

LEGAL UPDATE

De (absolute) priority rule in het kader van de WHOA

Datum: 21 september 2020

Dit is de negende Legal Update in de reeks over het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord ('WHOA'). In de vorige [Legal Update](#) zijn de voorwaarden voor homologatie van het onderhands akkoord besproken. In deze Legal Update wordt stilgestaan bij een fenomeen in de WHOA dat geïnspireerd is op het Amerikaanse recht: de *absolute priority rule*.

Wettelijke rangorde

In Nederland hebben alle schuldeisers in beginsel onderling het gelijke recht om uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan. Eén en ander naar evenredigheid van ieders vordering. Op de gelijkheid van schuldeisers (*paritas creditorum*) wordt een uitzondering gemaakt door middel van voorrangrechten. Voorrangrechten zijn onder andere zakelijke zekerheidsrechten zoals pandrechten en het recht van hypotheek. Ook het retentierecht brengt voorrang met zich. Zo ontstaat er een wettelijke rangorde tussen schuldeisers.

In faillissement wordt de liquidatiewaarde over de schuldeisers verdeeld met inachtneming van de wettelijke rangorde: hoger geplaatste schuldeisers (dus schuldeisers met voorrang) krijgen hun geld eerst en pas als hun vordering voor 100% is voldaan, zullen de vorderingen van de volgende rang schuldeisers worden voldaan. De realiteit is dat in het geval van een faillissement doorgaans niet voldoende geld wordt verzameld om ook de laagst gerangschikte schuldeisers (concurrente crediteuren) te kunnen voldoen. Soms ontvangen zij een (klein) deel van hun vordering, maar meestal ontvangen zij niets.

(Absolute) priority rule

Zoals in de vorige [Legal Update](#) is besproken, kan de rechter homologatie van een WHOA-akkoord weigeren, indien een tegenstemmende schuldeiser uit een tegenstemmende klasse aantoonde dat bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd ten nadele van de tegenstemmende klasse wordt afgeweken van de wettelijke rangorde. Ook in de WHOA is de naleving van de wettelijke rangorde dus geborgd. Dit wordt ook wel de absolute priority rule genoemd: afwijking van de voorrangregels staat aan de homologatie van het akkoord in de weg. Deze regel is gebaseerd op de Chapter 11 procedure in de VS. In Nederland is daarbij wel gekozen voor een (kleine) aanpassing: afwijking van de wettelijke rangorde is toegestaan als daarvoor een *redelijke grond* bestaat. Van een echte 'absolute' priority rule is daarom geen sprake.

Amendementen

Vlak voordat de Tweede Kamer met de WHOA instemde, is een drietal amendementen aangenomen. Eén van de amendementen heeft in het bijzonder invloed op de (absolute) priority rule. Het amendement behelst een extra grond voor weigering van de homologatie door de rechter. De rechter kan namelijk homologatie weigeren op verzoek van een tegenstemmende schuldeiser uit een tegenstemmende klasse, indien niet alle schuldeisers ten minste 20% van hun vordering voldaan krijgen of een recht krijgen aangeboden dat een waarde vertegenwoordigt van minder dan 20% van het bedrag van hun vordering.

Zoals hiervoor al is opgemerkt, is in het geval van faillissement vaak (veel) minder dan 20% beschikbaar voor de laagst gerangschikte schuldeisers (concurrenten). Wanneer het verplicht wordt om 20% van de vordering van elke schuldeiser te voldoen bij een akkoord in het kader van de WHOA, is dat mogelijk lastig uit te voeren met volledige inachtneming van de wettelijke rangorde (althoewel bij een onderhands

akkoord vaak meer middelen beschikbaar zullen zijn dan in het geval van faillissement). Een afwijking van de wettelijke rangorde wordt in een dergelijke geval (met te weinig beschikbare middelen) dus onvermijdelijk. Daarbij is met dit amendement voor de laagste gerangschikte schuldeisers (concurrenten) die in het akkoord minder verkrijgen dan 20% een mogelijkheid ontstaan om het akkoord te blokkeren. Anderzijds zijn dat ook de schuldeisers die veel baat hebben bij een onderhands akkoord: in faillissement zullen zij waarschijnlijk niets of maar een paar procent van hun vordering voldaan krijgen.

De (absolute) priority rule in de praktijk

Vanwege de (absolute) priority rule in de WHOA zullen lager gerangschikte schuldeisers minder ontvangen dan schuldeisers met zekerheden, die in de wettelijke rangorde hoger staan. Dat is een logisch gevolg van het wettelijke systeem in Nederland. In de loop van het wetgevingsproces is echter een aantal veranderingen en amendementen doorgevoerd, waardoor de laagst gerangschikte schuldeisers (concurrente crediteuren) beschermd worden dan wel meer kunnen profiteren van de WHOA. Voor deze schuldeisers is het goed om zich bewust te zijn van deze positie. Een voldoende besef van dit minimumrecht bevordert de onderhandelingspositie bij het totstandkomingsproces van het akkoord voor schuldeisers. Het kan echter ook zijn dat de ondernemer er in een dergelijke geval voor kiest om de laagst gerangschikte schuldeisers helemaal niet mee te nemen in het akkoord, maar deze gewoon volledig te betalen.

Dit is de negende Legal Update uit de WHOA-reeks. In de komende weken zullen er twee Licht op Legal-podcasts worden uitgebracht over de WHOA. Aansluitend daarop zal een laatste, evaluerende Legal Update over de WHOA worden uitgebracht.

Dit is een Legal Update van Linde van Dieren-Muller.

Voor meer informatie:

Linde van Dieren-Muller
+31 30 25 95 546
lindevandieren@vbk.nl