

Pre-pack maakt

Nadat Nederlandse rechters de pre-pack introduceerden, maakt de wetgever een doorstart met de 'beoogd curator'. Eerder haalden de voorstellen voor een soort stille bewindvoerder, die de doorstart van failliete ondernemingen kan bevorderen, het niet. De kans dat ze nu wel wet worden, is groot. Ondertussen is de praktijk niet meer terug te draaien.

TEKST: LEX VAN ALMELO | BEELD: DREAMSTIME

Hoe stil moet je zijn als stille bewindvoerder om te voorkomen dat de geruchtenmachine over een naderend faillissement gaat draaien en schuldeisers de stekker uit het bedrijf trekken? De Groningse advocaten Gerard Breuker en Pieter Lettinga kozen een schuilnaam en lieten hun stropdas en colbert aan de kantoorkapstok hangen toen zij als stille bewindvoerder de doorstart van de Groningse garnalenvisser Heiploeg voorbereidden. In het geheim lieten zij een makelaarskantoor een lijst van negentien mogelijke kopers opstellen. Drie van hen kwamen met een bod, onder de voorwaarde dat Heiploeg eerst failliet zou gaan. Zonder faillissement kom je namelijk nooit van de grootste kostenpost af: het overtollige personeel. Nu konden de kopers de werknemers eruit pikken die zij nodig hadden. Negentig werknemers verloren hun baan, de overige driehonderd werken nu onder de nieuwe eigenaars. Volgens Breuker en Lettinga had zonder pre-pack iedereen zijn baan verloren. FNV Bondgenoten is echter *not amused*. De vakbond ziet de pre-pack als een 'verslechteringstruc'. De doorstartende werknemers moesten namelijk 'onder dwang' afstand doen van hun eindejaarsuitkering á 7,25 procent, hun onregelmatigheidstoeslag, 11,5 adv-dag en al hun ouderendagen. De vakbond kondigde in februari aan naar de rechter te stappen om deze verslechtering aan te vechten. Maar eind april had de nieuwe eigenaar volgens Lettinga nog geen dagvaarding gezien.

Juridische horde

In Engeland wordt dertig procent van de faillissementen afgewikkeld met een pre-pack. In de praktijk komt die er meestal op neer dat de ondernemingsleiding onder druk van de financiers een *administrator* aanstelt, of-

'IN ENGELAND WORDT DERTIG PROCENT VAN DE FAILLISSEMENTEN AFGEWIKKELD MET EEN PRE-PACK.'

wel: een toekomstige curator in het faillissement. Deze kan zich richten op de continuïteit van de onderneming, zonder dat een faillissementsaanvraag tot fatale paniek leidt bij crediteuren.

Het Engelse succes is curatoren in Nederland niet ontgaan. Temeer omdat hier al sinds 1980 wordt gesproken en gedebatteerd over voorstellen om de benoeming van een stille bewindvoerder of 'insolventieadviseur' mogelijk te maken. Door de weerstand van met name de banken kregen de voorstellen geen vaste voet aan de grond.

Het gemis aan een pre-packer deed zich in volle hevigheid voelen bij de golf van faillissementen als gevolg van de crisis. 'Faillissementsrechters van Nederland, geef ons de pre-pack!', schreef insolventieadvocaat Nico Tollenaar in 2011 in het *Tijdschrift voor Insolventierecht*. Rechtbank Oost-Brabant verhoorde zijn gebed door op verzoek van een onderneming alvast een curator aan te wijzen voor het naderende faillissement. Deze stille bewindvoerder slaagde er helaas niet in een succesvolle doorstart voor elkaar te krijgen. Maar de juridische horde was in ieder geval genomen.

Sneer

In 2012 startte modebedrijf D.E.P.T. als eerste met succes door dankzij een pre-pack. Al snel volgden de Schoenenreus en meer dan honderd andere ondernemingen.

"De crisis wacht niet op Den Haag", sneerde een vooraanstaand faillissementsrechter naar de falende wetgever. De rechterlijke daadkracht spreekt bij de media tot de verbeelding. Maar niet alle rechtbanken doen mee aan deze innovatie. De Rechtbank Midden-Nederland en de Rechtbank Limburg vinden dat de wettelijke basis ontbreekt.

Om willekeur en *forum shopping* te voorkomen, kondig-

doorstart

den de bewindslieden van Veiligheid en Justitie haastig een wetsvoorstel aan.

In oktober vorig jaar werden de voorstellen voor de *Wet continuïteit ondernemingen 1, 2 en 3* in consultatie gegeven. De voorstellen maken de weg vrij voor de aanwijzing van

'DE LEVENSVATBARE BEDRIJFS-
ONDERDELEN ALS *GOING
CONCERN* KUNNEN IN DE
ETALAGE WORDEN GEZET.'



Stille bewindvoerder wordt 'beoogd curator'

'Op verzoek van een schuldenaar kan de rechtbank een of meer personen aanwijzen die in geval van faillietverklaring zullen worden aangesteld als curator...', staat in de voorgestelde tekst van artikel 363 lid 1 van de Faillissementswet.

De ondernemer moet aannemelijk maken dat met de aanwijzing de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend of belangen van maatschappelijke aard, zoals:

- de continuïteit van de onderneming;
- het behoud van werkgelegenheid voor de werknemers;
- de openbare orde en veiligheid.

De aanvrager moet het verzoek 'summierlijk' onderbouwen met feiten en omstandigheden, zodat de rechtbank na een kort eenvoudig onderzoek kan vaststellen of er aanleiding is om het verzoek in te willigen. De behandeling van het verzoek en de beslissing daarover zijn niet openbaar.

Taken en bevoegdheden

De taken en bevoegdheden van de beoogd curator zijn beperkt. Op verzoek van de schuldenaar kan hij onder meer verklaren:

- dat hij de rechter niet zal vragen om een streep te zetten door transacties die de schuldeisers benadelen maar noodzakelijk zijn voor de doorstart;
- onder welke voorwaarden hij als curator activa zal verkopen;
- welke voorbereidingen getroffen kunnen worden om de afwikkeling van het faillissement te bespoedigen.

De ondernemer moet de curator alle gevraagde informatie verschaffen.

Als de ondernemer daarmee instemt kan de beoogd curator:

- inlichtingen vragen bij derden;
- een deskundige vragen onderzoek te verrichten.

De beoogd curator stopt zijn werkzaamheden als hij of de schuldenaar dat wil.

Het woord 'pre-pack' komt in de wetsvoorstellen niet voor en de enigszins ingeburgerde term 'stille bewindvoerder' evenmin. De 'pre-packer' voert nu eenmaal geen bewind. Overigens waren de (definitieve) wetsvoorstellen eind juni 2014 nog niet ingediend.

Meer informatie over het - nog niet ingediende - wetsvoorstel: http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i



een 'beoogd curator'. Deze krijgt meer tijd om discreet een doorstart voor te bereiden dan de curator heeft - dat is de belangrijkste winst van de pre-pack. Een feniks herrijst nu eenmaal gemakkelijker uit de as in alle rust en als het vuurtje niet te hoog oplaait. Dan kunnen de levensvatbare bedrijfsonderdelen als *going concern* in de etalage worden gezet.

Vlieg op de muur

Een bedrijf dat zijn faillissement ziet naderen, kan de rechtbank verzoeken een beoogd curator aan te wijzen. De ondernemingsleiding moet het verzoek volgens de wetsvoorstellen goed onderbouwen met feiten en argumenten. De rechtbank moet na een simpel onderzoek kunnen vaststellen of de aanwijzing wel in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers dan wel van de continuïteit van de onderneming of het behoud van de

'EEN BELANGRIJK VERSCHIL TUSSEN DE PRE-PACK EN DE DOORSTART NA FAILLISSEMENT ZONDER PRE-PACK IS DE GERINGERE TRANSPARANTIE.'

'DIT VERLAAGT DE DREMPEL OM EERDER EEN OPLOSSING TE ZOEKEN.'

werkgelegenheid. De rechtbank behandelt het verzoek achter gesloten deuren en de beslissing wordt niet gepubliceerd.

In de wetsvoorstellen komt de term stille bewindvoerder niet voor. Die suggereert namelijk dat de pre-packer bewind voert en dat is in de Nederlandse verhoudingen niet de bedoeling. De beoogd curator houdt vooral toezicht en wordt daarom door sommige commentatoren betiteld als 'een vlieg op de muur'. Desgevraagd vertelt de beoogd curator de ondernemer welke transacties goorloofd en geschikt zijn om het faillissement af te wikkelen.

Ook de term doorstart komt niet voor in de wetsvoorstellen. De taken, bevoegdheden en rol van de beoogd curator zijn globaal omschreven, zodat zij in de praktijk verder invulling kunnen krijgen. De vereniging van rechters-commissarissen in faillissementen (Recofa) heeft al aangekondigd met richtlijnen te komen over aanwijzingen. Daarin willen zij met name uitwerken hoe de ondernemer zijn aanvraag moeten onderbouwen en hoe het eindverslag van de beoogd curator eruit moet zien.

Kritiek

Pre-packs kunnen tot fraaie resultaten leiden, maar stuiten ook op kritiek. Veel van die kritiek slaat meer op de doorstart in het algemeen dan op de pre-pack. De boosheid van FNV Bondgenoten is er een voorbeeld van. Een belangrijk verschil tussen de pre-pack en de doorstart na faillissement zonder pre-pack is de geringere transparantie. Terwijl een curator regelmatig verslag uitbrengt, doet de beoogd curator dat pas nadat alles in kannen en kruiken is en het faillissement is uitgesproken.

Volgens de wetsvoorstellen moet die curator dat 'onverwijd' doen, waarna de crediteuren op dezelfde manier kunnen protesteren als nu mogelijk is. Dat wil zeggen dat zij pas ná de pre-pack naar de rechter kunnen stappen om de transacties aan te vechten.

Mocht de beoogd curator een oplossing voor de betalingsproblemen vinden buiten faillissement dan hoeft hij geen publieke verantwoording af te leggen. Zo'n oplossing vindt hij alleen als alle schuldeisers akkoord gaan met zijn voorstellen. De wetsvoorstellen geven hem de mogelijkheid om schuldeisers ook buiten faillissement tot medewerking te dwingen wanneer zij onredelijk dwarsliggen bij een herstructurering terwijl de meerderheid van de schuldeisers daarmee hebben ingestemd.

De vrees voor oneerlijke concurrentie door goedkoop werknemers te lozen, kan bij elke doorstart leven. De wetgever denkt oneigenlijk gebruik van faillissementen

Van D.E.P.T tot Dekkers

Na de eerste succesvolle pre-pack doorstart van modeketen D.E.P.T. in 2012 hebben naar schatting meer dan honderd bedrijven dit voorbeeld gevolgd. Enkele voorbeelden in alfabetische volgorde:

- Cicoella
- De Harense Smid
- D.E.P.T.
- Drukkerij Dijkman
- Florimex
- Heiploeg
- Het Groene Kruis
- Marlies Dekkers
- Moes Bouw
- Opinion Test & Taste
- Pelican Tijdschriften
- Prime Champ Productions
- Ruwaard van Putten Ziekenhuis
- Schoenenreus
- Taxi Korthout
- Van Straten Bouw
- Weijmans Media Groep

'HET WOORD 'PRE-PACK' KOMT IN DE WETSVOORSTELLEN NIET VOOR EN 'STILLE BEWINDVOERDER' EVENMIN.'

ten tegen te gaan door de regie in handen te geven van de rechtbank. Die wijst de beoogd curator kort gezegd alleen aan als de ondernemer heeft aangetoond dat de schuldeisers of de werkgevers daarmee beter af zijn. Anders dan in Engeland kiest niet de ondernemer de pre-packer uit, maar doet de rechter-commissaris dat.

Steun

Is Nico Tollenaar tevreden? Ja, zegt hij desgevraagd. "Ik ben helemaal in mijn nopjes met het voorgelegde wetsvoorstel. Het is een kaderregeling die de praktijk de nodige flexibiliteit geeft. Belangrijk is ook dat het eindigt als één van de partijen dat wenst. Want als een faillissement eenmaal is aangevraagd, kun je niet meer terug. Dit verlaagt dus de drempel om eerder een oplossing te zoeken. Die oplossing is niet alleen een pre-pack bij faillissement. Een belangrijk doel van de wetgeving is ook onnodige faillissementen te voorkomen door oplossingen buiten het faillissement te faciliteren. Een beoogd curator kan meer doen dan alleen doorstart met een pre-pack."

Volgens Tollenaar is de kans groot dat de voorstellen nu wel wet worden. "De meeste advocaten en de meeste rechters zijn voor. Ook de Nederlandse Vereniging van Banken steunt het voorstel." □