

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Mevrouw I. Wolfram-Van Doorn
Turfmarkt 147
2511 DP DEN HAAG

Rotterdam, 29 november 2017
Referentie 6271/CL/fo

Betreft: voorgenomen Wet Homologatie Onderhands Akkoord

Geachte mevrouw Wolfram,

Hierbij sturen we u in het kader van de lopende consultatieperiode onze reactie, inzake de voorgenomen Wet Homologatie Onderhands Akkoord (hierna te noemen: 'WHOA').

Kruger

Opgericht in 1988, is onder meer gespecialiseerd in dienstverlening aan middelgrote bedrijven (omzet € 3 - € 300 mln./jaar) welke in een (potentieel) continuïteit bedreigende situatie verkeren. Dit betreft: analyse, planvorming hoe de problemen op te lossen, stakeholders overtuigen, eventueel financiering regelen bij al dan niet reeds betrokken partijen, indien noodzakelijk verkoop van bedrijf of (deel van de) activiteiten of wanneer het niet anders kan de schade beperken.

In deze bijna 30 jaar hebben wij circa 2.000 bedrijven in een zogenaamde 'restructuring' situatie geadviseerd veelal op recommandatie van betrokken stakeholders als financiers, aandeelhouders, bestuurders, commissarissen, accountants of andere (juridische) adviseurs.

Kruger is in Nederland toonaangevend in haar marktgebied.

Algemeen

Het is iedere betrokkene bij herstructurerings duidelijk, dat (kostenbesparende) aanpassingen in het rigide Nederlandse arbeidsrecht dringend noodzakelijk zijn. Met name de laatste wetwijzigingen (WWZ) hebben, door de invoering van de transitievergoeding en de afschaffing van de voormalige UWV ontslagroute, het reorganiserend vermogen van het kleine tot middelgrote bedrijf immers enorm aangetast of zelfs onmogelijk gemaakt.

Helaas voorziet de voorliggende tekst van de WHOA niet in een oplossing voor dit probleem. Het uiteindelijke te verwachten positieve effect van de WHOA zou hierdoor nog veel groter kunnen zijn.

Het is gegeven het belang van het MKB, het kleine tot middelgrote bedrijf, voor onze economie essentieel dat de WHOA ook voor deze categorie bedrijven werkbaar is en tot de zeker gewenste effecten leidt. Hiervoor zijn van belang voor de schuldenaar: eenvoud, eenduidige uitleg, snelheid en relatief beperkte kosten. Voor de schuldeisers zijn dezelfde aspecten van belang waarbij rekening moet worden gehouden, dat naast de financiers met zekerheden (en vaak een voorsprong in informatie) en preferente crediteuren er veelal sprake is van veel concurrente crediteuren zonder tijdige informatie en geen middelen om controle op het proces te houden.

Gezien bovengenoemde punten hebben wij de voorliggende regeling ook bekeken op eventuele ongewenste misbruikaspecten.

t. +31 (0)10 21 21 922
f. +31 (0)10 21 22 409

e. office@kruger.eu
w. kruger.eu

postadres: Postbus 8677
3009 AR Rotterdam

adres: Steupelstraat 50
3065 JE Rotterdam

Wij hebben, als niet-juristen, op basis van onze ervaring getracht de voorliggende regeling zoveel mogelijk te beoordelen op het mogelijke en verwachte gebruik in de praktijk.

Het Voorontwerp is een uitstekend initiatief en is op hoofdlijnen goed

- Zonder volledigheid te willen pretenderen zien we een aantal grote voordelen voor de herstructureringspraktijk van het kleine tot middelgrote bedrijf of instelling.
- Het huidige alternatief voor faillissement, de surseance, functioneert in de praktijk eigenlijk niet. De WHOA voorziet in een veelbelovende alternatieve oplossingsroute door duidelijke toepasbare oplossingsgerichtheid en het vermijden van schade berokkenende publiciteit.
- De schuldenaar houdt, in de praktijk veelal met vakkundige ondersteuning, exclusieve controle over de normale bedrijfsuitoefening en heeft via samenwerking met de deskundige invloed op het proces.
- De opgenomen mogelijkheid om een externe objectieve deskundige te benoemen is essentieel. Juist in dit deel van het bedrijfsleven (veel directeur-groot-aandeelhouder situaties en familie-bedrijven) is in lastige omstandigheden emotie te vaak een te grote drijfveer.
- Door de vrijheid in de inrichting van de inhoud van het akkoord waarin, indien noodzakelijke, alle vermogensverschaffers, medeschuldenaren en borgen gebonden kunnen worden is maatwerk mogelijk. Iedere situatie is anders.
- Bezwaren moeten vroegtijdig kenbaar worden gemaakt waardoor (noodzakelijke) snelle aanpassing eventueel nog kan.
- Het criterium voor instemming (2/3 van het bedrag dat heeft gestemd) is redelijk en werkbaar.
- De WHOA kent de mogelijkheid voor het faciliteren van een noodfinanciering. Deze is in een belangrijk percentage van de discontinuïteit situaties nodig om tijd te overbruggen.
- Formaliteiten en voorschriften zijn zoveel mogelijk beperkt, geen onnodig lange termijnen en zoals we begrijpen geen onnodige rechterlijke betrokkenheid, dus een snelle procedure lijkt mogelijk.
- Juist bij het kleine tot middelgrote bedrijf zijn bestuur en aandeelhouder(s) vaak (deels) dezelfde personen. In de huidige praktijk kunnen daardoor tegenstrijdige belangen en begrijpelijke emoties goede en voor schuldeisers acceptabele oplossingen tegenwerken. Door de inschakeling van de externe objectieve deskundige komt het voorstel voor een akkoord uit handen van een onafhankelijke partij die geen eigen belang heeft.

Belangrijkste voordelen en noodzakelijk voor het realiseren van de gewenste doelstellingen zijn snelheid en zekerheid.

- Het formele traject kan met de WHOA, na een goede voorbereiding, worden doorlopen in 1-2 maanden. Langer mag en kan het in de praktijk niet duren.
- Geen hoger beroep mogelijk waardoor duidelijkheid en zekerheid ontstaat in stressvolle situaties en noodzakelijke besluitvorming kan plaatsvinden welke later niet kan worden teruggedraaid.

Vragen en opmerkingen naar aanleiding van toelichting Ontwerp

Er wordt aangegeven dat de WHOA is bedoeld voor ondernemingen met rendabele bedrijfsactiviteiten. Wat is de definitie van rendabel?

- Is rendabel minimaal een onderbouwd verwacht nul resultaat of moet er sprake zijn van een positieve cashflow of dienen de resultaten afgezet te worden tegen de gemiddelde resultaten uit de sector. Gedachte kan zijn, dat het de moeite waard is een bedrijf weer een serieuze kans te geven indien er minimaal zicht is op een break-even resultaat (voor afschrijving immateriële vaste activa) en de overbruggingsperiode daar naartoe kan worden gefinancierd. Uiteraard dienen de uitgangspunten reëel te zijn en dient externe en objectieve toetsing van deze uitgangspunten te hebben plaatsgevonden.

- Betreft dit alle activiteiten van een onderneming of is één te continueren separate activiteit ook voldoende? Met name bij kleine tot middelgrote bedrijven komt het immers regelmatig voor, dat verschillende activiteiten zijn ondergebracht in één vennootschap.
- Veelal is reorganisatie noodzakelijk om tot rendabele bedrijfsresultaten te komen. Hiervoor is additionele financiering nodig die dan alleen financierbaar is door of na schuldsanering. Rendabel houdt dus nemen we aan: na schuldsanering.
- Ondernemers hebben vaak een (te) optimistische visie op de te realiseren rendabele toekomst. Zij wijzen vaak naar externe oorzaken waarvan men verwacht dat die in de toekomst niet meer plaatsvinden. Adviseurs gaan daar soms in mee. In de praktijk zijn echter bijna altijd interne oorzaken minstens zo belangrijk. De mogelijkheid een onafhankelijke derde te benoemen die het akkoord aanbiedt in artikel 381 lid 4 onder e, dat een herfinanciering door de markt vereist indien een batig gerangschikte klasse tegenstemt, ondervangen hopelijk dat te optimistische plannen het effect en de blijvende acceptatie van de WHOA teniet doen.
- Een akkoord kan ook nuttig zijn om een onderneming op een doelmatige wijze af te wikkelen (liquidatie-akkoord). Het zal dan bijna per definitie gaan om een niet-levensvatbare onderneming.

Vragen en opmerking naar aanleiding van Ontwerp

- 42a ... *wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed dat...*
Te zwakke tekst in verband met vrees voor bestuurdersaansprakelijkheid c.q. voor benadeling boedel door lening verstrekker.
- 369 lid 9
We begrijpen dat dit om pragmatische redenen gebeurt, maar afvloeiings-/transitievergoedingen zouden toch moeten worden meegenomen. Juist bij het kleine tot middelgrote bedrijf zijn reorganisatiekosten een minstens zo grote bottleneck als schulden aan andere schuldeisers.
- 370 lid 1
Een schuldenaar die voorziet ...
Wanneer is dit van toepassing? Als slechts een kans op insolventie bestaat (en dus ook nog een reële kans bestaat dat insolventie zonder een akkoord is af te wenden) of alleen indien insolventie (zonder akkoord) niet meer is af te wenden? Alleen wanneer dit laatste voldoende duidelijk is vast te stellen, bestaat naar ons oordeel voldoende rechtvaardiging om de ingrijpende gevolgen van de regeling in te roepen (net zoals in faillissement).
- 370 lid 2
De mogelijkheid derden in het akkoord te betrekken, zou zich ook moeten uitstrekken tot de natuurlijke persoon ondernemer. Zonder een oplossing voor eventueel persoonlijk afgegeven garanties kan de vereiste medewerking van de ondernemer uitblijven en is een totaaloplossing mogelijk niet te bereiken.
- 371 lid 1
Indien redelijkerwijs aannemelijk is:
Hier geldt dezelfde vraag als ten aanzien van het criterium onder artikel 370 lid 1 (schuldenaar voorziet). Het zal vast moeten staan dat de toestand van 'zonder akkoord onvermijdbare insolventie' daadwerkelijk bestaat of onafwendbaar is, anders is het inschakelen van een derde niet op zijn plaats.

Wij wijzen erop dat het Voorontwerp niet uitsluit, dat een schuldeiser met een zeer geringe vordering (onnodig/ongewenst) om de benoeming van een deskundige kan verzoeken.

Mogelijk biedt het leerstuk misbruik van bevoegdheid een voldoende instrument om onevenredig gebruik tegen te gaan.

Het is van belang dat aansprakelijkheid van de deskundige wettelijk wordt uitgesloten of sterk beperkt (opzet of bewuste roekeloosheid). De deskundige opereert in een krachtenveld met een te kort waarin altijd teleurgestelde partijen zijn. Lichtvaardige aansprakelijkheidsstellingen vallen in zo'n situatie te verwachten en kunnen de deskundige het werk onmogelijk maken of deze voor latere situaties doen afhaken.

Het criterium dat redelijkerwijs niet verwacht mag worden dat de rechtbank het door de schuldenaar aangeboden akkoord niet zal homologeren, lijkt een wel erg hoge drempel op te werpen voor de benoeming van een deskundige. Een schuldeiser zal vaak met de andere schuldeisers onbekend zijn, laat staan weten hoe zij voornemens zijn te stemmen, en de homologeerbaarheid is onder meer afhankelijk van waarderingsvragen die zich vooraf niet eenvoudig laten beantwoorden.

Competenties en criteria waaraan deskundige moet voldoen:

Door rechtbank geaccepteerde deskundige, bijvoorbeeld partner bij gerenommeerd register accountantskantoor of andere deskundige. Zo is er bijvoorbeeld een internationaal netwerk van adviseurs die zich richten op het ondersteunen van bedrijven in problemen, Turnaround Management Association. Binnen de TMA zijn inmiddels een fors aantal leden gecertificeerd als EACTP (European Association of Certified Turnaround Professionals).

- 372
Ook voor de bevoegdheid van de schuldenaar om een overeenkomst te beëindigen en om te zetten in een concurrente verplichting tot schadevergoeding die vervolgens kan worden geherstructureerd zal moeten gelden, dat de toestand van insolventie daadwerkelijk bestaat of onafwendbaar is. Anders kan deze bevoegdheid te lichtvaardig worden ingeroepen.
- 375
Als een afkoelingsperiode is gelast, ook indien deze zich slechts richt tegen een enkele crediteur, zullen de financiële problemen snel rondzingen. Dit onderstreept het belang om het akkoord snel tot stand te kunnen brengen.
- 376
De rechtbank zal met spoed moeten beslissen anders heeft het geen zin meer. Het is een verstandige keuze, dat de behandeling in raadkamer plaatsvindt en daarmee besloten is.
- 378 lid 1
Het verdient aanbeveling, dat de wet duidelijk maakt op welke wijze de oproeping dient te geschieden. Onduidelijkheid over de geldigheid van de oproeping kan tot grote rechtsonzekerheid leiden.
- 381 lid 3
Wij vragen ons af of de vermogensvergelijking onder artikel 381 lid 3 onder d nodig is indien alle klassen met het akkoord hebben ingestemd. De vermogensvergelijkingstoets vereist een ingewikkelde analyse met grote onzekerheidsmarges.

Dit gaat tot veel juridische discussie leiden, dat een aanzienlijke belasting in termen van kosten en

tijd met zich gaat brengen en de regeling voor het MKB, het kleine tot middelgrote bedrijfsleven, veel minder inzetbaar zal maken.

– 381 lid 4

De regels onder artikel 381 lid 4 zijn bijzonder ingewikkeld en vormen ons inziens een bron van juridische geschillen met alle kosten en vertraging van dien. Dit maakt de regeling minder inzetbaar voor het kleine tot middelgrote bedrijfsleven. Om de regeling voor hen hanteerbaar te maken, geven wij u in overweging deze regels drastisch te vereenvoudigen.

Bij MKB bedrijven is vaak sprake van een of meer ondernemers, tevens directeur-groot-aandeelhouders (DGA), die voor de bedrijfsuitoefening essentieel is of zijn. Het is vaak van zeer groot belang voor alle belanghebbenden, dat de ondernemer(s) zich voor de onderneming blijft of blijven inzetten en een aandelenpositie behouden ook indien door hen geen nieuw geld wordt ingebracht (het gaat dan vaak om specifieke know-how, vakmanschap, klantrelaties, verkoopkracht, motivatie van sleutelfunctionarissen e.d.). De ondernemer is doorgaans alleen bereid bij de onderneming betrokken te blijven indien hij een substantieel aandelenbelang kan behouden. Als er een tegenstemmende klasse is die onder het akkoord niet volledig wordt voldaan, staat de zogenaamde *absolute priority rule* van artikel 381 lid 4 onder a dit nu in de weg.


Voor het MKB, waar vaak sprake is van een ondernemer-aandeelhouder die voor de bedrijfsvoortzetting onmisbaar is, vormt dit een wezenlijke belemmering. In de Verenigde Staten is dit probleem voor 'SME's' onderkend en zijn voorstellen gedaan om dit te verhelpen (SME Equity Retention Plan). Ook in de voorgestelde Nederlandse regeling is hiervoor een oplossing vereist.

– 381 lid 6

De uitsluiting van hoger beroep is voor de inzetbaarheid voor het kleine tot middelgrote bedrijf essentieel. Met de mogelijkheid van een rechtsgang in twee of drie instanties wordt de regeling voor het MKB een louter theoretische mogelijkheid.

Wij vertrouwen hiermee mogelijk een bijdrage te leveren aan de totstandkoming van het goede initiatief om te komen tot een zo doordacht mogelijke WHOA.

Hoogachtend,
Kruger



drs C.A. Lieve