

## LEGAL UPDATE

### **De WHOA vanuit het perspectief van de schuldeisers en aandeelhouders**

Datum: 25 juni 2020

Maandag 15 juni jl. is in een [Legal Update](#) stilgestaan bij het wetsvoorstel Wet Homologatie Onderhands Akkoord ('WHOA') vanuit het perspectief van de schuldenaar. Dat was de tweede Legal Update uit de reeks over de WHOA. In de [eerste Legal Update](#) van deze reeks is, nadat de Tweede Kamer het wetsvoorstel heeft aangenomen, beknopt de inhoud van de WHOA behandeld.

In deze Legal Update zal de andere kant worden belicht: het perspectief van de schuldeiser en de aandeelhouder. Aan bod komen de belangrijkste aspecten waar de schuldeisers en aandeelhouders rekening mee moeten houden indien hun schuldenaar in liquiditeitsproblemen dreigt te komen.

#### **De ratio van de WHOA**

Op dit moment is het nog niet mogelijk om buiten faillissement aan de schuldeisers een dwangakkoord aan te bieden. Alleen voor schuldeisers die met een akkoord instemmen kan het akkoord ook daadwerkelijk verbindend zijn. De ratio van de WHOA is dat het mogelijk moet worden om alle schuldeisers aan een akkoord te binden zonder dat alle schuldeisers daarmee instemmen. Op die manier krijgt de schuldenaar een mogelijkheid om zijn onderneming en zijn schulden te herstructureren en zo een naderend faillissement af te wenden. Voor schuldeisers biedt een WHOA-akkoord vaak een betere uitkomst dan een liquidatie in faillissement.

#### **Klassenindeling en stemming**

Zoals beschreven in de vorige Legal Updates, wordt over een voorgesteld WHOA-akkoord gestemd in klassen. Een klassenindeling zal plaatsvinden indien de schuldeisers en aandeelhouders in een faillissement rechten zouden hebben of op basis van het akkoord rechten krijgen die zodanig verschillend zijn, dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. In ieder geval worden schuldeisers of aandeelhouders die een verschillende rang hebben in verschillende klassen ingedeeld. Denk hierbij aan schuldeisers met voorrang, die voortvloeit uit pand of hypotheek. Pand- en hypotheekhouders worden echter wel slechts voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang geldt in één klasse ingedeeld. Voor het overige deel van hun vordering worden ze ingedeeld in een klasse van schuldeisers zonder voorrang. Deze schuldeisers zullen dus in beide klassen moeten stemmen.

Wanneer ten minste één van de klassen met het akkoord heeft ingestemd, alle schuldeisers en aandeelhouders niet slechter af zijn bij het akkoord dan bij liquidatie in faillissement en de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd eerlijk wordt verdeeld, komt het akkoord voor homologatie in aanmerking. Het is dus niet zo dat een schuldeiser door tegen het akkoord te stemmen ook niet gebonden zal worden aan het akkoord: wanneer de rechtbank oordeelt dat het akkoord voor hem gunstiger is dan een liquidatie in faillissement en hij een eerlijke portie krijgt, zal hij kunnen worden gebonden aan het WHOA-akkoord. In een latere Legal Update zal uitgebreid stil worden gestaan bij de klassenindeling en stemming.

#### **Herstructureringsdeskundige**

Ook voor schuldeisers en aandeelhouders is het mogelijk om een WHOA-procedure te initiëren. Zij kunnen de rechtbank verzoeken een herstructureringsdeskundige aan te wijzen. Wanneer de rechtbank dit verzoek toewijst zal de herstructureringsdeskundige een WHOA-akkoord voorbereiden en (indien mogelijk) bij de rechtbank voorleggen ter homologatie. Zolang er een herstructureringsdeskundige is aangewezen, kan de schuldenaar zelf geen akkoord aanbieden.

Wel kan hij aan de herstructureringsdeskundige een akkoord voorstellen met het verzoek dit aan de schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen.

De rechtbank zal het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige toewijzen indien is voldaan aan het ingangscriterium, waarover in de vorige Legal Update is geschreven: de schuldenaar dient in een toestand te verkeren waarin een faillissement redelijkerwijs te verwachten is. Ook zal de rechter toetsen of de belangen van de schuldeisers wel gediend zijn bij aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Is van één van beide vereisten geen sprake, dan zal de rechtbank het verzoek afwijzen. Een schuldeiser die overweegt bovenstaand verzoek in te dienen, zal dus moeten afwegen of ook de belangen van de andere schuldeisers hierbij voldoende zijn gebaat.

Betoogd kan worden dat de schuldeisers en aandeelhouders door de mogelijkheid om een WHOA-procedure te starten een drukmiddel op de schuldeiser hebben. Dat valt mee: wanneer de schuldenaar onder de noemer MKB valt, zal een homologatieverzoek alleen met diens toestemming kunnen worden ingediend. Dit geldt niet wanneer alle klassen hebben ingestemd met het akkoord; in dat geval acht de wetgever het van groter belang dat het akkoord wordt gehomologeerd.

## **20% regel**

In het akkoord moet de schuldenaar in beginsel haar concurrente schuldeisers (dus de schuldeisers zonder zekerheidsrechten) een aanbod doen waarin zij recht krijgen op een uitkering ter hoogte van ten minste 20% van hun vordering of een recht geven dat ten minste 20% van hun vordering vertegenwoordigt. Wanneer de schuldenaar niet aan al haar schuldeisers een minimum van 20% kan bieden, dient zij de schuldeisers die minder krijgen in het akkoord in een aparte klasse op te nemen. De kans bestaat dus dat de concurrent schuldeisers die minder dan 20% krijgen, met hun klasse tegen het akkoord stemmen. Daarbij dient de schuldenaar bij het akkoord een schriftelijke verklaring te voegen waarin zij aangeeft welke zwaarwegende grond rechtvaardigt dat een aantal concurrente schuldeisers een uitkering in geld aangeboden krijgen die minder bedraagt dan 20%. Zonder aantoonbaar zwaarwegende grond wordt het akkoord niet gehomologeerd. Voor concurrent schuldeisers is het dus goed om te beseffen dat ze met een WHOA-akkoord ten minste 20% van hun vordering ontvangen, tenzij zwaarwegende gronden zich daartegen verzetten. Dat is voordelig: een concurrent schuldeiser ziet in de meeste faillissementen vrijwel niets van zijn vordering terug.

## **Positie aandeelhouders**

Wanneer de onderneming in zwaar weer verkeert, lopen aandeelhouders het risico om de waarde van hun investering te verliezen. In geval van faillissement hebben aandeelhouders de laagste rang. In de praktijk is er in veruit de meeste gevallen niet genoeg boedelactief om iets aan de aandeelhouders uit te keren. Onder het regime van de WHOA is het mogelijk dat aandeelhouders toch nog kunnen meedelen in de herstructureringswaarde. In het akkoord kan van de geldende rangorde worden afgeweken. Dit kan indien de aandeelhouders daarvoor een marktconforme tegenprestatie leveren door bijvoorbeeld nieuw kapitaal te verschaffen, of als de aandeelhouder van een kleine onderneming noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming of de totstandkoming van het akkoord. Zo is het toch mogelijk dat aandeelhouders een hoger percentage van hun vorderingen uitgekeerd krijgen dan schuldeisers met een hogere rang.

## **Inhoud akkoord**

De schuldenaar of herstructureringsdeskundige kan aan wederpartijen met wie de schuldenaar een overeenkomst heeft, voorstellen om deze te wijzigen of te beëindigen. Indien de wederpartij daar niet mee instemt, kan de schuldenaar of herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken bij de homologatie van het akkoord tevens toestemming te geven tot beëindiging van de overeenkomst. Op deze wijze is het voor een schuldenaar mogelijk om zijn lopende overeenkomsten eenzijdig te beëindigen. Hoewel de WHOA aan de wederpartij een recht op vergoeding van schade die hij

dientengevolge lijdt toekent, kan een dergelijk recht op schadevergoeding worden uitgesloten in het akkoord.

Dit was de derde Legal Update uit de WHOA-reeks. Daarmee is het spits afgebeten: er is in het algemeen stilgestaan bij de WHOA en vanuit twee perspectieven naar de WHOA gekeken. In de volgende Legal Update zal dieper worden ingegaan op een apart onderdeel van de WHOA: het wijzigen en beëindigen van wederkerige overeenkomsten. In die Legal Update zullen ook de arbeidsovereenkomsten ter sprake komen.

Dit is een Legal Update van Margreet Eveleens.

Voor meer informatie:

Margreet Eveleens

+31 30 25 95 566

[margreeteveleens@vbk.nl](mailto:margreeteveleens@vbk.nl)