

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. 9**

### **AMENDEMENT VAN HET LID VAN DER GRAAF C.S.**

Ontvangen 18 maart 2020

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

In artikel I, onderdeel F, wordt het voorgestelde artikel 374 als volgt gewijzigd:

1. Voor de tekst wordt de aanduiding «1.» geplaatst.

2. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

2. Schuldeisers met een voorrang die voortvloeit uit pand of hypotheek als bedoeld in artikel 278, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek worden enkel voor het deel van hun vordering waarvoor de voorrang geldt in één of meer klassen van schuldeisers met een dergelijk voorrang ingedeeld. Voor het overige deel van hun vordering worden deze schuldeisers ingedeeld in een klasse van schuldeisers zonder voorrang. Bij de bepaling van het deel van de vordering waarvoor de voorrang tot zekerheid strekt, wordt uitgegaan van de waarde die de schuldeiser bij de uitoefening van zijn voorrangrecht zelf op korte termijn zou kunnen behalen bij de separate executie van het goed waarop het voorrangrecht rust.

### **Toelichting**

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel vermeldt dat schuldeisers met een zekerheidsrecht alleen voor het gedekte deel in een aparte klasse worden ingedeeld. Met dit amendement wordt deze notie in de wettekst opgenomen. Tevens regelt dit amendement dat gecureerde schuldeisers alleen gecureerd zijn tot de liquidatiewaarde bij afzonderlijke liquidatie van de activa waarop ze zekerheid hebben. Het wetsvoorstel laat dit nu nog in het midden. Volgens de Wereldbank behoort de *recovery rate* voor gecureerde schuldeisers in Nederland tot de top drie van de wereld en de ongeamendeerde WHOA heeft als risico dat deze sterke positie van gecureerde schuldeisers ten laste van andere schuldeisers verder wordt versterkt. Weliswaar bevat de WHOA een mogelijkheid af te kondigen dat schuldeisers met zekerheden hun recht

van parate executie tijdens de reorganisatie niet uit mogen oefenen en een verbruiksrecht op de activa waarop zekerheidsrechten rusten, maar de WHOA is onduidelijk over de cruciale vraag hoe de geseceureerde positie gewaardeerd moet worden. Bij eigen uitoefening van hun rechten en in faillissement ontvangen ze in beginsel de executiewaarde bij afzonderlijke verkoop. Als de curator in faillissement de onderneming toch *going concern* weet te verkopen, weten ze vaak iets extra uit te onderhandelen door te dreigen anders zelf te executeren, waarmee *going concern* verkoop door de curator onmogelijk wordt gemaakt. Dat betekent echter niet dat ze op basis van hun zekerheidsrecht ook gerechtigd zijn tot dit extra's.

Indien het gedekte deel van de vordering van de geseceureerde schuldeiser berekend wordt op basis van de *going concern* waarde van de activa waarop de zekerheid rust, dan zouden geseceureerde crediteuren onder omstandigheden een groot deel van het reorganisatiesurplus kunnen claimen en zelfs meer dan het extra's dat ze nu in faillissement weten te krijgen, nu ze dat op basis van onderhandeling met de curator moeten delen met de boedel. Het *going concern* surplus wordt echter door alle betrokkenen tezamen middels de reorganisatieprocedure bewerkstelligd en dient dan ook aan de gezamenlijke schuldeisers, uiteraard met inachtnaam van hun rang, toe te komen. Juridisch gezien strekt het zekerheidsrecht zich ook niet uit over de *going concern* meerwaarde van de activa, laat staan van de onderneming. De WHOA maakt vooralsnog geen duidelijke keuze in waar de geseceureerde crediteur toe gerechtigd is. Dit amendement stelt dit veilig onder de WHOA dit door duidelijk te stellen dat geseceureerde schuldeisers alleen geseceureerd zijn tot de liquidatiewaarde bij afzonderlijke liquidatie van de activa waarop ze zekerheid hebben. Dit is in beginsel ook de waarde waarop deze schuldeisers in faillissement recht hebben. Met een beroep op art. 384 lid 3 kan door de geseceureerde crediteur ook niet meer verkregen worden door te stellen dat in faillissement iets extra's bovenop de executiewaarde bij afzonderlijke verkoop verkregen zou zijn, want er bestaat geen recht op dit extra's, dit wordt enkel afgedwongen door de machtspositie die het recht van separatisme in faillissement geeft. Die machtspositie hebben geseceureerde schuldeisers onder de WHOA niet, hierbij sluit dan ook aan dat het extra's hier niet afgedwongen kan worden. Via het ongesecureerde deel van haar vordering kan de geseceureerde crediteur wel meeprofiteren van het reorganisatiesurplus van de procedure en valt er dus ook voldoende te winnen met reorganisatie via de WHOA.

Van der Graaf  
Van Nispen  
Nijboer