

Amendementen CU/PvdA/SP leggen bom onder voorstel tot wijziging faillissementswet

Op 17 maart 2019 heeft een groot aantal insolventierechtsdeskundigen de Tweede Kamer opgeroepen de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) onmiddellijk in te voeren. Onze oproep is inmiddels door bijna tweehonderd andere deskundigen ondersteund.

Vandaag hebben CU, PvdA en SP twee amendementen op de WHOA ingediend. Deze amendementen leggen een bom onder de WHOA en zorgen dat die in veel minder gevallen kan worden gebruikt om ondernemingen te redden. De reden daarvoor is simpel: gezeekerde crediteuren zijn als deze amendementen worden aangenomen in veel gevallen beter af in faillissement en zullen niet meer meewerken aan een akkoord. Wij roepen de indieners dringend op deze amendementen in te trekken en eraan mee te werken om de WHOA als hamerstuk aan te nemen, zodat, na instemming door de Eerste Kamer, de praktijk hiermee aan de slag kan. Zoals wij in onze open brief van gisteren al uiteenzetten, kunnen met de WHOA duizenden arbeidsplaatsen worden behouden en miljarden aan maatschappelijke schade worden voorkomen. De amendementen zien op onderwerpen die een veel bredere strekking hebben dan de WHOA. Daarover moet het debat nog worden gevoerd. Het is van groot belang om dat debat de inwerkingtreding van de WHOA niet te laten vertragen. Het is altijd nog mogelijk gewenste wijzigingen later in de wet aan te brengen.

Wat houden de amendementen in?

Amendement nr. 10 garandeert alle schuldeisers in beginsel een minimum uitkering van 20%. Dit amendement is ingegeven door de angst dat schuldeisers met een sterkere positie en aandeelhouders hun machtspositie aangrijpen om andere schuldeisers af te schrijven.

De strekking van amendement nr. 9 is om de gezeekerde schuldeisers bij het akkoord de waarde te geven die zij bij afzonderlijke executieverkoop van het onderpand zouden kunnen realiseren. Voor het resterende deel van hun vordering delen zij mee met de concurrente crediteuren.

Het doel dat de indieners met de amendementen beogen wordt niet bereikt

Het doel dat de indieners met het amendement willen bereiken, wordt niet bereikt. Een groot voordeel van de WHOA is dat de schuldenaar zelf kan bepalen welke klasse van schuldeisers hij een akkoord wil aanbieden en welke klasse niet (met als gevolg dat schuldeisers in deze klasse 100% van hun vordering behouden). De ervaringen in Amerika en Engeland, die tot voorbeeld hebben gediend, leren dat een wet als de WHOA vaak gebruikt wordt om de balans van de schuldenaar te herstructureren, waarbij de handelscrediteuren ongemoeid blijven. Dat betekent concreet dat de financiële crediteuren gevraagd wordt een deel van hun vordering op te geven, terwijl de concurrente handelscrediteuren niet alleen hun vordering volledig betaald krijgen, maar ook een klant behouden waaraan zij in de toekomst kunnen leveren! De ratio is dat het niet betalen van handelscrediteuren financieel weinig oplevert, maar de bedrijfsvoering ernstig ontregelt. Wij willen niet zeggen dat alle akkoorden de handelscrediteuren ongemoeid zullen laten, maar wij denken dat zij in de meerderheid van de gevallen volledig voldaan zullen worden. De WHOA is bedoeld voor het reorganiseren van in beginsel winstgevende ondernemingen met te veel schulden. Als de onderneming structureel verliesgevend is, behoort zij niet met de WHOA gered te worden en valt een faillissement niet te voorkomen.

Een minimum uitkeringspercentage als bedoeld in amendement nr. 10 kan niet worden waargemaakt

Amendement nr. 10 zorgt er voor dat de WHOA alleen kan worden gebruikt als alle schuldeisers minimaal 20% van hun vordering krijgen. Dat betekent dat in alle gevallen waarin dat niet mogelijk is de

WHOA niet kan worden gebruikt. Met een eenvoudig voorbeeld kan dit duidelijk worden gemaakt. Stel dat de totale schuldenlast 100 is, er 50 is beschikbaar voor uitkering, de gezeekerde schuldeisers 50 te vorderen hebben en de andere schuldeisers ook 50. Als nu de liquidatiewaarde van het onderpand 40 is, krijgen de gezeekerde schuldeisers volgens amendement nr. 9 een eerste uitkering van 40. Voor de rest van hun vordering van 10 delen zij mee met de overige crediteuren. Dat betekent dat de overige crediteuren 1/6 van hun vordering krijgen. Dat is minder dan 20%. Dat betekent dat in dit voorbeeld geen akkoord kan worden aangeboden en de schuldenaar failliet gaat, terwijl de onderneming levensvatbaar is.

Amendement nr. 9 ontnemt gezeekerde crediteuren ten onrechte de going concern-waarde van het onderpand

Volgens amendement nr. 9 krijgen de gezeekerde schuldeisers bij het akkoord de waarde van het onderpand bij afzonderlijke executieverkoop. Dat is minder dan in faillissement het geval is. Bij een doorstart van de onderneming in faillissement krijgt de zekerheidsgerechtigde de going-concern waarde van het onderpand, eventueel minus een beperkte boedelbijdrage. Die going concern-waarde kan veel hoger liggen dan de executiewaarde van het onderpand bij afzonderlijke verkoop. Dat is (a) in strijd met de opzet van de WHOA, die iedere crediteur een uitkering garandeert die ten minste gelijk is aan hetgeen hij bij faillissement zou krijgen, en (b) strijdig met artikel 10 lid 2 sub d jo. 2 lid 1 sub 6 van de Europese Herstructureringsrichtlijn. Als dit amendement wordt aanvaard is het voor zekerheidsgerechtigden voordeliger de schuldenaar failliet te laten gaan, dan mee te werken aan een onderhands akkoord.

Waarom horen de amendementen niet thuis in dit wetsvoorstel?

Beide amendementen hebben betrekking op de verdeling van de waarde van de onderneming tussen de schuldeisers onderling. De indieners vinden dat gezeekerde schuldeisers (o.m. banken en leasemaatschappijen en andere objectfinanciers) te veel krijgen en concurrente crediteuren te weinig. Deze verdelingsvraag speelt niet alleen bij de WHOA, maar ook in faillissement en surseance van betaling. Deze wet is niet de plaats om een wens te vervullen om de waarde bij insolventie anders te verdelen. Het verdelingsvraagstuk in insolventie moet in samenhang worden bekeken met de regeling van boedelschulden, preferente schulden, het bodemvoortrecht van de fiscus, het toezicht op faillissementen en de financiering van de afwikkeling van faillissementen (waaronder het oplossen van de lege boedel problematiek), etc. Dat vergt een afzonderlijk wetgevingstraject.

De WHOA is goed doordacht en voorbereid

De WHOA kent een lange voorbereidingstijd die in 2013 is begonnen. Er zijn twee consultatiedocumenten geweest. Vele partijen hebben van de mogelijkheid in te spreken gebruik gemaakt, soms met commentaren van tientallen pagina's met voorstellen om het wetsvoorstel te verbeteren. Daarnaast zijn er talloze bijeenkomsten geweest met stakeholders. Als er ooit een wetsvoorstel is geweest dat op een breed maatschappelijk draagvlak kan steunen, is het dit wetsvoorstel. Het is een zorgvuldig opgebouwd bouwwerk, aan de fundamenten waarvan je niet moet gaan morrelen, in ieder geval niet zonder een impactanalyse.

Wij roepen u op: neem het wetsvoorstel in de huidige vorm met de grootst mogelijke spoed aan.

Prof. mr. R.M. (Ruud) Hermans, Radboud Universiteit
Mr. dr. A. (Toni) van Hees, Stibbe

Prof. mr. R.D. (Reinout) Vriesendorp, Universiteit Leiden, De Brauw Blackstone Westbroek
Mr. Ph.W. (Flip) Schreurs, Boels Zanders, voorzitter Vereniging van Insolventierecht Advocaten Insolad
Prof. mr. J.J. (Jako) van Hees, Radboud Universiteit, Resor
Mr. dr. N.D. (Nico) Tollenaar, Resor
Mr. dr. C.M. (Karen) Harmsen, TOON Advocaten
Mr. dr. N.B. (Niels) Pannevis, Resor
Prof. mr. M.L. (Loes) Lennarts, Rijksuniversiteit Groningen
Prof. mr. B.A. (Ben) Schuijling, Radboud Universiteit
mr. O.B.J. (Olaf) Poorthuis, Van Iersel Luchtman Advocaten
Prof. mr. T.T. (Thijs) van Zanten, Rijksuniversiteit Groningen, Wijn & Stael advocaten
Drs. E.R. (Dolf) Bruins Slot RA, EY Restructuring
Mr. I. (Ilse) van Gasteren, Clifford Chance
Mr. J.C. (Jelle) Hofland, Clifford Chance
Mr. A.M. (Anne) Mennens, Wijn & Stael advocaten
Mr. F. (Ferdinand) Hengst, De Brauw Blackstone Westbroek
Mr. R. (Rob) van den Sigtenhorst, Florent
Prof. mr. S.C.J.J. (Bas) Kortmann, Radboud Universiteit
Mr. C. (Kees) van de Meent, Florent
Mr. J. (Job) van Hoof, Stibbe
Mr. A. (Aroen) Kuitenbrouwer, Allen & Overy
Mr. B. (Brechtje) van der Velden, Allen & Overy
Mr. H. (Hanneke) De Coninck Smulders, Florent
Mr. J.M.W. (Jessie) Pool, Universiteit Leiden
Mr. J.B.A. (Bart) Jansen, Dommerholt advocaten
Mr R.J. (Robert Jan) van der Weijden, Ysquare