

De (beoogd) curator als herstructureringsdeskundige bij de WHOA

De WHOA gaat het mogelijk maken om als noodlijdende, maar levensvatbare, onderneming aan schuldeisers en aandeelhouders een onderhands akkoord aan te bieden die de schulden van de onderneming herstructureert. De homologatie van het akkoord door de rechtbank heeft tot gevolg dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd, kunnen op deze wijze toch aan het akkoord worden gebonden, mits aan alle wettelijke voorwaarden is voldaan. Een van de partijen die mogelijk bij het WHOA-traject kan worden betrokken, is de herstructureringsdeskundige. Tot op heden is echter nog geen duidelijkheid over de vraag wie de rol van de herstructureringsdeskundige moet gaan vervullen. In deze opinie ga ik betogen waarom de advocaat-curator de meest geschikte kandidaat is voor de vervulling van de rol als herstructureringsdeskundige.

1. De taak van de herstructureringsdeskundige

Iedere schuldeiser, aandeelhouder en schuldenaar van een onderneming kan, in het kader van een WHOA-traject, bij de bevoegde rechtbank een verzoek indienen tot het aanstellen van een herstructureringsdeskundige. Ook de ondernemingsraad of personeelsvereniging heeft deze bevoegdheid.¹ Vanaf het moment dat de herstructureringsdeskundige is aangesteld, mag er door de schuldenaar geen akkoord meer worden aangeboden. Dit is nu de taak van de herstructureringsdeskundige.²

De schuldenaar heeft hierbij echter wel de verplichting om, op aanvraag en uit eigen beweging, de herstructureringsdeskundige van alle relevante informatie te voorzien voor het sluiten van een akkoord.³ Daarnaast dient hij in verscheidene gevallen toestemming te geven aan de herstructureringsdeskundige voor het aanbieden van een akkoord en het indienen van een homologatieverzoek.⁴

Op basis van het voorgaande kan mijns inziens worden geconcludeerd dat een herstructureringsdeskundige het WHOA-traject (in beginsel)⁵ oppakt en afmaakt, zodra hij wordt aangewezen. In de navolgende paragraaf wordt ingegaan op de vraag wat het voorgaande tot gevolge heeft voor de vaardigheden die een herstructureringsdeskundige dient te bezitten.

¹ Art. 371 lid 1 Fw.

² Art. 371 lid 1 Fw.

³ Art. 371 lid 8 Fw.

⁴ Dit is het geval indien de schuldeisers, aandeelhouders of de ondernemingsraad/personeelsvereniging hebben verzocht om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige en de betreffende schuldenaar is te beschouwen als een MKB-onderneming. Er is sprake van een MKB-onderneming indien *“de schuldenaar of, als de schuldenaar een rechtspersoon is, de groep, bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waartoe de schuldenaar behoort, een onderneming drijft waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet in het voorgaande boekjaar € 50 miljoen of het balanstotaal aan het eind van het voorgaande boekjaar € 43 miljoen niet overschreed.”* (art. 381 lid 2 Fw en 383 lid 2 Fw).

⁵ Indien het akkoord door de rechtbank wordt geaccepteerd, eindigt de aanwijzing van de deskundige van rechtswege. De rechtbank kan echter bepalen dat de aanwijzing nog enige tijd doorloopt. Gedurende het WHOA-traject kan de rechtbank te allen tijde de deskundige ontslaan en vervangen. Dit kan op verzoek van de schuldeisers, de deskundige zelf of door de rechtbank zelf. De deskundige dient wel eerst te zijn gehoord alvorens een beslissing wordt genomen. De deskundige dient verplicht zijn ontslag bij de rechtbank te verzoeken indien voor hem duidelijk is dat het niet mogelijk is om een akkoord tot stand te brengen.

2. De vaardigheden van een herstructureringsdeskundige

Om te bepalen welke vaardigheden een herstructureringsdeskundige dient te bezitten om een WHOA-traject op te pakken en af te maken, is het mijns inziens allereerst van belang om een onderscheid te maken tussen twee verschillende soorten herstructureringsdeskundigen:

1. Een herstructureringsdeskundige die zelfstandig het WHOA-traject kan uitvoeren;
2. Een herstructureringsdeskundige die in staat is om het WHOA-traject te begeleiden.

Deze twee soorten herstructureringsdeskundige lijken vrijwel hetzelfde, maar het maakt een wezenlijk verschil voor het antwoord op de vraag wie de herstructureringsdeskundige is of moet zijn.

2.1 Een uitvoerende herstructureringsdeskundige

Een herstructureringsdeskundige die het WHOA-traject gaat uitvoeren, dient allereerst juridische kennis te bezitten. De WHOA is immers een wettelijke regeling. Het huidige wetsvoorstel vereist daarnaast dat het akkoord een rangregeling bevat.⁶ Daarnaast kan men gedurende een WHOA-traject verschillende verzoekschriften indienen bij de rechtbank om verschillende voorzieningen te vragen (bijv. een afkoelingsperiode).⁷

Een uitvoerende herstructureringsdeskundige dient echter niet alleen juridisch onderlegd te zijn, maar ook economisch. Het huidige wetsvoorstel vereist namelijk dat deze herstructureringsdeskundige de reorganisatiewaarde en de liquidatiewaarde/going concern waarde van het bedrijf kan bepalen. Hij dient daarnaast te kunnen onderbouwen hoe hij tot de betreffende waardes is gekomen. Ook de aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming(en) dient deze herstructureringsdeskundige te kunnen ontdekken en beschrijven in het akkoord.⁸

Als laatst is het van belang dat deze herstructureringsdeskundige in staat te is om een herstructureringsplan op te stellen en daarnaast te onderbouwen waarom dit plan de financiële problemen op gaat lossen. Tevens dient deze herstructureringsdeskundige te kunnen onderhandelen en communiceren met de crediteuren. Zij moeten immers instemmen met het akkoord. Het is ook van belang om het gehele proces in goede banen te kunnen leiden.⁹

Kortom, voor de uitvoering van het WHOA-traject moet deze herstructureringsdeskundige een expert zijn op juridisch vlak, economisch/waarderingsvlak en op het gebied van turnaroundmanagement.

2.2 Een begeleidende herstructureringsdeskundige

Een herstructureringsdeskundige die het WHOA-traject begeleidt kan mijns inziens parallel worden getrokken met de functie van de curator. Indien zich er een faillissement voordoet, wordt een curator immers ingeschakeld om het faillissement af te wikkelen. Hiervoor dient hij de financiële positie van het bedrijf te bepalen en op basis daarvan een rangregeling te maken. Vervolgens dient hij te beoordelen op welke wijze de faillissementsboedel gevuld kan worden, zodat de crediteuren zo veel mogelijk kunnen worden voldaan. De verkoop of doorstart van een bedrijf ligt hierbij in de rede. Een curator gaat echter niet zelf de waarde van het bedrijf bepalen. Dit is immers niet zijn expertisegebied. Daarom schakelt een curator een taxateur in om de liquidatiewaarde te bepalen en waar nodig een waarderingsdeskundige voor de going concern-waarde.

⁶ Art. 378 lid 1 sub b Fw jo. 374 Fw.

⁷ Art. 3d, 369, 371 Fw (Herstructureringsdeskundige); (afkoelingsperiode: Art. 376 jo. 377 jo. 373 lid 4 Fw) (machtiging voor financiering: 42A jo. 54 Fw) (verzoek tot uitspraak rechter over geschillen: 378 jo. 371 lid 2, 7 en 8 en 14, 147 Fw) (treffen voorziening: 379, 380 en 371 Fw) 372 lid 3 Fw.

⁸ Art. 375 Fw.

⁹ Art. 375 Fw.

Een curator bezit derhalve de juridische kennis over het faillissementstraject en is daarmee de leider van het traject, maar gaat voor bepaalde specifieke kennis c.q. deskundigheid naar een andere expert. Met andere woorden: “De curator bezit de kennis over het grote geheel en is voor het overige de verbindende schakel.”

Dit kan een herstructureringsdeskundige bij het WHOA-traject ook doen. Het WHOA-traject lijkt immers zeer erg op de afwikkeling van het faillissement, doordat ook hier een rangregeling en waardering is vereist.

3. Welke soort herstructureringsdeskundige is gewenst

Mijns inziens zal men in de regel opteren voor een herstructureringsdeskundige die een begeleidende rol inneemt. Er kan van een herstructureringsdeskundige immers niet worden verwacht dat hij het totaal pakket aan vaardigheden bezit die vereist zijn voor het uitvoeren van een WHOA-traject. Hoewel een schaaap met vijf poten gewenst is, zal een schaaap in de regel slechts over vier poten beschikken.

De herstructureringsdeskundige dient naar mijn mening dan ook de curator te zijn. Hij is immers expert op het gebied van insolventierecht, waardoor hij in staat is om de positie van crediteuren te bepalen en de wettelijke vereisten voor het akkoord in kaart te brengen. Daarnaast heeft een curator ervaring met crediteuren en het snel eigen maken van bedrijven. Hierdoor kan het grootste deel van het WHOA-traject op een adequate manier worden uitgevoerd en kan hij de economisch/waarderingsexpert of turnaroundmanager inschakelen wanneer dit is vereist. Ten slotte is de curator gedurende een faillissement eveneens bevoegd tot het sluiten van een soortgelijk dwangakkoord middels een vergelijkbare procedure.¹⁰

De begeleidende herstructureringsdeskundige dient zich echter niet op te stellen als een curator richting het managementteam en het bestuur. Het WHOA-traject is immers niet bedoeld ter afwikkeling, waarbij het management heeft te dulden op welke wijze dit gaat. Het WHOA-traject is naar mijn mening bedoeld om het management te helpen de financiële problemen op te lossen door middel van een WHOA-herstructurering, zodat zij weer verder kunnen met een gezond bedrijf. De herstructureringsdeskundige dient zich mijns inziens dan ook op dezelfde wijze op te stellen als de beoogd curator bij een pre-pack. De herstructureringsdeskundige en het managementteam werken samen naar een einddoel toe, maar de herstructureringsdeskundige is de procesbegeleider en het managementteam bestuurt samen met de bestuurder de onderneming.

Mijns inziens is het concluderend duidelijk wie de rol als herstructureringsdeskundige het beste op zich kan nemen, namelijk: de advocaat-curator in een vergelijkbare rol als “De (beoogd) curator”.

¹⁰ Titel 6 Fw.