

Mediation in een WHOA-traject¹

Met de Wet Homologatieakkoord (**WHOA**) is een wettelijke basis voor een dwangakkoord buiten faillissement geïntroduceerd.² De WHOA is een pre-insolventieprocedure waarmee door middel van een dwangakkoord kan worden ingegrepen in de rechten van aandeelhouders en concurrente, preferente en gezeekerde schuldeisers. Het doel van de WHOA is om het reorganiserend vermogen van ondernemingen te versterken. Ondernemingen die dreigen insolvent te raken door een te grote schuldenlast, maar wel beschikken over bedrijfsactiviteiten die levensvatbaar zijn, krijgen met de WHOA de mogelijkheid om te reorganiseren en een faillissement af te wenden. Daarnaast kan de WHOA worden gebruikt om een onderneming buiten faillissement te liquideren door middel van een akkoord.

Uitgangspunt van de WHOA is dat de betrokkenheid van de rechter, tot het moment van homologatie, beperkt is. Deze beperkte betrokkenheid strookt met de wens van de wetgever om een snelle, efficiënte en flexibele procedure te introduceren. Dit is volgens de wetgever vooral van belang nu de regeling zal worden toegepast in de klemmende situatie van dreigende insolventie en het de bedoeling is om ondernemers in die situatie een instrument te bieden waarmee zij hun financiële problemen alsnog tijdig kunnen oplossen. Tegen deze achtergrond heeft de wetgever getracht een evenwicht te vinden tussen:

- Enerzijds het voorkomen van onnodige beroepen op de rechter door schuldeisers of aandeelhouders die niet willen meewerken aan een herstructurering en het proces proberen te blokkeren of te vertragen, en
- Anderzijds het bieden van de nodige rechterlijke waarborgen waar de regeling ingrijpende gevolgen mee kan brengen voor schuldeisers en aandeelhouders.

Beperkte betrokkenheid van de rechter heeft tot nadeel dat pas in een laat stadium van het WHOA traject een oordeel van de rechter kan worden verkregen over bijvoorbeeld de gehanteerde waardering, de klassenindeling of het al dan niet voldoen aan de homologatievereisten. Daarom biedt artikel 378 Fw de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, de mogelijkheid om geschillen die opkomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming over het akkoord, aan de rechter voor te leggen. Vanuit het oogpunt van *deal certainty* kan het immers wenselijk zijn dat zekerheid wordt verkregen over het al dan niet aanwezig zijn van een afwijzingsgrond. Artikel 378 Fw bevat een niet-limitatieve lijst van onderwerpen die voor een vroegtijdige beslissing aan de rechter kunnen worden voorgelegd:

- de inhoud van de informatie die in het akkoord is opgenomen, de gehanteerde waardes en uitgangspunten en aannames;
- de klassenindeling;
- de toelating tot de stemming van een schuldeiser of aandeelhouder;
- de procedure voor de stemming;
- de aanwezigheid van afwijzingsgronden voor homologatie;
- de vraag of de aandeelhouders het bestuur op onredelijke wijze belemmeren bij het verlenen van instemming aan het door de herstructureringsdeskundige in stemming brengen van het akkoord of de indiening van het homologatieverzoek.

Voor schuldeisers en aandeelhouders bestaat er onder de WHOA geen mogelijkheid om de rechter om een vroegtijdige beslissing te vragen. Reden daarvoor is dat de wetgever schuldeisers en aandeelhouders niet de mogelijkheid heeft willen geven om een kansrijk herstructureringstraject te frustreren of te vertragen om daarmee een beter onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren. Dit neemt niet weg dat een schuldeiser of aandeelhouder in een vroegtijdig stadium wel zijn bezwaren en/of mogelijke afwijzingsgronden kenbaar dient te maken bij de schuldenaar en/of herstructureringsdeskundige. Doet hij dat niet, dan kan hij bij de homologatie geen beroep meer doen op een afwijzingsgrond.

¹ Dit stuk is een bewerking van een gedeelte van de bijdrage die Esther Oppedijk van Veen samen met Michael Broeders en Peter Wolterman schreef voor de Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2019-2020.

² Zie voor een uitgebreide toelichting op de Wet Homologatie Onderhandsakkoord en de bedoeling van de wetgever daarmee TK 2018-2019, 35 249.

Het feit dat de wetgever de gang naar de rechter in het WHOA traject zoveel mogelijk heeft willen inperken, betekent niet dat er in de praktijk tijdens een WHOA traject geen discussies en geschillen zullen ontstaan met of tussen de verschillende stakeholders. Een WHOA traject zal bovendien vaak volgen op een periode waarin de stakeholders er op consensuele basis niet zijn uitkomen en zij stevige standpunten en posities hebben ingenomen. In de praktijk zullen dwarsliggende stakeholders dan ook uitwegen zoeken om alsnog het WHOA traject te frustreren. Wellicht dat zij buiten het WHOA traject om de rechter zullen aanzoeken (bijvoorbeeld door middel van een OK procedure) of anderszins onrust zullen veroorzaken als gevolg waarvan de onderhandelingen spaak lopen.

Aangezien de WHOA een economische benadering hanteert voor de weging van de belangen van de door het akkoord geraakte partijen zullen geschillen in het kader van de WHOA in de kern neerkomen op de vraag of een stakeholder een voldoende economisch belang heeft om niet of maar beperkt te worden geraakt door het akkoord. Ben je volledig *out of the money* dan doe je namelijk niet meer mee en ontvang je niets onder het akkoord. Dat maakt dat je als stakeholder belang hebt bij de timing van een akkoord, bij de waarderingen die gehanteerd worden en bij de wijze van verdeling.

Geschillen zouden bijvoorbeeld kunnen ontstaan als stakeholders graag zouden zien dat het bestuur van hun schuldenaar een WHOA traject start, maar het bestuur weigert dit. Of andersom, een stakeholder meent, in tegenstelling tot het bestuur, dat een WHOA niet nodig of zelfs schadelijk is, maar het bestuur doet het toch. Misschien dat deze stakeholder verwacht op een later tijdstip wel *in the money* te zullen zijn? Daarnaast is het goed denkbaar dat stakeholders de wijze waarop een WHOA traject door het bestuur of een herstructureringsdeskundige wordt vormgegeven (denk aan de klasse-indeling, de vaststelling van vorderingen waarvoor er gestemd mag worden, waarderingen, de verdeling onder het akkoord) vroegtijdig ter discussie willen stellen.

Aangezien deze stakeholders onder de WHOA niet vroegtijdig gehoor zullen vinden bij de rechter, zullen hun vaak terechte zorgen op een andere manier dienen te worden geadresseerd.

Primair zal het de taak van de aanbieder van het akkoord (de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige) zijn om stakeholders te managen en om draagvlak te creëren voor het te volgen proces en de inhoud van het akkoord. Hiervoor zal nodig zijn dat de aanbieder van het akkoord beschikt over een set aan onderhandelings- en mediationvaardigheden om tot een consensuele oplossing in het belang van alle stakeholders en het toekomstperspectief van de schuldenaar te komen. Het feit dat de wet de mogelijkheid biedt om dwarsliggende stakeholders met dwang te binden aan het akkoord vormt daarbij niet meer dan een stok achter de deur en is niet een doel op zich. Uiteindelijk is de route van dwang suboptimaal, draagt het niet bij aan een goede relatie voor de toekomst en kan het leiden tot een kostbaar en litigieus traject. Het kind wordt met het badwater weggegooid.

Aangezien de aanbieder van het akkoord zelf partij kan zijn bij een discussie, zal hij in die gevallen niet goed in staat zijn om als onafhankelijk derde te opereren. Dat geldt in sommige situaties ook voor de herstructureringsdeskundige. Hij zal immers in veel gevallen een bepalende rol hebben bij bijvoorbeeld de klasseindeling en de inhoud van het akkoord. In die gevallen ligt er een bemiddelende rol weggelegd voor een externe mediator. De mediator kan het proces begeleiden waarbij tussen de dwarsliggende stakeholder en de herstructureringsdeskundige overeenstemming wordt bereikt over de positie van de dwarsliggende stakeholder in het proces en het akkoord. Vaak zal informatie over en inspraak in het WHOA traject, erkenning van de belangen en de gevolgen van een akkoord voor een stakeholder en waardering voor diens rol, voldoende zijn om hem mee te krijgen in het voorgenomen WHOA traject en het akkoord. In andere gevallen zal aanpassing van het WHOA traject en de inhoud van het akkoord nodig zijn om recht te doen aan de gerechtvaardigde belangen van de stakeholder. In dat geval zullen ook andere stakeholders in hun belangen worden geraakt en moeten worden betrokken in de gesprekken. En tot slot kan de bemiddeling ertoe leiden dat partijen niet tot elkaar komen maar wellicht wel afspraken hebben kunnen maken over de wijze waarop zij zo efficiënt mogelijk gaan procederen. Timing is van belang bij de mediation. Interne discussies en discussies van algemene/fundamentele aard dienen in zo vroeg mogelijk stadium (in kleine kring) geadresseerd te worden voordat er naar buiten getreden wordt. Mediation leent zich daar goed voor vanwege

de onafhankelijkheid van de mediator en vanwege het vertrouwelijke karakter in vergelijking met een (openbare) rechtszaak. De mediator kan neutraal de belangen in kaart brengen. Voor de schuldenaar zal dat vaak reductie van de schuldenlast en continuïteit van de onderneming zijn. Voor de schuldeisers primair een zo hoog mogelijke betaling onder hun vordering conform rang, maar ook continuïteit in verband met toekomstige verdien capaciteit. De aandeelhouder zal vanuit zijn perspectief zoveel mogelijk zijn aandelenbelang in stand willen houden zodat hij zijn investering in de toekomst mogelijk kan terugverdienen. Maar onder de zeespiegel speelt veel meer, zoals bijvoorbeeld (i) het al dan niet accepteren van de inbreuk op het eigendomsrecht, (ii) de wens om tot een redelijke oplossing te komen, (iii) wantrouwen (onderling, in de cijfers en in het proces) en (iv) de angst buitengesloten en niet voldoende betrokken te worden. Die 'gevoelens' moeten ruimte krijgen. Anders blijft de miskende stakeholder aan de rem trekken en juridische argumenten zoeken om de zaak te blokkeren.

Aangezien het succes van een WHOA traject bestaat bij de gratie dat het snel, efficiënt en betaalbaar is, is het aan te raden om in het geval van discussies en geschillen met stakeholders niet te leunen op het uitgangspunt van de wet dat deze stakeholders hun stem niet in een vroegtijdig stadium kunnen laten horen bij de rechter. Het is efficiënter en creëert meer draagvlak als in een vroegtijdig stadium met dwarsliggende stakeholders wordt onderhandeld, indien nodig onder begeleiding van een externe mediator. Dat gaat sneller dan een route via de rechter, is kostenefficiënter, draagt bij aan de toekomstige relatie en geeft partijen controle over het proces en de uitkomst daarvan. Wij geven de rechters van de WHOA-pool dan ook in overweging om steeds aan partijen de mogelijkheid van mediation, als optie of als vereiste voor de verdere behandeling van een verzoek in het kader van de WHOA, mee te geven. Uiteindelijk is het doel van de WHOA immers om een faillissement af te wenden met een akkoord zodat alle stakeholders beter af zijn dan in een faillissement.