

RONDE TAFELGESPREK. Een terugblik op de WHOA met drie herstructureringsdeskundigen

HERO 2023 / P-002

12 januari 2023

In het kader van het verkrijgen van een meer “inside view” in de werking van en ervaringen met de WHOA, heeft een aantal redacteuren en medewerkers van HERO interviews gehouden met rechters, hd’s en observatoren. Deze zijn uitgewerkt in een drietal artikelen, waarvan dit artikel, interviews met drie hd’s, de eerste is. Komende tijd volgen in ieder geval de interviews met de rechters en observatoren.

Inleiding

Op 7 juli 2022 vond een rondetafelgesprek plaats met drie herstructureringsdeskundigen. Deelnemende herstructureringsdeskundigen waren Jeroen Reiziger (werkzaam bij TRIP Advocaten Notarissen), Willem Meijer (onafhankelijk OK-bestuurder, mediator, coach en herstructureringsdeskundige) en Frank Nowee (werkzaam bij Van Benthem & Keulen Advocaten en Notariaat). Onderwerp van het gesprek was een terugblik op de Wet Homologatie Onderhands Akkoord in de praktijk sinds de inwerkingtreding van de wet op 1 januari 2021.^[1] Parallel vonden er twee andere rondetafelgesprekken plaats: een gesprek met vijf rechters uit de WHOA-pool en een gesprek met drie observatoren.^[2]

Tijdens dit rondetafelgesprek is besproken dat specifieke informatie over besloten WHOA-procedures waarbij de deelnemers als herstructureringsdeskundige betrokken zijn geweest niet wordt opgenomen in het artikel. De antwoorden van de herstructureringsdeskundigen zijn weergegeven in cursief lettertype. In het rondetafelgesprek is gesproken over openbare en besloten WHOA-procedures. Om het besloten karakter van de laatstgenoemde procedures te waarborgen, zijn uitspraken over die procedures in dit artikel niet herleidbaar gemaakt.

De herstructureringsdeskundige wordt benoemd door de rechtbank op verzoek van de schuldenaar, een schuldeiser, aandeelhouder of de krachtens wettelijke bepalingen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging (art. 371 lid 1 Fw). Hoe zijn jullie benaderd en hoe zijn jullie omgegaan met de offerte die aan de rechtbank moet worden verstrekt?

Frank Nowee (FN): Ik ben benaderd door een bevriende advocaat, die de schuldenaar adviseerde. Hij belde op en vroeg mij – als het mij vrij stond - om een offerte op te maken om herstructureringsdeskundige te worden. Ik heb vervolgens kort met de bestuurder van de schuldenaar gesproken om een beeld van de onderneming te krijgen, met als doel een passende

offerte te kunnen opstellen. Ik heb in mijn offerte onder meer een gedetailleerde opsomming opgenomen van de naar verwachting te maken uren.

Willem Meijer (WM): Bij het traject waarbij ik betrokken was, zijn er drie personen voorgesteld. Ik heb bij de selectie door de rechtbank alleen mijn CV en uurtarief gestuurd. Ik heb in eerste instantie geen offerte opgesteld. Na mijn benoeming heb ik wel een begroting gemaakt.

Jeroen Reiziger (JR):

Omdat er nog weinig ervaring is met WHOA-zaken en je niet weet wat je te wachten staat als herstructureringsdeskundige – je kent de onderneming en het traject niet –, kan het moeilijk zijn om een offerte op te stellen. Dit hangt samen met het feit dat niet wettelijk is vastgelegd met welke taken de herstructureringsdeskundige zich bezighoudt. Daarnaast moet je – zeker voor je aanstelling – onafhankelijk blijven, dus je kunt niet al te uitvoerig met de schuldenaar corresponderen voordat je als herstructureringsdeskundige bent aangesteld. Van de informatie die je wel krijgt van de schuldenaar, kan achteraf blijken dat deze helemaal niet klopt. Uiteindelijk maak je een schatting van wat je denkt dat het gaat kosten.

FN: Het is vooraf ook moeilijk in te schatten wat het WHOA-traject gaat kosten, aangezien je van tevoren niet echt goed weet wat je allemaal moet gaan doen. Als er dingen niet goed geregeld zijn, moet je ook taken van het bestuur overnemen. Hoe het WHOA-traject er uiteindelijk uit komt te zien, is ook niet altijd van tevoren duidelijk. Soms is er mediation nodig tussen partijen, en dit kan veel tijd in beslag nemen.

JR: WHOA-procedures zijn duur en kosten veel tijd. De begroting in mijn offerte in de ADO-procedure is niet uitgekomen. Ik kon wel gemakkelijk bij de rechtbank aanvullende begrotingen indienen om budget te krijgen. Ik hoor vaak dat er ook sprake is van steunoffertes. Hierbij heeft de schuldenaar al iemand op het oog en dan wordt een andere offerte opgevraagd die als tweede offerte moet gelden. Dat weet je dan vooraf niet.

Over de persoon van de herstructureringsdeskundige: Is het hebben van juridische kennis van essentieel belang? Of kun je met een meer financieel-economische achtergrond als dealmaker met stakeholder management ook het plan ontwerpen en daarbij juridische kennis inwinnen?

JR: Juridische kennis is wel nodig. De regeling in de wet is omvangrijk en best complex geschreven. Op onderdelen zijn de artikelen lang en ingewikkeld, zodat je soms wel twee of drie keer moet lezen om te begrijpen wat er staat. Als je zelf minder thuis bent in het juridische aspect van de WHOA, kun je ook de hulp van een advocaat inschakelen om te helpen met bepaalde aspecten van het akkoord.

WM: Ik heb als herstructureringsdeskundige een eigen advocaat ingeschakeld, die onafhankelijk handelde van de schuldenaar. Daarvoor had ik budget. De schuldenaar had een eigen advocaat.

Mijn advocaat kon mij adviseren over het doel en de strekking van de wet. Die kennis is wel nodig.

Hoe verliep de totstandkoming van het akkoord en welke rol speelde waardering daarin?

Tactiek, stakeholder management en de procedure hebben we vooraf uitgedacht. Daarbij was de juridische kant de sanity check. Alles moest juridisch goed kloppen, maar dat was niet leidend. Het litigation aspect was in mijn dossier erg spannend, omdat iedereen zijn gelijk wilde halen. Tactiek voerde daardoor echt de boventoon. Mijn tactiek was om niet tijdens het proces over elk wisselaspect naar de rechter te stappen, maar om uiteindelijk in twee keer alle onduidelijkheden – een stuk of 20 – voor te leggen aan de rechter. Daarover hebben we een besluit gevraagd, waardoor eigenlijk alle vragen beantwoord waren voorafgaand aan de homologatiezitting.^[3]

JR: Wij hebben het akkoord opgesteld en voorgelegd aan de schuldeisers voordat we het formeel aanboden als akkoord. De schuldeisers konden gedurende een periode op het akkoord reageren. Afhankelijk van de reactie van de schuldeisers zouden wij het neerleggen bij de rechter. De WHOA bepaalt immers dat wanneer je als schuldeiser niet klaagt op het moment dat je kennis hebt genomen van het akkoord, je later ook niet meer bij de rechter mag klagen.^[4] Dit is ook gebeurd. Bepaalde partijen hebben niet gereageerd of te laat geklaagd, waardoor hun klacht niet in behandeling is genomen en het akkoord kans van slagen had.

WM: In het aspectenverzoek hebben we net niet alles voor kunnen leggen. Er is één stukje niet beantwoord tijdens de voorprocedure. Bij de homologatie was er dus nog wel strijd om bepaalde punten, mede omdat de belangen aan weerszijden verschillend waren. Iedereen was het er wel over eens dat de onderneming kon voortbestaan, maar er was discussie over wie er in en out of the money waren. Dus wie er na de procedure de aandelen zou houden.

JR: Bij ons was dit ook aan de orde omdat de Chinese aandeelhouder moest worden onteigend. Moest jij ook aandelen intrekken?

WM: Dat ligt eraan of de aandeelhouder in de money is of niet. Als de aandeelhouder out of the money is, dan komt er een conversie van de aandelen. Dat is formeel geen onteigening, maar praktisch gezien natuurlijk wel. Uiteindelijk gaat het hier om de waardering van de onderneming. Daarover kan vanwege de verschillende factoren die een waardering beïnvloeden, zoals de cashflow en de WACC, veel discussie bestaan.

JR: De waardering van de onderneming maakt veel uit, dat was bij ons een lastig punt. De waarderingsrapporten kosten veel tijd en geld. Eén waardeerder had ADO op EUR 30 miljoen gewaardeerd. Als we die lijn hadden gevolgd zou iedereen in the money zijn geweest, maar dan zou het akkoord dus geen kans van slagen hebben gehad. Bij ADO is de waardering uiteindelijk op nul gezet omdat de schuldenlast de club niets waard maakte. Die waarderingen zijn lastig. Bij de

homologatiezitting keek de rechter naar de financiële gegevens en met name naar de tekorten voor de komende jaren. De rechter benoemde dat er voor de komende jaren EUR 20 miljoen tekort zou zijn. Hierbij telde de rechter de tekorten bij elkaar terwijl dit doorlopende getallen waren. Dat klopte tijdens die zitting niet. Een journalist in de zaal had dit al getwitterd. Je ziet in een WHOA-procedure dus dat rechters stukken moeten doorgronden op gebieden die niet altijd binnen hun expertise liggen. Dat kan best lastig zijn. Daarom is het wel goed dat er een WHOA-pool van rechters is.

WM: Als je meerdere waarderingen opvraagt, kunnen de waarderingen nogal uiteenlopen. Toen ik aantrad als herstructureringsdeskundige waren er al drie of vier waarderingsrapporten waarbij de waarderingen enorm ver uit elkaar lagen. De onderneming wilde dat ik zelf zou waarderen als herstructureringsdeskundige. Ik heb er toen voor gekozen om de waardering op te hakken in verschillende delen. De waarde van het bedrijf is wat een waardeerder uitrekent op basis van variabelen, zogenaamde business drivers. Ik heb een strategy consultant ingehuurd die een vijfjarige prognose met cashflow heeft gemaakt op basis van alle informatie die hij had, inclusief een marktonderzoek. Die consultant kwam met een business drivers rapport. Ik heb dat rapport als voorstel ingediend bij de rechtbank, om die aspecten te laten valideren. Tijdens de aspectenzitting is toen uitgebreid daarover gediscussieerd door verschillende gerenommeerde business valuers. Partijen beargumenteerden dat die drivers hoger of juist lager moesten zijn, steeds vanuit hun eigen belang. gebruikt moesten worden. Uiteindelijk is er voor mijn rapport gekozen op basis van mijn onafhankelijkheid als herstructureringsdeskundige. Ik had als enige geen partijbelang; mijn rapport was dus objectief. Mijn rapport zat ook ergens in het midden tussen die andere rapporten. Toen de drivers waren vastgesteld, kon ik door naar het laten opstellen van een waarderingsrapport op basis van die vastgestelde uitgangspunten. Dat was een nuttige manier van werken.

Was er in jullie WHOA-procedures sprake van een afkoelingsperiode? Hoe werd daarmee omgegaan?

WM: Ik heb de afkoelingsperiode steeds laten verlengen tot uiteindelijk de maximale termijn van 8 maanden.^[5]

JR: Bij mij heeft de afkoelingsperiode uiteindelijk ook 8 maanden geduurd, dat is de maximale termijn.^[6] De looptijd van het proces was uiteindelijk langer dan 8 maanden. Er lag toen wel al een akkoord, het was alleen nog niet gehomologeerd. Bij het verlengen van de afkoelingsperiode wilde de rechtbank wel steeds een liquiditeitsprognose hebben. Het aanleveren van zo'n liquiditeitsprognose voelt lastig, want er verandert namelijk niet direct iets in de onderneming. De schuldenlast blijft in principe gewoon toenemen onder jouw toezicht. De vraag is dan hoe je daarmee omgaat. Daarin zitten wel risico's. De crediteuren gaan er misschien vanuit dat nu er een herstructureringsdeskundige is aangesteld, het wel goed komt. Dat is natuurlijk helemaal geen gegeven. Bij ADO kwamen de inkomsten vooral uit sponsorcontracten en seizoenskaarten. Die worden aan het begin van het voetbalseizoen gefactureerd. Dit terwijl het onzeker is of je dat seizoen wel kan afmaken. Je wil dan geen langlopende verplichtingen aangaan. Daarom hebben we in eerste instantie besloten om tweemaandelijks te gaan factureren. Ook hebben we een speler van ADO kunnen verkopen. We kregen daarvoor geen paulianabescherming, dus we hebben zeker een risico gelopen.^[7] Uiteindelijk hebben we de speler verkocht tegen een prijs die hoger was dan waar een expert hem voor had gewaardeerd. Door met de gemeente af te spreken dat de huur van

het stadium doorgeschoven kon worden naar het volgende seizoen, hebben we de begroting sluitend kunnen maken. We hebben hiervoor alleen wel 6 punten aftrek van de KNVB gekregen.

Jeroen, jij noemde net dat de WHOA-procedure van ADO langer heeft geduurd dan de maximale 8 maanden van de afkoelingsperiode. Wil je als herstructureringsdeskundige niet eigenlijk het traject binnen die 8 maanden afronden?

JR: Ja, het akkoord was na het aflopen van de afkoelingsperiode wel al aangenomen, en daarom durfde ik het aan om het traject voort te zetten. Zonder homologatie heb je namelijk na het aflopen van de afkoelingsperiode geen bescherming. Uiteindelijk is het een lange en dure procedure geworden. Bij het WHOA-traject van ADO hebben we de aandelen van een Chinese aandeelhouder kunnen afnemen. Dat is uiteindelijk de sleutel geweest.

Hoe stelde de fiscus zich op?

FN: Bij mij ging de fiscus moeilijk doen omdat in andere entiteiten nog geld zat, waardoor zij geen afscheid wilden nemen van de restschuld. Dat was een groot probleem. In faillissement was de fiscus ook een stuk beter uit geweest. Dit maakte het erg lastig. Het leek er eerst op dat het akkoord zou slagen, maar helaas is dit uiteindelijk niet gelukt.

JR: Instemming van de fiscus was voor ons ook een heel belangrijk punt. Als de fiscus akkoord is, dan gaan andere crediteuren ook sneller mee.

WM: Ik had ook te maken met de invorderaar. Hij was de cram down klasse. In zijn geval was het een eenvoudige keuze omdat hij in alle scenario's bij andere procedures alles had gekregen. Ik heb hem gevraagd om uitstel te verlenen voor betalingen, en dat hebben we gekregen. Hierdoor is het plan uitvoerbaar geworden en werden anderen ook gedwongen om mee te gaan. Er was namelijk geen meerderheid in de andere klassen.

Hoe was de relatie en de wisselwerking met de schuldenaar? Was er een vertrouwensband? Waar eindigt de verantwoordelijkheid van de herstructureringsdeskundige?

JR: De WHOA zegt daar niet veel over. Vanwege het debtor-in-possessionmodel blijft de schuldenaar beschikkingsbevoegd over zijn vermogen. Hij kan daar in principe mee doen wat hij wil. Als herstructureringsdeskundige probeer je er natuurlijk wel voor te zorgen dat er niet onnodig actief wegvloeit, maar uiteindelijk heb je hier geen zeggenschap over.

Je moet van te voren de verliezen proberen zeker te stellen en kijken wie het akkoord gaat financieren. Daarbij spelen dus twee waarderingsvraagstukken: het akkoord moet haalbaar zijn en tot aan de homologatie moet er gefinancierd worden. Daarbij probeer je rekening te houden met de belangen van verschillende schuldeisers. Een kleine handelscrediteur kun je niet zomaar op één lijn zetten met een grote vermogensverschaffer.

Als je als herstructureringsdeskundige uiteindelijk meent dat een akkoord niet haalbaar is, dan informeer je de rechtbank hierover en dan is het einde oefening. Eigenlijk wil je nooit de bringer van die boodschap zijn, maar soms is het niet anders. Als je je taak goed uitgevoerd hebt, valt jou geen verwijt te maken.

FN: Bij mij stond in de uitspraak van de rechtbank dat ik er op moest toezien dat het actief van de vennootschap niet zou verdwijnen. Dat kan best een lastige zijn als een schuldenaar keuzes wilt maken die hier niet mee stroken.

JR: Bij mij was de relatie over het algemeen goed. Er waren eigenlijk twee kampen toen ik aangesteld werd, namelijk de Nederlandse directie en commissarissen en kleine Nederlandse aandeelhouders ene kant, en aan de andere kant de Chinese aandeelhouders en schuldeisers. Ik heb nauw samengewerkt met de Nederlandse directie. Ik heb hen wel op een gegeven moment aangesproken dat niet alle informatie directie met mij werd gedeeld. Daar was bijsturing nodig.

FN: Bij mij leek de relatie op de situatie zoals in een faillissement. Ik heb mijn best gedaan een vertrouwensband op te bouwen met de schuldenaar. Dat is leuk en het heeft ook voordelen om een goede verhouding op te bouwen met het bestuur. Ik had echter te maken met crediteuren die zich afvroegen of bestuurdersaansprakelijkheid, zoals de curator dat onderzoekt in faillissement, werd omzeild middels het WHOA-traject. Wat doe je daarmee als herstructureringsdeskundige? Als je dat kunt vaststellen, dan trek je natuurlijk de stekker uit het traject.

JR: Als herstructureringsdeskundige heb je als doel om een akkoord op te stellen. Je hebt niet als doel een onrechtmatigheidsonderzoek uit te voeren. Tegelijkertijd kun je natuurlijk ook niet tegen elke prijs herstructureren. Je moet immers ook de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in het oog houden.

FN: De vraag is waar de grens ligt voor het onderzoeken van de informatie die je krijgt met betrekking tot mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Volgens mij is het niet de rol van de herstructureringsdeskundige om bestuurdersaansprakelijkheid te onderzoeken, maar dat wringt ergens ook wel een beetje.

JR: Mee eens. Als herstructureringsdeskundige heb je als voornaamste doel om een akkoord op te stellen. Maar het kan natuurlijk wringen. Zeker ten aanzien van de crediteuren, als je weet dat bepaalde dingen niet netjes zijn gegaan. Waar die grens ligt, is ook afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

WM: Bij mij waren er vier kampen; de onderneming, de meerderheidsaandeelhouder, de crediteuren en een minderheidsaandeelhouder. Elke partij heeft natuurlijk z'n eigen plan en belang dat hij nastreeft, en die belangen lopen niet altijd synchroon. Als herstructureringsdeskundige moet je proberen je zo neutraal mogelijk op te stellen. Je pendelt tussen partijen om te kijken of en in welke vorm een akkoord kan worden opgesteld. Ik heb een two track systeem bedacht, waarbij er dus twee trajecten zijn: een WHOA-traject en een mediation traject. Bij het mediation traject is geprobeerd een consensueel akkoord tot stand te brengen. Tot het allerlaatste moment hebben deze twee trajecten parallel aan elkaar gelopen. Bij iedere tussenbeslissing van de rechter gingen partijen weer terug naar de onderhandelingstafel. Op een gegeven moment kregen advocaten ook een eigen belang bij een uitspraak. Ik heb met alle partijen wel een keer wrijving gehad en ook bij alle partijen wel gevoeld dat ze wilden meewerken en zochten naar een oplossing.

JR: Ik heb dat ook zo ervaren. Elke beweging in het dossier zorgde ook voor verschuivingen op andere plekken in het dossier. Soms dacht je een stap vooruit te kunnen nemen, maar dan nam je tegelijkertijd ook een stap terug.

WM: Daarom is het belangrijk dat de herstructureringsdeskundige zich zo neutraal mogelijk opstelt. Ik heb als herstructureringsdeskundige geen positie of stelling ingenomen. Ik heb mijn mening niet gegeven en het proces laten bepalen door tussenbeslissingen van de rechter. Hierdoor werd het hele traject inclusief de waarde van de onderneming gekanaliseerd. Pas in de week vóór het aanbieden van het akkoord moest ik een aantal bochten nemen waar partijen een mening over konden hebben. Dat is ook het moment geweest waarop de stemming anders werd. Mijn advies aan alle herstructureringsdeskundigen is dan ook: probeer de route zoveel mogelijk te laten bepalen door de rechter en blijf zelf zo neutraal mogelijk.

JR: Daar heb je wel je ervaring als mediator in kunnen zetten.

FN: In grote dossiers kan dit inderdaad uitkomst bieden, maar in kleine dossiers is dit erg duur.

JR: Daar ben ik het mee eens. Toch vind ik het een mooie tactiek om partijen zelf tot conclusies te laten komen.

WM: Mediation toepassen kan inderdaad niet in elk dossier. Mediation is ook niet geschikt voor elk soort partij. Het vergt professionele partijen die hun zienswijze kunnen presenteren.

Hoe keken jullie als herstructureringsdeskundige aan tegen aansprakelijkheidsrisico's?

WM: Ik ben als herstructureringsdeskundige benoemd door de schuldeisers, dus zij hebben mijn rekening moeten betalen. Mijn begroting is gestort in een depot. Ik heb wel een aantal keer risico gelopen ten aanzien van de kosten tijdens de procedure omdat ik nog geen dekking had voor de

kosten die ik maakte. Maar er was ook tijdsdruk, dus we moesten door. Het gaat dan om honderdduizenden euro's. Die kosten werden dan later wel door de rechtbank geaccordeerd.

Er bestaat ook het risico van aansprakelijkheid dat niet bij iedere herstructureringsdeskundige is gedekt door de verzekeringspolis.^[8]

JR en FN: Bij ons valt het onder de kantoorpolis.

WM: De angst voor aansprakelijkheid is gelukkig niet heel groot. Aangezien je als herstructureringsdeskundige niet belast bent met beheer en beschikking over het vermogen van de schuldenaar, is de kans op aansprakelijkheid ook niet heel hoog. Dat past ook in de ratio van de herstructureringsdeskundige. Je moet vrij zijn en je vrij voelen om een plan aan te bieden, en dat kan niet als iemand je bedreigt met aansprakelijkheid. Toch is het natuurlijk wel heel vervelend als je wél aansprakelijk wordt gesteld of als daarmee wordt bedreigd. De kosten van verweer in een dergelijke procedure kunnen erg hoog zijn en het kost erg veel tijd.

Als je als herstructureringsdeskundige niet voor het aansprakelijkheidsrisico verzekerd bent, kun je bijvoorbeeld overeenkomen dat er bij je aanstelling een potje wordt gecreëerd waar geld in wordt gestort, mocht het tot een aansprakelijkheidskwestie komen. Met dat geld kun je dan de kosten van verweer dekken.

JR: De vraag is wel op welke basis je juridisch de herstructureringsdeskundige aansprakelijk stelt. En aansprakelijk waarvoor? Je beheert geen vermogensrechten. Maar het klopt, het verweer kost wel tijd en geld, ook als je niet aansprakelijk bent.

WM: Het kost veel tijd en geld, ook als er geen basis voor aansprakelijkheid is. Het is daarmee een pressiemiddel. Er is niets geregeld voor het geval er een aansprakelijkstelling wordt gestuurd. Het gaat meer om het idee: de herstructureringsdeskundige moet zich vrij voelen om een akkoord op te stellen en aan te bieden. Dit systeem van het potje met geld is dus door de rechtbank opgesteld om de herstructureringsdeskundige te beschermen tegen eventuele aansprakelijkheidsvorderingen.

Wat is jullie ervaring met tijdsdruk en de rechtbank en hun opstelling?

WM: De ervaring was heel goed. De rechtbank is meegegaan in de tactische opstelling om het traject in kleinere stukken te hakken. Daardoor konden we veel aspecten voorleggen aan de rechter. Door het in kleinere stukken op te knippen, waren eigenlijk alle punten al voorbijgekomen vóór de homologatiezitting. De kans van slagen van het akkoord was daarom erg groot. De rechter heeft daarbij steeds alle partijen gehoord.

JR: In het algemeen kan gezegd worden dat als de rechters ook vertrouwen hebben in het proces, ze erg meegaand zijn. De pool met WHOA-rechters is ook een goede zet geweest.^[9] De rechters waren goed onderlegd.

FN: Ik denk dat het voor de rechters zelf ook goed is dat een dergelijke pool is opgezet. Ze bouwen zo sneller kennis op en kunnen snel schakelen..

WM: Ik vond ze inhoudelijk ook goed.

Wat is de ervaring met niet juridische stukken die bij de rechters worden voorgelegd?

JR: Afgezien van een klein smetje– de rechter telde in eerste instantie de tekorten op bij ADO – zijn we erg tevreden. De WHOA is een mooi systeem dat rechters tussentijds de mogelijkheid geeft om bepaalde aspecten te beoordelen. Hierin moet alleen niet doorgeslagen worden. De rechtbank wilde bijvoorbeeld de liquiditeitsbegroting controleren bij het verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode. Dan kan wel afgevraagd worden of dit niet té zorgvuldig is van de rechter, want dat is eigenlijk de taak van de herstructureringsdeskundige.

Ook ging de rechtbank heel praktisch en goed om met de pers. Zo is er bij de ADO-zaak een openbaar en een niet-openbaar gedeelte gehouden.

FN: Het is een heel mooi systeem dat je als rechter dergelijke aspecten tussendoor kan beoordelen. Dat komt het proces absoluut ten goede.

Wat is jullie ervaring met de doorlooptijden?

JR: Over het algemeen is die goed, maar het kan soms beter. De startverklaring in mijn traject was op 3 mei gedeponerd. Ik werd op 25 mei als herstructureringsdeskundige aangesteld. Dan moet je een datum kiezen vanaf wanneer je de schulden gaat saneren. Kies je dan voor 3 of voor 25 mei? Daar zit qua tijd een substantieel verschil in, en dus ook welke schuldeisers wel of niet gesaneerd worden. Voor schuldeisers kan dat een groot verschil maken. Als er bijvoorbeeld een vordering na 3 mei ontstaat, maar tot 25 mei gesaneerd wordt, kan dat lastig zijn. Ook zijn niet alle schuldeisers hetzelfde en kun je deze om die reden ook niet hetzelfde behandelen. Daarom hebben we bepaalde crediteuren ook buiten het akkoord gehouden bij ADO, zoals de onderhouder van het voetbalveld en de KNVB. Het gras op het voetbalveld is zo specialistisch. Als die crediteur na het akkoord niet terugkomt om het gras te onderhouden, heb je als voetbalclub een groot probleem. Bij de KNVB stond een lening uit. Als we die hadden meegenomen in het akkoord, had de KNVB de licentie ingetrokken. We hebben geen lopende overeenkomsten aangepast.

WM: Wij hebben wel een contract en een looptijd aangepast. Er heeft toen onderhandeling plaatsgevonden over het rentepercentage. Daar zijn we uiteindelijk niet uitgekomen, dus hebben we een waarderingsrapport laten maken en dit voorgelegd aan de rechter.

Heb je als herstructureringsdeskundige voldoende gereedschap om een WHOA-traject tot een goed einde te brengen?

FN: Ik liep steeds tegen de maximale termijn van de afkoelingsperiode aan. De maximale termijn van 8 maanden is wel lastig. Een rechter kan zelf misschien beter oordelen of de maximale termijn in een bepaald traject ook echt 8 maanden zou moeten zijn, of dat er misschien een langere termijn nodig is. Nu is de rechter gebonden aan wettelijke voorschriften en kan hij niet verlengen als de maximale termijn erop zit. Dat beperkt wel.

WM: Ik kwam ook in een squeeze terecht. Ik had wel alles op tijd ingediend voor de uitspraak, maar dat bleek uiteindelijk alsnog te kort dag te zijn in verband met de beschikbaarheid van de rechtbank. Er ontstond toen discussie over of de crediteur zich wilde onthouden van vervolgstappen.

FN: Ja, dat is vervelend. Er hoeft inderdaad maar één crediteur te zijn die dan zijn eigen plan wil trekken en alles kan verloren gaan.

WM: Ik had uiteindelijk genoeg tools door de hulp van mijn advocaten om het tot een goed einde te brengen. Ik vind dat de WHOA tekortschiet in de vogelvrijheid van de herstructureringsdeskundige. Deze moet zich vrij voelen een akkoord aan te bieden, en ik vind dat nu niet iedere omstandigheid gewaarborgd is. De rechtbank waar ik mee te maken had, is hier gelukkig heel goed en creatief mee omgegaan. Dankzij de hulp van de rechtbank is het akkoordtraject geslaagd, en niet dankzij de wet.

JR: We hebben alle drie, ondanks dezelfde wetgeving, blijkbaar heel verschillende trajecten doorlopen. Hoe een WHOA-traject loopt is echt afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De wet biedt naar mijn mening voldoende ruimte om tot een akkoord te komen, maar het traject is (te) duur en te lang. Hoe hou je een verlieslatende onderneming al die tijd aan de praat? Als het dan allemaal niet lukt, vraag ik me af wat de rol van de herstructureringsdeskundige in dat geval is. Hoe zit dat met verplichtingen die nog worden aangegaan? Daar zijn juridisch bevreesd voor.

WM: Ik zie dat toch anders. Die verantwoordelijkheid ligt uiteindelijk bij de bestuurder, en niet bij de herstructureringsdeskundige. Je hebt geen beschikking over het vermogen van de schuldenaar en dus kun je ook niet ingrijpen.

JR: Het gebeurt wel onder toezicht van de herstructureringsdeskundige. Ben je er dan om de schijn te wekken dat vorderingen worden betaald?

FN: De rechtbank heeft tegen mij gezegd dat ik moest zorgen dat het actief van de onderneming op peil zou blijven.

WM: Dat vind ik een rare boodschap. Hoe had je dat dan moeten doen? Je hebt daar niet de middelen voor. De bestuurder kan dan toch niet bij de herstructureringsdeskundige aankloppen bij wat je moet doen? Dat is niet de taak van de herstructureringsdeskundige. Je bent niet verantwoordelijk voor de gang van zaken binnen de onderneming.

FN: De afkoelingsperiode kan daarbij helpen. De bestuurder heeft echter zelf tijdens de afkoelingsperiode wel beheer en beschikking over zijn vermogen. Dat vermogen kan dus zo wegvloeien.^[10]___

JR: Je moet je wel houden aan een zorgvuldigheidsnorm.^[11]___ Zou je in dat kader dan bijvoorbeeld van tevoren moeten aangeven dat jouw aanwezigheid als herstructureringsdeskundige geen invloed heeft op de mogelijkheid het wel of niet betalen van de vorderingen? Ik heb daarom ook gedacht over de situatie dat het akkoord geen kans van slagen zou hebben. Moet je dan de WHOA intrekken? Dat hangt natuurlijk van de casus af.

JR: Nee, je hebt inderdaad niets te zeggen over het vermogen van de schuldenaar. Je zit niet echt op de stoel van de bestuurder, maar als je gaat onderhandelen met investeerders dan lijkt het er wel op.

WM: Ik heb me daar geen moment zorgen over gemaakt. Je hebt namelijk niet de tools om op de stoel van de bestuurder te gaan zitten. Gedurende het traject kan ook duidelijk worden dat voortzetting van de onderneming niet de juiste route is. Dan kun je ook voor een liquidatieakkoord gaan. Tijdens de periode van going concern lijkt het mij niet de verantwoordelijkheid van de herstructureringsdeskundige om het actief van de schuldenaar op peil te houden.

FN: Eens, maar wat er met de onderneming gebeurt in die periode is wel van invloed op de slagingskans van het akkoord.

JR: Wat ik ook een lastige kwestie vind is per welke datum je schulden gaat saneren. Dit kan de datum van deponering van de startverklaring zijn, maar ook de datum waarop de herstructureringsdeskundige is aangesteld. Dit is bewust vrijgelaten zodat de herstructureringsdeskundige dit kan bepalen. Maar dit geeft wel veel onzekerheid.

JR: Als je als curator belt naar een leverancier, dan gaat de leverancier ervan uit dat hij betaald wordt en niet dat zijn vordering in het faillissement valt. In het kader van een WHOA is dit toch ook zo?

WM: Nee, want een akkoord wordt in principe alleen gehomologeerd indien de schuldeisers met een akkoord beter af zijn dan zij bij de vereffening in faillissement zouden zijn. ^[12]___

FN: Ja, maar handelscrediteuren bellen mij op in de hoedanigheid van herstructureringsdeskundige.

WM: In principe hoef je daar geen antwoord op te geven. Dat is de taak van de bestuurder.

FN: Dat klopt. Maar dan stopt de leverancier met leveren dan heeft het traject geen kans van slagen meer.

WM: Dan kun je er wel voor kiezen om de handelscrediteuren buiten het akkoord te houden.

JR: Bij kleinere ondernemingen kan dit niet altijd. Vaak zijn er bij kleinere ondernemingen ook veel kleine handelscrediteuren. Die moet je dan wel in het akkoord betrekken.

JR: Maar wat doe je bijvoorbeeld als je als herstructureringsdeskundige constateert dat de bestuurder allerlei nieuwe verplichtingen aangaat en de schuldenlast alleen maar toeneemt? Wanneer moet je dan ingrijpen?

WM: Je kunt niet ingrijpen. Als je uiteindelijk van mening bent dat het akkoord geen kans van slagen heeft, moet je de opdracht teruggeven.

FN: Maar wat als je ervoor kan zorgen dat de bestuurder niet al die verplichtingen aangaat. Als je er als herstructureringsdeskundige meer bovenop zit, heeft het akkoord misschien wel kans van slagen.

JR: Dat is nog niet uitgekristalliseerd. Wanneer of waar moet je als herstructureringsdeskundige dan een grens trekken?

WM: Volgens mij heb je alleen de optie om de opdracht terug te geven als je ziet dat er geen slagingskans is.

JR: Ik ben benieuwd hoe dit zich in de praktijk zal ontwikkelen. Je kunt er namelijk op wachten dat er een keer een schuldenaar gaat zijn die zal zeggen dat de herstructureringsdeskundige hem beter had moeten voorlichten en waarschuwen.

WM: Alleen als je doorgaat wanneer je eigenlijk moet weten dat het niets gaat worden, kan er denk ik twijfel zijn over of je het als herstructureringsdeskundige goed hebt gedaan. Wanneer je nog steeds in gesprek bent met investeerders en aan het onderhandelen bent, moet je gewoon doorgaan.

[1] Deelnemende herstructureringsdeskundigen aan het gesprek waren F. Nowee (werkzaam bij Van Benthem & Keulen Advocaten en Notariaat), J.J. Reiziger (werkzaam bij TRIP Advocaten Notarissen) en W. Meijer (onafhankelijk mediator, coach, OK-bestuurder en herstructureringsdeskundige).

[2] Ook die rondetafelgesprekken worden binnenkort op www.hero.nl gepubliceerd.

[3] Op grond van artikel 378 Fw kan om een aspectenonderzoek worden gevraagd. De rechter doet dan uitspraak over bepaalde aspecten die van belang zijn voor de totstandkoming van het akkoord.

[4] Artikel 383 lid 9 Fw.

[5] Artikel 376 Fw.

[6] Artikel 376 lid 2 jo. lid 5 Fw.

[7] Op grond van artikel 42a Fw, dat met de WHOA is ingevoerd, kunnen bepaalde transacties 'paulianaproof' gemaakt worden door vooraf goedkeuring aan de rechtbank te vragen. Transacties die verricht zijn met goedkeuren van de rechtbank, kunnen later niet met een beroep op artikel 42 Fw worden vernietigd.

[8] Artikel 371 lid 11 Fw: de herstructureringsdeskundige is niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van de poging om een akkoord tot stand te brengen, tenzij hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Deze aansprakelijkheidsnorm is gebaseerd op de welbekende Maclou-norm voor curatoren (HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047).

[9] Om te zorgen dat gespecialiseerde rechters homologatieverzoeken in behandeling nemen, is er een pool met elf rechters en juridische ondersteuners die deel uitmaken van deze specialistische pool (*Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 20 (MvT)*).

[10] Artikel 377 Fw bepaalt dat indien de schuldenaar voor de afkondiging van de afkoelingsperiode de bevoegdheid had tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen, dan wel inning van vorderingen, blijft deze bevoegdheid tijdens de afkoelingsperiode toekomen, voor zover dit past binnen de normale voortzetting van de onderneming die hij drijft.

[11] Artikel 371 lid 6 Fw bepaalt dat de herstructureringsdeskundige zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uitvoert.

[12] Artikel 384 lid 3 Fw bepaalt dat de rechter de homologatie afwijst op verzoek van één of meer tegenstemmende schuldeisers, indien summierlijk blijkt dat zij op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.

Keywords

Buitengerechtigd schuldakkoord
Herstructureringsdeskundige
Insoventierecht
Ronde tafelgesprek
WHOA

Auteur(s)

Sjoerd Warringa

is Advocaat en Partner bij [Ten Holter Noordam Advocaten](#)

[LinkedIn](#)

Joost Volkers

[Advocaat bij Van Doorne](#)

[LinkedIn](#)

m.m.v. Anne Verboom

is PhD-candidate aan de [Universiteit Leiden](#)

[LinkedIn](#)