

## **Pre-pack: nieuwe kansen voor de doorstart**

Bedrijven in moeilijkheden zullen de komende tijd nog veel aandacht vragen van turnaround managers, afdelingen Bijzonder Beheer en corporate finance adviseurs.

De problemen waardoor een bedrijf in die moeilijkheden raakt, kunnen heel divers zijn: terugvallende omzet en daaruit voorvloeiende personeeloverschotten, langjarige contracten die het karakter van een molensteen krijgen, onverwachte concurrentie-nadelen ten gevolge van innovatie, etc. Even zoveel verschillende oplossingen zijn voorhanden: herstructureringen, onderhandse crediteurenakkoorden, surséances en faillissementen.

De bedrijven-in-moeilijkheden-adviseur kan met directie, aandeelhouder, financiers en onder omstandigheden ook vakbonden uitstekend voorbereidend werk doen en zo een op maat toegesneden oplossing uitwerken. Maar als een faillissement onmisbaar is bij de uiteindelijk doorstart, is er één groot onzeker element in de regie van het dossier: de benoeming van de curator.

Bij de grote deconfitûres begrijpt de rechtbank wel dat alle partijen erbij gebaat zijn als enkele dagen voor de officiële benoeming de toekomstige curator alvast geïnformeerd wordt en zich kan gaan inlezen. Toch gebeurt het vaak dat goed voorbereide doorstartdossiers vertraagd worden door de net benoemde curator. En overigens, naar mijn mening, terecht. Zoals ook op het afgelopen Insolad-congres te Antwerpen nog uitvoerig bediscussieerd (naar aanleiding van de doorstart van Golden Tulip) zou het immers onaanvaardbaar zijn wanneer een curator als een stempelmachine zou functioneren door het aan hem voorgelegde doorstartcontract op dag 1 te ondertekenen. Maar hetzelfde boedelbelang vergt dat de curator een goede deal niet misloopt. De tijd die hij nodig heeft om thuis te raken in het bedrijf, de problematiek en de relevante stukken, kan soms uiterst kostbaar zijn en voor een overnamekandidaat reden om alsnog af te haken.

Dit probleem was tot voor kort in doorsnee herstructureringen nauwelijks te tackelen: de vraag of er een coöperatieve of juist een heel dwarse curator benoemd zou gaan worden<sup>1</sup>. Een (pas onlangs gepubliceerde) tussenbeschikking van de rechtbank Den Bosch<sup>2</sup> biedt een interessante oplossing voor dit specifieke probleem. BV X was niet in staat een belangrijke vordering te voldoen, maar wel voortdurend in overleg met de desbetreffende schuldeiseres. Deze vond het nodig de druk verder op te voeren en vroeg het faillissement van BV X aan. Ter zitting bleek dat de aanvraagster het op zich met BV X eens was dat bepaalde doorstartplannen waarmee BV X zei bezig te zijn, ook in haar eigen belang zou kunnen zijn. De rechter overwoog dat sprake was van de vereiste pluraliteit van

---

<sup>1</sup> Zonder de ene of de andere variant te willen diskwalificeren.

<sup>2</sup> 22 februari 2011, JOR 2011/375 met noot prof. mr. J.J. van Hees

schuldeisers. Weliswaar verkeerde de BV in de (wettelijk vereiste) toestand van te hebben opgehouden met betalen, maar anderzijds meende de rechtbank dat een mogelijke verkoop/reorganisatie van de onderneming van BV X zou kunnen leiden tot een voldoening van de aanvraagster en ook in het belang van de gezamenlijke schuldeisers moest worden geacht<sup>3</sup>.

Vervolgens maakte de rechtbank (en dat was een trouvaille) gebruik van de van rechtswege bestaande mogelijkheid om een *deskundige* te benoemen. De rechtbank benoemde deze deskundige om te onderzoeken of BV X in staat zou zijn binnen een redelijke termijn tot een verkoop van de onderneming te komen. Om de desbetreffende deskundige de nodige (overigens op geen enkele wettelijke regel gestoelde) autoriteit mee te geven, legde de rechter tevens vast dat, indien een faillissement vervolgens onafwendbaar zou blijken te zijn, de deskundige tot curator zou worden aangesteld.

Het effect van deze beschikking is vanzelfsprekend helder. Er wordt, in volstrekte beslotenheid maar wel met behulp van een formele beschikking, een informele bewindvoerder/curator benoemd die in de korte tijd die nu eenmaal voor elke herstructurering maar ter beschikking is, een volstrekt onafhankelijke positie kan innemen, in de wetenschap dat alle betrokkenen bekend zijn met zijn mogelijke *toekomstige* rol. Komt er vervolgens een faillissement tot stand, dan zal hij als curator alle daarbij behorende wettelijke bevoegdheden (zoals met name een eventuele actio pauliana) kunnen uitoefenen. De voorbereiding van een doorstart kan zo geschieden zonder dat het faillissement al in de krant heeft gestaan en crediteuren en personeelsleden al overgaan tot drastische en daardoor schadelijke stappen.

Het idee bestaat in de Angelsaksische landen reeds langer en is daar bekend onder de term Pre-pack. Met name sinds de invoering van de Enterprise Act in 2002 wordt dit in Engeland veelvuldig toegepast<sup>4</sup>. Zowel de vennootschap als hypotheek- en/of pandhouders hebben het recht een zogenaamde Administrator te benoemen die, volstrekt in het geheim (en in dat systeem overigens ook zonder tussenkomst van een rechter) betrokken wordt bij de voorbereiding van herstructureringsmaatregelen zoals bijvoorbeeld een activatransactie. Doordat deze onderhandelingen plaats kunnen vinden zonder dat de hakbijl van het faillissement reeds is gevallen, weet ook de koper dat na finalisering van de transactie en aanvraag van het faillissement een naadloze overgang op de door hem gewenste nieuwe situatie kan worden gerealiseerd. Juist die naadloze overgang en afwezigheid van al te grote hectiek en onrust rondom het publieke faillissement betekent dat waardes kunnen worden gecreëerd die veel dichterbij de going-concern-value liggen dan bij de zogenaamde break-up-value. Dat is dus zowel in het belang van de doorstarter als van de gezamenlijke crediteuren.

---

<sup>3</sup> Rw. 2.5 en 2.6

<sup>4</sup> Zie N.W.A. Tollenaar, Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de Pre-Pack, TVI 2011/23, pag. 175 e.v.

Het is dapper dat de rechtbank Den Bosch deze weg is ingeslagen. In de vakliteratuur is er al enthousiast op gereageerd en het valt te voorzien dat deze "truc" de komende tijd vaker zal worden toegepast. Wellicht dat de al jarenlang uit de praktijk bestaande roep om goede wettelijke voorzieningen voor herstructureringen nu door deze praktijk wordt afgedwongen.

Dan zal ongetwijfeld duidelijk worden of er ook nadelen aan deze pre-pack zijn verbonden. Wat als er geen doorstart tot stand komt? Door welke regels wordt het handelen van de informele curator beheerst? Is denkbaar dat hij na het faillissement even kritisch is op de periode voordien waar hij slechts informeel bij betrokken was? Als altijd geldt: de praktijk zal het leren.

Flip Schreurs,  
Partner Ondernemingsrecht  
Boels Zanders Eindhoven