

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift Juridisch up to Date. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

INSOLVENTIERECHT

Mr. F.F.A. (Frank) Smetsers

Ruim drie maanden WHOA: de stand van zaken

2021-0053

Nr. 4 – 3 april 2021

Het zal weinig juristen zijn ontgaan dat met ingang van 1 januari 2021 de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) van kracht is. In *Juridisch up to Date* (jaargang 2019-0147) besteedde ik al aandacht aan deze wet, die toen nog door de beide Kamers van ons parlement moest worden geloodst. Vanaf 1 januari 2021 is deze wet dus van kracht geworden. Voor een gedetailleerde beschrijving van de WHOA verwijs ik naar het eerder genoemde artikel.¹ Voor dit artikel volsta ik met een korte samenvatting: de WHOA scheidt een kader voor het tot stand komen van onderhandse schuldeisersakkoorden voor ondernemingen die voorzien dat zij op termijn niet kunnen voortgaan met het betalen van hun schulden.

De meerwaarde van de nieuwe wet is met name gelegen in het feit dat een rechter door homologatie van het akkoord ook tegenstemmers aan het akkoord kan binden. Er is dus geen consensus meer vereist, zoals voor de inwerkingtreding van deze wet wel het geval was. Om een homologatieverzoek in te dienen, moet ten minste één klasse van schuldeisers hebben ingestemd. Dat laatste is het geval als een ruime meerderheid instemt. Deze meerderheid dient ten minste twee derde te vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen van de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.²

De eerste maanden

In de eerste maanden van 2021 zijn er meteen verschillende WHOA-trajecten gestart. Exacte getallen zijn niet bekend, maar rechtbanken spreken over enkele tientallen gedeponeerde startverklaringen. De startverklaring is het document waarmee formeel aan de rechtbank kenbaar wordt gemaakt dat er een akkoord onder de WHOA wordt voorbereid. Dát er een startverklaring is gedeponneerd, is bovendien een voorwaarde om bepaalde voorlopige voorzieningen te kunnen vragen, zoals het laten afkondigen van een afkoelingsperiode en het door de rechter laten beoordelen van een klassenindeling van schuldeisers. Op basis hiervan, en op basis van de ruim 20 uitspraken die inmiddels zijn gepubliceerd, kan worden gezegd dat de WHOA in ieder geval daadwerkelijk wordt ingezet. In dit artikel bespreek ik – zonder volledig te kunnen en willen zijn - de belangrijkste ontwikkelingen uit de eerste maanden.

De herstructureringsdeskundige

De herstructureringsdeskundige (HD) is een belangrijke persoon in een WHOA-traject. De schuldenaar kán om de aanwijzing van een HD verzoeken. De HD bereidt vervolgens het akkoord voor en zet het traject in gang dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter. In dit geval is een HD niet verplicht. Indien schuldeisers, aandeelhouders, ondernemingsraad of de

personeelsvertegenwoordiging namens de schuldenaar een akkoord willen aanbieden, dan kan dat alleen door middel van een HD. Volgens de Memorie van Toelichting³ moet de HD iemand zijn *"die beschikt over financiële kennis en kennis op het terrein van het insolventierecht. Ook moet hij beschikken over ervaring met herstructurerings van schulden bij ondernemingen"*.

Uit het "Landelijk procesreglement WHOA-zaken rechtbank"⁴ blijkt dat in het verzoekschrift tenminste twee en maximaal drie namen van mogelijk te benoemen HD's moeten worden vermeld. Uit de inmiddels gepubliceerde rechtspraak is gebleken dat de rechtbanken kritisch kijken naar de door de verzoekers voorgestelde HD('s). In de zaak die werd behandeld door de Rechtbank Noord-Nederland van 26 januari 2021⁵ is gebleken dat niet in alle gevallen verschillende kandidaten behoeven te worden genoemd. In deze zaak oordeelde de rechtbank dat de kandidaat-HD weliswaar in het voortraject betrokken was geweest, maar uitsluitend op initiatief van een van de schuldeisers, daarvoor geen kosten in rekening had gebracht en er verder ook nog geen bemoeienis was geweest. Aan de aan een HD te stellen randvoorwaarden (doeltreffendheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid) kon nog steeds worden voldaan, aldus de rechtbank. In een uitspraak van dezelfde rechtbank drie dagen later,⁶ kwam de rechtbank tot het oordeel dat (kort samengevat) de HD vooraf teveel betrokken was geweest om nog aan de genoemde voorwaarden te kunnen voldoen. Er was vooraf overleg gevoerd, een verzoek tot het gelasten van een afkoelingsperiode geweest en het verzoek tot het aanwijzen van de HD was op diens eigen briefpapier afgedrukt. Onder die omstandigheden stond de HD niet vrij en kon niet worden volstaan met het noemen van één kandidaat-HD. Ook in een andere zaak bleek een beoogd HD vooraf al als adviseur betrokken te zijn geweest en werd daardoor door de rechtbank niet geschikt geacht, nog afgezien van het feit dat de rechtbank in deze zaak oordeelde dat de casus sowieso niet voor een WHOA-traject geschikt was.⁷

Uit de uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 19 maart 2021⁸ wordt duidelijk dat er tussen de schuldenaar en de HD geen overeenkomst van opdracht tot stand komt: *"De herstructureringsdeskundige is niet gehouden aanwijzingen van [verzoeker] op te volgen en mag zich daartoe, gelet op zijn onpartijdige en onafhankelijke rol, ook niet (aanvullend) verplichten. [verzoeker] en de te benoemen herstructureringsdeskundige dienen dan ook geen overeenkomst van opdracht aan te gaan."*, aldus de rechtbank.

Maatwerk/voorlopige voorzieningen

De wetgever heeft het van groot belang geacht dat er zo min mogelijk hobbels en onzekerheden bestaan bij het tot stand komen van een akkoord. Indien er bijvoorbeeld onduidelijkheid bestaat of een klassenindeling (bij de homologatiebehandeling) de toets der kritiek kan doorstaan, kan hierover vooraf (zie artikel 378 Fw) bij de rechter om duidelijkheid worden gevraagd. In artikel 379 Fw staat een nog algemener geformuleerde bepaling, waarin de schuldenaar of de HD de rechter kan vragen om *"zodanige bepalingen te maken en voorzieningen te treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt"*. De rechtbank kan dit ook ambtshalve doen. Een andere bepaling die betrekking heeft op de rechtszekerheid, is het nieuwe artikel 42a Fw. Deze bepaling biedt de mogelijkheid om aan de rechter machtiging te vragen om bijvoorbeeld ten behoeve van het akkoord een nieuwe financiering aan te gaan en daarvoor zekerheden te vestigen. Mocht het akkoord niet tot stand komen en de schuldenaar failliet gaan, dan kan de curator de rechtshandelingen niet vernietigen op basis van de pauliana.

In een uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland⁹ kwam de vraag aan de orde hoe letterlijk artikel 42a Fw moet worden gelezen. Door middel van het artikel kunnen rechtshandelingen "paulianaproof" gemaakt worden, indien "*het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is om de onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten*".¹⁰ In deze zaak was de financiering echter bedoeld om het akkoord te kunnen voorbereiden. De rechtbank oordeelde dat ook in een dergelijk geval een beroep op artikel 42a Fw kan worden gedaan. De Rechtbank Rotterdam¹¹ maakte in een andere uitspraak duidelijk dat de machtiging van de rechtbank voor het aangaan van bepaalde rechtshandelingen, alleen betrekking kan hebben op financieringen die betrekking hebben op de periode na de datum van de deponering van de startverklaring. Er is dus geen sprake van terugwerkende kracht.

Afkoelingsperiode en opheffing beslagen

Artikel 376 lid 1 Fw bepaalt dat de schuldenaar of de HD na het deponeren van de startverklaring en na een toezegging om binnen twee maanden nadien een akkoord aan te bieden (of nadat een HD is aangewezen) de rechtbank kan verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen voor de periode van maximaal vier maanden. Met behulp van de afkoelingsperiode kan de bevoegdheid van derden om verhaal te nemen op goederen van de schuldenaar worden ingeperkt, kunnen beslagen worden opgeheven en kunnen behandelingen van o.a. faillissementsverzoeken worden geschorst. De wet vereist dat (1) de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming gedurende de totstandkoming van het akkoord te kunnen blijven voortzetten en dat (2) betrokkenen (gezamenlijke schuldeisers, maar ook degenen die direct getroffen worden door de afkoelingsperiode) niet wezenlijk in hun belangen mogen worden geschaad.

Het eerste vereiste dient meteen te worden genuanceerd. Een afkoelingsperiode kan ook worden afgekondigd voor de gecontroleerde afwikkeling van de onderneming van de schuldenaar, zo besliste de Rechtbank Amsterdam.¹² In deze zaak was namelijk geen sprake van voortzetting van de activiteiten, maar van een onderneming die zou worden gestaakt. De rechtbank was van oordeel dat onder de noodzaak om de onderneming te kunnen blijven voortzetten ook moest worden verstaan de voortzetting in het kader van een gecontroleerde afwikkeling. In twee uitspraken van de Rechtbank Gelderland¹³ waren situaties aan de orde waarin het voortzetten van de activiteiten van de desbetreffende schuldenaren direct werd bedreigd en de akkoorden inderdaad op losse schroeven waren komen te staan. Zo werd in de uitspraak van 4 maart een ontruiming en mogelijke opeising van geleasede printers geblokkeerd. Zonder deze printers zouden de belangrijkste bedrijfsactiviteiten niet meer konden worden uitgevoerd en werd het bedrijf dus direct in haar voortbestaan bedreigd.

Uiteraard vereist de wet dat de afkoelingsperiode in het belang van de (gezamenlijke) crediteuren moet zijn. In tot dusver gepubliceerde uitspraken is met name naar voren gekomen dat de rechtbank heeft te beoordelen of met een akkoord een hogere uitkering aan de crediteuren kan plaatsvinden dan in het geval van het faillissementsscenario. In de eerder genoemde zaak van de Rechtbank Gelderland van 4 maart 2021 wordt gesproken over kapitaalvernietiging die in een faillissementsscenario zou optreden, onder meer doordat bij een faillissement klanten van de schuldenaar zouden vertrekken en er daarmee economische waarde zou verdampen. In een uitspraak van de Rechtbank Den Haag¹⁴ werd doorslaggevend geacht, dat een derde bij het voortzetten van de onderneming bereid was tot een investering van € 50.000 (die dus in een faillissementsscenario achterwege zou blijven). Ook hier werd onderkend dat activa buiten een

faillissementsscenario vermoedelijk meer zullen opbrengen. Ook werd een verzoek tot opheffing van beslagen behandeld en gehonoreerd. Hiermee werden de belangen van de beslaglegger wel geschaad, maar niet "wezenlijk" nu de beslagobjecten (winkelinventaris en voorraad) essentieel waren om de onderneming voort te kunnen zetten en de inventaris bovendien gedurende de korte periode van gebruik niet wezenlijk in waarde zou dalen.

Tot slot bleek uit de aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 21 januari 2021 dat het belangrijk is om de rechtbank goed te informeren. Blijkbaar vond de rechtbank de reorganisatieplannen ten tijde van het indienen van het verzoek tot een afkoelingsperiode nog te mager. De schuldenaar kreeg een maand om de rechtbank beter en concreter te informeren.

Klassenindeling

Schuldeisers dienen in klassen te worden ingedeeld. De klassen dienen zo ingedeeld te worden dat deze bestaan uit schuldeisers of aandeelhouders met een vergelijkbare positie wat betreft de rechten die ze in faillissement hebben of op basis van het akkoord aangeboden krijgen. Dit betekent dat er verschillende categorieën schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen kunnen worden ingedeeld, iedere klasse een voorstel krijgt en in iedere klasse een afzonderlijke stemming over het akkoord plaatsvindt.

Zoals vermeld, kan de schuldenaar de rechtbank op basis van artikel 378 Fw, voordat het akkoord ter stemming is voorgelegd, verzoeken een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord, zoals de klassenindeling. In een zaak bij de Rechtbank Rotterdam¹⁵ was het akkoord zo ingericht, dat er ongelijkheid ontstond tussen de categorie van concurrente schuldeisers. Crediteuren die vorderingen hadden voor de zogenoemde "cut off date" kregen een percentage op hun vordering aangeboden. Vorderingen die na die datum waren ontstaan werden buiten het akkoord gelaten (en dus volledig voldaan).

De Memorie van Toelichting¹⁶ zegt hierover: "*Het staat de schuldenaar vrij om één categorie schuldeisers onder te verdelen in verschillende klassen. Daarbij kan hij die klassen ook een verschillend aanbod doen, eventueel met als gevolg dat de ene klasse daarbij beter wordt bedeed dan de andere klasse. Wil het akkoord in dit laatste geval in aanmerking komen voor homologatie, dan moet de schuldenaar er wel voor zorgen dat de minder bedeelde klasse met de vereiste meerderheid instemt met het akkoord en daarmee met de keuze om de andere klasse een beter bod te doen, of dat hij een redelijke grond kan aandragen voor zijn keuze om een onderscheid te maken en kan aantonen dat de schuldeisers in de minder bedeelde klasse daardoor niet in hun belangen worden geschaad (artikel 384, vierde lid, onderdeel a).*" In dit geval maakte geen van de crediteuren bezwaar en de rechtbank oordeelde ook dat voor de ongelijke behandeling een redelijke grond bestond en de crediteuren niet in hun belangen zouden worden geschaad. De rechtbank maakte de weg hiermee vrij om het akkoord met de genoemde klassenindeling daadwerkelijk zo voor te leggen aan de crediteuren, zonder dat dit bij homologatie op problemen zou kunnen stuiten.

Afsluiting

Tot zover de belangrijkste actualiteiten die blijken uit de rechtspraak over de WHOA in de eerste drie maanden van dit jaar.

Noten

1. Voor een geüpdatete versie van het artikel naar de stand van 1 januari 2021 verwijs ik naar <https://vil.nl/nl/publicatie/de-whoa-nieuw-instrument-om-ondernemingen-te-saneren-en-herstructureren-aangepast-o-b-v-definitive-wettekst>.
2. Een akkoord onder de WHOA kan ook de rechten van aandeelhouders wijzigen. Voor de leesbaarheid van dit artikel beperk ik mij tot de positie van schuldeisers.
3. Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 42.
4. <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/procesreglement-whoa-p.pdf>
5. Rb. Noord-Nederland 26 januari 2021, [ECLI:NL:RBNNE:2021:244](#).
6. Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, [ECLI:NL:RBNNE:2021:285](#).
7. Rb. Den Haag 5 maart 2021, [ECLI:NL:RBDHA:2021:2033](#).
8. Rb. Midden-Nederland 19 maart 2021, [ECLI:NL:RBMNE:2021:1113](#).
9. Rb. Noord-Nederland 26 maart 2021, [ECLI:NL:RBNNE:2021:1100](#).
10. Daarnaast is vereist dat redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeiser bij de rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.
11. Rb. Rotterdam 3 maart 2021, [ECLI:NL:RBROT:2021:1768](#).
12. Rb. Amsterdam 15 januari 2021, [ECLI:NL:RBAMS:2021:84](#).
13. Rb. Gelderland 21 januari 2021 en 4 maart 2021, [ECLI:NL:RBGEL:2021:363](#) en [ECLI:NL:RBGEL:2021:1126](#).
14. Rb. Den Haag 15 januari 2021, [ECLI:NL:RBDHA:2021:198](#).
15. Rb. Rotterdam 3 maart 2021, [ECLI:NL:RBROT:2021:1769](#).
16. Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 12.