

KNEPPELHOUT  
KORTHALS  
ADVOCATEN

# De Doorstart

Praktische gids op weg naar  
een nieuwe toekomst

# De Doorstart

Praktische gids op weg naar een nieuwe toekomst

Team Herstructurering, Financiering & Zekerheden, Kneppelhout & Korthals N.V.

## COLOFON

**Oplage:**

150 exemplaren en digitaal beschikbaar

**Titel:**

De Doorstart  
Praktische gids op weg naar een nieuwe toekomst

**Uitgave van:**

Kneppelhout & Korthals N.V.

**Onder supervisie van:**

Otto de Witt Wijnen

**Auteurs:**

Marjolein van den Boogerd, Erik Luten, Joost Vrancken Peeters en Otto de Witt Wijnen  
(Kneppelhout & Korthals N.V.) en Robert-Jan Daniëls (Fidaal Belastingadvies B.V.)

**Eindredactie:**

Marjolein van den Boogerd

**Deze tweede, herziene uitgave:**

© 2014 Kneppelhout & Korthals N.V.

**Redactie, opmaak en lay-out:**

Kneppelhout & Korthals N.V., NMDesign, Het Staat Gedrukt

**Teksten:**

© 2014 Kneppelhout & Korthals N.V.

Alle rechten voorbehouden. Met uitzondering van de in de Auteurswet limitatief benoemde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enigerlei wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen wel is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet dienen de daarover wettelijk verschuldigde vergoedingen te worden voldaan aan Stichting Reprorecht ([www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en), en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

## Voorwoord bij tweede druk

U leest het voorwoord bij de tweede druk van "De Doorstart". Onze fiscale coauteur Robert-Jan Daniëls is op 1 januari 2014 zijn eigen belastingadvieskantoor gestart, Fidaal Belastingadvies te Rotterdam. Ander nieuws op persoonlijk vlak is dat de Praktijkgroep Insolventierecht van Kneppelhout & Korthals onlangs is omgedoopt in Team Herstructurerings, Financiering & Zekerheden.

Sinds de verschijning van de eerste editie van De Doorstart, oktober 2012, is er veel gebeurd in de insolventie- en herstructureringswereld. Het slechte economische tij is, anders dan men twee jaar geleden misschien wel dacht, nog niet geheel gekeerd. Aldus verkeren nog vele ondernemingen in financiële problemen en liggen er veel herstructureringsdossiers op de bureaus van de juridische en financiële dienstverleners.

De bestaande, klassieke herstructureringsinstrumenten zijn in veel gevallen wel, maar ook in veel gevallen niet altijd geschikt gebleken om tot wenselijke oplossingen te komen. In de insolventie- en herstructureringspraktijk is om die reden gezocht naar nieuwe, mogelijk doelmatiger alternatieven. Zo vond de pre-pack-reorganisatie haar weg naar de Nederlandse praktijk. Geschoeid op Angelsaksische leest heeft deze nieuwe vorm van herstructureringspraktijk en doorstart in de afgelopen twee jaar een behoorlijk aantal ondernemingen door zware bedrijfseconomische tijden heen geloodst. Mede omdat een wettelijke basis voor de pre-pack ontbreekt is de methode vanuit verschillende maatschappelijke hoeken ook fors bekritiseerd.

De behoefte in de praktijk aan herstructureringsmechanismen met meer oog voor de continuïteit van ondernemingen, heeft ook de regering verleid tot de voorbereiding van nieuwe insolventiewetgeving. Een aantal wetsvoorstellen ligt thans op de tekentafel. In een daarvan is de pre-pack opgenomen. Een ander wetsvoorstel behelst het buitengerechtelijke dwangakkoord.

Deze ontwikkelingen gaven vanzelfsprekend alle aanleiding om De Doorstart te herzien en aan te vullen. De meeste wijzigingen zijn verwerkt in de bestaande hoofdstukken. Aan de pre-pack is een apart, nieuw hoofdstuk gewijd. Het is van de hand van mr. Erik Luten. Ondanks het feit dat de pre-pack nog niet wettelijk geregeld is, is een eigen plek in dit boek beslist op zijn plaats. Dat hebben de vele praktijkgevallen van de afgelopen tijd wel bewezen.

Wij zullen de praktijkontwikkelingen, de rechtspraak en het wetgevingsprogramma voor u ook de komende periode nauwlettend blijven volgen. Een derde druk zal er binnen nu en twee jaar ongetwijfeld komen.

Voor nu hopen wij u wederom een handzaam overzicht te geven van de verschillende vormen van herstructureringsmethoden zoals die in de Nederlandse praktijk worden gehanteerd.

Rotterdam, oktober 2014

Otto de Witt Wijnen,  
Hoofd Team Herstructurerings, Financiering & Zekerheden  
Kneppelhout & Korthals N.V.

## Voorwoord bij eerste druk

Voor u ligt het boek De Doorstart. Een coproductie van Kneppelhout & Korthals Advocaten en Wolfsbergen Van Haarlem. Een tweede uitgave in de serie van praktijkuitgaven van ons kantoor.

In deze tijden van economische tegenwind hebben vele ondernemers te kampen met onder druk staande omzetten, slecht betalende debiteuren en terugtrekkende banken. Dat leidt voor velen onvermijdelijk tot druk op de liquiditeit en tot de noodzaak om te reorganiseren.

Als de ondernemingsactiviteiten op zichzelf levensvatbaar en rendabel zijn, zou aan een doorstart kunnen worden gedacht. Een doorstart kent vele gedaantes, binnen en buiten faillissement, en kan een zeer effectief middel voor een succesvolle reorganisatie zijn. De cruciale factor van een doorstart is een goede voorbereiding. In die voorbereiding komen diverse stakeholders in beeld: crediteuren, werknemers, financiers, aandeelhouders, en vele anderen.

Dit boek geeft een overzicht van de verschillende vormen van de doorstart. Een praktische handleiding voor een ieder die onverhoopt met een onderneming in zwaar weer in aanraking dreigt te komen. Zowel de positie van de debiteur in problemen als die van de crediteur aan de andere kant passeren in de verschillende scenario's de revue.

Een apart hoofdstuk is gewijd aan de fiscale aspecten die aan diverse doorstartvormen kleven. De positie van de fiscus kan in de hectiek van de planning en uitvoering van de doorstart niet over het hoofd worden gezien. Wij hebben mr. Robert-Jan Daniels van het accountants- en belastingadvieskantoor Wolfsbergen Van Haarlem bereid gevonden zijn fiscaal-juridische kijk op de doorstart te geven. Daar zijn wij hem en zijn kantoor zeer dankbaar voor.

De overige hoofdstukken belichten de juridische praktijk rondom de doorstart. De teksten zijn van de hand van mr. Marjolein van den Boogerd, mr. Joost Vrancken Peeters en mijzelf. Marjolein van den Boogerd heeft daarnaast veel energie gestoken in de eindredactie en de opmaak van het boek.

Alhoewel dit boek de praktijksituaties zo precies mogelijk probeert te beschrijven, is het vanwege de handzame omvang niet mogelijk om op alle punten heel gedetailleerd in te gaan en dus compleet te zijn. Toch menen wij dat dit boekje een heel aardig inzicht geeft in de alledaagse praktijk van de doorstart. Voor nadere informatie over dit onderwerp kunt u uiteraard altijd contact opnemen met een van de auteurs.

Rotterdam, juli 2012

Otto de Witt Wijnen,  
hoofd praktijkgroep Insolventierecht, Kneppelhout & Korthals

# Inhoudsopgave

<b>Hoofdstuk 1 De doorstart: vele wegen naar een nieuwe toekomst.....</b>	<b>7</b>
1.1 Inleiding.....	7
1.2 Wat is een doorstart?.....	7
1.3 Soorten doorstart en wijze van realisatie.....	8
1.4 Betrokken partijen.....	8
1.5 Economisch belang.....	8
<b>Hoofdstuk 2 De sanering van schulden via een onderhands akkoord.....</b>	<b>11</b>
2.1 Inleiding.....	11
2.2 Hoe werkt het?.....	11
2.3 De praktijk.....	13
2.4 Gelijkheid schuldeisers.....	13
2.5 Risico's en voldoende kapitaal.....	14
2.6 Werknemers.....	14
<b>Hoofdstuk 3 De doorstart voorafgaand aan faillissement.....</b>	<b>17</b>
3.1 Inleiding.....	17
3.2 Sterfhuisconstructie.....	17
3.3 Over te nemen activa.....	17
3.4 Positie werknemers.....	18
3.5 Positie bank.....	19
3.6 Positie leveranciers.....	20
3.7 Lopende overeenkomsten.....	20
3.8 Positie schuldeisers.....	21
3.9 Risico's.....	21
3.9.1 Tegenstrijdig belang.....	21
3.9.2 Pauliana.....	22
3.9.3 Bestuurdersaansprakelijkheid.....	24
3.9.4 Onrechtmatig handelen.....	25
3.9.5 Strafrechtelijke gevolgen.....	26
<b>Hoofdstuk 4 De sanering van schulden via een dwangakkoord.....</b>	<b>27</b>
4.1 Inleiding.....	27
4.2 De procedure.....	28
4.3 Gevolgen van de surseance.....	29
4.4 De boedel.....	29
4.5 Voortzetting bedrijfsvoering.....	30
4.6 Saneringsplan.....	31
4.7 Definitieve surseance.....	32
4.8 Het (dwang)akkoord.....	32
<b>Hoofdstuk 5 De doorstart door middel van een pre-pack.....</b>	<b>37</b>
5.1 Inleiding.....	37
5.2 Voordelen van de pre-pack.....	37
5.3 Hoe werkt het?.....	38

5.3.1 Het verzoek.....	38
5.3.2 De onderhandelingen.....	39
5.3.3 Faillissement.....	41
5.4 Risico's.....	41
5.5 Maatschappelijke bezwaren.....	43
<b>Hoofdstuk 6 De doorstart vanuit faillissement.....</b>	<b>45</b>
6.1 Inleiding.....	45
6.2 Hoe werkt het?.....	45
6.3 Gevolgen van het faillissement.....	45
6.4 Positie curator.....	46
6.5 Voortzetting onderneming gedurende faillissement.....	46
6.6 Positie schuldeisers.....	47
6.7 Positie bank.....	48
6.8 Afkoelingsperiode.....	49
6.9 Over te nemen activa.....	50
6.10 Lopende overeenkomsten.....	51
6.11 Positie werknemers.....	51
6.12 Risico's.....	52
<b>Hoofdstuk 7 De fiscale aspecten van een doorstart.....</b>	<b>55</b>
7.1 Inleiding.....	55
7.2 De kwijtscheldingswinstvrijstelling.....	55
7.3 Een lening als aandelenkapitaal.....	55
7.4 Borgstellingen/afwaardering.....	56
7.5 De onzakelijke lening.....	56
7.6 De liquidatieverliesregeling.....	56
7.7 Fiscale faciliteiten.....	57
7.8 Omzetbelasting.....	57
7.9 Lucratief belang.....	58
7.10 Bestuurdersaansprakelijkheid.....	58

# Hoofdstuk 1

## De doorstart: vele wegen naar een nieuwe toekomst

### 1.1 Inleiding

Deze uitgave is bedoeld om als leidraad te dienen voor het management van ondernemingen die in de praktijk te maken krijgen met een doorstart. Dit kan het geval zijn doordat de resultaten binnen de eigen onderneming zodanig zijn dat een reorganisatie in de vorm van een doorstart noodzakelijk of wenselijk is. Het is dan nuttig om in één oogopslag een overzicht te krijgen van de mogelijkheden, de gevolgen daarvan, zowel voor de onderneming als de daarbij betrokken partijen (o.a. financiers, leveranciers, werknemers), en - last but not least - de risico's. Ook voor de partij die op andere wijze bij een doorstart betrokken raakt, bijvoorbeeld als externe kopende partij of als investeerder, biedt dit boekje houvast. Het geeft informatie over de aspecten waar de overnemende partij rekening mee moet houden, welke verplichtingen wel en niet mee over gaan, etc.

### 1.2 Wat is een doorstart?

Een doorstart is een voortzetting van de activiteiten van een onderneming, veelal in afgeslankte vorm, na een sanering van de kosten en schulden. Vaak betekent dit dat ook het bedrijfsproces en de financiële structuur worden gereorganiseerd. Uitgangspunt is dat de activiteiten van de onderneming worden voortgezet en aldus de verdien capaciteit behouden blijft. De voortzetting kan plaatsvinden in dezelfde juridische entiteit, of worden ondergebracht in een andere, reeds bestaande onderneming of nieuw op te richten rechtspersoon.

De urgentie of noodzaak van een doorstart wordt vaak ingegeven door een structureel liquiditeitsstekort. De uitgaven zijn hoger dan de inkomsten, en er is of dreigt een situatie (te) ontstaan waarin de onderneming niet langer aan haar direct opeisbare verplichtingen kan voldoen. Voor een succesvolle doorstart is noodzakelijk dat de oorzaken van het structurele liquiditeitsstekort weggenomen kunnen worden. Indien de oorzaak bijvoorbeeld is gelegen in een afnemende vraag en dus een dalende omzet, dan zal de productie moeten worden teruggebracht en de organisatie moeten worden verkleind, onder andere door het afstoten van bedrijfsmiddelen en werknemers. Het liquiditeitsstekort dat reeds is ontstaan, zal moeten worden weggewerkt met een extra kapitaalinjectie (door een aandeelhouder of financier) en/of sanering van de schulden. Indien de oorzaak van het liquiditeitsstekort slechts incidenteel van aard is, dan kan veelal worden volstaan met een sanering van de schulden.

### 1.3 Soorten doorstart en wijze van realisatie

Doorstarts zijn er in alle soorten en maten. De vier varianten die traditioneel het meest voorkomen werden in de eerste uitgave van dit boekje beschreven, te weten: (i) het onderhands akkoord (hoofdstuk 2), (ii) de doorstart voorafgaand aan faillissement (hoofdstuk 3), (iii) het dwangakkoord (hoofdstuk 4) en (iv) de doorstart vanuit faillissement (hoofdstuk 6). Thans is daar in hoofdstuk 5 de zogenaamde pre-pack aan toegevoegd. Dit is feitelijk een doorstart vanuit faillissement, maar dan voorafgegaan door een traject waarbij in stilte de mogelijkheden van een doorstart worden onderzocht en deze wordt voorbereid.

Het spreekt voor zich dat er binnen de hiervoor genoemde categorieën ook weer variatie mogelijk is. In feite heeft iedere doorstart zijn eigen specifieke dynamiek, maar zijn de onderwerpen die aandacht en overweging behoeven in essentie gelijk.

De overdracht van aandelen wordt niet in dit boekje besproken, omdat het feitelijk geen doorstart betreft. De onderneming wordt immers met alle daaraan verbonden rechten en verplichtingen op dezelfde voet voortgezet. Uiteraard zal de nieuwe aandeelhouder vaak ook een ander management aanstellen, maar dat leidt op zichzelf niet op enige wijze tot de sanering van schulden. Voor een zuivere activa-passiva transactie geldt vrijwel hetzelfde, met dien verstande dat de onderneming, met alle rechten en verplichtingen, wordt ondergebracht in een andere rechtspersoon.

### 1.4 Betrokken partijen

De bij een doorstart betrokken partijen kunnen grofweg onderscheiden worden in zij die reeds bij de onderneming betrokken zijn, zoals het management en aandeelhouders, en in derden. In veruit de meeste gevallen wordt de doorstart gerealiseerd door het zittende management, door één of meer aandeelhouders of door werknemers van de onderneming, eventueel ondersteund door externe financiers. Het is echter ook mogelijk dat er binnen de organisatie geen interesse of middelen voor een doorstart aanwezig zijn, maar bij externe partijen wel. In dat geval is het van belang om met die belangstellenden een aantal zaken vast te leggen voordat bedrijfsinformatie wordt verstrekt, bijvoorbeeld met betrekking tot geheimhouding en exclusiviteit van de onderhandelingen. Voor de potentiële koper is het van belang de concurrentiepositie van het zittende management en anderen vast te leggen. Daarmee wordt voorkomen dat hij direct of kort na de doorstart geconfronteerd wordt met concurrerende activiteiten van het achterblijvende management.

### 1.5 Economisch belang

Er zijn geen eenduidige en betrouwbare cijfers bekend over het aantal doorstarts dat jaarlijks gemaakt wordt, met name omdat de informele reorganisaties buiten faillissement (zie hoofdstuk 2 en 3) niet geregistreerd worden.

Het economische belang van een doorstart lijkt evident. Op die manier blijft immers de verdien capaciteit van de onderneming geheel of gedeeltelijk op peil. Ook de werkgelegenheid, althans een deel daarvan, zal behouden blijven. De andere kant van de medaille is echter dat de schuldeisers

van de onderneming veelal geheel of grotendeels onbetaald blijven. Uit onderzoek is gebleken dat jaarlijks alleen al twee tot drie miljard euro wordt afgeschreven als gevolg van onbetaald gebleven schulden in faillissement. Daarin vindt lang niet altijd een doorstart plaats. In ongeveer 95% van de faillissementen kan er geen enkele uitkering aan de concurrente schuldeisers worden gedaan.

In een doorstartscenario komen de crediteuren er meestal beter vanaf. In het algemeen kan gesteld worden dat informele reorganisaties buiten faillissement leiden tot een hoger rendement voor de concurrente schuldeisers, zij het dat ook in dat geval vaak een aanzienlijk deel van de vorderingen onbetaald blijft. Buiten faillissement zijn er bovendien meer mogelijkheden om schulden te saneren, bijvoorbeeld door middel van de omzetting van schulden in aandelen ("debt-for-equity swap"), het temporiseren van betalingen en het "aflossen" van schulden bij leveranciers door het aangaan van toekomstige afnameverplichtingen of prijsafspraken.

## Hoofdstuk 2

# De sanering van schulden via een onderhands akkoord

### 2.1 Inleiding

Indien een onderneming in financieel zwaar weer is geraakt en een schuldpositie is ontstaan die het voortbestaan van de onderneming onmogelijk maakt, zijn er verschillende manieren om tot een oplossing te komen. Een veel voorkomende manier daarbij is overeenstemming te bereiken tussen de onderneming en haar schuldeisers over een gehele of gedeeltelijke aflossing van de schulden. Een dergelijke overeenstemming wordt aangeduid als een onderhands akkoord. Een onderhands akkoord is dus niets anders dan een regeling tussen de onderneming en haar schuldeisers waarbij meestal een deel van de schuld, al dan niet in termijnen, wordt voldaan en het restant wordt kwijtgescholden. Het is ook mogelijk om een deel van de schuld om te zetten in een lening of aandelenkapitaal en het restant te voldoen of kwijt te schelden. De schuldeiser laat een deel van zijn vordering schieten, maar krijgt wel zekerheid dat het restant op korte termijn wordt voldaan. Als het akkoord niet wordt geaccepteerd, zal dat veelal het faillissement van de onderneming betekenen en staan de schuldeisers vaak met lege handen of krijgen zij veel minder dan bij acceptatie van het akkoord. Bovendien behoudt de leverancier bij een succesvol akkoord een klant en dus zijn afzetmogelijkheden.

Zoals wij hierna zullen zien is een grote belemmering in de praktijk dat in beginsel alle crediteuren hun instemming aan een onderhands akkoord moeten geven. Eén dwarsligger zal het akkoord en dus de noodzakelijke reorganisatie van een akkoord kunnen tegenhouden. Om deze onwenselijke praktijk het hoofd te bieden heeft de Minister van Veiligheid en Justitie zeer onlangs een wetsvoorstel gelanceerd waarin ook buiten faillissement of surseance om onredelijk dwarsliggende schuldeisers kunnen worden gedwongen aan een schuldenakkoord mee te werken (Wet Continuïteit Ondernemingen II, WCO II). Maar deze regeling van het dwangakkoord is nog slechts een wetsvoorstel en zal naar verwachting pas in 2016 in werking treden. Voorlopig zal de praktijk het nog moeten doen met het onderhandse akkoord op basis van vrijwilligheid.

### 2.2 Hoe werkt het?

Een onderhands akkoord kan worden gezien als een overeenkomst tussen de onderneming en haar schuldeisers. Deze overeenkomst komt tot stand door de onderneming en de aanvaarding van dat aanbod door de afzonderlijke schuldeisers. Zolang de genoemde WCO II nog niet van kracht is, is de schuldeiser nog vrij om dit akkoord te accepteren of af te wijzen. Hij kan in beginsel niet gedwongen worden het akkoord te accepteren. Als het akkoord goed wordt voorbereid, is het onder omstandigheden mogelijk een schuldeiser in een kort geding te dwingen akkoord te gaan. Uit de rechtspraak blijkt dat als de schuldeiser zijn bevoegdheid te weigeren

misbruikt en in alle redelijkheid het akkoord had moeten aanvaarden, hij toch kan worden gedwongen deel te nemen aan het akkoord. Een rechter zal slechts tot de conclusie komen dat de schuldeiser moet deelnemen aan het akkoord als het akkoord en de totstandkoming daarvan aan een aantal criteria voldoet.

Die criteria zijn:

- Het akkoordvoorstel moet goed onderbouwd zijn en volledig inzicht geven in de schulden en vermogenspositie van de onderneming; het voorstel moet een uitgebreide specificatie bevatten van de activa en passiva van de onderneming.
- Er moet inzicht worden geboden in het maximaal haalbare resultaat.
- Het akkoordvoorstel moet zijn opgesteld en worden begeleid door een onafhankelijke deskundige. Het voorstel moet worden onderbouwd door een rapport van bij voorkeur een accountant.
- Het moet aannemelijk zijn dat het niet aanvaarden van het akkoord zal leiden tot een lagere uitkering in een eventueel faillissement. Met andere woorden, aannemelijk moet worden gemaakt dat het alternatief van een faillissement slechter is.
- Het moet duidelijk zijn dat de onderneming zich aanzienlijke opofferingen moet getroosten om het akkoord tot stand te brengen.
- Tijdens de uitvoering van het akkoord moeten de schuldeisers voortdurend op de hoogte worden gehouden van alle ontwikkelingen met betrekking tot hun vordering.
- Bij voorkeur moet het akkoord tot gevolg hebben dat de werkgelegenheid behouden blijft.
- Vergelijkbare gevallen moeten gelijk worden behandeld, althans in het akkoord moet goed worden onderbouwd waarom bepaalde schuldeisers een betere behandeling krijgen dan andere.
- Het akkoord moet worden aangeboden aan alle crediteuren.

Als aan bovenstaande criteria is voldaan, is de kans groot dat een rechter tot het oordeel zal komen dat een schuldeiser moet meedoen met het akkoord. Het enkele argument dat een faillissement onvermijdelijk is, is dus niet voldoende. De rechter zal daarbij nog wel een afweging maken tussen de belangen van de onderneming, de bij de onderneming betrokken partijen en de belangen van de schuldeiser.

In de praktijk wordt medewerking afgedwongen door middel van een kort geding. Indien het aantal schuldeisers dat weigert mee te werken groot is, kan er ook voor worden gekozen om de weg van het gerechtelijk dwangakkoord te kiezen. Deze akkoordvariant, die loopt via de surseance van betaling of het faillissement wordt verderop in dit boek behandeld. Voor het buitengerechtelijk dwangakkoord is als gezegd wetgeving in de maak, maar die zal naar verwachting niet vóór 2016 van kracht zijn.



### 2.3 De praktijk

Het tot stand brengen van een onderhands akkoord vergt enige tijd. Met het voorbereiden, het opstellen van de benodigde stukken - waaronder het rapport van de accountant en de brieven aan de schuldeisers -, het aanbieden zelf en het verkrijgen van de toestemming van de schuldeisers, is al gauw enkele maanden gemoeid. Het begint met het maken van een analyse van de onderneming om een oordeel te kunnen vellen of een onderhands akkoord de aangewezen manier is om de onderneming te redden. Vervolgens dient te worden nagedacht hoe het akkoord er uit zal gaan zien. Dat is natuurlijk afhankelijk van de hoeveelheid geld die ter beschikking staat om het akkoord te financieren. De inhoud van het akkoord is vrij, de meest voorkomende vorm is het aanbieden van een betaling van 10% of een ander percentage van de schuld en kwijtschelding van het restant. Daarnaast wordt soms aangeboden het restant om te zetten in een al dan niet achtergestelde lening of in aandelenkapitaal.

Bij het bepalen van de inhoud van het akkoord is het uiteraard van belang om te bepalen hoeveel iedere schuldeiser ontvangt. Meestal zal de onderneming een groot aantal schuldeisers hebben, waaronder veel kleinere. In praktijk wordt er vaak voor gekozen om de kleinere schuldeisers volledig te betalen tot een bepaalde grens van bijvoorbeeld EUR 1.000. De overige, grotere crediteuren krijgen ook allemaal EUR 1.000 uitbetaald en daarbovenop een percentage van het restant. De reden hiervoor is dat het in de praktijk veel tijd kost om het akkoord van de schuldeisers daadwerkelijk te verkrijgen. Een aantal schuldeisers zal weigerachtig zijn om het akkoord te accepteren. Die zullen dus na gebeld of bezocht moeten worden en dat vergt tijd. Daarom is het van belang om de groep van schuldeisers die een deel van hun vordering moeten kwijtschelden beperkt te houden, en de relatief kleine schuldeisers volledig te voldoen.

### 2.4 Gelijkheid schuldeisers

Uitgangspunt bij het onderhands akkoord is dat schuldeisers gelijk moeten worden behandeld. Dat betekent niet dat iedere schuldeiser hetzelfde aanbod moet krijgen. Het is mogelijk om bepaalde groepen schuldeisers een ander aanbod te doen dan de rest. Zoals zojuist besproken, kan het heel praktisch zijn de kleinere schuldeisers voor 100% te betalen om de administratieve lasten van het akkoord zo klein mogelijk te houden. Het komt in dat kader ook vaak voor dat de grotere schuldeisers wordt gevraagd om een deel kwijt te schelden en een deel van hun vordering om te zetten in een achtergestelde lening.

De meeste ondernemingen werken met een bankfinanciering. Voor zover deze financiering is gedekt door zekerheden zal de bank meestal niet meedoen met het akkoord tenzij zij 100% betaald krijgt. De Belastingdienst en het UWV nemen ook een bijzondere positie in. Volgens de wet hebben de Belastingdienst en het UWV een bevoorrechte positie waardoor zij zich met voorrang boven alle andere crediteuren op de schuldenaar kunnen verhalen.

Ondanks hun bevoorrechte positie zijn de Belastingdienst en het UWV in de praktijk vaak onder voorwaarden bereid mee te werken aan een akkoord waarbij een deel van hun vordering wordt kwijtgescholden. Een van deze voorwaarden is dat zij tenminste het dubbele percentage wensen te ontvangen ten opzichte van hetgeen de concurrente schuldeisers ontvangen. Daarnaast zullen

de nieuwe fiscale en premieverplichtingen tijdig en volledig moeten worden nagekomen. En de onderneming moet na totstandkoming van het akkoord reële vooruitzichten hebben gezonden voortzetting.

Daarnaast dient uiteraard rekening te worden gehouden met schuldeisers die een bijzonder recht hebben zoals het recht van reclame, het recht van verrekening, de levering onder eigendomsvoorbehoud en het retentierecht. Ook zogenaamde dwangcrediteuren zoals belangrijke leveranciers van grondstoffen, energiemaatschappijen e.d. vergen de nodige aandacht. Indien een kredietverzekeraar betrokken is, zal dit er vaak toe leiden dat zodra de onderneming naar buiten brengt dat zij in liquiditeitsproblemen zit, de verzekeraar haar verzekeren verbiedt nog langer te leveren en dwingt over te gaan tot incassomaatregelen. In het akkoord dient dus ook met deze groep rekening te worden gehouden.

### 2.5 Risico's en voldoende kapitaal

Naast het risico van het mislukken van het akkoord, wat onherroepelijk het faillissement van de onderneming zal betekenen, ligt er voor de bestuurder van de onderneming nog een risico op de loer. Op het moment dat het besluit wordt genomen een onderhands akkoord aan te bieden, is duidelijk dat de onderneming niet meer al haar schulden kan betalen. Het zal echter in de meeste gevallen wel zo zijn dat de onderneming - wil zij kunnen voortgaan - nieuwe verplichtingen en schulden zal moeten aangaan. Te denken valt aan het bestellen van grondstoffen etc. In de rechtspraak is uitgemaakt dat een bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan zijn indien hij namens de onderneming verplichtingen aangaat waarvan hij wist dan wel had behoren te weten dat de onderneming die niet kan nakomen. Dit zal het geval zijn met verplichtingen die worden aangegaan nadat is besloten dat een onderhands akkoord de enige manier is om de onderneming te redden. Op het moment immers dat het akkoord mislukt, zal een faillissement volgen en zullen de schuldeisers hoogstwaarschijnlijk onbetaald blijven. Bij het opstellen van de begroting van het akkoord is het noodzakelijk hiermee rekening te houden. Er zal dus een voorziening moeten worden opgenomen om de nieuwe verplichtingen die in het akkoordtraject worden aangegaan direct of contant te kunnen betalen.

Ook bij het welslagen van het akkoord is er meestal veel kapitaal nodig. Leveranciers die net een deel van hun vordering hebben moeten kwijtschelden zullen meestal contante betaling verlangen, een zeer korte betalingstermijn hanteren of, ter compensatie van de gegeven korting, een opslag over toekomstige leveranties rekenen. Ook met deze omstandigheden dient rekening te worden gehouden bij het opstellen van de begroting van het akkoord.

### 2.6 Werknemers

Het aanbieden van een onderhands akkoord brengt geen verandering in de positie van de werknemers. Anders dan bij een faillissement is het niet zo dat werknemers kunnen worden ontslagen zonder aanspraak te hebben op een ontslagvergoeding. Als het probleem van de onderneming dus niet is gelegen in een problematische schuldenpositie maar in een teveel aan werknemers, is het de vraag of het aanbieden van een onderhands akkoord wel het juiste middel is. Naast het



akkoord zal ook een regeling moeten worden getroffen met de werknemers om deze al dan niet vrijwillig te laten afvloeien. Dit kan een kostbare aangelegenheid zijn, alhoewel rechters in de praktijk vaak rekening houden met de financiële situatie door ontslagvergoedingen te matigen. Desondanks gaat het vaak toch nog om grote bedragen. In deze gevallen zal dus een combinatie van een regeling met de werknemers en een onderhands akkoord moeten worden opgesteld.

## Hoofdstuk 3

# De doorstart voorafgaand aan faillissement

### 3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 werd de doorstart door middel van een buitengerechtelijk, ofwel onderhands akkoord besproken. Aan de orde kwam dat op basis van de thans geldende wetgeving in beginsel alle schuldeisers hun medewerking aan een dergelijk akkoord moeten verlenen. Daar komt bij dat een onderhands akkoord gefinancierd moet worden, veelal door een bank, tegen ongunstige condities (hoge rentelasten en extra zekerheden). Bovendien leidt een onderhands akkoord weliswaar tot een sanering van de schuldenlast, maar niet van de kostenstructuur. Indien daar niets aan gedaan wordt, bestaat het risico dat op korte termijn opnieuw een structureel liquiditeitstekort ontstaat. Het reorganiseren van de kostenstructuur van een onderneming is vaak een kostbare aangelegenheid. Denk daarbij aan afvloeiingsregelingen voor boventallig geworden personeel en het afkopen van andere contracten.

Kortom, een doorstart door middel van een onderhands akkoord kan tijdrovend en kostbaar zijn. Als niet ook wordt ingegrepen in de kostenstructuur, blijft het gewenste resultaat bovendien vaak uit. Het is om die reden dat ondernemingen veelal naar andere mogelijkheden zoeken.

### 3.2 Sterfhuisconstructie

Eén van die mogelijkheden is om de activiteiten van de onderneming en de activa onder te brengen in een andere onderneming. Meestal is de koopsom die daarvoor betaald wordt ontoereikend om alle schulden te betalen. De onderneming, die door de verkoop van de activiteiten geen verdien-capaciteit meer heeft, blijft dus met een aanzienlijke schuldenlast en een aantal verplichtingen achter. Dit leidt vrijwel onherroepelijk tot het faillissement van de rechtspersoon waarin die onderneming wordt gedreven. Deze constructie wordt ook wel de ‘sterfhuisconstructie’ genoemd. De kosten zijn relatief laag, maar de risico’s zijn aanzienlijk. In dit hoofdstuk komen eerst het proces en de positie van de diverse betrokken partijen aan bod, waarna op de risico’s wordt ingegaan.

### 3.3 Over te nemen activa

Allereerst is van belang te bepalen welke activa worden overgedragen. Voor de hand ligt dat het in ieder geval gaat om die activa die nodig zijn om de activiteiten van de onderneming ongestoord voort te kunnen zetten, zoals de bedrijfsinventaris en de machines, de voorraad (grondstoffen en gereed product), het klantenbestand en de orderportefeuille. Aandacht zal moeten worden besteed aan het overnemen van contracten met leveranciers, afnemers, leasemaatschappijen en werknemers.

Aansluitend moet de waarde van de over te nemen activa worden bepaald. Indien de doorstart door een externe partij gemaakt wordt, zal de uiteindelijke koopsom onderwerp zijn van onderhandeling. Ook dan is het van belang dat binnen de onderneming inzicht bestaat in de waarde van de onderneming, al was het maar voor het formuleren van een vraagprijs. Daarnaast moet aandacht worden besteed aan andere aspecten van het onderhandelingsproces. Denk aan het tekenen van een geheimhoudingsverklaring vóórdat vertrouwelijke informatie met potentiële koper(s) wordt gedeeld, en het helder communiceren van de exclusiviteit van de onderhandelingen. Als de onderhandelingen uitdrukkelijk niet exclusief zijn, kan het raadzaam zijn een biedingsprotocol op te stellen en dit aan alle gegadigden op te leggen.

Vanuit de positie van de potentiële koper is het van belang gedegen onderzoek te doen naar de bedrijfsvoering van de voort te zetten onderneming. Anders dan bij de overname van aandelen of een activa-passiva transactie, is er geen sprake van de overname van verplichtingen, zodat het inventariseren van (financiële) risico’s minder urgent is. Maar ook bij het overnemen van alleen de activa is het van belang te onderzoeken wat de verdien-capaciteit daarvan in het verleden is geweest en welke feiten en omstandigheden die verdien-capaciteit negatief beïnvloed hebben. Bovendien zal de koper mogelijk een aantal contracten over willen nemen. Dan is het belangrijk om te inventariseren welke verplichtingen daaruit voortvloeien, zowel voor de toekomst als vanuit het verleden (zijn er betalingsachterstanden?). Vanuit de positie van het zittende management is het zaak om duidelijk vast te leggen welke gegevens door de potentiële koper(s) mogen worden ingezien.

Ook indien de doorstart gemaakt wordt door het zittende management, of partijen die uit andere hoofde reeds bij de onderneming betrokken zijn, zoals aandeelhouders of werknemers, geldt dat de bepaling van de koopsom van groot belang is. Als algemene richtlijn geldt dat de koopsom reëel en marktconform dient te zijn. Het is zonder meer riskant om de activa onder de marktwaarde of voor een symbolisch bedrag over te dragen. Daarnaast is van belang op welke wijze de koopsom wordt aangewend.

Hierna zal nog uitgebreid aan de orde komen dat het ook als externe koper aan te raden is om stil te staan bij de gevolgen die verbonden kunnen zijn aan het maken van een doorstart door middel van een sterfhuisconstructie. De gevolgen en risico’s komen namelijk lang niet altijd alleen voor rekening van de verkoper.

### 3.4 Positie werknemers

Bij de bepaling van de positie van werknemers is het begrip “overgang van onderneming” cruciaal. Indien hiervan sprake is, gaan de rechten en verplichtingen ten opzichte van de werknemers van de verkopende partij van rechtswege over op de verkrijger, de doorstartende partij. Concreet betekent dit dat de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers in stand blijven en overgaan op de doorstartende partij, tenzij een werknemer zelf (ondubbelzinnig) aangeeft dat hij niet bij de doorstarter in dienst wil treden danwel bereid is een beëindigingsovereenkomst te sluiten.

Of sprake is van overgang van onderneming wordt beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het concrete geval. De volgende factoren zijn bij die beoordeling van belang:

- De aard van de betrokken onderneming.
- In hoeverre worden de materiële activa en de klantenkring overgedragen?
- Wat is de waarde van de immateriële activa op het moment van overdracht?
- In hoeverre wordt het personeel overgenomen?
- De mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen.
- De duur van de eventuele onderbreking van die activiteiten.

De genoemde factoren zijn slechts deelaspecten en mogen niet afzonderlijk worden beoordeeld. Het samenstel van factoren moet een globaal beeld opleveren dat antwoord geeft op de vraag of sprake is van overgang van onderneming. Daarbij geldt dat bepaalde factoren in sommige sectoren van groter belang zijn dan in andere sectoren. Bij een zakelijke dienstverlener bijvoorbeeld zal de factor 'overdracht van materiële activa' van minder groot belang zijn dan bij een productiebedrijf.

Wanneer inderdaad sprake is van een overgang van onderneming, is de consequentie dat de kosten van de sanering van het werknemersbestand voor rekening van de doorstartende partij komen.

### 3.5 Positie bank

Over het algemeen heeft de bank haar kredietrisico afgedekt met zekerheden. Dit betekent dat op de materiële activa veelal pand- of hypotheekrechten zullen rusten. De bank bedingt meestal dat verpande zaken niet kunnen worden overgedragen 'anders dan in de normale bedrijfsuitoefening'. Hiervan is bij een overdracht in het kader van een doorstart vanzelfsprekend geen sprake. Dit brengt met zich dat de bank vaak een belangrijke positie in een doorstart bekleedt en dat deze zonder medewerking van de bank doorgaans niet tot stand zal komen. Bovendien moet er rekening mee worden gehouden dat het deel van de koopsom dat ziet op verpande zaken aan de bank zal moeten worden afgedragen ter aflossing van het krediet. Indien dit daarvoor niet voldoende is, lopen borg en hoofdelijk (mede-)aansprakelijke personen (veelal bestuurders en aandeelhouders) het risico door de bank te worden aangesproken.

Anderzijds speelt de bank vaak een sleutelrol als financier van de doorstart. Daarbij moet gedacht worden aan de financiering van de koopsom, het verschaffen van startkapitaal, het financieren van de sanering van het werknemersbestand en de afkoop van verplichtingen na de doorstart.

### 3.6 Positie leveranciers

Het staat leveranciers uiteraard vrij al dan niet te leveren aan de doorstartende partij. Indien bepaalde leveranciers voor het slagen van de doorstart van essentieel of groot belang zijn, zullen zij de gelegenheid aangrijpen om betaling af te dwingen van openstaande facturen over de periode voorafgaand aan de doorstart. Zij worden om deze reden ook wel 'dwangcrediteuren' genoemd. Op grond van de wet hebben zij geen voorrang, maar door hun strategische positie verkrijgen zij feitelijk wel voorrang bij betaling.

Indien de onderneming afnameverplichtingen heeft ten opzichte van leveranciers en voortzetting van de leveranties ook na de doorstart wenselijk of noodzakelijk is, zullen ook hierover afspraken moeten worden gemaakt.

Ook moet rekening gehouden worden met leveranciers die onder eigendomsvoorbehoud geleverd hebben of zich beroepen op het recht van reclame. Zij zijn gerechtigd om onbetaald gebleven leveranties terug te nemen. Wel zullen daarbij de geleverde zaken heel precies geïdentificeerd moeten kunnen worden.

### 3.7 Lopende overeenkomsten

Een onderneming heeft doorgaans allerlei verplichtingen die voortvloeien uit duurovereenkomsten, zoals de verplichting tot betaling van (verzekerings)premies, abonnementsgelden, lease-/huurtermijnen etc. Tegenover die betalingsverplichting staat dan het recht op een bepaalde dienst of gebruik van een bepaalde zaak. In het algemeen geldt dat overeenkomsten slechts kunnen worden overgedragen indien de contractspartij daarmee instemt. In het kader van een doorstart bestaat er vaak behoefte bepaalde overeenkomsten te continueren, zoals abonnementen voor telefoon-/fax-/internetaansluitingen en leasecontracten. In dat geval is dus medewerking nodig van de contractspartij, die veelal van de gelegenheid gebruik zal maken om betaling te verlangen van eventueel bestaande achterstanden en zekerheid te eisen voor de betaling van toekomstige termijnen of leveringen.

Ook uit lopende opdrachten (onderhanden werk) en eventueel aanwezige (verkoop-)overeenkomsten waarin een klant zich tot een bepaalde omvang verplicht tot afname, vloeien verplichtingen voor de onderneming voort. De onderneming is immers op grond van de order of afnameovereenkomst gehouden een bepaalde hoeveelheid goederen of diensten te leveren. Tenzij de condities waaronder deze leveringen plaatsvinden zeer ongunstig zijn, zal een doorstartende partij veelal zeer geïnteresseerd zijn in de overname van dergelijke verplichtingen. Ook in dit soort situaties maakt de wederpartij bij een overeenkomst, in dit geval de opdrachtgever/afnemer, vaak gebruik van de situatie door aanvullende voorwaarden te stellen. Te denken valt daarbij aan kortingen of productieggaranties.

### 3.8 Positie schuldeisers

Na overdracht van de activiteiten resteert slechts een entiteit met schulden en verplichtingen. Bij gebreke aan verdien capaciteit zal het een kwestie van tijd zijn voordat het faillissement wordt aangevraagd en uitgesproken. De schuldeisers kunnen hun vorderingen in beginsel niet verhalen op de doorstartende partij. Die heeft immers geen schulden overgenomen. De schuldeisers rest slechts het indienen van hun vorderingen bij de curator. Zoals al eerder in dit boekje uiteengezet, wordt in 95% van de faillissementen geen enkele uitkering aan de concurrente schuldeisers gedaan. Zodra duidelijk wordt dat geen uitkering zal volgen, kunnen de schuldeisers, indien van toepassing, reeds afgedragen BTW terugvragen bij de Belastingdienst. Het restant van de vordering zal moeten worden afgeschreven.

Uit het voorgaande volgt dat de schuldeisers van een onderneming in deze constructie veelal met lege handen achterblijven. Degenen die zich door het vestigen van zekerheden (de bank) of door hun bijzondere positie (leveranciers) voldoening van hun vorderingen kunnen afdwingen, komen wel goed weg.

### 3.9 Risico's

In de vorige paragraaf is uiteengezet dat een doorstart door middel van een sterfhuisconstructie vrijwel altijd tot het onbetaald blijven van de schuldeisers en het faillissement van de verkopende vennootschap leidt. De curator, die bij de faillietverklaring wordt aangesteld, heeft tot taak de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. Concreet betekent dit dat hij moet onderzoeken of er nog activa aanwezig zijn die te gelde kunnen worden gemaakt. Daarnaast moet hij onderzoeken of er voorafgaand aan het faillissement zaken zijn voorgevallen die de schuldeisers of de vennootschap hebben benadeeld en om die reden moeten worden teruggedraaid. Ten slotte dient de curator te onderzoeken of de bestuurders van de onderneming zich schuldig hebben gemaakt aan onbehoorlijke taakvervulling. Dit kan leiden tot aansprakelijkheid van die bestuurders voor het faillissementstekort, dat wil zeggen het verschil tussen het te gelde gemaakte actief en de totale schuldenlast.

De curator zal in het geval van een faillissement dat het gevolg is van een sterfhuisconstructie, geen activa meer aantreffen. Deze zijn immers verkocht aan de doorstartende partij. De curator zal onderzoeken of de doorstart heeft geleid tot benadeling van de schuldeisers, of op andere gronden onrechtmatig is geweest. Daarbij is de hoogte van de koopsom van groot belang, alsook de manier waarop de koopsom is aangewend. Hierna zal een aantal acties worden besproken die de curator ten dienste staan om schade die door de failliete onderneming en/of de schuldeisers is geleden, ongedaan te maken.

#### 3.9.1 Tegenstrijdig belang

Wanneer het zittende management zelf een doorstart realiseert, dat wil zeggen tevens het management of de aandeelhouder van de doorstartende partij vormt, bestaat het risico dat de overnameovereenkomst vernietigd wordt wegens tegenstrijdig belang. Dit risico bestaat ook wanneer

de partijen in een bijzondere verhouding tot elkaar staan, bijvoorbeeld een familierelatie of de verhouding moeder/dochtervennootschap.

De vraag of sprake is van een tegenstrijdig belang is niet altijd eenvoudig te beantwoorden en is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Degene die zich op het tegenstrijdig belang beroept, zal omstandigheden moeten aanvoeren die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de bestuurder dat deze zich niet in staat had mogen achten om de belangen van de onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen. Het is dus niet noodzakelijk dat het betrokken besluit c.q. de rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de onderneming heeft geleid. Indien de bestuurders van een vennootschap een doorstart willen maken, is dit tegenstrijdig belang eenvoudig voor te stellen; zij hebben er immers belang bij een zo laag mogelijke prijs voor de activa te betalen, terwijl het in het belang van de onderneming is dat een zo hoog mogelijke prijs wordt gerealiseerd.

De wet bepaalt dat een bestuurder die een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is aan het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming. Indien daardoor geen besluit kan worden genomen (bijvoorbeeld omdat er maar één bestuurder is), vindt de besluitvorming plaats door de raad van commissarissen. Indien deze er niet is, of de leden daarvan zelf óók een tegenstrijdig belang hebben, beslist de algemene vergadering van aandeelhouders ('ava'). De beslissingsbevoegdheid van de ava kan in de statuten ook aan een ander vennootschapsorgaan of daarbij betrokken persoon worden opgedragen. Het is dus mogelijk in de statuten op te nemen dat in geval van een tegenstrijdig belang de betrokken bestuurder toch bevoegd is het besluit namens de vennootschap te nemen.

De hiervoor omschreven wettelijke regeling geldt pas sinds 1 januari 2013. Veel statuten van vennootschappen die vóór die datum zijn opgericht, bevatten een regeling die afwijkt van de huidige wettelijke regeling. Het is raadzaam advies in te winnen van een advocaat of notaris alvorens klakkeloos de statutaire regeling te volgen.

Vernietiging wegens tegenstrijdig belang heeft tot gevolg dat de overname geacht wordt nooit te hebben plaatsgevonden. Concreet betekent dit dat de overgenomen activa terug moeten worden gegeven door de doorstartende vennootschap, tenzij deze te goeder trouw is. In het geval de bestuurder van de onderneming tevens de bestuurder/aandeelhouder van de doorstartende partij is, zal van goede trouw geen sprake kunnen zijn.

#### 3.9.2 Pauliana

De curator heeft de bevoegdheid om een rechtshandeling die voorafgaand aan het faillissement is verricht te vernietigen indien de schuldeisers door die rechtshandeling zijn benadeeld. De voorwaarden waaronder vernietiging op grond van zogenaamd 'paulianeus handelen' kan plaatsvinden, verschillen naar gelang het gaat om een verplichte of onverplichte rechtshandeling. Van een onverplichte rechtshandeling is sprake indien er geen op wettelijke of contractuele verplichting bestaat om de rechtshandeling aan te gaan. Aangezien de verkoop van activa in het kader van een doorstart vrijwel steeds onverplicht zal zijn, ongeacht de feitelijke noodzaak om in te grijpen

in de bedrijfsvoering, wordt in dit hoofdstuk alleen de vernietiging van onverplichte rechtshandelingen besproken.

Voor een succesvol beroep door de curator op de “Pauliana” moeten schuldeisers benadeeld zijn, dat wil zeggen dat zij werkelijk in hun verhaalsmogelijkheden zijn beperkt. Het tijdstip waarop sprake moet zijn van benadeling is het moment waarop de curator de Pauliana inroept of, wanneer de rechter gevraagd is daarover te oordelen, op het moment waarop deze vonnis wijst. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van benadeling wordt de fictieve situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd als de rechtshandeling niet zou hebben plaatsgevonden vergeleken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als de rechtshandeling in stand blijft. Het begrip ‘benadeling’ moet ruim worden geïnterpreteerd. Daaronder valt niet alleen de afname van activa of de toename van schulden, maar ook het verstrekken van zekerheden (waardoor een voorrangspositie voor één specifieke schuldeiser wordt gecreëerd) en de situatie waarin activa zijn verdwenen zonder dat daar een gelijkwaardige verhaalsmogelijkheid voor in de plaats is gekomen.

Daarnaast moet de curator aantonen dat ook degene met wie de failliete onderneming de rechtshandeling verrichtte wist of behoorde te weten dat schuldeisers benadeeld zouden worden. De kans op of de verwachting van eventuele benadeling is daarbij niet genoeg. Het faillissement moet in redelijke mate te voorzien zijn ten tijde van het aangaan van de transactie. Ook moet voorzienbaar zijn geweest dat in het faillissement niet alle crediteuren voldaan zouden kunnen worden. In een aantal specifieke gevallen wordt de curator geholpen bij het bewijs dat beide partijen wetenschap van benadeling hadden. In die gevallen geldt een in de wet vastgelegd vermoeden dat sprake is van wetenschap van benadeling. Voor zover hier van belang gaat het om overeenkomsten waarbij de failliete onderneming een te lage prijs ontvangt maar bijvoorbeeld ook wanneer de transactie wordt verricht met een wederpartij die tevens bestuurder is van de failliete onderneming of waarmee een familieband bestaat. Voor beide gevallen geldt dat het bewijsvermoeden alleen bestaat indien de rechtshandelingen binnen één jaar voor de faillietverklaring zijn verricht. Dit betekent niet dat rechtshandelingen die langer geleden zijn verricht niet vernietigd kunnen worden, maar slechts dat de curator dan niet ‘geholpen’ wordt door het bewijsvermoeden. Overigens is het mogelijk tegenbewijs te leveren. Daarbij is niet nodig dat het tegendeel wordt bewezen, maar slechts dat het bewijsvermoeden wordt ontzenuwd.

Eerder in dit hoofdstuk werd gewezen op het belang van een reële, marktconforme prijs. Indien de over te nemen activa worden verkocht voor een te lage prijs, dan is het risico groot dat de overeenkomst na het faillissement wordt vernietigd door de curator. Daarbij moet worden bedacht dat ook indien wél een marktconforme prijs is betaald, sprake kan zijn van benadeling. Denk daarbij aan de situatie dat de koopsom wordt aangewend ter betaling van slechts één of meer specifieke schuldeisers, bijvoorbeeld de bank of een schuld in rekening-courant aan een bestuurder of aandeelhouder. Het is dan uiteraard wel de vraag of de wederpartij bij de overeenkomst van die vorm van benadeling wetenschap had.

Voor het geval het zittende management en/of de aandeelhouders de doorstart zelf realiseren en dus, al dan niet via een andere rechtspersoon, als koper en verkoper optreden, bestaat eveneens een groot risico op vernietiging door de curator wegens paulianeus handelen.

Gesteld kan worden dat in geval van een sterfhuisconstructie vrijwel steeds wetenschap van benadeling aan beide zijden aanwezig is. Indien alle activa immers uit de onderneming worden gehaald, verdwijnt de toekomstige verdien capaciteit. Dit leidt onherroepelijk tot benadeling van schuldeisers. Bij een doorstart in de vorm van een sterfhuisconstructie is een faillissement onafwendbaar en mitsdien in redelijke mate te voorzien. Voorzichtigheid is dus geboden.

Het gevolg van vernietiging door de curator is dat de rechtshandeling geacht moet worden nooit te hebben plaatsgevonden. Dit betekent dat de overgedragen activa moeten worden teruggegeven. In het algemeen zit een curator hier niet op te wachten. Vaak leiden onderhandelingen er dan ook toe dat de doorstartende partij nogmaals een vergoeding voor de overgenomen activa betaalt, ditmaal aan de curator.

Uit het voorgaande blijkt dat bij gebruikmaking van een sterfhuisconstructie de kans op vernietiging door de curator op grond van de Pauliana zeer reëel is. Zeker indien de doorstart wordt gerealiseerd voor een te lage prijs en/of door het zittende management/aandeelhouders. Hoewel uitsluiting van dit risico niet mogelijk is, kan dat wel worden verlaagd. Het meest voor de hand liggend is het al eerder gegeven advies een marktconforme prijs overeen te komen. Gedacht kan daarbij worden aan de onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvend gebruik en bestemming, vast te stellen door een onafhankelijke taxateur.

Daarnaast is het van belang wat er met de koopprijs gebeurt. In een situatie waarin er voldoende vermogen is om alle schulden te voldoen, bestaat er geen verplichting een rangorde van betaling aan te houden. Dit is anders indien er niet genoeg middelen zijn om alle schulden te voldoen. In dat geval wordt de schuldenaar geacht zijn schuldeisers gelijk te behandelen, behoudens wettelijke regels van voorrang. Voorrang hebben bijvoorbeeld pand- en hypotheekhouders, de Belastingdienst en het UWV. Indien een faillissement redelijkerwijs te verwachten is, hetgeen bij een sterfhuisconstructie per definitie het geval is, zal dus zeer zorgvuldig gekeken moeten worden hoe de koopprijs wordt aangewend. De meest veilige weg is om alsnog een regeling proberen te treffen met de schuldeisers ofwel de koopprijs apart te houden totdat het faillissement is uitgesproken. Het is dan aan de curator om conform de wettelijke voorrangsregels aan de schuldeisers uit te keren.

### 3.9.3 Bestuurdersaansprakelijkheid

De curator kan een bestuurder persoonlijk aansprakelijk houden voor het tekort in het faillissement indien sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in een periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement. Het tekort wordt gevormd door het bedrag aan schulden dat niet uit het gerealiseerde actief kan worden voldaan. In geval van een doorstart door middel van een sterfhuisconstructie zal het te realiseren actief veelal zeer gering tot nihil zijn, zodat het tekort wordt gevormd door de totale schuldenlast. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is sprake indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben. Bijkomende voorwaarde voor aansprakelijkheid is dat aannemelijk moet zijn dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Het hoeft niet de enige oorzaak van het faillissement te zijn, maar moet daar wel in belangrijke mate aan hebben bijgedragen. Voldoende is dat de curator het oorzakelijk verband tussen de onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement aannemelijk



maakt. De bewijslast met betrekking tot het kennelijk onbehoorlijk bestuur en de aanname dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is, ligt bij de curator.

De gronden voor aansprakelijkheid die de curator afhankelijk van het geval aan zijn vordering uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling ten grondslag kan leggen, zijn al aan de orde gekomen. Het moet gaan om het overdragen van activa tegen een te lage of geen enkele vergoeding, het selectief aanwenden van de koopprijs, het onrechtmatig betalen van managementfees aan de bestuurders, of het bewust opzetten van een sterfhuisconstructie waarbij de onderneming met louter schulden wordt achtergelaten. Aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval zal moeten worden beoordeeld of het geheel aan gedragingen tot de conclusie leidt dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

De gevolgen van een aansprakelijkstelling wegens onbehoorlijk bestuur beperken zich tot de aangesproken bestuurder. Als onbehoorlijk bestuur komt vast te staan is deze gehouden tot betaling van het tekort. Indien er meerdere bestuurders zijn, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk. De curator kan hen ieder voor het geheel aanspreken. De transactie zelf, de overdracht van de activa, blijft dan wel in stand. De doorstartende partij ondervindt dus geen hinder van deze actie van de curator, tenzij de aangesproken bestuurder tevens de doorstarter is. In dat geval zou de curator zelfs verhaal kunnen zoeken op de overgenomen activa. Dit is niet mogelijk indien de bestuurder een natuurlijke persoon is die ook bestuurder (maar geen aandeelhouder) van de doorstartende partij is. De overgenomen activa zijn dan niet van hem, maar van de rechtspersoon waar hij bestuurder van is geworden. De curator zou dan mogelijk wel verhaal kunnen zoeken op zijn loon of managementvergoeding. Indien de bestuurder tevens aandeelhouder van de doorstartende partij is, zou de curator verhaal kunnen zoeken op diens aandelen.

Ook hier geldt weer dat succesvolle acties door de curator voorkomen kunnen worden door een marktconforme prijs overeen te komen en zorgvuldig te bekijken hoe de koopsom wordt aangewend.

### 3.9.4 Onrechtmatig handelen

Naast de hiervoor besproken aansprakelijkheid op grond van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, kan de curator een bestuurder ook aanspreken op grond van onrechtmatige daad. Het gaat dan veelal om zogenaamde 'verhaalsfrustratie'. Dat is de situatie waarin een bestuurder weet of had behoren te begrijpen dat de handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou heeft dat deze haar verplichtingen niet zal nakomen en ook geen verhaal zal bieden voor de als gevolg daarvan op te treden schade. De aangesproken bestuurder moet ter zake van zijn handelen als bestuurder een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kunnen worden gemaakt voordat hij persoonlijk aansprakelijk is.

In het kader van een doorstart door middel van een sterfhuisconstructie kunnen de gronden voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad gebaseerd worden op de omstandigheid dat de schuldeisers per definitie met lege handen achterblijven. Mogelijk is dat zelfs de opzet van de constructie geweest. Een aanwijzing daarvoor kan zijn dat er geen prijs is betaald voor de overgedragen activa, dat deze prijs niet marktconform is of dat de koopprijs niet op juiste wijze is

aangewend. Over het algemeen wordt het als onrechtmatig gezien wanneer de koopsom wordt aangewend ter voldoening van vorderingen van bestuurders en aandeelhouders, of als dividend wordt uitgekeerd. Dit laatste zal vaak al op wettelijke voorschriften stranden.

Net als bij de bestuurdersaansprakelijkheid beperken de gevolgen zich tot de aangesproken bestuurder. Deze is gehouden de schade te vergoeden die door zijn onrechtmatig handelen is ontstaan. Curatoren willen nog wel eens stellen dat de schade bestaat uit het volledige tekort in het faillissement. Dat is vaak te kort door de bocht. Het is bijvoorbeeld maar zeer de vraag of alle schuldeisers betaald zouden kunnen worden indien de onderneming tegen een marktconforme prijs was verkocht en de koopprijs volledig was aangewend om de vorderingen van die schuldeisers te voldoen. Gesteld zou in dat geval kunnen worden dat de schade in ieder geval beperkt is tot de waarde van de overgedragen activa.

Afgezien van de situatie dat de aangesproken bestuurder ook betrokken is bij de doorstartende partij, ondervindt deze dus geen hinder van een dergelijke actie van de curator.

### 3.9.5 Strafrechtelijke gevolgen

Naast de hiervoor genoemde 'civiele' risico's die aan een doorstart door middel van een sterfhuisconstructie verbonden zijn, zijn er ook risico's van strafrechtelijke aard. Deze risico's beperken zich tot de bestuurder (of commissaris) van de noodlijdende onderneming die haar activa overdraagt. In de situatie dat deze bestuurder ook betrokken is bij de doorstartende partij, kunnen ook strafrechtelijke risico's wel degelijk invloed hebben op de doorstart.

In het kader van de sterfhuisconstructie is met name van belang de zogenaamde 'bedrieglijke bankbreuk'. Hiervan is, onder andere, sprake indien de bestuurder opzettelijk de crediteuren benadeelt door:

- activa om niet ('gratis' of zonder vergoeding) of voor een te lage prijs over te dragen, of
- bepaalde crediteuren te bevoordelen op een tijdstip dat hij wist dat een faillissement niet kon worden voorkomen.

Op 'bedrieglijke bankbreuk' staat een maximum gevangenisstraf van zes jaar of een geldboete van de vijfde categorie. Daarbij moet worden opgemerkt dat de politie en justitie weinig capaciteit hebben voor de opsporing en vervolging van deze strafbare feiten, zodat de 'pakkans' in de praktijk vrij gering is. Dit neemt niet weg dat het ook om deze reden van groot belang is om in het kader van een doorstart aandacht te besteden aan de juiste koopprijs voor de activa en de correcte aanwending daarvan.



## Hoofdstuk 4

# De sanering van schulden via een dwangakkoord

### 4.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken kwamen de mogelijkheden aan bod om buiten de wet om tot een regeling met de crediteuren te komen. Daarvoor is in het algemeen vereist dat alle crediteuren instemmen met gedeeltelijke kwijtschelding van schulden.

Wanneer niet alle crediteuren aan een dergelijk saneringsplan wensen mee te werken kan een oplossing worden gevonden in de wettelijke wijze van het saneren van schulden. Een gerechtelijk akkoord kan op basis van de wet worden bereikt in een faillissement of in een surseance van betaling. Voor het aannemen van een gerechtelijk akkoord is, anders dan in het geval van het buitengerechtelijke akkoord, geen unanimiteit van de schuldeisers vereist. Een gekwalificeerde meerderheid volstaat. Een enkele crediteur is dus niet in staat een aangeboden akkoord in zijn eentje te blokkeren.

Er is thans wetgeving in de maak die ook de mogelijkheid opent om ook buiten faillissement of surseance onredelijk dwarsliggende crediteuren kan dwingen om aan een akkoord mee te werken. Deze zogeheten Wet continuïteit ondernemingen II werd hiervoor in hoofdstuk 2 kort besproken en zal naar verwachting niet vóór 2016 van kracht worden.

Het faillissement is in beginsel gericht op de liquidatie van het vermogen van de onderneming. De schuldenaar heeft in faillissement evenwel de mogelijkheid zijn crediteuren een akkoord aan te bieden. Wanneer dat akkoord wordt aangenomen en door de rechtbank wordt goedgekeurd, komt het faillissement tot een einde. De onderneming kan daarna, schuldenvrij, haar activiteiten voortzetten en zal aldus een doorstart maken. De liquidatie van de onderneming is dan dus niet meer aan de orde. De weg naar een dergelijk akkoord is niet geheel zonder complicaties en risico's. Dat komt hoofdzakelijk doordat de curator de regie voert in een faillissementsprocedure. Zijn taak is er primair op gericht de gezamenlijke schuldeisers zo goed mogelijk te helpen. De curator zal altijd uit zijn op een maximale opbrengst van de activa van de onderneming. Wanneer de curator inschat dat de verkoop van de activa, los of in één geheel, meer voor de crediteuren op zal leveren dan wanneer het akkoordvoorstel van de ondernemer wordt gevolgd, dan zal de curator gewoonlijk zijn eigen plan van verkoop uitvoeren. Een alternatieve route is via de surseance van betaling. Het akkoord in faillissement wordt in hoofdstuk 6 besproken. In dit hoofdstuk komen de mogelijkheden van het akkoord binnen de surseance van betaling aan de orde.

### 4.2 De procedure

Surseance van betaling kan alleen door de schuldenaar/onderneming zelf aan de rechtbank worden verzocht. Crediteuren of andere belanghebbenden hebben die mogelijkheid niet.

De surseanceaanvraag geschiedt door middel van een verzoekschrift dat door een advocaat moet worden ingediend en ondertekend. Ook de schuldenaar ondertekent het verzoekschrift. Het wordt ingediend bij de rechtbank binnen het arrondissement van de statutaire vestigingsplaats van de onderneming.

De rechtbank verleent de surseance van betaling vrijwel direct nadat het verzoek daartoe is ingediend, meestal zelfs op dezelfde dag. De rechtbank verleent de surseance in eerste instantie voorlopig, en voor een periode van maximaal twee maanden. De rechtbank stelt bij de voorlopige verlening ook direct de datum vast waarop de eerste crediteurenvergadering plaats zal vinden. De systematiek is dat op die eerste crediteurenvergadering de gezamenlijke crediteuren beslissen over de definitieve verlening van de surseance.

Bij de voorlopige verlening van de surseance benoemt de rechtbank een bewindvoerder. Dit is, net als een curator in geval van faillissement, doorgaans een advocaat met ervaring op het terrein van het insolventierecht. Naast de bewindvoerder wordt ook een rechter-commissaris benoemd. Dat is een rechter die toeziet op de werkzaamheden van de bewindvoerder. Voor bepaalde handelingen in de surseance is machtiging of toestemming van de rechter-commissaris vereist.

De benoemde bewindvoerder voert samen met de directie van de onderneming het beheer over de zaken. Dat is een duidelijk verschil met het faillissement. In een faillissement wordt een curator benoemd die het beheer van de directie overneemt. De directie is de regie kwijt. In surseance trekken bewindvoerder en directie dus samen op. In de praktijk is het evenwel de bewindvoerder die de voornaamste stem heeft. Hij wordt in het kader van zijn wettelijke taak geacht de belangen van alle bij de surseance betrokkenen partijen (crediteuren, werknemers, leveranciers, e.d.) objectief te bewaken. Bepaalde handelingen zijn in dat kader ook exclusief aan de bewindvoerder opgedragen. Bijvoorbeeld het rapporteren aan de rechtbank, het adviseren over de definitieve surseance en later over het aan te bieden akkoord. Ook is de bewindvoerder gehouden onder bepaalde omstandigheden de rechtbank te verzoeken de surseance in trekken en om te laten zetten in een faillissement.

Vanwege de vereiste nauwe samenwerking tussen directie en bewindvoerder kan de directie enige invloed uitoefenen op de benoeming van de bewindvoerder. Het is raadzaam bij het surseanceverzoek aan te geven welke bijzondere expertise of branche-ervaring van een bewindvoerder gewenst is. Daar zal de rechtbank doorgaans ook rekening mee houden. Verzoeken om de benoeming van een bepaalde persoon als bewindvoerder, met naam en toenaam, worden door de rechtbank in de meeste gevallen genegeerd. Zover gaat de invloed van de schuldenaar dus niet.

### 4.3 Gevolgen van de surseance

De surseance treedt in op de dag waarop zij voorlopig is verleend. Dat werkt dus terug tot 0:00 uur op diezelfde dag.

De surseance van betaling is een regeling die leidt tot tijdelijk uitstel van betaling voor de schuldenaar. De crediteuren moeten gedurende de surseance pas op de plaats houden.

De surseance geldt slechts voor de gewone, concurrente crediteuren, dat wil zeggen crediteuren zonder voorrechten. De crediteuren die op basis van de wet een bijzonder voorrecht hebben, de zogeheten preferente crediteuren, hoeven zich van een verleende surseance niets aan te trekken. Het gaat hier om bijzondere crediteuren als de Belastingdienst, het UWV, banken die zekerheden hebben bedongen, werknemers met loonvorderingen, e.d. In de praktijk probeert de in surseance verkerende onderneming uiteraard ook met deze bijzondere crediteuren een feitelijke uitstelregeling te treffen. Zonder de medewerking van de preferente crediteuren is een surseance meestal op voorhand gedoemd te mislukken.

Verder is van belang te beseffen dat de surseance alleen werkt ten aanzien van schulden die op het surseancetijdstip reeds bestonden. Schulden die ontstaan vanaf de dag van de surseance, de zogeheten boedelschulden, zullen zonder vertraging betaald moeten worden. Dat geldt bijvoorbeeld voor de lonen van de werknemers, de nog te verschijnen huurtermijnen en de rekeningen van toeleveranciers, maar ook voor de kosten van de bewindvoerder. Het is van belang dat er gedurende de surseance voldoende middelen beschikbaar zijn of komen voor deze boedelschulden. Wanneer die middelen ontbreken en er geen uitzicht is op het voorhanden komen van die middelen zal de surseance moeten worden beëindigd. Het is met name de bewindvoerder die dit belang in het oog zal houden.

Zoals hiervoor al aan de orde kwam, staat de directie gedurende de surseance samen met de bewindvoerder aan het roer. De directie is niet langer bevoegd beheers- of beschikkingshandelingen te verrichten met betrekking tot de ondernemingsactiviteiten zonder toestemming van de bewindvoerder. Wanneer de directie dit toch doet, kan de bewindvoerder die handelingen vernietigen en terugdraaien. Ook kan de bewindvoerder die handelingen achteraf bekrachtigen.

### 4.4 De boedel

Een faillissement is een algeheel beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar. Dat vermogen, vermeerderd met wat de schuldenaar gedurende het faillissement nog verkrijgt, vormt de faillissementsboedel. Geen van de crediteuren kan daar gedurende het faillissement zelfstandig verhaal op nemen. Een surseance kan ook als beslag op het gehele vermogen worden gezien, zij het dat dat beslag alleen werkt ten aanzien van de concurrente crediteuren. Preferente crediteuren kunnen in principe gewoon verhaal nemen op het vermogen van de schuldenaar.

Wanneer er op het moment van de surseanceverlening al gerechtelijke procedures liepen, lopen die gedurende de surseance gewoon door. Een vonnis zal evenwel pas worden uitgesproken nadat de surseance is geëindigd. Wanneer de vordering die de inzet van de procedure is niet door

de schuldenaar wordt betwist, zal die vordering mee worden genomen in het akkoordvoorstel. De gerechtelijke procedure kan dan tussentijds worden beëindigd.

Omgekeerd kan de schuldenaar tijdens zijn surseance procedures aanhangig maken tegen bijvoorbeeld zijn eigen debiteuren. Voor dergelijke procedures is wel de medewerking van de bewindvoerder vereist.

De schuldenaar kan gedurende de surseance, met toestemming van de bewindvoerder, zijn onderneming gewoon voortzetten. Schulden die hij daarbij aangaat zijn boedelschulden en dienen direct te worden voldaan. Deze schulden vallen dus niet binnen de uitstelregeling. Daarmee komen wij op het volgende onderwerp: de voortzetting van de onderneming.

### 4.5 Voortzetting bedrijfsvoering

Voor een succesvolle surseance is van essentieel belang dat de schuldenaar op voorhand een plan van aanpak heeft uitgewerkt. Daarin dient aandacht te worden besteed aan de volgende aspecten:

- De omvang van de schuldenlast (concurrent en preferent).
- De aanpak van die schulden: hoeveel tijd en geld is er nodig om de crediteuren een redelijk akkoordvoorstel te doen?
- Hoe komt dat geld bij elkaar?
- Zit er op korte en middellange termijn voldoende verdien capaciteit in de onderneming?
- Kan er nieuw geld van derden (aandeelhouders, financiers) worden aangetrokken?
- Op welke kosten kan worden bespaard?

De bewindvoerder zal direct na zijn benoeming in contact treden met de onderneming en de directie. Hij zal een eerste inventarisatie maken van de hiervoor besproken punten. De directie zal haar medewerking aan die inventarisatie moeten verlenen. Wanneer er al een goed plan van aanpak klaarligt, zal dat voor de bewindvoerder zeker nuttig zijn. De bewindvoerder zal de in het plan van aanpak genoemde feiten en cijfers toetsen. Hij zal daartoe de boekhouding en administratie van de onderneming doornemen. De bewindvoerder maakt een eigen inventarisatie van de schuldenlast. Het zal snel duidelijk moeten worden of de preferente crediteuren uit de beschikbare liquide middelen of uit op korte termijn te realiseren kasstromen voldaan kunnen worden.

In de praktijk zal ook aan de preferente crediteuren worden verzocht enig uitstel van betaling te verlenen. Wanneer zij de overtuiging hebben dat het saneringsplan reëel is en kans van slagen heeft, zullen zij daar over het algemeen mee instemmen. Soms nemen zij zelfs genoegen met een gedeeltelijke betaling in het kader van het later aan te bieden akkoord.

De bewindvoerder kijkt tevens of ook de lopende lasten, de boedelschulden, uit de aanwezige middelen kunnen worden voldaan. Die vraag zal de bewindvoerder zich gedurende de gehele

duur van de surseance dagelijks stellen. Bij de eerste inventarisatie zal de bewindvoerder direct globaal bekijken of de concurrente crediteuren na verloop van tijd op basis van het saneringsplan en de lopende exploitatie van de onderneming, uiteindelijk tevreden kunnen worden gesteld, al dan niet via een akkoord.

Om een goed inzicht te krijgen zal de bewindvoerder een liquiditeitsprognose opstellen, waarbij inzichtelijk wordt wat er wekelijks of maandelijks aan geld binnenkomt en wat eruit gaat. De liquiditeitspositie van de onderneming zal direct verbeteren omdat gewone crediteuren voorlopig niet langer worden betaald. Er zijn evenwel ook factoren die de liquiditeit verder negatief zullen beïnvloeden. Leveranciers zullen hun toekomstige leveringen niet langer op krediet willen doen en boter bij de vis eisen of zelfs bevoorschotting. In de praktijk komt het ook voor dat leveranciers een risico-opslag gaan rekenen voor nieuwe leveringen. Verder zijn er crediteuren die ondanks het feit dat zij formeel uitstel van betaling moeten accepteren, toch betaling van de openstaande posten proberen af te dwingen alvorens zij verdere leveringen verrichten. Dat zijn de genoemde dwangcrediteuren. Denk hierbij aan energieleveranciers, telefonie- en automatiseringsbedrijven en verzekeringsmaatschappijen.

Crediteuren die zaken onder eigendomsvoorbehoud hebben geleverd, zullen de geleverde maar nog niet betaalde zaken willen terughalen. Hetzelfde geldt voor gehuurde en geleasede zaken. Banken en andere financiers zullen veelal de verstrekte kredieten als gevolg van de surseance opeisen. Daarbij zullen zij trachten hun bedongen zekerheden (pand- en hypotheekrechten) uit te winnen. Ook andere crediteuren met voorrang (Belastingdienst, UWV, werknemers, e.d. ) zullen proberen hun vorderingen normaal of versneld te innen.

De schuldenaar en de bewindvoerder staat een belangrijk middel ten dienste om de preferente schuldeisers in ieder geval voor enige tijd buiten de deur te houden: de afkoelingsperiode. Gedurende de afkoelingsperiode kunnen de preferente crediteuren hun (voor)rechten niet uitoefenen. Doorgaans zal de bewindvoerder de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode te gelasten. Die wordt gegeven voor maximaal twee maanden. De periode kan één keer met twee maanden worden verlengd. De afkoelingsperiode geeft de bewindvoerder en de schuldenaar enige tijd om zich in relatieve rust een juist beeld van de omvang van de boedel te vormen. Tevens kan het saneringsplan en het akkoordvoorstel verder worden uitgewerkt. De bedrijfsvoering kan ook worden voorgezet. De afkoelingsperiode geldt echter niet voor de nieuw ontstane boedelschulden. Ook kunnen zaken van derden niet, zonder speciale afspraken met die derden, worden gebruikt of verbruikt in het kader van de bedrijfsvoortzetting.

#### 4.6 Saneringsplan

Na en tijdens de eerste inventarisatie dient de schuldenaar, in nauwe samenspraak met de bewindvoerder, het saneringsplan uit te werken. De uitkomst van dat plan zal moeten zijn het uiteindelijk tevreden stellen van de crediteuren. Dat kan door middel van integrale betaling van de crediteuren of door hen te bewegen genoeg te nemen een gedeeltelijke voldoening van hun vorderingen. Dat is het schuldeisersakkoord.

#### 4.7 Definitieve surseance

Het saneringsplan en het akkoordvoorstel zullen al enige vorm moeten krijgen tijdens de eerste crediteurenvergadering. Deze vindt plaats ongeveer twee maanden nadat de surseance voorlopig is verleend. Op die vergadering beslissen de gezamenlijke crediteuren over de definitieve verlening van de surseance. De crediteuren stemmen over het oorspronkelijke surseanceverzoek. Zij laten zich doorgaans leiden door het advies dat de bewindvoerder voorafgaand of tijdens de vergadering heeft uitgebracht. De bewindvoerder laat zich in zijn advies uit over de haalbaarheid van de surseance. Omstandigheden die daarbij een rol spelen zijn:

- Kunnen de crediteuren uiteindelijk tevreden worden gesteld?
- Kunnen de lopende lasten en de preferente crediteuren worden voldaan?
- Werkt de schuldenaar goed mee aan de surseance?
- Is de schuldenaar te kwader trouw of benadeelt hij schuldeisers?

Wanneer een gekwalificeerde meerderheid voorstelt, zal de rechtbank de surseance definitief verlenen. Wanneer meer dan een derde van de op de vergadering aanwezige of vertegenwoordigde crediteuren tegenstemt (quorum), of wanneer meer dan een kwart van de op de vergadering vertegenwoordigde schuldenlast tegenstemt (quotum), mag de rechtbank de surseance niet definitief verlenen. Onwillige crediteuren kunnen, wanneer zij met een te kleine groep zijn of een te klein deel van de schuldenlast vertegenwoordigen, de definitieve verlening van de surseance dus niet blokkeren.

In de praktijk zal voorafgaand aan de geplande crediteurenvergadering al een beeld bestaan van het stemgedrag van de crediteuren. Veel crediteuren geven vooraf hun stem bij volmacht aan de bewindvoerder of aan de schuldenaar, zodat zij niet zelf ter vergadering aanwezig hoeven te zijn.

Wanneer de surseance definitief wordt verleend geschiedt dat doorgaans voor de duur van anderhalf jaar, met aftrek van de twee maanden van de voorlopige surseance. De schuldenaar kan één maal om verlenging van de surseance vragen. Dat komt in de praktijk niet veel voor. Als de surseance niet tussentijds strandt en wordt omgezet in een faillissement, wordt in de regel al ruim binnen de periode van anderhalf jaar een akkoordvoorstel aan de crediteuren voorgelegd.

#### 4.8 Het (dwang)akkoord

Het uiteindelijke doel van de surseance is het saneren van de schulden en het, al dan niet in afgeslankte vorm, voortzetten van de onderneming. De schuldsanering zal moeten worden gerealiseerd door middel van een akkoord met de schuldeisers. De onderneming biedt haar concurrente crediteuren aan een bepaald percentage van de openstaande vorderingen te voldoen. Het onbetaald gebleven deel zal door de crediteuren moeten worden kwijtgescholden.

Net als bij de stemming over de definitieve verlening van de surseance kunnen ook onwillige crediteuren gedwongen worden met het akkoordvoorstel van de onderneming in te stemmen.

Dat verklaart waarom het surseanceakkoord ook wel dwangakkoord wordt genoemd. Zolang de eerder kort besproken Wet continuïteit ondernemingen II nog niet in werking is getreden, dienen bij een buitengerechtelijk akkoord in beginsel alle crediteuren unaniem in te stemmen.

Het is de schuldenaar, de onderneming, die het akkoord aanbiedt, niet de bewindvoerder. Het is vanzelfsprekend wel verstandig het akkoordvoorstel nauw met de bewindvoerder af te stemmen. De bewindvoerder dient immers aan de crediteuren en aan de rechtbank zijn advies te geven over de haalbaarheid en wenselijkheid van het aangeboden akkoord. De bewindvoerder dient in dat kader nauwkeurig na te gaan of alle crediteuren wel op de juiste wijze zijn opgenomen in het voorstel, of zij inderdaad tevreden kunnen worden gesteld en of de onderneming ook op langere termijn weer levensvatbaar kan zijn en blijven.

Er bestaan geen wettelijke regels voor de vorm waarin het akkoord moet worden aangeboden. Het ligt voor de hand dit het schriftelijk geschiedt en een plan van aanpak met een deugdelijk met cijfers onderbouwde toelichting bevat.

Het wettelijke uitgangspunt is dat alle crediteuren op dezelfde wijze worden behandeld. Dat betekent dat zij in beginsel allen eenzelfde percentage van hun vordering krijgen aangeboden. Om praktische redenen komt het voor dat crediteuren met relatief kleine vorderingen toch het volle pond krijgen aangeboden. Zo zal het vereiste quorum gemakkelijker voor de schuldenaar te halen zijn. De overige crediteuren zullen uiteraard moeten worden geïnformeerd over de afwijkingen en zij zullen daar ook uitdrukkelijk mee moeten instemmen. Ook wordt wel gewerkt met gestaffelde percentages of met een basisbedrag plus een percentage van het meerdere dat voor iedereen gelijk is. Het akkoord is een overeenkomst tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers. Daar kan in principe van alles in worden afgesproken.

Zoals al diverse keren is aangehaald, werken de surseance en het dwangakkoord alleen ten opzichte van de concurrente crediteuren. In de praktijk zal de schuldenaar trachten de preferente crediteuren ook in de regeling mee te nemen. De voornaamste preferente crediteuren, de Belastingdienst en het UWV, zijn onder voorwaarden veelal bereid mee te werken aan een akkoord waarbij een deel van de belasting- of premieschuld wordt kwijtgescholden. Een van deze voorwaarden is dat zij tenminste het dubbele percentage wenselijk te ontvangen ten opzichte van hetgeen de concurrente schuldeisers ontvangen. Daarnaast zullen de nieuwe fiscale en premieverplichtingen tijdig en volledig moeten worden nagekomen. En de onderneming moet na totstandkoming van het akkoord reële vooruitzichten hebben gezonden voortzetting.

Wanneer de Belastingdienst, het UWV of andere bevoorrechte crediteuren aldus bereid zijn mee te werken aan een akkoord, zullen zij hun vorderingen bij de bewindvoerder indienen. Het aan hun vorderingen verbonden voorrecht komt dan te vervallen.

Voorafgaand aan de tweede crediteurenvergadering (de eerste crediteurenvergadering was die waarin werd beslist over de definitieve verlening van de surseance), wordt het akkoordvoorstel bij de griffie van de rechtbank gedeponeerd. De rechtbank stelt vervolgens vast wanneer de schuldvorderingen uiterlijk door de crediteuren moeten worden ingediend en wanneer de crediteurenvergadering wordt gehouden. In de praktijk zal de schuldenaar met de bewindvoerder al een precieze inventarisatie van het aantal en de omvang van de crediteuren hebben gemaakt. De crediteuren

zijn al ruim voor het doen van het formele akkoordvoorstel benaderd. De bewindvoerder zal de rechter-commissaris tijdig de crediteurenlijsten toezenden.

Op de vergadering zijn in ieder geval de schuldenaar, de bewindvoerder en de rechter-commissaris aanwezig. Crediteuren die op voorhand al hebben laten weten dat zij in zullen stemmen met het akkoordvoorstel wordt gevraagd van te voren een machtiging voor de stemming af te geven. Zij hoeven dan niet zelf te verschijnen.

Op de vergadering zal ook blijken welke vorderingen door de schuldenaar en/of de bewindvoerder worden betwist. Die betwiste crediteuren zijn meestal zelf aanwezig om hun vorderingen aan te tonen. De rechter-commissaris beslist uiteindelijk op de vergadering voor welk bedrag de betwiste crediteur tot de stemming over het akkoord wordt toegelaten. Dat kan zijn voor het volle bedrag of voor een gedeelte, of helemaal niet. Het deel waarvoor de crediteur niet wordt toegelaten, kan hij na de surseance desgewenst in een gerechtelijke procedure laten vaststellen. Ook in dat geval blijft hij echter gebonden aan het uitkeringspercentage zoals vastgelegd in het akkoord. Hetzelfde geldt overigens voor crediteuren die nadien nog met een oude vordering opkomen.

Uiteindelijk vindt op de vergadering de stemming over het akkoord plaats. Het akkoord wordt aangenomen wanneer een gewone meerderheid (> 50%) van de op de vergadering aanwezige en tot de stemming toegelaten crediteuren (quorum), die gezamenlijk tenminste de helft ( $\geq 50\%$ ) van het bedrag van de erkende vorderingen vertegenwoordigen (quotum), vóór het akkoord stemmen. Wanneer de vereiste, dubbele meerderheid niet wordt gehaald, kan de rechter-commissaris onder omstandigheden alsnog besluiten dat het akkoord is aangenomen. Daarvoor dient tenminste 75% van de verschenen en toegelaten crediteuren te hebben voorgestemd (tenzij zij gezamenlijk niet de quotumeis van 50% van het bedrag aan vorderingen halen). Daarbij dient de rechter-commissaris de overtuiging te hebben dat een of meer van de tegenstemmers in redelijkheid niet tot een tegenstem mochten komen, bijvoorbeeld omdat zij bij een liquidatie of faillissement van de onderneming naar verwachting eenzelfde of lager percentage van hun vordering betaald zouden krijgen.

Indien het akkoord wordt verworpen, wordt doorgaans het faillissement van de onderneming uitgesproken.

Wanneer het akkoord is aangenomen dient het nog door de rechtbank te worden goedgekeurd; de zogeheten homologatie. Die geschiedt op een aparte datum enige weken na de crediteurenvergadering. Pas na de homologatie is het akkoord voor alle crediteuren, ook voor de tegenstemmers en de niet verschenen crediteuren, bindend. De rechtbank is verplicht de homologatie te weigeren wanneer:

- blijkt dat de baten van de schuldenaar toch hoger blijken te zijn dan hij aan zijn crediteuren in het akkoord heeft genoemd, of
- de naleving van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd, of
- het akkoord door middel van bedrog of oneerlijke middelen tot stand is gekomen.

In de praktijk zal de bewindvoerder er op toezien dat de aangeboden akkoordbetalingen beschikbaar zijn op een aparte bankrekening en dus gewaarborgd zijn. Van het laatste geval (bedrog of oneerlijke middelen) is bijvoorbeeld sprake als blijkt dat enkele onwillige crediteuren buiten het akkoord om toch volledig zijn voldaan. Men spreekt hier van een sluipakkoord. Dat is verboden en zelfs strafbaar gesteld.

Na de homologatie, en na het ongebruikt verstrijken van de korte beroepstermijn van acht dagen, eindigt de surseance. Op dat moment kan de onderneming op basis van het saneringsplan en het bereikte schuldeisersakkoord worden voortgezet. De doorstart is dan geslaagd.



## Hoofdstuk 5

### De doorstart door middel van een pre-pack

#### 5.1 Inleiding

De doorstart zoals besproken in de hoofdstukken hiervoor, vindt steeds plaats zonder dat een faillissement nodig is. In dit en in het volgende hoofdstuk wordt stil gestaan bij een doorstart waarbij wel een faillissement komt kijken. In dit hoofdstuk wordt een relatief bijzondere en nieuwe wijze van het realiseren van een doorstart binnen faillissement besproken, de pre-pack. In hoofdstuk 6 komt de traditionele doorstart binnen faillissement aan bod.

De pre-pack vindt zijn oorsprong in Engeland. En heet voluit 'pre-packaged insolvency'. Dit is een vorm van een faillissementsprocedure in het Verenigd Koninkrijk, waarbij voorafgaand aan een faillietverklaring een herstructureringsplan wordt overeengekomen, dat vervolgens na faillissement ook wordt uitgevoerd.

Ook op het Europese vasteland krijgt de pre-pack voet aan de grond. In Nederland ontstond in 2011 een roep om de invoering van pre-pack, met name vanuit de hoek van financiers en adviseurs die behoefte hadden aan meer mogelijkheid tot maatwerk bij doorstarts. Sinds haar uiteindelijke introductie in Nederland in 2012, kan de pre-pack op veel belangstelling rekenen.

De pre-pack in Nederland is, vergelijkbaar met de Britse pre-pack, een insolventieprocedure waarbij voorafgaand aan het faillissement met een beoogd curator de mogelijkheden voor een doorstart worden onderzocht. Als die mogelijkheden er zijn dan zal de doorstart direct na het vervolgens uitgesproken faillissement met medewerking van de aangestelde curator kunnen worden doorgevoerd. Bijzonder aan de pre-pack is dat de voorbereidende handelingen in relatieve stilte plaatsvinden.

Een aanzienlijk aantal (grotere) ondernemingen maakten in de afgelopen twee jaar reeds gebruik van de pre-pack. Een aantal daarvan haalden de landelijke media. Denk aan: De Harense Smit, Heiploeg, Marlies Dekkers, Schoenenreus, Neckermann en Estro.

In dit hoofdstuk zal achtereenvolgens besproken worden welke voordelen er zijn bij een pre-pack (§ 5.2), hoe een pre-pack in Nederland in zijn werk gaat (§ 5.3), wat de risico's zijn bij een pre-pack (§ 5.4) en welke bezwaren er in de maatschappij bestaan tegen de pre-pack (§ 5.5).

#### 5.2 Voordelen van de pre-pack

De praktijk leert dat een doorstart valt of staat bij de snelheid waarmee die kan worden gerealiseerd. Dit wordt ingegeven door het wegtrekken van klanten en leveranciers tijdens de onzekere

periode tussen faillissement en doorstart. De pre-pack beperkt de duur van die onzekere periode.

Uitgangspunt bij de pre-pack is dan ook dat de waarde van de onderneming, ondanks het faillissement, zoveel mogelijk behouden blijft. Dit zou moeten leiden tot een hogere opbrengst bij de verkoop van de onderneming aan de doorstarter. Daardoor zijn voor de boedel meer middelen beschikbaar en zijn de schuldeisers beter af dan bij een faillissement zonder pre-pack.

Daarnaast zou het beperken van onzekerheid idealiter ook leiden tot een verhoging van het aantal arbeidsplaatsen dat behouden blijft, evenals het behoud van de waarde van de 'naam' van de onderneming.

Of dat allemaal ook daadwerkelijk het geval is, is (nog) moeilijk te toetsen, maar het is goed voor te stellen dat onzekerheid onder belanghebbenden bij de onderneming kan zorgen voor een flinke daling van de waarde van die onderneming, en dat een pre-pack die onzekerheid in grote mate beperkt.

#### 5.3 Hoe werkt het?

Op het moment van schrijven is de manier waarop de pre-pack precies werkt relatief ondoorzichtig. De pre-pack is namelijk nog niet geregeld in de wet. De minister van Veiligheid en Justitie heeft inmiddels een wetsvoorstel gemaakt over de pre-pack. Dat wetsvoorstel ligt thans ter advisering voor aan de Raad van State (Wet Continuïteit Ondernemingen I).

Er is dus (nog) geen wettelijke grondslag voor de pre-pack. Die bestaat daardoor bij de gratie van de rechtbanken die verzoeken daartoe toewijzen. Voor een pre-pack kan men op het moment van schrijven niet bij iedere rechtbank in Nederland terecht. De rechtbanken Overijssel, Limburg en Midden-Nederland kiezen ervoor om de pre-pack niet toe te passen vanwege het ontbreken van een wettelijke grondslag. Dat betekent ook dat indien een bedrijf haar voornaamste belangen gelegen heeft in de arrondissementen van deze rechtbanken, een pre-pack vooralsnog niet kan worden gestart. Bij de overige acht Nederlandse rechtbanken kan men wel terecht voor een pre-pack. Een wijziging van de statutaire zetel van de onderneming zou uitkomst kunnen bieden om een 'pre-pack rechtbank' op te zoeken.

##### 5.3.1 Het verzoek

Ondanks het ontbreken van een wettelijke basis is in de praktijk wel een model ontwikkeld voor de pre-pack procedure. Daar geven de verschillende rechtbanken wel weer hun eigen invulling aan. Maar door de bank genomen zien de formaliteiten van het pre-pack verzoek er als volgt uit.

De pre-pack wordt ingeleid bij een rechtbank door middel van een verzoekschrift door de onderneming. Dat verzoekschrift moet voldoen aan een aantal eisen. Zo moet er een (verkorte) balans en een crediteuren- en debiteurenlijst worden overgelegd bij het verzoek.



De rechtbank zal ook wensen dat in het verzoekschrift wordt ingegaan op de achtergrond van het verzoek om een pre-pack. Vragen die daarbij bijvoorbeeld door de verzoeker moeten worden beantwoord, zijn:

- Welke acties zijn er tot op heden ondernomen om de onderneming te redden?
- Wat is het relevante werknemersbelang bij een pre-pack?
- Is de administratie geheel op orde?
- Wat is de liquiditeitsprognose voor de korte termijn?
- Zijn alle lopende verzekeringen op orde en zijn de premies voldaan?
- Wordt er al gesproken met potentiële overnamekandidaten?
- Zijn er in geval van voorgenomen activa transacties, al taxatierapporten opgesteld?
- Is er contact met de bank en (andere) zekerheidsgerechtigden?

Maar ook andere vragen kunnen opspelen, afhankelijk van de concrete situatie. Daarbij kan eraan gedacht worden om te verzoeken bepaalde beoogd curatoren aan te wijzen, bijvoorbeeld ervaren curatoren op het gebied van de activiteiten van de onderneming die om de pre-pack verzoekt.

### 5.3.2 De onderhandelingen

Wordt het verzoek om een pre-pack toegewezen, dan zal de rechtbank overgaan tot het aanwijzen van, doorgaans twee, beoogde curatoren en een beoogd rechter-commissaris. De beoogde curatoren zullen in relatieve stilte met de onderneming en de beoogde koper om de tafel gaan om tot overeenstemming te komen over hoe, en tegen welke vergoeding, de beoogde koper de activiteiten van de onderneming kan voortzetten. Over de onderhandelingen wordt niets naar buiten gebracht; de pre-pack beslissing en de aanstelling van de beoogde curatoren en beoogde rechter-commissaris worden niet gepubliceerd. In de praktijk wordt de beoogd curator ook wel 'stille bewindvoerder' genoemd.

De termijn van de pre-pack is in beginsel twee weken, maar het kan in sommige gevallen korter of juist langer duren. Om extra tijd voor een pre-pack zal in beginsel wel vooraf gemotiveerd moeten worden verzocht. Tijdens de onderhandelingen vervult een aantal spelers een belangrijke rol, zoals de beoogd curatoren, het bestuur van de onderneming, de koper en de financiers. Hieronder wordt ingegaan op wat men in de praktijk van die spelers kan verwachten.

#### *De beoogd curatoren*

De beoogd curatoren zullen zich in beginsel passief moeten opstellen aan de onderhandelings-tafel. Zij hebben primair de taak om in de gaten te houden dat de belangen van de schuldeisers voldoende zijn gewaarborgd. De beoogd curatoren zijn daarom bij de onderhandelingen in beginsel 'flies on the wall'.

De praktijk leert evenwel dat het voor beoogd curatoren lastig is om zich gedurende het proces als

'flies' te blijven opstellen. De bij de pre-pack betrokken partijen zullen bijvoorbeeld van de beoogd curatoren zekerheid willen krijgen dat na faillissement daadwerkelijk ook groen licht wordt gegeven voor de doorstart en dat de doorstart ook naderhand als rechtmatig zal worden gekwalificeerd.

Voor de beoogd curatoren breekt dus een hectische periode aan, omdat snel voldoende inzicht in de onderneming moet worden verkregen om met een gerust hart de doorstart te accorderen. Een voordeel voor de beoogd curatoren is dat bij de pre-pack nog in stilte kan worden geopereerd. Met derde partijen, zoals werknemers, crediteuren, e.d. hoeven zij nog niet te onderhandelen.

De beoogd curatoren moeten verantwoording afleggen aan de beoogd rechter-commissaris en voor het aangaan van overeenkomsten toestemming vragen aan de beoogd rechter-commissaris. De beoogd rechter-commissaris vormt daarmee voor de beoogd curatoren een soort slot op de deur. Zonder diens toestemming kan ook geen deal tot stand komen.

#### *Het bestuur*

De informatie die de beoogd curatoren nodig hebben, zal zo snel mogelijk, liefst direct, door het bestuur moeten worden aangeleverd. Het kan voor het bestuur veel druk opleveren als die informatie niet voor handen is. Het is daarom raadzaam dat het bestuur alle relevante gegevens heeft verzameld voordat de pre-pack aanvangt.

Tegelijkertijd zal het voor het bestuur zoveel mogelijk 'business as usual' zijn. De activiteiten moeten worden voortgezet omdat er geen ruchtbaarheid aan de onderhandelingen en het op handen zijnde faillissement mag worden gegeven, om de waarde van de onderneming zoveel mogelijk te behouden.

#### *De koper*

Kort gezegd vallen er twee typen kopers te onderscheiden: enerzijds zittende aandeelhouders en/of het oude bestuur die een interne doorstart realiseren, anderzijds buitenstaanders. De zittende aandeelhouders en/of het oude bestuur als kopers lijken veruit in de meerderheid te zijn. Dat is ook wel logisch. Zij zitten dicht op het vuur en weten eerder van de mogelijkheid of noodzaak om een pre-pack in gang te zetten. Daarnaast hebben zittende aandeelhouders en bestuur veelal meer kennis van de onderneming dan buitenstaanders, waardoor zij minder risico's hoeven te lopen bij overname van de onderneming.

De koper zal er uiteraard op uit zijn om voor een zo gunstig mogelijke prijs de activiteiten van de onderneming over te nemen. Zij zullen daarbij echter de beoogd curatoren op hun pad vinden, die ervoor zullen waken dat een in hun ogen juiste prijs wordt betaald.

#### *De financiers*

Naast de voor de hand liggende betrokkenheid van de beoogd curatoren, het bestuur en de koper, zullen ook de financiers van de onderneming, in de meeste gevallen de bank, worden betrokken bij de onderhandelingen. De financier heeft doorgaans zekerheidsrechten verkregen op de eigendommen van de onderneming, zoals een hypotheekrecht op het bedrijfspand of een pandrecht op de voorraad.

Zoals ook hierna in hoofdstuk 6 nog zal worden besproken, doorkruist het faillissement niet de zekerheidsrechten van de financier. Wel kan het voorkomen dat een curator de zekerheidsrechten van een bank niet erkent, indien blijkt dat die niet (toereikend) gevestigd zijn. De financier zal daarom tijdens de pre-pack al van de beoogd curatoren willen weten of haar zekerheidsrechten worden erkend, waarna de koper goedkeuring nodig zal hebben van de financier om de goederen waar zekerheidsrechten op rusten over te kunnen nemen en om zo de doorstart te kunnen realiseren.

### 5.3.3 Faillissement

Of een pre-pack nu slaagt of juist mislukt, in beginsel zal na de pre-pack het faillissement van de onderneming volgen. Daarvoor moet wel eerst een verzoekschrift tot faillietverklaring worden ingediend bij rechtbank. De rechtbank beslist dan of zij de beoogd curatoren ook daadwerkelijk benoemt tot de curatoren in het faillissement. Wanneer de pre-pack slaagt en de voorbereide deal verder kan worden afgewikkeld zal dat doorgaans geschieden. Wanneer de pre-pack niet slaagt dan zullen de beoogd curatoren hun opdracht aan de rechtbank terug geven en zal de rechtbank bij de faillissementsuitspraak één of twee nieuwe curatoren benoemen.

Indien de onderhandelingen slagen, zal doorgaans zeer kort na het uitspreken van het faillissement, mogelijk nog dezelfde dag, de doorstart worden gerealiseerd. Daarna gaan de curatoren over tot de 'reguliere' afwikkeling van het faillissement.

### 5.4 Risico's

Een pre-pack brengt dus een faillissement met zich. Bij een faillissement zullen er altijd partijen teleurgesteld achterblijven, bijvoorbeeld omdat zij aan het einde van de rit met (nagenoeg) lege handen staan. Een doorstart binnen faillissement brengt risico's met zich, omdat teleurgestelde schuldeisers, voor wiens belangen al dan niet wordt opgekomen door de curator, mogelijkheden hebben hun schade te verhalen.

De algemene risico's bij een doorstart binnen faillissement zullen in hoofdstuk 6 worden besproken. In dit hoofdstuk zullen enkele voor de pre-pack specifieke risico's worden besproken voor de drie belangrijkste spelers; de beoogd curatoren, het bestuur en de koper.

#### *De beoogd curatoren*

Zoals hiervoor aangegeven, is het voor beoogd curatoren lang niet altijd mogelijk om zich op te stellen als 'fly on the wall' zoals dat van hen verwacht wordt. De beoogd curatoren zullen zich tijdens de pre-pack genoodzaakt kunnen zien om bepaalde toezeggingen te doen over bijvoorbeeld de rechtmatigheid van een doorstart.

De beoogd curatoren zullen daarbij evenwel zeer zorgvuldig te werk moeten gaan. Indien uiteindelijk blijkt dat de beoogd curatoren als curator niet de juiste beslissing hebben genomen ten aanzien van de doorstart, bijvoorbeeld omdat het bestuur heeft zitten sjoemelen of omdat de waarde voor de onderneming niet juist is beoordeeld, zou dat aanleiding kunnen zijn voor schuldeisers om

de curatoren aansprakelijk te stellen. Schuldeisers zouden onder bijzondere omstandigheden van de curatoren zelfs persoonlijk, dus in privé, schadevergoeding kunnen eisen.

#### *Het bestuur*

Zoals hierboven aangegeven, zal het bestuur de onderneming gedurende de pre-pack draaiende moeten zien te houden om ervoor te zorgen dat de waarde van de onderneming zo veel mogelijk behouden blijft.

Dat houdt wel in dat het voor kan komen dat het bestuur zich genoodzaakt ziet om verplichtingen aan te gaan waarvan hij weet dat de onderneming die met een aanstaand faillissement niet na zal kunnen komen. Dit levert voor het bestuur een aanzienlijk aansprakelijkheidsrisico op. Crediteuren, zoals leveranciers en werknemers, zullen er immers weinig begrip voor hebben dat zij nog producten of arbeid moesten leveren, terwijl voor het bestuur al duidelijk was dat de onderneming failliet zou gaan en zij niet of niet volledig betaald zouden worden.

Het is vaste rechtspraak dat bestuurders in dergelijke situatie persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de door de betreffende crediteuren geleden schade. Een oplossing is dat in de pre-pack fase alleen het hoognodige wordt ingekocht en dat de nieuwe leveranties direct worden voldaan dan wel dat een derde partij zekerheid stelt voor de betaling van die nieuw aangegane verplichtingen.

#### *De koper*

Ook de koper van de onderneming loopt risico's. Uiteraard bestaat er het risico dat de onderneming toch reputatieschade oploopt en bijvoorbeeld leveranciers alsnog de relatie opzeggen of klanten weglopen. Zo zijn er tal van omstandigheden te bedenken die ervoor kunnen zorgen dat de waarde van de onderneming toch minder behouden is gebleven dan vooraf gedacht. De koper zal hier scherp op moeten zijn.

Daarnaast kan de koper worden geconfronteerd met een vordering van overgenomen en/of ontslagen werknemers. Op een doorstart binnen faillissement is de zogeheten Wet overgang onderneming niet van toepassing. Werknemers van de failliete onderneming gaan dus niet automatisch mee over naar de doorstartende vennootschap. In een pre-pack scenario loert daarentegen wel het gevaar dat de Wet overgang onderneming toepasselijk is op de te realiseren doorstart. Met name vakbonden beargumenteren dat bij een pre-pack de doorstart materieel in feite al vóór de faillissementsuitspraak is beklonken en dat het formaliseren daarvan na het faillissementsmoment niet tot het omzeilen van Wet overgang onderneming kan leiden.

In twee recente pre-packs (Heiploeg en Estro) hebben de vakbonden procedures aangekondigd om deze rechtsvraag beantwoord te krijgen. De uitkomst van die procedures zal nog wel enige tijd op zich laten wachten, maar zal zeer belangrijk zijn voor de praktische waarde en haalbaarheid van een reorganisatie via een pre-pack.

In het verlengde van de mogelijke toepasselijkheid van de Wet overgang onderneming bestaat ook het risico dat werknemers het faillissement na de pre-pack trachten aan te vechten op grond van onrechtmatigheid en misbruik van recht. Wanneer zij de rechter ervan kunnen overtuigen dat het faillissement, al dan niet via een pre-pack, met geen ander doel werd opgezocht dan om

'goedkoop' van overtollig personeel af te komen, zou het faillissement kunnen worden vernietigd. Dat zou er dan toe kunnen leiden dat het faillissement, en dus de doorstart, moeten worden teruggedraaid. Ook daarop zit een koper niet te wachten.

### 5.5 Maatschappelijke bezwaren

Naast de bovenbeschreven risico's voor de spelers die direct betrokken zijn bij de pre-pack, bestaan er ook in het algemeen bezwaren tegen de pre-pack. In de ogen van het grote publiek is een pre-pack al snel een 'voorgekookte doorstart', zeker wanneer de doorstart wordt gerealiseerd door de zittende aandeelhouders en/of het oude bestuur.

Een veelgehoord bezwaar, is dat de pre-pack heeft te gelden als een eenvoudige manier voor de aandeelhouders en/of het bestuur om van schulden, lastige (huur)contracten en (oudere) werknemers af te komen en zo tegen een beperkte vergoeding met een 'schone lei' kunnen beginnen. De pre-pack vindt daarnaast in relatieve stilte plaats en dat gebrek aan transparantie werkt de argwaan van buitenstaanders in de hand. Het is niet altijd even duidelijk voor het grote publiek of men bij de pre-pack daadwerkelijk behoud van maximale werkgelegenheid en ondernemingswaarde voor ogen heeft gehad.

Ook wordt wel gezegd dat de pre-pack leidt tot concurrentievervalsing. Ten eerste zijn bij een pre-pack slechts een beperkt aantal spelers betrokken en wordt concurrentie buiten spel gezet omdat zij mogelijk niet in de gelegenheid zijn gesteld een bod uit te brengen. Dat zou ertoe kunnen leiden dat uiteindelijk niet het best mogelijke bod op tafel is gekomen. Daarnaast gaat het niet voor niets slecht met een onderneming. Dit kan ook komen door veranderingen in de markt of doordat de onderneming slecht heeft ingespeeld op die veranderingen. Door een pre-pack kan de doorstarter zonder schulden en dus goedkoper verder gaan, terwijl concurrenten dat niet gegund is.

De beschreven bezwaren tegen de pre-pack zijn bondig weergegeven, maar ook dan blijkt dat die bezwaren niet altijd rekening houden met alle elementen van en waarborgen bij een doorstart binnen faillissement. De negatieve reacties zijn anderzijds begrijpelijk en vragen om een zorgvuldige benadering bij een doorstart middels een pre-pack.

De op handen zijnde wettelijke regeling zal daarom voldoende handvatten moeten bieden voor een zorgvuldige gang van zaken bij de pre-pack. De wetgever moet ervoor zorgen dat er bij een pre-pack procedure voldoende waarborgen zijn om de maatschappelijke bezwaren de wind uit de zeilen te nemen en de positieve aspecten van de pre-pack te laten prevaleren boven die bezwaren. Dat is voor de wetgever geen gemakkelijke klus. Anderzijds zal de wetgever namelijk ook rekening moeten houden met een niet uitgekristalliseerde praktijk, waardoor de wet ook voor praktische ontwikkelingen nog voldoende ruimte moet laten. Het is dus nog even de vraag welke toekomst voor de pre-pack in het verschiet ligt.

## Hoofdstuk 6

### De doorstart vanuit faillissement

#### 6.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 kwam de doorstart door middel van een dwangakkoord in surseance aan de orde. In veruit de meeste gevallen wordt de surseance echter gebruikt om een doorstart in de vorm van een activatransactie na faillissement voor te bereiden.

Daar waar de surseance zich tot de concurrente schuldeisers beperkt, strekt het faillissement zich uit over alle schuldeisers, tenzij zij zich op grond van bepaalde rechten mogen gedragen alsof het faillissement niet bestaat. Deze zogenaamde separatisten komen hierna nog ter sprake.

#### 6.2 Hoe werkt het?

Het faillissement kan worden aangevraagd door één of meer schuldeisers of door de onderneming zelf. In dat laatste geval moet daartoe een besluit worden genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Indien het faillissement wordt aangevraagd door een schuldeiser, dan dient deze ter gelegenheid van de mondelinge behandeling op de rechtbank aan te tonen dat de onderneming meerdere schuldeisers onbetaald laat en dus in een toestand verkeert dat zij is opgehouden te betalen. Hij dient daartoe het bestaan van ten minste één steunvordering aannemelijk te maken. Anders dan de aanduiding doet vermoeden, hoeft de schuldeiser wiens vordering gebruikt wordt om het verzoek tot faillietverklaring te ondersteunen, daarvoor geen uitdrukkelijke toestemming te geven.

Een faillissementsaanvraag wordt vaak gebruikt als drukmiddel om alsnog betaling te krijgen van een openstaande vordering. In het kader van schikkingsonderhandelingen worden aanvragen vaak één of enkele malen aangehouden. Dit is maximaal vier keer of tot een totale duur van acht weken mogelijk. De rechtbank doet summier onderzoek en dat brengt met zich dat de mondelinge behandeling zich niet leent voor een uitgebreid verweer tegen de juistheid van de vordering van de aanvrager. De aanvraag wordt afgewezen als de vordering en de steunvordering niet voldoende aannemelijk zijn. Wanneer beide vorderingen wel komen vast te staan, dan zal de rechtbank het faillissement uitspreken en wordt een rechter-commissaris benoemd en een curator aangesteld. De rechter-commissaris vervult een toezichthoudende rol.

#### 6.3 Gevolgen van het faillissement

Een faillissement is te beschouwen als een algemeen beslag op alle goederen van een (rechts) persoon ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. Door het intreden van het faillissement

wordt de rechtspositie van alle bij het faillissement betrokken partijen onveranderlijk. Dit wordt het fixatiebeginsel of hakbijleffect genoemd. Een uitwerking hiervan is dat de gefailleerde of (in het geval van een rechtspersoon) diens bestuurder op de dag van de faillietverklaring vanaf 0:00 uur de beschikking en het beheer over zijn vermogen verliest. Dit betekent dat niet langer handelingen kunnen worden verricht die het vermogen van de (rechts)persoon raken.

#### 6.4 Positie curator

Het beheer en beschikking over het vermogen van de gefailleerde wordt vanaf de dag van de faillietverklaring overgenomen door de curator. Hij is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De curator oefent zijn taak uit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Onder omstandigheden mag de curator mede belangen van maatschappelijke aard (zoals continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid) in zijn beleidsafwegingen meenemen. De werkzaamheden van de curator moeten er echter in hoofdzaak op gericht zijn dat alle betrokken belangen in overeenstemming met ieders rechtmatige aanspraak worden afgewikkeld.

Concreet betekent dit dat de curator moet onderzoeken of er nog activa aanwezig zijn die te gelde kunnen worden gemaakt. Daarnaast moet hij onderzoeken of er voorafgaand aan het faillissement zaken zijn voorgevallen die benadelend zijn geweest voor de schuldeisers of de vennootschap en om die reden moeten worden teruggedraaid. Ten slotte dient de curator te onderzoeken of de bestuurders van de onderneming zich schuldig hebben gemaakt aan onbehoorlijke taakvervulling. Dit laatste kan leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van die bestuurders voor het faillissementstekort, dat wil zeggen het verschil tussen het te gelde gemaakte actief en de totale schuldenlast.

De curator kan in beginsel zelfstandig en naar eigen inzicht handelen en heeft een grote mate van vrijheid om het faillissement af te wikkelen. In een aantal gevallen heeft de curator toestemming van de rechter-commissaris nodig. Bijvoorbeeld met betrekking tot de (tijdelijke) voortzetting van de onderneming, de verkoop van activa of het voeren van een gerechtelijke procedure. Handelt hij echter zonder die toestemming, dan maakt dit de handeling niet ongeldig of (ver)nietig(baar).

Indien een schuldeiser het niet eens is met de werkwijze van de curator, dan kan hij de rechter-commissaris verzoeken in te grijpen.

#### 6.5 Voortzetting onderneming gedurende faillissement

De curator is bevoegd de onderneming van de gefailleerde voort te zetten, mits dit in het belang van de boedel is. Dat wil zeggen dat voortzetting een bepaalde meerwaarde moet opleveren, bijvoorbeeld omdat daardoor een doorstart kan worden gerealiseerd en/of omdat daardoor bepaalde opdrachten (met een winstmarge) kunnen worden afgemaakt. De kosten van de voortzetting komen ten laste van de boedel en dienen te worden afgetrokken van de bruto-opbrengst van de voortzetting. Om die reden zal een curator slechts een voortzetting overwegen indien de exploitatie van de onderneming ten minste kostendekkend is of het risico van een negatief resultaat door een derde wordt afgedekt. Een doorstartende partij zou er baat bij kunnen hebben indien de onderneming gedurende de onderhandelingen door de curator wordt voortgezet, ook indien

de exploitatie negatief is. Op het moment dat de onderneming komt stil te liggen, daalt de waarde daarvan immers aanzienlijk.

## 6.6 Positie schuldeisers

Buiten faillissement geldt dat alle schuldeisers gelijk zijn, behoudens door de wet erkende gevallen van voorrang. Voorrang vloeit voort uit het recht van pand en hypotheek en uit voorrechten. Alle voorrechten zijn in de wet genoemd en kunnen op een bepaald goed rusten of op het gehele vermogen van een schuldenaar.

In faillissement geldt eigenlijk hetzelfde, met uitzondering van het feit dat pand- en hypotheekhouders separatist zijn. Dat wil zeggen dat zij hun rechten kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement is. Dit wordt 'het recht van parate executie' genoemd. De schuldeisers met een voorrecht worden aangemerkt als 'preferente crediteuren'. Hun vorderingen hebben onderling een rangorde, die bepaalt welke vordering als eerste voor betaling in aanmerking komt. De curator moet dus conform die rangorde uitbetalen. Pas als alle preferente crediteuren betaald kunnen worden, komt de curator toe aan de crediteuren die geen enkel voorrecht hebben, de zogenaamde 'concurrente crediteuren'. Zoals ook al eerder opgemerkt, komt het in 95% van de faillissementen niet tot een uitkering aan de concurrente crediteuren.

Er is een aantal mogelijkheden voor een concurrente crediteur om zijn positie jegens de curator te versterken. De leverancier van een roerende zaak waarvan de betalingstermijn is verstreken, kan de geleverde zaak terugvorderen op grond van het recht van reclame. Dit recht blijft tijdens faillissement bestaan. Het recht van reclame vervalt zestig dagen na levering van de zaak of, indien de koopprijs voorafgaand aan de levering betaald moest worden, zes weken nadat de betalingstermijn van de factuur is verstreken. Het recht van reclame vervalt ook indien de zaken zijn doorverkocht aan een partij die daarmee geen rekening hoefde te houden. De curator kan terugvordering voorkomen door alsnog de koopprijs te betalen of daarvoor zekerheid te stellen.

Ook onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken kunnen tijdens faillissement worden opgeëist. Eigendomsvoorbehoud moet uitdrukkelijk door de leverancier zijn bedongen. Dat is vaak opgenomen in algemene voorwaarden. Vereist is natuurlijk wel dat die algemene voorwaarden op juiste wijze op de leverantie van toepassing zijn verklaard, tijdig ter hand zijn gesteld en dat de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken voldoende individualiseerbaar zijn. Dat laatste betekent dat voldoende duidelijk moet zijn welke zaken het betreft. Dit kan een probleem zijn indien het om zaken gaat die geen uniek serie- of artikelnummer dragen en er meerdere, betaalde en onbetaalde, zaken van hetzelfde soort aanwezig zijn. Het komt ook voor dat dezelfde producten door meerdere leveranciers geleverd worden, zodat onduidelijk is welke leverancier wat heeft geleverd.

De crediteur die een bepaalde zaak onder zich heeft, kan zich beroepen op zijn retentierecht. Het meest sprekende voorbeeld daarvan is de garage die een auto ter reparatie in de werkplaats heeft staan. De auto mag dan worden vastgehouden tot de factuur voor de reparatie betaald is. Een wellicht minder voor de hand liggend voorbeeld is dat van de aannemer die een huis bouwt. Indien de aannemer zijn facturen niet betaald krijgt, kan hij op enig moment hekken om de bouwplaats zetten en daarop aangeven dat hij daar zijn retentierecht uitoefent. Het retentierecht kan ook

tegen de curator worden ingeroepen. De curator heeft dan de keuze om de openstaande schuld te betalen of om de zaak op te eisen en te verkopen. De crediteur met het retentierecht heeft dan voorrang op de verdeling van de opbrengst. Let wel, deze crediteur deelt wél mee in de algemene faillissementskosten, zodat het er in de praktijk zaak op neerkomt dat hij niets krijgt.

Een crediteur die in de situatie verkeert dat de voortgezette levering van zijn diensten of producten in het kader van een doorstart onontbeerlijk is, kan natuurlijk feitelijk een positie creëren die het mogelijk maakt betaling van openstaande facturen te eisen. Betaling zal dan niet via de curator plaatsvinden, maar via de doorstartende partij. Dat is immers de partij die belang heeft bij voortgezette levering. In de praktijk worden vaak afspraken gemaakt over gehele of gedeeltelijke betaling van 'oude' facturen, over afnameverplichtingen en/of hogere inkoopprijzen gedurende een bepaalde periode. Op die manier wordt de schade die de betreffende leverancier door het faillissement lijdt, ongedaan gemaakt.

## 6.7 Positie bank

De positie van de bank in een faillissement is vaak een bijzondere. Bij de verstrekking van een krediet in de vorm van leningen en/of een rekening-courant, bedingt de bank vaak zekerheden. In dat kader worden vaak de inventaris, voorraden en vorderingen verpand en onroerende zaken met een recht van hypotheek belast. In het geval meerdere vennootschappen bij een financiering betrokken zijn, geldt dat zij vaak hoofdelijk verbonden zijn voor de gehele schuld aan de bank, ongeacht of zij volledig gebruik hebben gemaakt van het door de bank ter beschikking gestelde krediet. Daarnaast kan de bank verlangen dat andere bij de vennootschap betrokkenen, zoals de bestuurders en/of aandeelhouders, persoonlijk zekerheid stellen voor de terugbetaling van het verleende krediet in de vorm van een hoofdelijkheidsverklaring of een borgtocht.

Op grond van de kredietovereenkomst is een onderneming meestal verplicht om de bank periodiek te informeren over haar financiële positie. De bank beschikt dan over actuele informatie die het mogelijk maakt haar positie in te schatten en aan de hand van een risicoanalyse zo nodig maatregelen te nemen om haar positie te versterken en veilig te stellen. Ook in die zin onderscheidt de bank zich van andere schuldeisers, die immers meestal te laat of achteraf moeten constateren dat hun vorderingen onverhaalbaar zijn geworden.

De bank is op basis van haar pand- en hypotheekrechten separatist. In geval van faillissement kan zij haar rechten uitoefenen alsof het faillissement niet bestaat. Dit betekent niet dat de bank volledig vrij is in haar doen en laten. De uitwinning van de zekerheden zal met enige voortvarendheid ter hand moeten worden genomen. De curator kan de bank een redelijke termijn stellen waarbinnen de zekerheden moeten zijn uitgewonnen. Indien zij dit niet tijdig doet, verliest zij haar separatistenpositie en vloeit de opbrengst in de boedel. De bank behoudt in dat geval wel haar recht van voorrang op de opbrengst, maar moet toezien dat (mede) daarvan eerst de faillissementskosten worden voldaan. Tenslotte geldt voor inventaris en machines, dat de opbrengst daarvan op grond van de wet door de curator moet worden opgeëist ten behoeve van de Belastingdienst. Dit zijn zogeheten bodemzaken. Bodemzaken zijn roerende zaken die bestemd zijn om duurzaam tot het gebruik van het gebouw en bedrijfsterrein te dienen. Te denken valt daarbij aan meubilair, apparatuur (computers, kopieermachines etc.), machines (voor zover niet onroerend), gereedschappen e.d.



De bank heeft er uiteraard belang bij om te voorkomen dat de opbrengst van aan haar verpande bodemzaken wordt opgeëist door de Belastingdienst. Bestuurders en/of aandeelhouders die persoonlijk garant staan voor het bankkrediet hebben daar ook belang bij, omdat zij instaan voor het bedrag van de vordering dat de bank niet uit de zekerheden voldaan krijgt.

Een in het recente verleden veel gebruikte methode om te voorkomen dat bodemzaken niet langer als zodanig gekwalificeerd kunnen worden, is de zogenaamde 'bodemverhuurconstructie'. De 'bodem' wordt dan onder de verpande zaken weggehaald, doordat deze door de bank of een andere partij wordt gehuurd. De onderneming is dan formeel niet meer de gebruiker, zodat de zaken zich niet meer op zijn 'bodem' bevinden en buiten het bereik van de Belastingdienst blijven.

Per 1 januari 2013 is de Invorderingswet 1990 aangepast teneinde deze vorm van verhaalsfrustratie voor de Belastingdienst aan banden te leggen. Op basis van deze wetswijziging is de pandhouder die voornemens is over te gaan tot de uitoefening van de haar toekomende rechten als gevolg waarvan de verpande zaak niet langer als bodemzaak kwalificeert, verplicht dit te melden aan de Belastingdienst en een wachttermijn van vier weken in acht te nemen. Dit stelt de Belastingdienst in de gelegenheid haar rechten veilig te stellen. Overigens geldt de meldingsplicht niet indien de waarde van de bodemzaken onder het drempelbedrag van EUR 10.000 blijft.

Hoewel de regels ter zake van de meldingsplicht beogen de praktijk van de bodemverhuurconstructie aan banden te leggen, heeft de formulering daarvan mede tot gevolg dat ook de openbaarmaking van het pandrecht door de pandhouder en aldus het 'in vuistpand' (lees: het onder zich) nemen van de verpande bodemzaken hieronder valt. De rechten van de pandhouder (veelal de bank) zijn dus aanzienlijk ingeperkt.

## 6.8 Afkoelingsperiode

Bij aanvang van het faillissement wordt de curator vaak geconfronteerd met een grote diversiteit aan schuldeisers, die ieder voor zich proberen hun belangen veilig te stellen. Zoals hiervoor al gebleken, is er een aanzienlijk aantal schuldeisers dat zich op grond van de wet weinig of niets aan het faillissement gelegen hoeft te laten liggen. Het kan voor de curator zeer onwenselijk zijn als schuldeisers direct hun rechten willen uitoefenen of hun spullen willen komen ophalen. Vaak heeft de curator zich immers nog geen goed beeld kunnen vormen van de rechten en verplichtingen van de betrokken partijen, de omvang van de boedel en de mogelijkheden van een voortzetting van de onderneming en/of een doorstart. Hij is er niet bij gebaat indien een voortzetting en/of doorstart in gevaar komt doordat belangrijke activa zijn weggehaald.

Om de curator de gelegenheid te bieden zich in betrekkelijke rust een beeld te kunnen vormen van de omvang van de boedel, ieders rechten en verplichtingen en om de mogelijkheid van een doorstart te onderzoeken, is het mogelijk een afkoelingsperiode te laten gelasten door de rechtbank. Gedurende de afkoelingsperiode kunnen crediteuren hun (voor)rechten niet uitoefenen. De duur van een afkoelingsperiode bedraagt maximaal twee maanden, met de mogelijkheid die termijn één keer met twee maanden te verlengen.

De afkoelingsperiode biedt de curator ook de mogelijkheid de onderneming voort te zetten. Dat

betekent niet dat de curator in het kader van de voortzetting zaken van derden kan gebruiken of verbruiken zonder de betrokken leveranciers daarvoor een vergoeding te betalen. De afkoelingsperiode geldt voorts niet voor schulden die na datum faillissement zijn ontstaan, de zogenaamde boedelschulden.

## 6.9 Over te nemen activa

Het staat de doorstartende partij in beginsel vrij aan te geven welke activa hij over wil nemen en welke niet. Ook kan ervoor worden gekozen bepaalde activiteiten (en dus de daarvoor benodigde activa) over te nemen en andere niet. Uiteraard heeft het de voorkeur van de curator om alle activa ineens te verkopen, zodat hij niet met incurante restanten blijft zitten. Roerende zaken worden door de curator geleverd door middel van bezitsverschaffing. Voor de overdracht van vorderingen, goodwill, handelsnaam, klantenbestand e.d. is een akte nodig. Vaak zal de curator een koopovereenkomst opstellen waarin de koop en verkoop van de diverse activa is vastgelegd en die tevens dienst doet als leveringsakte voor de vorderingen en de immateriële activa.

De curator verleent bij verkoop vanuit faillissement geen enkele garantie. Ook zal hij bedingen dat de koper de eventuele rechten van derden op de overgedragen activa respecteert en zal hij een vrijwaring vragen voor het geval hij door een derde wordt aangesproken. De achtergrond hiervan is dat bij het bereiken van een doorstart snelheid geboden is en dat er kort na de faillietverklaring vaak nog geen volledig beeld is van eventuele aanspraken van derden op de aangetroffen zaken. Bovendien kan de curator niet uit eigen wetenschap verklaren over de staat waarin de activa zich bevinden. Het kan dus voorkomen dat de curator zaken verkoopt die onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd of die gehuurd of geleased zijn. De curator bedingt dan bij verkoop dat de koper dergelijke rechten respecteert, zonder dat de koopprijs wordt aangepast. Er schuilt dus vaak wel enig risico in het kopen van activa uit een faillissement.

Daar staat tegenover dat de koopprijs vaak lager is dan buiten faillissement. Ondanks dat de curator in geval van een beoogde doorstart veelal zal betogen dat de activa tegen onderhandse verkoopwaarde moeten worden verkocht, wijst de praktijk uit dat de verkoopopbrengst vaak lager is. Veel curatoren hanteren een uitgangspunt van executiewaarde vermeerderd met een opslag van 10%. Ook voor immateriële activa zoals goodwill, handelsnaam, klantenbestand etc. wordt vaak een veel lagere prijs betaald dan in het handelsverkeer gebruikelijk is. Er zijn weliswaar diverse methoden om de waarde van een onderneming te bepalen, maar in een faillissementssituatie hebben deze meestal geen of weinig nut. Dit geldt eens te meer indien er slechts één gegadigde voor de activa of een doorstart is. De curator heeft dan feitelijk weinig onderhandelingsruimte. De dagen direct na de faillietverklaring bieden dus vaak de ideale mogelijkheid om snel met de curator tot zaken te komen.

Zijn er wel meerdere gegadigden, dan bestaat het risico dat een zorgvuldig geplande doorstart op losse schroeven komt te staan. De curator biedt meestal geen inzicht in de biedingen die hij ontvangt en zal partijen niet eindeloos tegen elkaar op laten bieden. Vaak is het voor een doorstartende partij onduidelijk welke andere biedingen er liggen. Dit kan erin resulteren dat een hoger bod op de activa moet worden gedaan dan in eerste instantie voorzien was, louter om te voorkomen dat de activa worden verkocht aan een andere partij. Het kan raadzaam zijn de curator



expliciet te vragen inzicht te geven in het biedingsproces en afspraken te maken over de exclusiviteit van de onderhandelingen. Een curator zal zich niet graag tot exclusiviteit verplichten, tenzij uiteraard de juiste prijs wordt geboden. In alle gevallen is het goed om te weten hoe de curator in het specifieke geval handelt. Het biedingsgedrag van een potentiële doorstarter is immers heel anders indien hij weet dat hij maar één kans heeft om het meest gunstige bod uit te brengen dan wanneer hij na de eerste bieding verneemt dat er hogere biedingen zijn en hij de kans krijgt zijn bieding aan te passen.

#### 6.10 Lopende overeenkomsten

Lopende verplichtingen worden door het faillissement in beginsel niet aangetast, tenzij contractueel is bepaald dat een overeenkomst door de faillietverklaring als beëindigd moet worden beschouwd. In een aantal specifieke gevallen heeft de curator wel de bevoegdheid een overeenkomst tegen een afwijkende (kortere) termijn op te zeggen. De belangrijkste voorbeelden zijn de huurovereenkomst en de arbeidsovereenkomst. Voor overige overeenkomsten geldt dat die na de faillietverklaring voortduren totdat zij door één van beide partijen bij de overeenkomst worden opgezegd. De eventuele schade die de wederpartij daardoor lijdt, bijvoorbeeld door het derven van huur-/leasetermijnen, kan als concurrente vordering bij de curator worden ingediend.

Indien het een overeenkomst betreft die op het moment van faillietverklaring nog niet volledig door beide partijen is nagekomen, kan de curator een redelijke termijn worden gesteld om aan te geven of hij de overeenkomst na zal komen. Meestal kiest de curator daar niet voor omdat dit niet in het belang van de boedel is. Dit zou echter anders kunnen zijn indien de onderneming tijdelijk door de curator wordt voortgezet ten behoeve van een doorstart of indien de kosten van nakoming lager zijn dan de baten die daardoor gerealiseerd kunnen worden.

Wanneer het in het kader van een doorstart noodzakelijk of wenselijk is dat bepaalde overeenkomsten in stand blijven en worden overgenomen, dan geldt dat de contractspartij bij de betreffende overeenkomst daaraan wel haar medewerking moet willen verlenen. Contractsovername kan niet louter door middel van een overeenkomst tussen de curator en de doorstarter worden bereikt. Vaak wordt in de koopovereenkomst met de curator expliciet benoemd welke overeenkomsten overgenomen worden en dat de curator - daar waar nodig - zijn medewerking zal verlenen aan contractsovername.

#### 6.11 Positie werknemers

De rechten en verplichtingen uit arbeidsovereenkomst blijven door de faillietverklaring intact. De gefailleerde onderneming blijft verplicht tot loonbetaling en de werknemers zijn verplicht om te komen werken. Voor de opzegging van de arbeidsovereenkomsten door de curator gelden de normale wettelijke opzegtermijnen, zij het met een maximum van zes weken. Bovendien gelden voor de curator geen opzegverboden. De curator kan werknemers dus ook tijdens ziekte of zwangerschap ontslaan. In de praktijk zal een curator alle werknemers vrijwel direct na de faillietverklaring ontslag aanzeggen. Het eventueel achterstallige loon, pensioenpremies, vakantiegeld en vakantiedagen en het loon over de opzegtermijn worden in het kader van de wettelijke

loongarantieregeling vergoed door het UWV.

Een doorstart na faillissement wordt niet gekwalificeerd als een 'overgang van onderneming' in de zin van de wet. Dit betekent dat de dienstverbanden van de werknemers (met alle daaraan verbonden rechten en verplichtingen) niet automatisch overgaan op de doorstartende partij. Een doorstartende partij is dus vrij te kiezen welke werknemers hij in de nieuwe onderneming een arbeidsovereenkomst aanbiedt. Hij hoeft dus geen rekening te houden met het afspeelings- en/of anciënniteitsbeginsel. Inmiddels is echter in de rechtspraak bepaald dat de arbeidsovereenkomst(en) die de werknemer bij zijn failliete werkgever had, wel meetellen voor de vraag of de werknemer nog in aanmerking mag komen voor een dienstverband voor bepaalde tijd. Indien een werknemer bij de failliete werkgever bijvoorbeeld al enige tijd een dienstverband voor onbepaalde tijd had, kan hem in dezelfde functie door de doorstartende partij geen dienstverband voor bepaalde tijd meer worden aangeboden. Een dienstverband voor bepaalde tijd wordt dan, ook als de werknemer daarmee akkoord is gegaan, aangemerkt als voor onbepaalde tijd aangegaan. Deze rechtspraak heeft grote gevolgen voor de praktijk. Het was altijd gebruikelijk dat een doorstarter de overgenomen werknemers een arbeidsovereenkomst voor de bepaalde tijd van drie of zes maanden aanbiedt, enerzijds om te bepalen of hij met de betreffende werknemer verder wil en anderzijds om direct te kunnen saneren indien de doorstart niet winstgevend blijkt.

Het is vandaag de dag voor een doorstartende partij dus zaak goed te kijken naar de opbouw van het arbeidsverleden van de werknemers bij de failliete werknemer en de risico's in te calculeren die gelopen worden zodra de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet wordt verlengd.

#### 6.12 Risico's

Bij een doorstart vanuit faillissement moet onderhandeld worden met de curator. Indien er meerdere gegadigden zijn, bestaat het risico dat een zorgvuldig geplande doorstart in gevaar komt. Ook is het mogelijk dat een veel hogere prijs voor de activa moet worden betaald dan vooraf ingecalculerd was.

Zoals hiervoor al aangegeven, verleent de curator geen enkele garantie op het verkochte en moet de doorstartende partij garanderen dat hij rechten van derden respecteert. Dit kan tot gevolg hebben dat (een deel van) de overgenomen activa aan de rechthebbenden daarop moeten worden teruggegeven of dat alsnog voor een overname aan de rechthebbende betaald moet worden. Ook is het denkbaar dat een overgenomen zaak slechts behouden kan worden indien daarvoor de verschuldigde huur- of leasetermijnen worden betaald. De waarde van de overgenomen activa kan daardoor aanzienlijk worden uitgehold, zonder dat recht bestaat op aanpassing van de koopprijs die aan de curator is betaald.

De voortzetting van lopende overeenkomsten kan slechts gerealiseerd worden indien beide contractspartijen daaraan meewerken. Het risico bestaat dat overname niet mogelijk is door het ontbreken van deze medewerking. Ook is het mogelijk dat er extra, bezwarende voorwaarden worden verbonden aan de contractsovername.

Een ander risico is het ontbreken van medewerking van personen binnen de failliete onderneming waarvan de waarde in belangrijke mate bestaat uit know how, goodwill etc. Het komt in de praktijk voor dat een doorstart om die reden geen doorgang kan vinden of niet succesvol blijkt. De betrokken personen zijn zich vaak terdege bewust van hun 'sleutelpositie' en kunnen dus de nodige eisen aan hun medewerking verbinden, met alle kosten van dien. Ook het risico dat gekwalificeerd personeel kort voor of na het faillissement elders een baan vindt, kan de kans op een succesvolle doorstart negatief beïnvloeden. De onzekere situatie dwingt werknemers vaak om te kiezen voor de zekerheid van een vaste baan bij een concurrent. De waarde van de onderneming loopt in sommige gevallen letterlijk met de werknemers de deur uit. Ook om die reden is het zaak snel te handelen.

In § 9 van hoofdstuk 3 werd een aantal risico's besproken die verbonden zijn aan het realiseren van een doorstart voorafgaand aan en in het zicht van een faillissement. In een aantal gevallen kan dit ook gevolgen hebben voor de doorstartende partij die niet ook in een eerder stadium bij de onderneming betrokken was. Dergelijke risico's loopt de doorstartende partij bij een doorstart na faillissement niet.

Dit is mogelijk anders indien de curator uit andere hoofde een bestuurder aanspreekt die de doorstart gerealiseerd heeft. De doorstart op zichzelf is niet onrechtmatig, maar de curator kan in het kader van ontoelaatbaar handelen of nalaten voorafgaand aan het faillissement mogelijk wel verhaal nemen op de overgenomen activa. Dit is niet mogelijk indien de bestuurder een natuurlijke persoon is die ook bestuurder (maar geen aandeelhouder) van de doorstartende partij is. De overgenomen activa zijn dan niet van hem, maar van de rechtspersoon waar hij bestuurder van is geworden. De curator zou dan mogelijk wel verhaal kunnen zoeken op zijn loon of managementvergoeding. Indien de bestuurder tevens aandeelhouder van de doorstartende partij is, zou de curator verhaal kunnen zoeken op diens aandelen. Het "afkopen" van aansprakelijkheid kan vanzelfsprekend onderwerp van onderhandeling met de curator zijn. Dergelijke afspraken beschermen niet tegen een eventuele aansprakelijkstelling door de Belastingdienst.

## Hoofdstuk 7

### De fiscale aspecten van een doorstart

#### 7.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn de vijf meest voorkomende varianten van een doorstart beschreven. Elke variant heeft zo zijn regels en gevolgen. Deze werden vanuit de civielrechtelijke kant belicht. Het is niet ondenkbaar dat een doorstart, op welke manier dan ook, het fiscale recht raakt. In dit hoofdstuk bespreken wij de fiscale gevolgen die mogelijk bij een doorstart kunnen spelen. De fiscale gevolgen zijn niet gebonden aan één van de vier beschreven varianten. Ze kunnen zich (bijna) allemaal voordoen bij alle vier de situaties. De hierna volgende onderwerpen worden slechts op hoofdlijnen besproken en dekken dus niet alle specifieke gevallen.

#### 7.2 De kwijtscheldingswinstvrijstelling

Bij een doorstart kan een schuldeiser een schuld geheel of gedeeltelijk kwijtschelden of prijsgeven. Het kwijtschelden levert een voordeel op voor de schuldenaar; hij hoeft immers niet meer te voldoen aan zijn betalingsverplichting. Dit voordeel is onder voorwaarden vrijgesteld. Door het toepassen van de kwijtscheldingswinstvrijstelling is er geen belasting verschuldigd over deze winst. Het kwijtschelden of prijsgeven moet op grond van zakelijke motieven gebeuren en de schuld mag niet meer voor verwezenlijking vatbaar zijn. Dit houdt in dat de pogingen tot het innen van de schuld vruchteloos zouden blijven of tot gevolgen zouden leiden die naar maatschappelijke opvattingen onaanvaardbaar zijn. Een schuld is tevens niet meer voor verwezenlijking vatbaar in de gevallen waarbij een schuldsaneringsregeling is beëindigd en de schuld daardoor niet meer afdwingbaar is. De hoogte van de vrijstelling is wel afhankelijk van een verrekenbaar verlies. De vrijstelling is alleen van toepassing voor het gedeelte van het voordeel dat het verlies overtreft.

#### 7.3 Een lening als aandelenkapitaal

Betaalde rente door een schuldenaar kan in aftrek beperkt worden als de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan, dat de lening fiscaal gezien feitelijk eigen vermogen is. Hiervan is sprake als de rente winstafhankelijk is, de lening achtergesteld is bij andere crediteuren en de lening geen vaste looptijd heeft. Bij een onderhands akkoord kan een schuldenaar ervoor kiezen om de vordering om te zetten in een lening of aandelenkapitaal. Voor de renteaftrek bij de schuldenaar is het dus van groot belang dat de lening geen eigen vermogen is. Naast de voorwaarden van de lening wordt ook gekeken of op het moment dat de lening wordt verstrekt al duidelijk is dat de schuldenaar niet zal kunnen voldoen aan zijn betalingsverplichting (de zgn. 'bodemloze put' lening).

#### 7.4 Borgstellingen/afwaardering

De bank speelt bij een doorstart in verband met de financieringen een belangrijke rol. Als bij een doorstart een financiering wordt aangegaan bij een bank, kan een andere groepsmaatschappij borg staan voor deze externe lening. Bij de borgstelling kan de fictie ontstaan dat de lening als een groepslening wordt beschouwd omdat er sprake is van interne concernfinanciering. In de vennootschapsbelasting kan de renteaftrek bij groepsleningen onder bepaalde voorwaarden beperkt worden.

De lening zelf kan in het geval dat aannemelijk is dat de schuldenaar niet meer aan zijn betalingsverplichting zal kunnen voldoen, afgewaardeerd worden ten laste van de fiscale winst. Een uitzondering hierop is de 'onzakelijke lening' welke hierna wordt besproken. Mocht de betaalbaarheid van de vordering weer aannemelijk worden of wordt de vordering omgezet in eigen vermogen, dan kan dat leiden tot winstneming door de schuldenaar.

Als een natuurlijk persoon als aandeelhouder met een belang van tenminste 5% in een vennootschap borg staat voor de externe lening, ontstaat er een regresvordering bij het invoeren van de borg. De regresvordering en de ontvangen rente behoren tot het inkomen uit box 1. Bij aantoonbare oninbaarheid van de regresvordering kan deze afgewaardeerd worden. De regresvordering komt dan in mindering op het inkomen uit box 1. Ook in dit geval geldt weer de uitzondering van de onzakelijke lening.

#### 7.5 De onzakelijke lening

Afwaardering ten laste van het inkomen of de winst van een vordering kan worden geweigerd indien er sprake is van een 'onzakelijke lening'. Bijvoorbeeld wanneer er een aandeelhoudersrelatie is en een onaanvaardbaar debiteurenrisico wordt gelopen door de schuldeiser die een onafhankelijke derde niet zou willen lopen. Dit wordt bepaald aan de hand van de voorwaarden waaronder de lening is afgesloten. Hierbij kunnen allerlei zaken een rol spelen, zoals een aandeelhoudersrelatie, een familierelatie, de hoogte van de rente, de looptijd van de lening en de gestelde zekerheden.

#### 7.6 De liquidatieverliesregeling

Verliezen op een deelneming in een dochtermaatschappij zijn niet aftrekbaar van de winst bij de moedermaatschappij. Deze verliezen (maar ook eventuele winsten) vallen onder de 'deelnemingsvrijstelling'. Op deze regeling bestaat echter een uitzondering: de liquidatieverliesregeling. De moedermaatschappij kan in het geval van liquidatie van de deelneming, het verlies van deze deelneming onder voorwaarden wel in aftrek brengen van haar winst. Het verlies dat voor aftrek in aanmerking komt is niet het daadwerkelijke verlies van de deelneming, maar het opgeofferde bedrag voor de deelneming vermindert met de ontvangen liquidatie-uitkeringen. Er is sprake van een deelneming indien de moedermaatschappij een belang van tenminste 5% in de dochtermaatschappij heeft.

## 7.7 Fiscale faciliteiten

Het fiscaal recht kent faciliteiten om belastingvrij te reorganiseren, te herstructureren of te verkopen. Aan deze faciliteiten zijn voorwaarden verbonden. Er zijn ook voorwaarden die doorwerken na de reorganisatie, herstructurering of verkoop zelf. Indien op een zeker moment niet meer voldaan wordt aan deze voorwaarden, worden de faciliteiten teruggenomen.

Bij een doorstart is het mogelijk dat daarmee de voorwaarden worden geschonden, bijvoorbeeld door verkoop van de onderneming aan een derde. Hierdoor is er alsnog belasting verschuldigd die eerder door toepassing van de faciliteit niet verschuldigd was.

De inkomsten- en vennootschapsbelasting kennen een aantal fiscale faciliteiten om een herstructurering of reorganisatie te vergemakkelijken. Voorbeelden hiervan zijn de aandelenfusie, de bedrijfsfusie en de juridische fusie. In hoofdlijnen houden deze faciliteiten in dat bij een dergelijke fusie niet afgerekend hoeft te worden over de winst die behaald wordt door de fusie. De belastingclaim gaat onder voorwaarden over op de verkrijgende vennootschap. Eén van de voorwaarden voor deze faciliteiten is dat er geen sprake mag zijn van het ontgaan of uitstellen van belasting. Hiervan is wel sprake als de aandelen in de overdrager dan wel in de overnemer binnen drie jaar na de fusie worden verkocht aan een derde partij.

Een andere faciliteit in de vennootschapsbelasting is de fiscale eenheid. In de fiscale eenheid kunnen vermogensbestanddelen met stille reserves onbelast over en weer worden geschoven (zgn. intercompany transacties). Er is echter alsnog belasting verschuldigd als de fiscale eenheid binnen zes jaar na het verschuiven wordt verbroken.

Voor de inkomsten-, schenk- en erfbelasting en de overdrachtsbelasting bestaat een aantal faciliteiten waarvan onder voorwaarden gebruikt gemaakt kan worden bij bedrijfsopvolgingen door familieleden. In de inkomstenbelasting kan een ondernemer de onderneming zonder af te rekenen, overdragen aan iemand die ten minste 36 maanden in de onderneming heeft gewerkt. Voor de schenk- en erfbelasting en overdrachtsbelasting kan onder voorwaarden ondernemingsvermogen vrijgesteld overgedragen worden aan een familielid. Er geldt dan wel een voortzettingsvereiste voor de overnemer. Wordt niet aan die voorwaarden voldaan, dan is er alsnog belasting verschuldigd.

## 7.8 Omzetbelasting

De hiervoor beschreven onderwerpen zien vooral op de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Er kunnen echter ook gevolgen zijn voor de omzetbelasting. Bijvoorbeeld als een schuldeiser een vordering inclusief btw niet kan innen. Dit levert een nadeel op voor de schuldeiser. De (verschuldigde) btw is immers al betaald aan de Belastingdienst maar nog niet ontvangen van de schuldenaar. De schuldeiser kan de btw terugvragen bij de Belastingdienst. De schuldeiser moet zelf al wel pogingen gedaan hebben om alsnog betaald te krijgen. Als dat niks oplevert, dan moet hij aannemelijk maken dat de schuldenaar niet heeft betaald en dat ook niet zal (kunnen) doen. Dit kan hij doen door middel van het overleggen van een schriftelijke bevestiging van een curator (in het geval van faillissement) dat de vordering oninbaar is.

De schuldenaar dient de reeds afgetrokken voorbelasting terug te betalen aan de Belastingdienst als vast is komen te staan dat hij niet zal betalen of als twee jaar zijn verstreken na de opeisbaarheid van de vordering. Ook bij faillissement dient de schuldenaar de voorbelasting terug te betalen. De Belastingdienst dient deze vordering in bij de curator.

Bij het overdragen van een onderneming of een gedeelte daarvan kan de omzetbelasting ook een rol spelen. De overdracht is vrijgesteld van omzetbelasting als er sprake is van een overdracht van een 'going concern' waarbij de onderneming zelf wel blijft bestaan en alleen de (rechts)persoon van de ondernemer wijzigt. Deze regeling is dwingend. Bij een dergelijke overdracht mag dus geen btw in rekening gebracht worden door de verkoper. Gebeurt dat wel, dan kan de inspecteur de aftrek bij de koper weigeren of de in rekening gebrachte btw bij de verkoper naheffen.

## 7.9 Lucratief belang

Beloningen in de vorm van een participatie in de vennootschap die een manager of een directeur ontvangt voor zijn werkzaamheden, kunnen belast worden in box 1 van de inkomstenbelasting als een lucratief belang. Dat lucratieve belang, in de vorm van aandelen, schuldvorderingen, of vermogensrechten, moet dan dusdanige gunstige condities hebben dat de toekenning ervan als een excessief beloningsbestanddeel wordt aangemerkt voor de verrichte arbeid of dienstverlening door de manager/directeur. Bij een lucratief belang in de vorm van aandelen gaat het om aandelen van een soort dat achtergesteld is bij andere aandelen en minder dan 10% uitmaakt van het geplaatste aandelenkapitaal of soort aandelen met een preferentie van ten minste 15% per jaar. Bij een lucratief belang in de vorm van schuldvorderingen is het rendement dat behaald kan worden op die vorderingen van belang. Dit rendement wordt afhankelijk gesteld van bepaalde management- of aandeelhoudersdoelstellingen die behaald moeten worden. Bij vermogensrechten gaat het om alle andere belangen die niet onder aandelen of schuldvorderingen vallen. Hier geldt net als bij de schuldvorderingen dat het rendement van belang is.

## 7.10 Bestuurdersaansprakelijkheid

Een bestuurder kan in het fiscale recht ook aansprakelijk gesteld worden. Hierbij gaat het dan om hoofdelijke aansprakelijkheid voor onder andere de betalingen van de loonbelasting, omzetbelasting en vennootschapsbelasting. Als blijkt dat de vennootschap niet meer aan haar betalingsverplichting zal kunnen voldoen, dan moet de bestuurder hiervan onmiddellijk melding doen bij de Belastingdienst. Heeft de bestuurder namens de vennootschap voldaan aan de zogenaamde meldingsplicht, dan kan de Belastingdienst de bestuurder alleen aanspreken als er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaande aan het tijdstip van de melding. Indien er geen melding van betalingsonmacht is gedaan, staat de aansprakelijkheid van de bestuurder vast, tenzij hij kan aantonen dat het niet aan hem te wijten is dat de onderneming niet aan de meldingsplicht heeft voldaan.

## Trefwoordenregister

aanbod 11, 13  
aandeelhouders 4, 8, 18, 19, 22, 23, 24, 26, 30, 40, 43, 45, 48, 49  
aandelen 8, 9, 18, 25, 53, 57, 58  
aandelenkapitaal 11, 13, 55, 58  
aansprakelijkheid 2, 21, 24, 25, 46, 53, 58  
accountant 12, 13  
activa 8, 12, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 39, 46, 49, 50, 52, 53  
activa-passiva transactie 8, 18  
activatransactie 45  
activiteiten 7, 8, 17, 19, 21, 27, 39, 40, 50  
afkoelingsperiode 49  
afnameverplichtingen 9, 20, 48  
afspiegelings- en/of anciënniteitsbeginsel 52  
afvloeiingsregelingen 17  
akkoord 8, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 52, 55  
akkoordvoorstel 12, 27, 30, 31, 32, 33, 34  
algemene voorwaarden 47  
arbeidsovereenkomst 51, 52  
bankfinanciering 13  
bedrieglijke bankbreuk 26  
bedrijfsinformatie 8  
bedrog of oneerlijke middelen 34, 35  
beheer en beschikking 46  
beheer en de vereffening 46  
Belastingdienst 13, 21, 24, 29, 31, 33, 48, 49, 53, 57, 58  
benadeling 21, 22, 23  
beoogd curatoren 39, 40, 41  
bewijsvermoeden 23  
bewindvoerder 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 39  
biedingsprotocol 18  
bodemzaken 48, 49  
boedelschulden 29, 30, 31, 50  
borgstelling 56  
borgtocht 48  
btw 57, 58  
concurrente crediteuren 29, 31, 32, 33, 47  
concurrente schuldeisers 9, 13, 21, 33, 45

concurrentiepositie 8  
contractsovername 51  
crediteuren 4, 9, 11, 12, 13, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 38, 40, 42, 47, 49, 55  
crediteurenvergadering 28, 32, 33, 34  
debt-for-equity swap 9  
deelnemingsvrijstelling 56  
duurovereenkomsten 20  
dwangakkoord 3, 8, 11, 12, 27, 33, 45  
dwangcrediteuren 14, 20, 31  
eigendomsvoorbehoud 14, 20, 31, 47, 50  
erfbelasting 57  
ernstig persoonlijk verwijt 25  
exclusiviteit 8, 18, 51  
faillissement 4, 8, 9, 11, 12, 14, 17, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 32, 34, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 57, 58  
faillissementsboedel 29  
faillissementstekor 21  
financiering 13, 19, 48, 56  
fiscale eenheid 57  
fixatiebeginsel 46  
geheimhouding 8  
geheimhoudingsverklaring 18  
gerechtelijke procedures 29  
goodwill 50, 53  
groepslening 56  
hakbijleffect 46  
homologatie 34, 35  
hoofdelijk 19, 25, 48  
huurovereenkomst 51  
hypotheek 47, 48  
hypotheekrechten 19, 31, 48  
inkomstenbelasting 57, 58  
know how 53  
koopsom 17, 18, 19, 21, 23, 25, 26  
kort geding 11, 12  
kostenstructuur 17  
kredietverzekeraar 14  
kwijtscheldingswinstvrijstelling 55  
lening 11, 13, 55, 56  
liquidatieverliesregeling 56  
liquiditeitsprognose 31, 39  
liquiditeitstekort 7, 17

loonbelasting 58  
lucratief belang 58  
management 7, 8, 18, 21, 23, 24, 58  
marktwaarde 18  
medewerking 12, 17, 19, 20, 29, 30, 37, 51, 52, 53  
meldingsplicht 49, 58  
omzetbelasting 57  
onbehoorlijk bestuur 24, 25, 58  
onbehoorlijke taakvervulling 21, 24, 25, 46  
onderhands akkoord 8, 11, 13, 14, 15, 17, 55  
onrechtmatig 21, 25, 26, 53  
onrechtmatige daad 25  
ontslag 51  
ontslagvergoeding 14  
opzegtermijnen 51  
overdrachtsbelasting 57  
overeenkomsten 20, 23, 40, 51, 52  
overgang van onderneming 18, 19, 52  
pand 19, 24, 31, 47, 48  
parate executie 47  
pauliana 22, 23, 24  
paulianeus handelen 22, 23  
persoonlijk aansprakelijk 14, 24, 25, 42  
preferente crediteuren 29, 30, 31, 32, 33, 47  
pre-pack 3, 8, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43  
prijzafspraken 9  
rangorde 24, 47  
rechter-commissaris 28, 34, 39, 40, 45, 46  
rechtshandeling 22, 23, 24  
recht van reclame 14, 20, 47  
recht van verrekening 14  
regresvordering 56  
reorganisaties 8, 9  
resultaat 12, 17, 46  
retentierecht 14, 47, 48  
saneringsplan 27, 30, 31, 32, 35  
schuldeisers 8, 9, 11, 12, 13, 14, 17, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 31, 32, 33, 38, 39, 41, 45, 46, 47, 48, 49  
schuldeisersakkoord 31, 35  
schuld- en vermogenspositie 12  
separatist 47, 48  
separatisten 45  
sluipakkoord 35  
sterfhuisconstructie 17, 24

steunvordering 45  
stille bewindvoerder 39  
surseance 11, 12, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 45  
surseanceakkoord 33  
surseance van betaling 12, 27, 28, 29  
tegenbewijs 23  
tegenstrijdig belang 21  
te goeder trouw 22  
tekort 24, 25, 26, 46  
uitkeringspercentage 34  
UWV 13, 24, 29, 31, 33, 52  
vennootschapsbelasting 56, 57, 58  
verdiencapaciteit 7, 18, 21, 24, 30  
verhaalsfrustratie 25, 49  
verhaalsmogelijkheden 23  
verkoop 17, 20, 22, 27, 38, 46, 50, 57  
vermoeden 23, 45  
vernietiging 22, 23, 24  
verplichtingen 7, 8, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 42, 49, 51, 52  
verzoekschrift 28, 38, 39, 41  
voorrang 13, 20, 24, 31, 47, 48  
voorrechten 29, 47  
vorderingen 21, 26, 31, 32, 33, 34, 45, 47, 48, 50, 58  
waarde 18, 19, 26, 38, 40, 41, 42, 47, 49, 50, 52, 53  
WCO II 11  
werkgelegenheid 8, 12, 43, 46  
Wet Continuïteit Ondernemingen I 38  
Wet Continuïteit Ondernemingen II 11  
wetenschap 23, 50  
wetenschap van benadeling 23  
zekerheden 13, 17, 19, 21, 23, 29, 31, 48, 49, 56

KNEPPELHOUT  
KORTHALS  
ADVOCATEN