

NOTITIE

DOSSIERNAAAM:	Maastricht / MVV Whoa
DOSSIERNUMMER:	2901024
REFERENTIE CLIËNT:	MVV whoa
CONTACTPERSOON:	F. Weerts
NOTITIE DOOR:	J. Huppertz
DATUM:	2 mei 2024
BETREFT:	Beschrijving werking en voorwaarden Whoa

I. Kern van de WHOA

Hierna zet ik uiteen wat de kern van de WHOA is. Daarbij beperk ik mij tot hoofdlijnen. Er zijn voorwaarden waaraan voldaan moet zijn om een WHOA-akkoord af te dwingen, maar die variëren naar gelang de omvang en hoedanigheid van de tegenstemmers. Het voert te ver om die allemaal te beschrijven, mede omdat sommige voorwaarden pas spelen als tegenstemmers een verzoek tot afwijzing indienen en dan hangt het er weer van af welke voorwaarden dan volgens die tegenstemmers niet zijn vervuld. Het is bedoeld als een snelle procedure. Hoger beroep is niet mogelijk.

Waar komt dit in grote lijnen op neer

Een schuldenaar als MVV kan aan zijn crediteuren een verzoek doen tot een akkoord, dat wil zeggen aan zijn crediteur een verzoek doen om een deel of de volledige vordering kwijt te schelden. Daartoe zal altijd worden gekeken wat die schuldeiser in een faillissement kan krijgen. Op basis van hun positie in een faillissement worden de crediteuren dan ingedeeld in zogenaamde klassen. Een voorbeeld van een klasse kan zijn de schuldeisers met bepaalde extra rechten, bijvoorbeeld zekerheden of wettelijke voorrang. In het akkoord worden twee waardes bepaald:

1° de liquidatiewaarde bepaald: aldus wordt berekend wat de betreffende crediteur in een faillissement zou kunnen krijgen.

2° de reorganisatiewaarde: wat is het bedrijf waard als het akkoord slaagt. De reorganisatiewaarde is bepalend voor de verdeling. Het aangeboden akkoord bevat dan ook een inschatting van die reorganisatiewaarde. Die reorganisatiewaarde kijkt naar de toekomst en bevat dus altijd de nodige onzekerheid. De reorganisatiewaarde is in principe maatgevend voor het aanbod aan de schuldeisers.

Klasse-indeling

De schuldeisers worden in klassen ingedeeld, afhankelijk van hun rechten. Schuldeisers met gelijke rechten komen dus in dezelfde klasse. Dat kan ook betekenen dat maar één schuldeiser in één klasse zit. Per klasse moet 2/3 van het bedrag aan vorderingen voorstemmen om het akkoord er door te krijgen. Indien in alle klassen voldoende schuldeisers voorstemmen, maar niet 100%, dan kan de rechter de overige schuldeisers in die klasse overrulen zodat ook de tegenstemmers aan het akkoord

zijn gebonden. Maar zelfs als een hele klasse tegenstemt, kan die overruled worden, zolang er tenminste één klasse heeft voorgestemd, mits die voorstemmende klasse er een is die in een faillissement een betaling zou krijgen. Afhankelijk van de situatie worden eisen gesteld aan de klasse die heeft voorgestemd wil men een andere klasse overrulen. Maar zo kan zelfs een klasse die ook bij een faillissement geld zou krijgen overruled worden als een andere klassen die dan ook nog geld zou krijgen, voor stemt.

Niet iedere schuldeiser hoeft in het akkoord betrokken te worden: dat is aan de schuldeiser, maar hij moet als anderen crediteuren het daar niet mee eens zijn, goed motiveren waarom die anderen er buiten blijven. Men ziet nogal eens dat kleinere crediteuren of particulieren er buiten blijven, of bijvoorbeeld een leverancier die cruciaal is om mee door te gaan. De rechter toetst of het redelijk is dat bepaalde crediteuren er buiten blijven.

II. Voorwaarden WHOA

De voorwaarden die de WHOA stelt aan goedkeuring van een akkoord variëren als gezegd per situatie. Kort gezegd nemen zij toe naarmate de weerstand van crediteuren toeneemt. Kort gezegd zijn ze in 3 categoriën in te delen die ik hierna bespreek:

II.1. Iedereen akkoord

Als alle crediteuren instemmen is er niets aan de hand en komt er in principe zelfs geen rechter aan te pas.

II.2. Meerderheid per klasse akkoord, maar niet alle schuldeisers per klasse

Zodra één klasse heeft voorgestemd, maar niet iedereen uit een klasse, en geen schuldeiser afwijzing verzoekt keurt de rechter het akkoord goed tenzij er sprake is van een van de volgende, zogenaamde algemene, afwijzingsgronden:

De rechter wijst de homologatie van een akkoord af op de zogenaamde algemene afwijzingsgronden als:

- a) de schuldenaar niet verkeert in de pre-insolventie-toestand.
Dat wil zeggen dat de schuldenaar inderdaad moet voorzien dat hij zijn schuldeisers niet meer kan betalen.
- b) het akkoord of de beschikking waarin de rechtbank een datum voor de homologatiezitting bepaalt niet op de juiste manier of niet tijdig is voorgelegd aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders, tenzij de desbetreffende schuldeisers en aandeelhouders verklaren het akkoord te aanvaarden.
- c) het akkoord of de bijlagen niet de vereiste informatie bevatten, de klassenindeling onjuist was of de stemprocedure niet voldeed (art. 381), tenzij de afwezigheid van zodanig gebrek redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden.
- d) een schuldeiser of de aandeelhouder voor een ander bedrag tot de stemming over het akkoord had moeten worden toegelaten, tenzij die beslissing niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden.

- e) de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd.
Er moet dus dekking zijn voor de nakoming van het akkoord.
- f) de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord nieuwe financiering aan wil gaan en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk worden geschaad.
- g) het akkoord door bedrog, door begunstiging van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders of met behulp van andere oneerlijke middelen tot stand is gekomen, onverschillig of de schuldenaar dan wel een ander daartoe heeft meegewerkt.
- h) het loon en de verschotten van de door de rechtbank ingevolge aangewezen of aangestelde herstructureringsdeskundige, deskundige of observator niet zijn gestort of daarvoor geen zekerheid is gesteld.
- i) er andere redenen zijn die zich tegen de homologatie verzetten.
Onder deze grond kan de rechtbank een verzoek tot homologatie ook weigeren als evident onaannemelijk is dat de bedrijfsactiviteiten van de schuldenaar na het akkoord levensvatbaar zijn, al is dit oordeel in de eerste plaats aan de stemgerechtigden. De rechter kan ambtshalve, dus zonder dat een partij daar een beroep op doet, op deze grond de homologatie weigeren. Dat zal hij niet gauw doen als niemand daar een punt van maakt.

De rechter moet bovendien de homologatie van een akkoord weigeren als het akkoord niet voorziet in de terugbetaling van staatssteun die op grond van een besluit van de Europese Commissie en de Wet Terugvordering Staatssteun moet worden terugbetaald.

II.3.A. Een tegenstemmende schuldeiser verzoekt afwijzing van het akkoord en voert extra afwijzingsargumenten aan
of

II.3.B. een hele klasse heeft tegengestemd

A. Als één van de tegenstemmers afwijzing vraagt en een beroep doet op een van de volgen zogenaamde aanvullende afwijzingsgronden:

In het licht van het akkoord als alternatief voor een faillissement moet voor homologatie iedere individuele aandeelhouder of schuldeiser in beginsel beter af zijn met het akkoord dan zonder het akkoord. Daarom kan iedere individuele schuldeiser of aandeelhouder, die niet met het akkoord heeft ingestemd of ten onrechte niet heeft kunnen stemmen verzoeken om de homologatie af te wijzen op de grond dat deze schuldeiser of aandeelhouder slechter af is met het akkoord dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement. Dan volgt de 'best interest of creditors-test', ook wel de 'no creditor worse off-test' genoemd. Bij de best interest of creditors-test wordt alleen in aanmerking genomen wat de schuldeiser uit het vermogen van de aanbieder van het akkoord kan ontvangen in faillissement.

En voorts kan de rechtbank op verzoek van een schuldeiser de homologatie van het akkoord afwijzen als:

- j)** het akkoord aan een klasse van mkb- leveranciers of onrechtmatige-daad-vorderingen een uitkering toezegt van minder dan 20% van hun vordering, terwijl daarvoor geen zwaarwegende grond is aangetoond.
Deze afwijzingsgrond beoogt dat de mkb-leveranciers en schuldeisers uit onrechtmatige daad een uitkering van minimaal 20% ontvangen
Maar bij een zwaarwegende grond kan ook deze groep toch weer minder dan 20% krijgen.
- k)** het akkoord bij de verdeling van de reorganisatiewaarde ten nadele van de niet instemmende klasse afwijkt van de verdeling conform de geldende rangorde. Dit tenzij voor die afwijking een redelijke grond bestaat en leden van de tegenstemmende klasse daardoor niet in hun belang worden geschaad.
Deze regel, dat de verdeling van de reorganisatiewaarde bij een cross class cram down in beginsel de rangorde moet volgen, wordt in navolging van het Amerikaanse recht wel de absolute priority rule genoemd.
Dit kan dus gebeuren als een klasse minder krijgt dan zij volgens haar rangorde zou krijgen.
Alleen de schuldeisers of de aandeelhouders uit de klasse ten nadele waarvan wordt afgeweken van de verdeling conform rangorde kunnen op deze grond een beroep doen.
Stel dat de belastingdienst in een faillissement meer zou krijgen vanwege de voorrang die de belastingdienst heeft, maar in het akkoord minder, dan kan de belastingdienst op deze grond het akkoord aanvechten, maar onder omstandigheden kan de rechter dat redelijk achten.
- l)** als het akkoord de schuldeisers, behalve de bedrijfsmatige financiers met pand- of hypotheekrechten, niet de mogelijkheid biedt om te kiezen voor een uitkering in contanten, van tenminste wat zij tijdens een faillissement zouden ontvangen.
De achtergrond van deze bepaling is dat van schuldeisers die geen bedrijfsmatige financiers zijn zoals banken, niet verwacht kan worden dat zij genoeg nemen met bijvoorbeeld aandelen of een langlopende vordering in plaats van een uitkering in contanten. Dan zouden zij feitelijk financier van de onderneming worden, terwijl zij zonder akkoord met een executie, bijvoorbeeld in faillissement, een betaling in contanten kunnen afdwingen. Als iemand daar een beroep op doet krijgt hij niet een aandeel in de reorganisatiewaarde maar een aandeel in de (lagere) liquidatiewaarde.
- m)** als de bedrijfsmatige financiers met pand- of hypotheekrechten aandelen of certificaten hiervan aangeboden krijgen in het akkoord en daarnaast niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in een andere vorm.
Deze schuldeisers hebben, anders dan de schuldeisers in sub c, geen recht op contanten. Zij kunnen gedwongen worden om door te financieren, maar zij kunnen, als hun klasse tegenstemt, niet gedwongen worden om genoeg te nemen met aandelen. Zij moeten een alternatief krijgen aangeboden, zoals het voortzetten van hun financiering tegen gewijzigde voorwaarden. De wet werkt het alternatief dat aan de bedrijfsmatige financiers moet worden aangeboden niet uit, anders dan het voorbeeld van voortzetting van hun financiering. Daarbij kunnen de voorwaarden wijzigen, al moeten die wel marktconform blijven;

B. Als een hele klasse tegenstemt kan zij ook worden overruled mits één klasse voorstemt en dat een klasse betreft die ook in een faillissement geld zou krijgen. Als dus één zo'n klasse voorstemt kan iedere andere klasse worden overruled. Als een schuldeiser uit zo'n tegenstemmende klasse bezwaar maakt, komen weer de voorwaarden sub a tot en met d hiervoor ter sprake.

De wijze waarop de in het akkoord aangeboden waarde wordt verdeeld tussen de stemgerechtigden is geen afwijzingsgrond voor een akkoord waarmee alle klassen hebben ingestemd. Anders gezegd, zolang alle klassen met het akkoord instemmen, en zolang iedere individuele tegenstemmer onder het akkoord meer krijgt aangeboden dan hij in een faillissement zou ontvangen, heeft de aanbieder van het akkoord grote vrijheid om de waarde die in het akkoord wordt aangeboden anders te verdelen dan in een faillissement zou gebeuren.

IV. Andere acties

In het kader van een akkoord kan een schuldenaar ook aanbieden om overeenkomsten te wijzigen en als de schuldeiser daar niet mee instemt kan aan de rechter verzocht worden die overeenkomst te beëindigen. De schade die dan door die contractspartij wordt geleden wordt dan weer in het akkoord vergoed.

V. Lopende verplichtingen

Dat zijn verplichtingen vanaf de peildatum: die moeten gewoon worden nagekomen.

VI. Procedureel

Procedureel kan van alles gebeuren. De schuldenaar of schuldeisers die het ergens niet mee eens zijn kunnen tussentijds zogenaamde aspecten-verzoeken aan de rechtbank doen, die daar dan zo snel mogelijk op beslist. Dat gaat heel snel: denk aan enkele weken.

Uiteindelijk hangt het dus van de individuele crediteuren af of dergelijke procedures worden gevoerd.

VII. Samengevat

Heel kort samengevat komt het er op neer dat de schuldeisers bij het akkoord beter, en in ieder geval niet slechter af mogen zijn dan bij een faillissement en dat de nakoming van het akkoord gewaarborgd moet zijn, tenzij daar een redelijke grond voor bestaat, hetgeen de rechter per geval beslist.
