

De WHOA: de stand van zaken na ruim één jaar

Bb 2022/17

Inleiding

Het is nu ruim een jaar geleden dat de Wet Homologatie Onderhands Akkoord² (beter bekend als de WHOA) op 1 januari 2021³ in werking is getreden. De WHOA versterkt het reorganiserend vermogen van ondernemingen door het mogelijk te maken dat de “gehele rechterkant van de balans” via een akkoord kan worden geherstructureerd. Zodra een akkoord is goedgekeurd (gehomologeerd) door de rechtbank is het verbindend voor alle betrokken vermogensverschaffers. Op deze wijze kunnen ook tegenstribbelende vermogensverschaffers aan het akkoord worden gebonden. De WHOA heeft in Nederland hiermee een dwangakkoord buiten surseance van betaling en faillissement geïntroduceerd. Inmiddels is er de nodige WHOA-jurisprudentie verschenen. Zien wij het goed, dan zijn in 2021 86 uitspraken geweest die ook zijn gepubliceerd op rechtspraak.nl.⁴ Naar aanleiding van deze eerste jurisprudentie maken wij in deze bijdrage de balans op en stellen wij de vraag welke belangrijke lessen daaruit te trekken zijn. Daarbij beogen wij overigens niet uitputtend te zijn. We zullen eerst voor een goed begrip enkele hoofdlijnen van de WHOA schetsen.

Enkele hoofdlijnen van de WHOA

Op het moment dat een ondernemer⁵ in een toestand van dreigende insolventie verkeert, kan hij aan zijn schuldeisers en aandeelhouders (gezamenlijk de vermogensverschaffers van de ondernemer), of aan een aantal van hen, een (dwang) akkoord aanbieden om daarmee zijn zakelijke schulden te herstructureren. De ondernemer dient zodra hij start met de voorbereiding van een akkoord, een zogenaamde startverklaring bij de griffie van de rechtbank te deponeren. Het is tijdens een WHOA-traject ook mogelijk om overeenkomsten te wijzigen of te beëindigen. Wanneer de wederpartij daar niet mee instemt, kan de ondernemer de overeenkomst tussentijds opzeggen wanneer het WHOA-akkoord wordt goedgekeurd door de rechtbank en de rechtbank daarbij toestemming geeft voor deze eenzijdige opzegging. De schadevergoedingsvordering van de wederpartij kan in het akkoord worden meegenomen. De ondernemer kan

éénmalig kiezen of hij zo'n WHOA-akkoord voorbereidt en aanbiedt in een besloten akkoordprocedure of in een openbare akkoordprocedure.

Het initiatief voor een akkoordprocedure hoeft niet afkomstig te zijn van de ondernemer. Ook schuldeisers, aandeelhouders en werknemers – via een ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging – kunnen verzoeken om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die vervolgens een akkoord kan aanbieden. Ook de ondernemer zelf kan om een herstructureringsdeskundige verzoeken.

Van belang is dat het akkoord alle informatie moet bevatten die de stemgerechtigde vermogensverschaffers nodig hebben om zich vóór de stemming een geïnformeerd oordeel te vormen over het akkoord. De stemming op het akkoord vindt onder de WHOA in klassen plaats. Daarbij geldt onder meer dat vermogensverschaffers in verschillende klassen worden ingedeeld als (i) de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de ondernemer in faillissement hebben of (ii) de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen, zodanig verschillen van elkaar dat van een vergelijkbare positie geen sprake is.

De WHOA is zo veel mogelijk vormgegeven als een kaderregeling. Er is daarmee veel flexibiliteit om tot een akkoord te komen, terwijl de betrokkenheid van de rechter tot het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt is. Om toch *deal certainty* te verkrijgen, kan de ondernemer of de herstructureringsdeskundige, voordat het akkoord ter stemming is voorgelegd, de rechtbank verzoeken een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een WHOA-akkoord. Dit wordt ook wel een aspectenverzoek genoemd.

Naast een aspectenverzoek zijn er meer voorzieningen in de WHOA om de ondernemer in staat te stellen een akkoord tot stand te brengen. Zo kan de ondernemer de rechtbank verzoeken om een algemene of beperkte afkoelingsperiode af te kondigen. Bij de afkondiging van een dergelijke afkoelingsperiode kan de rechtbank ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders een observator aanstellen. Ook is het aanbieden van een akkoord geen grond voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de ondernemer, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de ondernemer of voor ontbinding van een met de ondernemer gesloten overeenkomst. Daarnaast is er de paulianabescherming. De ondernemer kan de rechter vragen om machtiging voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen die nodig zijn om de onderneming tijdens de akkoordprocedure voort te zetten. Deze machtiging leidt ertoe dat de betreffende rechtshandelingen later niet door een curator op basis van de faillissementspauliana kunnen worden vernietigd mocht de ondernemer later alsnog failleren.

De ondernemer kan de stemprocedure zelf inrichten, zo lang er tussen het aanbieden van het akkoord en het starten

1 Laurens Prickartz en Ruud Brunninkhuis zijn als advocaten werkzaam in de praktijkgroep Herstructurering & Insolventie van BUREN.
2 Wet van 7 oktober 2020 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet Homologatie Onderhands Akkoord), *Stb.* 2020, 414.
3 Besluit van 26 oktober 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerking-treding van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord, *Stb.* 2020, 415.
4 Deze bijdrage is afgesloten in de ochtend van 7 februari 2022.
5 De wet spreekt niet over een ondernemer, maar over een schuldenaar. Voor de leesbaarheid hebben wij het wel over een ondernemer. Daaronder verstaan wij niet alleen de natuurlijke persoon met een zelfstandig beroep of bedrijf, maar ook (het bestuur van) de rechtspersoon die de onderneming exploiteert.

van de stemming minimaal acht dagen liggen. De stemming geschiedt per klasse. Een klasse van stemgerechtigden heeft met het akkoord ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers respectievelijk aandeelhouders die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen van schuldeisers respectievelijk het geplaatste kapitaal van aandeelhouders die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht. Zo spoedig mogelijk maar uiterlijk binnen zeven dagen na de stemming stelt de ondernemer of de herstructureringsdeskundige een stemverslag op.

Wanneer minimaal één klasse met het akkoord heeft ingestemd, welke klasse doorgaans een klasse zal zijn die bij een vereffening van het vermogen van de onderneming *in the money* is, kan de ondernemer of de herstructureringsdeskundige de rechtbank verzoeken het akkoord te homologeren. De rechtbank zal het verzoek tot homologatie zo spoedig mogelijk met een gemotiveerd vonnis toewijzen, tenzij zich één of meer algemene of aanvullende afwijzingsgronden zich voordoen. De algemene afwijzingsgronden zien met name op de vraag of het besluitvormingsproces zuiver is geweest en worden door de rechtbank ambtshalve getoetst. Naast onzuiverheid van het besluitvormingsproces zijn algemene afwijzingsgronden bijvoorbeeld de afwezigheid van dreigende insolventie, een sluipakkoord of het feit dat de nakoming van het akkoord onvoldoende is gewaarborgd.

Op de aanvullende afwijzingsgronden dienen de stemgerechtigde tegenstemmende vermogensverschaffers (tijdig) een beroep te doen, wil de rechtbank daarnaar kijken. Een tegenstemmende vermogensverschaffer kan altijd – ook al is zij ingedeeld in een instemmende klasse – verzoeken een homologatie af te wijzen indien zij op basis van het akkoord slechter af is dan bij een faillissement van de ondernemer (*best interest of creditors test*). Op de andere aanvullende afwijzingsgronden kan door tegenstemmende vermogensverschaffers alleen een beroep worden gedaan wanneer zij zijn ingedeeld in een tegenstemmende klasse. De belangrijkste aanvullende afwijzingsgrond is de *Dutch Absolute Priority Rule*: indien bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd ten nadele van de tegenstemmende klasse wordt afgeweken van een wettelijke of contractuele rangorde, tenzij voor die afwijking een redelijke grond bestaat en de betreffende vermogensverschaffer daardoor niet in zijn belang worden geschaad.

Het door de rechtbank goedgekeurde akkoord is verbindend voor de ondernemer en voor alle stemgerechtigde vermogensverschaffers. Het is daarmee een dwangakkoord voor de tegenstemmende vermogensverschaffers.

De belangrijkste lessen uit de verschenen jurisprudentie

Toestand van dreigende insolventie

Zoals aangegeven is een belangrijke voorwaarde om de WHOA te kunnen gebruiken dat er sprake is van een toestand van dreigende insolventie. De wet drukt het zo uit dat de schuldenaar in een toestand moet verkeren waarin het

redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Deze voorwaarde komt een aantal keer terug in de WHOA, zoals bijvoorbeeld bij het verzoek tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige en als een algemene afwijzingsgrond bij een homologatieverzoek.

De toestand van dreigende insolventie houdt volgens een aantal rechtbanken⁶ twee punten in: (i) enerzijds moet de ondernemer nog in staat zijn om aan zijn lopende verplichtingen te kunnen voldoen en (ii) anderzijds bestaat er geen realistisch perspectief dat zonder een herstructurering een toekomstige insolventie wordt afgewend. Daarmee volgt de jurisprudentie de Memorie van Toelichting⁷ bij de WHOA op dit punt. De Memorie van Toelichting geeft tevens aan dat tussen het moment van het starten met de WHOA en het moment van de verwachte insolventie enige tijd kan liggen. Zo kan het zijn dat een ondernemer voorziet dat hij een lening die over bijvoorbeeld een half jaar of een jaar vervalt, niet zal kunnen terugbetalen en dat hij bij het vervallen van die lening insolvent zal raken.

Herstructureringsdeskundige

Voor zover wij hebben kunnen zien, zijn er 16 uitspraken gepubliceerd die (deels) zagen op een verzoek tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige. In negen van deze zaken is het verzoek toegewezen, in zes van deze zaken is het verzoek afgewezen en in één geval is het verzoek niet-ontvankelijk verklaard. Slechts in één geval⁸ is de herstructureringsdeskundige op verzoek van schuldeisers aangewezen. Uit de jurisprudentie valt af te leiden dat de rechtbanken veel waarde hechten aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van een herstructureringsdeskundige. In één van de eerste uitspraken wordt daartoe overwogen:

“Hieruit volgt dat de rol van de herstructureringsdeskundige gezien kan worden als een “bruggenbouwer”, als het spreekwoordelijke “oliemannetje” dat ten dienste staat van het tot stand te brengen akkoord en niet van een of meerdere partijen. Om die rol te kunnen vervullen en het daarvoor benodigde vertrouwen bij alle betrokken partijen te krijgen dient voor alle betrokkenen van begin af aan duidelijk te zijn dat de herstructureringsdeskundige zijn taken onafhankelijk en onpartijdig uitvoert. Het uitgangspunt dat de herstructureringsdeskundige zich altijd van voren af aan zal moeten inwerken (zie Memorie van Toelichting) impliceert ook dat de herstructureringsdeskundige van tevoren nog géén bemoeienis heeft gehad met de herstructurering.”⁹

6 Rb. Noord-Nederland 26 januari 2021 (ECLI:NL:RBNNE:2021:244), Rb. Den Haag 5 maart 2021 (ECLI:NL:RBDHA:2021:2033), Rb. Midden-Nederland 14 mei 2021 (ECLI:NL:RBMNE:2021:2294), Rb. Den Haag 16 december 2021 (ECLI:NL:RBDHA:2021:13888) en Rb. Noord-Nederland 15 november 2021 (ECLI:NL:RBNNE:2021:5106).

7 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33-34.

8 Dit valt af te leiden uit Rb. Amsterdam 25 maart 2021 (ECLI:NL:RBAMS:2021:1876).

9 Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021 (ECLI:NL:RBNNE:2021:285).

Voorts wordt duidelijk dat de herstructureringsdeskundige geen andere taak heeft dan op doeltreffende, onpartijdige en onafhankelijke wijze een akkoord tot stand te brengen. Dat betekent dat het aan de ondernemer is om (zo nodig met een adviseur) eerst de administratie van de onderneming op orde te brengen. De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige leidt er niet toe dat er een overeenkomst van opdracht met de herstructureringsdeskundige tot stand komt.¹⁰ Gelet op zijn onpartijdige en onafhankelijke rol, is de herstructureringsdeskundige dan ook niet gehouden (zich te verplichten) om aanwijzingen van de ondernemer op te volgen.

Uit de jurisprudentie valt op dat met name de ondernemers zelf verzoeken om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Daar kunnen valide redenen voor zijn: het voorkomen van iedere schijn van belangenvermenging, het vergroten van het vertrouwen in het proces en daarmee de slagingskans van het akkoord of het borgen van het proces wanneer sprake is van tegenwerking vanuit de aandeelhouders. Wel moet bedacht worden dat de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige geen vereiste is voor het kunnen aanbieden van een akkoord. De ondernemer kan dat ook zelf, zo nodig met behulp van adviseurs.

Afkoelingsperiode

Veel uitspraken hebben betrekking op (de verlenging van) een afkoelingsperiode. Wij hebben er 45 geteld. In 25 gevallen is een verzoek tot het afkondigen van een afkoelingsperiode toegewezen. Wij verbazen ons daar niet over, want individuele schuldeisers en aandeelhouders denken in eerste instantie aan hun individuele (verhaals)belangen in plaats van aan het collectieve belang dat in de regel met een succesvol WHOA-traject gediend is. Een afkoelingsperiode onder de WHOA heeft drie gevolgen: (i) elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, kan niet worden uitgeoefend dan met machtiging van de rechtbank, mits die derden geïnformeerd zijn over de afkondiging van de afkoelingsperiode of op de hoogte zijn van het feit dat er een akkoord wordt voorbereid, (ii) de rechtbank kan op verzoek van de ondernemer of de herstructureringsdeskundige (mits aangewezen) beslagen opheffen, en (iii) de behandeling van een verzoek tot verlening van surseance, een eigen aangifte of een door een schuldeiser jegens de schuldenaar ingediend verzoek tot faillietverklaring wordt geschorst. De afkoelingsperiode heeft als ondersteunende voorziening in de WHOA als doel om te voorkomen dat schuldeisers of aandeelhouders die niet willen meewerken aan een herstructurering na de aanbieding van een akkoord direct overgaan tot verhaalsacties of tot de indiening van een faillissementsaanvraag om het proces te blokkeren of te vertragen.¹¹ Een afkoelingsperiode geeft zo de kans aan een ondernemer of

een herstructureringsdeskundige om een akkoord tot stand te brengen.¹²

Om misbruik van de afkoelingsperiode te voorkomen, geldt er wel een aantal vereisten. Zo dient de ondernemer eerst een startverklaring te deponeren. Daarnaast dient de ondernemer een akkoord te hebben aangeboden of de toezegging te hebben gedaan dat hij binnen een periode van twee maanden een akkoord zal aanbieden. De aanwezigheid van een herstructureringsdeskundige zorgt er overigens ook voor dat om een afkoelingsperiode kan worden verzocht. Een afkoelingsperiode wordt vervolgens toegewezen als summierlijk blijkt dat (i) dit noodzakelijk is om de door de ondernemer gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten, en (ii) op het moment dat de afkoelingsperiode wordt afgekondigd redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar hierbij gediend zijn en de betrokken derden, beslaglegger en schuldeiser die het faillissementsverzoek heeft ingediend, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad.

Uit de jurisprudentie kunnen de volgende lessen worden getrokken ten aanzien van een afkoelingsperiode:

- Een WHOA-traject kan ook benut worden om te komen tot een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering. Onder de noodzaak om de onderneming te kunnen blijven voortzetten tijdens de voorbereidingen van en de onderhandelingen over een akkoord, moet daarom ook worden verstaan de voortzetting van de onderneming in het kader van een gecontroleerde afwikkeling.¹³
- Indien met een akkoord een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering wordt beoogd, moet in het kader van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers redelijkerwijs aannemelijk zijn dat er een duidelijke "plus" is verbonden aan een afwikkeling buiten faillissement, waarbij in aanmerking moet worden genomen dat bij een afwikkeling buiten faillissement geen onderzoek plaatsvindt naar eventuele onregelmatigheden.¹⁴
- Zo lang nog niet is beslist op het homologatieverzoek kan een afkoelingsperiode noodzakelijk zijn om de onderneming voort te zetten en het akkoord tot stand te brengen. Dat betekent dat ook wanneer er geen sprake meer is van voorbereiding van of onderhandelingen over een akkoord, om een afkoelingsperiode kan worden verzocht.¹⁵
- De ondernemer dient ook bij een verzoek om een afkoelingsperiode in een toestand te verkeren van dreigende insolventie. Indien het niet voldoende aannemelijk is dat de ondernemer in deze toestand verkeert, is het ook onvoldoende aannemelijk dat een WHOA-traject voor deze ondernemer openstaat. Daarmee valt ook

¹⁰ Rb. Midden-Nederland 19 maart 2021 (ECLI:NL:RBMNE:2021:1113).

¹¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 21.

¹² Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 20.

¹³ Rb. Amsterdam 15 januari 2021 (ECLI:NL:RBAMS:2021:84).

¹⁴ Rb. Rotterdam 8 maart 2021 (ECLI:NL:RBROT:2021:1887).

¹⁵ Rb. Amsterdam 23 augustus 2021 (ECLI:NL:RBAMS:2021:4476).

niet redelijkerwijs aan te nemen dat de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn met een afkoelingsperiode.¹⁶ Overigens kan de rechtbank op verzoek van de ondernemer of de herstructureringsdeskundige dan wel ambtshalve zodanige bepalingen maken en voorzieningen treffen als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders nodig oordeelt. In dat kader wijzen wij nog op een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam¹⁷ waarin de rechtbank op verzoek van een ondernemer heeft bepaald dat een bepaalde schuldeiser tevens pandhouder haar bevoegdheid tot het (doen) uitoefenen van de stemrechten verbonden aan de aandelen in de vennootschap van de ondernemer niet kan uitoefenen voor de duur van de afkoelingsperiode. De rechtbank is namelijk van oordeel dat zowel de overgang als de uitoefening van de stemrechten door deze pandhouder kan worden gezien als een verhaalsactie die de (eerder) afgekondigde afkoelingsperiode doorkruist. De rechtbank overweegt dat het uitoefenen van het stemrecht door de pandhouder verband houdt met een adequate werking van het zekerheidsrecht van de pandhouder en ter waarborg dient van behoud van de waarde van de zekerheden met het oog op de executoriale verkoop daarvan.

Homologatie van een akkoord

Voor zover wij uit de gepubliceerde uitspraken hebben kunnen nagaan, hebben 17 uitspraken betrekking op een verzoek tot homologatie van een akkoord. Twaalf akkoorden, waaronder ook twee groepsakkoorden, zijn gehomologeerd, terwijl vijf homologatieverzoeken zijn afgewezen. Zoals hierboven al aangegeven wijst de rechtbank een verzoek tot homologatie toe, tenzij zich een of meer van de algemene of aanvullende afwijzingsgronden zich voordoet. Op dit moment zijn wij niet bekend met uitspraken waarbij een homologatieverzoek op enkel (een van) de aanvullende afwijzingsgronden is afgewezen.

De Rechtbank Noord-Holland heeft bij het eerste homologatievonnis¹⁸ reeds duidelijk gemaakt dat de WHOA geen ruimte biedt aan groepsvennootschappen om een (materieel) samengesteld akkoord aan te bieden. Het uitgangspunt zou zijn dat per vennootschap een afzonderlijk akkoord wordt aangeboden, waarbij de vennootschappelijke identiteit en gescheiden vermogens worden gerespecteerd. Een van de algemene afwijzingsgronden is de grond dat het akkoord of de daaraan gehechte bescheiden niet alle door de WHOA voorgeschreven informatie omvatten, de klassenindeling niet voldoet aan de wettelijke eisen of de stemprocedure niet aan de WHOA voldeed, tenzij zo'n gebrek redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden. Met betrekking tot deze toets valt uit de jurisprudentie¹⁹ af te leiden dat vooropgesteld wordt dat het voor de beoordeling van de rechtbank, en ook overigens voor de beoordeling van het akkoord door de schuldeisers, van groot belang is dat sprake is van een compleet en helder

dossier, waarbij op relatief eenvoudige wijze duidelijk wordt hoe men tot bepaalde berekeningen en de daarop gebaseerde beslissingen is gekomen. Voor zuivere besluitvorming is volgens de jurisprudentie immers ook nodig dat een akkoord transparant is: de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen moet correct zijn en moet toereikend zijn om de schuldeisers in staat te stellen tot een afgewogen keuze te komen. Het valt ons op dat de afgewezen homologatieverzoeken met name ook stranden op deze algemene afwijzingsgrond: de informatievoorziening dan wel de klassenindeling voldeden niet aan de vereisten die de WHOA daarvoor stelt.

Van belang is ook dat een ondernemer alle vermogensverschaffers die hij in zijn akkoord wil betrekken, ook daadwerkelijk betreft. Indien er sprake is van een "vergeten" schuldeiser, kan dat een algemene afwijzingsgrond opleveren. Er is dan een schuldeiser buiten de akkoordprocedure is gehouden, terwijl de stemgerechtigde schuldeisers daarvan niet op de hoogte waren. De "vergeten" schuldeiser lijkt dan anders behandeld te worden dan de overige concurrente schuldeisers zonder dat dit kenbaar is gemaakt aan de overige schuldeisers alvorens zij hun stem uitbrachten ten aanzien van het akkoord. De "vergeten" schuldeiser wordt immers niet geraakt door het akkoord en zou daardoor bij gebreke van een nadere overeenkomst aanspraak blijven houden op het geheel van haar vordering. In een geval²⁰ waar dit speelde, hadden de betreffende ondernemers de betreffende vergeten schuldeiser verzocht alsnog het aanbod dat gelijk was als het aanbod onder het akkoord te accepteren. Dat gebeurde, zodat de "vergeten" schuldeiser er niet voor zorgde dat het homologatieverzoek werd afgewezen. Hoewel de "vergeten" schuldeiser, door haar geen deel uit te laten maken van het te homologeren akkoord, in formele zin anders wordt behandeld dan de overige concurrente schuldeisers, maakt het feit dat de "vergeten" schuldeiser als gevolg van genoemde separate overeenkomst in materieel opzicht wel gelijk wordt behandeld, dat die ongelijkheid en het feit dat de schuldeisers hierover niet (tijdig) zijn geïnformeerd in dit geval niet tot afwijzing van het homologatieverzoek hoeven te leiden.

Tot slot heeft de Rechtbank Limburg in een homologatievonnis²¹ nog een aanscherping gegeven van de *best interest of creditors test*, een van de aanvullende afwijzingsgronden. Een verhuurder van de ondernemer deed een beroep op deze aanvullende afwijzingsgrond, aangezien zij in een faillissement van de ondernemer een beroep kon doen op een door een derde afgegeven garantie. De rechtbank gaat daar niet in mee. Het gaat er bij de *best interest of creditors test* om dat een schuldeiser niet kan worden gedwongen om via het akkoord genoeg te nemen met een kleiner aandeel in de waarde dan hij in faillissement zou ontvangen. Daarbij dient alleen te worden gekeken naar de waarde van de onderneming, in faillissement bestaande uit het te vereffenen vermogen van (enkel) de ondernemer. Het is immers slechts die waarde waar de gezamenlijkheid van schuldeisers

16 Rb. Oost-Brabant 20 april 2021 (ECLI:NL:RBOBR:2021:4316).

17 Rb. Amsterdam 25 maart 2021 (ECLI:NL:RBAMS:2021:1876).

18 Rb. Noord-Holland 19 februari 2021 (ECLI:NL:RBNHO:2021:1398).

19 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 2 maart 2021 (ECLI:NL:RBDHA:2021:1798).

20 Rb. Gelderland 10 maart 2021 (ECLI:NL:RBGEL:2021:1128).

21 Rb. Limburg 8 oktober 2021 (ECLI:NL:RBLIM:2021:8851).

en aandeelhouders aanspraak op heeft. De *best interest of creditors test* ziet slechts op de eerlijke verdeling van die waarde. De waarde die de verhuurder met de garantie kan verkrijgen dient daarom niet bij de beoordeling te worden betrokken. Het beroep van de verhuurder wordt daarmee afgewezen.

Afsluiting

In deze bijdrage hebben wij in algemene zin de balans opgemaakt van een jaar WHOA. Wij trekken hieruit met name de conclusie dat de WHOA een interessante nieuwe *tool* is voor ondernemers die voorzien dat zij op termijn in *financial distress* komen. Het is dan wel van belang dat ondernemers op tijd in actie komen en zich niet moeten laten verrassen. Ondernemers dienen vooruit te kijken en daarop in overleg met de juiste adviseurs te anticiperen op het starten van een WHOA-traject. Tijdige actie betekent dat de kans op het succesvol starten (en doorlopen) van een WHOA-traject wordt vergroot. Indien een ondernemer daarentegen (te lang) wacht tot het moment dat (ook) de lopende (operationele) kosten niet meer kunnen worden betaald of de benodigde informatie niet meer op tijd beschikbaar kan komen, lijkt een WHOA-traject voor deze ondernemer gelet op deze rechtspraak een onhaalbare kaart.