

Aan de voorzitter en leden  
van de Vaste Commissie voor Justitie en Veiligheid  
van de Tweede Kamer der Staten-Generaal  
Binnenhof 4  
2513 AA DEN HAAG

Briefnummer  
19/10.430/SvD

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

Den Haag  
14 oktober 2019

Telefoonnummer  
070-3490418  
E-mail  
dijk@vnoncw-mkb.nl

Geachte dames en heren,

De WHOA heeft betrekking op het kunnen opleggen van een dwangakkoord aan schuldeisers van ondernemingen die wel levensvatbaar zijn, maar vanwege een te zware schuldenlast toch insolvent dreigen te raken. Daarmee kan een surseance van betaling of een faillissement worden voorkomen.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn positief over dit wetsvoorstel, dat in het belang is van alle bij de onderneming betrokken partijen. Het is een instrument dat onnodig kapitaalverlies doet tegengaan en voor schuldeisers een gunstigere uitkomst moet geven dan een liquidatie in een regulier faillissement.

Uiteraard moet wel worden voorkomen dat schuldenaren de regeling oneigenlijk kunnen gebruiken om hun schulden te saneren en de schuldeisers op een zijspoor worden geplaatst.

In de memorie van toelichting wordt aangegeven, dat het wetsvoorstel beoogt een effectieve en breed toegankelijke akkoordregeling tot stand te brengen die zeker ook bruikbaar is voor het mkb. Daarbij wordt verwezen naar de positieve uitkomst van de Amerikaanse chapter 11 procedure waaruit na onderzoek zou blijken dat concurrente schuldeisers bij een dwangakkoord gemiddeld 52% van hun vordering ontvangen

VNO-NCW en MKB-Nederland zouden een dergelijke versterking van de positie van de ondernemer in het mkb als crediteur een welkome en noodzakelijke verandering in het faillissementsrecht zien. We vragen daarbij wel te monitoren of dit ook echt zo is

omdat we de indruk hebben dat de regeling voor het mkb te duur is. Dit zou in de door ons gewenste evaluatie kunnen worden meegenomen.

In de bijlage geven VNO-NCW en MKB-Nederland een aantal verbeterpunten bij het wetsvoorstel en ook is een aantal vragen opgenomen ter verduidelijking. Deze betreffen onder meer:

- het voorkomen dat de schuldenaar keer op keer beroep op de regeling kan doen;
- directe betaling noodzakelijk bij doorleveringsverplichting;
- geen gebruik van de regeling mogelijk indien evident is dat de onderneming verliesgevend is geworden vanwege een overtollig personeelsbestand of van in verhouding te hoge arbeidskosten;
- het opnemen van een evaluatiebepaling;
- geen dwangakkoord voor ondernemingen die geen overlevingskansen meer hebben;
- wie draagt de herstructureringslasten;
- de positie van de schuldeiser in het akkoord ten opzichte van zijn positie bij afwikkeling in faillissement;
- de persoon van de observator en de herstructureringsdeskundige.

Hoogachtend,

G. Dolsma  
wnd. directeur Economische Zaken

## BIJLAGE

VNO-NCW en MKB-Nederland hebben een aantal verbeterpunten bij het wetsvoorstel.

### *Geen draaideursituaties creëren*

Voorkomen moet worden dat deze wet een route wordt voor een verkwistende ondernemer om keer op keer zijn onderneming voort te zetten<sup>1</sup>. Wij pleiten voor aansluiting bij art. 288 lid 2 onder d Fw dat de wetgeving van schuldsanering van natuurlijke personen betreft. Hierin staat dat een akkoord wordt geweigerd, indien minder dan tien jaar voorafgaande aan de dag waarop het verzoek is ingediend, ten aanzien van de schuldenaar de schuldsaneringsregeling van toepassing is geweest.

### *Doorleveringsverplichting alleen met vaste zekerheid voor betaling*

De wederpartij met wie een verbintenis is aangegaan, kan worden verplicht door te gaan met het leveren van goederen of diensten. Het moet worden geborgd dat deze volledig wordt betaald voor de door hen te leveren goederen of diensten en dat deze doorlevering van essentieel belang is voor het voortbestaan van de onderneming<sup>2</sup>. Deze zekerheid van betaling wordt door het wetsvoorstel niet helder gegeven in artikel 373 lid 4 en de MvT. In het artikel moet worden opgenomen dat deze verplichting alleen kan worden opgelegd indien daar een directe betaling tegenover staat.

### *Het eenzijdig kunnen wijzigen of opzeggen van een overeenkomst moet niet gelden voor alle overeenkomsten*

Nieuw is dat de schuldenaar de mogelijkheid krijgt om de overeenkomst eenzijdig te beëindigen als de wederpartij niet instemt met een voorgestelde vrijwillige wijziging of beëindiging. Dit kan leiden tot onwenselijke gevolgen voor de wederpartij bij overeenkomsten waaraan de schuldenaar passief is verbonden of waarbij hij iets moet nalaten, zoals concurrentiebedingen, licentieovereenkomsten, handelsagenturen, distributieovereenkomsten, borgstellingen en derdenzekerheden.<sup>3</sup> In de wet moet worden opgenomen dat een voorstel voor wijziging of opzegging rechter de gevolgen moet toetsen.

---

<sup>1</sup> Art. 369 lid 5 vermeldt dat behoudens de gevallen waarin sprake is van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, een schuldenaar niet opnieuw de procedure van homologatie in de zin van deze wet kan ingaan indien hij in de afgelopen drie jaar een akkoord heeft aangeboden dat bij een stemming door alle klassen is verworpen of ten aanzien waarvan de rechtbank op de voet van artikel 384 de homologatie heeft geweigerd. Met andere woorden kan hij wel steeds weer om een akkoord vragen indien de rechter een akkoord heeft toegelaten.

<sup>2</sup> Het gaat dan over zekerheidsstelling voor nakoming van nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode. Deze zekerheidsstelling dient een harde te zijn en niet teniet kunnen worden gedaan door (zekerheidsrechten van) andere crediteuren e.d.

<sup>3</sup> Zie ook het arrest inzake Credit Suisse/Jongepier - ECLI:NL:HR:2018:424

### *Toepassingsbereik*

Door middel van het akkoord wordt getracht de vermogensstructuur van een onderneming weer gezond te maken. Hoewel er zeker argumenten zijn om het personeelsbestand onderdeel te maken van een dergelijk akkoord heeft de wetgever ervoor gekozen om expliciet in het wetsvoorstel op te nemen dat de regeling geen mogelijkheid biedt om de rechten van werknemers van de schuldenaar in te perken. Gegeven deze keuze van de wetgever kan er echter een onwenselijke en oneerlijk situatie ontstaan:

Stel dat een onderneming in zwaar weer is terecht gekomen vanwege een overtollig personeelsbestand of vanwege in verhouding tot wat in de branche gebruikelijk is te hoge arbeidskosten. Middels de WHOA wordt deze onderneming geherstructureerd terwijl het behoud van het (te dure) personeel dan door de schuldeisers wordt betaald. Dat lijkt ons niet de bedoeling.

*Wij willen er daarom voor pleiten, dat de WHOA niet van toepassing is indien evident is dat de onderneming verliesgevend is geworden vanwege een overtollig personeelsbestand of van in verhouding te hoge arbeidskosten.* Dit zou een van de redenen moeten zijn om homologatie te weigeren.

### *Positie observator*

Als er (nog) geen herstructureringsdeskundige bij het homologatietraject is betrokken, wijst de rechter een observator aan. Het wetsvoorstel geeft geen omschrijving van taken en vaardigheden van de observator. Aangesloten moet worden bij de taken van de herstructureringsdeskundige van art. 371 en de vaardigheden die zijn genoemd in de MvT bij dit artikel, met name in de tekst onder 'lid 6 en 11'. Tot een taak van de observator moet ook behoren dat hij de rechter informeert indien hij aanwijzingen heeft dat zich een weigeringsgrond in de zin van art. 384 lid 2 voordoet (dit kan worden toegevoegd aan art. 380 lid 2).

### *Afkoelingsperiode*

De schuldenaar kan de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen. Een afkoelingsperiode houdt een vergaande inperking van de rechten van leveranciers in. Om misbruik van het instrument te voorkomen, dient er bij het afkondigen van een afkoelingsperiode ook een herstructureringsdeskundige te worden benoemd.

### *Taak herstructureringsdeskundige (art. 371)*

Zolang de werknemers zijn uitgesloten van het toepassingsbereik van de WHOA ligt het niet voor de hand om hen via de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging recht te geven om een verzoek tot het aanstellen van een herstructureringsdeskundige te doen.

In art. 384 lid 2 is een groot aantal situaties opgenomen waarbij de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord moet afwijzen. Wij wensen dat ook de herstructureringsdeskundige de wettelijke taak krijgt om te onderzoeken of zich een weigeringsgrond in de zin van artikel 384 lid 2 voordoet en de rechtbank hierover dient voor te lichten.

*Te goeder trouw*

Om misbruik van de regeling zoveel mogelijk te voorkomen dienen er strenge eisen te worden gesteld aan de inlichtingenplicht van de schuldenaar. Daarom wensen wij dat in het wetsvoorstel wordt opgenomen dat (het bestuur van) de schuldenaar bij het akkoord een verklaring moet afleggen dat de verstrekte informatie naar beste weten juist en volledig is en er geen relevante informatie is achtergehouden en dat er voorafgaande aan het akkoord geen rechtshandelingen hebben plaatsgevonden waardoor de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld of individuele schuldeisers zijn bevoordeeld.

*Evaluatiemoment*

Het dwangakkoord is een uiterste redmiddel waarbij moet worden voorkomen dat de regeling een automatisme in elke situatie wordt. We vinden het dan ook van belang dat er in het wetsvoorstel een evaluatiebepaling wordt opgenomen. Deze ontbreekt echter.

Naast deze verbeterpunten wensen VNO-NCW en MKB-Nederland verduidelijking op een aantal punten.

*Geen dwangakkoord wenselijk voor ondernemingen die geen overlevingskansen meer hebben*

In de MvT is opgenomen dat de WHOA primair ziet op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. Dit komt ook voort uit de Europese richtlijn<sup>4</sup>.

Maar verder in de MvT is een andere invalshoek te lezen: *De WHOA staat verder ook open voor de homologatie van een akkoord waarbij een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, wordt afgewikkeld. De WHOA kan in die situatie worden toegepast als met een gecontroleerde afwikkeling van de bedrijfsvoering door middel van een akkoord buiten faillissement een beter resultaat behaald kan worden dan met een afwikkeling in faillissement.* De betere positie van de schuldeiser is uiteraard een goed uitgangspunt, maar als het bedrijf niet levensvatbaar is, waarom moet het dan nog geherstructureerd worden terwijl alsnog een faillissement het gevolg zal zijn? Of wordt bedoeld dat het dwangakkoord eigenlijk een afhandeling is en dat dan vervolgens tot ontbinding wordt overgegaan of een faillissement wordt aangevraagd?

*Werking WHOA op derdenzekerheid*

Het kan voorkomen dat de schuldenaar ‘derdenzekerheid’ heeft gesteld voor de schuld van een derde jegens de schuldeiser van die derde. Die schuldeiser kwalificeert dan strikt genomen niet als schuldeiser van de schuldenaar, maar kan wel (bij voorrang) verhaal nemen op diens vermogen. Dat roept de vraag op of de werking van de WHOA zich ook niet zou moeten kunnen uitstrekken tot partijen ten gunste van wie de schuldenaar derdenzekerheid heeft gesteld.

---

<sup>4</sup> Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie, Pb EU 2019, L 172/18

### *Het dragen van herstructureringslasten*

In 371 lid 10 wordt stilgestaan bij de herstructureringslasten. In het artikel staat onder meer dat als het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt gedaan door de meerderheid van de schuldeisers, de schuldeisers de kosten dragen. Wat wordt bedoeld met ‘de schuldeisers’?

Die schuldeisers die daadwerkelijk iets terug zien van hun vordering? Of alle schuldeisers, dus ook de schuldeisers die niets zullen terugzien van hun vordering, hetgeen als zeer onbillijk overkomt: de schuldenaar wordt er uiteindelijk beter van en de schuldeiser is zijn geld kwijt en moet ook nog eens voor de herstructurering betalen. Of worden de schuldeisers bedoeld die voor hebben gestemd?

Dit moet worden verduidelijkt.

### *Verruiming van afkoelingsperiode*

De bepalingen betreffende de afkondiging van een afkoelingsperiode (inclusief de schorsing van de behandeling van een faillissementsaanvraag) zijn verruimd. De afkoelingsperiode duurt nu ten hoogste vier maanden en kan worden verlengd tot in totaal acht maanden. In het consultatievoorstel was de afkoelingsperiode maximaal 2 maanden. Dit is wel een erg lange periode waarin schuldeisers op afstand worden gehouden. Waarom is hiervoor gekozen?

### *Individuele schuldeiser niet op achteruit ten opzichte van uitkering in faillissement*

De MvT maakt de terechte opmerking dat het akkoord redelijk is als schuldeisers en aandeelhouders die bij het akkoord worden betrokken erbij gebaat zijn of er in ieder geval niet op achteruit gaan ten opzichte van hun positie bij de afwikkeling van een regulier faillissement.

De MvT beschrijft ook een aantal maal dat de schuldeiser bij een akkoord niet in een aanmerkelijk slechtere positie moet komen dan de positie die hij heeft indien er een faillissement plaatsvindt. Door toevoeging van ‘aanmerkelijk’ zou daarmee kunnen worden gezegd dat men in deze wetgeving akkoord gaat met een *slechtere* positie van een schuldeiser, mits deze positie niet ‘aanmerkelijk’ slechter is. Deze beschrijving is niet juist en vlakt af dat de schuldeiser niet in een slechtere positie mag komen dan zijn positie bij een regulier faillissement. De toevoeging ‘aanmerkelijk’ dient te worden geschrapt in de betreffende teksten van de MvT.

Wat daarbij nog van belang is, is dat ook duidelijk moet worden gemaakt dat niemand van de schuldeisers juist door het akkoord wordt bevoordeeld ten opzichte van de andere schuldeiser! Dit kan door toevoegen van art. 42a lid c: *Op het moment dat de machtiging wordt verleend niet aannemelijk is dat degene met wie de rechtshandeling wordt verricht door die rechtshandeling boven andere schuldeisers wordt begunstigd.*

Deze opmerkingen hebben betrekking op de artikelen 42a onder b; 376 lid 4 onder b; 384 lid 2 onder f; 384 lid 3.

*Wie kan observator/herstructureringsdeskundige zijn?*

Is het de bedoeling dat er een lijst van personen bij de rechtbanken komt waaruit kandidaten voor observator en/of herstructureringsdeskundige kunnen worden gekozen? En zo ja, aan welke criteria moeten de kandidaten voldoen, aan welke professies(achtergrond) wordt gekozen en op welke wijze kunnen kandidaten op deze lijst komen? Overigens zijn wij van mening dat de persoon van observator en/of herstructureringsdeskundige geen curator behoeft te zijn en moet afhangen van de aard van de schulden en de grootte van de onderneming.