



CONCEPT CHECKLIST WHOA AKKOORD

Dit concept is opgesteld vooruitlopend op de inwerkingtreding van de WHOA op 1 januari 2021.*

Deze lijst kan gebruikt worden bij de voorbereiding van een WHOA traject:

- ter oriëntatie, bijv. om belangrijke stappen en stakeholders in het proces te identificeren en voor het verzamelen van 'deliverables';
- ter ondersteuning bij het bepalen van de strategie en bij de uiteindelijke totstandbrenging en vormgeving van een akkoord.

Wij delen deze lijst met het publiek om een soepele start met de WHOA in de praktijk te bevorderen.

Wij zien het als een 'open source'-document. Tips, reacties, verbeteringen, aanvullingen en suggesties zullen wij van tijd tot tijd verwerken.

Dit is de tweede versie van dit document. Het is aangepast naar aanleiding van de publicatie op 24 november 2020 van het Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken en om onze eerste ervaringen met de WHOA te verwerken.

De onderdelen aangegeven met een asterisk (*) staan in het procesreglement. Om de hanteerbaarheid van deze lijst te vergroten hebben wij niet alles uit de WHOA of het procesreglement overgenomen. De wet en het procesreglement dienen altijd erop nageslagen te worden.

De contactgegevens van ons team en onze disclaimer staan op de laatste pagina.

* Wet Homologatie Onderhands Akkoord

ORIËNTATIE

De onderneming

- Beschrijving ontstaan bedrijf, beknopte geschiedenis, acquisities, locaties, product(en)(lijnen), werknemers-aantallen, sourcing etc.
- Hoe is het bedrijf groot geworden? In welke 'business'?

De vennootschap(pen)

- Directie, evt. RvC, evt. structuurregime, aandeelhouder(s)/UBO('s).
- Organigram, statuten, uittreksel KvK en evt. aandeelhoudersovereenkomst.
- Evt. weergave groepsverhoudingen borgen, 403 etc. in geval van een groepsakkoord of een 'breed akkoord' in de zin van art. 372 lid 1 Fw.

Cijfers en omvang

- De jaarrekeningen van de afgelopen drie boekjaren.*
- Een actuele staat van baten en lasten, door weergave van de actuele balans en winst- en verliesrekening, inclusief eventueel niet uit de balans blijvende verplichtingen.*
- Lijst van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, en het bedrag van hun vordering of het nominale bedrag van hun aandeel.
- Voor zover van toepassing, een opgave van schuldeisers of aandeelhouders die niet onder het akkoord vallen; een toelichting waarom zij niet onder het akkoord vallen is vereist. Goed voorstelbaar is dat vanwege de continuïteit consumenten, handelscrediteuren en dwangcrediteuren (essentiële leveranciers) buiten het akkoord worden gehouden (zie hierna onder 'Indeling in klassen').

Oorzaak problematiek

- Bedrijfsgebonden analyse, wellicht sectorelementen.
- Objectivering waar mogelijk/quick scan/evt. rapportages.
- Ligt de problematiek in een overeenkomst; uitleg van de ernstig negatieve effecten van dat molensteencontract.

Gevolgen

- De actuele liquiditeitspositie, door weergave van de kaspositie, ruimte onder de kredietfaciliteiten en mogelijke andere bronnen van liquiditeit.* Dit is de prognose waaruit onvermijdelijke insolventie redelijkerwijze aannemelijk wordt (art. 370 lid 1 Fw), externe validatie in geval van verwachte oppositie.
- Toelichting welke stappen zijn gezet om dreigende insolventie af te wenden (zie ook art. 375 lid 2 sub e Fw); naarmate het moment van insolventie verder in de toekomst ligt, zal beter beargumenteerd moeten worden dat bijsturen (desondanks) onvoldoende mogelijk is.
- Uiteenzetting van herstructureringsmaatregelen die onderdeel zullen zijn van het akkoord, de wijze waarop deze maatregelen bijdragen aan de oplossing en hoeveel tijd het naar verwachting vergt om deze maatregelen uit te voeren.
- Kapitaalstructuur beknopt weergeven, rechterzijde balans en in volgorde van rang/voorrecht. Zie de volgens het procesreglement gevraagde proforma financiële gegevens hierna onder waarderingen en prognoses.

VOORBEREIDING

Waarderingen en prognoses

- Een waardering van de onderneming en (indien noodzakelijk) van specifieke activa, (i) bij uitvoering van het (beoogde) akkoord en (ii) bij vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement,* respectievelijk de reorganisatiewaarde en de liquidatiewaarde.
- De onderliggende financiële gegevens betrokken bij de totstandkoming van de hierboven genoemde waarderingen en de uitgangspunten en aannames op basis waarvan de prognoses en de waardering zijn vastgesteld.*
- Gevoeligheden en onzekerheden aangaande de prognoses en de waardering en de totstandkoming daarvan.*
- De waarderingsmethode en de berekeningswijze.*
- Een prognose van de balans en de winst- en verliesrekening voor een periode van **twee jaar** na de homologatie van het akkoord.*
- Een kasstroomprognose voor een periode van één tot twee jaar (op maandbasis) na de homologatie van het akkoord.*
- Voldoende gezaghebbende validatie indien oppositie wordt verwacht of, indien geraden, ter beperking van aansprakelijkheidsrisico's.
- Reorganisatiewaarde bijv. (i) DCF-waarde operaties + (niet operationele activa) – (langlopende operationele voorzieningen) + (operationele schulden) + (operationele voorzieningen ten behoeve van toegelaten vermogensverschaffers) (die laatste worden immers voldaan bovenop de verdien capaciteit indien faillissement wordt voorkomen).
- Aangeven delta tussen de bestaande kapitaalstructuur (rechterzijde balans) en de reorganisatiewaarde met daaruit evt. volgend het vermogen dat definitief niet meer voor realisatie vatbaar is.
- Bij inschatting liquidatiewaarde rekening houden met redelijkerwijs te verwachten verloop van een faillissement, inclusief faillissementskosten, de wijze van verkoop (*piecemeal* of (onderdelen) *going concern*) en verdiscontering (rente-effect) van later te ontvangen uitkering in faillissement, indien van toepassing.
- Indien sprake is van een aanbod anders dan in geld, op welke wijze dient dat gewaardeerd te worden (denk aan uitstel van betaling, PIK-rentes, hybride instrumenten).
- Indien van toepassing de schadeclaim van een beëindigd molensteencontract berekenen (zie hierna onder 'Problematische overeenkomsten').

Overige voorbereidingen

- Indien om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt verzocht: ten minste twee en maximaal drie namen van mogelijke te benoemen herstructureringsdeskundigen, waarbij het verzoekschrift offertes voor de kosten verbonden aan de benoeming van de herstructureringsdeskundige bevat. Slechts indien alle bij het verzoek betrokken partijen het eens zijn, kan met het noemen van één herstructureringsdeskundige en het overleggen van één offerte worden volstaan.*
- Beschrijving van evt. nieuwe financiering en redenen waarom nodig is (art. 375 lid 1 sub i Fw).
- Aantonen levensvatbaarheid na homologatie (dit slaat uiteindelijk ook neer in waarderingen en prognoses).
- Toelichting keuze besloten of openbare variant (art. 369 lid 6 Fw).
- Check – voor zover al niet hierin genoemd – de diverse formele vereisten van art. 375 Fw. Is er bij AMvB, in het Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken en bij de betreffende rechtbank sprake van aanvullende informatievereisten? Wat is de praktijk ter plaatse?
- Aangeven of vorderingen op mee-verbonden groepsvennootschappen eveneens moeten worden gewijzigd (mits die ook in de onvermijdelijke insolventietoestand verkeren, art. 372 Fw).
- Aangeven wie de aanbieders van het akkoord zijn, welke entiteiten.
- Check – voor zover al niet hierin genoemd – de diverse afwijzingsgronden van art. 384 Fw.

Indeling in klassen

- Het voorstel richt zich vooral maar niet alleen tot out of the money klassen; wijzigen wat gewijzigd moet worden.
- Klassenindeling en de criteria op basis waarvan de schuldeisers en aandeelhouders in één of meerdere klassen zijn ingedeeld.
- Klassenindeling op basis van vergelijkbare posities: vergelijkbaar op basis van rangorde of op basis van aanbod (art. 374 Fw); toelichting op de gekozen klassenindeling.

- Stemgerechtigden met voldoende vergelijkbare positie die gelijk aanbod krijgen onder het akkoord maar (sterk) uiteenlopende belangen hebben of fiscaal verschillend worden behandeld mógen (hoeft dus niet) in andere klassen worden ingedeeld. Met name van belang voor het blanco deel van de vordering van de bedrijfsmatige financier met pand of hypotheek.
- Keuze tot verdeling van de reorganisatiewaarde over de klassen; in principe wettelijke/contractuele rangorde volgen ('absolute priority rule' - APR); afwijking van de paritas en van de APR is een mogelijkheid bij de klassenindeling, mits toegelicht (redelijke grond en schuldeisers/aandeelhouders die het betreft, mogen niet in hun belang worden geschaad).
- Binnen één vergelijkbare rang zijn variaties mogelijk, bijv. het ontzien van leveranciers.
N.B. dat dit in feite ook een afwijking van de paritas en dus van de APR is (zie bijv. de diverse mogelijke concurrente klassen onder het kopje 'Mogelijke klassen'). Goed voorstelbaar is dat vanwege de continuïteit consumenten, handelscrediteuren en dwangcrediteuren (essentiële leveranciers) buiten het akkoord worden gehouden. Ook aandeelhouders die out of the money zijn kunnen in voorkomende gevallen toch hun aandelenbelang behouden. Zij kunnen bijvoorbeeld onmisbaar zijn als (directeur-groot)aandeelhouder, nieuw geld verstrekken en/of waarde verkrijgen die vrijwillig wordt afgestaan door een hoger gerangschikte klasse.
- Maar ook de toekomstplannen van het bedrijf kunnen een basis zijn voor die variaties, bijv. schuldeisers die verknocht zijn aan vestigingen die gesloten worden of die juist open blijven (en die daarom ook een ander aanbod krijgen).
- Het voorstel toetsen aan de best interest berekening (vgl. faillissementswaarde); niemand slechter af dan in faillissement (art. 384 lid 3 Fw); tenzij steun voor het akkoord unaniem is (100% binnen iedere klasse = utopie). Let op schuldeisers met zekerheden, zoals fiscus met bodemrecht en handelscrediteuren met retentierecht of eigendomsvoorbehoud.
- De vergelijking met c.q. de delta tussen die best interest berekening en de –hogere– reorganisatiewaarde is tevens de rationale voor het aanbod; waardemaximalisatie voor schuldeisers.
- Financiële gevolgen per klasse berekenen (art. 375 lid 1 Fw) en bijvoegen. Idealiter kan de reorganisatiewaarde naast de verdeling gezet worden, inclusief de waarde van schuldeisers of aandeelhouders die buiten het akkoord worden gehouden. Zo kan de (her)verdeling van de reorganisatiewaarde inzichtelijk en toetsbaar worden gemaakt.
- Indien van toepassing: uitleg zwaarwegende grond voor het niet vrijmaken van ten minste 20% voor de kleine schuldeisers (art. 375 lid 2 Fw).
- Aangeven mogelijkheid klassen schuldeisers om te kunnen kiezen voor hun deel van de 'liquidatiewaarde' in cash (art. 384 lid 4 Fw).
- Toelichting welke keuze de bank heeft voor een uitkering of toedeling in andere vorm dan aandelen of certificaten (art. 384 lid 4 Fw), bijv. doorrollen. Evt. optie om te participeren in nieuwe financiering. Indien oppositie wordt verwacht, toets op gelijkwaardigheid lening plus zekerhedenpakket met liquidatiewaarde (gesecureerde) positie bank (evt. *market test*).
- Aangeven welke rechten van welke klassen worden voorgesteld te wijzigen; uitstel, (gedeeltelijke) kwijting of omzetting in aandelen of via een stichting certificaten van aandelen.
- Waarde naar een lagere klasse doorgeven om steun te krijgen is legitiem, mits doterende hogere klasse(n) akkoord.
- Waarde naar een lagere klasse doorgeven zonder die steun kan alleen met redelijke grond en als hogere klasse(n) niet worden geschaad; bijv. indien die toedeling van de reorganisatiewaarde nodig is voor de optimale realisatie (voorkomen discontinuïteit) of vergroting daarvan (zie concrete voorbeelden hiervoor, zoals consumenten e.d.).
- Zittende aandeelhouders stemmen mee maar leveren in beginsel aandelen in aan schuldeisers die in the money zijn of waar de waarde breekt; materiële bijstorting of bijv. het blijvend als ondernemer aan de onderneming verbonden blijven bij homologatie door zittende of nieuwe aandeelhouder verschaft de logica die aandelen niet in te leveren maar dan wel toetsing op noodzaak en marktconformiteit (zie ook hiervoor).
- Relevante vragen om te beoordelen of een afwijking van de rangorde voldoet het vereiste dat daarvoor een redelijke grond bestaat en de andere schuldeisers of aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad zijn volgens ons:
 - a) Vergroot of realiseert de afwijking de reorganisatiewaarde?
 - b) Voldoet de afwijking aan het beginsel van subsidiariteit (is er geen lichter middel beschikbaar dan het gekozen middel?) en proportionaliteit (kan het gekozen middel op een minder ingrijpende wijze worden aangewend/is het marktconform?)
 - c) Profiteren andere schuldeisers en aandeelhouders voor zover redelijkerwijs mogelijk mee in de vergrote reorganisatiewaarde (indien van toepassing) én zijn zij in ieder geval niet slechter af dan zij zonder de afwijking zouden zijn geweest?

Mogelijke klassen

- Aandeelhouders (als verschaffers van het eigen vermogen).
- Achtergestelde schuld (waaronder achtergestelde vendor loans e.d.).
- Concurrent - aandeelhouderslening (behoudens achterstelling of zekerheden).
- Concurrent - intercompany (behoudens achterstelling of zekerheden).
- Concurrent - geseceerde crediteuren voor het ongedekte deel van hun vordering (art. 374 lid 3 Fw).
- Concurrent - handelscrediteuren met 'dwangpositie' of anderszins 'feitelijke voorrang'.
- Overig concurrent.
- N.B. de uitzonderingspositie van 'kleine handels- en OD-schuldeisers' (art. 374 lid 2 Fw) die in beginsel minimaal 20% uitkering moeten krijgen.
- Preferent; fiscus, UWV.
- Bedrijfsmatige financiers met voorrang uit hoofde van pandrecht of recht van hypotheek; bank (voor zover gedekt).
- Leverancier(s) met eigendomsvoorbehoud.
- Schuldeiser(s) met retentierecht.

Problematische overeenkomsten

- Indien problematische overeenkomsten deel uitmaken van de oorzaken; wederpartij voorstel doen tot wijziging of beëindiging van overeenkomst (art. 373 lid 1 Fw).
- Als wederpartij niet instemt kan overeenkomst opgezegd worden met toestemming rechter. Opzegtermijn ten hoogste drie maanden. Eenzijdige opzegging van de overeenkomst behoeft toestemming van de rechter (art. 373 lid 1 Fw). Verzoek om toestemming moet worden meegenomen in homologatieverzoek.
- Schadeclaim berekenen, aangeven of deze in het akkoord meeloopt of ineens wordt voldaan.

IMPLEMENTATIE

Wat is al gedaan, hoe is e.e.a. geborgd

- Wijze waarop OR is betrokken en adviesplichtige elementen; belangrijke inkrimping, wijziging organisatie of aantrekken belangrijk krediet (art. 375 lid 1 Fw).
- Eerder genoemde getroffen maatregelen om de problemen op te lossen (art. 375 lid 2 Fw).
- Eerder genoemde herstructureringsmaatregelen die onderdeel van het akkoord zijn en de wijze waarop die bijdragen aan de oplossing en tijd nodig voor uitvoering (art. 375 lid 2 Fw).
- Is al een startverklaring gedeponeerd (art. 370 lid 3 Fw)?
- Is wellicht al een ondersteunende voorziening verkregen (afkoeling, paulianabescherming)?
- Hoe is de nakoming van het akkoord geborgd (art. 384 lid 2 Fw)?
- Wat is al gedeeld met de klassen schuldeisers; hebben die de schuldenaar al op evt. bezwaren aangesproken (art. 383 lid 9 Fw)?
- Moeten er kwesties (waar oppositie verwacht wordt) reeds op voorhand aan de rechtbank worden voorgelegd (art. 378 Fw)?
- Welke steun wordt verwacht op grond van de contacten met de diverse klassen, evt. verzamelde volmachten
- (is bijv. ten minste één in the money klasse voor 2/3e bedrag akkoord)?
- Vergeet de fiscus niet; betalingsregeling conform Leidraad Invordering. Denk ook aan art. 29 lid 7 OB-claim en kwijtscheldingswinst (te verrekenen met verliezen of onder de vrijstelling).
- Vat herfinancieringsafspraken met de bank ook in één klasse.
- Implementatiedocumentatie zoals (notariële) akten van statutenwijziging, aandelenuitgifte, hypotheekvestiging en geldlening voor nieuwe en/of doorgerolde financiering. Evt. nieuwe zekerhedenagent met bijbehorende documentatie. NB: dit zal in de regel reeds in concept bij akkoordvoorstel gevoegd moeten worden tenzij volstrekt technisch.
- Nadenken over wie implementatiedocumentatie dient te ondertekenen en dit evt. als voorwaarde hanteren voor verkrijgen van voordelen onder het akkoord.
- Nadenken over redelijke exoneratieclausules in het akkoord ten behoeve van betrokkenen.

Procedureel

- Akkoord moet gedurende een redelijke termijn worden voorgelegd, niet korter dan acht dagen voor de stemming.
- Hoe wordt gestemd, in vergadering of evt. digitaal of schriftelijk.
- Stemming in klassen (art. 381 lid 6 Fw).
- Stemgerechtigd: alleen de schuldeisers en aandeelhouders van wie rechten worden gewijzigd (art. 381 lid 3 Fw)
- Op welke wijze is de informatievoorziening gewaarborgd en hoe kan nadere informatie worden verkregen door de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders.
- Wijze van vaststellen stemmingsuitslag.
- Een klasse heeft ingestemd wanneer schuldeisers hebben ingestemd die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen waarop is gestemd in die klasse. Of wanneer aandeelhouders in een klasse hebben ingestemd die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal waarop is gestemd in die klasse.
- Na stemming verslag binnen zeven dagen uitbrengen aan stemgerechtigden en deponeren ter griffie indien homologatieverzoek wordt ingediend (art. 382 Fw).
Het verslag vermeldt in ieder geval (a) de uitslag van de stemming per klasse, (b) de schuldeisers en aandeelhouders die hebben gestemd en (c) of zij zich daarbij vóór of tegen het akkoord hebben uitgesproken.*
- Zitting acht tot veertien dagen na homologatieverzoek.
- Rechtbank beslist zo spoedig mogelijk op het homologatieverzoek.
- Als uitgangspunt geldt dat binnen vijf werkdagen na sluiting van de behandeling uitspraak wordt gedaan.*

Contactgegevens

Zie voor meer informatie www.windtlegal.com

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



Ruben Leeuwenburgh

Advocaat-partner

010 2617 500

06 4355 0980

r.leeuwenburgh@windtlegal.com

www.windtlegal.com



Michiel Bindels

Advocaat-partner

010 2617 500

06 1320 6960

m.bindels@windtlegal.com

www.windtlegal.com



Marcel Windt

Advocaat-partner

010 2617 500

06 5365 4222

m.windt@windtlegal.com

www.windtlegal.com



Richard le Grand

Advocaat-partner

010 2617 500

r.legrand@windtlegal.com

www.windtlegal.com

Disclaimer

Deze concept checklist is geen advies of werkproduct van ons kantoor; dat laatste wordt alleen opgesteld na opdrachtverlening, in de gegeven situatie. Hoewel zorg is besteed aan het opstellen van dit concept staat ons kantoor niet in voor de juistheid en volledigheid van deze lijst met aandachtspunten en daaraan kunnen jegens ons kantoor geen rechten worden ontleend.

