

Artikel

De WHOA en het contractenrecht

Mr. J.G.A. Struycken*

1. Inleiding in de WHOA

De Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) is per 1 januari 2021 van kracht.¹ De WHOA introduceert een uniek fenomeen in het Nederlands vermogensrecht: in een situatie buiten faillissement kunnen onder de WHOA contractuele aanspraken worden gewijzigd ook als de wederpartij daar zelf niet mee instemt, en kan ook een aandeelhouder zijn rechten verbonden aan zijn aandelen definitief veranderd zien worden. De ratio van de WHOA is dat werkgelegenheid en waarde behouden blijven door instandhouding van de onderneming. De waarde van de onderneming na verlichting van de schuldenlast, de reorganisatiewaarde, is meestal hoger dan de waarde van de onderneming in faillissement, de liquidatiewaarde. Het verschil daartussen en het behoud daarvan komen ten goede van alle schuldeisers, werknemers en aandeelhouders, zo is de gedachte van de wetgever. Uit een ander, nog aanhangig, wetsvoorstel, de Wet continuïteit ondernemingen I,² kan worden afgeleid dat er na het tot recent laatste artikel 362 van de Faillissementswet (Fw), een nieuwe titel IV wordt ingevoerd, genaamd 'Buiten faillissement en surseance van betaling', met daarin een eerste afdeling 'Aanwijzing van een beoogd curator'.

De WHOA zorgt voor de tweede afdeling 'Homologatie van een onderhands akkoord' van die nieuwe titel IV. Daarmee kunnen ook de zekerheidscrediteuren, preferente schuldeisers en aandeelhouders door het akkoord worden gebonden, hetgeen een aanvulling is op het

reeds bestaande dwangakkoord ex artikelen 138 e.v. Fw en artikel 287a Fw, waarbij alleen de rechten van concurrente schuldeisers kunnen worden aangetast.

De WHOA is alleen van toepassing op een ondernemer of rechtspersoon als schuldenaar, niet zijnde een bank of verzekeraar.³ Iedere schuldeiser en aandeelhouder en de ondernemingsraad van de schuldenaar, alsook de schuldenaar zelf, kunnen bij de rechtbank een verzoek doen om een herstructureringsdeskundige te benoemen. Dat verzoek wordt toegewezen als de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, tenzij summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn.⁴ Dan gaat de WHOA-procedure lopen, met alle mogelijke consequenties van dien voor contractuele relaties, zoals hierna zal blijken. Voorwaarde om gebruik te kunnen maken van de WHOA is dat de onderneming nog in staat is om haar lopende verplichtingen te voldoen, maar tegelijkertijd voorziet dat insolventie dreigt.⁵

Het akkoord kan tot gevolg hebben dat de contractuele aanspraken van wederpartijen van de schuldenaar wijzigen, waarover hierna in paragraaf 3.2.⁶ Voor de totstandkoming van het akkoord worden schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen ingedeeld, in elk geval op basis van hun (voorrangs)posities ex titel 10 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW).⁷ Deze klassenindeling is relevant voor de stemmingsprocedure; als één klasse van schuldeisers met een twee derde meerderheid⁸ heeft ingestemd met het akkoord, kan de rechtbank worden verzocht om het akkoord te homologeren, mits die ene klasse bestaat uit de schuldeisers wier rech-

3. Art. 369 lid 1 Fw.

4. Art. 370 lid 3 Fw.

5. De parlementaire geschiedenis van de WHOA, onder redactie van J.G.A. Struycken, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 58.

6. Art. 373 lid 1 Fw.

7. Art. 374 Fw.

8. Art. 381 lid 7 Fw.

* Mr. J.G.A. Struycken is partner bij Certa Advocaten in Amsterdam.

1. Waarover ook: De WHOA: een nieuw herstructureringsinstrument, MvV 2020/8, p. 205-216.

2. Kamerstukken 34218.

ten worden gewijzigd welke vorderingen anders, bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar, naar verwachting geheel of gedeeltelijk kunnen worden voldaan.⁹ De rechtbank beslist vervolgens over die homologatie met toepassing van artikel 384 Fw, waarin diverse afwijzingsgronden en beginselen zijn geformuleerd ter bescherming van specifieke schuldeisers.

2. Totstandkoming van de WHOA

Enkele van die beschermingsbepalingen zijn niet zonder slag of stoot in de WHOA gekomen. Aan het wetsvoorstel zijn twee consultatierondes voorafgegaan, waarin door vele partijen en specialisten een bijdrage is geleverd. In de vorm waarin het wetsvoorstel in juli 2019 werd ingediend, vond het wetsvoorstel aansluiting bij de rangorde van schuldeisers zoals die volgt uit titel 10 van Boek 3 BW. Er zijn de afgelopen jaren diverse faillissementen geweest waarin de aandeelhouders een groot deel van het kapitaal van een vennootschap verschaften ten titel van (achtergestelde) geldlening met waardevol onderpand tot zekerheid daarvan. De publieke verontwaardiging was dan groot toen als uitkomst van die faillissementen dergelijke kapitaalverschaffers grotendeels verhaal vonden voor hun aldus verschafte risicodragend kapitaal ten koste van concurrente schuldeisers. De minister van Rechtsbescherming, Dekker, heeft in de Tweede Kamer gezegd op de (on)wenselijkheid daarvan te zullen studeren, maar voor de WHOA niet te willen breken met de huidige rangorde van titel 10 van Boek 3 BW.

Diverse leden van de Tweede Kamer, in het bijzonder mevrouw Van der Graaf (CU) en de heer Nijboer (PvdA), vonden dat minder vanzelfsprekend en dienden in januari 2020 amendementen in. Belanghebbenden en specialisten die zich intensief hadden geroerd in de consultatiefase vreesden dat het fraaie bouwwerk van de WHOA, dat zeer technisch van aard is, hierdoor zou verzanden in het parlement en oefenden naar het verluidt ongekend hoge druk uit op de Tweede Kamerleden om het voorstel als een hamerstuk vooral snel goed te keuren, zonder al te veel inhoudelijke behandeling, laat staan amendementen.¹⁰ Toen in maart 2019 de eerste lockdown als gevolg van Covid-19 werd afgekondigd en grote faillissementen werden verwacht, werd die druk nog eens verhoogd. Met uiteindelijk Kamerbrede steun werden amendementen van voormelde leden en van de heer Van Nispen (SP) op het wetsvoorstel aangenomen, als gevolg waarvan concurrente mkb-crediteuren in beginsel recht hebben op ten minste 20% van hun vordering.¹¹ Reeds op 26 mei 2020 nam de Tweede

Kamer het wetsvoorstel, als aldus gewijzigd, unaniem aan.

3. De WHOA als opeisings- of beëindigingsgrond

3.1 Contractuele clausules voor situaties van verminderde solventie

Een situatie van verminderde solventie wordt vaak opgenomen als grond voor opzegging of beëindiging van een contractuele relatie. Hierna wordt per soort contract nagegaan welke contractuele gevolgen verbonden kunnen zijn aan de initiatie van een stap onder de WHOA.

3.2 Leveranciers, waaronder kredietovereenkomsten

Het aanbieden van een akkoord of de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige is bepaald geen teken dat de schuldenaar er rooskleurig bij staat. Als leveranciers of dienstverleners hun relatie willen beëindigen op grond van financiële tegenspoed bij hun afnemer, de schuldenaar, staat hen dat uiteraard vrij. Het staat hen ook vrij in hun overeenkomsten een opeisings- of beëindigingsgrond op te nemen op grond waarvan zij bijvoorbeeld een eerder verleend krediet kunnen opzeggen als een door hen concreet afgesproken solvabiliteitsratio niet wordt gehaald.

De WHOA beperkt die mogelijkheden echter in zoverre dat het opnemen van enige stap onder de WHOA als contractuele grond voor beëindiging of opzegging, als grond voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst, zonder betekenis is, ex artikel 373 lid 3 Fw. Dit artikellid luidt:

‘Het voorbereiden en aanbieden van een akkoord als bedoeld artikel 370, eerste lid, en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, alsmede gebeurtenissen en handelingen die daarmee of met de uitvoering van het akkoord rechtstreeks verband houden en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn, zijn geen grond voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar en voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.’

Ik houd het erop dat deze bepaling, zodra er enige stap onder de WHOA is genomen, zoals het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige ex artikel 371 Fw, iedere contractuele bepaling die inroepbaar wordt afhankelijk van de financiële toestand van de schuldenaar, terzijde schuift. Dus het inroepen van een opeisingsgrond bijvoorbeeld ingevolge een overeengekomen solvabiliteitsratio is niet meer mogelijk zodra er door enige partij enige stap tot het voorbereiden van een

9. Art. 383 lid 1 Fw.

10. M. Salomons & T. Staal, Schaamteloos!, De Groene Amsterdammer 8 april 2020.

11. Art. 384 lid 4 sub a Fw.

schuldeisersakkoord is genomen. Ik wijs erop dat artikel 373 lid 3 Fw zo ruim is geformuleerd dat iedere contractuele bepaling die een dergelijk effect ook maar benadert, hierdoor zal worden getroffen. Met het verzamelbegrip ‘wijziging van verbintenissen’ blijven ook nog niet opeisbare verbintenissen niet opeisbaar, enzovoort. Deze situatie ex artikel 373 lid 3 Fw eindigt zodra de rechtbank de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige heeft ingetrokken zonder een vervanger te benoemen (art. 371 lid 12 en 13 Fw).

Het is (vooral nog slechts theoretisch) denkbaar dat een leverancier (zoals bijvoorbeeld een kredietverlenende instelling) die een beperkt risico loopt bij een bepaalde schuldenaar, een concurrent dwars probeert te zitten door voor de betreffende wederpartij van die concurrent snel een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige te doen, zodat die concurrent zijn blootstelling (kredietrisico) niet kan beperken.

Op zichzelf genomen – dus geabstraheerd van de financiële malaise van de schuldenaar – is de initiatie van een akkoord onder de WHOA, door wie dan ook, geen reden om een contractuele relatie niet voort te zetten. Immers, een belangrijk beginsel van de WHOA dat zich op diverse momenten in het proces naar het definitieve schuldeisersakkoord laat gelden, is dat de ‘debtor in possession’ blijft, waarmee is bedoeld dat de schuldenaar de beschikking of het beheer over zijn vermogen niet verliest. Toepassing van dat beginsel sluit ook aan bij de hiervoor in paragraaf 1 genoemde voorwaarde voor het WHOA-traject dat de onderneming in staat is om haar lopende verplichtingen te voldoen. De schuldenaar behoudt zelf de controle over zijn onderneming en kan deze gewoon blijven voortzetten terwijl de akkoordprocedure loopt, in welk aspect de WHOA dus verschilt van de aanvraag van een surseance of faillissement. Een eventuele faillissementsaanvraag wordt ook aangehouden totdat is beslist op het verzoek tot aanwijzing van de herstructureringsdeskundige.¹²

Artikel 373 lid 3 Fw verhindert niet dat een overeenkomst wordt ontbonden, of de nakoming daaronder wordt opgeschort op grond van een reeds voor de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige opgetreden verzuim, hetgeen ook weer aansluit bij het uitgangspunt van de WHOA dat een akkoord buiten faillissement geschikt is voor een onderneming die nog in staat is om haar lopende verplichtingen te voldoen.¹³ lid 3 gaat ervan uit dat de schuldenaar niet al in verzuim is.¹⁴ Indien een overeenkomst tot een prestatie verplicht waarbij de tegenprestatie (de betaling) tegelijkertijd wordt afgewikkeld, staat artikel 373 lid 3 Fw daar niet aan in de weg, zoals hierna in paragraaf 3.6 wordt uitgewerkt.

Tenzij er voor initiatie van de WHOA reeds een verzuim is, verhindert artikel 373 lid 3 Fw wel dat bijvoorbeeld kan worden getrokken onder een bij aanvang van het contract door de onderneming gestelde bankgarantie

tot zekerheid van diens betalingen. Voor de periode na de initiatie van de WHOA biedt een dergelijke bankgarantie wel zekerheid, hetgeen een beroep op aanvullende zekerheid ex artikel 373 lid 4 Fw voor de schuldeiser (waarover hierna paragraaf 4.2) weer wat verder buiten bereik brengt.

3.3 Arbeidsovereenkomsten

Een WHOA-traject laat de rechtspositie van werknemers ongemoeid; hun rechten blijven ongewijzigd bij een WHOA-traject (art. 369 lid 4 Fw).

3.4 Aandeelhoudersovereenkomsten en statuten

Onder de WHOA kan een vennootschap haar schuldeisers en haar aandeelhouders een akkoord aanbieden, welk akkoord hun rechten doet wijzigen (art. 370 Fw). Bepalingen in het Burgerlijk Wetboek, de Wet op het financieel toezicht, statuten of een aandeelhoudersovereenkomst die het aanbieden daarvan onderwerpen aan de instemming van de aandeelhouders, worden doorkruist door artikel 370 lid 5 Fw, dat dergelijke bepalingen terzijde stelt. Dit artikellid luidt:

‘Als de schuldenaar een rechtspersoon is, heeft het bestuur voor het aanbieden van een akkoord als bedoeld in het eerste lid en de uitvoering van een akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd geen instemming nodig van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding en, voor zover en voor zolang de volgende afwijkingen nodig zijn en zonder afbreuk te doen aan het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders, zijn de artikelen 38, 96, 96a, 99, 100 lid 1, 107a en 108a en titel 5.3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede artikel 5:25ka van de Wet op het financieel toezicht en eventuele statutaire bepalingen of tussen de rechtspersoon en haar aandeelhouders dan wel tussen twee of meer aandeelhouders onderling overeengekomen regelingen ten aanzien van de besluitvorming door de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding, niet van toepassing. Voor zover de uitvoering van een akkoord een besluit van de algemene vergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding vereist, treedt het akkoord dat overeenkomstig artikel 384 door de rechtbank is gehomologeerd daarvoor in de plaats.’

Ook de indiening door een schuldenaar van een verzoek bij de rechtbank tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige kan niet aan de instemming van aandeelhouders worden onderworpen. De zinnethes in artikel 371 lid 1 Fw ‘Ook de schuldenaar kan een dergelijk verzoek doen. In dit laatste geval is art 370, vijfde lid van overeenkomstige toepassing’ verhinderen dit. De aandeelhouders kunnen hun invloed alleen doen gelden bij stemming over het akkoord voor zover hun statutaire rechten wijzigen of hun aandelenbelang verwatert,

12. Art. 3d Fw.

13. Zie voetnoot 4.

14. Struycken 2020, p. 42.

bijvoorbeeld doordat schuld in aandelen wordt omgezet.¹⁵

Denkbaar is nog dat aandeelhouders de vennootschap trachten te beknotten door te bepalen dat de voorbereiding van een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige of van een akkoord de instemming van aandeelhouders behoeft. Dergelijke pogingen lijken mij tevergeefs, want in strijd met (de geest van) de wet. Dergelijke bepalingen zijn dan ook niet afdwingbaar en als het erop aankomt vernietigbaar wegens strijd met de wet, ex artikel 3:40 lid 2 BW. Omdat de artikelen 370 en 371 Fw strekken tot bescherming van de onderneming van de schuldenaar is geen sprake van nietigheid.

Indien en zodra het schuldeisersakkoord onder de WHOA door de rechtbank is gehomologeerd, en in de meeste gevallen zullen de aandeelhouders ook hebben meegestemd, voor of tegen, is het akkoord bindend en hoeft ook de schuldenaar de vernietigbaarheid van een contractuele bepaling wegens strijdigheid met de WHOA-bepalingen niet in te roepen, maar kan hij zich op het akkoord beroepen. Als de aandeelhouder niet betrokken was in de stemprocedure voor het akkoord, is dat wel nodig en kan de schuldenaar zich niet beroepen op het feit dat de aandeelhouder zich maar eerder had moeten beroepen op de afwijzingsgrond voor het akkoord, ex artikel 383 lid 9 Fw.

3.5 Leaver-bepalingen

Specifieke aandacht krijgen de bepalingen, in meestal aandeelhoudersovereenkomsten, die erop neerkomen dat een bepaalde aandeelhouder zijn aandelen moet aanbieden aan de overige aandeelhouders wanneer die aandeelhouder de controle over zijn vermogen verliest, bijvoorbeeld door faillissement, surseance en – wanneer het een natuurlijk persoon betreft – ondercuratelestelling of, ten gevolge van een echtscheiding, door toedeling van zijn aandelen aan een ander ingevolge het huwelijksvermogensrecht.

Een dergelijke aanbiedingsplicht geldt naar mijn mening onverkort en wordt niet geraakt door het eerdergenoemde artikel 373 lid 3 Fw. De schuldenaar zelf wordt verplicht zijn aandelen aan te bieden. Dat is een verplichting van de schuldenaar jegens zijn contractspartners onder de aandeelhoudersovereenkomst en niet ‘een verplichting jegens de schuldenaar’, zodat die aanbiedingsplicht niet wordt getroffen door artikel 373 lid 3 Fw.

De initiatie van enige stap ingevolge de WHOA als grond voor een aanbiedingsplicht is overigens niet logisch; het eerdergenoemde beginsel van *debtor in possession* ontnemt daaraan de ratio. Bovendien is de WHOA niet van toepassing op een natuurlijke persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent.¹⁶ Als de betreffende aandeelhouder zich op basis van een managementovereenkomst laat inhuren, kan daar wel sprake van zijn.

Aandeelhouders zijn mogelijk niet blij met de situatie dat hun medeaandeelhouder op zwart zaad zit en dat ter zake hem een schuldenakkoord wordt geïnitieerd. Dat geeft echter op zichzelf genomen geen overtuigende redenen om die aandeelhouder te verplichten diens aandelen aan te bieden.

3.6 Overeenkomsten tot overname van een onderneming

Als garantie ter zake de targetonderneming is goed denkbaar dat wordt opgenomen dat:

‘in de afgelopen drie jaar voor de overnamedatum de betreffende onderneming, de schuldenaar, in de afgelopen drie jaar geen akkoord heeft aangeboden dat bij een stemming als bedoeld in artikel 381 Fw door alle klassen is verworpen of ten aanzien waarvan de rechtbank op de voet van artikel 384 Fw de homologatie heeft geweigerd.’

Immers, in die gevallen is de onderneming uitgesloten van de mogelijkheid om een onderhands akkoord na te streven, op grond van artikel 369 lid 5 Fw.

Eventueel geeft de verkopende partij nog garanties af ten aanzien van haar eigen staat en bevoegdheid om de transactie aan te gaan. De WHOA geeft aanleiding te bezien of de garanties ter zake de verkoper dan wel de opschortende voorwaarden voorzien in de situatie dat voor effectuering van de overname ter zake de verkopende partij een WHOA-traject is ingezet. In dat geval behoedt een machtiging van de rechter voor het aangaan van de transactie ex artikel 42a Fw de verkoper voor een faillissementspauliana ex artikel 42 Fw.

Als de koper bij een overnamecontract in een WHOA-traject komt te verkeren voordat de levering van de gekochte onderneming plaats heeft gevonden, heeft artikel 373 lid 3 Fw tot gevolg dat de verkoper zich niet aan de verplichting tot levering van de gekochte onderneming kan onttrekken, ook niet bij een specifieke clause te dien einde. De kopende partij kan op grond van artikel 370 lid 1 Fw wel een voorstel doen aan de verkoper om de koopovereenkomst te wijzigen. Als er uiteindelijk geen schuldeisersakkoord tot stand komt, en de koopovereenkomst dus niet wordt opgezegd, kunnen beide partijen onverminderd aan de overeengekomen transactie worden gehouden. Het ligt in dat geval echter weinig voor de hand dat de transactie voltooid zal worden; zonder betaling van de koopprijs zal de levering van de onderneming (aandelen die deze onderneming vertegenwoordigen) immers niet plaatsvinden, en voor koopprijsbetaling zullen meestal te weinig middelen beschikbaar zijn. Artikel 373 lid 3 Fw bepaalt niet dat de overeenkomst dan alleen wat betreft de schuldenaar nagekomen moet worden; een overeenkomst die voorziet in een ‘gelijk oversteken’ van prestatie en (geldelijke) tegenprestatie heeft naar haar aard een opschortings-element in zich dat niet door een WHOA-initiatie wordt gewijzigd en dus ook niet door artikel 373 lid 3 Fw wordt getroffen.

15. Struycken 2020, p. 72.

16. Art. 369 lid 1 Fw.

4. De positie van contractuele wederpartijen onder de WHOA

4.1 Opzegging of beëindiging van overeenkomsten

De positie van de contractuele wederpartij van een schuldenaar die in een WHOA-traject verkeert, is als volgt. De schuldenaar zelf of de door de rechtbank benoemde herstructureringsdeskundige kan ervoor kiezen de overeenkomst gewoon gestand te doen. De schuldenaar kan er ook voor kiezen om aan de wederpartij een voorstel tot wijziging of beëindiging van de overeenkomst te doen. Stemt de wederpartij daar niet mee in, dan kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de overeenkomst tussentijds opzeggen, mits er inderdaad een schuldeisersakkoord is aangeboden en de rechtbank dat homologeert, en de rechtbank als onderdeel daarvan ook toestemming geeft voor de opzegging (art. 373 lid 1 Fw). Bij deze bepaling kan gedacht worden aan een huurovereenkomst die als een molensteen rond de nek van de onderneming hangt. De voorgestelde bepaling is nodig om te voorkomen dat waardevolle overeenkomsten als gevolg van de herstructurering verloren gaan. De wederpartij bij deze overeenkomsten heeft geen rechtens te respecteren belang om zich aan de overeenkomst te onttrekken. Zij krijgt na de homologatie van het akkoord juist een debiteur die weer financieel gezond is.¹⁷

Die voortijdige opzegging geeft wel recht op schadevergoeding voor de wederpartij die die door de opzegging lijdt, waarin het akkoord reeds kan voorzien en, meestal maar beter, al voorziet (art. 373 lid 2 Fw).

4.2 Afkoelingsperiode

De rechtbank kan bij de toekenning van het verzoek tot benoeming van een herstructureringsdeskundige ook een zogeheten ‘afkoelingsperiode’ gelasten ex artikel 376 Fw. Dat betekent dat elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet kan worden uitgeoefend zonder de machtiging van de rechtbank, dat gelegde beslagen door de rechtbank kunnen worden opgeheven en dat een aanvraag van surseance of faillissement wordt geschorst. De ratio hierachter is dat de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige de kans moet krijgen om een akkoord tot stand te brengen. De bepaling beoogt te voorkomen dat schuldeisers overgaan tot verhaalsacties.¹⁸ Overeengekomen leveringen, al dan niet onder eigendomsvoorbehoud, moeten derhalve gewoon doorgaan in zo’n afkoelingsperiode.

Wanneer de schuldenaar reeds tekort is geschoten voordat er een WHOA-traject is gestart waarbij een afkoelingsperiode is gelast, kan een schuldeiser in de positie komen dat hij ingevolge artikel 373 lid 3 Fw

(waarover hiervoor in paragraaf 3.2) geen gebruik kan maken van eventuele contractuele opzeggingsclausules en ingevolge de opgelegde afkoelingsperiode geen verhaal of maatregelen ter behoud van zijn rechten kan nemen. Bovendien kan hij dan ingevolge artikel 373 lid 4 Fw zijn prestaties niet opschorten en zal hij dus blijven leveren wetende dat de schuldenaar in verzuim is, met het niet onaanzienlijke risico dat hij voor die prestaties tijdens de afkoelingsperiode ook niet betaald zal worden. (Slechts) voor die situatie biedt artikel 373 lid 4 Fw soelaas; in dat geval kan hij zekerheid verlangen voor de van de schuldenaar te verkrijgen wederprestatie voor de tijdens de afkoelingsperiode door hem te leveren prestaties. Blijft die zekerheid uit, dan is de schuldeiser wel bevoegd om de nakoming van de overeenkomst op te schorten of de overeenkomst te ontbinden. Deze zekerheid staat niet ter beschikking van de wederpartij bij een overeenkomst die tot dan toe volledig en stipt wordt nagekomen. Een verplichting tot zekerheidstelling aan die wederpartijen zou de financiële moeilijkheden die de schuldenaar al ondervindt, kunnen vergroten en de bedrijfsuitoefening van de schuldenaar daarmee tot een halt kunnen brengen of deze verder kunnen belemmeren.¹⁹

In beide gevallen – zowel die onder het derde als het vierde lid – geldt dat het bestuur van een schuldenaarrechtspersoon aansprakelijk kan zijn voor nieuwe verplichtingen als deze worden aangegaan terwijl het bestuur weet of behoort te weten dat de rechtspersoon die niet zal kunnen voldoen.²⁰

5. Conclusie

De WHOA is bedoeld voor een akkoord buiten faillissement voor ondernemingen die hun contractuele verplichtingen nog kunnen nakomen, maar die voorzien dat dat te moeilijk gaat worden. Ik voorzie dat, teneinde het behoud van waarde als gevolg van een herstructurering conform de WHOA een kans te geven, ook in een situatie waarin aan de voortzetting van die nakoming getwijfeld kan worden, een initiatief voor de WHOA ingang zal vinden.

De WHOA is technisch van aard en opzet en niet gemakkelijk te doorgronden. Dat hoeft echter niet te betekenen dat de WHOA slechts geschikt is voor grote, al dan niet internationaal actieve, ondernemingen. Ook minder grote ondernemingen kunnen met de WHOA verlicht worden van te dure contracten (bijvoorbeeld huurcontracten), waardoor zij er beter voor komen te staan. Voor kleinere ondernemingen geldt meestal wel dat de personeelslasten het zwaarste drukken op de middelen. Omdat de verplichtingen uit arbeidscontracten van het akkoord ingevolge de WHOA zijn uitgezonderd, zal de WHOA voor die situaties geen soelaas kunnen bieden.

17. Struycken 2020, p. 39.

18. Struycken 2020, p. 57.

19. Struycken 2020, p. 42.

20. ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 (Beklamel).

De WHOA breekt grondig in op het contractenrecht, en bepalingen in contracten die hierop anticiperen zullen meestal krachteloos zijn. Vooral wederpartijen van duurcontracten zullen hierop bedacht moeten zijn.