

Vergaderjaar 2019–2020

35 249

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)

Nr. 22

GEWIJZIGD AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER GRAAF C.S. TER VERVANGING VAN DAT GEDRUKT ONDER NR. 13

Ontvangen 13 mei 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

In artikel I, onderdeel F, komt in het voorgestelde artikel 384, vierde lid, onderdeel b te luiden:

b. de genoemde schuldeisers niet ten minste de waarde die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting zouden ontvangen, op basis van het akkoord verkrijgen in een vorm anders dan in aandelen of certificaten van aandelen.

Toelichting

De WHOA biedt een tegenstemmende klasse schuldeisers een recht om het bedrag dat in faillissement naar verwachting ontvangen zou zijn, in contant geld op te eisen. Dit is in deze sterke vorm in internationaal perspectief een unieke regel. De Chapter 11-procedure in de VS, inspiratie voor de WHOA (zie pag. 4, MvT) biedt een dergelijk recht niet. In de memorie van toelichting bij de WHOA wordt deze keuze echter niet toegelicht, behoudens de enkele opmerking dat dit eerlijk zou zijn. Het tegendeel is echter het geval. De bepaling kan schadelijk zijn voor de reorganisatiekansen van de onderneming, wringt met de uitgangspunten van de WHOA en is ook onredelijk. Daarom regelt dit amendement dat dit onderdeel wordt aangepast en ingeperkt.

Bij een reorganisatie worden meestal niet direct contanten uitgekeerd, maar behouden schuldeisers waarde door bijvoorbeeld een uitgestelde (lagere) claim te houden of aandelen te ontvangen. De bestreden bepaling betreft in feite extra bescherming voor schuldeisers met zekerheidsrechten, zoals in de memorie van toelichting bij de consultatieversie nog wel was opgenomen (pag. 40–41). In faillissement zijn de uitkeringspercentages voor de gewone schuldeisers immers laag, doorgaans hoogstens enkele procenten, tegenover een door de Wereldbank geschatte *recovery rate* voor geseceureerde schuldeisers van wel 90%. De gewone schuldeisers hebben dus vrijwel niets aan een uitkering in

contanten van datgene wat ze in faillissement zouden krijgen, maar geseceureerde schuldeisers wel.

De in het wetsvoorstel opgenomen bepaling is schadelijk, doordat reorganisatie meestal niet door kan gaan als een grote schuldeiser contant geld eist. Herfinanciering is dan vaak de enige uitweg, maar zeker wanneer reorganisatie in een laagconjunctuur of recessie plaatsvindt zal dat heel moeilijk zo niet onmogelijk zijn. Dit is ook reeds bij de consultatie naar voren gebracht. Het is daarmee ook in strijd met het centrale uitgangspunt van de WHOA, die als doel heeft «*het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken*» (pag. 1, MvT). Met de WHOA zou het probleem dat de schuldeisers een prikkel hebben «*om instemming te weigeren om daarmee een betere positie voor zichzelf te creëren*» (pag. 1, MvT) voorkomen moeten worden.

De bestreden regel creëert echter de facto een dergelijke *hold out*-positie voor de toch al sterkste schuldeiser(s), nu uitkering in contanten meestal niet mogelijk is en het opeisen van contanten de reorganisatie zou doen falen. Ook dit is bij de consultatie naar voren gebracht. Toch heeft dit niet tot verandering geleid, en ook niet tot een onderbouwing in de memorie van toelichting. De enkele dreiging met de eis van uitkering in contanten kan al genoeg zijn om in de procedure meer te eisen dan waar deze schuldeiser recht op heeft, ten koste van de andere, toch al zwakkere schuldeisers. Hoewel de regel op het eerste gezicht enkel recht lijkt te geven op waar in faillissement recht op bestaat, is de uitwerking dat een *hold out* positie wordt geïntroduceerd, waarmee meer verkregen kan worden. De regel is daarmee, anders dan in de memorie van toelichting wordt gesteld, niet eerlijk en daarom het voorstel dit onderdeel te schrappen.

Dit amendement schrapt het recht op contanten. Doel van de gewijzigde tekst is te voorkomen dat een schuldeiser die in faillissement betaling kan verwachten in plaats daarvan geforceerd wordt om aandeelhouder te worden. Een schuldeiser moet kortom kunnen eisen anders dan in aandelen voldaan te worden voor wat betreft het bedrag dat hij anders in faillissement kan verwachten, bijvoorbeeld in de vorm van een uitgestelde vordering. De schuldeiser kan daarmee onder omstandigheden dus wel geforceerd worden genoeg te nemen met bijvoorbeeld uitstel van betaling van de claim, mits voldaan is aan de toets van het voorgestelde art. 384 lid 3 Fw. Met dit gewijzigde amendement is door de indieners aan de aanvankelijke overwegingen en bezwaren, zoals door de Minister voor Rechtsbescherming geuit tijdens het Wetgevingsoverleg d.d. 11 mei 2020, tegemoet gekomen.

Van der Graaf
Van Nispen
Nijboer