

Als praktijkgroep Ondernemingsrecht, Insolventie & Procesrecht van AKD advocaten en notarissen te Amsterdam maken wij graag gebruik van de mogelijkheid om onze visie te geven op het wetsontwerp Wet Continuïteit Ondernemingen I. Het wetsontwerp heeft als doel het reorganiserend vermogen van bedrijven te versterken. Er wordt een wettelijke basis verleend aan de bij de meeste rechtbanken, waaronder de rechtbank te Amsterdam, al bestaande praktijk dat voorafgaand aan het faillissement door de rechtbank een beoogd curator (in de praktijk ook wel genoemd: stille bewindvoerder) wordt aangewezen. Omdat wij optreden als curator, maar ook advies geven aan bedrijven in moeilijkheden, hebben wij hiermee de afgelopen jaren de nodige ervaring opgedaan.

Wij onderschrijven dat door de benoeming van een beoogd curator de kans op een succesvolle doorstart (van levensvatbare onderdelen) van de onderneming wordt vergroot en onnodig waardeverlies kan worden voorkomen. Dat is winst voor de gezamenlijke schuldeisers en de werknemers van de vennootschap in zwaar weer.

Toch willen wij enkele kritische kanttekeningen plaatsen bij het wetsontwerp. Een punt dat volgens ons ten onrechte onderbelicht blijft in het wetsvoorstel is de positie van schuldeisers voor zover hun vorderingen zijn ontstaan in de periode tussen de aanstelling van de beoogd curator en het opvolgend faillissement van de onderneming. Indien deze vorderingen onbetaald blijven zijn dit namelijk concurrente vorderingen die ter verificatie moeten worden ingediend en waarop, zo leert de ervaring, geen of nagenoeg geen uitkering zal plaatsvinden.

Licht aan het eind van de tunnel?

Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat in de periode dat de beoogd curator is aangewezen de gewone regels van toepassing zijn, zoals die zouden gelden indien er geen beoogd curator zou zijn aangewezen. Een van die regels is dat het bestuur geen verplichtingen mag aangaan waarvan ten tijde van het aangaan duidelijk is dat deze verplichtingen niet nagekomen zullen worden en waarvoor de vennootschap geen verhaal zal bieden. Ook het voortzetten van verliesgevende activiteiten, nadat duidelijk is geworden dat een faillissement onafwendbaar is, kan tot aansprakelijkheid van het bestuur leiden. Het bestuur mag de door de vennootschap gedreven onderneming dus voortzetten zolang er nog licht aan het eind van de tunnel is, maar niet daarna. De vraag is gerechtvaardigd of er ten tijde van de aanwijzing van de beoogd curator steeds sprake zal zijn van een situatie waarin nog licht is aan het eind van de tunnel. Zoals de term 'beoogd curator' al aangeeft, zal een faillissement veelal in het verschiet liggen. Weliswaar hoeft een faillissement niet altijd onafwendbaar te zijn indien – zekerheidshalve – om een beoogd curator wordt verzocht, de scheidslijn is in elk geval dun. De toelichting geeft in dit verband aan dat de advocaat, die namens de onderneming het verzoek indient bij de rechtbank, het bestuur van de onderneming in verband met diens mogelijke aansprakelijkheid in ieder geval zou moeten adviseren voorzichtig te zijn bij het aangaan van nieuwe verplichtingen.

Het lijkt ons dat ook in geval een faillissement onafwendbaar is, het in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en werknemers kan zijn dat voorafgaand aan het faillissement een doorstart wordt voorbereid onder toezien oog van een beoogd curator. Op die wijze kan onnodig verlies van economische waarde en van werkgelegenheid worden voorkomen. Echter, daarvan mogen de hierboven genoemde nieuwe schuldeisers niet de dupe worden.

Beperking exposure voor nieuwe schuldeisers

Onder de huidige spelregels is het bestuur van een onderneming genoodzaakt om direct surseance van betaling of faillissement aan te vragen als er geen licht meer is aan het eind van de tunnel. In een dergelijk geval hebben schuldeisers de mogelijkheid hun 'exposure' te verkleinen door beëindiging van de overeenkomst, het terughalen van hun eigendommen en/of het uitwinnen van hun pand- en hypotheekrechten. Bovendien kwalificeren vorderingen ontstaan na datum van surseance van betaling of faillissement als zogenaamde boedelvorderingen, die moeten worden voldaan voordat de gewone, zogenaamde concurrente vorderingen worden voldaan. Bij aanwijzing van de beoogd curator hebben deze schuldeisers deze mogelijkheid niet omdat de aanwijzing van de beoogd curator niet openbaar is. Een leverancier die de verbruiksgoederen levert onder eigendomsvoorbehoud kan zijn goederen immers niet meer terugnemen als deze inmiddels zijn verbruikt in de periode voor faillissement.

Wij achten het om die reden wenselijk dat het wetsvoorstel rekening houdt met de belangen van deze nieuwe schuldeisers door bijvoorbeeld te bepalen dat vorderingen die ontstaan na de aanwijzing van de beoogd curator worden beschouwd als boedelvorderingen in geval van een opvolgend faillissement. Ook zou kunnen worden opgenomen dat, in het bij de rechtbank in te dienen verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator, aannemelijk moet worden gemaakt dat nieuwe schulden, die naar verwachting zullen ontstaan, kunnen worden voldaan. Verder zou een beperking van de periode van aanwijzing van de beoogd curator er toe leiden dat de exposure voor nieuwe schuldeisers wordt verkleind.

Maatschappelijk belang als zelfstandige grondslag

Uit het wetsvoorstel blijkt voorts dat een beoogd curator aangewezen kan worden in het belang van de gezamenlijke schuldeisers óf in het maatschappelijk belang. De huidige faillissementswet spreekt nergens over het maatschappelijk belang. Een curator dient bij de uitoefening van zijn taak de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. Uit de jurisprudentie volgt dat hij daarbij onder gegeven omstandigheden ook maatschappelijke belangen mag laten meewegen. In artikel 365 lid 1 wordt gemeld dat de beoogd curator bij zijn handelen steeds de (huidige) taken van de curator als uitgangspunt neemt. Wij zijn van mening dat hiermee afdoende duidelijk is dat de curator ook rekening kan houden met maatschappelijke belangen. Het maatschappelijk belang als zelfstandige grondslag voor een aanwijzing van een beoogd curator is om die reden overbodig.

Wij realiseren ons dat het wetsvoorstel een kaderregeling beoogd te zijn waaraan de rechtbanken c.q. Recofa middels richtlijnen en/of aanwijzingen invulling kan geven. Desondanks menen wij dat het een gemis is dat het voorliggende wetsvoorstel en toelichting er op het punt van de bescherming van de 'nieuwe schuldeisers' het zwijgen toe doen. Het maatschappelijk belang als zelfstandige grondslag voor een aanwijzing van een beoogd curator zou wat ons betreft juist beter kunnen verdwijnen uit het voorstel.