkoorden verschillende procedurele waarborgen tegen arbitraire beslissingen.

HOOFDSTUK 5: Conclusie

Sinds de invoering van de WHOA is het mogelijk om schuldeisers en aandeelhouders onvrijwillig aan een schuldhervormingsakkoord te binden. Schuldeisers en aandeelhouders worden in verschillende klassen ingedeeld en worden geacht te stemmen over het akkoord. Ook een tegenstemmende schuldeiser, waaronder een bedrijfsmatige financier met zekerheidsrecht, wordt bij homologatie door de rechter aan het akkoord gebonden. Dit kan ertoe leiden dat de schuldeiser wordt verplicht tot het doorfinancieren van de onderneming. In het homologatievonnis van scheepsbouwer IHC is daar sprake van. Ondanks de bezwaren van Rabobank als tegenstemmende schuldeiser, is het akkoord door de rechter gehomologeerd. Dit homologatievonnis heeft tot de volgende onderzoeksvraag geleid:

‘Onder welke voorwaarden kan een bedrijfsmatige financier onder de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) verplicht worden om een reeds gecommiteerd, maar ongetrokken, rekening-courantkrediet ter beschikking te (blijven) stellen?’

De beantwoording van deze onderzoeksvraag kent meerdere lagen.

Allereerst is onderzocht of het mogelijk is om op basis van de wettekst van de WHOA een bedrijfsmatige financier met zekerheidsrecht te verplichten tot doorfinanciering van een reeds gecommiteerde ongetrokken rekening-courantfaciliteit. Op basis van hetgeen dat in hoofdstuk drie uiteen is gezet is dat niet mogelijk. Volgens rechtbank Rotterdam zou het verplichten tot doorfinanciering van een bedrijfsmatige financier, ten aanzien van het ongetrokken deel van de rekening-courantfaciliteit, mogelijk moeten zijn op grond van artikel 370 Fw. Dit artikel voorziet in een wijziging van rechten. Mijns inziens is artikel 370 Fw niet geschikt voor het verplichten van een bedrijfsmatige financier tot het verstrekken van het ongetrokken deel van de rekening-courantfaciliteit onder de WHOA. Gelet op het karakter van de rekening-courantfaciliteit is geen sprake van een (toekomstig) vorderingsrecht. Een rekening-courantovereenkomst betreft een hulpovereenkomst en de geldlening komt pas tot stand na het afgeven van een verklaring c.q. betalingsopdracht. Concluderend uit hoofdstuk drie moet het ongetrokken deel van de rekening-courantfaciliteit worden beschouwd als een toekomstige verplichting of wellicht een bevoegdheid en kan financiering van het ongetrokken deel van de rekening-courantfaciliteit onder de WHOA niet worden verplicht op grond van artikel 370 Fw. Kortom, de WHOA is hier niet voor geschikt.

Nu geconcludeerd kan worden dat artikel 370 Fw geen wettelijke basis biedt voor het verplichten tot doorfinanciering van een bedrijfsmatige financier met zekerheidsrecht van een ongetrokken rekening-courantfaciliteit, is sprake van het opleggen van een nieuwe verplichting als bedoeld in paragraaf 3.4.1. Het opleggen van nieuwe verplichtingen onder de WHOA zou volgens de literatuur en de rechtbank niet mogelijk moeten zijn.

Daarnaast is onderzocht of het verplichten tot doorfinanciering onder de WHOA ten aanzien van een reeds gecommitteerde ongetrokken rekening-courantfaciliteit in lijn is met artikel 1 EP EVRM. In dergelijke situaties is sprake van inmenging in het eigendomsrecht van de bedrijfsmatige financier en dit mag alleen op basis van een wettelijk voorschrift dat voldoende duidelijk is. Aangezien artikel 370 Fw ongeschikt blijkt om een bedrijfsmatige financier onder de WHOA te verplichten om een reeds gecommitteerd, maar ongetrokken rekening-courantkrediet ter beschikking te laten stellen, is de conclusie dat inmenging in het eigendomsrecht niet gerechtvaardigd is onder het EVRM.

Tot slot blijkt uit de rechtsvergelijking in hoofdstuk vier dat het onder de Chapter niet mogelijk is om een bedrijfsmatige financier, zoals een bank, te verplichten tot doorfinanciering van een ongetrokken rekening-courantkrediet, laat staan om nieuwe verplichtingen op te leggen. Uit de Amerikaanse wetsgeschiedenis blijkt dat dit als uitermate onrechtvaardig en onwillig wordt gezien. Nu de WHOA gebaseerd is op de Chapter en gelet op de uitkomst van dit onderzoek, zou het naar mijn mening niet mogelijk moeten zijn om een bedrijfsmatige financier te verplichten tot doorfinanciering van een ongetrokken rekening-courantkrediet.

Het feit dat de procureur-generaal bij de Hoge Raad op 14 november 2023 bekend heeft gemaakt te overwegen om cassatie in het belang der wet in te stellen tegen het *IHC*-vonnis, wegens het opleggen van een toekomstige financiële verplichting en daarmee het verplichten tot doorfinanciering van Rabobank, onderschrijft dat dit in beginsel niet behoort tot een van de mogelijkheden onder de WHOA.

BIBLIOGRAFIE

Literatuur

Asser/Sieburgh 6-III 2022

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Feenstra e.a. 2021

R.F. Feenstra e.a., (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord* (Insolad Jaarboek 2021), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Harmsen & Reumers (red.) 2021

C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (Recht & Praktijk, nr. InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Mennens 2020

A.M. Mennens, 'Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement', *Onderneming en Recht*, nr. 118, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Mijnssen & Van Mierlo 2019

F.H. Mijnssen & A.I.M. van Mierlo, *De rekening-courantverhouding (Monografieën Privaatrecht nr. 15)*, Deventer: Kluwer 2019.

Moulen Janssen 2020

S.C.E.F. Moulen Janssen, 'Preventieve herstructurering buiten een preventieve herstructureringsprocedure: noodzaakfinanciering', *VDHI* 2020, nr. 163.

Schuijling, Van Wingerden & Frenken 2023

B.A. Schuijling, M. van Wingerden & P.M.P. Frenken, *Het bancaire belang. Opstellen aangeboden aan mr. H.J. Damkot (Onderneming en Recht nr. 141)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Tollenaar 2016

N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk (diss. Groningen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van den Berg 2019

S.W. van den Berg, *Waarderingsvragen in het ondernemings- en insolventierecht (diss. Nijmegen) (Onderneming en recht nr. 107)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Van Zanten 2012

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (Recht en Praktijk, nr. InsR3)*, Deventer, Kluwer 2012.

Vriesendorp & Salah 2020

R.D. Vriesendorp & O. Salah, 'De WHOA: een nieuw herstructureringsinstrument', *MvV* 2020, nr. 6.

Tijdschriften

Beni Dris, *FIP* 2019/87

H. Beni Dris, 'Toelaatbaarheid en wenselijkheid van gifting onder de Absolute Priority Rule in de WHOA', *FIP* 2019/87.

Tekst & commentaar

Sigtenhorst, van den, in: T&C Insolventierecht, commentaar op art. 371 Fw (online, bijgewerkt 1 september 2022).

Sigtenhorst, van den, in: T&C Insolventierecht, commentaar op art. 374 Fw, (online, bijgewerkt 22 oktober 2023).

Websites

L. van Dieren-Muller, 'Enkele opmerkingen over het liquidatieakkoord uit de WHOA', *Hero* 2021, Online-hero.nl 21 mei 2021.

F. Damsteegt en M.J.P. Vink, *'Jaarverslag rechters-WHOA-pool 2021 en 2022'*,
Rechtspraak.nl 4 januari 2023.

J. Beerens, *'Geen hoger beroep mogelijk tegen afgewezen WHOA-verzoek'*, *Hero* 2023,
Online-hero.nl 17 mei 2023.

Hoge Raad der Nederlanden, *'Procureur-generaal vraagt informatie van derden voorafgaand aan voorgenomen indiening van vordering tot cassatie in belang der wet over de WHOA'*,
Hogeraad.nl 14 november 2023.

Jurisprudentie

Rechtbank:

Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6519, *JOR* 2022/4

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

Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800 (*IHC/Rabobank*).

Rb. Midden-Nederland 3 augustus 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:4187.

Hoge Raad:

HR 29 oktober 2004, LJN AP4504, *NJ* 2006/203, m.nt. H.J. Snijders (*Van der Berg/Van der Walle*).

HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, *JOR* 2005/257 (*Payroll*).

HR 8 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2327 (*Oliemaatschappijarrest/Kaspische Zee*).

HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4134, *JOR* 2013/155 (*Van Leuveren q.q./ING*).

HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, *JOR* 2017/209 (*V&D*).

EHRM:

EHRM 20 juli 2004, 37598/97 (*Bäck/Finland*).

EHRM 13 maart 2012, EHCR 2012/127 m.nt. Schild (*Malik/Verenigd Koninkrijk*).

Verenigd Koninkrijk:

Re Alabama, New Orleans, Texas and Pacific Junction Railway Company [1891] 1 (Ch) 213.

Re APCOA Parking Holdings GmbH [2014] EWHC 3849 (Ch).

Re Noble Group Limited [2018] EWHC 2911 (Ch).

Premier Oil UK Limited [2020] CSOH 39, Opinion of Lady Wolffe.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3 (MvT)

Kamerstukken II 2019/20, 35249, nr. 24.

Wetgeving

Burgerlijk Wetboek (BW)

Companies Act 2006

Faillissementswet (Fw)

Grondwet (Gw)

United States Bankruptcy Code (USBC)

Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM)

Eerste protocol bij het EVRM

Overig

Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (richtlijn betreffende herstructurering en insolventie (PbEU 2019, L 172).

Bankruptcy reform act of 1978: hearings before the Subcommittee on Improvements in Judicial Machinery of the Committee on the Judiciary, United States Senate, Ninety-fifth Congress, first session, on S. 2266 and H.R. 8200, November 28, 29 and December 1, 1977.