

Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden

815

Vragen van de leden **Nijboer** en **Recourt** (beiden PvdA) aan de Ministers van Financiën en van Veiligheid en Justitie over *de positie van de aandeelhouder bij faillissementen* (ingezonden 23 november 2016).

Antwoord van Minister **Van der Steur** (Veiligheid en Justitie) mede namens de Minister van Financiën (ontvangen 20 december 2016)

Vraag 1

Bent u bekend met de oratie van professor De Weijs «Wanorde?», waarin hij stelt dat het faillissementsrecht vaak wordt gebruikt ten koste van leveranciers en werknemers, terwijl het in eerste instantie juist bedoeld is ter bescherming van deze belanghebbenden?¹

Antwoord 1

Ja.

Vraag 2 en 3

Bent u bekend met het feit dat sommige aandeelhouders een onderneming met zoveel mogelijk vreemd vermogen financieren om het rendement te maximeren? Deelt u de mening dat dit grote risico's meebrengt voor de levensvatbaarheid van ondernemingen?

Bent u het ermee eens dat daarmee andere belanghebbenden zoals werknemers, leveranciers en consumenten kunnen worden geschaad? Zo ja, hoe kan deze praktijk worden voorkomen? Zo nee, waarom niet? Deelt u de mening dat zulke praktijken niet passen in het Rijnlandse ordeningsmodel, zoals wij dat in Nederland kennen?

Antwoord 2 en 3

Wij zijn ermee bekend dat sommige aandeelhouders een relatief groot deel van de onderneming financieren met vreemd vermogen. Dit is mede aantrekkelijk vanwege de lage kosten van vreemd vermogen op dit moment. Financiering met relatief veel vreemd vermogen levert gemiddeld een hoger rendement voor de aandeelhouder op, maar ook meer risico voor de onderneming. Het is een vorm van financiering die in het bijzonder wordt ingezet door private equity fondsen.

¹ Wanorde? R.J. de Weijs, 1 september 2016

In de kabinetsreactie op de initiatiefnota «Private Equity: einde aan excessen» van de leden Nijboer en De Groot (PvdA) is door het kabinet een onderzoek aangekondigd naar de effecten van private equity-investeringen (Kamerstukken II, 2014/2015, 34 267, nr. 3). Dit onderzoek wordt verricht vanuit een stakeholdersperspectief, waarbij gekeken wordt of de belangen van onder andere werknemers, leveranciers en consumenten worden geschaad door de wijze waarop private equity fondsen ondernemingen financieren. Het onderzoek wordt op dit moment afgerond. Op basis van de uitkomsten van het onderzoek kan beoordeeld worden of er sprake is van excessen en of aanvullende maatregelen wenselijk zijn. Overigens hebben wij recent in de antwoorden op schriftelijke vragen van de leden Nijboer en Recourt (Aanhangsel Handelingen, vergaderjaar 2016–2017, nr. 545) meegedeeld dat binnen het programma herijking faillissementsrecht wordt gewerkt aan een voorstel voor de Wet continuïteit ondernemingen III (de WCO III). In het kader van dit wetsvoorstel zal in overleg met de relevante belangenorganisaties over de gehele linie worden bekeken of maatregelen noodzakelijk zijn om de positie van de verschillende betrokkenen bij een faillissement, waaronder de werknemers, leveranciers en consumenten te verbeteren.

In het algemeen geldt dat er ook voor private equity fondsen een plek is binnen het Rijnlandse ordeningsmodel, net als voor aandeelhouders die tevens vreemd vermogen verschaffen. Dit neemt niet weg dat excessen als gevolg van de financiering met vreemd vermogen, zo die er zijn, moeten en zullen worden aangepakt. Ter illustratie wordt in dit kader gewezen op de, naar aanleiding van de eerdergenoemde initiatiefnota, in het wetsvoorstel Belastingplan 2017 opgenomen aanpassingen in de specifieke renteaftrekbeperkingen zoals neergelegd in de artikelen 10a en 15ad van de Wet Vpb 1969.

Vraag 4 en 5

Bent u bekend met het feit dat aandeelhouders soms zelf het vreemd vermogen aandragen en hiervoor het recht op onderpand of een andere zekerheid bedingen? Deelt u de mening dat het onwenselijk is als een aandeelhouder ook als gecureerde crediteur optreedt, omdat hierdoor een tegenstrijdig belang ontstaat? Zo nee, waarom niet?

Bent u ermee bekend dat de aandeelhouder door bovengenoemde praktijk bij faillissement vaak als enige in staat is om kredieten terug te vorderen ten koste van bijvoorbeeld leveranciers? Deelt u de mening dat het faillissementsrecht er juist is om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te beschermen en niet die van de aandeelhouders?

Antwoord 4 en 5

Voor het antwoord op deze vragen verwijzen wij u korthedshalve naar de eerder genoemde antwoorden op schriftelijke vragen hierover van de leden Nijboer en Recourt (Aanhangsel Handelingen, vergaderjaar 2016–2017, nr. 545).

Vraag 6

Deelt u de mening dat een aandeelhouder het risico voor het ingebrachte eigen vermogen moet dragen? Deelt u de mening dat een aandeelhouder door ook op te treden als gecureerde crediteur, wel de lasten, maar niet de lasten van het ondernemerschap draagt en dat dit dus ongewenst is?

Antwoord 6

Een aandeelhouder verschaft met zijn inbreng op aandelen risicodragend kapitaal aan de vennootschap. Een aandeelhouder heeft doorgaans, mede afhankelijk van zijn inbreng, bepaalde zeggenschapsrechten, recht op dividend en, in geval van ontbinding van de vennootschap, recht op het overschot na vereffening. Indien er geen overschot is, is hij zijn inbreng kwijt. De aandeelhouder draagt derhalve het risico voor diens ingebrachte eigen vermogen en dus zeker niet alleen de lasten van het ondernemerschap. Indien een aandeelhouder daarnaast een lening aan de vennootschap verschaft, is hij eveneens schuldeiser van de vennootschap.

Vraag 7 en 8

Deelt u de mening dat kredieten die door een aandeelhouder zelf worden verstrekt in geval van een faillissement als achtergesteld moeten worden behandeld? Bent u bereid hier wetsvoorstellen voor te doen? Zo ja, op welke termijn kunnen die tegemoet worden gezien? Bent u bekend met de situatie in Oostenrijk waarbij van een lening die bij een solvabiliteit van minder dan 8% is verstrekt automatisch wordt aangenomen dat deze nooit door een derde kan zijn verstrekt en daarom als kapitaal wordt beschouwd? Bent u bereid om deze wetgeving ook voor Nederland in te voeren? Zo ja, hoe en wanneer gaat u dat doen? Zo nee, waarom niet?

Antwoord 7 en 8

Naar wij begrepen hebben, wordt door de meeste banken bij de verstrekking van een financiering aan een onderneming als voorwaarde gesteld dat een latere financiering door de aandeelhouder slechts een achtergestelde lening kan zijn, tenzij de bank toestemming geeft voor andere financieringsvoorwaarden. Dit leidt ertoe dat een financiering door de aandeelhouders waarbij een zekerheidsrecht wordt bedongen slechts incidenteel voorkomt. Dit neemt niet weg dat – zoals wij eerder hebben opgemerkt in het antwoord op vraag 2 en 3 – in het kader van de WCO III in overleg met belangenorganisaties opnieuw gekeken zal worden naar de positie van de verschillende betrokkenen bij een faillissement, waaronder de crediteuren met een pand- of hypotheekrecht en de aandeelhouders die tevens kredietverstrekker zijn. Ten behoeve hiervan zal ook de insolventiewetgeving in de ons omringende landen worden bestudeerd. Of het nodig is in dit kader wettelijke maatregelen te treffen en zo ja, welke maatregelen dat dan zouden moeten zijn, hangt af van de uitkomsten van dit overleg en onderzoek. In ieder geval is het streven om in de zomer van 2017 een voorontwerp van de WCO III in consultatie te brengen.

Vraag 9

Bent u ermee bekend dat aandeelhouders na een pre-pack faillissement vaak zelf de onderneming weer overnemen en op deze manier met andere schuldeisers kunnen afrekenen, alsmede eenvoudig van werknemers kunnen afkomen? Deelt u de mening dat er op deze manier misbruik wordt gemaakt van het pre-pack?

Antwoord 9

Voor het antwoord op deze vraag, verwijzen wij u korthedshalve naar de eerder genoemde antwoorden die wij onlangs hebben gegeven op schriftelijke vragen hierover van de leden Nijboer en Recourt (Aanhangsel Handelingen, vergaderjaar 2016–2017, nr. 545).

Vraag 10

Hoeveel pre-pack faillissementen waren er in 2015 in Nederland? In hoeveel gevallen daarvan werd de onderneming door dezelfde aandeelhouder overgenomen? Zijn de werknemers en andere schuldeisers hierdoor benadeeld?

Antwoord 10

Wij beschikken op dit moment niet over cijfers over 2015. Er zijn wel cijfers beschikbaar over de periode van 1 januari 2012 tot en met 1 juli 2014. Begin 2015 publiceerde mr. J.R. Hurenkamp de resultaten van een empirisch onderzoek dat hij heeft verricht naar 48 faillissementen waarbij voorafgaand aan de faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator had plaatsgevonden. Dit betrof alle gevallen in de periode van 1 januari 2012 tot en met 1 juli 2014 waarin de «pre-pack» methode is toegepast. In de publicatie die mr. Hurenkamp naar aanleiding van zijn onderzoek uitbracht, beschrijft hij de resultaten van zijn onderzoek als volgt². In 37 gevallen werd voor faillissement een verkoop/doorstart van bedrijfsonderdelen voorbereid die na de faillietverklaring door de curator werd geëffectueerd. In 15 gevallen was sprake van een doorstart met een «gelieerde partij». Bij deze doorstarts

² J.R. Hurenkamp, «Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk», Tvl2015/20.

waren in totaal ruim 9.000 werknemers betrokken, waarvan 64% in dienst is getreden bij de doorstarter en daarmee door de doorstart dus hun baan heeft kunnen behouden. Verder is nog relevant dat de Radboud Universiteit in samenwerking met BDO Consultants in 2014 een verkennend onderzoek heeft uitgevoerd naar de effecten van de «*pre-pack praktijk*» op de hoogte van de boedelopbrengst. Naar verluidt gaan de onderzoekers er op basis van hun eerste bevindingen vanuit dat bij de huidige praktijk sprake is van een meeropbrengst voor de boedel die varieert van 10 tot 30%.³

Het is niet aan ons (als Ministers van Financiën en Veiligheid en Justitie) om specifieke praktijksituaties te beoordelen en ons uit te spreken over de vraag of werknemers of schuldeisers daarbij mogelijk zijn benadeeld. Deze taak is voorbehouden aan de curator in de desbetreffende faillissementen en eventueel aan de rechter als hierom wordt gevraagd. In algemene zin laten de hierboven genoemde resultaten wel zien dat de schuldeisers en werknemers baat kunnen hebben de toepassing van de «*pre-pack methode*». Het wetsvoorstel voor de Wet continuïteit ondernemingen I, dat op 21 juni jl. door uw Kamer is aangenomen en nu bij de Eerste Kamer in behandeling is, is erop gericht een uitdrukkelijke wettelijke grondslag te bieden aan de «*pre-pack methode*». Uitgangspunt van de WCO I is dat de «*pre-pack methode*» slechts wordt toegepast wanneer dit meerwaarde heeft voor de schuldeisers en de werknemers.

Vraag 11

Deelt u de mening dat een rechter bij het verlenen van een pre-pack er zorg voor moet dragen dat de aandeelhouder niet als enige een bod kan uitbrengen om de faillierende onderneming over te nemen?

Antwoord 11

Wij zijn het hiermee eens. Zoals wij eerder hebben opgemerkt geldt bij de WCO I als uitgangspunt dat de «*pre-pack methode*» alleen wordt toegepast wanneer dit meerwaarde heeft voor de schuldeisers en de werknemers. Of hiervan sprake is beoordeelt de rechtbank bij de behandeling het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. De huidige «*pre-pack praktijk*» laat zien dat de rechtbanken hierbij steeds kritischere vragen zijn gaan stellen over onder meer het onderzoek dat is verricht naar potentiële kopers. Voorts is in de WCO I bepaald dat wanneer er een beoogd curator wordt aangewezen, deze tot taak heeft op te komen voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Daar hoort bij dat – wanneer om de aanwijzing is verzocht om de kansen op een doorstart uit faillissement te vergroten – van de beoogd curator wordt verwacht dat hij het verkoopproces kritisch beoordeelt. Dit houdt in dat hij erop toeziet dat dit proces integer is en dat daarbij binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding actief wordt gezocht naar potentiële overnamekandidaten, om te voorkomen dat potentiële overnamekandidaten over het hoofd worden gezien. De beoogd rechter-commissaris – die na de faillietverklaring in zijn rol als rechter-commissaris zal moeten beslissen of de doorstart kan plaatsvinden – ziet erop toe dat de beoogd curator zijn taak goed vervult. Mocht er tijdens de stille voorbereidingsfase te weinig gelegenheid zijn om andere partijen te laten meebieden, dan kan bepaald worden dat hiervoor na de faillietverklaring alsnog gelegenheid gegeven moet worden. Uit het in het antwoord op vraag 10 genoemde onderzoek van mr. Hurenkamp blijkt dat van de 15 gevallen waarin sprake was van een doorstart met een «*gelieerde partij*», in 3 gevallen een opschortende of ontbindende voorwaarde werd overeengekomen. Die voorwaarde bestond eruit dat expliciet werd bepaald dat als de curator na de faillietverklaring een aantrekkelijker bod zou krijgen, de voorbereide verkoop/doorstart niet gestand zou worden gedaan.

Vraag 12 en 13

Bent u ook bekend met de praktijk waarbij in een pre-pack een onderneming faillieert die door de aangebrachte – veelal opgeknipte structuur- zelfstandig niet verkoopbaar is, waardoor de aandeelhouder als enige als koper kan optreden?

³ Zie «*Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelopbrengst*», Het Financieel Dagblad, 7 juli 2014.

Deelt u de mening dat in deze gevallen een pre-pack niet verleend moet worden door de rechter? Bent u bereid om hiervoor met wetsvoorstellen te komen?

Antwoord 12 en 13

Dit specifieke geval is ons niet bekend. Zoals wij hiervoor in het antwoord op vraag 11 reeds hebben opgemerkt voorziet de WCO I erin dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris er tijdens de stille fase in de aanloop van het faillissement op toezien dat sprake is van een integer proces waarbij binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding actief wordt gezocht naar potentiële overnamekandidaten. De beslissing over de doorstart valt evenwel pas in de faillissementsfase. Die fase zal uitgebreid aan bod komen in de WCO III en dan zal in overleg met de belangenorganisaties ook besproken worden welke voorwaarden aan een doorstart uit faillissement gesteld zouden moeten kunnen worden en of het nodig is in dit kader wettelijke maatregelen te treffen. Daarbij zal overigens niet alleen gekeken worden naar een doorstart die is voorbereid met behulp van de «*pre-pack methode*», maar naar elke doorstart uit faillissement.

Vraag 14

Bent u ermee bekend dat bijvoorbeeld in surseance schuldeisers gedwongen kunnen worden delen van hun schuld af te schrijven, maar dat aandeelhouders hiervan veelal profiteren? Deelt u de mening dat ook hiermee het faillissementsrecht gebruikt wordt ten koste van bijvoorbeeld leveranciers, terwijl het faillissementsrecht er eigenlijk toe strekt om hen te beschermen?

Antwoord 14

Een surseance-akkoord wordt aangeboden aan «*hen, die vorderingen hebben ten aanzien van wie de surseance werkt*» (artikel 252 Fw.) en ziet dus op schuldeisers en niet op aandeelhouders. In het kader van het programma herijking van het faillissementsrecht wordt een wetsvoorstel voor de Wet continuïteit ondernemingen II voorbereid, dat voorziet in een regeling voor een dwangakkoord buiten faillissement. Het is de bedoeling dat op basis van deze regeling een akkoord tot stand kan komen waarbij ook de rechten van de aandeelhouders kunnen worden gewijzigd. Verder verwijzen wij u voor een reactie op het laatste aspect van deze vraag naar de genoemde antwoorden op de schriftelijke vragen hierover van de leden Nijboer en Recourt (Aanhangsel Handelingen, vergaderjaar 2016–2017, nr. 545).

Vraag 15, 16, 17 en 18

Deelt u de mening dat juist leveranciers die worden afgeschreven ten minste een aandeel moeten krijgen in de overlevende vennootschap om hun verlies te compenseren? Bent u bereid om te kijken naar een zogenoemde carve-out regeling waarbij tenminste een bepaald gedeelte van de liquidatiewaarde ten goede komt aan toeleveranciers en andere crediteuren?

Deelt u de mening dat door bovengenoemde praktijken het doel van het faillissementsrecht, het maximeren van de liquidatiewaarde van de onderneming om zo crediteuren en leveranciers te beschermen, wordt ondermijnd? Deelt u de mening dat deze praktijken vaak ten koste gaan van bijvoorbeeld het MKB, dat vaak optreedt als leverancier? Bent u bereid om snel met voorstellen te komen om het faillissementsrecht weer in dienst te stellen van het lange termijn perspectief van ondernemingen en de bescherming van toeleveranciers en werknemers?

Banken hebben veelal een relatief sterke positie bij faillissementen; acht u dat redelijk en wenselijk? Bent u bereid voorstellen te doen om ook andere schuldeisers een stevige positie te geven?

De Faillissementswet stamt uit 1895; deelt u de mening dat deze ernstig gedateerd is? Vindt u ook dat door bovengenoemde constructies het recht juist omgekeerd werkt, namelijk dat de positie van aandeelhouders bij faillissementen onredelijk groot is, terwijl juist crediteuren beschermd dienen te worden? Bent u bereid dit in het kader van het lopende Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht mee te nemen?

Antwoord 15, 16, 17 en 18

Voor het antwoord op deze vragen verwijs ik u naar ons antwoord op de vragen 7 en 8 en naar de eerder genoemde antwoorden op schriftelijke vragen hierover van de leden Nijboer en Recourt (Aanhangsel Handelingen, vergaderjaar 2016–2017, nr. 545).

Vraag 19

Kunt u de bovenstaande vragen vóór het Wetgevingsoverleg over de Wet versterking positie curator beantwoorden?

Antwoord 19

Dit is helaas niet mogelijk gebleken.