

Ondernemen in Bijzonder Beheer

Bert Winnemuller

Ondernemen is verantwoorde risico's nemen. Een economische crisis, tegenslagen en/of interne conflicten kunnen ertoe leiden dat het voortbestaan van een onderneming op het spel komt te staan. Wachten op betere tijden is dan geen optie. Onder tijdsdruk moeten keuzes worden gemaakt en beslissingen worden genomen in het belang van de continuïteit van de onderneming. Die hebben doorgaans een grote impact op de onderneming en haar stakeholders. Ondernemen in zwaar weer vergt extra aandacht en daadkracht. Er moet intensief op verschillende bordes worden geschaakt met diverse stakeholders. De stakeholders, waaronder de financierende bank, zullen hun positie opnieuw bepalen. Aan de zijde van de bank wordt het klantbeheer overgenomen door de afdeling bijzonder beheer en daarmee geïntensiveerd. Dat roept voor veel ondernemers een schrikbeeld op. In deze bijdrage wordt de werkwijze van de afdeling

bijzonder beheer van een bank beschreven. Hoe gaat een afdeling bijzonder beheer te werk? Wat betekent het als het klantbeheer wordt overgenomen door bijzonder beheer? Is het schrikbeeld over bijzonder beheer terecht? Hoe geeft bijzonder beheer invulling aan haar zorgplicht? Ten slotte wordt kort ingegaan op een aantal ontwikkelingen die van

Voor de afdeling Bijzonder Beheer worden door banken, lease- en factormaatschappijen ook andere benamingen gehanteerd, zoals 'Financial Restructuring & Recovery (FR&R), Intensieve Begeleiding en Workout & Recovery Management. In deze bijdrage wordt de verzamelnaam 'bijzonder beheer' gebruikt.



belang zijn voor ondernemingen in zwaar weer en wordt afgesloten met een conclusie en tips voor ondernemen in bijzonder beheer.

“De afdeling bijzonder beheer komt om de hoek kijken als het kredietrisico in belangrijke mate toeneemt”

Het moment waarop de afdeling bijzonder beheer aanschuift

Banken monitoren hun klanten periodiek op basis van onder andere jaarcijfers, tussentijdse cijfers en/of financiële kengetallen. Bankers hebben veel brancheinformatie en vergelijken de cijfers en financiële ratio's van soortgelijke bedrijven in dezelfde branche. Hoe doet de klant het in vergelijking tot de markt en zijn concurrenten? Als het kredietrisico van een klant door tegenvallende financiële resultaten in belangrijke mate toeneemt, komt de afdeling bijzonder beheer van een bank om de hoek kijken. Oorzaken kunnen liggen in macro-economische, bedrijfseconomische en/of interne omstandigheden zoals veranderende marktomstandigheden, overheidsmaatregelen, toenemende concurrentie, productieproblemen, verlieslatende projecten/ investeringen, gebrek aan innovatie of interne conflicten. Kortom: omstandigheden en situaties, en vaak een combinatie

daarvan, die de continuïteit van een onderneming in gevaar (kunnen) brengen.

Problemen kunnen zich op tal van manieren openbaren en bekend worden bij de bank/financier. Van verliezen in opeenvolgende jaren, omvangrijke liquiditeitstekorten, negatieve cashflow, ongeoorloofde debetstanden/ betalingsachterstanden, niet voldoen aan (financiële) convenanten, tot aan mediaberichten. Banken maken hierbij onderscheid tussen 'zachte' en 'harde' signalen. 'Zachte' signalen hebben doorgaans betrekking op gedrag en mensen en komen in de regel vroegtijdig aan de oppervlakte. Daarbij moet worden gedacht aan bijvoorbeeld interne conflicten, veelvuldige personeelwisselingen in (midden)management en berichtgeving in de media. 'Harde' signalen zien op gegevens en informatie, zoals negatieve bedrijfsresultaten, liquiditeitstekorten en winstwaarschuwingen. Deze signalen zijn objectief, maar komen later aan de oppervlakte, terwijl de oorzaak van het probleem verder in het verleden ligt. Banken ontvangen periodiek financiële informatie van ondernemingen, die in risicomodellen worden verwerkt en waaruit kredietrisico's worden vastgesteld. Op basis van deze informatie, hoofdzakelijk gebaseerd op 'harde' signalen, wordt bepaald of het kredietrisico zodanig is toegenomen dat het

klantbeheer aan bijzonder beheer moet worden overgedragen. Een bank zal overigens ook bij 'zachte' signalen, zoals over interne conflicten, de vinger aan de pols houden en zich willen laten informeren over de situatie zonder dat dit zonder meer tot een overdracht naar bijzonder beheer hoeft te leiden.

“Ga het gesprek met de bank aan en betrek hierbij een ervaren adviseur”

Wat als het klantbeheer wordt overgedragen aan bijzonder beheer?

Wat kan en mag worden verwacht bij een overdracht aan bijzonder beheer? En: hoe te acteren? Hoe voor de hand liggend ook: niets doen is in ieder geval geen optie. De verslechterende financiële situatie zal zich niet vanzelf ten positieve keren en een open communicatielijn met bijzonder beheer – en overigens ook met overige stakeholders – is van groot belang.

Er kan zich een situatie voordoen waarin discussie bestaat over de vraag of de continuïteit van een onderneming daadwerkelijk in gevaar is/komt en de daarop gebaseerde (aangescherpte) voorwaarden van de bank aan continuering/uitbreiding van de financiering redelijk zijn. De bank zal immers de teugels aantrekken als haar risico toeneemt.

Zo heeft de bank bij een verhoogd kredietrisico op grond van de financieringsdocumentatie onder meer het recht om de renteopslag/pricing te verhogen, kosten/fees in rekening te brengen en taxaties van zekerheden en aanvullende zekerheden te verlangen. Daarnaast zal om herstructureringsmaatregelen worden gevraagd als voorwaarde voor continuering van de financiering. Van belang is hierover het gesprek met de bank aan te gaan en hierbij een ervaren bedrijfseconomisch adviseur en herstructureringsadvocaat te betrekken. Is inderdaad sprake van een toegenomen kredietrisico, en zo ja, rechtvaardigt dat een aanscherping van de financieringsvoorwaarden? Op de bank rust een bijzondere zorgplicht en zij moet rekening houden met de belangen van de onderneming en van derden, zoals het personeel.

Hoe werkt een afdeling bijzonder beheer?

De afdeling bijzonder beheer bestaat binnen de meeste banken uit twee onderdelen: i) 'Herstructurering', gericht op herstructurering en behoud van de klantrelatie; en ii) 'Afbouw/Afwikkeling', van waaruit de financieringsrelatie wordt opgezegd en de klantrelatie wordt beëindigd.

Tijdens en na de kredietcrisis van 2007/2008 zijn er met name vanuit het mkb negatieve geluiden gekomen over de

overdracht naar bijzonder beheer, de maatregelen die bijzonder beheer neemt, de manier waarop klanten worden benaderd en de mate waarin de bank bereid is financiering te (blijven) verstrekken. De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft naar aanleiding daarvan een verkennend onderzoek verricht. De AFM constateerde in 2015 dat er geen aanwijzingen waren dat mkb'ers in bijzonder beheer structureel zouden worden benadeeld, doch dat de informatievoorziening over de werkwijze en in hoeverre rekening werd gehouden met de belangen van de ondernemers wel tekortschoten. Dit heeft er onder meer toe geleid dat de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) een 'Handreiking Bijzonder Beheer' heeft opgesteld, waarin in tien punten wordt weergegeven wat van de afdeling bijzonder beheer mag worden verwacht. Banken hebben daarnaast afzonderlijk informatie over hun afdeling bijzonder beheer op hun eigen websites geplaatst.

Herstructurering

Crisissituaties vragen om adequaat en daadkrachtig handelen onder hoge tijdsdruk. Interne en/of externe oorzaken moeten worden geïdentificeerd en geanalyseerd om te worden opgelost. Van belang daarbij is de beschikbaarheid van liquiditeit, zicht op de liquiditeitspositie en realistische cashflowprognoses. Strak debiteurenbeheer door onder

andere het verkorten van betalingstermijnen, maken van afbetalingsafspraken, incasso van vorderingen, factoring e.d., het bewaken van de crediteurenpositie alsook van de voorraadpositie en het onderhanden werk is daarbij van essentieel belang. Een actueel en betrouwbaar management informatie systeem (MIS) is als sturingsinformatie onmisbaar.

“Voor de bank staat de vraag in hoeverre de onderneming een realistisch toekomstperspectief heeft centraal”

Bijzonder beheer beoordeelt aan de hand van de signalen en oorzaken, mede op basis van informatie van de onderneming, de omvang en aard van het toegenomen kredietrisico en het potentiële verlies van de financiering. Centraal daarbij is de vraag in hoeverre de onderneming een realistisch toekomstperspectief heeft. Hiervoor dient vanuit de onderneming een herstructureringsplan te worden gepresenteerd. Indien de situatie en vooruitzichten evenwel dusdanig negatief zijn dat een faillissement onafwendbaar is en een herstructurering geen oplossing (meer) biedt, zal de behandeling binnen bijzonder beheer worden overgedragen aan het onderdeel Afbouw/Afwikkeling, waarover verderop meer.

In veruit de meeste situaties zal de mogelijkheid van een herstructurering worden onderzocht en een herstructureringsplan moeten worden gepresenteerd. De financiële situatie kan evenwel zodanig nijpend zijn, dat de bedrijfsvoering door gebrek aan financiële middelen acuut in gevaar is of dreigt te komen. Het maken van afspraken over de financiering van de onderneming gedurende de periode van het onderzoek en het opstellen van een herstructureringsplan is dan ook essentieel. Om de exploitatie van de onderneming tussentijds te waarborgen is vaak een aanvullende financiering nodig, gecombineerd met een uitstel van betaling van aflossingsverplichtingen. Voor de beoordeling van de kredietbehoefte zal naast informatie over de ontstane situatie en oplossingsrichting in ieder geval ook een onderbouwde cashflowprognose en debiteuren-, crediteuren en voorraadlijsten moeten kunnen worden overgelegd. De bank stelt in een dergelijke situatie strikte(re) voorwaarden aan een (tijdelijke) continuering/uitbreiding van een financiering.

Een herstructureringsplan dient vervolgens in een kort tijdsbestek van circa één à twee maanden aan de bank te worden gepresenteerd. Het plan zal in ieder geval moeten bestaan uit een presentatie van de onderneming,

de marktpositie, (markt)kansen en risico's, een analyse van oorzaken en uitgangspositie, gericht op maatregelen en doelstellingen uitgezet in de tijd en de effecten op de exploitatie, balans en liquiditeit, personeelsbestand, communicatie e.d. Van belang daarbij is uiteraard ook de wijze van uitvoering en financiering van het plan. Hoeveel tijd gaat met de uitvoering gemoeid, kan het bestuur dit zelf oppakken met externe adviseurs en moet daarvoor (tijdelijk) een 'chief restructuring officer' (CRO) worden aangesteld? Is de bank bereid de financiering te handhaven/uit te breiden, welke aanpassingen moeten worden aangebracht in het werkkapitaal, worden er activa/deelnemingen verkocht en/of vennootschappen geliquideerd of gefuseerd, wordt de juridische vennootschapsstructuur gewijzigd, wordt aan crediteuren een onderhands akkoord aangeboden, vindt er een reorganisatie plaats, moet een sociaal plan met de vakbonden worden afgesloten, welke inbreng leveren aandeelhouders, kan additioneel eigen vermogen elders worden aangetrokken, kan een 'debt to equity swap' soelaas bieden of anderszins additioneel vreemd vermogen worden aangetrokken? Het plan dient daarnaast verschillende (financiële) scenario's te bevatten. In de regel zal een managementcase, bankcase en een worstcasescenario moeten worden gepresenteerd. Welk scenario is het

meest realistisch en welke waarborgen kunnen worden ingebouwd? Scenario's gaan uit van veronderstellingen, die anders kunnen uitpakken. In hoeverre wordt daarmee rekening gehouden, hoe ziet de uitkomst van het plan en het continuïteitsperspectief eruit als de verkoopopbrengst van een af te stoten deelneming bijvoorbeeld 25% lager is dan was ingeschat, zijn er alternatieven voorhanden? Kortom, een herstructureringsplan moet vanuit bedrijfseconomisch, strategisch, financieel en juridisch oogpunt goed worden onderbouwd.

“Een herstructureringsplan moet goed worden onderbouwd”

Er komt veel af op het bestuur van een onderneming in zwaar weer en inschakeling van externe ondersteuning is daarbij noodzakelijk voor advisering, de contacten en onderhandelingen met bijzonder beheer en het onderzoek naar en opstellen van een herstructureringsplan. Vanuit de afdeling bijzonder beheer wordt overigens veelal de inschakeling van een externe herstructureringsadviseur en -advocaat verlangd of zelfs als voorwaarde gesteld.

Vanaf het moment dat een herstructureringsplan gereed is en daarover en over de financiering(svoorwaarden)

uitspraken criteria geformuleerd waaraan een opzegging moet voldoen, wanneer een financiering kan worden opgezegd en met welke belangen een bank daarbij rekening heeft te houden.

“De bank heeft een zorgplicht en kan niet zomaar het krediet opzeggen.”

In het geval waarin de financiering wordt/is opgezegd, is het van belang in overleg met bijzonder beheer afspraken te maken gericht op de afbetaling van de schuld aan de bank. Hiervoor dienen exitscenario's te worden opgesteld en afspraken te worden gemaakt over onder meer het tijdspad waarbinnen eventueel een herfinanciering elders kan worden afgesloten, de onderhandse verkoop van activa waarop de bank een zekerheidsrecht heeft, het eventueel benodigd kredietgebruik, de voorwaarden waaronder bijzonder beheer bereid is om zekerheden vrij te geven en – in het uiterste geval – over een openbare verkoop van de zekerheden. Een faillissement is in een exitscenario niet uit te sluiten en zal in een voorkomend geval zelf moeten worden voorbereid en aangevraagd. Dit kan van belang zijn bij een (gedeeltelijke) doorstart van de onderneming na faillissement. Ook dan is het van belang daarover afspraken met bijzonder beheer te maken onder

welke voorwaarden bijzonder beheer bereid is daaraan mee te werken, in hoeverre zij bereid is een doorstart te financieren, onder welke voorwaarden en tegen welk bedrag zij bereid is de zekerheden vrij te geven. Indien zekerheden aan de bank zijn verstrekt door derden buiten de onderneming/kredietnemer, zoals borgtochten door de bestuurders en/of aandeelhouders of hypotheekrechten verstrekt door derden, dienen over de eventuele uitwinning/vrijgave daarvan ook afspraken met bijzonder beheer te worden gemaakt als onderdeel van een exitscenario.

Positie bestuur

Een situatie waarin de continuïteit van een onderneming op het spel staat of dreigt te komen, levert een bijzondere dynamiek en stress op binnen het bestuur, aandeelhouders en raad van commissarissen. Het is aan het bestuur om hierin het voortouw te nemen. Bij de bestuurders kan het beeld ontstaan dat zij de zeggenschap over de onderneming (dreigen te) verliezen aan bijzonder beheer. Door bijzonder beheer wordt veel extra informatie verlangd, de kredietruimte is/wordt ingeperkt, binnen een relatief beperkte periode moet een herstructureringsplan worden gepresenteerd, taxaties dienen plaats te vinden met de daaraan verbonden nodige kosten, in voorkomende

gevallen worden eisen gesteld aan het bestuur, zoals de inschakeling van een CRO, en worden extra voorwaarden verbonden aan de continuering/uitbreiding van de financiering in de vorm van pricing, extra zekerheden en te bereiken financiële resultaten. Het is aan het bestuur om samen met een ervaren externe herstructureringsadvocaat hierover in onderhandeling te treden met bijzonder beheer. Deze extra voorwaarden beperken immers de bewegingsvrijheid van een onderneming en haar bestuur. Het mag er nimmer toe leiden dat de onderneming feitelijk – al dan niet via bijvoorbeeld het dwingend opleggen van een bepaalde CRO – bestuurd gaat worden door bijzonder beheer. Bijzonder beheer zal daar zelf ook voor moeten waken, omdat dat aansprakelijkheidsrisico's voor de bank met zich mee brengt en een bank daar ver vanaf wil blijven. Welke voorwaarden kan bijzonder beheer dan wel stellen? Is bijzonder beheer hiertoe gegeven de omstandigheden gerechtigd, en wat zijn de gevolgen hiervan voor de exploitatie van de onderneming? Hierbij komt de bijzondere zorgplicht van de bank om de hoek kijken. Het bestuur dient in ieder geval te beoordelen of het accepteren van de gestelde voorwaarden redelijk, verantwoord en voor de onderneming realistisch is. Ook in een dergelijke uitdagende en moeilijke situatie heeft het bestuur haar eigen

verantwoordelijkheid te nemen en is een kritische houding richting bijzonder beheer aangewezen. Het belang van aanvullende informatie uit het MIS, waaronder de liquiditeitspositie en cashflowprognoses, en een onderbouwd herstructureringsplan is voor een onderneming in zwaar weer al meermaals benadrukt. De financiële positie van een onderneming verslechtert doorgaans niet van het ene op het andere moment; het is vaak een sluimerend proces waarop onvoldoende/geen actie is/wordt ondernomen. Daargelaten de situatie waarin de omzet wegvalt door onverwachte overheidsmaatregelen of internationale sanctie maatregelen. Het bestuur dient de onderneming te (be)sturen en in te grijpen indien dat nodig is.

Zorgplicht banken

Banken vervullen een belangrijke functie in het maatschappelijk en economisch verkeer, hetgeen een bijzondere zorgplicht voor banken – en daarmee voor bijzonder beheer – met zich meebrengt, niet alleen jegens de klant, maar ook jegens derden. Deze zorgplicht vloeit onder meer voort uit het Burgerlijk Wetboek alsook uit specifieke wetgeving zoals de Wet Financieel Toezicht, uit de algemene bankvoorwaarden en uit relevante rechtspraak (over onder andere opschorting en opzegging van financieringen).

“Het is aan het bestuur om samen met een ervaren herstructureringsadvocaat indien mogelijk te ageren tegen een kredietopzegging”

De belangen van de onderneming en bijzonder beheer lopen doorgaans parallel zolang de relatie is gericht op de continuïteit van de onderneming. De belangen kunnen uit elkaar gaan lopen zodra de bank besluit over te gaan tot opzegging van de financieringsrelatie. Een opzegging leidt vaak tot (gedeeltelijke) beëindiging van de onderneming en kan leiden tot een faillissement. Gelet op de impact van een opzegging dient een bank een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging te hebben en moet voldaan zijn aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Hiervoor is reeds aangegeven dat daarbij onder andere de vraag moet worden gesteld of de bank gegeven de omstandigheden gerechtigd is de financiering op te zeggen, en zo ja, of de opzegtermijn en opeisingsstermijn waarbinnen de financiering moet worden terugbetaald redelijk is. De bank dient daarbij volgens rechtspraak tevens rekening te houden met de belangen van de onderneming, de werkgelegenheid en de stakeholders betrokken bij de onderneming. Indien de opzegging van een financiering onrechtmatig is, zal daarop vanuit de onderneming actie moeten worden ondernomen

en zal de bank – desnoods in kort geding – in rechte moeten worden betrokken om de opzegging ongedaan te maken c.q. te vorderen de financiering te continueren.

Actuele ontwikkelingen

Ter afsluiting nog een aantal actuele ontwikkelingen die van invloed zijn op ondernemingen in zwaar weer. Per 1 januari 2021 is de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) in werking getreden. De WHOA maakt het voor ondernemingen die in de kern gezond zijn maar kampen met een te zware schuldenlast, mogelijk om buiten een (voorlopige) surseance van betaling of faillissement een dwangakkoord aan te bieden dat binnen de kaders van de WHOA na homologatie door de rechtbank ook bindend is voor schuldeisers en aandeelhouders die tegen het akkoord hebben gestemd. De mogelijkheden van een herstructurering worden hiermee aanzienlijk uitgebreid. De WHOA is hiermee een zeer welkome aanvulling op de herstructureringsmogelijkheden voor bedrijven en is zeer actueel, gezien de negatieve gevolgen van (de overheidsmaatregelen als gevolg van) COVID-19 voor veel ondernemingen. Door COVID-19 zijn immers veel bedrijven in de financiële problemen gekomen, terwijl ze in de kern levensvatbaar zijn. Hiervoor zou de WHOA een uitkomst kunnen gaan bieden.



“Een bijzonder beheer traject is uitdagend, zeer intensief en vraagt om daadkracht en actie”

Een ontwikkeling waarvan de gevolgen voor ondernemingen in zwaar weer nog ongewis zijn, is de inwerkingtreding van Basel IV. Basel IV betreft internationale regelgeving waarin eisen worden gesteld aan de solvabiliteit van financiële instellingen. Banken dienen op grond hiervan hogere financiële buffers aan te gaan houden voor klanten in financiële problemen. Basel IV treedt per 1 januari 2022 in werking en kent een invoeringsperiode van vijf jaar. De vraag in hoeverre dit van invloed gaat zijn op de werkwijze van bijzonder beheer is moeilijk in te schatten. Het zou ertoe kunnen leiden dat banken versneld afscheid van klanten in financiële moeilijkheden willen gaan nemen. Banken zijn dan wellicht bereid eerder afscheid van individuele klanten te nemen tegen een korting, zodat het aantrekkelijker wordt elders een herfinanciering aan te trekken. Het kan er evenwel ook toe leiden dat banken in toenemende mate een portefeuille van zogenaamde 'bad performing loans' verkopen aan andere partijen, zijnde niet-banken. De Hoge Raad heeft in een recent arrest van 10 juli 2020 uitgemaakt dat een overdracht van een vordering bestaande uit een portefeuille

van dergelijke bad performing loans mogelijk is en dat op de derde-verkrijger niet direct dezelfde bijzondere zorgplicht rust als die van toepassing is op een bank, maar in voorkomende gevallen een afgeleide zorgplicht. Afhankelijk van de hoedanigheid van de derde-verkrijger heeft deze in de regel maar één belang, namelijk winst maken op de overgenomen portefeuille door onder andere daar waar mogelijk het rentepercentage/pricing van de financiering maximaal te verhogen. De werkwijze van een dergelijke partij kan dan ook onevenredig zwaar op een onderneming in financiële problemen uitpakken. Extra alertheid is in een dergelijke situatie dan ook van groot belang. Een verhoging van het rentepercentage/pricing of het vervroegd moeten aflossen van de financiering kan gegeven de omstandigheden in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn en daarmee onrechtmatig.

Conclusie en tips

Een bijzonder beheer traject is uitdagend, zeer intensief en vraagt om daadkracht en actie. Hoewel de inschakeling van bijzonder beheer met de nodige scepsis wordt ontvangen, leert de ervaring dat de betrokkenheid van bijzonder beheer een positieve bijdrage kan leveren aan een herstructurering, de afdeling korte lijnen kent en

snel(ler) tot besluitvorming kan komen. De praktijk laat zien dat circa tweederde van de ondernemingen in bijzonder beheer een succesvolle herstructurering tot stand brengt en het klantbeheer weer wordt overgenomen door het commerciële beheer binnen een bank.

Wat zijn dan de 'succesfactoren voor een succesvolle herstructurering?

- Ondernemen is schaken op verschillende borden. Van belang is onder meer een duidelijke strategie en een daarbij behorend adequaat risicomanagement. Informatie en signalen over de exploitatie, resultaten, markt, regelgeving e.d. dienen beschikbaar te zijn. Het MIS dient actueel en betrouwbaar te zijn om een onderneming adequaat te kunnen be- en bijsturen.
- Hoe eerder problemen in beeld zijn, hoe groter de kans dat ingrijpen de continuïteit van de onderneming ten goede komt. Actie is vereist, afwachten is geen optie.
- Onderhoud een open communicatielijn met de belangrijkste stakeholders, waaronder de bank/financier.
- Schakel tijdig een externe herstructureringsadvocaat in met ruime ervaring in het bijstaan en advisering van ondernemingen in bijzonder beheer.

DVDW heeft veel ervaring in het bijstaan en adviseren van ondernemers en ondernemingen in financiële problemen en in hun relatie met de afdeling bijzonder beheer. Erwin Bos en Bert Winnemuller zijn bovendien werkzaam geweest bij een afdeling bijzonder beheer van een bank en zijn ook vanuit die positie erg goed bekend met de werkwijze van bijzonder beheer.