

## Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA)

### 1. Inleiding

De Nederlandse wetgever behandelt op dit moment een wetsvoorstel dat het mogelijk zal maken om schulden te herstructureren door aanbidding van een onderhands akkoord (de Wet Homologatie Onderhands Akkoord of "WHOA").

Geïnspireerd op de Engelse *Scheme of Arrangement* en de Amerikaanse *Chapter 11 procedure* belooft de WHOA een veelzijdig en zeer effectief herstructureringsmiddel te bieden, in het bijzonder door de mogelijkheid om groepen onwillige crediteuren met goedkeuring van de rechtbank onder voorwaarden aan het akkoord te binden. Die mogelijkheid biedt het Nederlandse recht tot op heden alleen binnen de kaders van een formele insolventieprocedure. Behoudens zeer uitzonderlijke gevallen zijn buiten een insolventieprocedure voorsnog alleen volledig consensuele herstructureringsmogelijk, waarbij de schuldenaar de beschikking over zijn vermogen behoudt (*debtor in possession*).

De WHOA biedt daarnaast een ruime basis voor rechtsmacht van de Nederlandse rechter en flexibiliteit in omvang, voorbereiding en uitwerking van het akkoord, die de effectiviteit verder bevorderen. De inwerkingtreding wordt dit najaar verwacht.

### 2. Belangrijke aspecten

- Doelen** – Een akkoord op basis van de WHOA kan tot doel hebben om een dreigend faillissement af te wenden van een onderneming die na herstructurering van de schulden weer financieel gezond kan voortbestaan, maar ook om een onderneming zonder overlevingskansen af te wikkelen buiten faillissement.
- Toegankelijkheid** – De WHOA is beschikbaar voor schuldenaren die een onderneming drijven, ongeacht hun rechtsvorm. Om gebruik te kunnen maken van de WHOA moet de schuldenaar verkeren in een toestand waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden (de pre-insolvente toestand). Dit betekent dat geen realistisch perspectief bestaat om een insolventiescenario zonder herstructurering van schulden te voorkomen. De schuldenaar zelf maar ook (een van) zijn crediteuren, aandeelhouders, de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kunnen de WHOA bij die toestand initiëren. Belangrijk is daarbij dat hiervoor voor voorhand geen gerechtelijke beslissing nodig is en dus geen sprake is van een gerechtelijke procedure. Wel kan de rechtbank gedurende het totstandkomingsproces worden gevraagd om bepaalde onzekerheden of discussiepunten in een vroeg stadium te beslechten, om daarmee duidelijkheid te verschaffen voor de verdere toepassing van de WHOA en de kans van slagen te vergroten.
- Openbaar of besloten** – De WHOA kent een openbare variant, waarbij het feit dat een schuldenaar gebruik wenst te maken van de WHOA wordt vermeld in het Centraal Insolventieregister, en een *besloten* variant, waarbij in beginsel slechts de bij het akkoord betrokken partijen in kennis worden gesteld van de (voorgenomen) toepassing van de WHOA.
- Herstructureringsdeskundige** – Indien een andere partij dan de schuldenaar de WHOA initieert, moet die partij de bevoegde rechtbank verzoeken tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. De herstructureringsdeskundige biedt vervolgens namens de schuldenaar een akkoord aan. Ook de schuldenaar zelf is bevoegd de rechtbank te verzoeken een herstructureringsdeskundige aan te stellen. Een dergelijk verzoek zal door de rechtbank worden toegewezen als de schuldenaar in de pre-insolvente toestand verkeert, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de schuldeisers daar niet mee zullen zijn gediend.
- Akkoord** – Deschuldenaar of de herstructureringsdeskundige is bevoegd aanschuldeisers en aandeelhouders een akkoord aan te bieden. Het akkoord kan zien op de positie van concurrente crediteuren, crediteuren met een zekerheidsrecht (separatisten), preferente crediteuren en aandeelhouders. Het akkoord hoeft niet collectief te zijn; er mogen (groepen) crediteuren en/of aandeelhouders buiten het akkoord worden gelaten.
- Aanbidding** – Als geen herstructureringsdeskundige is aangesteld, is de schuldenaar bevoegd een akkoord aan te bieden. Is wel een herstructureringsdeskundige aangesteld, dan is deze daartoe exclusief bevoegd. De schuldenaar kan een voorgenomen akkoord in dat geval wel aan de herstructureringsdeskundige voorleggen met het verzoek dit aan de schuldeisers en aandeelhouders aan te bieden. Is de schuldenaar een MKB-onderneming en is de herstructureringsdeskundige aangesteld op verzoek van een crediteur of de ondernemingsraad of personeelsvereniging, dan heeft de herstructureringsdeskundige voor het aanbieden van een akkoord de instemming van de schuldenaar nodig. De herstructureringsdeskundige kan die goedkeuring bij weigering door de schuldenaar onder omstandigheden ook aan de rechtbank vragen.
- Stemming** – Het akkoord wordt ter stemming voorgelegd aan de crediteuren en aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd. Schuldeisers en aandeelhouders kunnen in verschillende klassen worden ingedeeld; de stemming vindt per klasse plaats.
- Beschikking over vermogen** – De schuldenaar behoudt onder de WHOA de beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van zijn vermogen (*debtor in possession*).
- Afkoelingsperiode** – De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige kan een afkoelingsperiode verzoeken voor een periode van maximaal 4 maanden (die nog verlengd kan worden tot een gezamenlijk maximum van 8 maanden).
- Ruime basis voor rechtsmacht en herstructureringen van groepen** – Onder bepaalde voorwaarden mogen de Nederlandse rechtbanken akkoorden homologeren voor zowel Nederlandse als buitenlandse schuldenaren. Hiermee kunnen grensoverschrijdende herstructureringen vanuit Nederland worden geïmplementeerd.

### 3. Het akkoord

Het uitgangspunt bij het vormgeven van het akkoord is contractsvrijheid. De WHOA biedt daardoor een ruim scala aan mogelijkheden om de kapitaalstructuur van de schuldenaar te herstructureren, bijvoorbeeld door het toepassen van betaling in termijnen, het kwijtschelden van schuld of de omzetting van schuld in aandelen (*debt-for-equity-swap*). Ook niet alle crediteuren hoeven in het akkoord te worden betrokken. Het akkoord kan zich bijvoorbeeld uitsluitend richten tot "financiële" crediteuren of handelscrediteuren of juist een specifieke groep schuldeisers uitsluiten. Het is daarnaast mogelijk om een contractuele wederpartij een voorstel te doen tot wijziging van een bezwarende overeenkomst. Stemt deze wederpartij daar niet mee in, dan kan de overeenkomst als onderdeel van het akkoord tussentijds worden opgezegd. De schadevergoedingsvordering uit hoofde van de eenzijdige opzegging kan dan in het akkoord meelopen. Arbeidsovereenkomsten vormen hierop een uitzondering; het is niet mogelijk de rechten van werknemers uit hoofde van hun arbeidsovereenkomsten aan te tasten of te wijzigen.

Het uitgangspunt is steeds dat het akkoord *redelijk* moet zijn. Dit betekent in het algemeen dat de betrokken schuldeisers en aandeelhouders bij totstandkoming van het akkoord zijn gebaat, althans er in ieder geval niet op achteruit gaan. Meer specifiek betekent dit dat:

- de positie van de betrokken schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord niet aanmerkelijk mag verslechteren ten opzichte van een faillissementsscenario;
- de waarde die met het akkoord behouden kan blijven of gerealiseerd kan worden (de reorganisatiewaarde) eerlijk onder de schuldeisers en aandeelhouders wordt verdeeld, met dien verstande dat de (wettelijke) verhaalsrangorde in beginsel tot uitgangspunt dient, tenzij een of meer relevante klassen instemmen met een ander voorstel; en
- schuldeisers – anders dan "financiële" crediteuren die een zekerheidsrecht hebben – die in het faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld zouden ontvangen en met de meerderheid van hun klasse tegen het akkoord hebben gestemd, het recht moeten hebben om te kiezen voor een uitkering in geld (*de cash out optie*) ter hoogte van het bedrag dat zij ook in een faillissement zouden ontvangen (de liquidatiewaarde).

### 4. Stemming

Om het akkoord ter goedkeuring (homologatie) aan de rechtbank te kunnen voorleggen moet erover worden gestemd. Stemrechtig zijn de schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd. Om hen tot stemmen in staat te stellen moet het voorstel voor het akkoord minimaal acht dagen voorafgaand aan de stemming aan de stemgerechtigden worden voorgelegd. Stemmen kan in een fysieke of elektronische vergadering maar ook schriftelijk (waaronder per e-mail).

Ten behoeve van de stemming worden de stemgerechtigden onderverdeeld in aparte klassen als de rechten die zij in faillissement zouden hebben of op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillen dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. De stemming gebeurt per klasse. Crediteuren met voorrang uit hoofde van pand- of hypotheekrecht worden slechts ingedeeld in een of meer klassen van crediteuren met dergelijke voorrang voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang geldt. Bij de bepaling welk deel dat is, wordt uitgegaan van de verwachte waarde in faillissement. Voor het overige (ongedekte) deel van hun vordering vallen zij in de klasse van concurrente crediteuren. Ook moet een klasse worden gevormd voor kleine crediteuren, indien zij op basis van het voorstel minder dan 20% van hun vordering krijgen aangeboden. Zo'n aanbod van minder dan 20% is alleen toegestaan als daartoe zwaarwegende gronden bestaan. Een klasse stemt met het akkoord in als minimaal tweederde voor stemt, vast te stellen aan de hand van de hoogte van de vorderingen van de schuldeisers in die klasse dan wel de nominale waarde van de betrokken aandelen.

De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige kunnen de rechtbank verzoeken het akkoord goed te keuren (homologeren) als met het akkoord wordt ingestemd door ten minste één klasse van schuldeisers waarvan wordt verwacht dat deze in faillissement geheel of gedeeltelijk zouden worden voldaan.

### 5. Homologatie en cross class cram down

Voor homologatie is in beginsel vereist dat alle klassen met het akkoord hebben ingestemd. Onder bepaalde voorwaarden is het echter mogelijk om het akkoord toch te homologeren als een of meer klassen niet met het akkoord hebben ingestemd. De mogelijkheid tot een dergelijke *cross class cram down* bestaat – kort gezegd – als één klasse die naar verwachting in faillissement een uitkering zou ontvangen vóór het akkoord heeft gestemd.

De rechtbank kan het homologatieverzoek afwijzen op verzoek van een of meer stemgerechtigden die tegen het akkoord hebben gestemd als summierlijk blijkt dat zij op basis van het akkoord in een slechtere positie komen te verkeren dan zij in geval van faillissement zouden hebben gehad (*creditors' best interest*). De rechtbank wijst het homologatieverzoek verder af op verzoek van een of meer stemgerechtigden die zelf tegen het akkoord hebben gestemd en zijn ingedeeld in een klasse die heeft tegengestemd, indien:

- kleine crediteuren of crediteuren met een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad minder dan 20% van hun vordering worden aangeboden, tenzij daar een zwaarwichtig grond voor is;
- bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd (de reorganisatiewaarde) ten nadele van de klasse die heeft tegengestemd wordt afgeweken van de wettelijke of contractueel bepaalde rangorde, tenzij voor die afwijking een redelijke grond bestaat en de verzoekerde tegenstemmers daardoor niet in hun belang worden geschaad;
- schuldeisers (anders dan schuldeisers als hieronder bedoeld onder d) op basis van het akkoord niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting zouden ontvangen (de liquidatiewaarde);
- schuldeisers met een zekerheidsrecht die de schuldenaar bedrijfsmatig een financiering hebben verstrekt op basis van het akkoord slechts aandelen of certificaten wordt aangeboden en zij niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in andere vorm.

Er zijn tot slot ook diverse gronden voor afwijzing van het homologatieverzoek die de rechtbank ambtshalve zal onderzoeken. Denk daarbij aan het geval dat niet is voldaan aan procedurele voorwaarden, dat nakoming van het akkoord onvoldoende is gewaarborgd of dat het akkoord door bedrog of door oneerlijke middelen tot stand is gekomen.

De zitting ter behandeling van het verzoek tot homologatie wordt binnen acht tot veertien dagen na het verzoek plaatsvinden. De beslissing volgt zo spoedig mogelijk na de zitting. De verwachting is dat het proces vanaf het voorleggen van het akkoord tot en met de uitspraak op het verzoek tot homologatie vier tot zes weken zal beslaan. Zodra het akkoord is gehomologeerd is het bindend voor de schuldenaar en de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.

### 6. Ondersteunende maatregelen

De WHOA biedt mogelijkheden om te verzoeken om verschillende maatregelen die het bereiken van een haalbaar akkoord ondersteunen, alsmede om op voorhand bepaalde onzekerheden rondom de geldigheid van het akkoord te adresseren. De schuldenaar of de herstructureringsdeskundige kan de rechtbank bijvoorbeeld vragen om op voorhand een oordeel te geven over bepaalde aspecten van een akkoord dat men voornemens is aan te bieden, zoals met betrekking tot de bepaling van de relevante waarden, de klassenindeling of de stemmingsprocedure. Met goedkeuring van de rechtbank kan de schuldenaar verder bezwarende contracten opzeggen en financiering die nodig is om de onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen voortzetten aantrekken zonder risico van vernietiging op grond van de faillissementspauliana.

De WHOA voorziet ook nog in andersoortige ondersteuning. *Ipso facto* bepalingen in overeenkomsten (denk aan een beding dat een overeenkomst van rechtswege doet eindigen als zich een bepaalde gebeurtenis voordoet) die niet van het voorbieden en aanbieden van een akkoord onder de WHOA is uitgesloten, die daarmee verband houden worden bijvoorbeeld van rechtswege buiten werking gesteld. Dat geldt ook voor bepalingen die de uitvoering van het akkoord in de weg staan, zoals *change of control* bepalingen of goedkeuringsvereisten in statuten of een aandeelhoudersovereenkomst.

De Nederlandse rechtbanken zullen een *pool* van rechters instellen die zorg draagt voor de behandeling van verzoeken in het kader van de WHOA. Tegen hun beslissingen staat geen hoger beroep open.

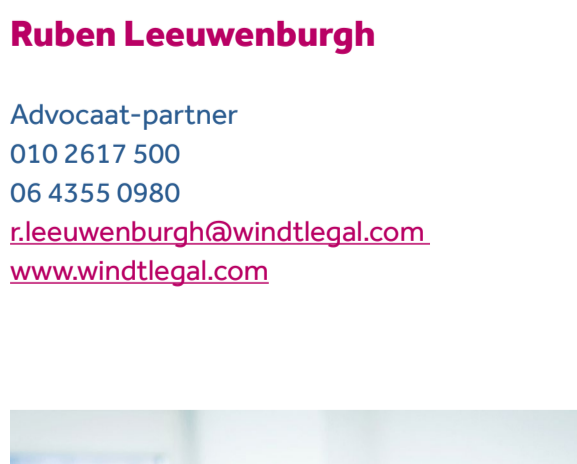
### 7. Internationale rechtsmacht, erkenning en groepsherstructureringen

Voor de vraag naar rechtsmacht en erkenning in een internationale context is van belang of de partij die de WHOA in stelling brengt kiest voor de openbare of de besloten procedure. De openbare procedure wordt beheerst door de regels van de Europese Insolventieverordening (InsVo). De Nederlandse rechter heeft in die gevallen rechtsmacht naar in Nederland de voornaamste belangen van de schuldenaar zich in Nederland bevindt of de schuldenaar in Nederland een vestiging heeft. De automatische erkenning van de procedure en het gehomologeerde akkoord wordt dan erkend in alle EU-lidstaten (met uitzondering van Denemarken).

Bij een besloten procedure zijn er voor rechtsmacht van de Nederlandse rechter diverse aanknopingspunten; ook zonder dat de het centrum er de voornaamste belangen van de schuldenaar in Nederland is gelegen. Rechtsmacht bestaat dan als (een van) de verzoeker(s) of een van de in het verzoek genoemde belanghebbenden zijn woon- of gewone verblijfplaats in Nederland heeft of de zaak anderszins voldoende met de Nederlandse rechtssfeer is verbonden. Van dit laatste is bijvoorbeeld sprake als de schuldenaar zijn centrum van voornaamste belangen, een vestiging of (substantiële) activa in Nederland heeft, een (substantieel) deel van de betrokken schulden voortvloeit uit Nederlandsrechtelijke verbindenissen of daarop een forumkeuze voor de Nederlandse rechter van toepassing is, een (substantieel) deel van de groepsvennootschappen van de schuldenaar in Nederland is gevestigd of de schuldenaar aansprakelijk is voor schulden van een derde ten aanzien waarvan de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. De laatste twee aanknopingspunten zullen bij internationale groepen in het bijzonder ruime mogelijkheden voor Nederlandse rechtsmacht bieden. De internationale erkenning van de besloten procedure en een akkoord dat op die basis is gehomologeerd zal steeds afhangen van het internationale privaatrecht van de jurisdictie waar de erkenning wordt gezocht. De verwerking is wel dat erkenning mogelijk is onder de UNCITRAL Model Law in jurisdicties waar geen wederkerigheid wordt geëist.

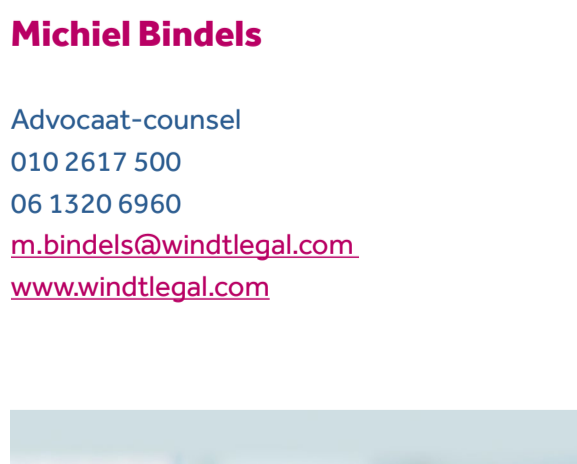
Zie voor meer informatie [www.windtlegal.com](http://www.windtlegal.com)

Voor eventuele vragen kunt ook direct contact met ons opnemen via onderstaande contactgegevens:



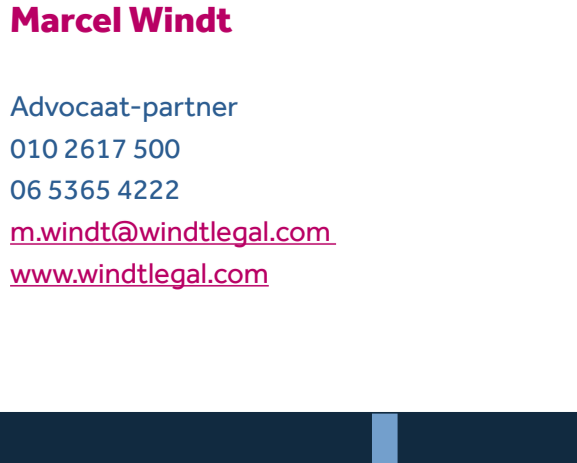
**Ruben Leeuwenburgh**

Advocaat-partner  
010 2617 500  
06 4355 0980  
[r.leeuwenburgh@windtlegal.com](mailto:r.leeuwenburgh@windtlegal.com)  
[www.windtlegal.com](http://www.windtlegal.com)



**Michiel Bindels**

Advocaat-counsel  
010 2617 500  
06 1320 6960  
[m.bindels@windtlegal.com](mailto:m.bindels@windtlegal.com)  
[www.windtlegal.com](http://www.windtlegal.com)



**Marcel Windt**

Advocaat-partner  
010 2617 500  
06 5365 4222  
[m.windt@windtlegal.com](mailto:m.windt@windtlegal.com)  
[www.windtlegal.com](http://www.windtlegal.com)



**Richard le Grand**

Advocaat-partner  
010 2617 500  
[r.legrand@windtlegal.com](mailto:r.legrand@windtlegal.com)  
[www.windtlegal.com](http://www.windtlegal.com)