

171. De betaalbaarheid van de WHOA voor de mkb-schuldenaar

MR. DRS. M.K. OOSTHOEK & MR. DR. H.J. DE KLOE

De WHOA is niet alleen bedoeld voor grote ondernemingen, maar ook voor het MKB. Om de WHOA bruikbaar te laten zijn voor het MKB, is het belangrijk dat de kosten beheersbaar zijn. In dit artikel worden de kosten van de WHOA voor het MKB onderzocht. Het artikel bevat, naast een bespreking van relevante literatuur en jurisprudentie, de weergave van een casestudy en verdiepende interviews die zijn gehouden met advocaten die MKB-ondernemers hebben bijgestaan bij de aanbidding van een akkoord.

1. Inleiding

De wetgever heeft geprobeerd met de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) een ‘effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die niet alleen bruikbaar is voor grote bedrijven, maar ook voor het midden- en kleinbedrijf’.¹ Belangrijk voor de bruikbaarheid van de WHOA voor het midden- en kleinbedrijf (mkb) is dat de kosten beheersbaar zijn. In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Datacentrum (WODC) is de WHOA geëvalueerd. In dit kader is een enquête uitgezet onder mensen die in de praktijk werken met de WHOA. Hieruit blijkt dat van de 49 respondenten die te maken hebben gehad met een WHOA-traject bij een mkb-ondernemer 71% het eens (of helemaal eens) is met de stelling dat de kosten van de WHOA een traject in de praktijk niet haalbaar maken voor het mkb.² De conclusie van de onderzoekers is dan ook dat de WHOA mede daardoor minder geschikt is voor het mkb.³

In dit artikel onderzoeken wij de kosten van de WHOA voor het mkb. Daartoe bespreken wij vier casus, waarbij de relevante omstandigheden van deze akkoordaanbiedingen en de (uitgesplitste) kosten worden toegelicht. Daarnaast is een verdiepend gesprek gevoerd – op basis van een vooraf opgestelde vragenlijst – met zeven advocaten die betrokken zijn geweest bij de aanbidding van een WHOA-akkoord voor mkb-ondernemers, waaronder de besproken casus. De gebruikte onderzoeksmethoden geven inzicht in de kosten van een aantal WHOA-trajecten van mkb-ondernemers en laten zien waar betrokken advoca-

ten tegenaan liepen. De onderzoeksmethoden kennen ook beperkingen: het onderzoek biedt anekdotisch inzicht in de kosten van de WHOA voor het mkb, maar is niet representatief. Daarnaast is het onderzoek grotendeels gebaseerd op rapportage van de advocaten en niet op eigen inzage in het dossier. Dit onderzoek biedt dus een eerste aanzet: nader onderzoek is wenselijk om, ook ten aanzien van grotere schuldenaren, de kosten van het WHOA-traject in kaart te brengen. Genoemde bedragen zijn, tenzij anders aangegeven, exclusief btw.

In dit onderzoek ligt de focus op kleinere bedrijven waarbij het kostenaspect een drempel kan vormen voor de start van het traject. Daarom wordt aangesloten bij de mkb-definitie uit art. 374 lid 2 Fw. Het gaat dan om ondernemingen met vijftig of minder werkzame personen en ondernemingen die voldoen aan ten minste twee van de drie volgende criteria: (i) een balanstotaal van maximaal € 6 miljoen, (ii) een omzet van maximaal € 12 miljoen en (iii) minder dan vijftig werknemers.⁴ De ondernemingen uit de casusstudie bewegen zich rond de definitie van microbedrijf van art. 2:395a BW, dus ondernemingen die voldoen aan ten minste twee van de drie volgende criteria: (i) een balanstotaal van maximaal € 350.000, (ii) een omzet van maximaal € 700.000 en (iii) minder dan tien werknemers.

Voordat in paragraaf 3 wordt ingegaan op de casus en verdiepende gesprekken, volgt in paragraaf 2 een overzicht van de onderdelen van de WHOA die kosten met zich

1 *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 4.

2 F.M.J. Verstijlen e.a., *Evaluatie Wet homologatie onderhands akkoord*, Den Haag: WODC 2023, p. 90.

3 F.M.J. Verstijlen e.a., *Evaluatie Wet homologatie onderhands akkoord*, Den Haag: WODC 2023, p. 120.

4 Art. 2:396 lid 1 BW. Het overgrote deel van de ondernemingen valt hieronder. In het eerste kwartaal van 2024 had 99,3% van de ondernemingen minder dan vijftig werkzame personen. Overigens gaat het in meer dan 80% van de gevallen om ondernemingen met één werkzame persoon. Zie ook A. Karapetian, M.L. Lennarts & F.M.J. Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement. Een verkennend onderzoek naar de positie van concurrente (mkb-)schuldeisers in faillissement en de mogelijkheden deze te verbeteren*, Den Haag: WODC 2021, p. 8.

brengen. In deze paragraaf besteden wij ook aandacht aan de wijze waarop de rechter invloed heeft op deze kosten. Paragraaf 4 bevat enkele aanbevelingen voor een (meer) betaalbaar WHOA-traject.

2. Onderdelen WHOA-procedure en kosten

2.1. Inleiding

In deze paragraaf wordt beschreven welke kosten de verschillende onderdelen van de WHOA-procedure met zich brengen. Kosten voor de oriëntatiefase, het opstellen en het aanbieden van het akkoord (paragraaf 2.2) moeten door iedere schuldenaar worden gemaakt. De overige kosten, die voor (ondersteunende) voorzieningen (paragraaf 2.3), de aanstelling van een observator (paragraaf 2.4), aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (paragraaf 2.5) en het homologatieverzoek (paragraaf 2.6), worden alleen gemaakt indien dat nodig is.

2.2. Oriëntatiefase, opstellen en aanbieden akkoord

Voordat een akkoord wordt aangeboden, moet de haalbaarheid van het akkoord worden ingeschat. Bij een liquidatieakkoord moet worden beoordeeld of met het akkoord een beter resultaat wordt behaald dan bij afwikkeling in faillissement, waarvoor de liquidatiewaarde moet worden berekend.⁵ Bij de aanbieding van een reorganisatieakkoord moet tevens de reorganisatiewaarde worden berekend⁶ en moet inzichtelijk worden gemaakt dat de lopende verplichtingen voldaan kunnen worden, bijvoorbeeld aan de hand van een liquiditeitsprognose.⁷ De wet stelt niet als eis dat de financiële stukken zijn opgesteld door een (onafhankelijk) deskundige. In de regel is dit wel aan te bevelen omdat de rechtbank de liquiditeitsprognose nadrukkelijk toetst,⁸ voor waarderingen specifieke kennis is vereist⁹ en omdat in de rechtspraak waarde wordt gehecht aan een waardering door een onafhankelijk deskundige.¹⁰

Omdat een homologatieverzoek moet worden ingediend door een advocaat (art. 383 lid 1 jo. 5 lid 1 Fw), ligt het voor

de hand dat de schuldenaar reeds bij de oriëntatiefase een advocaat inschakelt. Neemt de schuldenaar pas een advocaat in de arm op het moment dat een homologatieverzoek moet worden ingediend, dan leidt dat tot vertraging en is op voorhand onduidelijk of de advocaat die het homologatieverzoek moet indienen zich kan vinden in het aangeboden akkoord. Het akkoord kan worden aangeboden met behulp van een cloudapplicatie, zoals ICRA Systems (voorheen WHOA WorkFlow Systems).¹¹ Een dergelijke cloudapplicatie kan onder meer behulpzaam zijn bij de communicatie met stemgerechtigden en het in stemming brengen van het akkoord, maar brengt wel de nodige kosten met zich. De kosten van ICRA Systems zijn afhankelijk van de hoogte van de schuldenlast en bedroegen volgens opgave van de leverancier in april 2024 ongeveer € 2.500 tot € 7.500 bij een schuldenlast van € 1 tot € 5 miljoen.

2.3. (Ondersteunende) voorzieningen

Voor verzoeken om (ondersteunende) voorzieningen, zoals het verzoek om een afkoelingsperiode (art. 376 Fw) en verzoeken op grond van art. 378 en 379 Fw, bestaat verplichte procesvertegenwoordiging (art. 5 lid 1 Fw). Ook wordt griffierecht geheven, vanaf 1 januari 2024 een bedrag van € 688 voor niet-natuurlijke personen (art. 19a lid 1 Wgbz).¹² Voor elk verzoek wordt per entiteit apart griffierecht in rekening gebracht, ook als verschillende verzoeken zijn opgenomen in een enkel verzoekschrift.¹³ Welke kosten voor rechtsbijstand de (ondersteunende) voorzieningen met zich brengen, hangt af van de complexiteit van de voorgelegde kwestie. De kosten zullen ook afhangen van het aantal ingediende zienswijzen en de inhoud hiervan.¹⁴ Het ligt voor de hand dat de kosten oplopen als meerdere belanghebbenden in een zienswijze bezwaar uiten tegen een verzoek dat is ingediend.

2.4. Aanstelling observator

Een voorziening die de rechtbank kan treffen op grond van art. 379 Fw is de aanstelling van een observator (art. 380 Fw). Een observator houdt toezicht op de totstandkoming van het akkoord en waakt voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers¹⁵ en – indien aan de orde – specifiek

5 *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 2. Zie over deze voorwaarde in de rechtspraak o.a. Rb. Den Haag 25 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3956, r.o. 4.7 en 4.10 en Rb. Midden-Nederland 29 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3078, r.o. 3.8 en 3.13.

6 Art. 384 lid 3 Fw.

7 Dit is onderdeel van de WHOA-toestand zoals bedoeld in art. 370 lid 1 Fw. Zie o.a. Rb. Den Haag 7 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:11921. In Rb. Rotterdam 15 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:8769 werd het verzoek om afkondiging van een afkoelingsperiode afgewezen, mede omdat een liquiditeitsprognose ontbrak (r.o. 3.6).

8 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 17 april 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:5582, r.o. 4.8-4.10 en Rb. Noord-Nederland 13 maart 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:859, r.o. 4.6.

9 In Rb. Den Haag 3 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9782, was de reorganisatiewaarde berekend door de financieel directeur en accountant van de schuldenaar, maar wees de rechtbank het homologatieverzoek mede vanwege onduidelijkheden rondom de waardering af. Het feit dat een waarderingsdeskundige extra kosten met zich brengt, is geen excuus (r.o. 7.6).

10 Rb. Midden-Nederland 31 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1329, r.o. 4.9; Rb. Amsterdam 2 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6521, r.o. 10.4.

11 https://whoa.systems/nl_nl/ (laatst geraadpleegd 13 juni 2024).

Zie voor een voorbeeld Rb. Gelderland 4 december 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:7127, r.o. 3.6.

12 *Stcrt.* 2023, 35874.

13 Rb. Den Haag 3 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:14725, r.o. 4.6; Rb. Midden-Nederland 10 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2139.

14 Een grondslag voor het indienen van zienswijzen wordt bijvoorbeeld gegeven in art. 376 lid 12 en art. 378 lid 8 Fw, maar ook zonder grondslag komt het voor dat belanghebbenden in de gelegenheid worden gesteld een zienswijze in te dienen. Zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West-Brabant 12 juli 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:6532, r.o. 3.3 en onder 4.3 van het dictum.

15 Waar de aandeelhouders onder begrepen worden. Vergelijk art. 376 lid 9 en art. 379 lid 1 Fw, waar het gaat over het treffen van voorzieningen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers of de aandeelhouders. Zie hierover B.J. Tideman, 'De rol van de observator in de WHOA: "horen, zien en spreken!",' *FIP* 2021/4. Zie echter de na afsluiting van dit artikel gepubliceerde uitspraak Rechtbank Zeeland-West-Brabant 12 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:8648.

door een afkoelingsperiode getroffen partijen.¹⁶ De observator rapporteert aan de rechtbank (art. 380 lid 1 en 2 Fw). De kosten van de observator worden in beginsel gedragen door de schuldenaar (art. 380 lid 2 jo. art. 371 lid 10 Fw).¹⁷ Deze kosten lopen sterk uiteen: uit gepubliceerde uitspraken blijkt dat deze kosten bij (mogelijke) mkb-ondernemingen € 5.000¹⁸ tot bijna € 38.000¹⁹ bedroegen. Breeman berekende dat de gemiddelde kosten, exclusief de kosten voor grote ondernemingen als Vroon,²⁰ Steinhoff²¹ en Diebold Nixdorf,²² tot 1 januari 2024 € 16.509 bedroegen, met een mediaan van € 12.788.²³

Het enkele feit dat een schuldenaar de kosten niet kan betalen, is geen reden om geen observator aan te stellen.²⁴ Wel kan de rechtbank bij de beslissing over het aanstellen van een observator de kosten en de draagkracht van de schuldenaar in de overweging betrekken. In de regel heeft de rechtbank namelijk de nodige vrijheid om al dan niet een observator aan te stellen. Dat is alleen anders als niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en op het moment van het homologatieverzoek nog geen herstructureringsdeskundige of observator is aangesteld (art. 383 lid 4 Fw). De verplichting om dan een observator aan te stellen, vloeit voort uit art. 5 lid 3 onder b Herstructureringsrichtlijn.²⁵ De rechtbank heeft – ook dan – de mogelijkheid om de observator een specifieke opdracht mee te geven.²⁶ Dat kan bijdragen aan het beheersbaar houden van de kosten.

2.5. Aanwijzing herstructureringsdeskundige

Op verzoek van de schuldenaar, een of meer schuldeisers of aandeelhouders, de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging kan de rechtbank een herstructurerings-

deskundige aanwijzen (art. 371 lid 1 Fw). De primaire taak van de herstructureringsdeskundige is het aanbieden van een homologeerbaar akkoord.²⁷ De kosten van de herstructureringsdeskundige worden in beginsel gedragen door de schuldenaar, tenzij het verzoek wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers.²⁸ Wordt het verzoek niet ingediend door de schuldenaar zelf of gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, dan wijst de rechtbank het verzoek af als summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet zijn gediend bij de aanwijzing (art. 371 lid 3 Fw). Uit de memorie van toelichting volgt expliciet dat in dat geval een afweging moet worden gemaakt tussen de kosten en mogelijke vertraging door de aanstelling van een herstructureringsdeskundige en de meerwaarde die een aanstelling oplevert voor de gezamenlijke schuldeisers.²⁹

Drijft de schuldenaar een mkb-onderneming, dan is voor het aanstellen van een herstructureringsdeskundige op verzoek van een ander dan de schuldenaar zelf in beginsel instemming nodig van de schuldenaar (art. 371 lid 15 Fw).³⁰ Is eenmaal een herstructureringsdeskundige aangewezen, dan heeft deze in beginsel instemming nodig van een mkb-schuldenaar voor het indienen van een homologatieverzoek als niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd (art. 383 lid 2 Fw).³¹ Een mkb-schuldenaar kan dus, mede in verband met de beschikbaarheid van financiële middelen, de kosten van een herstructureringsdeskundige voorkomen of beperken.

Het voordeel van een herstructureringsdeskundige is dat deze zelf een akkoord aanbiedt, wat de kosten van een eigen advocaat kan beperken

Verzoekt de schuldenaar zelf om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige, dan wordt voorkomen dat op grond van art. 383 lid 4 Fw een observator moet worden aangewezen. Het voordeel van een herstructureringsdeskundige is dat deze zelf een akkoord aanbiedt, wat de kosten van een eigen advocaat kan beperken.³²

Ook het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige moet worden ingediend door een advocaat (art.

16 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 29 december 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:7215, r.o. 6.13 en 6.20.

17 Zie – ook ruimer over de kosten van de observator en herstructureringsdeskundige – ook R. Cats, 'Bruggenbouwende oliemannetjes in de WHOA', *Tvl* 2022/8, par. 5.

18 Rb. Amsterdam 28 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3855. Overigens werd de schuldenaar in deze uitspraak niet-ontvankelijk verklaard in het homologatieverzoek en kwam geen akkoord tot stand.

19 Rb. Den Haag 8 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1060. Overigens blijkt uit de uitspraak niet of het hier gaat om een mkb-onderneming volgens onze definitie en valt dat te betwijfelen op basis van de informatie die wel is opgenomen in de uitspraak. Andere relatief hoge bedragen zijn € 28.549,02 (Rb. Midden-Nederland 24 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:6406; onduidelijk of het om een mkb-onderneming gaat) en € 19.603,15 (Rb. Rotterdam 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12159; hier gaat het om een mkb-onderneming).

20 Waar de kosten van de observator € 98.500 bedroegen (Rb. Rotterdam 31 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:5005).

21 Met kosten van de observator van € 515.000,33 inclusief 5% kantoorkosten (Rb. Zeeland-West-Brabant 27 juni 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:5418).

22 In dit traject bedroegen de kosten van de observator € 179.499,87 (Rb. Amsterdam 2 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6160).

23 LinkedIn-bericht Martijn Breeman, februari 2024.

24 Rb. Limburg 10 september 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8856, r.o. 2.4. Zie ook Rb. Den Haag 9 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:1486, waar een afkoelingsperiode werd ingetrokken omdat geen zekerheid was gesteld voor de kosten van de observator.

25 Richtlijn (EU) 2019/1023.

26 Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:2343, r.o. 2.15.

27 J.M.G.J. Boon, 'Actoren in de WHOA: herstructureren met de schuldenaar (debtor in possession), herstructureringsdeskundige en observator', in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers, *De WHOA van wet naar recht* (Recht en Praktijk nr. InsR18), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 5.4.1.

28 Art. 371 lid 10 Fw.

29 *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 41.

30 Dit moet in ieder geval voor het mkb in de wet zijn opgenomen op grond van art. 4 lid 8 Herstructureringsrichtlijn.

31 Hiertoe verplicht art. 11 lid 1 Herstructureringsrichtlijn, in ieder geval voor het mkb.

32 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 21 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2022:12205, waar de ambtshalve aangestelde observator op verzoek van de schuldenaar herstructureringsdeskundige wordt.

371 lid 1 jo. art. 5 lid 1 Fw). Het griffierecht bedraagt sinds 1 januari 2024 voor niet-natuurlijke personen € 688 (art. 19a lid 1 Wgbz).

2.6. Homologatie

Heeft ten minste één (indien aanwezig *in the money*) klasse ingestemd met het akkoord, dan kan door een advocaat (art. 5 lid 1 Fw) worden verzocht het akkoord te homologeren (art. 383 lid 1 Fw). Het hiervoor verschuldigde griffierecht is fors hoger dan dat voor andere WHOA-verzoeken en bedraagt sinds 1 januari 2024 voor niet-natuurlijke personen € 6.617 per entiteit.³³ Griffierecht dat is geheven in verband met andere WHOA-verzoeken, wordt vooralsnog niet in mindering gebracht op het griffierecht dat verschuldigd is voor het homologatieverzoek.³⁴ Uit de evaluatie van de WHOA³⁵ blijkt dat het griffierecht in de praktijk als te hoog voor het mkb wordt ervaren.³⁶

Het griffierecht voor niet-natuurlijke personen daalt daarmee met bijna 90%, van € 6.617 naar € 688 per entiteit

De minister is voornemens wijzigingen aan te brengen in de heffing van griffierecht in WHOA-zaken.³⁷ Op 13 mei 2024 is hiervoor het voorstel voor de Verzamelwet Justitie en Veiligheid 2024 ter advisering voorgelegd aan de Raad van State.³⁸ Een belangrijke voorgestelde wijziging is dat voor het griffierecht voor indiening van een homologatieverzoek wordt aangeknoopt bij andere zaken dan kantonzaken met betrekking tot een vordering of verzoek van onbepaalde waarde.³⁹ Het griffierecht voor niet-natuurlijke personen daalt daarmee met bijna 90%, van € 6.617 naar € 688 per entiteit.

De minister wenst dit bedrag te verlagen omdat het hoge griffierecht voor mkb-ondernemingen een belemmering kan zijn voor het indienen van een homologatieverzoek.⁴⁰ Een andere voorgestelde wijziging is dat in art. 19a lid 2 Wgbz wordt opgenomen dat art. 11 Wgbz van toepassing is op WHOA-zaken, zodat verrekening met eerder betaald griffierecht plaatsvindt.

33 Art. 19a lid 3 Wgbz. De bedragen zijn te vinden in de tabel die als bijlage hoort bij de wet (Stcrt. 2023, 35874).

34 Rb. Den Haag 3 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:14725. Anders: I.F.M. Lakwijk, 'Griffierechten voor WHOA-verzoeken (2)', *HERO* 2023/B-022.

35 F.M.J. Verstijlen e.a., *Evaluatie Wet homologatie onderhands akkoord*, Den Haag: WODC 2023.

36 Aldus 65% van de respondenten van de 'reguliere survey' (p. 90) en 66% van de rechters en griffiers/griffiemedewerkers die de enquête voor de WHOA-pool hebben ingevuld (p. 111).

37 Zie hierover ook F.M.J. Verstijlen e.a., *Evaluatie Wet homologatie onderhands akkoord*, Den Haag: WODC 2023, p. 121-122.

38 Zie voor het voorstel dat is voorgelegd aan de Raad van State wetgevingskalender.overheid.nl (laatst geraadpleegd: 10 juni 2024).

39 Door art. 2:19a Wgbz te wijzigen. Zie art. XXIII voorstel Verzamelwet Justitie en Veiligheid 2024.

40 Toelichting bij het aan de RvS voorgelegde voorstel Verzamelwet Justitie en Veiligheid 2024, p. 24.

3. Casus en verdiepende gesprekken

3.1. Inleiding

Om inzicht te krijgen in de kosten van de WHOA voor mkb-ondernemingen in de praktijk, zijn zeven advocaten geïnterviewd. Met een aantal van hen is een WHOA-traject doorgenomen dat zij als advocaat van de schuldenaar hebben begeleid. In deze paragraaf worden eerst de casus beschreven, waarbij met name wordt ingezoomd op de kosten. Daarna wordt een korte analyse gegeven op basis van de casus en verdiepende interviews. De beschreven casus zijn afgerond in 2021 of 2022. Zoals in de inleiding is toegelicht, bewegen de ondernemingen zich rond de definitie van microbedrijf van art. 2:395a BW. De kosten die in alle casus zijn gemaakt, zijn opgenomen in een tabel die onder aan deze paragraaf is opgenomen.

3.2. Casus

Casus 1

Investeers met converteerbare leningen verzochten om het faillissement van een start-up. De vennootschap had twee werknemers in dienst, een omzet die fluctueerde tussen € 400.000 en € 650.000 per jaar en een balanswaarde van ongeveer € 2 miljoen. De schuldenlast bedroeg op het moment van de faillissementsaanvraag € 1,2 miljoen. Omdat een faillissementsaanvraag was ingediend, is na een korte beoordeling een startverklaring gedeponeerd en verzocht om de afkondiging van een afkoelingsperiode. De bij dit verzoek gevoegde liquiditeitsprognose kon de bestuurder door zijn achtergrond in de accountancy zelf opstellen. Het beoordelen van de casus en het opstellen van het verzoek om een afkoelingsperiode kostte ongeveer € 6.000 voor juridisch advies. Het griffierecht bedroeg (destijds) € 667.

De rechtbank kondigde de afkoelingsperiode af en stelde ambtshalve een observator aan. Omdat een observator was aangesteld, namen veel schuldeisers contact op met de observator, wat de advocaat werk uit handen nam. De observator heeft naar de mening van de advocaat van de schuldenaar ook sterk bijgedragen aan het wegnemen van wantrouwen bij schuldeisers. De kosten van de observator bedroegen ongeveer € 22.000.

Voor het uitvoeren van de waarderingen is een deskundige ingeschakeld, die de liquidatiewaarde heeft bepaald aan de hand van een recent taxatierapport. De reorganisatiewaarde is aan de hand van de liquiditeitsprognose en op basis van de DCF-methode berekend.⁴¹ De kosten voor de waardering bedroegen € 4.750. De juridische kosten voor de inventarisatie, het opstellen van het stappenplan en de correspondentie met de observator bedroegen € 10.000.

Bij de onderhandelingen bleek dat een klasse niet wilde instemmen met het akkoord. Naar aanleiding van de bezwaren van deze schuldeisers is het akkoord aangepast. Omdat over een

41 Zie hierover S.W. van den Berg, W.G.M. Holterman & T. Haanappel, 'De reorganisatiewaarde onder de WHOA', *TvI* 2019/10.

aantal aspecten twijfel bestond, is een artikel 378-verzoek ingediend. Hiervoor moest € 667 griffierecht worden betaald. De juridische kosten voor het opstellen van het akkoord, het voeren van onderhandelingen, het artikel 378-verzoek en verzoeken tot verlenging van de afkoelingsperiode bedroegen ongeveer € 43.000. Voor het homologatieverzoek werd € 5.737 griffierecht in rekening gebracht. De kosten vanaf de stemming tot de implementatie van het akkoord bedroegen ongeveer € 16.000. Hoewel tegenstimmende schuldeisers hadden verzocht om afwijzing van het homologatieverzoek homologeerde de rechtbank het akkoord. De gerealiseerde waarde bedroeg ongeveer € 650.000.⁴²

Casus 2

Een onderneming die een horecabedrijf exploiteerde, kreeg mede door de coronacrisis liquiditeitsproblemen. De onderneming had twaalf werknemers in dienst, een netto-omzet van circa € 650.000 en een balanstotaal van € 425.000. De schuldenlast bedroeg ruim € 1,1 miljoen. De door de schuldenaar ingeschakelde advocaat concludeerde na analyse van herstructureringsopties dat een WHOA-akkoord het meest geschikt was. De advocaatkosten voor deze oriëntatiefase bedroegen € 3.250.

Een afkoelingsperiode is niet aangevraagd. Om te voorkomen dat het krediet bevroren zou worden, is de bank direct betrokken bij het traject. De advocaat gaf aan dat de communicatie met de bank soms lastig was en veel tijd in beslag nam, maar dat het is gelukt om zonder tussenkomst van de rechter goede afspraken te maken. Voor de financiering van het akkoord is een TOA-krediet aangetrokken. Omdat dit pas na homologatie van het akkoord beschikbaar kwam, is voor de tussentijd financiering verstrekt door een partij uit het netwerk van de ondernemer.

Het akkoord had veel draagvlak onder de schuldeisers, wat volgens de advocaat grotendeels te danken was aan de ondernemer. De advocaat stuurde de formele stukken, waarna de ondernemer bij schuldeisers langsging of hen belde om het verhaal verder uit te leggen. De waarderingen zijn opgesteld door een deskundige. Het bepalen van de liquidatiewaarde kostte € 2.500, het berekenen van de reorganisatiewaarde op basis van de DCF-methode € 7.500. Voor het homologatieverzoek moest € 4.200 aan griffierechten worden betaald. De kosten voor juridische bijstand bedroegen ongeveer € 37.000. Het heeft veel tijd gekost het akkoord zo begrijpelijk en uitgebreid mogelijk te maken, maar volgens de advocaat heeft dat bijgedragen aan het draagvlak onder schuldeisers en werd het akkoord zonder grote hobbels gehomologeerd. De gerealiseerde waarde bedroeg € 340.000.⁴³

42 Dit is de reorganisatiewaarde, vermeerderd met de opbrengst van de verkoop van een deel van de onderneming.

43 De reorganisatiewaarde van € 240.000 en verplichtingen ter hoogte van ongeveer € 100.000 die zijn overgenomen door een derde. Deze derde heeft ook lopende verplichtingen uit bijvoorbeeld duurovereenkomsten overgenomen. Omdat deze verplichtingen niet zijn gewaardeerd, gaan wij uit van een gerealiseerde waarde van € 340.000.

Casus 3

Door het wegvallen van de dga komt een onderneming in de IT-sector in de problemen. De schuldenaar heeft vijf werknemers in dienst, een omzet tussen de € 2 en € 3 miljoen en een balanstotaal van ongeveer € 500.000. De schuldenlast bedroeg ongeveer € 800.000. Geconcludeerd werd dat het bedrijf in de kern levensvatbaar was, maar niet zonder herstructureringsmaatregelen. Met de verhuurder werd afgesproken de huurovereenkomst te beëindigen. Het was niet nodig een afkoelingsperiode af te laten kondigen of voorzieningen te treffen.

De bank had zekerheidsrechten op de immateriële activa. Om te bepalen wat moest worden aangeboden aan de bank zijn deze activa getaxeerd. De kosten hiervan bedroegen ongeveer € 5.000. Ook van de inventaris is de liquidatiewaarde bepaald. De kosten hiervoor waren ongeveer € 1.000. De accountant van de schuldenaar heeft de reorganisatiewaarde berekend voor ongeveer € 7.500. Omdat de WHOA op het moment van deze casus nog maar kort daarvoor in werking was getreden, was dit voor de accountant onbekend terrein. Dit leidde tot veel communicatie tussen de advocaat en de accountant en daarmee tot extra kosten.

Voor de communicatie met schuldeisers is gebruikgemaakt van een softwaresysteem. De kosten hiervoor bedroegen – omdat het om een pilot ging – € 2.000. Aan de wijze van communiceren is veel aandacht besteed en schuldeisers zijn door de ondernemer persoonlijk en actief benaderd om het traject en het akkoord uit te leggen. Naar de mening van de advocaat was daarom veel steun voor het akkoord. Een beperkt percentage van de schuldeisers stemde niet in met het akkoord. Een homologatieverzoek, dat door de rechtbank is toegewezen, was daarom nodig. Het griffierecht bedroeg € 4.200. Omdat de schuldenaar een bekende was van het advocatenkantoor en de WHOA voor de advocaat vrij nieuw was, is met de advocaat voor het gehele traject een *fixed fee* van € 25.000 afgesproken. De voor schuldeisers gerealiseerde waarde bedroeg ongeveer € 280.000.⁴⁴

Casus 4

Een horecaonderneming met een netto-omzet van ongeveer € 1 miljoen, een balanstotaal van ongeveer € 400.000, een schuldenlast van ongeveer dezelfde hoogte en twaalf (voormalig) werknemers, wilde een liquidatieakkoord aanbieden. Omdat een aantal financiers dreigden met faillissementsaanvragen is verzocht om een afkoelingsperiode. Voor dit verzoek, dat is toegewezen, was € 309 griffierecht in rekening gebracht.⁴⁵

Omdat een liquidatieakkoord werd aangeboden, is de reorganisatiewaarde niet berekend. Het akkoord werd

44 De reorganisatiewaarde was hoger, maar het was niet mogelijk de volledige reorganisatiewaarde te financieren.

45 De griffie heeft kennelijk per abuis het bedrag voor natuurlijke personen in rekening gebracht. Het bedrag dat in rekening gebracht had moeten worden was € 667.

gefinancierd met de overwaarde van een woning en de inventaris van de onderneming. Om de woning te taxeren en een tweede financiering voor de woning te krijgen, zijn kosten van ongeveer € 2.500 gemaakt. De inventaris is niet getaxeerd, maar geveild. De veilingkosten bedroegen ongeveer € 1.000. Er zijn ook kosten van ongeveer € 1.000 gemaakt voor een rapportage door de boekhouder. De met het akkoord gerealiseerde waarde bedroeg ongeveer € 170.000.

Voordat het akkoord werd aangeboden, heeft overleg plaatsgevonden met de Belastingdienst en een zekerhedenagent die opkwam voor de belangen van de financiers. Het akkoord was geïnitieerd door de franchisegever van de onderneming. De franchisegever was de grootste schuldeiser, maar was bereid zijn vordering achter te stellen ten opzichte van andere crediteuren. Hierdoor kon de uitkomst van de stemming in redelijke mate worden voorspeld. Alle klassen stemden in met het akkoord. Omdat een aantal concurrente schuldeisers niet had gestemd, moest een homologatieverzoek worden ingediend. De hiervoor in rekening gebrachte griffierechten bedroegen € 4.200. De juridische kosten bedroegen € 18.000.

	Casus 1	Casus 2	Casus 3	Casus 4
Financiële rapportage	€ 4.750 (4,4%)	€ 2.500, € 7.500 (19,5%)	€ 5.000, € 1.000, € 7.500 (30,2%)	€ 1.000, € 2.500 (15,6%)
Veilingkosten	-	-	-	€ 1.000 (4,4%)
Observator	€ 22.000 (20,2%)	-	-	-
Griffierechten	€ 667, € 667, € 5.737 (6,5%)	€ 4.200 (8,2%)	€ 4.200 (4,5%)	€ 309, € 4.200 (20%)
Juridische ondersteuning	€ 75.000 (68,9%)	€ 37.000 (72,3%)	€ 25.000 (55,9%)	€ 13.491 (60%)
Software	-	-	€ 2.000 (4,5%)	-
Totaal	€ 108.821	€ 51.200	€ 44.700	€ 22.500
Percentage ten opzichte van gerealiseerde waarde	16,7%	15,1%	16%	13,2%

Tabel met overzicht kosten. Tussen haakjes staan de kosten als percentage van de totale kosten.

3.3. Analyse casus en verdiepende gesprekken

In deze paragraaf worden de kosten van de WHOA voor het mkb geanalyseerd op basis van de hiervoor beschreven casus en de verdiepende gesprekken die zijn gevoerd met zeven advocaten. Eerst worden de totale kosten geana-

lyseerd, daarna wordt nader ingegaan op de kosten voor financiële en juridische bijstand, griffierecht, (ondersteunende) voorzieningen en de cloudapplicatie. De analyse is uitsluitend gebaseerd op de vier onderzochte casus en gesprekken met zeven advocaten. Hieraan kunnen dus geen vergaande algemene conclusies worden verbonden. Daarvoor is nader onderzoek nodig.

De kosten van de vier onderzochte casus zijn, gemeten naar gerealiseerde opbrengsten, dus iets lager dan de kosten van de afwikkeling van een faillissement als rekening wordt gehouden met de omvang van de onderneming

Totale kosten

De kosten van het WHOA-traject bedragen 4,7 tot 9,1% van de schuldenlast, 5,4 tot 12% van het balanstotaal en 13,2 tot 16,7% van de gerealiseerde waarde. Omdat weinig onderzoek is gedaan naar de kosten van andere Nederlandse insolventieprocedures is het lastig deze kosten te vergelijken. In 2008 is empirisch onderzoek gedaan naar 139 faillissementen met een balanstotaal van € 427.000 tot € 3.512.000.⁴⁶ De gemiddelde kosten van de afwikkeling van deze faillissementen bedroegen 16% van de gerealiseerde opbrengsten.⁴⁷ Van belang is dat de kosten ten opzichte van de gerealiseerde opbrengst van de 25% ondernemingen met het laagste balanstotaal gemiddeld 4,4% hoger waren dan de kostenpercentage van de 25% ondernemingen met het hoogste balanstotaal.⁴⁸ Ook uit Amerikaans onderzoek naar de met de WHOA vergelijkbare Chapter 11-procedure volgt dat de relatieve kosten bij kleine ondernemingen hoger zijn dan bij grote ondernemingen.⁴⁹ De kosten van de vier onderzochte casus zijn, gemeten naar gerealiseerde opbrengsten, dus iets lager dan de kosten van de afwikkeling van een faillissement als rekening wordt gehouden met de omvang van de onderneming.

Financiële rapportage en informatieverplichting

De kosten voor financiële rapportages lopen sterk uiteen. In casus 1 waren deze kosten relatief laag, omdat de bestuurder zelf een liquiditeitsprognose kon opstellen op basis waarvan de reorganisatiewaarde is berekend. De waarde-

46 O. Couwenberg & A. De Jong, 'Costs and recovery rates in the Dutch liquidation-based bankruptcy system', *Eur J Law Econ* 2008, p. 117. Het balanstotaal ('asset size') is in het artikel weergegeven in gulden en door ons omgerekend (en afgerond) in euro's.

47 Couwenberg & De Jong 2008, p. 115.

48 Couwenberg & De Jong 2008, p. 117-118.

49 S.J. Lubben, *Measuring The Costs Of Chapter 11 Cases. Professional Fees in American Corporate Bankruptcy Cases* (diss. Groningen), Den Haag: Eleven International Publishing 2010, p. 40-42; L.M. LoPucki & J.W. Doherty, 'The Determinants of Professional Fees in Large Bankruptcy Reorganization Cases', *Journal of Empirical Legal Studies* 2004, afl. 1, p. 124-127.

ringskosten bij casus 4 waren in absolute zin laag (€ 3.500), omdat geen reorganisatiewaarde is gewaardeerd. Bij casus 2 en 3 moest de liquidatie- en reorganisatiewaarde worden opgesteld, wat leidde tot relatief hoge kosten. Bij de eerste drie casus bestond onduidelijkheid over de (hoeveelheid) informatie die bij het akkoord moest worden gevoegd. Voor de zekerheid is gekozen voor onafhankelijke rapportages en het verschaffen van relatief veel informatie.

Juridische bijstand

Bij alle vier de casus bestaat ruim de helft van de kosten uit kosten voor juridische bijstand. Door advocaten is veel tijd besteed aan onderhandelingen en correspondentie met schuldeisers en het opstellen en aanpassen van het conceptakkoord. Ook het uitleggen van het akkoord aan schuldeisers die niet (goed) bekend waren met de WHOA kostte veel tijd. Hierbij speelt mogelijk een rol dat de onderzochte trajecten relatief kort na de inwerkingtreding van de WHOA liepen. Naarmate de WHOA meer ingeburgerd raakt, zullen de kosten van het geven van uitleg aan schuldeisers naar verwachting lager zijn.

Naar de mening van de geïnterviewde advocaten kan de ondernemer een grote rol spelen bij het beperken van de kosten. De houding van de ondernemer en de 'gunfactor' kunnen bijdragen aan de acceptatie van het akkoord. Als de ondernemer een deel van de onderhandelingen en uitleg aan schuldeisers op zich kan nemen, dalen de juridische kosten. Het voortraject en de houding van de ondernemer lijken ook een rol te spelen bij de acceptatie van het akkoord door een professionele partij als een bank. In de verdiepende interviews werd daarover gezegd: 'Als het gevoel bij een bepaalde klant niet goed is of er is in het voortraject al heel veel gebeurd, dan bepaalt dat ook de houding van de bank. Je ziet bij de ene bank ook meer ervaring en kennis van de WHOA dan bij de andere bank.' De ervaringen met banken lopen uiteen. In een van de onderzochte casus stelde de advocaat dat de houding van de bank voor veel extra kosten heeft gezorgd: 'Ik denk dat als wij minder weerstand hadden gehad en de bank bijvoorbeeld eerder over de streep was getrokken, het traject makkelijk vijf maanden korter had kunnen duren. Op de totale juridische kosten zou dat zeker wel een derde hebben gescheeld.'

In de regel is de Belastingdienst een van de schuldeisers. Het beleid van de Belastingdienst wordt als duidelijk ervaren, maar het gemak van de onderhandelingen verschilt per geval: 'Het verschilt helaas heel erg wat voor persoon van de fiscus je als contact hebt. Van de zeven trajecten heb ik twee of drie medewerkers van de fiscus gehad die echt goed bekend waren met de WHOA. Helaas heb ik ook minder goede ervaringen.'

Advocaten vertelden verder dat zij veel tijd kwijt waren aan het verkrijgen van financiering voor het akkoord. Bij casus 1, 2 en 4 heeft dit geleid tot vertraging van het proces. Het TOA-krediet zou hiervoor een mogelijke oplossing moeten zijn, maar bleek alleen bij casus 2 geschikt. Ook in dat geval

bodde het TOA-krediet geen volledige oplossing, omdat het krediet pas na homologatie van het akkoord beschikbaar was. Voor de tussenliggende tijd moest een andere oplossing worden gezocht. Uit de verdiepende interviews bleek dat het als een probleem wordt ervaren dat het TOA-krediet niet is bedoeld om het akkoord zelf te financieren. Als dan in het kader van een TOA-krediet zekerheden zijn gevestigd, worden de onderhandelingen over de financiering van het akkoord zelf (nog) lastiger.

Griffierecht

Naarmate de totale kosten lager zijn, maakt het griffierecht een groter deel uit van de kosten. Bij casus 4 was het griffierecht 20% van de totale kosten. In het traject met de hoogste kosten, casus 1, was dit 6,5%. Wordt de Wgbz aangepast op basis van het conceptvoorstel Verzamelwet Justitie en Veiligheid 2024, dan zou het percentage van casus 4 (naar de bedragen van destijds) afnemen tot 3,6 van de totale kosten.

(Ondersteunende) voorzieningen, waaronder observator

Doorgaans gaan (ondersteunende) voorzieningen gepaard met (extra) kosten, wat ook wordt bevestigd in de casus. In casus 1 werd een observator aangesteld, wat een forse kostenpost met zich bracht. In deze casus lijkt het er wel op dat de relatief hoge kosten van het traject met name samenhangen met het wantrouwen dat er was onder schuldeisers. Of de afwezigheid van de observator tot lagere kosten zou hebben geleid is de vraag. De advocaat verklaarde hierover: 'We merkten dat de schuldeisers in plaats van naar ons naar de observator gingen met hun klachten. Dit haalde ons best wat werk uit handen. Hij heeft ons heel erg geholpen om wat wantrouwen weg te nemen. We hebben uiteindelijk heel veel aan de observator gehad, absoluut de kosten waard.'

Cloudapplicatie

In casus 3 is voor de communicatie gebruikgemaakt van een cloudapplicatie. Afhankelijk van de complexiteit van het akkoord en het aantal schuldeisers kan een dergelijk systeem behulpzaam zijn en de uitvoeringskosten verminderen. Dit blijkt ook uit de verdiepende interviews: 'De software kan heel erg helpen, zeker bij grotere akkoorden en als er veel (kleinere) handelscrediteuren betrokken zijn. De kosten zijn afhankelijk van de schuldenlast en daardoor wel behapbaar. Als je het vergelijkt met hoe veel het mij zou kosten om het anders te doen, zonder softwaresysteem, zou dat vele malen duurder zijn. Je giet nu alles in de software en krijgt het er met één knop uit. Dat is beter dan al die mailtjes en alles zelf in je dossier overzichtelijk houden. Als je boven de tien schuldeisers komt bevelen we het aan om daar mee te werken.'

3.4. Aanbevelingen

In deze paragraaf doen wij een aantal aanbevelingen om de kosten van het WHOA-traject meer betaalbaar te maken voor het mkb. De omvang van deze bijdrage laat het niet toe deze aanbevelingen tot in detail uit te werken. De aanbevelingen betreffen dus een eerste aanzet.

Het laten opstellen van financiële stukken brengt forse kosten met zich, mede omdat hiervoor in de regel specialisten worden ingeschakeld. Met name het laten berekenen van de reorganisatiewaarde is kostbaar. Deze kosten kunnen naar ons inzicht worden teruggebracht als in overleg met WHOA-rechters, waarderingsdeskundigen en advocaten die WHOA-trajecten begeleiden een methode met toelichting voor het berekenen van de reorganisatiewaarde wordt opgesteld. Als dat mogelijk is, zou de uitkomst hiervan gebruikt kunnen worden voor het ontwikkelen van een *tool* om de reorganisatiewaarde te berekenen. In het kader van de schuldsaneringsregeling zijn bijvoorbeeld door Bureau Wsnp van de Raad voor Rechtsbijstand een calculator en rapport beschikbaar gesteld voor het berekenen van het vrij te laten bedrag (vtlb).⁵⁰ Onderzocht kan worden of iets dergelijks ook mogelijk is voor het berekenen van de reorganisatiewaarde. Daarbij moet wel worden bedacht dat niet in elke situatie dezelfde methode kan worden gebruikt.

De website van de Kamer van Koophandel bevat veel toegankelijke informatie over de WHOA, maar deze informatie is met name gericht op het informeren van de schuldenaar

Het op toegankelijke wijze informeren van schuldeisers over het akkoord kost veel tijd. Naarmate de tijd vordert, raken schuldeisers bekender met de WHOA. Desondanks kan het zinvol zijn algemene informatie over de WHOA op toegankelijke wijze op een centrale plek beschikbaar te stellen. De website van de Kamer van Koophandel bevat veel toegankelijke informatie over de WHOA, maar deze informatie is met name gericht op het informeren van de schuldenaar.⁵¹

De website bevat bijvoorbeeld een pagina met ‘veelgestelde vragen’, waarvan drie van de zeventien vragen zien op

schuldeisers.⁵² Een van die drie vragen ziet specifiek op de rechten van werknemers. Het kan tijd en daarmee kosten van juridische bijstand schelen als in communicatie met schuldeisers verwezen kan worden naar een overzichtelijke pagina op de website van de KvK waar toegankelijke informatie voor schuldeisers is opgenomen.

Een aanbeveling voor rechters is om de kosten en draagkracht van de schuldenaar bij de aanstelling van een observator expliciet in overweging te nemen. De kosten kunnen beheersbaar blijven als de rechtbank een specifieke opdracht meegeeft aan de observator indien deze wordt aangesteld omdat niet alle klassen hebben ingestemd met het akkoord.

4. Conclusie

In deze bijdrage zijn, mede op basis van empirisch onderzoek, de kosten van een WHOA-traject voor het mkb onderzocht. De voorzichtige conclusie op basis van vier onderzochte trajecten is dat de kosten van de WHOA voor het mkb iets lager zijn dan de kosten van een faillissement. Er zijn verschillende mogelijkheden om kosten te verlagen en de WHOA op die manier toegankelijker te maken voor het mkb. Dit kan bijvoorbeeld door een methode te ontwikkelen op basis waarvan de reorganisatiewaarde kan worden berekend, toegankelijke informatie die is toegespitst op schuldeisers op te nemen op de website van de KvK en bij de aanstelling van een observator expliciet rekening te houden met het kostenaspect.

Dit artikel is afgesloten op 13 juni 2024.

Over de auteurs

Mr. drs. M.K. (Marinka) Oosthoek

Advocaat te Rotterdam bij Windt Le Grand Leeuwenburgh.

Mr. dr. H.J. (Erik) de Kloe

Universitair docent insolventierecht en ondernemingsrecht aan de Erasmus School of Law.

⁵⁰ <https://www.bureauwsnp.nl/@14957/vtlb-calculator-januari-2024/> (15 januari 2024).

⁵¹ Zie bijvoorbeeld <https://ondernemersplein.kvk.nl/voorkom-faillissement-met-de-whoa/> (laatst geraadpleegd: 13 juni 2024).

⁵² <https://www.kvk.nl/wetten-en-regels/veelgestelde-vragen-over-de-whoa/> (bijgewerkt: 7 juni 2024).