

LEGAL UPDATE

De procedure: klassenindeling en stemming in de WHOA

Datum: 16 juli 2020

Dit is de vijfde Legal Update in de reeks over het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord ('WHOA'). Waar de WHOA in de eerste Legal Updates in het algemeen is belicht, werd in de vorige [Legal Update](#) specifiek ingegaan op het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten in de WHOA. In deze Legal Update zal worden ingezoomd op de procedure van de totstandbrenging van het akkoord in de WHOA en de stemming.

Ingangscriterium en startverklaring

Het is mogelijk om een akkoord aan te bieden op grond van de WHOA, wanneer een onderneming in een toestand verkeert waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat zij niet meer aan haar betalingsverplichtingen zal kunnen voldoen. Zoals in een eerdere Legal Update is besproken, is het ook mogelijk om al in een vroeger stadium een akkoord aan te bieden, maar tegenstemmende schuldeisers kunnen dan niet aan een dergelijk akkoord worden gebonden.

Wanneer de schuldenaar besluit om een WHOA-akkoord voor te bereiden, deponeert hij daarvan een verklaring bij de rechtbank (de 'startverklaring'). Deze startverklaring is niet verplicht, maar geeft wel toegang tot enkele voorzieningen om de schuldenaar te helpen het akkoord tot stand te brengen. Zie daarover de tweede [Legal Update](#) over de WHOA. De schuldeisers kunnen deze verklaring inzien vanaf het moment dat het akkoord aan hen wordt voorgelegd tot het moment dat de rechter over het homologatieverzoek heeft beslist.

Zoals in eerdere Legal Update al kort aangehaald werd, zijn er twee vormen van de procedure: openbaar en besloten. In de volgende Legal Update zal het verschil tussen beide vormen worden besproken.

Klassenindeling

De schuldeisers en aandeelhouders worden vervolgens in aparte klassen ingedeeld. Het criterium om tot die verdeling te komen is of zij in faillissement rechten hebben of op basis van het akkoord rechten krijgen die zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. Denk hierbij aan schuldeisers die in faillissement voorrang zouden hebben bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar op grond van een pand- of hypotheekrecht. Ook om andere redenen kunnen schuldeisers en aandeelhouders worden ingedeeld in verschillende klassen, maar dat is niet verplicht. Verder kan rekening worden gehouden met de rechten tussen schuldeisers onderling. De gedachte achter de klassenindeling is dat schuldeisers en aandeelhouders met een verschillende positie niet dezelfde belangen hebben en dus verschillend over het akkoord kunnen oordelen. De klassenindeling helpt daarnaast bij de beoordeling of het akkoord voor de betrokken schuldeisers en aandeelhouders redelijk is. Het is dan immers direct inzichtelijk hoe redelijk een akkoord is per 'soort' schuldeiser of aandeelhouder.

Het is mogelijk dat de vordering van een schuldeiser (slechts) voor een deel gecureerd is met een pand- of hypotheekrecht. Voor dat deel zou de schuldeiser in een faillissement voorrang hebben bij het verhaal op het vermogen van de failliet. In het WHOA-akkoord wordt een dergelijke schuldeiser in verschillende klassen ingedeeld. Hij zal voor het deel van de vordering dat gecureerd is, worden ingedeeld in een klasse met andere schuldeisers met gecureerde vorderingen. Voor het overige deel van de vordering zal hij in een klasse met andere concurrent schuldeisers worden opgenomen. Het gevolg hiervan is dat deze schuldeiser in beide klassen afzonderlijk zal moeten stemmen.

Een onjuiste klassenindeling kan reden zijn voor de rechtbank om het akkoord niet te homologeren. Als echter de uitkomst van de stemming redelijkerwijs niet anders was geweest bij een juiste indeling, dan kan het akkoord alsnog worden gehomologeerd. Ook is het mogelijk om tijdens de voorbereiding van het akkoord aan de rechter de voorgenomen klassenindeling voor te leggen, zodat deze er al over kan oordelen. Zo kan tijd (en geld) worden bespaard.

De schuldenaar kan een akkoord aanbieden aan al haar schuldeisers en aandeelhouders, maar zij kan er ook voor kiezen zich te beperken tot een bepaalde groep. In dat geval hoeft het akkoord ook slechts aan die groep te worden voorgelegd. De andere schuldeisers en aandeelhouders hoeven hierover niet te worden geïnformeerd.

Stemming

De schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd, hebben het recht om over het akkoord te stemmen. De schuldenaar moet het definitieve akkoord gedurende een redelijke termijn aan hen voorleggen. De schuldeisers en aandeelhouders moeten voldoende de kans hebben gekregen om hun oordeel over het akkoord te vormen en de gevolgen ervan te leren kennen. Daarom mag het akkoord niet minder dan acht dagen voor de stemming aan de schuldeisers en aandeelhouders worden voorgelegd. Elke klasse zal afzonderlijk stemmen. Het staat de schuldenaar vrij te bepalen hoe deze stemmingen plaatsvinden. Zo nodig is het mogelijk om de stemming elektronisch te houden.

Wanneer een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derde van de totale vordering van de klasse waartoe zij behoren vertegenwoordigen of een groep van aandeelhouders die samen ten minste twee derde van het geplaatst kapitaal vertegenwoordigen, vóór het akkoord hebben gestemd, wordt aangenomen dat die klasse met het akkoord heeft ingestemd. De kans bestaat dat niet alle schuldeisers of aandeelhouders hun stem uitbrengen. Om te voorkomen dat een dergelijk uitblijven van stemmen het tot stand komen van het akkoord verkleint, worden alleen de vorderingen dan wel het kapitaal meegenomen van de schuldeisers dan wel aandeelhouders die daadwerkelijk een stem hebben uitgebracht. Wanneer meer dan een derde niet stemt, is het dus nog steeds mogelijk dat het akkoord wordt gehomologeerd.

Tegen de beslissing van de rechter over het homologatieverzoek staat geen hoger beroep of cassatie open. Gelet op de klemmende situatie waarin een WHOA-akkoord wordt aangeboden, is dit begrijpelijk en gerechtvaardigd. Om een faillissement nog af te kunnen wenden, moet het akkoord na de homologatie snel uitgevoerd kunnen worden. Dit vergt een snelle onherroepelijke beslissing van de rechter. Indien hoger beroep mogelijk zou zijn, gaat die snelheid verloren.

Dit was de vijfde Legal Update uit de reeks over de WHOA. In de volgende Legal Update zal het verschil tussen de besloten en de openbare procedure uitgebreid worden behandeld. Met name internationaalrechtelijk heeft de keuze tussen de besloten en de openbare procedure betekenis.

Dit is een Legal Update van het team Herstructurering & Insolventie.

Voor meer informatie:

Alice van der Schee

+31 30 25 95 567

alicevanderschee@vbk.nl