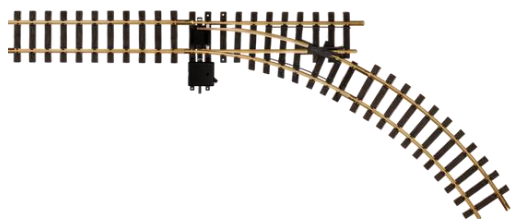


## Het faillissementsrecht slaat een andere weg in

(Bron: FD zaterdag 13 juli 2019)

Bedrijven met betalingsproblemen krijgen steeds meer mogelijkheden om hun bestaan te kunnen voortzetten. Twee nieuwe wetten dragen bij aan een fundamentele koerswijziging van het faillissementsrecht.



Beeld: iStock / Bewerking: FD Studio

### In het kort

---

Het Nederlandse faillissementsrecht wordt hervormd, en ook Europees wordt er gesleuteld.

Twee voorstellen regelen de positie van werknemers bij een doorstart en het voorkomen van faillissementen middels een deal met schuldeisers. Over beide wetten bestaat veel discussie: over de positie van aandeelhouders en schuldeisers, en over de aantrekkelijkheid van faillissement.

Wie geld leent, moet het ook weer terugbetalen. Lukt dat niet, dan gaat hij of zij, of het bedrijf failliet. Einde oefening. Dat was, in het kort, lange tijd de bikkelharde werkelijkheid van het Nederlandse faillissementsrecht.

Maar de toon is aan het veranderen: **er is steeds meer aandacht voor het behoud van de waarde van een bedrijf en de werkgelegenheid**. Tegelijkertijd moet opportunistisch gebruik van nieuwe regels worden tegengegaan. Twee nieuwe wetten die het faillissementsrecht moeten herzien, zijn daarom momenteel in de maak. De ene wet heeft vooral gevolgen voor de positie van schuldeisers, de andere wet gaat over de positie van werknemers.

Minister Sander Dekker voor Rechtsbescherming stuurde deze week de **Wet homologatie onderhands akkoord (Whoa)** naar de Tweede Kamer. Dit voorstel gaat over het voorkomen van insolventie, door schulden al voor het echt misgaat, te herstructureren. Bespreking volgt na het zomerreces.

De ene wet heeft vooral gevolgen voor de positie van schuldeisers, de andere wet gaat over de positie van werknemers.

En tot eind augustus loopt de consultatie (waar belanghebbenden commentaar kunnen leveren op het ontwerp) voor de **Wet overgang van onderneming in faillissement (Wovo)**. Doel van deze wet is om de positie van werknemers bij een doorstart steviger te maken. De Wovo bevindt zich in een priller stadium dan de Whoa, en kan nog ingrijpend veranderen.

Aanvankelijk was het de bedoeling om de Faillissementswet helemaal te herzien. Dat bleek te ambitieus, waarop in 2012 het toenmalige ministerie van Veiligheid en Justitie een puntsgewijze aanpak aankondigde van fraudebestrijding, versterking van het reorganiserend vermogen van ondernemingen en modernisering. En dat laatste mag ook wel, want de huidige Faillissementswet stamt uit 1893. De fraudebestrijding en modernisering zijn nagenoeg voltooid, het werk zit nog in het reorganisatiedeel.

Vorige maand nam de EU een **richtlijn aan voor faillissementsrecht** onder de noemer 'Tweede kans voor ondernemers'. Nederland timmert met de nieuwe wetsvoorstellen volgens die richtlijn aardig aan de weg, maar er is nog veel ruimte voor discussie. Verdwijnt het belang van de schuldeiser niet te veel naar de achtergrond, om maar zo veel mogelijk bedrijven overeind te houden? En wordt insolventie niet té overzichtelijk gemaakt?

## Bescherming werknemers bij doorstart

De Wovo komt in feite voort uit een forse tegenvaller voor Justitie. Al in 2016 lag er een wet bij de Eerste Kamer: de Wet Continuïteit Ondernemingen I. Die moest zorgen voor de juridische inbedding van het zogenoemde '**prepack**' of **flitsfaillissement**, het in stilte voorbereiden van een doorstart voorafgaand aan een faillissement.

In 2013 onthulde Het Financieele Dagblad dat al sinds 2011 stille bewindvoerders werden aangesteld door rechters, bij bedrijven die op punt van faillissement stonden.

Een uitspraak van het Europees Hof van Justitie maakte een einde aan die praktijk. Bij de doorstart van kinderopvangbedrijf Estro verloren duizenden mensen hun baan. Volgens vakbond FNV werd het faillissement gebruikt om van werknemers en arbeidsvoorwaarden af te komen. **Het Hof oordeelde in 2017 vervolgens dat werknemers bij een doorstart dezelfde rechten hebben als bij een gewone overname.**

Die werknemersrechten regelde de WCO I niet. 'Doorvoeren van die wet was geweest als het openen van een viaduct terwijl de toegangsweg er nog niet ligt,' zegt Rik van Steenbergen van de FNV. En dus kon Justitie terug naar de tekentafel om de positie van werknemers bij een doorstart te regelen. Daar is nu de Wovo uitgerold. Deze nieuwe wet bepaalt dat employés in dienst blijven bij een overgang.

*'Doorvoeren van die wet was geweest als het openen van een viaduct terwijl de toegangsweg er nog niet ligt'*

*Rik van Steenbergen, FNV*

De nieuwe eigenaar van een failliet gegaan bedrijf moet een goede (economische) reden hebben om ze te ontslaan. En als er toch banen verdwijnen, dan moet op basis van algemene objectieve criteria bepaald worden wie er weg moet. Die werknemers kunnen niet gehouden worden aan een concurrentiebeding. Zo wordt de willekeur ingedamd, waar bij flitsfaillissementen vaak over werd geklaagd.

## **Bovendien heeft de ondernemingsraad adviesrecht.**

Veel curatoren zijn bang dat het zo wel heel ingewikkeld wordt om op redelijke termijn een doorstart te regelen. En hoe langer het duurt, hoe meer waarde er verloren gaat. Mogelijk gevolg: potentiële, nieuwe eigenaren beginnen überhaupt niet meer aan een doorstart. Curatoren vinden dat de positie van werknemers via het arbeidsrecht geregeld zou moeten worden, en niet via het faillissementsrecht.

Voor de eventueel geïnteresseerde koper wordt een overname risicovoller, met een lager bod als gevolg en minder terugbetaling aan schuldeisers, stelt Susanne van Dijk van VNO-NCW. De doorstartende eigenaar zelf verkeert in een betere positie, want hij weet welk vlees hij in de kuip heeft. 'Zoals het er nu uitziet, resulteert de wens om werknemers van individuele ondernemingen te beschermen in grotere negatieve gevolgen voor schuldeisers en de algemene werkgelegenheid,' zegt Van Dijk.

## Doordrukken herstructurering vóór insolventie

Op het eerste gezicht is de Whoa, die moet helpen onnodige insolventies te voorkomen, een stuk minder controversieel. Nog vóórdat een bedrijf in surseance of faillissement belandt, moeten bestuurders of andere belanghebbenden een deal kunnen maken met een meerderheid van de schuldeisers, die vervolgens door de rechter verbindend wordt verklaard.

Zo wordt voorkomen dat individuele crediteuren hun poot stijfhouden en zo een akkoord frustreren. Berucht is het voorbeeld van vrachtwagenbouwer Daf. De Britse banken Barclays, Lloyd's en NatWest blokkeerden daar begin jaren '90 een reddingsplan, terwijl zij relatief kleine schuldeisers waren. Daarop volgde een veel hardere sanering dan aanvankelijk was voorgesteld.

Maar ook over deze poot van de Herijking faillissementsrecht wordt al jaren gebakkeleid. Na een eerste consultatie in 2014 bleek dat er nog zo veel anders moest, dat het bijgewerkte voorstel opnieuw werd voorgelegd. Nu lijkt invoering nabij.

*'Je moet de kleinere schuldeisers zoals personeel en leveranciers gewoon betalen. Maar de grote financiers, die hebben risico genomen'*

*Reinout Vriesendorp van De Brauw, advocaat*

Het nieuwe voorstel raakt vooral grote crediteuren, zegt advocaat Reinout Vriesendorp van De Brauw. 'Je moet de kleinere schuldeisers zoals personeel en leveranciers gewoon betalen. Maar de grote financiers, die hebben risico genomen.'

Onder de Whoa worden schuldeisers opgedeeld in verschillende klassen. Alle partijen wiens belangen geraakt worden door de voorgestelde herstructurering, hebben stemrecht. Maar als één van die groepen, die bij faillissement 'in the money' zou zijn (en dus veel geld terug zou krijgen), akkoord gaat, kan de deal aan alle schuldeisers worden opgelegd.

Als de rechter de herstructurering redelijk acht en goedkeurt ('homologeert') is er geen beroep mogelijk. En dat is terecht, vindt Vriesendorp. "“Deal certainty” is belangrijk, het bedrijf moet verder. Wordt er eindeloos geprocedeerd, dan dreigt een scenario van “operatie geslaagd, patiënt overleden”.'

Dat gaat Rolef de Weijs, hoogleraar nationaal en internationaal insolventierecht aan de Universiteit van Amsterdam, wat ver. Hij vreest dat de wet toch de mogelijkheid openlaat voor aandeelhouders en financiers om het onderling op een akkoordje te gooien. Zo kunnen kleine schuldeisers zoals leveranciers, die in feite vaak renteloos krediet verlenen, wel degelijk gekort worden terwijl de aandeelhouders (deels) buiten schot blijven.

'De wetgever wil flexibiliteit betrachten, maar tegen welke prijs? Als het echt de bedoeling is om kleine schuldeisers zoals leveranciers te ontzien bij deze financiële herstructureringen, laten we dat dan ook expliciet in de wet vastleggen,' zegt De Weijs. Een 'hard priority rule' (aandeelhouder na schuldeisers) biedt de leveranciers in ieder geval de zekerheid dat de aandeelhouder niet (deels) blijft zitten zonder instemming van kleine schuldeisers. Die zekerheid biedt het wetsvoorstel nu niet.

## *'De wetgever wil flexibiliteit betrachten, maar tegen welke prijs?'*

*Rolef de Weijs, hoogleraar nationaal en internationaal insolventierecht aan de Universiteit van Amsterdam*

Het wordt allemaal nog ingewikkelder als de aandeelhouder ook pandrecht heeft, zoals in het recente geval van McGregor. Dat biedt volgens De Weijs nog meer ruimte aan 'chicaneuze en omtrekkende bewegingen. Is het faillissementsrecht er voor de schuldeisers, of voor andere belanghebbenden?'

En nog een zorg: als het faillissementsrecht al te zeer wordt dichtgetimmerd, en dus te voorspelbaar wordt, wat blijft er dan over van de afschrikwekkende werking? 'Ondernemingen worden vaak met te veel schuld opgezadeld,' zegt curator Sjef Bartels. 'Dat probleem wordt eerder vergroot dan verkleind wanneer er een mooi, voorspelbaar wettelijk instrumentarium beschikbaar is om die schulden eenvoudig te saneren.'