

De bewindvoerder/curator

MR. DRS. H.P.J. OPHOF*

Wanneer de financiële moeilijkheden in de onderneming zo hoog zijn opgelopen dat directie, commissarissen, bankiers en andere belanghebbenden geen andere mogelijkheden meer zien, wordt surséance van betaling of faillissement aangevraagd. Op dat moment verschijnt een door de rechtbank benoemde bewindvoerder c.q. curator ten tonele. In het geval van surséance staat de bewindvoerder voor het probleem dat hij moet proberen de onderneming of delen daarvan weer gezond te maken zonder dat hij beschikt over de mogelijkheden om het management en/of de Raad van Commissarissen te vervangen. Dit betekent dat hij vaak niet snel en krachtadig kan ingrijpen, hoewel dit veelal geboden zou zijn. Bovendien moet hij met de bankiers tot overeenstemming zien te komen over het boedelkrediet. In het geval van faillissement staat de curator voor de keus de onderneming onmiddellijk te beëindigen of haar nog enige tijd voort te zetten met het oogpunt een hogere opbrengst van de aanwezige activa te verkrijgen of tijd te winnen om delen van het bedrijf in afgeslankte vorm als „going concern” aan derden te verkopen. Deze laatste mogelijkheid komt de laatste tijd steeds meer voor.

Inleiding

Indien de moeilijkheden waarin een onderneming verkeert, door de geëigende probleemoplossers – directie, commissarissen en hun adviseurs, bankiers en andere belanghebbenden – niet meer kunnen worden opgelost, is het stadium aangebroken dat de wet een oplossing biedt. Het gaat dan om de Faillissementswet, die dateert van 1893, doch die nadien enkele, overigens niet ingrijpende, veranderingen heeft ondergaan.

De Faillissementswet kent twee titels (hoofdstukken): titel I, Van faillissement; en titel II, Van surséance van betaling. Ieder een heeft van deze begrippen wel eens gehoord. Weinigen weten echter hoe faillissement, resp. surséance van betaling verloopt en welke mogelijkheden daarbij de curator resp. de bewindvoerder ten dienste staan.

Anders dan andere hoofdrolspelers bij een in moeilijkheden verkerende onderneming worden bewindvoerders en curatoren slechts in beperkte mate voor grote dilemma's geplaatst. Veeleer is het dilemma of surséance van betaling dan wel faillissement moet worden aangevraagd of dat er nog realistische kansen zijn de onderneming anderszins voort te zetten. Derhalve zullen wij hierna dit dilemma als eerste ter sprake brengen. Hoewel de Faillissementswet eerst het faillissement behandelt en daarna de surséance van betaling (hierna verder surséance te noemen), zullen wij de volgorde van behandeling omkeren omdat in geval van faillissement nagenoeg altijd de onderneming ophoudt als zodanig te functioneren, terwijl zulks in surséance meestal niet het geval is.

Wat is surséance?

Wat zijn de voor- en nadelen daaraan verbonden?

De wet definieert niet wat surséance is. Uit de tekst moet men dit afleiden. De belangrijkste kenmerken van surséance zijn de volgende.

1. De gesurséerde behoeft zijn concurrente schulden gedurende de surséance niet te voldoen.

Het woord schulden dient ruim te worden uitgelegd. Het gaat niet alleen om schulden uitgedrukt in geld, doch om iedere civiele vermogensrechtelijke verbintenis, dus daaronder begrepen verbintenissen om iets te geven anders dan geld, iets te doen of iets niet te doen. Concurrente schulden zijn schulden die niet zijn gedekt door enig recht van preferentie of dit nu voortvloeit uit de wet of feitelijk is (bij voorbeeld hypotheek,

pand, recht van retentie, recht van reclame, fiduciaire eigendomsoverdracht, cessie van vorderingen, eigendomsvoorbehoud, bevoorrechte schulden ex art. 1177 BW e.d.).

2. De gesurséerde verliest het vrije beheer over zijn vermogen. Hij kan daarover alleen nog maar beschikken met medewerking, machtiging of bijstand van de door de rechtbank benoemde bewindvoerder(s). Dit betekent dat de directie alleen nog maar mag handelen met toestemming van de bewindvoerder. Doch omgekeerd geldt ook dat de bewindvoerder niet kan handelen zonder de directie.

Deze twee hoofdregels bepalen de mogelijkheden welke de bewindvoerder ten dienste staan.

De voordelen van surséance zijn:

- Eenmalige liquiditeitsinjectie, doordat een deel van de schulden voor de duur van de surséance „bevoren” wordt. Het betreft hier concurrente schulden welke op het moment van verlenen van surséance bestaan. Nadien gecreëerde schulden, indien en voor zover deze met medewerking van de bewindvoerder zijn ontstaan, moeten worden voldaan. De bewindvoerder is daarvoor in beginsel aansprakelijk;
- Het faillissement kan niet worden uitgesproken, behalve in de in de wet voorziene gevallen. Dit geeft de onderneming een zekere rust omdat zij niet voortdurend moet trachten faillissementsaanvragen te voorkomen;
- Voor de onderneming nadelige overeenkomsten behoeven niet langer te worden uitgevoerd, respectievelijk kunnen op korte termijn worden beëindigd. Dit algemene beginsel is in het algemeen en in een aantal specifieke gevallen uitgewerkt in de artt. 236 t/m 239 Faillissementswet. De specifieke gevallen zijn de huurovereenkomst waarbij de gesurséerde huurder is, de huurkoopovereenkomst waarbij de gesurséerde huurkoper is en de arbeidsovereenkomst waarbij de gesurséerde werkgever is. Dit laatste wekt meer verwachtingen dan beantwoord kunnen worden. De Hoge Raad heeft bepaald dat het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) ook van toepassing is in faillissement en dus ook in surséance, zodat de gesurséerde evenals iedere andere werkgever voor het ontslaan van werknemers een ontslagvergunning nodig heeft. Voorts is in surséance de Wet Melding Collectief Ontslag eveneens van toepassing, waardoor ontslag

* Advocaat te Rotterdam.

van 20 of meer werknemers ten minste met een maand wordt vertraagd. Voorts zijn de artt. 1639 aa e.v. B.W. in surséance van toepassing (zojuist uitgemaakt door het Europese Hof), waardoor verkoop van de onderneming of een deel daarvan bemoeilijkt wordt.

De nadelen van surséance zijn:

- *het leverancierskrediet valt op korte termijn weg.* Het verkrijgen van surséance wordt algemeen ervaren (en terecht) als het voorportaal van faillissement. Derhalve wil niemand meer op krediet leveren, ondanks het feit dat leveranties, aanvaard met medewerking van de bewindvoerder, boedel-schulden zijn. Een en ander betekent een eenmalige toename van de liquiditeitsbehoefte waardoor de eenmalige liquiditeitsinjectie aanmerkelijk wordt aangetast en zelfs niet alleen kan worden tenietgedaan doch kan verkeren in eens per saldo toegenomen liquiditeitsbehoefte;
- *opdrachtgevers worden terughoudend.* Met name bij lang(er) lopende contracten zullen opdrachtgevers aarzelen nieuwe opdrachten te verstrekken omdat zij vrezen dat deze niet zullen worden afgemaakt;
- *afnemers worden terughoudend.* Hiervoor geldt hetzelfde als bij het vorige punt;
- *goede werknemers verdwijnen.* Als zulks al niet is geschied in het stadium voorafgaande aan de surséance zal zulks bijna zeker gebeuren in de surséance. Immers, de goede werknemers – die veel know how en/of managementervaring hebben – zullen met weinig moeite een andere baan kunnen vinden die hun niet alleen meer zekerheid doch ook meer arbeidsvreugde biedt.

Niettemin, ook in een situatie waarbij de nadelen de voordelen duidelijk overtreffen, kan toch de noodzaak bestaan surséance aan te vragen om de simpele reden dat de beschikbare liquiditeit onvoldoende is en er dus iets moet gebeuren omdat gewoon doorgaan niet langer gaat. In die situatie heeft men alleen nog de keus tussen zelf surséance aanvragen of failliet gaan omdat één of meer crediteuren het faillissement aanvragen.

Wat is het verschil tussen surséance en faillissement?

Voor faillissement gelden eveneens twee belangrijke kenmerken:

- het is gericht op het te gelde maken van de activa van de failliet. De opbrengsten worden door middel van één of meer uitdelingslijsten uitgekeerd aan de crediteuren met inachtneming van hun onderlinge rangorde;
- de failliet verliest het beheer over zijn vermogen. Alleen de curator kan over het vermogen beschikken.

Surséance is bedoeld als middel tot voortzetting van de onderneming, faillissement tot liquidatie daarvan. Niettemin kan ook in faillissement een onderneming nog enige tijd worden voortgezet als zulks de vermoedelijke opbrengst voor crediteuren verhoogt.

De problemen van de bewindvoerder

Uit het voorgaande zal duidelijk zijn geworden dat de curator in faillissement niet voor grote dilemma's wordt geplaatst. Zijn taak is liquideren. Wat een goed curator van een slechte onderscheidt is de creativiteit bij het afwikkelen. Voor de bewindvoerder ligt dit anders. Immers, tenzij het instituut surséance wordt gebruikt voor wat eigenlijk in faillissement behoort te gebeuren, namelijk afwikkelen, hetgeen heden ten dage nogal eens voorkomt (zie bij voorbeeld de nog steeds voortdurende surséance van Ogem BV), wordt de bewindvoerder geconfronteerd met het probleem de onderneming weer gezond te maken, terwijl de middelen die hem daartoe ten dienste staan volstrekt ontoereikend zijn.

Zoals gesteld reikt de bevoegdheid van de bewindvoerder niet verder dan dat hij zijn medewerking moet geven of kan onthouden aan handelingen van de directie. En het is juist – naar onze

ervaring – nagenoeg altijd het management dat gefaald heeft, waardoor de onderneming in surséance is komen te verkeren. Toch heeft de bewindvoerder niet de bevoegdheid het management te vervangen, de Raad van Commissarissen te vervangen, de aandeelhoudersrechten op te schorten. Dat betekent dat hij intern in de onderneming niet snel en krachtdadig kan ingrijpen. Wel kan hij druk uitoefenen om door hem wenselijk geachte ingrepen uitgevoerd te krijgen door te dreigen met faillissement, doch zulks kan een oneigenlijk drukmiddel zijn en kan alleen worden gehanteerd ten aanzien van zeer essentiële ingrepen.

Een tweede probleem waarvoor de bewindvoerder wordt geplaatst, is het regelen van het boedekrediet. Zoals hiervoor is beschreven kan de surséance een liquiditeitsverruimende werking hebben. Indien de bankier echter het krediet opzegt zal meestal een acute liquiditeitscrisis ontstaan. Dit betekent dat in alle gevallen waarin bankkrediet wordt genoten (en wij hebben in onze praktijk nooit anders meegemaakt), een regeling met de bankier tot stand moet worden gebracht. Men noemt zo'n regeling een boedekrediet omdat een krediet dat is aanvaard met medewerking van de bewindvoerder, de boedel bindt en tot terugbetaling verplicht. In een groot aantal gevallen heeft de bankier zekerheden voor zijn krediet verworven. Het is de taak van de bewindvoerder na te gaan of die zekerheden rechtsgeldig en/of rechtmatig door de bankier zijn verkregen. Een dergelijk onderzoek vergt veelal tijd en creëert voor de bankier een periode van onzekerheid. Anderzijds is het boedekrediet onmiddellijk nodig. Veelal wil de bankier alleen een boedekrediet verstrekken als de onzekerheid over zijn positie wordt weggenomen.

Deze tegenstelling vormt voor de bewindvoerder een dilemma. Hoe kan hij dit oplossen? Eerst dient hij na te gaan welk deel de bankier zou lijden indien geen boedekrediet wordt verstrekt en dus faillissement volgt. Daarbij doen zich een aantal mogelijkheden voor:

- a. de zekerheden zijn lang geleden (meer dan drie jaar) verstrekt en zijn (ruimschoots) toereikend;
- b. de zekerheden zijn lang geleden verstrekt en ontoereikend;
- c. de zekerheden zijn kort geleden verstrekt en zijn (ruimschoots) toereikend;
- d. de zekerheden zijn kort geleden verstrekt en zijn ontoereikend.

Alleen in geval a kan de bewindvoerder verwachten dat de bankier van het faillissement geen nadeel zal ondervinden anders dan dat deze een cliënt is kwijtgeraakt. In de gevallen b en d is de positie van de bankier, in faillissement slecht.

In geval c hangt de positie van de bankier af van de uitkomst van het onderzoek. In dat geval zal er de bankier veel aan gelegen zijn de onduidelijkheid op te heffen. In die situatie doet zich veelal het volgende voor.

De bankier is vlot bereid een beperkt extra krediet te verstrekken mits het bestaande krediet, met de daarop te verstrekken uitbreiding, tot boedekrediet wordt verheven, met verschaffing van alle denkbare zekerheden. Door iets extra te geven behaalt de bankier een mogelijk groot voordeel. Stelt de bewindvoerder voor het oude krediet te laten voor wat het is en een nieuw (beperkt) boedekrediet te verschaffen dan zal de bankier antwoorden dat zulks administratief onmogelijk is, aangezien „nieuwe” en „oude” zekerheden niet uit elkaar te houden zijn. Wij zijn van mening dat dat een ondeugdelijk argument is.

Laat ons de zekerheden onder de loep nemen:

- *Cessie van debiteuren.* Hierbij is het volstrekt niet moeilijk een onderscheid te maken vóór en na surséance.
- *Hypotheek en pandrecht.* Hiervoor geldt hetzelfde.
- *Fiduciaire eigendomsoverdracht van voorraden, inventaris en machines.* Voor inventaris en machines is er geen probleem. Blijven over de voorraden. Bij een deugdelijke administratie is ook daar geen probleem. In ieder geval lost een voorraadopname – die toch moet plaatsvinden ten aanzien van ingekochte voorraden in verband met aanspraken van leveranciers met eigendomsvoorbehoud – het probleem op.

Helaas laten vele bewindvoerders (en ook curatoren) zich verleiden het bestaande krediet klakkeloos te verheffen tot boedekrediet (en zulks zelfs onder goedkeuring van de rechtercommissaris). Zou de bewindvoerder willen weigeren dan ontstaat een

„poker“-situatie. Wie heeft het meest te verliezen en wie durft het spel het hardst te spelen. Daarbij is de bank meestal duidelijk in het voordeel. Immers, zij beschikt over een gespecialiseerde afdeling die keer op keer met dit bijltje heeft gehakt, terwijl zij geconfronteerd wordt met vaak onervaren bewindvoerders.

Niettemin kan de bank ook veel te verliezen hebben. In de eerste plaats een cliënt en in de tweede plaats de zekerheden (indien deze onrechtmatig/niet rechtsgeldig verleend zouden blijken te zijn).

Voor de bewindvoerder zijn de risico's groot. Immers, verkrijgt hij geen boedelkrediet dan volgt faillissement, wat hem niet in dank zal worden afgenomen als er een kans bestond de onderneming weer gezond te krijgen. De enig juiste oplossing, namelijk het bestaande krediet te laten voor wat het is, wordt door de bank afgewezen. Hij kan dan niet veel anders dan toegeven.

Onzes inziens zou verboden moeten worden een bestaand krediet tot boedelkrediet te verheffen. Dit kan geschieden door rechtspraak, indien zou worden geoordeeld dat de bank onrechtmatig handelt door zulks te verlangen. In het geval de zekerheden ontoereikend zijn (b en d) zal de bankier in het geheel niet geneigd zijn boedelkrediet te verschaffen, tenzij er wel voldoende zekerheden beschikbaar waren doch deze niet aan haar waren verstrekt. In dat geval kan de bewindvoerder voor het nieuwe boedelkrediet zekerheden verschaffen en het daardoor verkrijgen.

De afwikkeling van het faillissement

Hiervoor hebben wij gesproken over een creatieve afwikkeling van het faillissement, respectievelijk de op liquidatie gerichte surséance. De curator/bewindvoerder – verder curator te noemen – kan in beginsel kiezen tussen twee uitersten. Het ene is een starre uitvoering van de wet die maakt dat hij het personeel onmiddellijk naar huis stuurt en de aangetroffen activa te gelde maakt, met name door middel van verkoop op een veiling. Deze aanpak garandeert de slechtst mogelijke opbrengst. Het andere is een beheerste liquidatie. Daarbij onderzoekt de curator de mogelijkheid het bedrijf nog enige tijd voort te zetten. Dit heeft als voordelen:

- a. voorraden, die als zodanig veelal zeer weinig opleveren, worden omgezet in eindprodukten;

- b. het personeel vloeit geleidelijk af met het voltooien van de productie.

Uiteraard is dit alleen mogelijk indien:

- a. het eindprodukt tegen de extra kosten dekkende verkoopprijzen kan worden afgezet. Niettemin kan deze verkoopprijs lager zijn dan de voorheen geldende integrale kostprijs omdat bepaalde kostenfactoren wegvallen. Dit geldt met name afschrijvingskosten en kosten van indirect personeel dat wel onmiddellijk afvloeit. In feite hoeft een curator niet meer naar de kostprijs te kijken, doch naar een positief verlopende cash flow;
- b. het personeel dat hij nodig heeft moet ook tot het einde van het proces aanblijven. Hiervan moet de curator zich overtuigen bij het begin. Voor veel personeelsleden is het aantrekkelijk positief te reageren, indien zij het vooruitzicht hebben werkloos te worden. Immers hun WW-uitkering gaat op een later tijdstip in, waardoor een langere periode overbrugd wordt.

Naast het voorgaande is een aantrekkelijk facet dat meer dan eens hiermee tijd wordt gewonnen die benut kan worden om delen van het bedrijf of een afgeslankte vorm van het bedrijf aan derden te verkopen als „going concern“. Een variant hierop is het „verzelfstandigen“. Vaak geschiedt zulks tegenwoordig door middel van de zogeheten „management buy-out“, waarop in het kader van deze bijdrage niet nader kan worden ingegaan.

Het effect daarvan is tweëerlei. De opbrengst is hoger en (wettelijke) afvloeiingskosten voor het personeel worden voorkomen, waardoor de opbrengst voor crediteuren aanmerkelijk beter kan zijn. Nu vastgesteld is dat art. 1639 aa t/m dd BW niet van toepassing is in faillissement, is deze laatste mogelijkheid weer reëel geworden.

Wil de curator voortzetten dan heeft hij zeker een boedelkrediet nodig om een stuk voorfinanciering te kunnen plegen. Daarnaast heeft hij de medewerking van de zekerheidseigenaar (de bank) omdat het zijn voorraden zijn die met zijn machines tot eindprodukt worden verwerkt. Uiteraard zijn er nog enkele andere aspecten die hierbij een rol spelen, doch in dit korte bestek kunnen die niet worden behandeld.

H.J.P. Ophof

De scheepshal ligt er verlaten bij (ANP-foto).

