

Ruim baan voor de WHOA

Mr. Ph. W. Schreurs*

Nederland loopt zijn grote achterstand op herstructureringsgebied in. De WHOA is een evenwichtig en breedgedragen wetsvoorstel waarmee bedrijven in moeilijkheden kunnen worden gered. In deze column wordt betoogd dat het instrument in de komende crisis eigenlijk niet kan worden gemist. De recent ingediende amendementen kunnen beter worden bewaard voor een volledige herziening van het insolventierecht.

Naast al het torenhoge leed heeft de coronacrisis zowaar ook al enig positief effect gehad. Zij heeft in de afgelopen maand maart namelijk geleid tot een discussie over de invoering van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA). De discussie liep daarbij nogal hoog op.

Het wetsvoorstel voor de WHOA vloeit rechtstreeks voort uit de vorige crisis die de wereld, en vooral Europa, van 2009-2014 in een stevige greep hield. Wat aanvankelijk slechts een bankencrisis leek, leidde tot ondermijning en weggebben van vertrouwen in het financiële systeem, welke malaise uiteindelijk doordrong in de 'reële economie' – een merkwaardige term waarmee het 'gewone' bedrijfsleven wordt bedoeld, maar die bij mij de ontrechte suggestie wekt dat het financiële systeem geen deel van de economie zou uitmaken.

Toen, net als nu ten gevolge van het COVID-19-virus, deed zich het fenomeen voor dat volstrekt goed georganiseerde en behoudend gefinancierde – kortom kerngezonde bedrijven – van de ene op de andere dag te maken hadden met acute omzetsuitval. Doordat banken eind 2008 niet meer wisten of ze elkaar wel geld konden uitlenen, kwam het internationale kapitaalverkeer tot stilstand, bleven investeringsbeslissingen op de plank liggen en moesten de bouw, het transport, de technische industrie en dergelijke van de ene op de andere dag het hoofd boven water zien te houden. Velen lukte dat niet; er was een ongekennde hausse aan faillissementen. Anderen wendten de terugvallende inkomsten langzaam af op toeleveranciers, werknemers en klanten. In die crisisjaren maakte Nederland de omslag naar het huidige flexibele arbeidsbestel met zijn meer dan een miljoen zelfstandigen zonder personeel. De economie veerde na enige jaren weer op en we hebben in de achterliggende jaren weer behoorlijk spek op de ribben gekregen.

Langzamer ging het intussen echter op wetgevingsgebied. Na het afblazen van de integrale herziening van de Faillissementswet in 2012, werd in 2014 de zogenoemde herijkingsoperatie

in gang gezet. Het streven naar modernisering, fraudebestrijding en het behoud van levensvatbare bedrijven mondde uit in allerlei wettelijke initiatieven. In dat laatste verband dwong de Europese Herstructureringsrichtlijn de lidstaten om regelingen te treffen teneinde ondernemers een tweede kans te bieden wanneer ze in financiële problemen komen. Nederland was een van de eersten om daarin initiatieven te ontplooiën, maar loopt in de realisatie ervan inmiddels in de achterste gelederen. Zuid- en Oost-Europese landen hebben vrijwel allemaal moderne insolventiesystemen waarmee ondernemers zelf proactief financiële en bedrijfseconomische problemen kunnen aanpakken en oplossen. Anders dan bij de Chapter 11-procedure in de Verenigde Staten is een expliciet doel daarvan niet alleen het behoud van levensvatbare ondernemingen, maar ook het behoud van werkgelegenheid.

Het Nederlandse initiatief mondde uit in een voorstel voor een Wet homologatie onderhands akkoord, thans in behandeling bij de Tweede Kamer.¹ Die geeft een debiteur die voelt dat hij zonder ingrijpen in de problemen gaat komen, de mogelijkheid afspraken te maken met zijn crediteuren. De regeling maakt optimaal maatwerk mogelijk. In de eerste plaats kan worden gekozen voor een openbare regeling of voor een besloten regeling. De schuldenaar kan ervoor kiezen een regeling aan te bieden aan al zijn crediteuren of slechts aan bepaalde crediteuren. De schuldenaar kan zelf controle over het proces proberen te houden, maar is hij of zij te aarzelend, dan kunnen ook crediteuren of aandeelhouders zelf in actie komen. Zij moeten de rechtbank dan vragen een onafhankelijke herstructureringsdeskundige te benoemen (iets wat de schuldenaar overigens ook op eigen initiatief kan doen). Anders dan bij een faillissements- of surseanceakkoord hoeven niet alle concurrente crediteuren gelijk te worden behandeld. Van belang is dat ook separatisten aan de onderhandelingstafel gedwongen worden.

Er is voorzien in de mogelijkheid om te komen tot aanpassing van duurovereenkomsten, evenals aanpassing van de relaties tot borgen en concerngenoten. Verder zijn regels opgenomen voor een afkoelingsperiode voor de duur van de behandeling van het plan (tot maximaal acht maanden) en voor een speciale bescherming van noodkredieten.

* Mr. Ph.W. Schreurs is advocaat en curator bij Boels Zanders te Eindhoven.

1. Na plaatsing van het wetsvoorstel op de lijst van spoedeisende wetgeving door het kabinet vond begin april de procedurele behandeling plaats. Ten tijde van het afsluiten van deze column viel niet te voorzien of behandeling (en laat staan: invoering) op korte termijn te verwachten valt.

Iedere crediteur moet ten minste hetzelfde ontvangen als in een liquidatiescenario. De crediteuren moeten in klassen (van onderlinge gelijksoortigheid) worden ingedeeld en stemmen per klasse. Per klasse is een twee derde meerderheid nodig van het betrokken financiële belang. Wanneer ten minste één klasse van crediteuren *in the money* heeft voorgestemd, kan aan de rechtbank worden verzocht het volledige akkoord te homologeren en daarmee afdwingbaar te maken ten opzichte van de tegenstemmende crediteuren. Behoudens de homologatie is gestreefd naar een regeling met een beperkte rol van de rechter.

Hoewel ik persoonlijk van mening ben dat het instrument nog beter zou kunnen werken als ook voorzien zou worden in enige mogelijkheid tot aanpassing van arbeidsovereenkomsten,² is sprake van een enorme uitbreiding van de mogelijkheden tot herstructurering. Het is dan ook niet merkwaardig dat het wetsvoorstel aanvankelijk soepel leek te worden ingevoerd.

Recent stelden Van Moorsel en Jonkers dat de WHOA vooral goed zou uitpakken voor de toch al niet onderbedeelde zekerheidsfinanciers zoals banken en hedgefonds.³ In een gloedvol betoog stellen zij dat de wetgever en de Hoge Raad de achterliggende jaren hebben toegestaan dat allerlei zekerheidsconstructies tot effect hebben dat de bezittingen van een onderneming nog maar zelden tot verhaal van gewone crediteuren strekken, omdat vrijwel alles verpand kan worden (en dus wordt) aan gecureerde financiers. De WHOA zou die financiers in hun ogen nog een extra steuntje in de rug geven, waardoor zij met nagenoeg de volledige reorganisatiewaarde zouden kunnen gaan strijken. Zij riepen daarom op om in de WHOA een verplichting op te nemen om ook aan gewone crediteuren een percentage uit te keren in geval van een onderhands akkoord. Enkele Kamerleden hebben dit idee in amendementen opgenomen, die thans ter behandeling voorliggen.

Van Moorsel en Jonkers (en daarmee ook de betrokken Kamerleden) slaan de spijker op zijn kop als ze stellen dat het evenwicht in de achterliggende jaren is zoekgeraakt. Ook ik betoogde dat recent.⁴ De Hoge Raad heeft het bestaande recht in een onafgebroken reeks arresten doorgaans financiersvriendelijk uitgelegd en daarmee de spoeling voor curatoren en concurrente crediteuren aanmerkelijk dunner gemaakt. Dat leidt vooral tot een probleem als daardoor de onafhankelijke con-

trole op die financiers én de bestrijding van faillissementsfraude door curatoren bemoeilijkt wordt.

Maar in plaats van amendementen op de WHOA in te dienen, kunnen de desbetreffende parlementariërs zich beter richten op een structurele aanpassing van het goederen- en insolventierecht om al deze en dergelijke problemen grondig en structureel, maar vooral 21ste-eeuws aan te pakken. Dat kan bijvoorbeeld door de stukken van de commissie-Kortmann nog eens af te stoffen, en dan te ontdekken dat die nauwelijks ongefrist hoeven te worden.

Maar liever niet door het begrijpelijke streven naar een eerlijkere verdeling in te bouwen in een wet die daar niet voor bedoeld is. De door de amendementen beoogde verplichte donatie aan crediteuren *out of the money* helpt namelijk niet bij het oplossen van de echte problemen van een bedrijf in moeilijkheden. De WHOA probeert ondernemers te stimuleren hun problemen relatief vroegtijdig aan te pakken en vaak zit dat probleem in een molensteen aan oude schulden, gecureerde en niet-gecureerde. Het is logisch dat die ondernemer dan met zijn zekerheidsgerechtigde financier aan tafel moet, en dat kan nu afgedwongen gaan worden.

De diepe crisis die op het punt staat Nederland te gaan verlammen, vraagt om spoedige invoering van een zo flexibel mogelijk onderhands akkoord. Ruim baan voor de WHOA derhalve.

2. In mijn artikel 'Denkbare verbeteringen in de positie van werknemers bij bedrijven in moeilijkheden en de Wet Continuïteit Ondernemingen II' in Ondernemingsrecht 2016/34 gaf ik naar aanleiding van het eerste consultatievoorstel van de huidige WHOA enkele voorbeelden die bij herstructureringen regelmatig aan de orde komen: aanpassing van primaire arbeidsvoorwaarden indien die boven cao-niveau zijn, omzetting van een vakantiedagenstuwmeer en aanpassing van concurrentiebedingen. Nadien is in de Europese Herstructureringsrichtlijn opgenomen dat herstructureringsregelingen ook mogen ingrijpen in arbeidsrechtelijke verhoudingen, maar in de Nederlandse polderstructuur wordt dat vooralsnog als onwenselijk en daarmee politiek onhaalbaar beschouwd.

3. A.L. Jonkers & R.C.M. van Moorsel, WHOA voor iedereen, verdeel de bankenbonus, Ondernemingsrecht 2019/168.

4. Ph.W. Schreurs, Naar een herverdeling, Tvl 2020/14.