

## Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden

### 2581

Vragen van de leden **Recourt** en **Kerstens** (beiden PvdA) aan de Minister van Veiligheid en Justitie over *het misbruik van een faillissement* (ingezonden 3 juli 2014).

Antwoord van Minister **Opstelten** (Veiligheid en Justitie) (ontvangen 18 juli 2014)

Vraag 1

Kent u het bericht «Flitsfaillissement zoals bij Neckermann is illegale variant van reorganiseren»?<sup>1</sup>

Antwoord 1

Ja.

De in het bericht besproken «*flitsfaillissementen*» betreffen faillissementen van ondernemingen die in ernstige financiële problemen zijn geraakt waardoor zij niet langer in hun bestaande vorm en omvang voort konden gaan. Bij deze faillissementen werd gebruik gemaakt van een rechtens aanvaarde praktijk die inmiddels door acht van de elf rechtbanken wordt toegepast – zoals recentelijk ook het geval was bij crèchebedrijf Estro. In navolging van een Engelse regeling waarmee deze enige gelijkenissen vertoont, wordt deze praktijk ook wel aangeduid met de term «*pre-pack*». Alvorens ik overga tot de beantwoording van de vragen die naar aanleiding van het bericht zijn gesteld, lijkt het mij goed om eerst kort uiteen te zetten wat die praktijk precies inhoudt en tegen welke achtergrond deze is ontstaan. Wanneer een onderneming niet langer aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen, kan de rechtbank het faillissement uitspreken. Daarbij wordt door de rechtbank een curator aangesteld die het beheer en de beschikking van de tot de gefailleerde onderneming behorende activa overneemt om ze te gelde te maken en de opbrengst te verdelen onder de crediteuren. Zijn er nog rendabele bedrijfsonderdelen, dan kunnen deze net als de andere activa (zoals de bedrijfsinventaris) verkocht worden en doorstarten met een nieuwe eigenaar. Daarbij kan het voorkomen dat het oude management van de gefailleerde onderneming betrokken blijft, bijvoorbeeld ter borging van de continuïteit van de bedrijfsvoering. De praktijk laat zien dat de onderneming

<sup>1</sup> «Flitsfaillissement zoals bij Neckermann is illegale variant van reorganiseren», Volkskrant, 1 juli 2014 (<http://www.volkskrant.nl/vk/nl/13693/Peter-de-Waard/article/detail/3682090/2014/07/01/Flitsfaillissement-zoals-bij-Neckermann-is-illegale-variant-van-reorganiseren.dhtml>)

na de faillietverklaring zeer waarschijnlijk te maken zal krijgen met negatieve publiciteit die ertoe leidt dat een onbeheersbare situatie ontstaat; financiers gaan over tot het uitwinnen van zekerheden, leveranciers weigeren nog langer te leveren, werknemers gaan op zoek naar een andere baan en klanten verliezen het vertrouwen. Dit kan ertoe leiden dat de onderneming vrijwel tot stilstand komt en dat de nog rendabele bedrijfsonderdelen in korte tijd veel van hun waarde en potentiële rendement verliezen waardoor het lastig wordt om hiervoor nog een koper te vinden die een doorstart wil wagen. Ook is het dan nog maar de vraag of een goede verkoopprijs kan worden gerealiseerd. In reactie op dit probleem is er in de rechtspraak een oplossing ontwikkeld die eruit bestaat dat de rechtbank, op verzoek van een onderneming die in ernstige financiële problemen verkeert, al voor een mogelijke faillietverklaring in stilte aanwijst wie als curator en rechter-commissaris zullen worden aangesteld mocht het daadwerkelijk tot een faillissement komen. Bedoeling daarbij is de onderneming de gelegenheid te geven het aanstaande faillissement in relatieve rust, onder het toezicht van de toekomstige curator, voor te bereiden zodat de schade bij crediteuren (waaronder leveranciers en afnemers) en werknemers zoveel mogelijk beperkt kan worden en de kansen op een verkoop en daarop volgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst worden vergroot.

De toekomstige curator – die in de media vaak «*stille bewindvoerder*» wordt genoemd – wordt dus betrokken bij het voorbereidingstraject, dat in de regel niet langer duurt dan een paar weken. Hij kijkt mee, laat zich informeren en vormt zich een oordeel over de gang van zaken binnen de onderneming en over het verkoopproces dat door de onderneming is ingezet en praat in dit kader eventueel ook met potentiële overnamekandidaten.

Mocht er inderdaad een overnamepartij gevonden worden, dan is het aan de curator in het faillissement om te beslissen of hij wil meewerken aan de verkoop en zal ook de rechter-commissaris hiermee moeten instemmen. Zij zullen dit doen wanneer zij ervan overtuigd zijn dat met de voorbereide verkoop de hoogst mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke crediteuren kan worden gerealiseerd. Ook zal er oog zijn voor het behoud van werkgelegenheid voor het personeel van de gefailleerde onderneming. Doordat de curator en de rechter-commissaris – door hun betrokkenheid in het voorbereidingstraject – al goed geïnformeerd zijn, zullen zij hierover snel kunnen beslissen en kan de verkoop en de daarop volgende doorstart van de bedrijfsonderdelen relatief kort na de faillietverklaring plaatsvinden. Daarmee kan worden voorkomen dat een onbeheersbare situatie optreedt die invloed heeft op de kansen op een doorstart en de verkoopprijs van de rendabele bedrijfsonderdelen.

Tijdens het mondelinge vragenuurtje in de Tweede Kamer van 18 juni 2013 heeft de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie – naar aanleiding van een verzoek daartoe van het lid Recourt – toegezegd dat ik een wetsvoorstel zou voorbereiden waarin ten behoeve van de rechtszekerheid de «*pre-pack*» een uitdrukkelijke grondslag in de wet wordt geboden. Inmiddels is dit wetsvoorstel (voor de zgn. Wet continuïteit ondernemingen I) voor advies naar de afdeling Advisering van de Raad van State gezonden.

#### Vraag 2

Acht u het mogelijk dat een onderneming die financieel sterk genoeg is om boventallig personeel met een sociaal plan te laten afvloeien, een faillissement aanwendt om goedkoop van dat personeel af te komen? Zo ja, deelt u dan de mening dat dit hoogst ongewenst is en wat kunt u daar tegen doen? Zo nee, waarom kan dit niet?

#### Antwoord 2

Ik acht de kans hierop gering. In de eerste plaats om de praktische reden dat het bestuur van de onderneming na de faillietverklaring vrijwel buiten spel komt te staan. De faillietverklaring leidt er immers toe dat de curator per direct het beheer en de beschikking over de onderneming overneemt van de (voormalig) bestuurders en dat zij daardoor de gang van zaken binnen de onderneming niet langer in eigen hand hebben. Bovendien ontstaat bij een faillietverklaring doorgaans de hierboven beschreven onbeheersbare situatie met alle negatieve gevolgen voor de continuïteit van de levensvatbare onderdelen van de onderneming van dien.

Daarnaast geldt dat wanneer de bevoegdheid tot het doen van een faillissementsaanvraag wordt gebruikt met een ander doel dan waarvoor zij is bedoeld – bijvoorbeeld om het personeelsbestand snel en «goedkoop» te kunnen terugbrengen – dit volgens vaste jurisprudentie misbruik van recht oplevert.<sup>2</sup> De rechtbank zal in dat geval het verzoek tot faillietverklaring afwijzen. Na invoering van de Wet continuïteit ondernemingen I zal deze regel onverkort blijven gelden. Daarom zal de rechtbank ook bij de beoordeling van een verzoek tot aanwijzing van de toekomstig curator in de eerste plaats moeten beoordelen of er daadwerkelijk sprake is van ernstige financiële problemen en een dreigend faillissement. Heeft het er alle schijn dat het verzoek tot aanwijzing van een toekomstig curator onderdeel is van een traject waarin het bestuur van de onderneming aanstuurt op een faillissement om de onderneming snel en «goedkoop» te kunnen saneren, dan zal de rechtbank hier niet aan mee willen werken. De rechtbank zal in dat geval het verzoek afwijzen.

Mocht het uiteindelijk toch op een faillietverklaring uitdraaien, dan zou het doelbewust laten aankomen op een faillissement, terwijl er reële alternatieven aanwezig zijn om de financiële problemen op te lossen, kunnen leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurders voor de schade die als gevolg daarvan is ontstaan (vgl. artikelen 2:138 of 248 BW). In de toekomst – na inwerkingtreding van de aangekondigde nieuwe regeling betreffende het civielrechtelijk bestuursverbod<sup>3</sup> – zou dit gedrag ook kunnen uitmonden in de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod aan de bestuurders of feitelijk leidinggevenden van de onderneming.

### Vraag 3

In hoeverre worden crediteuren door flitsfaillissementen benadeeld?

### Antwoord 3

Crediteuren hebben doorgaans juist baat bij de hiervoor beschreven «pre-pack»-praktijk.

Het doel van de aanwijzing van de toekomstig curator is om de schade bij crediteuren en werknemers als gevolg van een eventueel faillissement zoveel mogelijk te beperken en om de kansen op een verkoop – tegen een zo een hoog mogelijke prijs – en een daarop volgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen te vergroten. Het resultaat dat wordt beoogd is een hogere boedelopbrengst ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren in het faillissement en behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid. De Radboud Universiteit heeft onlangs in samenwerking met BDO Consultants een verkennend onderzoek uitgevoerd naar de effecten van de huidige «pre-pack» praktijk op de hoogte van de boedelopbrengst. Naar verluidt gaan de onderzoekers er op basis van hun eerste bevindingen vanuit dat bij de huidige praktijk sprake is van een meeropbrengst voor de boedel die varieert van 10 tot 30%.<sup>4</sup> Wordt een hogere boedelopbrengst gerealiseerd dan hebben de individuele crediteuren een grotere kans dat in ieder geval een deel van hun vordering in faillissement zal kunnen worden voldaan.

De Wet continuïteit ondernemingen I zal de positie van crediteuren in «pre-pack»-trajecten nog verbeteren. In die wet zullen de rol en de taken en bevoegdheden van de toekomstig curator en rechter-commissaris<sup>5</sup> worden vastgelegd. Zo zal ten aanzien van de toekomstig curator worden bepaald dat hij in de «stille voorbereidingsfase» voorafgaand aan de faillietverklaring niet optreedt als adviseur van de onderneming, maar dat hij in die fase – net als in faillissement – tot taak heeft de belangen van de crediteuren (waaronder ook de werknemers) te behartigen. Ook zal in de wet worden bepaald hoe de toekomstig curator over de vervulling van die taak verantwoording aflegt aan de toekomstig rechter-commissaris, die toezicht op hem houdt, en na afloop van het voorbereidingstraject ook aan derden, waaronder in het bijzonder de crediteuren en de werknemers. De toekomstig curator zal kort na de

<sup>2</sup> HR 29 juni 2001, JOR 2001/169.

<sup>3</sup> Vgl. bijv. het verslag van het algemeen overleg van 6 februari 2014, Kamerstukken II 2013/14, 33 695, nr. 14.

<sup>4</sup> «Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelopbrengst», Het Financieel Dagblad, 7 juli 2014.

<sup>5</sup> In Wet continuïteit ondernemingen I worden zij «beoogd curator» en «beoogd rechter-commissaris» genoemd.

faillietverklaring – die tevens het einde van het voorbereidingstraject markeert – een eindverslag moeten uitbrengen waarin hij in ieder geval zal moeten ingaan op:

- de toestand van de onderneming zoals hij deze aantrof;
- het plan van aanpak zoals voorgesteld door de onderneming, en
- het verkoopproces en de (gemotiveerde) keuze voor de overnamekandidaat.

De informatieverstrekking naar de crediteuren en de werknemers vindt weliswaar achteraf plaats, maar daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat het hierboven beschreven resultaat alleen bereikt kan worden wanneer het treffen van de daarvoor benodigde voorbereidingen in stilte kan plaatsvinden. Zodra bekend wordt dat een onderneming zich in financiële moeilijkheden bevindt en een faillissement aanstaande is, zal de onderneming zeer waarschijnlijk te maken krijgen met de hierboven beschreven onbeheersbare situatie die bij een «*klassiek*» onvoorbereid faillissement vrijwel altijd optreedt. Deze situatie zou een verkoop van bedrijfsonderdelen tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs, en een daarop volgende doorstart met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid, illusoir maken en daarmee leiden tot een uitkomst met vooral verliezers.

#### Vraag 4

Houdt de rechter-commissaris rekening met de vraag of een faillissement gebruikt wordt voor het goedkoop ontslaan van boventallig personeel en het benadelen van schuldeisers? Zo ja, op welke wijze? Zo nee, waarom niet?

#### Antwoord 4

Zoals in het antwoord op vraag 2 is aangegeven, is het in eerste instantie aan de rechtbank die een faillissementsaanvraag of een daaraan voorafgaand verzoek tot aanwijzing van de toekomstig curator beoordeelt, om vast te stellen of het verzoek is gedaan op juiste gronden. Vindt er een aanwijzing van de toekomstig curator plaats en komt pas nadien aan het licht dat de onderneming nog wel alternatieven heeft om haar financiële problemen buiten faillissement op te lossen, maar dat het bestuur er desalniettemin voor kiest om het aan te laten komen op een faillissement dan zal dit in de regel aanleiding zijn voor de toekomstig rechter-commissaris om de rechtbank te verzoeken haar aanwijzing in te trekken. Het stille voorbereidingstraject komt daarmee tot een einde en de rechtbank is direct gewaarschuwd mocht nadien alsnog een faillissementsaanvraag volgen. Zij zal een faillissementsaanvraag die onder bovengenoemde omstandigheden wordt gedaan, op grond van misbruik van recht afwijzen.

#### Vraag 5

Deelt u de mening dat er een spanning kan zitten tussen enerzijds een gewenste doorstart van een onderneming en anderzijds het belang van een zorgvuldige afvloeiing van boventallig personeel en een afwikkeling van schulden? Zo ja, waaruit bestaat die spanning? Welke rol hebben de rechter-commissaris en de curator om tot een zorgvuldige afweging te komen? Zo nee, waarom niet?

#### Antwoord 5

Het aangekondigde wetsvoorstel met betrekking tot de introductie van een civielrechtelijk bestuursverbod biedt de rechtbank de mogelijkheid om (voormalig) bestuurders of feitelijk leidinggevendenden die zich tijdens of in de drie jaar voorafgaand aan een faillissement schuldig maken aan – kort gezegd – wanbeleid voor maximaal vijf jaar een bestuursverbod op te leggen. De wet zal er voorts in voorzien dat opgelegde bestuursverboden in een openbaar register zullen worden geregistreerd. Bijgevolg wordt de betrokken bestuurder als zodanig uitgeschreven en wordt tevens gewaarborgd dat hij voor de duur van het bestuursverbod noch bestuurder noch commissaris bij een andere vennootschap kan worden. Daarmee wordt voorkomen dat hij opnieuw als bestuurder van een onderneming derden kan benadelen. Dat geldt uiteraard ook in doorstartsituaties. Over de voortgang van alle wetsvoorstellen die in het kader van het programma herijking van het faillissementsrecht worden voorbereid – waaronder het wetsvoorstel tot introductie van een civielrechtelijk bestuursverbod – wordt u geïnformeerd in de voortgangsbrief van de zomer 2014.

Met de oprichting van een centraal aandeelhoudersregister wordt geregistreerd wie de aandeelhouders zijn van besloten vennootschappen (BV's) en niet-beursgenoteerde naamloze vennootschappen (NV's). Het centraal aandeelhoudersregister wordt onder het beheer van de Kamer van Koophandel ingericht. De Minister van Economische Zaken zal daarvoor naar verwachting in het najaar een wetsvoorstel indienen. Het is de bedoeling dat het aandeelhoudersregister eind 2015 operationeel is. Het register bevat informatie die relevant is voor de uitoefening van controle, toezicht en opsporingstaken. Die informatie biedt aanknopingspunten voor nader onderzoek, bijvoorbeeld als er een verdenking van malafide transacties is. Daarbij moet gedacht worden aan financieel-economische fraude. Bij misbruik van rechtspersonen met het doel financieel-economische fraude te kunnen plegen is het niet ongewoon dat binnen een BV eerst flinke schulden worden gemaakt om die BV vervolgens te laten «ploff» en dat daarna dezelfde list in een nieuwe BV wordt herhaald. Het register zal kunnen bijdragen aan de bestrijding van dit type financieel-economische fraude.