

Ministerie van Justitie en Veiligheid  
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming  
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker  
Postbus 20301  
2500 EH DEN HAAG

Mevrouw mr. drs. A.G. van Dijk  
Directie Wetgeving en Juridische Zaken  
Ministerie van Veiligheid en Justitie  
Per email: DWJZ.Bedrijfsvoering@minvenj.nl

**Van den Herik @ Verhulst  
Advocaten N.V.**

Postbus 50535  
3007 JA Rotterdam

Wilhelminaplein 16  
3072 DE Rotterdam

t (+31)(0)10 410 00 55  
f (+31)(0)10 481 51 72  
www.herikverhulst.nl

St. Beheer Deringelden  
Van den Herik & Verhulst  
NL11ABNA050305166

Rotterdam, 30 november 2017

Betreft : Voorontwerp homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

Zijne Excellentie, Geachte mevrouw Van Dijk,

### ***Bankenbonus moet verdeeld worden***

*Wet dient te zorgen voor een eerlijke verdeling van de meeropbrengst die ontstaat door toepassing van de WHOA*

1. Het wetsvoorstel "Wet Homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement" en het doel van het wetsvoorstel is in één woord uitstekend maar – als de WHOA er geen stokje voor steekt – wordt het voordeel van de toepassing van deze wet niet eerlijk verdeeld over de schuldeisers. Ik licht dat toe.
2. Het woord "eerlijk" is tot vijf maal toe in de Memorie van Toelichting genoemd en wordt met zoveel woorden ingevuld door te verwijzen naar de Amerikaanse "*absolute priority rule*". Dat is de regel dat iemand met een lagere rang alleen kan worden voldaan als degene met een hogere rang volledig is voldaan.
3. Het is aan te nemen dat bij de totstandkoming van een WHOA-akkoord in veel gevallen alleen de zekerheidsgerechtigden (hierna gemakshalve: de banken) aanspraak kunnen maken op de gehele of nagenoeg gehele "opbrengst" wanneer er in klassen wordt gestemd en de andere schuldeisers hun aanspraken definitief gaan verliezen (door de gerechtelijke homologatie via de WHOA).
4. Het afschudden van de andere schuldeisers via de WHOA en het daarmee voorkomen van een faillissement creëert echter een meeropbrengst, welke meeropbrengst eveneens geheel of grotendeels wordt uitbetaald aan de banken. Dat is niet terecht omdat:

- a) het bestaan en voortbestaan van de onderneming een resultaat is van de inspanningen van alle schuldeisers, en zeker niet een prestatie van de banken alleen;
  - b) het juist die andere schuldeisers zijn die hun vordering geheel of grotendeels moeten inleveren terwijl de banken bij een akkoord geheel of vrijwel geheel worden voldaan.
5. Daarom moet worden opgenomen hoe de meeropbrengst die ontstaat *door* het akkoord (de waarde van de onderneming door het voorkomen van faillissement – de reorganisatiewaarde – afgezet tegen de liquidatiewaarde) en met name de gerechtelijke homologatie evenrediger wordt verdeeld.
  6. Als de wetgever geen norm dwingend wil opleggen dan zou, mijns inziens, als alternatief homologatie alleen kunnen plaatsvinden als het akkoord duidelijk maakt waarom, in afwijking van de nog in de wet op te nemen hoofdregel over een echt eerlijke verdeling, de meeropbrengst in dat specifieke geval per sé alleen of grotendeels terecht mag komen bij de banken (“*comply or explain*”).
  7. Als de WHOA daarover géén bepaling bevat – wat nu nog het geval is –, dan heeft de rechter onder de WHOA niet de mogelijkheid om op die grond een akkoord af te wijzen.
  8. De WHOA zoals deze er nu voor staat is daarmee vooral een maximerings“*tool*” voor de banken en mist dan in de praktijk een toegevoegde waarde voor de verhaalsmogelijkheden van de overige schuldeisers.<sup>1</sup>
  9. Mijn aanbeveling is dan ook om in de WHOA op te nemen dat het positieve *verschil* tussen de liquidatiewaarde in geval van een faillissement enerzijds en de reorganisatiewaarde anderzijds, op zijn minst dient te worden verdeeld over de navolgende drie categorieën tot maximaal het beloop van hun vordering:<sup>2</sup>
    - a. de klasse “zekerheidsgerechtigden” (die al het grootste voordeel van het akkoord meekrijgen door het “scoopen” van de liquidatiewaarde tegen lage kosten) ontvangt daar bovenop maximaal 35% van die meeropbrengst,<sup>3</sup>
    - b. de klasse “bevoorrechte crediteuren” (w.o. de Belastingdienst) ontvangt maximaal 40% van die meeropbrengst,
    - c. de klasse “concurrente crediteuren” ontvangt minimaal 25% van die meeropbrengst (waar aan de orde, te vermeerderen met BTW).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> In de praktijk komt het voor dat kleinere crediteuren wel geheel of deels betaald worden, maar dit heeft vooral een praktisch motief en geschiedt niet uit naastenliefde. Een voordeel van het akkoord is dat de onderneming economisch actief blijft en *kan* blijven bestellen bij leveranciers, maar dat onzekere voordeel is geen verhaalsvoordeel en van dat voordeel genieten de banken evenzeer.

<sup>2</sup> Wat nu volgt is slechts een voorbeeld van een oplossing om de onevenredige verhaalsbeoordeling te adresseren. Andere oplossingen zijn ook denkbaar.

<sup>3</sup> Deze 35% stimuleert de banken om de weg van de WHOA te kiezen, die overigens relatief nu al veel aantrekkelijker is dan oorspronkelijk bedacht vanwege de problemen (in *hun* ogen) verbonden aan de pre-pack.

<sup>4</sup> Daarnaast dient de WHOA de intra-concern vorderingen achter te stellen bij de concurrente crediteuren.

10. De omstandigheid dat er over de meerwaarde evenrediger wordt afgerekend bevordert overigens ook dat alle schuldeisers zich kunnen vinden in het akkoord, waarmee een gedwongen “cram down” zoveel mogelijk kan worden voorkomen.
11. Daarenboven vergroot een wettelijke normering de kans dat er een akkoord buiten de rechter tot stand komt waardoor ook de rechterlijke macht wordt ontlast. De beide waarden (de liquidatie- en reorganisatiewaarde) dienen volgens de concept tekst van de WHOA nu al berekend te worden en te worden overgelegd.<sup>5</sup> Er is dus geen extra taak- en lastenverzwaring.

### ***Het faillissement, een paradijs voor banken.***

12. Zo luidde de titel van het recente afscheidscollege van prof. S.C.J.J. Kortmann d.d. 29 september jl. Prof. Kortmann constateerde in zijn afscheidscollege dat de banken in Nederland zeer succesvol zijn in het realiseren van een optimaal resultaat tijdens het faillissement. Ook in vergelijking tot de recovery rates van banken in het buitenland.
13. De banken krijgen naar zijn schatting in Nederland maar liefst 89,3% tijdens faillissement, tegenover 1,6 - 5,3% voor de concurrente crediteuren. Volgens hem leven deze laatsten in een “pauperparadijs”.
14. De WHOA optimaliseert dit voordeel nog eens extra, van de één ten koste van de ander.
15. De banken zijn al genoeg geholpen op kosten van het collectief. Het is dus hoog tijd dat de wetgever de andere schuldeisers met dit overigens verder excellente wetsvoorstel WHOA een eerlijke positie gaat toebedelen. Het paradijs is immers niet alleen voor de sterken.

Hoogachtend,

  
R.C.M. van Moorsel  
curator

---

<sup>5</sup> het voorgestelde artikel 374 lid 1 sub c Fw.