

# Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk?

MR. PH. W. SCHREURS

De veel bejubelde 'stille bewindvoerder' heeft formeel geen enkele rol. Betekent dat nu dat hij alleen *a fly on the wall is*, iemand die indachtig zijn mogelijk toekomstige rol, meekijkt bij een bedrijf in moeilijkheden? De auteur gelooft dat een beoogd curator, gegeven het voornemen van de rechtbank, wellicht geen formele, maar wel degelijk een matériële rol heeft, waar een actieve betrokkenheid uit mag voortvloeien.

De «FIP» van september was een special volledig gewijd aan hét *hot topic* in insolventieland 2013: de stille bewindvoering en de pre-pack. Ook Insolad op 10 september 2013 en TMA Turnaround Management Association op 11 september 2013 wijden er drukbezochte themabijeenkomsten aan.

In de achterliggende maanden ben ik als stil bewindvoerder, als adviseur van bedrijven in moeilijkheden en als begeleider van potentiële kopers betrokken geweest bij een tiental stille bewindvoeringen. Ik deel op grond daarvan tamelijk ongeclausuleerd het enthousiasme dat de meeste schrijvers aan de dag leggen over dit nieuwe fenomeen. De consultatieronde over het door de minister aangekondigde wetsvoorstel is van start gegaan. Daarom wil ik graag bijdragen aan de discussie over het belang van de stille bewindvoering, de mogelijkheden die pre-packs bieden en vooral de rol die de stille bewindvoerder speelt.

Jongepier en Hoogenboezem enerzijds en Tollenaar anderzijds betogen in hun bijdrage aan het «FIP»-thema-nummer dat de stille bewindvoerder bij gebreke van een wettelijke regeling geen enkele formele rol heeft. Jongepier en Hoogenboezem vatten dat samen in de term *'the fly on the wall'* en beschrijven een stil bewindvoerder die alleen maar luisterend en ja- of nee-knikkend aanwezig is.

Maar zoals de tot nu toe in het geheel niet wettelijk geregelde stille bewindvoering/pre-pack een doorslaand succes blijkt te zijn, zo is ook het feit dat de stille bewindvoerder geen enkele formele bevoegdheid heeft geen reden om hem niet zeer succesvol te kunnen laten opereren. De reden daarvoor is eenvoudig.

In een faillissement heeft een curator zeer vergaande bevoegdheden, waardoor hij wel betiteld is als een 'octopus'.

Indien surseance van betaling is verleend, wordt door de rechtbank een bewindvoerder benoemd. De schuldenaar is vanaf dat moment onbevoegd beheer- en beschikkingsdaden te verrichten zonder de bewindvoerder.<sup>1</sup> Formeel is deze dus *tezamen* met de bestuurder van de vennootschap bevoegd over het beheer van de vennootschap. Geen recovery-adviseur zal echter beweren dat de bewindvoerder in surseance van betaling *op gelijke voet* staat met die bestuurder. Alle betrokkenen, die bestuurder voorop, weten dat de bewindvoerder het op grond van art. 242 Fw in zijn macht heeft de rechtbank te verzoeken de surseance om te zetten in faillissement. Belangrijker nog, die bestuurder realiseert zich dat de rechtbank dan in vrijwel alle gevallen de bewindvoerder ook benoemt tot curator. Die bestuurder behandelt de bewindvoerder dus als een *toekomstig* curator en de bewindvoerder opereert in de praktijk vrijwel steeds ook als een toekomstig curator.

Hetzelfde nu is het geval bij de stille bewindvoerder. Volgens de door Recofa opgestelde modelbrief wordt de stille bewindvoerder naar aanleiding van het verzoek dat de schuldenaar heeft gedaan, aangewezen met de volgende zin: *'Op basis van de thans beschikbare informatie is, indien binnen een redelijke termijn een insolventieprocedure wordt geopend, deze rechtbank voornemens aan te stellen tot curator mr. X, en te benoemen tot rechter-commissaris mr. Y.'* In het wetsvoorstel (art. 363 lid 1 Fw) staat: *'Op verzoek van een schuldenaar kan de rechtbank een of meer personen aanwijzen die in geval van faillietverklaring zullen worden aangesteld als curator of in geval van verlening van surseance van betaling als bewindvoerder.'* Daarmee weten alle stakeholders precies wat zijn rol wordt: hij is de *toekomstige curator (of bewindvoerder)*.

<sup>1</sup> Zo bepaalt art. 228, lid 1 Fw.

Dat is geen formele rol met formele bevoegdheden, maar dat levert wel een materiële positie op met *materiële* zeggensmacht.

De recovery-praktijk zit overigens niet te wachten op stille bewindvoerders die uitsluitend zitten te knikken vanuit een stoel in de zijloge.

Waardoor immers is stille bewindvoering in zo'n razend tempo populair geworden? Grosso modo zijn er twee redenen.

1. Waardebehoud en voorkoming van desintegratieschade. Een bedrijf in surseance of in faillissement wordt geconfronteerd met weigerachtige leveranciers, weglopende sleutelpersonen, afhakende klanten, om nog maar te zwijgen over de hectiek die de curator in de eerste dagen van een faillissement sowieso over zich heen krijgt. Deze leiden hem af van doorstartonderhandelingen.
2. Betrokkenen die onderzoeken of het mogelijk is de onderneming van een rechtspersoon in financiële problemen geheel of gedeeltelijk te behouden, worden belemmerd in hun onderhandelingen en in het bepalen van de standpunten door twee onzekerheden. Voor de bestuurder is dat angst voor aansprakelijkheid, indien besloten zou worden tot een transactie voor faillissement die na faillissement kritisch bekeken zou kunnen worden. Voor de koper is dat angst voor het eventueel inroepen van de actio Pauliana door de latere curator. Dergelijke onzekerheden beletten dat er een transactie tot stand komt of hebben tot gevolg dat de onzekerheden zich vertalen in een (vaak forse) afslag op de koopsom.

In de kern is het met name onzekerheid over de *persoon* van de toekomstige curator (naast het tijdprobleem dat ontstaat als na faillissement in openheid over een doorstart onderhandeld moet worden). Is die curator een pitbull die wild om zich heen schietend alle betrokkenen van faillissementsfraude beticht in de hoop actief in de boedel te krijgen?<sup>2</sup> Of is die curator iemand die er grote eer in stelt elke doorstartmogelijkheid serieus te onderzoeken, die zelf actief de markt gaat verkennen en deskundigen met meer bedrijfs-economische inzicht dan hijzelf actief bij die speurtocht betreft?<sup>3</sup> Curatoren zijn er in alle soorten en maten en de rechters-commissarissen kennen hun pappenheimers meestal wel. Het is ook goed dat in een faillissement waar de fraude op voorhand van afdruipt zo'n pitbull voor benoeming voor handen is. Maar voor waardebehoud van een in de kern levensvatbare onderneming moet een andere curator gezocht en gevonden worden.

Dat is waar het uiteindelijk om gaat. Het belang van de gezamenlijke crediteuren is gediend met een zo hoog mogelijke opbrengst. Daarvoor is waardebehoud van belang en om dat zoveel als enigszins mogelijk te realiseren

is rust en zo veel mogelijk zekerheid vóóraf een enorme plus. Zekerheid dat desintegratieschade wordt voorkomen en zekerheid dat betrokkenen bij een doorstart niet achteraf lastig worden gevallen met procedures die voorkomen hadden kunnen worden.

In dat scenario past geen *'fly on the wall'* die, wanneer hij vragend wordt aangekeken bij de onderhandelingen tussen zittend management en doorstartkandidaten, voorzichtig wenkbrauwfronsend aangeeft zijn bedenkingen te hebben. Er is geen enkel bezwaar tegen een bewindvoerder die actief meedenkt en participeert, zich creatief opstelt, partijen bij elkaar probeert te brengen en wat ook maar meer van een goede doorstart-curator verwacht wordt. Dat er dan uiteindelijk een transactie tot stand komt waar het zittend management zijn handtekening onder zet, is logisch. Want inderdaad heeft de stille bewindvoerder (nog) geen formele vertegenwoordigingsbevoegdheid. Maar de verlangde zekerheid vooraf zal wel vergen dat de bewindvoerder aan de betrokkenen duidelijk maakt dat hij achteraf daadwerkelijk zijn instemming zal bekrachtigen. Ik vind het verstandig en voor de hand liggend dat een

**Het belang van de gezamenlijke crediteuren is gediend met een zo hoog mogelijke opbrengst. Daarvoor is waardebehoud van belang en om dat zoveel als enigszins mogelijk te realiseren is rust en zo veel mogelijk zekerheid vóóraf een enorme plus**

bewindvoerder voorafgaand aan zijn benoeming tot curator daarom op enig moment een handtekening zet als blijk van zijn instemming.

Gaat hij daarmee te ver? Mijns inziens niet. Een curator weet ná faillissement niet meer dan een stille bewindvoerder vóór faillissement als hij zijn werk goed doet. Niemand zal betwijfelen dat een curator de doorstarttransactie waar hij zelf bij betrokken is niet kan aantasten met art. 42 Fw. De stille bewindvoerder die volledig betrokken is bij de doorstartonderhandelingen tijdens de stille bewindvoering, moet dus voorafgaand aan het faillissement die zekerheid kunnen bieden. Uiteraard dient hij daarbij het voorbehoud te maken dat dat gebaseerd is op de bij hem bekende feiten en omstandigheden. Dienaangaande ligt het ook voor de hand dat hij hele duidelijke bepalingen en wellicht vrijwaringen opneemt.<sup>4</sup>

Bij de bijeenkomst van de TMA Turnaround Management Association op 11 september 2013 werd de stille bewindvoerder door sommige sprekers vergeleken met de *fly on the wall* en door anderen met de luis in de pels. Ik zou denken en hopen dat stille bewindvoerders een spin in het web zijn of bij voorkeur zelfs<sup>5</sup> een duizendpoot.

2 Of dergelijke curatoren echt bestaan, weet ik natuurlijk niet zeker, maar de vrees ervoor in de markt is levendig en reëel.

3 Laten we hopen dat dergelijke curatoren in elk geval wel echt bestaan.

4 Zie Ph.W. Schreurs (2011), 'A Corporate Cloak, de bijzondere zorgplicht van de bestuurder na faillissement', *Insolad lustrumbundel 2011*.

5 Om van de geleedpotigen terug te keren naar de insecten.

Die stille bewindvoerder moet daarom zo min mogelijk belemmerd worden door wettelijke beperkingen. Het wetsvoorstel dat nu circuleert, voldoet daar in elk geval

## De recovery-praktijk zit overigens niet te wachten op stille bewindvoerders die uitsluitend zitten te knikken vanuit een stoel in de zijloge

aan en bevat eigenlijk geen andere beperking<sup>6</sup> dan dat de stille bewindvoerder zich moet richten op het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Hij wordt in dat voorstel ook niet betiteld als *stil bewindvoerder*, maar als *beoogd*

*curator*. Het is te hopen dat de prille rechtsfiguur van de beoogd curator vooral in de *praktijk* gevormd wordt en daarbij hebben wij niets aan stilzittende en stilzwijgende bewindvoerders. Doorstarten vergt doorpakken en bewindvoerders met branie. Al moeten zij wel kunnen inschatten of zij niet voor het karretje van een (falende) ondernemer worden gespannen die de concurrentie de loef wil afsteken, bijvoorbeeld door in één klap van allerlei personele issues verlost te zijn.

### Over de auteur

Mr. Ph.W. Schreurs is advocaat bij Boels Zanders Advocaten te Eindhoven.

---

6 Art. 365 lid 2 stelt (samengevat) dat de beoogd curator onder meer kan aangeven of hij een actio Pauliana achterwege zal laten, welke voorwaarden hij stelt aan een activatransactie en welke maatregelen nodig zijn om de nadelige gevolgen van een faillietverklaring af te wenden of te beperken.