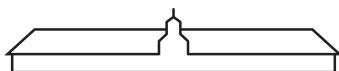


Robbert Peek

Bijna failliet? Zo los je het op

Zes manieren om een
bedrijf door te starten



Inhoudsopgave

Proloog	6
Voorwoord	8

Inleiding

Introductie	10
De doorstart, warm of koud	10
Zes manieren om een doorstart te realiseren	12

Hoofdstuk 1

De doorstart vanuit faillissement

1.1 Het faillissement	14
1.2 De taak van de curator	16
1.3 Als het de curator te heet onder de voeten wordt is er de afkoelingsperiode	18
1.4 Schuldeisers met en zonder rechten	19
1.5 De doorstart van een failliet bedrijf	22
1.6 Taxaties	24
1.7 Goodwill: gebakken lucht?	25
1.8 Het personeel	26
1.9 Garanties van de curator: tot aan de deur	27

Hoofdstuk 2

Het onderhands akkoord

2.1 Wat is een onderhands akkoord?	30
2.2 Criteria van het akkoord	31
2.3 Inhoud van het akkoord	32
2.4 Niet alle schuldeisers hoeven hetzelfde aanbod te krijgen	34
2.5 Risico's	35
2.6 Werknemers	36

Hoofdstuk 3

De surseance van betaling

3.1 Inleiding	38
3.2 Surseance van betaling	38
3.3 De surseance van betaling in de praktijk	40
3.4 De dagelijkse gang van zaken tijdens de surseance	42

3.5 Verlenen van definitieve surseance	45
3.6 De uitwerking van het dwangakkoord	46

Hoofdstuk 4

Het sterfhuis: de doorstart voorafgaand aan faillissement

4.1 De sterfhuisconstructie	52
4.2 De transactie	53
4.3 Werknemers	55
4.4 De bank dient haar akkoord te geven	56
4.5 Schuldeisers blijven achter in een lege vennootschap	57
4.6 Bestaande overeenkomsten	57
4.7 Achtervolging door de curator	58
4.8 Paulianeus handelen	59
4.9 Onbehoorlijk bestuur	63
4.10 Bedrieglijke bankbreuk: maximaal zes jaar de bak in	64

Hoofdstuk 5

De pre-pack

5.1 De pre-pack	66
5.2 De pre-pack: oneerlijk of juist effectief?	68
5.3 De pre-pack van Estro met verstrekkende gevolgen	69
5.4 Pre-packs waarbij geen sprake is geweest van overgang van personeel	71

Hoofdstuk 6

Wet homologatie onderhands akkoord

6.1 De introductie van de WHOA	76
6.2 Voor wie is de WHOA bedoeld?	77
6.3 De WHOA in de praktijk	82
6.4 Voorwaarden om het akkoord te kunnen tegenhouden	83
6.5 De waardering van de onderneming	86
6.6 De WHOA biedt kansen voor een doorstart, bedrijfsbeëindiging en distressed M&A	89

Hoofdstuk 7

Doorstarts en continuïteit

Matrix doorstarts	94
Verklarende woordenlijst	96

Proloog

De doorstart is een obscuur fenomeen. Er bestaat geen definitie voor. De wet regelt er niets over en het is aan de praktijk om een transactie al dan niet aan te merken als een doorstart. Dat maakt het fenomeen van de doorstart juist interessant.

De doorstart wordt zowel geliefd als gehaat. Het is dan ook een kunst om dit fenomeen op begrijpelijke maar ook volwaardige wijze te beschrijven. Daarover gaat dit boek.

De doorstart is maatschappelijk een veelbesproken fenomeen. Voorstanders bepleiten dat het toch dé manier is om een bedrijf een tweede kans te geven. Het leidt tot waarde behoud van activa, houdt werkgelegenheid in stand en biedt continuïteit voor leveranciers en klanten. Critici wijzen vaak op fraude incidenten en concurrentievervalsing. Wat is waarheid? Het is lastig onderzoek doen naar deze vraag, omdat casuïstiek de gevallen onvergelijkbaar maakt. Dat gegeven leidt naar mijn mening ook meteen tot het antwoord: het is dus casuïstiek. In het ene geval is een doorstart de beste oplossing en daarmee in het maatschappelijk belang, in een ander geval spelen oneigenlijke doelstellingen en dienen betrokkenen beducht te zijn op misbruik. Dit legt een vergaande verantwoordelijkheid bij belangrijke betrokkenen, zoals een curator, de bank, de ondernemer en de rechtbank. Meestal gaat dit goed maar er zijn helaas negatieve voorbeelden, die in de media graag breed worden uitgemeten en als voorbeeld worden genoemd als het over het fenomeen gaat. Het is in mijn ogen echter onterecht om het fenomeen van de doorstart op zichzelf als onoorbaar aan te merken. De uitvoering bepaalt de maatschappelijkheid.

Effectief en maatschappelijk verantwoord doorstarten vergt een bijzondere combinatie van kennis en vaardigheden. Die is deels juridisch maar veel praktische elementen spelen misschien wel een belangrijkere rol. Robbert Peek heeft op zeer geslaagde wijze

een boek samengesteld waarin al deze aspecten op heldere manier worden beschreven. Dit boek geeft belangrijke handvatten aan iedereen die met een doorstart te maken krijgt. Het boek is zowel bruikbaar voor juristen als voor adviseurs en DGA's. Zeer leesbaar en daarmee zeer bruikbaar.

Mr. D.M. van Geel

Derk van Geel is partner bij Fort Advocaten te Amsterdam en gespecialiseerd in het insolventierecht. Zijn expertise omvat de begeleiding van ondernemingen in zwaar weer, het herstructureren van schulden of financieringen, doorstarts en disputen met de curator. Ook wordt hij regelmatig zelf aangesteld als curator.

Voorwoord

Voor u ligt de tweede druk en deze is sneller verschenen dan ik had verwacht. De tweede druk is op een groot aantal punten aangescherpt door de grondige juridische screening door Bert Jansen, hoogleraar insolventierecht aan de Radboud universiteit van Nijmegen. Dit heeft het boek completer gemaakt terwijl ik er toch voor heb gewaakt om het niet te juridisch te (her)schrijven. Daarbij heb de laatste stand van zaken in het boek verwerkt en... de titel veranderd. In deze onrustige tijden is duidelijkheid maar beter. Mijn doel is dat u het boek vlot uitleest en in grote lijnen de mogelijkheden leert kennen. De ellende van een faillissement, zeker als dit onvoorzien en onvoorbereid plaatsvindt, is namelijk onbeschrijfelijk. Ik wil graag mijn kennis en ervaring hierover delen en doorstarts promoten. Ik maakte zelf een faillissement mee, startte bedrijven door en begeleidde de liquidatie van vele ondernemingen. Ik ken hierdoor zowel aan de voor- als achterkant de situatie van een faillissement. Niet als curator of als jurist maar als ondernemer, investeerder, bedrijfskundige en adviseur.

Ik heb mij op het hoogtepunt van de financiële crisis in 2012 gespecialiseerd in insolventiezaken. Niet zo zeer om de wetteksten te doorgronden – dat kunnen juristen beter – maar om vanuit een ondernemersoogpunt de maximale kansen te kunnen benutten en de risico's te minimaliseren. In de afgelopen jaren ben ik intensief betrokken geweest bij de nieuwe faillissementswetgeving, de Wet continuïteit ondernemingen (WCO) die ervoor moet zorgen dat ondernemingen meer reorganisatiemogelijkheden krijgen buiten het faillissement om. Ik was onder andere voorzitter van de Ronde Tafels voor curatoren en bankiers van de afdeling bijzonder beheer over de pre-pack en de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA).

In dit boek worden komen deze twee nieuwe wetten, de pre-pack en de WHOA, aan de orde naast de meer 'klassieke' saneringsmogelijkheden uit het faillissementsrecht – en welke kansen deze

bieden voor een doorstart. De WCO-wetten en met name de WHOA bieden ondernemingen efficiënte reorganisatiemogelijkheden zoals deze onder andere in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten worden toegepast waarbij de onderneming gewoon doordraait.

Dit boek is een praktische handleiding met als doel om u als lezer houvast te bieden in de vreemde wereld van het faillissement, de surséance van betaling en de doorstart die zowel warm als koud kan worden uitgevoerd. Dat geldt ook voor de website www.doorstart.nl, die zowel bedoeld is voor ondernemingen in moeilijkheden als voor ondernemers die een bedrijf willen doorstarten. Een goede voorbereiding is het halve werk en bij insolventie zaken eigenlijk het hele werk.

Succes met uw ondernemingsactiviteiten en uw doorstartplannen.

Robbert Peek

Inleiding

Introductie

De wereld van de faillissementen is voor velen een onbekend terrein en dat willen de meeste ondernemers ook zo houden. Maar als het bergafwaarts gaat met een onderneming is het belangrijk om de mogelijke oplossingen te kennen. De woorden 'faillissement' en 'doorstart' worden vaak met elkaar geassocieerd. Maar niet elk faillissement leidt tot een doorstart en niet aan elke doorstart gaat een faillissement vooraf.

Deze uitgave is bedoeld om ondernemers, accountants en andere geïnteresseerden te informeren over de mogelijkheden rondom het maken van een doorstart. Dit kan de doorstart van de eigen onderneming zijn maar ook de doorstart van een andere onderneming. Het doel van het boek is om op een heldere wijze de mogelijkheden, de risico's en de consequenties te beschrijven zowel voor de onderneming als voor de partijen die erdoor worden geraakt. Achter in het boek staat een handzame matrix waarin de zes doorstarts op een overzichtelijke wijze zijn opgenomen en de gevolgen daarvan voor de betrokken partijen. De Faillissementswet en de wijze van handelen door de faillissementskamer van de rechtbank is ingewikkelde materie en zonder gedegen wetskennis moeilijk te volgen. Dit boek brengt daar verandering in – in ondernemerstaal uiteraard.

De doorstart, warm of koud

Een doorstart van een onderneming heeft als doel om de bedrijfsactiviteiten bij (dreigende) insolventie voort te zetten. Met insolventie wordt bedoeld dat een bedrijf niet meer aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen of dat deze situatie dreigt te ontstaan. In de praktijk wordt gesproken over een koude en een warme doorstart. Een koude doorstart betekent dat de onderneming

eerst failliet gaat en daarna wordt doorgestart; bij een warme doorstart is er geen sprake van een faillissement. Beide doorstartmogelijkheden hebben hetzelfde doel: de sanering van kosten. De doorstartmogelijkheden hebben vanzelfsprekend consequenties voor de verschillende groepen schuldeisers en in bepaalde gevallen ook voor het personeel. In elke doorstart is er sprake van (financiële) pijn – de vraag is wie die draagt.

Betalingsproblemen

De overweging om een doorstart te maken begint bij een structureel tekort aan liquide middelen. Er gaat eenvoudig gezegd meer geld uit dan dat er binnenkomt, waardoor de onderneming niet langer aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen. Zolang er wel nog kan worden betaald is er sprake van een bedrijf in moeilijkheden. Op het moment dat er geen betalingen meer kunnen worden gedaan is de onderneming ‘opgehouden te betalen’, wat het criterium is voor de faillietverklaring.

Voor het vinden van een oplossing voor zo'n onderneming is het belangrijk dat de oorzaak van de betalingsproblemen bekend wordt. Wordt het structurele liquiditeitstekort veroorzaakt door een afnemende omzet, dan zullen de pijlen gericht moeten zijn op het verkleinen van de onderneming, het aanpassen van de vaste lasten of het zoeken van nieuwe afzetmarkten. Onvermijdelijk bij een ‘verkleining’ is het afstoten van bedrijfsmiddelen en het inkrimpen van het personeelsbestand. Is een onderneming gezond maar gaat zij gebukt onder een te hoge schuldenlast, dan zal de focus liggen op het saneren van de schulden. Dit kan op vrijwillige basis of via de mogelijkheden binnen de wet.

Schuldsanering

Een bestaand structureel tekort aan liquide middelen kan alleen worden opgelost door extra kapitaal of een sanering van schulden. Maar ook voor een sanering van schulden is vaak extra kapitaal nodig. Kapitaal is er genoeg in onze maatschappij, zowel bij banken als investeerders – bij de laatste brandt het zelfs in hun zakken – en wellicht nog bij de aandeelhouder. Het doel van de inbreng van kapitaal is het opschonen of verkorten van de balans. Hoe het geld vervolgens wordt aangewend hangt af van de situatie. Bij een incidenteel liquiditeitstekort zal sanering van de schulden volstaan

om de onderneming winstgevend te kunnen voortzetten. De schuldsanering via een onderhands akkoord is hier bijvoorbeeld voor geschikt. Maar als de schuldeisers niet willen meewerken dan dient een andere weg te worden gekozen, bijvoorbeeld die van het dwangwakkkoord of de WHOA.

Zes manieren om een doorstart te realiseren

Betalingsproblemen

Een bedrijf doorstarten kan op diverse manieren. In dit boek worden de zes meest actuele, doeltreffende en effectieve opties behandeld. Er is gekozen voor de volgende opbouw van de doorstartmogelijkheden.

Hoofdstuk 1 (H.1) behandelt de doorstart vanuit faillissement, een zogenoemde koude doorstart. Bij een koude doorstart is daadwerkelijk sprake van discontinuïteit. Deze doorstart wordt als eerste behandeld omdat het effect van een faillissement op de schuldeisers het grootst en het meest negatief is – zij zullen doorgaans fors de boot in gaan. Het is van belang om deze situatie goed te kennen en als argumentatie naar de schuldeisers te kunnen gebruiken met name bij een warme doorstart.

Hoofdstuk 2 (H.2) behandelt het onderhands akkoord. Een onderhands akkoord is een warme doorstart, de meeste milde vorm van een doorstart.

Hoofdstuk 3 (H.3) behandelt de surseance van betaling. Een surseance van betaling zit tussen een warme en een koude doorstart in, afhankelijk van het verloop van de surseance.

Hoofdstuk 4 (H.4) behandelt de doorstart voorafgaand aan het faillissement, de zogenoemde sterfhuisconstructie. Dit is een combinatie van een warme doorstart – het voortzetten van de activiteiten in een nieuwe vennootschap – en een koude doorstart, het faillissement van het sterfhuis.

Hoofdstuk 5 (H.5) beschrijft de zogeheten pre-pack. Dit is een warme doorstart met een koude staart. De warme doorstart heeft betrekking op de voorzetting van de bedrijfsactiviteiten nadat het faillissement is uitgesproken. De koude staart heeft betrekking op de activa, de activiteiten en het personeel die mogelijk in het faillissement achterblijven.

Hoofdstuk 6 (H.6) tot slot behandelt de Wet homologatie onderhands akkoord (*WHOA, nog geen wet maar een wetsvoorstel*), een warme doorstart met een koude rand omdat de schuldeisers worden gedwongen akkoord te gaan via de uitslag van de crediteurenstemming.

Elke situatie kent zijn eigen dynamiek, maar de kern van de oplossing en aandachtspunten zijn grotendeels van overeenkomstige aard. De verkoop van een bedrijf in moeilijkheden hoort hier in de rij van oplossingen ook bij maar betreft geen sanering van schulden en wordt daarom niet besproken.

Zie hiervoor www.peakvonschuckmann.nl.

Aan het stuur

Bij een doorstart zijn meerdere partijen betrokken: het management en de aandeelhouders enerzijds en derden (klanten, leveranciers, personeel en financiers) anderzijds. Tot de eerste groep behoort ook de bestuurder voor zover deze een andere persoon is dan de aandeelhouder of DGA. De bestuurder zit in een insolventietraject nog steeds aan het stuur. De bestuurder heeft en behoudt hierdoor grip op de onderneming en beslist over de toekomst. Indien de rechtbank het bestuur aan een ander overdraagt, zoals een curator in geval van een faillissement of een bewindvoerder als mede-bestuurder bij een surseance, dan verliest de bestuurder die grip. Het uithanden geven of laten nemen van deze grip kan verstrekkende gevolgen hebben die niet altijd of zelfs nooit in het voordeel van de aandeelhouder uitpakken, en zelfs niet in het voordeel van derden.

Bij een sanering via een onderhands akkoord (H.2), de doorstart voorafgaand aan een faillissement (H.4), de pre-pack (H.5) en de WHOA (H.6) is de ondernemer de initiatiefnemer en behoudt deze de regie en leiding. Een curator komt alleen in beeld in geval van een faillissement (H.1, doorstart vanuit faillissement) en voert dan als enige het bestuur. Bij een pre-pack is overigens ook sprake van een faillissement maar in de hele voorbereiding voert de ondernemer het bestuur, in samenspraak met de beoogd curator. Bij een dwangakkoord (H.3, surseance van betaling) wordt een bewindvoerder aangesteld die samen met de ondernemer het bestuur vormt, de bewindvoerder is echter in de lead.

H.1

De doorstart vanuit faillissement

1.1 Het faillissement

Een faillissement is een algeheel beslag op het vermogen van de failliete onderneming. In feite wordt door een overheidsorgaan (*de rechtbank*) bepaald dat het voortzetten van de activiteiten niet tot hogere financiële schade mag leiden. Het gevolg is dat beslag wordt gelegd op de gehele onderneming ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De huidige bestuurder verliest hierdoor de zeggenschap over zijn bedrijf.

De curator

Door de rechtbank wordt een curator aangesteld die het bestuur van de onderneming overneemt. De bestuurder van de rechts-persoon (*de failliet*) verliest de beschikking en het beheer over zijn vermogen, vanaf 0:00 uur op de dag van de faillissements-uitspraak. Hij mag niet langer handelen uit naam van de onderneming. Zelfs de post mag de bestuurder niet meer inzien – deze wordt doorgestuurd aan de curator. Een failliete onderneming bestaat dus nog steeds als rechtspersoon maar staat onder curatele. In het handelsregister van de Kamer van Koophandel wordt dit aangemerkt door de vermelding 'faillissement'. De curator voert vanaf dat moment het bestuur en is de enige die nog beslissingen kan nemen. De curator kan zelfstandig handelen maar heeft voor bepaalde beslissingen de toestemming