

# De gevolgen van de WHOA voor leveranciers en andere contractspartijen

Eveline Kruisifikx

## Wet Homologatie Onderhands Akkoord

Vanaf 1 januari 2021 is de Wet Homologatie Onderhands Akkoord, vaak afgekort tot 'WHOA', van kracht. Onder de WHOA krijgen ondernemingen in zwaar weer de mogelijkheid om middels een onderhands akkoord met hun schuldeisers tot een reorganisatie van hun schulden te komen. Is voldaan aan een aantal voorwaarden, waaronder de instemming van een ruime meerderheid van de schuldeisers met het akkoord, dan kan het akkoord door de rechtbank worden goedgekeurd en kunnen ook de schuldeisers die niet achter het akkoord staan, daar toch aan worden gebonden.

Een belangrijk element van de WHOA-procedure is dat de debiteur beschikkingsbevoegd blijft en de onderneming draaiende

houdt. De procedure is immers gericht op het laten voortbestaan van de onderneming en het voorkomen van een faillissement. De WHOA bevat dan ook een aantal voorzieningen die de debiteur in staat moet stellen de onderneming voort te zetten. Een van die voorzieningen ziet op het gebruik, verbruik en vervreemding van goederen waarop rechten van derden rusten. Zo ook goederen die onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd en waarvan de debiteur nog niet de eigendom heeft verworven. Daarnaast kunnen in de WHOA-procedure ook de kosten uit hoofde van lopende overeenkomsten – zoals die tussen de debiteur en de leverancier, maar ook (dure) huurovereenkomsten – worden gesaneerd. In deze bijdrage wordt nader ingegaan op de gevolgen van de WHOA voor de positie van de leverancier en andere contractspartijen van de debiteur.



*“De WHOA bevat een aantal voorzieningen die erop gericht zijn om de onderneming te kunnen voortzetten”*

### **Afkoelingsperiode en voortzetting gebruik, verbruik en vervreemding**

Op grond van artikel 376 Fw kan de rechter op verzoek van de debiteur of de herstructureringsdeskundige een afkoelingsperiode afkondigen jegens alle schuldeisers of een aantal van hen, mits summierlijk is gebleken dat die afkondiging noodzakelijk is om de onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord te kunnen blijven voortzetten. De afkoelingsperiode kan maximaal acht maanden (twee maal vier maanden) duren en tijdens deze periode mag de leverancier met een eigendomsvoorbehoud de door hem geleverde zaken niet zonder machtiging van de rechter terugnemen.

In aanvulling daarop bepaalt artikel 377 Fw dat de debiteur de zaken waarop rechten van derden rusten, kan blijven gebruiken, verbruiken en vervreemden voor zover dat nodig is in het kader van de normale bedrijfsvoortzetting. Uit de toelichting op het wetsvoorstel volgt dat het artikel ook voorziet in een herleving van een gebruiksrecht dat aan de debiteur enige tijd voor afkondiging van de afkoelingsperiode werd ontnomen. Dat betekent dat een door de leverancier afgekondigd verbod op het gebruiken,

verbruiken of vervreemden van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken, daarmee opzij kan worden gezet.

*“Ondanks een eigendomsvoorbehoud en een verbod kan de onderneming tijdens een afkoelingsperiode zaken gebruiken, verbruiken of verkopen”*

Een belangrijke voorwaarde voor het voortgezet gebruiksrecht van de debiteur is dat de belangen van de partijen met rechten op die goederen (zoals de leverancier met eigendomsvoorbehoud), voldoende gewaarborgd zijn (lid 2). In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel is vermeld dat de debiteur daaraan kan voldoen door deze partijen vervangende zekerheid te bieden. In de regel zal die vervangende zekerheid worden geboden door middel van betaling in geld, zij het dat daarvoor dan wel voldoende kredietruimte nodig is. Indien de waarborging van de rechten van de leverancier niet langer gegarandeerd is, kan de leverancier de rechter verzoeken het gebruiksrecht van de debiteur te beperken of op te heffen (lid 3). De rechter zal een dergelijk verzoek echter niet meteen toewijzen, maar zal eerst de debiteur en de eventuele herstructureringsdeskundige en observator in de gelegenheid stellen hun zienswijze te geven.

### **Voortzetting leveringen tijdens WHOA-traject**

Voor het voortzetten van de onderneming tijdens het WHOA-traject is het in de meeste gevallen voor de debiteur van belang dat hij niet alleen de zaken die hij reeds onder zich heeft kan blijven gebruiken, verbruiken of vervreemden, maar dat hij ook nieuwe zaken geleverd blijft krijgen. Wordt elke partij zaken geleverd op grond van een afzonderlijke koopovereenkomst, dan zal de leverancier bij het aangaan van elke nieuwe koopovereenkomst voorafgaande betaling door de koper willen bedingen. Dient de leverancier zaken te leveren aan de debiteur op een reeds voor de opening van de WHOA-procedure gesloten koopovereenkomst, dan vormt het voorbereiden of aanbieden van een akkoord of de benoeming van een herstructureringsdeskundige (en overige omstandigheden die daarmee verband houden) voor de leverancier geen grond voor het opschorten van diens verplichtingen of voor ontbinding van de koopovereenkomst (artikel 373 lid 3 Fw). Deze bepaling is van dwingend recht: mocht de leverancier die opschortings- of ontbindingsmogelijkheid vooraf hebben bedongen in de overeenkomst, dan blijft deze bepaling buiten werking. Is een afkoelingsperiode afgekondigd, dan kan bovendien een verzuim van de debiteur dat heeft plaatsgevonden vóór die afkoelingsperiode, niet worden aangegrepen als grond

voor opschorting of ontbinding van de overeenkomst tussen de debiteur en de leverancier, mits de schuldenaar voor de nakoming van nieuwe verplichtingen onder die overeenkomst zekerheid stelt (lid 4).

*“De WHOA-procedure vormt geen grond voor het opschorten van verplichtingen of het ontbinden van een overeenkomst”*

### **Voorstel debiteur tot wijziging of beëindiging van lopende overeenkomst**

Omgekeerd heeft de debiteur wél mogelijkheden om lopende overeenkomsten te wijzigen of te beëindigen. Artikel 373 lid 1 Fw biedt de schuldenaar (of de herstructureringsdeskundige als deze is aangewezen) de mogelijkheid om een contractspartij een voorstel te doen tot wijziging of beëindiging van een lopende overeenkomst (met uitzondering van arbeidsovereenkomsten). Uiteraard zal een dergelijk voorstel uitsluitend aan de orde zijn bij overeenkomsten die erg op de liquiditeit drukken; in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt illustratief verwezen naar “een huurovereenkomst die als een molensteel rond de nek van de onderneming hangt”. Aan de verhuurder zou in een dergelijk geval een voorstel kunnen worden gedaan tot verlaging van de maandelijkse huurpenningen en/of tot verkorting van de looptijd.



### **Alternatief: eenzijdige opzegging en schadevergoeding**

Gaat de contractspartij niet akkoord met het wijzigings- of beëindigingsvoorstel van de debiteur (of herstructureringsdeskundige), dan is deze laatste bevoegd om de overeenkomst tussentijds op te zeggen, mits (i) een akkoord is aangeboden, (ii) dat akkoord is gehomologeerd door de rechtbank en (iii) de rechtbank daarbij ook toestemming heeft verleend voor de opzegging. De opzegging vindt in dat geval van rechtswege plaats op het moment van homologatie en tegen een door de debiteur (of herstructureringsdeskundige) gestelde termijn. De rechter heeft de mogelijkheid een onredelijke termijn te verlengen; een termijn van drie maanden vanaf homologatie zal in ieder geval voldoende lang worden geacht.

Hoewel de contractspartij in dat geval recht heeft op vergoeding van schade die hij lijdt als gevolg van de eenzijdige opzegging, kan de debiteur (of herstructureringsdeskundige) ervoor kiezen deze schadevergoedingsvordering onderdeel te maken van het akkoord, zodat bij homologatie van het akkoord uiteindelijk maar een (klein) gedeelte van die vordering daadwerkelijk zal worden voldaan. Daar staat tegenover dat de contractspartij stemgerechtigde

schuldeiser wordt, met alle daaraan verbonden rechten en bevoegdheden, waaronder de bevoegdheid om de rechter te verzoeken de homologatie af te wijzen op één van de afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2, 3 en 4 Fw. Hieronder valt ook de omstandigheid dat deze schuldeiser (die tegen het voorstel heeft gestemd) bij het akkoord slechter af is dan bij een faillissement van de debiteur. Wordt de schadevergoedingsvordering niet betrokken in het akkoord, dan zal deze uiteraard wel in zijn geheel door de debiteur moeten worden voldaan.

*“Lopende overeenkomsten, zoals huurovereenkomsten, kunnen in het kader van een WHOA-procedure gewijzigd worden”*

### **De mogelijkheden samengevat**

Samengevat kan de WHOA vergaande gevolgen hebben voor de positie van de leverancier onder eigendomsvoorbehoud en andere contractspartijen. De leverancier die wordt geconfronteerd met een WHOA-afkoelingsperiode bij zijn afnemer heeft evenwel mogelijkheden om zijn positie (zo veel mogelijk) te beschermen; hij kan:

- de rechter verzoeken\* machtiging te verlenen voor het terugnemen van de door hem geleverde zaken (het

terughalen van die zaken mag het onderhandelingsstraject echter niet in gevaar brengen);

- de rechter verzoeken\* het gebruiksrecht van de debiteur ten aanzien van zijn zaken te beperken of op te heffen (daarbij moet worden aangetoond dat de waarborging van de rechten van de leverancier niet langer gegarandeerd is);
- de rechter verzoeken\* de afkoelingsperiode op te heffen wegens het niet (langer) voldaan zijn aan de eisen van artikel 376 lid 1 Fw (de debiteur heeft na twee maanden nog steeds geen akkoord aangeboden) of lid 4 (de afkoelingsperiode is niet (langer) noodzakelijk om de onderneming te kunnen blijven voortzetten of de leverancier wordt wezenlijk in zijn belangen geschaad);
- de rechter verzoeken\* een observator aan te wijzen die toezicht dient te houden op de waarborging van de belangen van de leverancier(s) met eigendomsvoorbehoud;
- de rechter verzoeken\* een – voor zover deze nog niet is aangesteld – herstructureringsdeskundige aan te wijzen, of die mogelijkheid bij de debiteur gebruiken als ‘pressiemiddel’ om de belangen van de leverancier in acht te nemen;
- bij nieuwe leveringen voorafgaande betaling bedingen.

*\* Deze verzoeken dienen te worden ingediend door een advocaat.*



*“Een leverancier kan op verschillende manieren zijn positie zo veel als mogelijk beschermen”*

Voor de contractspartij die van de WHOA-debiteur een wijzigings- of beëindigingsvoorstel ontvangt, zal de beslissing om daarmee al dan niet in te stemmen, sterk afhankelijk zijn van de specifieke omstandigheden van het geval. Daaronder valt in ieder geval de verwachte waarde van de gewijzigde of beëindigde overeenkomst en de verwachte waarde bij eenzijdige opzegging, rekening houdende met een opzegtermijn van drie maanden en een schadevergoeding die – afhankelijk van de keuze van de debiteur (of herstructureringsdeskundige) – geheel dan wel gedeeltelijk door de debiteur zal worden voldaan. Overigens geldt hierbij wel dat indien een derde (niet zijnde een in artikel 372 Fw bedoelde groepsvennootschap van de debiteur) zich heeft verbonden voor de verplichtingen van de debiteur, deze partij alsnog kan worden aangesproken voor het gehele bedrag van de schadevergoedingsvordering. Gaat het om een huurovereenkomst, dan dient evenzeer rekening te worden gehouden met de vraag of het betreffende object (binnen korte termijn) aan een andere partij kan worden verhuurd, tegen welke prijs en of daarvoor door de verhuurder nog specifieke investeringen moeten worden gedaan. Zo zal voor

een kantoorpand of een specifiek op de onderneming van de debiteur afgestemde machine aanzienlijk minder snel een nieuwe huurder kunnen worden gevonden dan een leaseauto.

Kortom: in elke afzonderlijke situatie zal sprake zijn van maatwerk, waarbij de leverancier/contractspartij de verschillende opties en hun gevolgen tegen elkaar zal dienen af te wegen. De sectie Herstructurering & Insolventie kan u daar uiteraard bij adviseren.

