

# Branchesignalering horeca: ondernemen in zwaar weer en de toepassing van de WHOA

De coronacrisis raakt de horeca hard, al moet de grootste instroom in Bijzonder Beheer nog komen. Veel ondernemers hebben inmiddels een forse schuld opgebouwd, ook bij de Belastingdienst. De specialisten van de Branche-expertgroep Horeca en herstructureringsspecialisten Erik in 't Groen en Koos Beke gingen in gesprek over de gevolgen, mogelijke oplossingen en de rol die de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) en de bedrijfsadviseur hierin kunnen spelen.

## De fiscus als huisbank

Elk kwartaal publiceert PwC samen met de Universiteit Leiden de Bijzonder Beheer Barometer, op basis van een enquête onder een panel van 122 herstructureringsspecialisten. De kernboodschap uit de laatste Barometer: de fiscus is de nieuwe huisbank van ondernemend Nederland geworden. Is de Belastingdienst voorbereid op deze rol? Vanaf 1 oktober 2021 moeten Nederlandse ondernemers in 36 maanden tijd in totaal ruim 13 miljard euro aan uitgestelde belastingen gaan terugbetalen. De verwachting is dat veel ondernemers, zeker in de horeca, er niet in zullen slagen om hun belastingschuld (op tijd) af te lossen. Dus is er maatwerk nodig. Hoe gaat de fiscus hiermee om? En hoe zullen de brouwers zich in deze context als schuldeisers opstellen?

Belangrijke vragen, want brouwers hebben een belangrijke positie in de horeca. Daarnaast zal het niet kunnen terugbetalen van uitgestelde belasting volgens de Bijzonder Beheer Barometer de belangrijkste reden worden voor instroom in Bijzonder Beheer. Daar komt bij, dat de kans dat een onderneming succesvol uit Bijzonder Beheer komt volgens 41 procent van de panelleden is afgenomen. Wel geven panelleden aan dat de WHOA, die per 1 januari in werking is getreden, meer mogelijkheden biedt om succesvol te herstructureren. Met deze wet kunnen ondernemingen in financiële moeilijkheden hun schulden herstructureren om een faillissement te voorkomen, of op een gecontroleerde manier tot een afwikkeling van de onderneming komen. Het bijzondere is, dat voor een akkoord onder de WHOA niet langer de instemming van alle schuldeisers is vereist.

## Eerlijkere waardeverdeling

Na de coronacrisis hebben ondernemingen waarschijnlijk een verhoogd schuldniveau door uitstel van belasting en een stijging van de bankschulden. Goede kans dat bij horecaondernemers de brouwer ook een belangrijke schuldeiser is vanuit zijn rol als leverancier, huurbaas en verpachter van de inventaris. Kortom: er is een nieuwe kapitaalstructuur nodig. Hier komt de WHOA van pas. Deze wet vergroot de gereedschapskist voor ondernemers in zwaar weer en kan gebruikt worden voor behoud van waarde (lees: continuïteit) en om deze waarde daarna eerlijk te kunnen verdelen wanneer een onderneming richting faillissement dreigt te gaan.

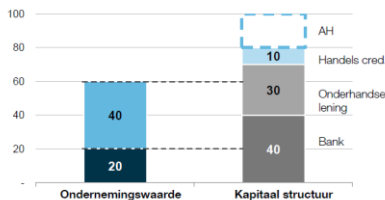
Vóór de invoering van de WHOA was de medewerking van alle betrokken partijen vereist om tot een akkoord te komen. Oftewel: één partij kon de totstandkoming van een akkoord blokkeren, ook al was het akkoord in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Daardoor konden in de kern levensvatbare ondernemingen met een te hoog schuldniveau onnodig failliet gaan. Met de komst van de WHOA kan een deal door de rechtbank dwingend worden opgelegd aan tegenstemmende schuldeisers en aandeelhouders, met inachtneming van een aantal waarborgen (zie volgende pagina). De wet zorgt voor een objectievere waardeverdeling, doordat er sterker wordt gekeken naar de economische positie van een partij.

### **Hoe werkt de WHOA? Een voorbeeld:**

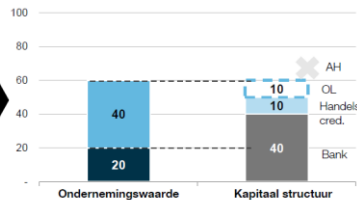
*Stel, een onderneming heeft een liquidatiewaarde van 20 en een reorganisatiewaarde van 60. In de bestaande kapitaalstructuur zitten een bankfinanciering van 40, een onderhandse lening van 30 (bijvoorbeeld de brouwer), handelscrediteuren van 10 en de aandeelhouder. Er zit dus onvoldoende waarde in de onderneming om iedereen terug te betalen. Dit is geen houdbare situatie. Mits er een dreigende faillissementssituatie is, mag de WHOA worden gebruikt om de kapitaalstructuur aan te passen aan de nieuwe ondernemingswaarde.*

Er is flexibiliteit om te beslissen wie wel en niet door het plan geraakt wordt

### Onhoudbare kapitaal structuur



### Herstructureringsplan heeft alleen impact op AH en OL



Vervolgens kan de ondernemer kiezen: welke partijen gaat hij betrekken in het WHOA voorstel? Hij is niet verplicht zijn leveranciers erin mee te nemen, maar kan ervoor kiezen om alleen de rechten van bijvoorbeeld de financierende bank, de fiscus en de verhuurder te wijzigen. De vorm van het akkoord is behoorlijk vrij en kan voor elke klasse schuldeisers of aandeelhouders anders zijn. Uiteraard zijn er diverse waarborgen ingebouwd, waaronder dat schuldeisers minimaal hetzelfde ontvangen als in het geval van een faillissement.

Het kan hierbij ook zijn dat een schuldeiser iets anders krijgt dan een contant bedrag, bijvoorbeeld een recht op aandelen in de onderneming. De schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten in het akkoord worden gewijzigd, mogen stemmen. Dit gebeurt in klassen van schuldeisers of aandeelhouders met vergelijkbare posities. Per klasse wordt nagegaan of er voldoende draagvlak is. Belangrijk is om te beseffen dat niet alle klassen akkoord dienen te zijn met het voorstel en dat de rechter partijen kan dwingen om akkoord te gaan met een voorstel.

#### Tip!

Zie je als adviseur aankomen dat een klasse van schuldeisers gaat tegenstemmen, stel dan met je klant zelf een observator (zie hieronder) aan. De kans is groot dat de rechter dit anders moet doen en dat kost extra tijd. Als er een grote fiscale schuld is, betrek dan ook tijdig de Belastingdienst erbij.

### De WHOA om contracten te ontbinden

Goed om te weten: de WHOA kan, bij dreigende faillissementssituaties, ook worden gebruikt om bestaande (huur)contracten te ontbinden. Dit kan een uitkomst zijn in het geval van bijvoorbeeld een zeer nadelig huurcontract. Vaak komt er bij opzegging van het huurcontract een forse boeteclaim bij, zodat de horecaondernemer niet kan stoppen met zijn slecht lopende zaak en doorgaan met zijn goed lopende zaak. Met de WHOA kan dat nu wel: de ondernemer kan de verhuurder een voorstel doen om de huurovereenkomst te wijzigen of te beëindigen. Als de verhuurder daar niet mee instemt, geeft de WHOA de ondernemer de mogelijkheid om het contract op te zeggen. De rechter moet hier wel toestemming voor geven en het akkoord moet ook echt worden gehomologeerd. De claim die ontstaat vanwege de eenzijdige opzegging van het huurcontract kan worden gewijzigd in het akkoord. In veel gevallen zal dit betekenen dat de verhuurder slechts een gedeelte van zijn claim zal ontvangen.

#### Let op!

Arbeidscontracten vallen niet onder de WHOA. Een managementcontract is nog een grijs gebied. Daar zal de rechter zich eerst een keer over moeten uitspreken.

## Waarborgen voor een eerlijk en redelijk akkoord

Met de WHOA kan een akkoord worden opgelegd aan dwarsliggende schuldeisers en aandeelhouders. Omdat dit ingrijpend is - de rechten van aandeelhouders kunnen worden gewijzigd, contracten kunnen worden beëindigd - bepaalt de wet dat een akkoord eerlijk en redelijk moet zijn. Daartoe is een aantal waarborgen opgenomen. Deels zijn dit proceswaarborgen, zoals het tijdig informeren van alle betrokken partijen en eisen aan de informatie die wordt aangeleverd. De bedrijfsadviseur speelt hierbij een faciliterende rol. Daarnaast kan de rechter of de ondernemer een onafhankelijke herstructureringsdeskundige aanstellen om een akkoord voor te bereiden en aan te bieden, of een observator die toezicht houdt op degene die het akkoord voorbereidt. In tegenstelling tot de herstructureringsdeskundige, die een actieve rol heeft en met stakeholders kan praten, kijkt de observator alleen mee en houdt de belangen van de schuldeisers en aandeelhouders in het oog.

En dan zijn er nog de meer economische waarborgen, zoals de Nederlandse absolute priority rule: de verdeling van de waarde over de schuldeisers moet aansluiten bij de rangorde van de schuldeisers die is bepaald door de wet of het contract, in lijn met de economische positie van partijen. Hiervan afwijken kan uitsluitend als daar een redelijke grond voor bestaat en die zal de ondernemer bij de rechter dan heel goed moeten onderbouwen. Voor kleine(re) schuldeisers geldt in principe de regel dat zij minimaal 20% van hun vordering betaald moeten krijgen.

### Tip!

Je moet als schuldeiser scherp zijn tijdens het proces. Wanneer je bezwaren niet tijdig kenbaar maakt bij de schuldenaar, kan je het recht verliezen je later in het proces op deze bezwaren te beroepen.

### Praktische tips en valkuilen:

De KvK heeft veel over de WHOA gepubliceerd en biedt bruikbare hulp, tips, informatie en een stappenplan aan. Ben je als adviseur bij een casus betrokken, dan is het raadzaam om deze KvK-informatie te hanteren. De KvK geeft ook een indicatie van de belangrijkste tijdlijnen:

1. Leg afspraken vast in een conceptakkoord. Inschatting: vanaf 2 dagen tot maximaal 8 maanden
2. Leg conceptakkoord voor aan schuldeisers (1 dag)
3. Organiseer een stemming (8 dagen)
4. Deel verslag van stemming (7 dagen)
5. Advocaat dient homologatieverzoek in bij de rechtbank (1 dag, z.s.m.)
6. Bezwaarperiode (8 tot 14 dagen).

Een herstructurering onder de WHOA is ingrijpend voor alle betrokken partijen. Goed stakeholdermanagement is daarom essentieel. Besteed hier aandacht aan. Dit geldt ook voor privéborgstellingen bij kleinere ondernemingen en de rechtsvorm van de onderneming. Het kan bijvoorbeeld de moeite waard zijn om het WHOA-traject te doorlopen om de privékant van de ondernemer enigszins te beschermen. Ga ook na wat de impact is van een faillissement. Hoe zit de partner van de ondernemer in de wedstrijd? Wat is de emotionele weerbaarheid van de ondernemer nadat een WHOA-traject heeft plaatsgevonden? Dit zijn belangrijke zaken om voorafgaand aan het traject mee te wegen in je advies.

### Kansen en risico's voor de accountant en bedrijfsadviseur:

Als u als accountant constateert dat er een continuïteitsrisico is en de klant richting een faillissement gaat, dan is het uw taak om de WHOA onder de aandacht te brengen. Er is daarnaast een rol weggelegd voor de bedrijfsadviseur om het WHOA-proces zorgvuldig te doorlopen. Kansen en risico's daarbij zijn:

- Kennis van de WHOA en het herstructureringsproces is een randvoorwaarde.
- Aandacht voor de informatieverplichtingen horend bij een WHOA-traject met specifieke aandacht voor:
  - (a) Waardebepaling (met name de reorganisatiewaarde zal veel stof tot discussie geven, welke onderliggende uitgangspunten neem je daarbij?)
  - (b) Herstructureringsplan hoort eronder te liggen (wat zijn de oorzaken van de problemen, wat gaat er veranderen na de implementatie van het plan; is alleen corona de achterliggende oorzaak of zijn er meer fundamentele problemen)

(c) Kosten-batenanalyse WHOA-traject. De overheid werkt aan een regeling om liquiditeit beschikbaar te stellen aan een ondernemer om het traject te kunnen bekostigen.

- Gevaar is dat de focus alleen ligt op de financiële herstructurering van de onderneming en onderliggende problemen niet worden aangepakt.
- De WHOA kan ook worden gebruikt voor liquidatieakkoorden.
- De ondernemer kan kiezen tussen een besloten of openbare procedure. Bij een openbare procedure wordt de onderneming, dus niet de ondernemer, opgenomen in een register.

### **Colofon**

SRA-Branche-expertgroep Horeca i.s.m. herstructureringspecialisten Erik in 't Groen en Koos Beke

Datum: 4 maart 2021