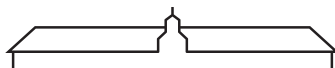


Robbert Peek

De WHOA voor ondernemers

Het wonderlijke middel om schulden
snel en doeltreffend te saneren



Inhoudsopgave

Proloog	6
Voorwoord	8
Inleiding	
Het unieke van de WHOA	10
Hoofdstuk 1	
Eindelijk de WHOA!	
1.1 De introductie van de WHOA	18
1.2 Voor wie is de WHOA bedoeld?	19
Hoofdstuk 2	
De WHOA!	
2.1 Uitleg van de WHOA	22
2.2 Klassenindeling	24
2.3 MKB-bescherming	29
2.4 Schuldeiser selectie	30
Hoofdstuk 3	
De WHOA in de praktijk	
3.1 De start van de procedure	34
3.2 De afkoelingsperiode	35
3.3 (On)gevraagde hulp van buitenaf	37
3.4 De rol van de rechter	40
Hoofdstuk 4	
Alles kan met de WHOA	
4.1 Overeenkomsten wijzigen	42
4.2 Twee dingen kunnen NIET	45
4.3 De Vijandige WHOA	45

Hoofdstuk 5

Voorwaarden om het akkoord te kunnen tegenhouden

5.1 Argumenten om een WHOA te stoppen	48
---------------------------------------	----

Hoofdstuk 6

De waardering van de onderneming

6.1 Liquidatiewaarde	53
6.2 Reorganisatie- en Vereffeningswaarde	55
6.3 Waarderingsmethodieken	56

Hoofdstuk 7

De WHOA bij bedrijfsbeëindiging en distressed M&A

7.1 Bedrijfsbeëindiging	58
7.2 Distressed M&A	59
7.3 Casus De Machinefabriek	60

Verklarende woordenlijst	66
--------------------------	----

Proloog

Het is alweer bijna twee jaar dat het dwangakkoord buiten faillissement en surseance van betaling een wettelijke basis in Nederland heeft. Mogelijk gemaakt door de invoering per 1 januari 2021 van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord. Wellicht is de wet inmiddels beter bekend onder het acroniem WHOA.

Het achterliggende doel van de WHOA is om het reorganiserend vermogen van ondernemingen te versterken door het mogelijk te maken dat de “gehele rechterkant van de balans” via een akkoord kan worden geherstructureerd. Het is met name bedoeld voor ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast failliet dreigen te gaan, maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. Er is veel mogelijk met de WHOA; de wet is vormgegeven als een flexibele kaderregeling.

Desalniettemin vond de wetgever twee aspecten van belang: (i) het besluitvormingsproces omtrent het akkoord moet zuiver zijn en (ii) het akkoord moet een herstructureringsplan omvatten dat redelijk is.

Als professional vind ik het van belang dat de WHOA niet alleen bekend is bij adviseurs, maar vooral ook bij de ondernemers zelf. Juist op het moment waarop ook Nederland niet aan een recessie lijkt te ontkomen en waarop veel ondernemers de Belastingdienst weer moeten gaan betalen. Dit boek van Robbert Peek komt dan ook als geroepen. Robbert heeft op geslaagde wijze een praktisch boek samengesteld waarin alle aspecten met betrekking tot een WHOA-traject helder worden belicht. Dit boek is daarmee geschikt voor iedereen die meer wil weten over de WHOA.

Mr. drs. R.W.A. (Ruud) Brunninkhuis

Ruud Brunninkhuis is advocaat bij BUREN in Den Haag en Amsterdam en gespecialiseerd op het gebied van herstructurering en insolventie. Hij adviseert ondernemingen, hun leidinggevenden en andere belanghebbenden over (dreigende) insolventies, herstructureringen, WHOA-trajecten, financiering en zekerheden en bestuurdersaansprakelijkheidskwesties. Naast advisering procedeert Ruud ook regelmatig. Daarnaast wordt Ruud door de rechtbank aangesteld als curator.

Voorwoord

De Wet Homologatie Onderhands Akkoord (hierna: WHOA) is een nieuwe wet die op 1 januari 2021 is ingegaan. De wet kent een lange aanloop en is in de voorbereiding meerdere malen aangepast. Dit is niet verwonderlijk want de WHOA brengt een geheel nieuwe manier van reorganiseren. En met reorganiseren bedoel ik dan het saneren van de schulden. Dit kan op verschillende manieren. Eerder verscheen van mijn hand hierover het boek *De doorstart, warm of koud*. Daarin heb ik al een heel hoofdstuk gewijd aan de WHOA. De reden om hier nu een geheel nieuw boek aan te wijden is de complexiteit van de nieuwe wet maar meer nog door de unieke mogelijkheden die de WHOA biedt.

Ik heb dit boek geschreven in, zoals ik het noem, ondernemerstaal. Ik blijf zoveel mogelijk weg van verwijzingen naar wetsartikelen omdat die alleen maar te begrijpen zijn door juristen en de inhoud van dit boek onnodig ingewikkeld maken.

Mijn doel met dit boek is om u –als ondernemer– de werking van de WHOA uit te leggen. In hoofdstuk drie beschrijf ik de procedure en de formaliteiten opdat u volledig inzicht krijgt in wat erbij komt kijken. Want één ding is zeker, u krijgt vroeg of laat te maken met een WHOA-procedure, dat kan niet missen. Dit kan zijn omdat één van uw afnemers de WHOA inzet om tot een sanering van uw vordering te komen, of omdat u zelf een WHOA-procedure inzet. De wet is mijns inziens namelijk te aantrekkelijk om er geen gebruik van te maken maar het kan nog verder gaan namelijk dat een bestuurder van uw bedrijf, of een medeaandeelhouder, of het personeel of zelfs een van uw schuldeisers een WHOA-procedure op uw bedrijf loslaat! Nu zie ik u denken, een derde die op mijn bedrijf een WHOA wil gaan toepassen? Uw personeel of een schuldeiser die een WHOA-procedure inzet?

Kan dat dan zomaar? Ja, dat kan en sterker nog voor een WHOA-procedure is geen toestemming van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (AVA) vereist. Hierdoor kunnen (buiten de AVA om) nieuwe aandelen worden uitgegeven bijvoorbeeld door schulden om te zetten in aandelenkapitaal en is er geen bescherming tegen verwatering van uw aandelenkapitaal. U kunt hierdoor dus uw bedrijf verliezen.

Kortom, welkom in de nieuwe wereld van de WHOA; u kunt maar beter goed geïnformeerd zijn. Dat is het doel van dit boek.

Inleiding

Het unieke van de WHOA

In Nederland kenden we als het ultieme saneringsmiddel eigenlijk alleen het faillissement. Kenmerkend daarbij is dat het faillissement het einde van een onderneming betekent omdat de bestuurder (ik bedoel in dit boek hiermee steeds de DGA die zijn eigen bedrijf leidt) direct aan de kant wordt geschoven en een curator wordt aangesteld. Daarmee is de continuïteit van het bedrijf plotsklaps weg. De curator heeft namelijk een heel ander doel dan continuïteit, het tegenovergestelde zelfs, de curator komt op voor de schuldeisers en gaat kijken op welke wijze de bezittingen, de activa, van het bedrijf te gelde kunnen worden gemaakt. De curator gaat liquideren dus. Wellicht draait de curator de onderneming nog even door maar dat is dikwijls alleen om de lopende orders af te maken of om nog enige goodwill overeind te houden. De smet op een failliete onderneming is groot evenals de paniek onder de afnemers, leveranciers en het personeel.

Vanzelfsprekend is er een kans op een doorstart en een curator zal daar ook zeker aan meewerken maar doet dit voornamelijk omdat een doorstart in de regel de hoogste opbrengst oplevert en omdat er maatschappelijke belangen kunnen meespelen zoals het behoud van werkgelegenheid.

Dit wil echter niet zeggen dat de curator het failliete bedrijf weer aan u als DGA gaat verkopen. De curator is vrij om de onderneming te verkopen aan eenieder. Dit kan de hoogste bidder zijn maar ook degene met de beste voorwaarden. Dit maakt de uitkomst van een faillissement hoogst onzeker waardoor de stakeholders (klanten, leveranciers, personeel) die hier ervaring mee hebben, vaak niet gaan zitten wachten op een ongewisse uitkomst maar hun eigen positie of business veiligstellen. Het feit dat een failliete onderneming niet meer going concern is leidt tot grote onzekerheid. En.... het wordt ook nog eens openbaar gemaakt.

Er zijn natuurlijk ook andere doorstart mogelijkheden zoals het onderhands akkoord, de surseance van betaling of de pre-pack. Alle drie doorstartmogelijkheden met hun eigen beperkingen. Het onderhands akkoord heeft een laag insolventiegehalte, de nood van de onderneming komt er te weinig in naar voren, en lijkt daardoor te veel op een vrijblijvende en vrijwillige schuldsanering. En dat is het in feite ook, want de surseance slaagt alleen als alle schuldeisers instemmen met het saneringsvoorstel. Vaak lukt dat niet, waarbij de verhuurder dikwijls de dwarsligger is.

De surseance van betaling is openbaar waardoor de publicatie daarvan al snel leidt tot dezelfde negatieve consequenties als bij een faillissement. Dit is vanzelfsprekend te verwachten omdat in een surseance altijd een saneringsvoorstel zal worden gedaan aan de gewone schuldeisers. De bank en de fiscus vallen namelijk buiten de surseance. Maar belangrijker nog is dat de surseance vaak helemaal niet wordt afgerond en in een vroeg stadium, vaak door een slechte voorbereiding, wordt omgezet in een faillissement. De ondernemer denkt in een veilige haven (de surseance) te zijn aangekomen maar eindigt als drenkeling in zee.

Als laatste in dit rijtje is er dan de pre-pack die als voordeel heeft dat een beoogd curator meekijkt naar de voorbereiding van de doorstart. Dit heeft als grote voordeel dat u als DGA er in ieder geval zeker van bent dat u de doorstart van uw eigen bedrijf maakt en niet uw concurrent. Ondanks dat het Europese Hof van Justitie zich onlangs hoopvol over de toekomst van de pre-pack heeft uitgelaten, zijn er op dit moment onduidelijkheden over wanneer wel en wanneer niet het personeel van rechtswege mee over gaat in de doorstart via een pre-pack. In veel gevallen is dit juist de nekslag om een gezonde doorstart te kunnen maken.

Het mooie is dat de WHOA alle nadelen van de deze drie saneringsmogelijkheden heeft verholpen. De WHOA heeft ten eerste een hoog insolventie karakter. Er is namelijk bepaald dat de WHOA bedoeld is voor ondernemingen die nu of op termijn voorzien hun schulden niet meer te kunnen betalen. En dat bij het niet in gang zetten van de WHOA het waarschijnlijk is dat het faillissement (op termijn) volgt. Ten tweede: in een WHOA-procedure hoeven niet alle schuldeisers in te

stemmen en worden de tegenstemmers gedwongen om mee te gaan in het akkoord. Het onnodig dwarsliggen of op oneigenlijke grond - gewoon omdat men er geen zin in heeft of het de ondernemer niet gunt - niet willen meewerken is hierdoor van de baan. En ten derde: je kan kiezen voor een besloten WHOA-traject dat niet gepubliceerd wordt in het insolventieregister. De betrokken partijen in het akkoord dienen overigens wel en uitvoerig te worden geïnformeerd over de situatie van de onderneming.

In een WHOA-procedure wordt er wel een melding gedaan bij de rechtbank. Dit is noodzakelijk omdat als de WHOA slaagt, de rechter het akkoord voor alle schuldeisers verbindend zal verklaren. Dit is wat wordt bedoeld met het homologeren van het akkoord. Bij besloten WHOA-procedures worden bij de uitspraak, die van rechtswege gedupliceerd wordt, de gegevens van de onderneming blanco gelaten waardoor het niet of veel lastiger is te achterhalen om welk bedrijf het gaat. Daarnaast kent de WHOA nog een groot voordeel ten opzichte van de surseance en het faillissement namelijk dat de bestuurder de regie houdt en de onderneming going concern blijft. Één belangrijk verschil ten opzichte van het faillissement is dat het personeel in een WHOA-procedure niet kan worden ontslagen en de arbeidsvoorwaarden niet kunnen worden gewijzigd.

Recent heeft een uitspraak van de Hoge Raad tot gevolg gehad dat (onbetaalde) pensioenpremies niet in een WHOA procedure mogen worden gesaneerd. De achterliggende gedachte is dat deze (indirect) verband houden met de rechten van werknemers en die vallen buiten de WHOA.

De WHOA is geen wondermiddel

Een WHOA-procedure is een doorstart zonder faillissement waarbij het personeel niet wordt ontslagen. Laat u niet te veel beïnvloeden door de stelling dat de WHOA onnodige faillissementen voorkomt. De WHOA wordt hierdoor namelijk gepresenteerd als een 'wondermiddel' dat een faillissement als het ware doet oplossen. Maar zo is het niet. De WHOA is wel een wonderlijk middel, omdat bijvoorbeeld overeenkomsten kunnen worden aangepast (zie Hoofdstuk 4.1), waardoor de continuïteit van het bedrijf sterk wordt vergroot. Ik doel hierbij op het aanpassen van lopende overeenkomsten zoals

huur- en leaseovereenkomsten of zelfs het stoppen daarvan. Dit zijn zaken waar een ondernemer normaal gesproken maar moeilijk van af komt. De WHOA biedt hierdoor meer dan uitstekende mogelijkheden om het bedrijf in een going concernsituatie en zonder dat dit openbaar wordt gemaakt weer gezond te maken. Maar daar is wel geld voor nodig.

De WHOA kost geld

In zowel een faillissement als in een WHOA-procedure worden de schuldeisers gesaneerd. Het komt namelijk nooit voor dat alle schuldeisers volledig worden voldaan want dan had de onderneming gewoon kunnen betalen. In een faillissement komt geld beschikbaar doordat de activa worden verkocht en hiermee de schuldeisers worden betaald. Overigens krijgt vaak maar een beperkte groep een uitkering en de concurrente schuldeisers (veelal de leveranciers) eigenlijk nooit.

.....

Het vroegtijdig starten van een WHOA-procedure is vaak beter dan zonder enig vooruitzicht op verbetering (en alleen 'hoop' op verbetering valt daar zeker niet onder) al het spaargeld en de pensioenpot in blinde paniek in het bedrijf te storten. U kunt uw geld maar een keer uitgeven.

.....

In een WHOA-procedure blijft de onderneming going concern. Het verkopen van de activa kan dan niet, want dan is het bedrijf ten einde. In een WHOA-voorstel is dit niet aan de orde en zal er 'nieuw geld' moeten worden aangetrokken. Voor menig ondernemer zal dit het grootste probleem zijn tenzij er nog eigen geld beschikbaar is of een investeerder wordt gevonden. Soms is nu saneren een betere optie dan wachten tot de pot leeg is.

Het aantrekken van nieuw geld om een WHOA-procedure in te zetten kan op verschillende manieren. De kans dat de huidige bankier dit zal gaan verstrekken is vrijwel nihil. Dit komt omdat de bank vaak zelf wordt gesaneerd in een WHOA-procedure en soms fors ook, afhankelijk van haar zekerheidspositie. Een andere bank dan? Maar

