

De WHOA in groepsverhoudingen

Mieke Olaerts

Het herstructureren van een in financiële moeilijkheden verkerende groep of concern is meestal geen sinecure.¹ In tijden van economische voorspoed worden door de verschillende groepsmaatschappijen vaak financiële kruisverbanden aangegaan. Zo is het bijvoorbeeld gebruikelijk dat tot het concern behorende vennootschappen zich in het kader van de concernfinanciering hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de schulden van de groep. Bovendien zal de moedervennootschap vaak met het oog op de geconsolideerde jaarrekening een zogenaamde 403-verklaring hebben

1. De termen 'groep' en 'concern' worden hier door elkaar gebruikt, maar daarmee wordt telkens bedoeld op een groep in de zin van artikel 2:24b BW.

afgegeven ten gevolge waarvan zij hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van de onderliggende vennootschappen binnen de groep. Voorts bestaat in groepsverhoudingen vaak een nauwe operationele verwevenheid waardoor activiteiten bij de ene vennootschap afhankelijk zijn van wat er bij de andere vennootschappen binnen de groep gebeurt. Deze, zowel financiële als operationele verwevenheid, creëert een zekere lotsverbondenheid tussen groepsvennootschappen waardoor financiële problemen bij een van de groepsmaatschappijen een domino-effect kunnen hebben op de financiële gezondheid van de gehele groep.

De wetgeving staat in schril contrast met deze economische werkelijkheid. Het is immers in beginsel de enkelvoudige



vennootschap die in veel gevallen het aanknopingspunt vormt voor wetgeving. Zo wordt in het ondernemingsrecht voor wat betreft de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende organen bijvoorbeeld geen rekening gehouden met de groepsband. Hetzelfde geldt voor het faillissementsrecht en de regeling inzake surseance van betaling. Die procedures zijn eveneens in beginsel gericht op de enkelvoudige vennootschap. Met de introductie van de Wet homologatie onderhands akkoord ('WHOA') komt hierin, gedeeltelijk, verandering doordat de groepsrelatie en de onderlinge verbondenheid tussen groepsvennootschappen, tot op zekere hoogte, wordt erkend.

“Met de introductie van de WHOA wordt de groepsrelatie en de onderlinge verbondenheid tussen groepsvennootschappen tot op zekere hoogte erkend”

In deze bijdrage wordt een kort overzicht gegeven van de punten waarop binnen de voorgestelde wet met de groepsstructuur rekening wordt gehouden en de wijze waarop de WHOA dienstbaar kan zijn aan de herstructurering of financiële sanering van een groep.

De WHOA en de groep in financiële moeilijkheden

Bij opkomende financiële problemen dient tijdig te worden ingegrepen om de financiële moeilijkheden zoveel mogelijk te isoleren door bijvoorbeeld op verschillende niveaus binnen het concern tot een herstructurering over te gaan. In de jaren tachtig van de vorige eeuw ontwikkelden zich tegen deze achtergrond de zogenaamde ziekenhuis- en (omgekeerde) sterfhuisconstructies die erop gericht waren om, onder meer met de hulp van de banken, de (financieel) gezonde onderdelen van het concern van hun zwakkere broeders en zusters te scheiden. Op die manier kon de onderneming nieuw leven worden ingeblazen.² Die constructies, of onderdelen daarvan, worden in de praktijk nog steeds gebruikt om groepsverhoudingen te herstructureren. Zoals hiervoor werd aangegeven, bestaat het gevaar dat wanneer een van de concernonderdelen in faillissement of surseance van betaling terechtkomt, dit ook het functioneren van de rest van de groep aantast. Waar in goede tijden het concern als één onderneming kan worden geleid en het belang van de groep als geheel het belang van de individuele

2. Zie hierover M. Olaerts, Beleidsbepaling in financiële moeilijkheden, Intersentia 2007, p. 60 e.v.

groepsmaatschappijen zal inkleuren, komt in geval van een eventueel faillissement het belang van de crediteuren van de individuele groepsmaatschappij die in faillissement of surseance verkeert voorop te staan. Groepen die als één onderneming worden geleid, bijvoorbeeld doordat sprake is van een nauwe operationele en financiële verwevenheid, komen bij een dreigend faillissement daardoor niet alleen in financiële maar ook in operationele zin onder druk te staan.

“Ziekenhuis- en sterfhuisconstructies worden in de praktijk nog steeds gebruikt om groepsverhoudingen te herstructureren”

Failliete boedels worden ook in concernverhoudingen immers in beginsel afzonderlijk afgewikkeld, hetgeen kan leiden tot verlies van waarde en organisatorische en economische samenhang.³ De enkelvoudige vennootschap staat voorop en de curator in een failliete vennootschap zal zich in beginsel ook enkel richten op de desbetreffende vennootschap. Bovendien kunnen verschillende rechtbanken betrokken

zijn wanneer meerdere tot een groep behorende vennootschappen failliet gaan. Er is met andere woorden voldoende reden om ook in concernverhoudingen het faillissement (van concernonderdelen) zoveel mogelijk te voorkomen.

De WHOA creëert nieuwe perspectieven voor wat betreft de herstructurering in concernverhoudingen. De betreffende wet biedt ondernemers de mogelijkheid om tijdig te saneren door aan hun crediteuren een zogenaamd onderhands akkoord aan te bieden. Het voordeel van deze route is dat crediteuren en aandeelhouders die daar niet mee hebben ingestemd, aan het akkoord kunnen worden gebonden. Onderdeel van het akkoord kan zijn dat schulden worden kwijtgescholden waardoor de onderneming, eventueel in combinatie met een sanering van de bedrijfsactiviteiten, van de financiële afgrond kan worden gered. De wet biedt daarbij de keuze tussen een openbare en een besloten procedure. Het doel van de wet is het reorganiserend vermogen te versterken. Specifiek met het oog op concernverhoudingen biedt de wet twee mogelijkheden. In de eerste plaats is er de 'procedurele consolidatie', namelijk de mogelijkheid om verschillende akkoordprocedures binnen de groep bij dezelfde rechter onder te brengen. In de tweede plaats is er

3. Zie in dit verband S.C. Pepels, 'De WHOA als instrument voor (grensoverschrijdende) groepsherstructureringen', MvO 2020/1.1 en S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn, M. Olaerts, Van het Concern, Deventer: Kluwer 2020, hoofdstuk 11.

de mogelijkheid tot het herstructureren van groepsgaranties of eerder aangegane financiële kruisverbanden door meerdere groepsmaatschappijen in het akkoord te betrekken. De hiervoor genoemde ziekenhuis- en (omgekeerde) sterfhuisconstructies of onderdelen daarvan kunnen eventueel in een dergelijk akkoord worden ingebed of tegen de achtergrond van een dergelijk akkoord plaatsvinden.

“De WHOA creëert nieuwe perspectieven voor wat betreft de herstructurering in concernverhoudingen”

Procedurele consolidatie en het herstructureren van financiële kruisverbanden binnen de WHOA

De WHOA biedt in de eerste plaats de mogelijkheid tot procedurele consolidatie in groepsverhoudingen wanneer door meerdere groepsmaatschappijen een akkoord wordt aangeboden. Artikel 369 lid 8 Fw bepaalt dat die rechtspersonen dan één van de rechtbanken die relatief bevoegd zijn gezamenlijk kunnen verzoeken om kennis te nemen van alle verzoeken die worden ingediend in het kader van de totstandkoming van een akkoord ten aanzien van deze rechtspersonen. Dit wil met andere woorden zeggen dat wanneer de rechtbank relatief bevoegd is, alle verzoeken bij die rechtbank kunnen worden ondergebracht, hetgeen bij een

faillissement of surseance geen evidentie is. Dit biedt in beginsel ook de mogelijkheid om buitenlandse groepsvennootschappen onder de procedure te brengen. Hiervoor is van belang of het gaat om een openbare of een besloten akkoordprocedure. Alleen de openbare akkoordprocedure valt onder de herschikte Europese Insolventieverordening. Voor het bepalen van de rechtsmacht wordt daarin aangeknoopt bij de zogenaamde ‘COMI’ of ‘centre of main interest’, centrum van voornaamste belangen van de desbetreffende vennootschap. Die COMI valt in beginsel samen met de plaats van de statutaire zetel. Bij een besloten procedure is de insolventieverordening niet van toepassing en zal het van de verwijzingsregels in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering afhangen of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Van belang is in dat geval onder meer of de zaak voldoende verbonden is met de Nederlandse rechtssfeer.⁴

Daarnaast is het uiteraard mogelijk dat slechts één van de groepsmaatschappijen een akkoord aanbiedt. Het uitgangspunt is dat een akkoord dat via toepassing van de WHOA tot stand

4. S.C. Pepels, ‘De WHOA als instrument voor (grensoverschrijdende) groepsherstructureeringen’, MvO 2020/1.1.

is gekomen, enkel geldt ten opzichte van de schuldenaar en niet tegen eventuele borgen of andere medeschuldenaren van die schuldenaar.⁵ Dit wil zeggen dat enkel de oorspronkelijke schuldenaar na het sluiten van het akkoord van zijn schulden is bevrijd terwijl de crediteur nog steeds kan trachten zijn gehele schuld op een medeschuldenaar of borg te verhalen. Een eventuele concernherstructurering met gebruikmaking van een onderhands akkoord op dochterniveau zou derhalve ernstig worden bemoeilijkt wanneer de crediteuren van de dochter vervolgens hun gehele vordering alsnog voldaan kunnen krijgen van bijvoorbeeld de moedervenootschap of een andere groepsmaatschappij die zich voor die schulden aansprakelijk heeft gesteld.

Artikel 372 Fw bepaalt daarom dat het akkoord niet alleen kan voorzien in wijzigingen van rechten van de schuldeiser ten aanzien van de vennootschap die in de akkoordprocedure is betrokken, maar ook in wijzigingen ten aanzien van diens rechten ten opzichte van andere groepsmaatschappijen van die schuldenaar. Het gaat dan om groepsmaatschappijen die zekerheden hebben afgegeven ter voldoening van de

5. Zie art. 370-2 Fw jo. Art. 160 Fw.

verbintenissen van de hoofdschuldenaar of die zich aansprakelijk hebben gesteld ter voldoening van die verbintenissen. Wel dient aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan, wil men van deze procedure gebruik kunnen maken. In de eerste plaats dient sprake te zijn van een groep in de zin van artikel 2:24b BW. Dit wil zeggen dat tussen de vennootschappen sprake moet zijn van een organisatorische verbondenheid, economische eenheid en centrale leiding. Voorts zal ook de desbetreffende groepsmaatschappij moeten verkeren in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Deze eis geldt in zijn algemeenheid voor een schuldenaar die gebruik wil maken van een WHOA-procedure. Bovendien dient de rechtbank rechtsmacht te hebben wanneer die groepsmaatschappij zelf een akkoord zou aanbieden. Buitenlandse groepsmaatschappijen kunnen hierin ook worden betrokken voor zover de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Of dit het geval is, zal weer afhangen van de aard van de gekozen procedure. Bij een openbare procedure zijn de verwijzingsregels van de herschikte insolventieverordening van toepassing en zal het onder meer afhangen van de vraag waar

de COMI van de desbetreffende groepsmaatschappij gelegen is. Bij de besloten procedure zijn er meer aanknopingsmogelijkheden. De zaak moet dan voldoende verbonden zijn met de Nederlandse rechtssfeer. Hiervan is volgens de Memorie van Toelichting bijvoorbeeld sprake wanneer een substantieel deel van de groep bestaat uit in Nederland gevestigde vennootschappen of de schuldenaar die het akkoord aanbiedt substantiële activa in Nederland heeft.⁶ Voorts dienen de betrokken groepsmaatschappijen met de voorgestelde wijziging te hebben ingestemd, tenzij het akkoord wordt aangeboden door een herstructureringsdeskundige. In dat laatste geval kan instemming achterwege blijven. Tot slot mag de groepsmaatschappij niet reeds zelf een procedure zijn gestart. Kortom, wanneer van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, wil dat zeggen dat ook andere tot het concern behorende groepsvennootschappen bij het akkoord kunnen worden betrokken. De andere groepsmaatschappijen dienen derhalve ook in financiële moeilijkheden te verkeren.

6. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3 MvT, p. 32 waarover verband S.C. Pepels, 'De WHOA als instrument voor (grensoverschrijdende) groepsherstructureren', MvO 2020/1.1.

“De WHOA biedt mogelijkheden om de onderneming ademruimte te geven”

Wanneer niet aan bovengenoemde voorwaarden is voldaan, kunnen de andere vennootschappen niet in het akkoord worden betrokken en zal de derde het restant van de schuld dat door het akkoord niet is gedekt alsnog kunnen verhalen op de hoofdelijk aansprakelijke groepsmaatschappij. Vervolgens zou die groepsmaatschappij voor het deel van de vordering dat zij aan de schuldeiser heeft voldaan, alsnog regres kunnen nemen op de oorspronkelijke schuldenaar, zijnde de groepsmaatschappij die het akkoord heeft aangeboden. Om te voorkomen dat in dat geval het akkoord zinloos zou zijn en de schuldenaar alsnog door het regres in de problemen komt, is in de WHOA bepaald dat de schuldenaar die het restant van de vordering aan de crediteur heeft betaald, geen verhaal kan nemen op de oorspronkelijke schuldenaar.⁷ Ook in die zin wordt derhalve met de financiële kruisverbanden in groepsverhoudingen rekening gehouden, al is deze regel niet tot die context beperkt en is het ook van toepassing op regresaanspraken van buiten de groep.

7. Art. 370-2 Fw.

Maatregelen en homologatie

De WHOA biedt een aantal mogelijkheden om de schuldenaar tijdens de procedure in financiële zin ademruimte te geven. Zo is bijvoorbeeld voorzien in een afkoelingsperiode. Tijdens die afkoelingsperiode kunnen schuldeisers geen verhaal nemen op het vermogen van de schuldenaar en kunnen bijvoorbeeld eventueel gelegde beslagen worden opgeheven.⁸ Wanneer ook andere groepsmaatschappijen in het akkoord worden betrokken, dan kan ook ten aanzien van hen een afkoelingsperiode worden afgekondigd. Hetzelfde geldt voor de zogenaamde maatwerkvoorziening van artikel 376 lid 1 Fw. Ook kan ten aanzien van die vennootschappen een verzoek worden ingediend in de zin van artikel 378 lid 1 Fw waarbij de rechtbank wordt verzocht om uitspraak te doen over een aantal aspecten die van belang zijn voor de totstandkoming van het akkoord en waarover onzekerheid bestaat.⁹

Om het akkoord te homologeren, zal de rechtbank moeten toetsen of het akkoord ten aanzien van alle betrokken

8. Art. 376- 2 Fw.

9. Zie hierover bijvoorbeeld N.W.A. Tollenaar, 'Het wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen', Tvl 2019/32.

rechtspersonen voldoet aan artikel 384 Fw. Dit wil zeggen dat bijvoorbeeld ten aanzien van al die rechtspersonen sprake moet zijn van onder meer een akkoord waarvan de nakoming voldoende gewaarborgd is. Men kan zich afvragen of de schuldeiser nu door het betrekken van ook de garantsteller in het akkoord, in een slechtere positie terechtkomt dan wanneer alleen de oorspronkelijke schuldenaar in het akkoord is betrokken. In principe is dat niet het geval in die zin dat de garantsteller enkel kan worden betrokken wanneer ook deze zich reeds in financiële moeilijkheden bevindt. Bovendien zal het akkoord moeten worden afgewezen wanneer summierlijk blijkt dat de schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen in faillissement. Wanneer meerdere groepsmaatschappijen in het akkoord worden betrokken, wil dat zeggen dat een vergelijking moet worden gemaakt met de hypothetische situatie waarbij al die vennootschappen in faillissement terecht zouden zijn gekomen, dus ook de vennootschap die zich garant heeft gesteld. Dit zal in de praktijk mijns inziens niet altijd een eenvoudige opgave zijn. Voor de schuldeiser is het wel zo dat hij ook al voor het akkoord in een weinig benijdenswaardige positie verkeerde aangezien de directe schuldenaar de schuld niet volledig kan terugbetalen en ook de garantsteller

in financiële moeilijkheden verkeert. De uitgangspunten van de WHOA en de vereisten voor het betrekken van de andere groepsmaatschappijen in de procedure, brengt wel met zich dat het niet bij voorbaat mogelijk is om via de WHOA bijvoorbeeld een dochtervennootschap door middel van een akkoord te vereffenen en de schulden in die vennootschap achter te laten wanneer de rest van de groep er in financieel opzicht nog betrekkelijk rooskleurig voor staat. In dat geval zullen de vorderingen van de schuldeiser jegens de garantsteller of hoofdelijk verbonden vennootschap niet in het akkoord kunnen worden betrokken omdat de groepsmaatschappij dan niet voldoet aan de eis van het verkeren in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan. Bovendien zouden de crediteuren zich op die andere vennootschappen kunnen verhalen en daarmee bij een eventueel faillissement meer voldaan krijgen. Wanneer de andere groepsmaatschappijen die garant staan voor de schulden van de noodlijdende dochter er derhalve nog betrekkelijk goed voor staan, zal men nog steeds met de desbetreffende crediteuren individuele afspraken moeten maken over de garantstelling/hoofdelijke aansprakelijkheid. Het voordeel is wel dat wanneer bijvoorbeeld een akkoord enkel op dochterniveau wordt

aangeboden en de moedervennootschap vervolgens door de crediteur alsnog wordt aangesproken, bijvoorbeeld op basis van die garantstelling, de regresaanspraken van die moedervennootschap jegens de groepsmaatschappij door toepassing van de WHOA komen te vervallen.

Conclusie

In de WHOA wordt met groepsverhoudingen rekening gehouden. Wanneer meerdere tot de groep behorende vennootschappen een akkoord aanbieden, wordt een procedurele consolidatie bij één rechtbank mogelijk gemaakt. Daarnaast is het mogelijk om de schulden van meerdere groepsmaatschappijen in het akkoord te betrekken wanneer die strekken ter nakoming of zekerheid van de verbintenissen van de oorspronkelijke schuldenaar. Daarmee wordt voor het eerst in de Faillissementswet een procedure gecreëerd die rekening houdt met zogenaamde financiële kruisverbanden in concernverhoudingen. De WHOA biedt daarmee een interessante proeftuin voor een eventuele verdere consolidatie van faillissements- en herstructureringsprocedures in de toekomst.

