
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. 25 **TWEEDE NADER GEWIJZIGD AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER GRAAF C.S. TER VERVANGING VAN DAT GEDRUKT ONDER NR. 23**
Ontvangen 18 mei 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

Artikel I, onderdeel F, wordt als volgt gewijzigd:

1. Het voorgestelde artikel 374 wordt als volgt gewijzigd:

a. Voor de tekst wordt de aanduiding ‘1’ geplaatst.

b. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

2. Concurrente schuldeisers worden tezamen in een of meer aparte klassen ingedeeld, als:

a. deze schuldeisers op het moment dat het akkoord overeenkomstig artikel 381 ter stemming wordt voorgelegd, een rechtspersoon zijn als bedoeld in de artikelen 395a en 396 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of een schuldeiser bij wie op dat moment vijftig of minder personen werkzaam zijn dan wel ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn met een vordering voor geleverde goederen of diensten of een vordering uit een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, en

b. aan deze schuldeisers op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden wordt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht wordt aangeboden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen.

2. Het voorgestelde artikel 375, tweede lid, wordt als volgt gewijzigd:

a. De punt aan het slot van onderdeel e wordt vervangen door een puntkomma.

b. Er wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:

f. voor zover van toepassing, een schriftelijke verklaring inhoudende welke zwaarwegende grond aanwezig is waardoor de concurrente schuldeisers, bedoeld in artikel 374, tweede lid, op basis van het akkoord een uitkering in geld aangeboden krijgen die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vordering of onder het akkoord een recht aangeboden krijgen dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vordering.

3. In het voorgestelde artikel 384, vierde lid, wordt voor onderdeel a een onderdeel ingevoegd, luidende:

0a. bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd, aan een klasse van schuldeisers als bedoeld in artikel 374, tweede lid, een uitkering in geld wordt aangeboden die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun vorderingen of onder het akkoord een recht aangeboden zal worden dat een waarde vertegenwoordigt die minder bedraagt dan 20% van het bedrag van hun

vorderingen, terwijl daarvoor geen zwaarwegende grond is aangetoond;

Toelichting

Dit amendement vergroot de effectiviteit van het wetsvoorstel. In de eerste plaats verhoogt het amendement de transparantie betreffende de keuzes die worden gemaakt ten aanzien van de uitkeringen die op basis van het akkoord worden toegekend aan de betrokken schuldeisers en aandeelhouders. Daarmee verlaagt het amendement de misbruikgevoeligheid van de regeling. Het risico van de voorgestelde WHOA is namelijk dat de procedure strategisch ingezet wordt om schuldeisers af te schrijven terwijl daar onvoldoende noodzaak voor is. Dit zou bijvoorbeeld bewerkstelligd kunnen worden door informatie achter te houden en zo de waardering van de onderneming kunstmatig laag te houden. De rechter toetst dit uiteraard, maar zal soms onmogelijk kunnen weten of informatie achtergehouden wordt, zeker bij een snelle procedure als de WHOA.

Daarnaast maakt dit amendement expliciet dat het een doelstelling is van de WHOA dat vooral kleinere MKB-schuldeisers die leverancier zijn van de schuldenaar profiteren van een akkoord. Het amendement voert een minimumbescherming in voor deze schuldeisers. Het reorganisatie-surplus dat met een akkoord kan worden bereikt, wordt mede mogelijk gemaakt door de kleinere leveranciers. Het is redelijk om veilig te stellen dat zij in ieder geval profiteren van de reorganisatie. Hun betrokkenheid bij de onderneming is immers essentieel voor het voortbestaan van de onderneming en daarmee ook voor de totstandkoming van het akkoord. Als zo'n schuldeiser tot 0% wordt afgeschreven, is dat daarom in principe onredelijk richting deze schuldeiser. Naast dat hij betrokken blijft bij de onderneming als leverancier, geeft deze schuldeiser ook nog een deel van hun vordering prijs om de reorganisatie mede mogelijk te maken. Bovendien geldt voor deze categorie schuldeisers dat zij veel minder armslag hebben om de schade die optreedt als een vordering niet volledig betaald wordt op te vangen.

Dit amendement regelt met een *hard and fast rule* minimumbescherming. De kleinere MKB-schuldeisers die leverancier zijn van de schuldenaar of een vordering op de schuldenaar hebben die voortvloeit uit een onrechtmatige daad zouden in beginsel ten minste 20% van hun vordering betaald moeten krijgen. De 20%-regel is om voornoemde redenen bewust beperkt tot deze categorie concurrente schuldeisers. Hieronder vallen ook zelfstandigen zonder personeel (zzp-ers) en eenmanszaken. Dit blijkt uit de passage "schuldeisers bij wie [...] vijftig of minder personen werkzaam zijn". De regel geldt voor natuurlijke personen die geen onderneming drijven (en geen werknemers hebben) vanwege een vordering uit onrechtmatige daad (waaronder een vordering vanwege letsel- of overlijdensschade). De 20%-regel ziet niet op:

- partijen die vorderingen hebben opgekocht voor minder dan 20% van de waarde;
- financiers met een achtergestelde lening zonder zekerheden,
- rechtspersonen binnen de groep die onderling financieringen verstrekken;
- aandeelhouders die ook een concurrente vordering hebben op de schuldenaar, en
- obligatiehouders.

Volgens de Raad van State ontvangen concurrente crediteuren bij de Amerikaanse *Chapter 11*-procedure gemiddeld 52%, waardoor meer dan aannemelijk is dat het genoemde minimumpercentage van 20% niet onnodig gaat knellen.

Overigens wordt hierbij opgemerkt dat consumenten niet zijn meegenomen. Er wordt namelijk vanuit gegaan dat zij in de praktijk nooit als schuldeiser betrokken zullen zijn bij een akkoord. Anders dan in faillissement, wordt de onderneming bij een WHOA-akkoord gewoon voortgezet en kan de onderneming dus de bestellingen die zijn gedaan door consumenten gewoon afleveren. Als de onderneming niet zou leveren, zorgen de regels van consumentenbescherming ervoor dat de vordering van een consument op deze ondernemer uit wanprestatie blijft bestaan. Dat is dwingend recht waarvan niet in een akkoord kan worden afgeweken.

Om ervoor te zorgen dat alle betrokken partijen bij het akkoord hun best doen om ervoor te zorgen dat deze

20%-regel wordt gehanteerd, worden er drie aanpassingen doorgevoerd in de voorgestelde regeling.

- Aan artikel 374 wordt een nieuw tweede lid toegevoegd. Daarin wordt bepaald dat de schuldeisers die in beginsel aanspraak kunnen maken op de 20%-uitkering, tezamen worden ingedeeld in één of meerdere klassen.
- Als 20% in een specifiek geval toch teveel blijkt, is reorganisatie via de WHOA nog altijd mogelijk. Maar dan dient de schuldenaar in dat geval in de bescheiden die hij moet overleggen bij zijn akkoord, een verklaring op te nemen waarin hij expliciet uitlegt welke zwaarwegende grond aanwezig is die het nodig maakt om af te wijken van het principe dat de kleinere MKB-schuldeisers in beginsel 20% van hun vordering betaald krijgen. Dit is bepaald in het nieuwe onderdeel f dat wordt toegevoegd aan artikel 375, tweede lid. In die verklaring zal de schuldenaar daarbij ook de link moeten leggen met de informatie die hij op grond van artikel 375, eerste lid onderdelen e en g in zijn akkoord moet opnemen. Dit betreft informatie over waarde die naar zijn verwachting gerealiseerd gaat worden als het akkoord tot stand komt en de uitgangspunten die hij gehanteerd heeft bij de berekening van die waarde. Doordat de schuldenaar zich hier expliciet over moet uitlaten in de bescheiden die hij moet overleggen bij zijn akkoord, krijgen de schuldeisers deze informatie nog voor de stemming over het akkoord. Zij kunnen de uitleg die de schuldenaar geeft dus mee laten wegen in hun beslissing om al dan niet in te stemmen met het akkoord. Dit vormt een waarborg dat de schuldenaar zijn best zal doen om zich waar dat mogelijk is te houden aan de 20%-regel. Hij riskeert immers veel tegenstemmen als hij niet goed kan verklaren waarom het niet mogelijk is om de kleinere MKB-leveranciers minimaal 20% van hun vordering uit te betalen.
- Een volgende waarborg vormt de toets van de rechter. De rechter zal op grond van artikel 384, tweede lid, onder c, altijd toetsen of de bovengenoemde verklaring er is. Als de klasse waarin de MKB-leveranciers ingedeeld zijn, niet overtuigd is van de uitleg en tegen het akkoord stemt, kan een bredere toets van de rechter volgen. In dat geval kunnen de kleinere MKB-leveranciers namelijk bezwaar maken tegen de goedkeuring van het akkoord op de grond dat niet is aangetoond dat er sprake is van een zwaarwegende grond om af te wijken van het beginsel dat deze leveranciers 20% van hun vordering krijgen. Dit wordt geregeld in een nieuw onderdeel dat wordt toegevoegd aan artikel 384, vierde lid. De kleine MKB-leveranciers krijgen dan de gelegenheid om de informatie die de schuldenaar op grond van art. 375, tweede lid, onder f heeft moeten overleggen omtrent de zwaarwegende grond te betwisten. De schuldenaar zal zich dan hierover bij de rechter nader moeten uitlaten. De rechter zal dit bij zijn oordeel of een zwaarwegende grond aanwezig is, betrekken. De rechter toetst bij de vraag of een zwaarwegende grond aanwezig is in ieder geval of voldoende vaststaat dat een verdeling van de reorganisatieopbrengst waarbij 20% toekomt aan de betreffende schuldeisers, niet mogelijk is.

Van der Graaf
Van Nispen
Nijboer