JURIDISCH UP TO DATE FUTD
Vakblad voor de juridische praktijk

VANIERSEL LUCHTMAN ADVOCATEN

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).

Dit artikel verscheen oorspronkelijk in op 22 november 2019 in Juridisch up to Date en is bij deze in januari 2021 aangepast op basis van de definitieve wettekst.

INSOLVENTIE, HERSTRUCTURERING EN ZEKERHEDEN

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

De WHOA: nieuw instrument om ondernemingen te saneren en herstructureren

December 2019

Op 1 januari 2021 treedt de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) in werking: een wet die nieuwe mogelijkheden moet gaan bieden om ondernemingen in financiële problemen te herstructureren. De regeling zal worden ingevoegd in de Faillissementswet.

Achtergrond en noodzaak

Indien een onderneming in financieel zwaar weer verkeert, is er op dit moment een beperkt aantal opties om tot oplossing van de schuldenproblematiek te komen en zo een faillissement te voorkomen. Allereerst is daar de surseance van betaling, die weliswaar is bedoeld om de continuïteit van ondernemingen te behouden, maar die in de praktijk vrijwel altijd als voorportaal voor een faillissement geldt. Dat komt onder meer, omdat een surseance de preferente crediteuren zoals de Belastingdienst niet raakt en er geen eenvoudige wijze is om het personeel te ontslaan, zoals in faillissement. Het enige alternatief is op dit moment het aanbieden van een onderhands (dus buitengerechtelijk) akkoord aan de crediteuren. Dit is in feite een meerpartijenovereenkomst, waar geen specifieke wettelijke regeling voor bestaat. Groot nadeel hiervan is dat crediteuren niet gedwongen kunnen worden om met het akkoord in te stemmen, ook al zouden zij beter af zijn met het akkoord of weigeren zij medewerking op (andere) onredelijke gronden[1]. Er is dan ook al lang een roep om een regeling die een *dwangakkoord* mogelijk maakt.

Voortraject

De WHOA heeft een vrij lange voorgeschiedenis. In het door voormalig minister Opstelten gepresenteerde plan Herijking Faillissementsrecht was al sprake van plannen voor een Wet Continuïteit Ondernemingen II. Na diverse consultatierondes is dit uiteindelijk in dit WHOA-wetsvoorstel geresulteerd. In de tussentijd is van de zijde van de Europese Unie ook de nodige druk gekomen op de lidstaten om regelgeving aan te nemen die het saneren van in financiële moeilijkheden verkerende bedrijven kansrijker moet maken. De

[1] Onder meer bepaald door de Hoge Raad in het Payroll-arrest (HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799)

in juni 2019 aangenomen richtlijn[2] verplicht de lidstaten om (een groot deel van de verplichtingen in de richtlijn) uiterlijk op 17 juni 2021 in wetgeving om te zetten. Daaraan wordt dus met de WHOA voldaan.

Het wetsvoorstel is op 5 juli 2019 bij de Tweede Kamer ingediend[3] en na enkele amendementen uiteindelijk door de Tweede Kamer en vervolgens door de Eerste Kamer aangenomen.

Uitgangspunten van de WHOA
De WHOA is bedoeld als aanvulling op de bestaande praktijk van buitengerechtelijke akkoorden. Het moet kaders scheppen om de totstandkoming van een akkoord ordelijk te laten verlopen. Het introduceert bovendien de betrokkenheid van een rechter, in de gevallen waarin dit echt nodig is (omdat partijen er zelf niet uitkomen). De regelgeving in de WHOA heeft trekken van succesvolle buitenlandse herstructureringsstelsels, zoals de “Chapter 11”-procedure uit de Verenigde Staten en de “Scheme of Arrangement” uit het Verenigd Koninkrijk. In de afgelopen jaren is er sprake geweest van “herstructureringstoerisme” naar landen waar dergelijke regelingen al wel bestaan. Met de invoering van de WHOA kan die bestaande praktijk een halt worden toegeroepen en hoeft er geen “forumshopping” plaats te vinden.

Onder de WHOA kunnen de rechten van iedere vermogensverschaffer van een schuldenaar (een in zwaar weer verkerende onderneming) worden gewijzigd. Onder het begrip “vermogensverschaffer” vallen zowel schuldeisers als aandeelhouders. De WHOA heeft echter geen betrekking op de rechten van werknemers van de schuldenaar. Die blijven ongemoeid.

Het doel van de WHOA is om faillissementen te voorkomen. De WHOA kan ook worden ingezet om een afwikkeling van een niet-levensvatbare onderneming buiten de bestaande insolventieprocedures (faillissement/surseance) mogelijk te maken. Belangrijk uitgangspunt is steeds, dat met de WHOA een voor de vermogensverschaffers aantrekkelijker resultaat kan worden bereikt dan door middel van liquidatie in faillissement. Het is ook de bedoeling dat zij in deze meerwaarde (vaak als “reorganisatiewaarde” aangeduid) op enigerlei wijze mee delen.

Vereisten
De WHOA kan volgens artikel 370 van het voorstel worden toegepast als “een schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan”. In dat geval kan hij zijn schuldeisers en aandeelhouders (of een aantal van hen) een akkoord aanbieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten. Volgens de memorie van toelichting[4] betekent dit dat de schuldenaar nog wel in staat moet zijn om zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar dat hij wel voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een

[2] Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), publicatieblad van de Europese Unie 1172/18.
[3] Kamerstukken II 2018-2019, 35 249, nr. 2.
[4] Kamerstukken II 2018-2019, 35 249, nr. 3, pagina 33

toekomstige insolventie af te wenden, als zijn schulden niet worden geherstructureerd. Indien de schuldenaar niet in een dergelijke situatie verkeert, is er geen toegang tot de WHOA. Indien er onduidelijkheid bestaat over de vraag of de vereiste situatie zich voordoet, kan de rechter eventueel een deskundige benoemen (artikel 371 lid 4).

Zoals gezegd was, is en blijft het ook na de invoering van de WHOA mogelijk om een buitengerechtelijk akkoord te sluiten buiten de regels van de WHOA om. Het volgen van het stramien dat in de WHOA is vastgelegd, biedt echter als voordeel dat uiteindelijk om homologatie kan worden gevraagd, waarmee het akkoord het karakter van dwangakkoord krijgt.

De WHOA is een “kaderregeling”: niet ieder detail is in de wet uitgewerkt en er is veel vrijheid voor de betrokkenen om aan het WHOA-traject invulling te geven. Er moet – wil het akkoord homologeerbaar zijn – wel aan bepaalde vereisten worden voldaan, die de rechten van alle betrokkenen en de eerlijkheid van het proces en het akkoord moeten waarborgen.

De procedure
De schuldenaar kan een akkoord aanbieden. Het WHOA-traject zal dan over het algemeen beginnen doordat de schuldenaar een verklaring deponeert bij de rechtbank, waaruit blijkt dat de voorbereiding van een akkoord is gestart. Deze “startverklaring” is geregeld in artikel 370 lid 3 van het voorstel en opent de weg naar een aantal verzoeken die aan de rechter kunnen worden gericht, zoals het afkondigen van een afkoelingsperiode en de schorsing van de behandeling van een lopende faillissementsaanvraag (artikel 376).

De schuldeisers, aandeelhouders en ondernemingsraad/personeelsvertegenwoordiging van de schuldenaar kunnen echter zelf ook een akkoord aanbieden. Dit moeten zij doen door middel van een herstructureringsdeskundige, die door de rechtbank zal worden aangesteld. De beslissing tot aanstelling kan dan als start van het WHOA-traject worden gezien (artikel 371 van het voorstel). Aan deze deskundige moet alle medewerking en informatie worden verschaft die nodig is om zijn taak goed te kunnen vervullen. Het aanbieden van een akkoord door de herstructureringsdeskundige betekent dat de bevoegdheid van de schuldenaar om een akkoord aan te bieden vervalt (artikel 371 lid 1).

Verder dient er een onderscheid te worden gemaakt tussen openbare en besloten procedures. De openbare akkoordprocedure is (zoals de naam al zegt) een procedure die in de openheid wordt gevoerd, dus ten aanzien waarvan ook publicatie in het insolventieregister, Staatscourant en handelsregister plaatsvindt en waarvan de zittingen openbaar zijn. De openbare procedure zal op bijlage A van de herschikte Europese Insolventieverordening worden geplaatst. Op grond hiervan is de Nederlandse rechter bevoegd, indien de schuldenaar zijn centrum van voornaamste belangen (center of main interest, COMI) in Nederland heeft. De besloten akkoordprocedure vindt (uiteraard) in beslotenheid plaats. De bevoegdheid van de Nederlandse rechter kan in dit geval worden gebaseerd op artikel 3 Rv. De keuze voor een besloten of openbare procedure moet op zijn laatst worden gedaan op het moment dat aan de rechter een beslissing wordt verzocht

(bijvoorbeeld over het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige). De keuze is definitief: er kan niet tussentijds worden overgestapt naar de andere variant.

Inhoud van het akkoord
Zoals aangegeven, betreft de WHOA een kaderregeling. Veel is aan partijen zelf overgelaten, zowel over de inhoud van het akkoord als de totstandkoming daarvan. Uitgezonderd arbeidsovereenkomsten, is er zeer veel mogelijk, daar waar het gaat om het aanpassen van rechten van vermogensverschaffers van de schuldenaar. Het kan gaan om de “normale” schuldeisers (zoals handelscrediteuren), maar ook om aandeelhouders en zelfs schuldeisers met pandrechten of andere zekerheidsrechten. Het akkoord hoeft niet betrekking te hebben op alle vermogensverschaffers, maar kan ook beperkt blijven tot een bepaalde groep.

De WHOA bevat wel strikte richtlijnen, daar waar het gaat om de eerlijkheid en redelijkheid van het akkoord en de totstandkoming daarvan. De procedure moet transparant worden gevoerd, dus moeten de schuldeisers en andere vermogensverschaffers goed worden geïnformeerd, zodat zij zich ook een goed oordeel over het akkoord kunnen vormen. Artikel 375 van het voorstel geeft een opsomming (niet-limitatief) van de te verstrekken informatie en bescheiden.

Een akkoord onder de WHOA kan daarnaast met toestemming van de rechter tot opzegging van lopende overeenkomsten worden gekomen. Artikel 373 lid 1 bepaalt dat een schuldenaar in zwaar weer een voorstel kan doen aan zijn contractuele wederpartij tot wijziging of beëindiging van de lopende overeenkomst. Wordt met dat voorstel niet ingestemd, dan kan de overeenkomst tussentijds worden opgezegd. De opzegging vindt pas plaats nadat het akkoord is gehomologeerd en er dient een opzegtermijn in acht te worden genomen, die maximaal drie maanden is. Het door de eenzijdige opzegging eventueel ontstane recht op schadevergoeding kan in het akkoord worden meegenomen.

De diverse vermogensverschaffers (schuldeisers en aandeelhouders met name) dienen volgens de WHOA volgens diverse klassen te worden ingedeeld (artikel 374). De indeling dient plaats te vinden naar de positie die de desbetreffende partij zou hebben bij vereffening in het kader van een faillissement, dan wel op basis van de rechten die zij op het akkoord aangeboden krijgen. Indien partijen in verschillende posities verkeren, dienen zij ook in verschillende klassen te worden ingedeeld. Concurrente en preferente crediteuren zullen per definitie in verschillende klassen moeten worden ingedeeld en hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld crediteuren met een recht van voorrang of een zekerheidsrecht. Ook aandeelhouders zullen in een aparte klasse moeten worden ingedeeld. Het is denkbaar dat één crediteur in meerdere klassen wordt ondergebracht. Te denken valt aan de situatie waarin een crediteur voor een deel van zijn vordering dekking heeft onder het zekerheidsrecht en voor een deel ongedekt is.

Hetgeen aan de diverse klassen van vermogensverschaffer wordt aangeboden, kan eveneens zeer uiteenlopen. In veel gevallen zal er sprake zijn van betaling van een percentage van de open schuld, onder kwijtschelding van het restant. Er kan echter ook worden gedacht aan een zogenaamde “*debt-for-equity swap*”, waarbij een schuld omgezet

wordt in aandelenkapitaal in de schuldenaar. Ook is het mogelijk dat het akkoord inhoudt dat bepaalde vorderingen (uit bepaalde klassen) later behoeven te worden betaald, dus dat er uitstel van betaling wordt gegund.

Artikel 381 bepaalt dat het akkoord door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige gedurende een redelijke termijn van ten minste 8 dagen vóór het plaatsvinden van de stemming voorlegt aan de stemgerechtigden. Een akkoord ten aanzien van een onderneming uit het midden- en kleinbedrijf[5] kan alleen worden voorgelegd met instemming van de schuldenaar.

De stemming over het akkoord geschiedt volgens artikel 381 lid 6 per klasse. Dit kan fysiek zijn of via de elektronische weg. Een klasse van schuldeisers heeft ingestemd met een akkoord indien een groep van schuldeisers die tezamen ten minste twee derde van het totale bedrag aan openstaande vorderingen uit die klasse vertegenwoordigen, heeft voorgestemd. Indien het om aandeelhouders gaat, dient twee derde van het geplaatste kapitaal te hebben voorgestemd.

Vervolgens dient binnen 7 dagen na de stemming een verslag te worden opgesteld door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, dat aan de schuldeisers en aandeelhouders ter inzage dient te worden gelegd of voor hen beschikbaar dient te worden gemaakt.

Homologatie van het akkoord
Het belangrijkste onderdeel van de WHOA is uiteraard de mogelijkheid dat het akkoord wordt gehomologeerd. Daarmee wordt het immers verbindend voor allen aan wie het akkoord is aangeboden. Artikel 383 bepaalt dat als ten minste één klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd, door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige een verzoek tot homologatie van het akkoord kan worden ingediend. Ook voor het indienen van het homologatieverzoek geldt dat de herstructureringsdeskundige hiervoor toestemming van de schuldenaar nodig heeft, indien het een MKB-onderneming betreft.

Indien niet alle klassen vóór het akkoord hebben gestemd, dan geldt dat de rechtbank een observator zal benoemen, indien en voor zover er niet al een herstructureringsdeskundige is aangesteld. De observator heeft als taak om in de gaten te houden of het proces goed verloopt. De homologatiezitting dient snel plaats te vinden. Volgens artikel 383 lid 6 zal de zitting minimaal 8 en maximaal 14 dagen na indiening van het homologatieverzoek moeten worden gehouden. Tot aan de dag van de zitting kunnen stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders aangeven waarom zij vinden dat het homologatieverzoek moet worden afgewezen. Daarmee moet een schuldeiser, aandeelhouder of wederpartij (indien het een opzegging van een overeenkomst betreft) overigens niet wachten tot het allerlaatste moment: indien er lopende het traject aanwijzingen voor de aanwezigheid van een

[5] Artikel 381 bepaalt dat het hier dan gaat om een rechtspersoon of een groep van rechtspersonen die een onderneming drijft/drijven waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar maximaal 50 miljoen of het balanstotaal aan het einde van het voorgaande boekjaar maximaal 43 miljoen was.

afwijzingsgrond blijken, dient dit direct te worden gemeld en dient er te worden geprotesteerd.

Homologatie *moet* worden geweigerd, indien de rechtbank tot het oordeel komt dat de schuldenaar niet verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Ook dient homologatie geweigerd te worden, indien bepaalde informatieverplichtingen niet in acht zijn genomen, de schuldeiser/aandeelhouder voor het verkeerde bedrag tot de stemming is toegelaten, de nakoming van het akkoord onvoldoende is gewaarborgd, de schuldenaar voor het akkoord nieuwe financiering moet aangaan en de belangen van de schuldeisers hierdoor worden geschaad of er sprake is van bedrog, begunstiging van één of meer partijen of (andere) oneerlijke middelen. Ook moet de betaling het salaris van de herstructureringsdeskundige, de observator en de deskundige (voor zover die zijn aangesteld) gewaarborgd zijn. Tot slot heeft de rechtbank de bevoegdheid om om andere redenen homologatie te weigeren. Wat die andere redenen zijn, zal in de jurisprudentie moeten worden uitgekristalliseerd.

Verder *kan* de rechtbank in een aantal gevallen op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers/aandeelhouders homologatie weigeren, indien deze partijen hebben tegengestemd en van een tegenstemmende klasse deel uitmaken. Dit is het geval, indien summierlijk blijkt dat deze schuldeisers/aandeelhouders slechter af zijn onder het akkoord, dan in het geval dat er een afwikkeling in faillissement plaatsvindt. Dit wordt de "*best-interest-of-creditors test*" genoemd (artikel 384 lid 3).

Ook kan homologatie worden geweigerd (op verzoek van genoemde partijen), indien de klagende schuldeiser onder het akkoord niet ten minste het recht heeft om te kiezen voor contante uitbetaling van de liquidatiewaarde (die hij bij liquidatie wel zou hebben gekregen) of die schuldeiser niet overeenkomstig zijn rang meedeelt in de reorganisatiewaarde (*absolute priority rule*). Dit is geregeld in artikel 384 lid 4, dat ook bepaalt dat er op redelijke gronden van mag worden afgeweken. Tijdens de behandeling bij de Tweede Kamer is hier nog aan toegevoegd dat homologatie kan worden geweigerd als concurrente crediteuren die tot het MKB behoren (tenzij daarvoor een rechtvaardiging bestaat) minder dan 20% op hun vordering betaald krijgen. Tot slot kan homologatie worden geweigerd als bedrijfsmatige financiers slechts een aanbod krijgen om hun schuld om te zetten in aandelen of certificaten en er geen alternatief wordt geboden.

Homologatie maakt het akkoord verbindend voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders (artikel 385). Schuldeisers die niet tot stemming zijn toegelaten, zoals partijen die een betwiste vordering hebben, zijn dus niet aan het akkoord gebonden.

Overige onderdelen

De WHOA voorziet verder in allerlei aanpassingen en toevoegingen die het proces moeten versoepelen en verbeteren. Zo is er de mogelijkheid van een afkoelingsperiode, waarin iedere bevoegdheid tot verhaal op of opeising van goederen van de schuldenaar niet dan met machtiging van de rechtbank kan worden uitgeoefend (artikel 376). Artikel 379 bepaalt dat de rechtbank zodanige bepalingen kan maken en voorzieningen kan treffen als de

rechtbank ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders noodzakelijk acht. Dat is een zeer ruime en flexibele bevoegdheid, die echt maatwerk op kan leveren. Tot slot noem ik het feit dat de WHOA bepalingen bevat die rechtshandelingen beschermen tegen aantasting door de pauliana, waarbij met name kan worden gedacht aan het verstrekken van nieuwe zekerheden in het kader van de financiering van het aan te bieden akkoord. Een financier zal niet het risico willen lopen dat de door hem ter beschikking gestelde financiering uiteindelijk niet door zekerheden gedekt blijkt als het akkoord niet slaagt en het faillissement wordt uitgesproken. Voor verrekening geldt eenzelfde uitzondering onder de WHOA. Dit is geregeld in artikel 42a en artikel 54.

Afsluiting

In het voorgaande is globaal geschetst wat de WHOA-regeling inhoudt. Ik heb niet beoogd om een volledig beeld te geven. De regeling is dusdanig technisch en uitgebreid, dat het het bestek van dit tijdschrift te buiten zou gaan, als het integraal zou worden behandeld.