

# Whitepaper WHOA

**Wet Homologatie Onderhands Akkoord**

*Versie: december 2020*

# Inleiding

Op 1 januari 2021 treedt de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (verder: WHOA) in werking. Het doel van de WHOA is het versterken van het reorganiserend vermogen van ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. Daarnaast kan de WHOA worden toegepast in de situatie waarin een onderneming, die geen overlevingskansen meer heeft, moet worden afgewikkeld. Die afwikkeling kan dan gecontroleerd plaatsvinden door middel van een akkoord buiten faillissement, wanneer dat een beter resultaat oplevert dan met een afwikkeling in faillissement.

In deze whitepaper wordt in grote lijnen beschreven wat de achtergrond en aanleiding van de WHOA zijn, welke hoofdrolspelers betrokken zijn, welke procedure gevolgd kan worden en wat deze inhoudt. Ook wordt een uitstapje gemaakt naar de flankerende voorzieningen, gevolgd door de conclusie.

# Inhoudsopgave

Achtergrond en aanleiding.....	4
Aanloop.....	5
Doel.....	6
Hoofdrolspelers.....	7
Procedure.....	8
Akkoord.....	11
Stemming.....	13
Homologatie.....	14
Ondersteunende voorzieningen.....	15
Conclusie.....	16

# Achtergrond en aanleiding

In de huidige situatie is het met name bij ondernemingen met enige omvang gebruikelijk dat bij financiële problemen door het bestuur adviseurs worden benaderd, waarmee wordt gezocht naar een oplossing. Een dergelijke oplossing kan dan daarin bestaan dat schuldeisers wordt verzocht akkoord te gaan met uitstel van betaling, gedeeltelijke kwijtschelding van uitstaande vorderingen of omzetting van vorderingen in aandelenkapitaal. Dergelijke voorstellen worden – zolang er geen sprake is van een surseance van betaling of faillissement – beheerst door het algemene vermogensrecht. Dat betekent dat schuldeisers in beginsel aanspraak kunnen maken op volledige betaling van hun vordering. Schuldeisers hoeven niet in te stemmen met een voorgestelde oplossing. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden (zoals bijvoorbeeld misbruik van bevoegdheid op grond van artikel 13 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek) kan een schuldeiser worden gedwongen om aan een aangeboden akkoord mee te werken.

Wanneer de oplossing voor de financiële problemen wordt gezocht in het aantrekken van nieuw kapitaal, wordt aan aandeelhouders gevraagd om het doen van een aanvullende investering of om in te stemmen met de uitgifte van nieuwe aandelen. Ook dan geldt dat de aandeelhouders in principe vrij zijn om wel of niet mee te werken. Zij kunnen ook niet worden gedwongen om in te stemmen met de uitgifte van nieuwe aandelen.

Het voorgaande maakt dat de praktijk dringend behoefte heeft aan een werkbare akkoordregeling buiten faillissement.

# Aanloop

De WHOA is uitvloeisel van het programma “Herijking faillissementsrecht”. Dit programma voorziet in aanpassing van het faillissementsrecht. Daarbij wordt uitgegaan van drie pijlers: fraudebestrijding, modernisering van de faillissementsprocedure en versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven. De WHOA maakt onderdeel uit van de pijler “versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven”. De wet sluit ook mooi aan bij een Europese richtlijn, die ervoor moet zorgen dat “levensvatbare ondernemingen en ondernemers in financiële moeilijkheden toegang hebben tot doeltreffende nationale preventieve herstructureringsstelsels die hen in staat stellen hun activiteiten voort te zetten” (Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019).

Na de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer in juli 2019 ontstond enige ophef. Gevreesd werd dat met deze wetgeving met name buitenlandse partijen zouden worden gefaciliteerd bij het ten koste van de gewone schuldeisers reorganiseren van de ondernemingen. Deze ophef heeft tot beperkte aanpassingen van de WHOA geleid, zoals de bepaling dat concurrente schuldeisers (rechtspersonen met minder dan 50 werknemers, een omzet van minder dan € 12 miljoen en/of balanswaarde van € 6 miljoen) met een vordering wegens geleverde goederen of diensten of een vordering uit onrechtmatige daad op basis van het akkoord in principe een uitkering in geld aangeboden dienen te krijgen van 20% van het bedrag van hun vordering (vgl. artikel 374 lid 2 sub b, respectievelijk artikel 384 lid 4 sub a Faillissementswet). Mede als gevolg van de coronacrisis is het wetsvoorstel met de nodige spoed behandeld. Dat leidt tot inwerkingtreding van de wet per 1 januari 2021.

# Doel

Het belangrijkste doel van de WHOA is het versterken van het reorganiserend vermogen van ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, maar wel beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog levensvatbaar zijn. Daarnaast kan de WHOA worden toegepast voor de gecontroleerde afwikkeling van een onderneming door een akkoord buiten faillissement.

Volgens de memorie van toelichting beoogt de WHOA op geen enkele wijze afbreuk te doen aan de bestaande praktijk van buitengerechtelijke herstructureringen. De bedoeling van de WHOA is dat de huidige minnelijke sanerings- en herstructureringstrajecten worden versterkt en dat het dwangakkoord uit de WHOA slechts als uiterst redmiddel wordt ingezet.

# Hoofdrolspelers

## **Schuldenaar**

Een schuldenaar kan het traject voor het tot stand brengen van een akkoord zelf in gang zetten. De schuldenaar dient een onderneming te drijven. Het maakt niet uit in welke rechtsvorm de schuldenaar de onderneming drijft. Dat betekent dat in principe natuurlijke personen die een onderneming drijven ook gebruik kunnen maken van de WHOA. Indien de schuldenaar een besloten vennootschap betreft, geldt dat voor aanbidding van het akkoord geen toestemming van aandeelhouders noodzakelijk is. Dat geldt ook indien de statuten van de vennootschap anders bepalen. De schuldenaar blijft overigens gedurende het gehele WHOA-traject volledig beheers- en beschikkingsbevoegd.

## **Schuldeisers, aandeelhouders, OR, personeelsvertegenwoordiging**

Verder kunnen ook schuldeisers, aandeelhouders of een eventueel binnen de onderneming ingestelde Ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging het traject voor het tot stand brengen van een akkoord in gang zetten door de rechter te vragen om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige.

## **Herstructureringsdeskundige**

Een herstructureringsdeskundige is een onafhankelijke, onpartijdige derde die, na benoeming door de rechtbank, de mogelijkheid voor de aanbidding van een akkoord onderzoekt en die, als daarvoor reden bestaat, een akkoord aanbiedt. De kosten van de herstructureringsdeskundige worden betaald door de schuldenaar of door de schuldeisers.

## **Rechtbank**

De bedoeling van de WHOA is introductie van een procedure waarbij zoveel mogelijk wordt voorkomen dat onnodig een beroep wordt gedaan op de rechtbank, terwijl anderzijds voldoende rechterlijke waarborgen aanwezig zijn voor een regeling die tegemoet komt aan de belangen van alle partijen. Dat betekent dat de rechtbank in beginsel tot het moment waarop een verzoek tot homologatie van een akkoord wordt ingediend, niet of nauwelijks betrokken hoeft te zijn.

## **Observator**

Een observator kan op verzoek van betrokkenen (zoals aandeelhouders en schuldeisers) of ambtshalve door de rechtbank worden benoemd om advies te geven over het al dan niet slagen van het voorgenomen akkoord en de homologatie daarvan. De observator kan ook de voortgang van het WHOA-traject bewaken. Indien al een herstructureringsdeskundige is benoemd, is de benoeming van een observator niet aan de orde.

# Procedure

## Besloten of open

De WHOA-procedure kan zowel in een besloten vorm als in een openbare vorm worden doorlopen. In het geval van een besloten procedure vindt geen publicatie plaats in het Insolventie- en het Handelsregister van het voornemen om een akkoord aan te bieden, worden beslissingen van de rechtbank genomen in de Raadkamer en gelden de regels van Nederlands procesrecht. Bij een openbare procedure vindt wel publicatie plaats, worden beslissingen van de rechtbank in het openbaar genomen en vindt de Insolventierichtlijn toepassing. Bij aanvang van de procedure dient te worden gekozen of de procedure besloten of openbaar dient plaats te vinden. Tussentijds wisselen van een besloten naar een openbare procedure of vice versa is niet mogelijk. Afwegingen bij een dergelijke beslissing zijn de vraag naar rechtsmacht van de Nederlandse rechter, de werking van de WHOA in andere Europese lidstaten en de invloed op zekerheidsrechten in de andere Europese lidstaten. Daarnaast speelt een rol het mogelijke (negatieve) gevolg van publiciteit op de bedrijfsvoering.

## Hoofdpijnen procedure

De procedure die leidt tot een verbindend akkoord voor de betrokkenen staat weergegeven in bovenstaand stroomschema. Daaruit kan worden afgeleid dat de schuldenaar kan kiezen voor het zelfstandig aanbieden van een akkoord. De schuldenaar kan ook kiezen voor het deponeren van een zogenoemde 'startverklaring' (dat betreft een verklaring die kan worden gedownload via de website van de rechtspraak: [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), landelijk procesreglement WHOA-zaken rechtbanken). Het depot van deze startverklaring geeft de schuldenaar toegang tot diverse 'ondersteunende voorzieningen' die de kans van slagen van een akkoord kunnen vergroten. Het betreft dan onder andere de afkoelingsperiode, opheffing van beslagen en schorsing van faillissementsaanvragen of surseanceverzoeken. Op verzoek van betrokkene(n) kan in dat geval ook een observator worden benoemd.

De schuldenaar kan er ook voor kiezen, net als schuldeisers, aandeelhouders, ondernemingsraad en personeelsvertegenwoordiging, om een herstructureringsdeskundige te laten benoemen door de rechtbank. De herstructureringsdeskundige zoekt dan de mogelijkheden voor het aanbieden van een akkoord en zal dat dan zo mogelijk aanbieden. Daarbij geldt de opmerking dat voor aanbidding van een akkoord door een herstructureringsdeskundige die op verzoek van schuldeisers, aandeelhouders, ondernemingsraad of

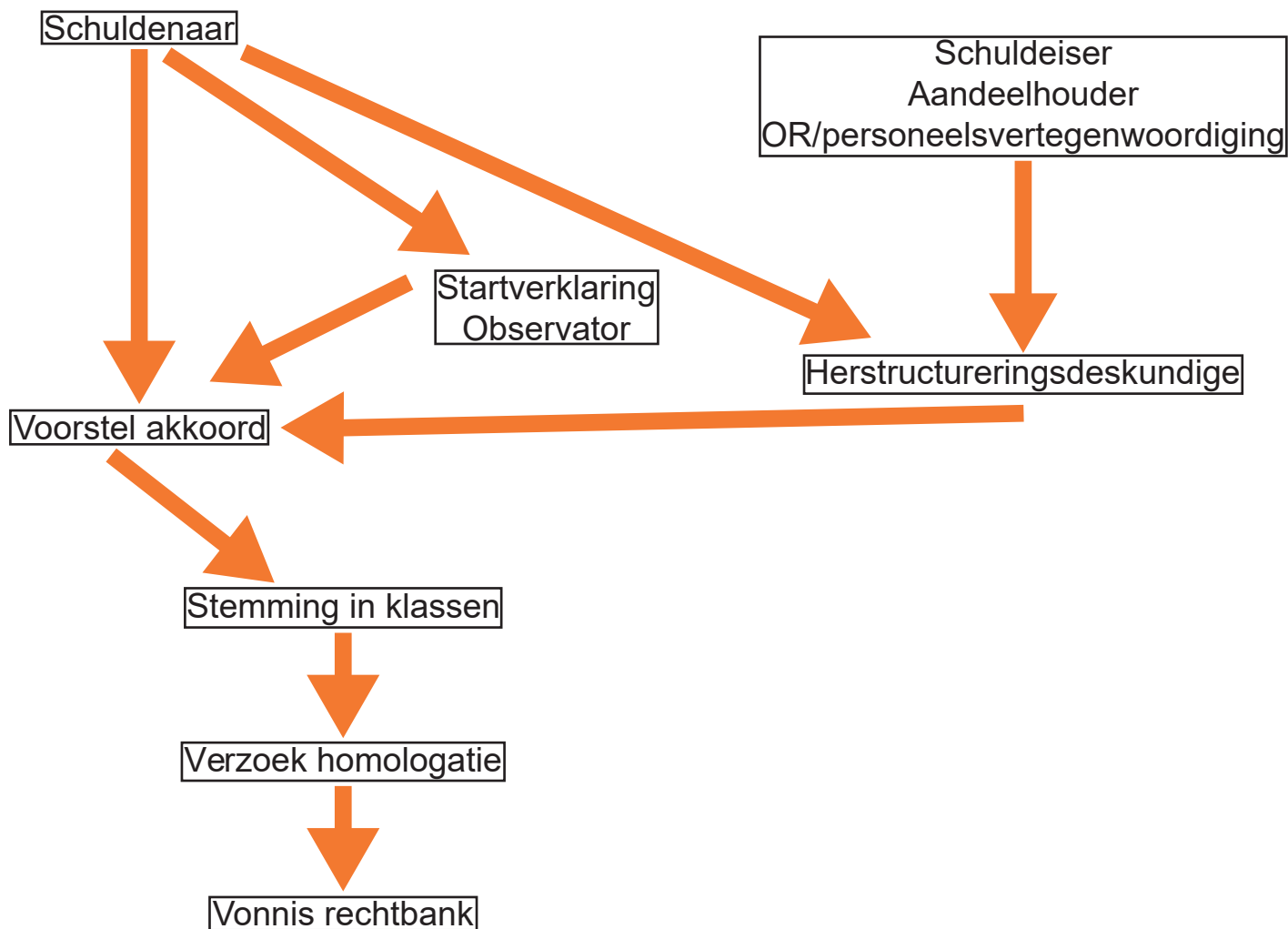


personeelsvertegenwoordiging is benoemd, nog wel de instemming van de schuldenaar noodzakelijk is, indien en voor zover het een MKB-onderneming betreft (vgl. artikel 381 lid 2 van de Faillissementswet). Een MKB-onderneming is een rechtspersoon die een onderneming drijft waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar niet hoger was dan € 50 miljoen, of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar de € 43 miljoen niet overschreed.

Bij de aanbieding van een akkoord dient een termijn van niet minder dan acht dagen in acht te worden genomen voordat er over het akkoord wordt gestemd. Van de stemming dient een stemverslag te worden gemaakt. Dat verslag moet binnen zeven dagen aan de betrokkenen worden toegezonden. Vervolgens kan het verslag dan samen met een homologatieverzoek bij de rechtbank worden ingediend. De rechtbank bepaalt een datum voor behandeling van het homologatieverzoek die ligt tussen de acht en veertien dagen na indiening van het verzoek tot homologatie. Ten slotte zal de rechtbank op de kortst mogelijke termijn vonnis wijzen. Tegen dit vonnis is geen hoger beroep mogelijk.

Naar verwachting bedraagt de proceduredtijd vanaf het moment van aanbieding van het akkoord tot de homologatie door de rechtbank ten minste vijf weken.

# Schema



# Akkoord

## **Flexibele kaderregeling**

Van belang is nog dat de WHOA is ingericht als een flexibele kaderregeling. Dat betekent dat partijen zoveel mogelijk de ruimte wordt geboden om in goed overleg te komen tot een akkoord dat is toegesneden op specifieke omstandigheden van het geval. De betrokkenheid van de rechter is daarbij – zoals gezegd – beperkt.

## **Pre-insolventiecriterium**

Om een akkoord te kunnen aanbieden moet de schuldenaar voldoen aan het zogenoemde ‘pre-insolventiecriterium’. Dat betekent dat er sprake is van een ‘toestand waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar niet met het betalen van zijn schulden zal kunnen voortgaan’. Volgens de Memorie van Toelichting is daarvan al sprake indien de schuldenaar voorziet dat deze over een jaar een dan opeisbare lening niet kan afbetalen.

## **Inrichting akkoord**

Er bestaat grote vrijheid bij de inrichting van het akkoord. Het akkoord kan zien op het verminderen van de vordering, het hanteren van een langere betalingstermijn of de omzetting van de vordering in eigen vermogen. Het kan ook worden gericht op slechts een deel van de schuldeisers of enkel op de financiers. Het akkoord hoeft slechts aan de partijen van wie de rechten worden gewijzigd ter goedkeuring te worden aangeboden.

## **Klassenindeling**

Indien het akkoord betrekking heeft op verschillende categorieën van schuldeisers en aandeelhouders (dat betekent dat zij in faillissement verschillende rechten hebben of deze krijgen op basis van het akkoord, dus dat zij niet in een vergelijkbare positie verkeren), dan dient het akkoord te voorzien in een klassenindeling. Dat betekent dat de verschillende categorieën schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen worden ingedeeld en dat iedere klasse een eigen voorstel krijgt. Vervolgens vindt er in iedere klasse een aparte stemming over het akkoord plaats.

De verschillende klassen zijn bijvoorbeeld: de klasse voor preferente schuldeisers, schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud, schuldeisers met een retentierecht en concurrente schuldeisers.

De voorwaarden waaraan het akkoord moet voldoen, worden weergegeven in artikel 375 Faillissementswet. Het betreft dan onder meer:

1. De klasse-indeling en de criteria op basis waarvan schuldeisers en aandeelhouders in een of meerdere klasse(n) zijn ingedeeld;
2. De financiële gevolgen van het akkoord per klasse van schuldeisers en aandeelhouders;
3. De waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt;
4. De opbrengst die naar verwachting gerealiseerd kan worden bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement;
5. De bij de berekening van de genoemde waardes gehanteerde uitgangspunten en aannames;
6. Indien van toepassing, de nieuwe financiering die de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan en de redenen waarom dat nodig is.

### **Regresrechten en groepsgaranties**

Het is van belang dat de schuldenaar aandacht besteedt aan eventuele regresrechten en groepsgaranties. Indien een vordering van een schuldeiser door de WHOA wordt gewijzigd, dan behoudt hij eventuele rechten om een derde, zoals een borg of een medeschuldenaar die aansprakelijk is voor de schuld van de schuldenaar (of zekerheid heeft gesteld voor de betaling van die schuld), aan te spreken tot betaling van de oorspronkelijke vordering, zoals overeengekomen. De derde kan dan slechts voor het bedrag dat in het kader van het akkoord aan de schuldeiser toekwam, regres nemen. Het verdient dus aanbeveling eventuele garanties ook te herstructureren, voor zover die zijn afgegeven door vennootschappen die onderdeel vormen van de groep waar de schuldenaar onderdeel van uitmaakt. Dat kan overigens alleen als is voldaan aan de voorwaarden uit artikel 372 Faillissementswet (onder andere de voorwaarde of is voldaan aan het pre-insolventiecriterium).

# Stemming

Alle schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd, kunnen zich door stemming over het akkoord uitspreken. Indien rechten van schuldeisers of aandeelhouders niet worden geraakt door het akkoord, hoeven zij daarover ook niet te worden geïnformeerd en zij hoeven dan ook niet bij de stemming te worden betrokken (vgl. artikel 381 Faillissementswet).

N.B. Het akkoord kan geen wijzigingen aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar ten opzichte van werknemers. Werknemers hebben dan ook geen stemrecht.

De schuldenaar moet het definitieve akkoord gedurende een redelijke termijn aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voorleggen. Die termijn mag niet korter zijn dan acht dagen.

Stemming dient in iedere klasse afzonderlijk plaats te vinden. De schuldenaar kan zelf bepalen op welke wijze er wordt gestemd. Dat kan schriftelijk of met een (online) vergadering. Bij het bepalen van de stemuitslag wordt alleen gekeken naar schuldeisers of aandeelhouders die daadwerkelijk hebben gestemd.

Voor het instemmen met een akkoord door een klasse is noodzakelijk dat het akkoord wordt gesteund door schuldeisers die samen ten minste tweederde vertegenwoordigen van het totaalbedrag aan vorderingen, behorend tot de schuldeisers die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht.

Voor aandeelhouders geldt dat bepalend is of het akkoord wordt gesteund door een groep aandeelhouders die samen ten minste tweederde vertegenwoordigt van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders die binnen de klasse hun stem hebben uitgebracht.

Na de stemming moet de schuldenaar een verslag opstellen waarin de uitslag wordt vermeld. Dit verslag dient binnen zeven dagen aan de betrokken schuldeisers en aandeelhouders te worden verstrekt. Dat is van belang indien de schuldenaar besluit om een verzoek tot homologatie van het akkoord in te dienen. Op basis van het stemmingsverslag kunnen betrokkenen de kans van slagen bepalen van een eventueel verzoek tot afwijzing van de homologatie van het akkoord.

# Homologatie

Door homologatie wordt het akkoord verbindend. Dat geldt dan ook voor tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders binnen een klasse (dwangakkoord).

Indien een verzoek tot homologatie wordt gedaan, zal de rechtbank een datum voor een homologatiezitting bepalen. Deze zitting zal plaatsvinden binnen acht tot veertien dagen na het verzoek tot homologatie. Voorafgaand aan de zitting kunnen schuldeisers en aandeelhouders een verzoek tot afwijzing doen. Dat geldt dan voor die partijen die tegen het akkoord hebben gestemd. Is dat niet gebeurd, dan kunnen zij geen beroep doen op de afwijzingsgrond. Daarnaast dienen schuldeisers, aandeelhouders of anderen die een afwijzingsgrond hebben ontdekt, daar tijdig op te hebben gewezen. Is dat niet gebeurd, dan verspelen zij hun rechten. Daarmee wordt bewerkstelligd dat de procedure zo spoedig mogelijk verloopt en wordt voorkomen dat de schuldenaar in een te laat stadium van de procedure wordt geconfronteerd met een voor de schuldenaar onbekende afwijzingsgrond.

Bij de beoordeling van het homologatieverzoek controleert de rechtbank of het akkoord 'zuiver' is (is het noodzakelijk, is voldaan aan de formele vereisten, is het haalbaar en is ten minste één klasse voor?) en of het akkoord 'redelijk' is (komt geen van de betrokken klassen schuldeisers in een nadeligere positie te verkeren dan in faillissement en wordt de meerwaarde van het akkoord evenredig verdeeld tussen de betrokken schuldeisers?).

Nb. het akkoord wordt slechts gehomologeerd indien ten minste één klasse voorgestemd heeft en deze klasse bestaat uit schuldeisers (instemming van slechts aandeelhouders is niet voldoende). Ook moet de klasse die heeft voorgestemd de groep zijn die naar verwachting een uitkering zou ontvangen bij vereffening in faillissement.

# Ondersteunende voorzieningen

De WHOA voorziet in enkele 'ondersteunende voorzieningen' die de kans van slagen van een akkoord kunnen vergroten.

Zo kan de schuldenaar voorafgaand aan het aanbieden van een akkoord aan de wederpartij van bezwarende overeenkomsten een voorstel doen om de overeenkomst te wijzigen. Indien de wederpartij daarmee niet akkoord gaat, kan de overeenkomst worden opgezegd indien en voor zover het akkoord wordt gehomologeerd en de rechtbank daarvoor toestemming geeft. Eventuele schadevergoedingsvorderingen die daardoor ontstaan, kunnen in het akkoord worden meegenomen (artikel 373 Faillissementswet).

Daarnaast kan de schuldenaar op grond van artikel 376 Faillissementswet) vragen om een afkoelingsperiode. Deze kan tot maximaal acht maanden duren. Met een afkoelingsperiode kan de ongestoorde voortzetting van de onderneming worden gegarandeerd voor de periode dat de haalbaarheid van een akkoord wordt bekeken.

De rechtbank kan ook worden gevraagd vooruitlopend te beslissen bij discussie over gehanteerde waarderingen over de klassenindeling of over het al dan niet voldoen aan homologatiecriteria. Dergelijke vooruitlopende beslissingen kunnen alleen worden gevraagd door de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige.

Andere ondersteunende voorzieningen zijn nog het verzoek aan de rechtbank te bepalen dat rechtshandelingen die worden verricht in het kader van de aanbieding van een akkoord niet kunnen worden vernietigd in geval van het onverhoopt uitspreken van een faillissement en de bepaling dat in de WHOA-procedure kan worden voldaan aan een opeisbare verplichting zonder dat in een eventueel faillissement de curator betaling kan terugdraaien. Ook bepaalt de WHOA dat een eventuele verrekening in rekeningcourant voor gedurende de WHOA mogelijk blijft.



# Conclusie

Vastgesteld kan worden dat de procedure eenvoudig en snel is ingericht. De WHOA biedt veel ruimte voor maatwerk. De praktijk zal moeten uitwijzen of de WHOA een werkbare akkoordregeling buiten faillissement oplevert.

## Meer weten?



**Chris Tijman**

*c.tijman@vanveen.com*  
0318 - 68 78 94



**Aart Jan Stokkers**

*aj.stokkers@vanveen.com*  
0318 - 68 78 98



**Nienke Kuipers**

*n.kuipers@vanveen.com*  
0318 - 68 78 09



**Kees van Dijk**

*c.vandijk@vanveen.com*  
0318 - 68 78 84



**Maarten Blok**

*m.blok@vanveen.com*  
0318 - 68 79 06