

Meer ruimte voor het maken van fouten

Hoe een daling van het stigma op falen in Nederland bewerkstelligd kan worden

Gert Jan Kroese
Gertjan van Woudenberg

Inhoudsopgave

Voorwoord	2	3.4	Karakteristiek(en) van de Turnaround Professional	24
1. Inleiding	3	3.5	Aanname Turnaround Professional met faillissementsachtergrond	26
1.1 Aanleiding voor het onderzoek	3	3.6	Samenvatting	28
1.2 Onderzoeksdoelstellingen	4	4. Wetgeving Nederland vs. Verenigde Staten		29
1.2.1 De initiële doelstelling	4	4.1	Vergelijking wetgevingen	29
1.2.2 De herziene doelstelling	5	4.2	Additionele problemen Nederlandse wetgeving	31
1.2.3 Schematisch overzicht van de redenering achter dit rapport	8	4.3	Samenvatting	33
1.3 Methode van dataverzameling en aannames	8	5. Samenvatting, conclusies en aanbevelingen		34
1.4 Opbouw van het rapport	9	5.1	Samenvatting	34
2. ‘Chapter 11’ - De faillissementswetgeving van de VS	11	5.2	Conclusies	35
2.1 Inleiding	11	5.3	Aanbevelingen	35
2.1.1 Historie	12	5.4	Tot slot	36
2.2 Wetgeving in de Verenigde Staten	12	Nawoord		38
2.2.1 Theorie van Chapter 11	12	Bijlagen		41
2.2.2 Praktijk van Chapter 11	13	Bijlage 1: Stigma op falen in Nederland en de VS		42
2.2.3 Voor- en nadelen van Chapter 11	14	Bijlage 2: Het wat en hoe van een faillissement		49
2.2.3.1 Voordelen	15	Bijlage 3: Artikelen		52
2.2.3.2 Nadelen	16	Bijlage 4: Chapter 11 – de verwerkte paragrafen		58
2.3 Samenvatting	17	Bijlage 5: Vragenlijst doelstelling 1		63
3. Turnaround professional in de VS	18	Bijlage 6: Bibliografie		65
3.1 De turnaround professional	19			
3.1.1 De opdrachtgever	20			
3.2 De perspectieven	20			
3.2.1 De financiers	20			
3.2.2 De ondernemer/manager zelf	21			
3.2.3 De toeleverancier	21			
3.2.4 De faillissementsadvocaat	21			
3.2.5 De faillissementsrechter	22			
3.3 Vooronderzoek en actieplan van de Turnaround Professional	22			
3.3.1 Financieel onderzoek	23			
3.3.2 Strategisch onderzoek	23			
3.3.3 Operationeel onderzoek	23			
3.3.4 Wel of niet reorganiseren?	23			

Voorwoord

In het kader van onze afstudeerscriptie voor Universiteit Nyenrode hebben wij deze thesis over faillissementen en de gevolgen hiervan voor gefailleerden geschreven. Het stigma op falen is in Nederland hoog. Hoe kan die verlaagd worden zodat de mogelijkheden en levensstandaarden voor de gefailleerden verbeteren?

Wij waren en zijn zeer vereerd dat wij de mogelijkheid hebben gehad om dit rapport in opdracht van het ministerie van Economische Zaken bij het Economisch Bureau ING te schrijven. De uitvoering van de opdracht heeft veel voeten in aarde gehad, aangezien dit onderwerp voor het eerst is aangeboord. Voor het verkrijgen van voldoende relevante informatie zijn wij o.a. afgereisd naar de Verenigde Staten, alwaar de kern van de informatie te vinden was.

Een blijk van waardering gaat uit naar alle mensen die wij hebben mogen interviewen in Nederland en de Verenigde Staten. Zij hebben ons doen inzien dat een defensieve van de probleemstelling niet de gewenste oplossingen biedt, maar dat er naar preventieve oplossingen gezocht moet worden. In het bijzonder willen wij graag de heer Thomas Salerno van Squire, Sandersen en Dempsey in Phoenix, Arizona bedanken.

Verder uiteraard een erewoord voor onze supervisor en uitmuntend onderzoeker, drs. Marcel Peek, hoofd van de afdeling Europees Sectoronderzoek, MKB en Groeiregio's van het Economisch Bureau ING.

Als laatste willen wij nog dr. Haico Ebbers, directeur van het 'center for international business' en zeer gewaardeerde hoofddocent Economische Wetenschappen van Universiteit Nyenrode, bedanken.

Gert Jan Kroese
Gertjan van Woudenberg

1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het onderzoeks-
onderwerp uitgewerkt. Zowel de aan-
leiding, de doelstelling en de aanpak
van het onderzoek, alsmede de opbouw
van het rapport zullen beschreven wor-
den.

Paragraaf 1.1 spitst zich toe op het
ING/MEZ project naar het stigma op
falen en gaat in op de specifieke ken-
merken van de drie deelonderzoeken.
Verder wordt de aanleiding voor on-
derhavig deelonderzoek aangegeven.
Paragraaf 1.2 beschrijft de totstandko-
ming van de uiteindelijke onderzoeks-
doelstelling. Verder worden de onder-
zoeksvragen behandeld.

In paragraaf 1.3 wordt de methode van
onderzoek beschreven.

Ten slotte geeft paragraaf 1.4 de op-
bouw van het gehele rapport. Dit wordt
verduidelijkt met een conceptueel mo-
del. Definities worden niet in dit inlei-
dende hoofdstuk besproken. Hiervoor
is achter in het rapport een speciale
sectie onder de noemer ‘woordenlijst’
opgenomen.

1.1 Aanleiding voor het onder- zoek

De overheid wil de regelgeving in Ne-
derland verbeteren en moderniseren
om op die manier:

- de lasten voor burgers en bedrijven
te verlagen;
- meer ruimte te bieden aan de
marktwerking.

Om dit te bereiken is het project
Marktwerking, Deregulering en Wet-
gevingskwaliteit (MDW) opgezet. In
het MDW-project is door het kabinet
ook de Nederlandse faillissementswet-
geving betrokken. In het MDW project

Faillissementswet wordt onder andere
gekeken naar het ‘stigma op falen’.

‘Stigma op falen’

In Nederland wordt, door het bedrijfs-
leven, negatief aangekeken tegen on-
dernemers die een faillissement hebben
meegemaakt¹. Er kan met recht ge-
sproken worden van een “stigma op
falen”. Recent onderzoek² wijst uit dat
falen in Nederland nog te weinig wordt
gezien als een leerproces. Dat het ook
anders kan, is te zien in bijvoorbeeld
de Verenigde Staten (VS) waar in het
algemeen opener wordt omgegaan met
het faillissement en waar het faillisse-
ment veel meer dan in Nederland
wordt gezien als een leerproces. Het
grote nadeel van het negatieve beeld
dat bestaat ten opzichte van het faillis-
sament is dat het voor ondernemers na
een faillissement vaak erg moeilijk is
om een nieuwe start als ondernemer te
maken. Het is moeilijker om financie-
ring voor de nieuwe onderneming te
krijgen. Ook leveranciers en afnemers
zijn vaak terughoudend met het doen
van zaken met een ondernemer op wie
het stempel failliet staat. De vraag kan
gesteld worden of deze terughoudend-
heid niet anders kan en moet? Uit on-
derzoek³ kwam naar voren dat onder-
nemers de tweede keer een bedrijf op
een andere manier opzetten. Men is
voorzichtiger en pakt het allemaal wat
minder groots aan. Blijkbaar heeft de
ondernemer van zijn eerste ervaring
geleerd en probeert men gemaakte
fouten niet te herhalen.

¹ Onderzoeksopzet project “stigma op falen”,
ING en Ministerie van Economische Zaken,
2001

² Succesvol ondernemen, eerder een kwestie
van karakter dan van kennis, Nyenrode, 2000

³ Ondernemers op herhaling, herstarten in
Nederland, Economisch Bureau ING, 1998

In het kader van het ING & MEZ project 'stigma op falen' bestaat de behoefte aan beantwoording van de volgende vragen:

1. Wijkt het stigma op falen in Nederland af van het buitenland, i.c. de VS?
2. Hoe uit zich dit stigma: beïnvloedt dit de beslissing van financiers en toeleveranciers?
3. Zijn herstarters succesvollere starters?
4. Wat zijn de leereffecten die tot uitdrukking komen in de bedrijfsvoering bij een herstart?

Om tot een antwoord op deze vragen te komen, is een onderzoekstraject opgesteld dat bestaat uit een opiniepeiling en drie deelonderzoeken. De opiniepeiling, uitgevoerd door het NIPO, heeft de mening van het Nederlandse bedrijfsleven over gefailleerden gepeild⁴.

Deelonderzoek 1 concentreert zich op de rol die een eerder faillissement speelt bij financieringsbeslissingen die door banken en andere financiële partijen genomen worden⁵.

Deelonderzoek 2 richt zich op de mate waarin en de wijze waarop leereffecten tot uitdrukking komen in de bedrijfsvoering bij een herstart. Hiervoor is o.a. onderzoeksbureau Graydon ingeschakeld⁶.

⁴ Peek, M.J.P.M., Stigma op falen: ondernemend Nederland over gefailleerden, Economisch Bureau ING & Ministerie van Economische Zaken, 2001

⁵ Damink, E., Financiers en gefailleerde ondernemers: één keer failliet, nooit meer krediet?, Economisch Bureau ING & Ministerie van Economische Zaken, 2001

⁶ Vergert, A. ten en B. van der Weide, Leereffecten van een faillissement: een onderzoek onder herstarters binnen het MKB, Economisch Bureau ING & Ministerie van Economische Zaken, 2001

Voorliggend deelonderzoek 3 dient als logisch vervolg op de kennis die door beide voorafgaande deelonderzoeken is vergaard en focust met name op de situatie rondom faillissementen in de VS.

1.2 Onderzoeksdoelstellingen

In deze paragraaf worden de doelstellingen van dit onderzoek beschreven. Allereerst komt de initiële doelstelling van het onderzoek aan de orde. Vervolgens wordt aangegeven waarom er voor een herziene doelstelling is gekozen en wordt deze doelstelling uitgewerkt.

1.2.1 De initiële doelstelling

De initiële doelstelling van het onderzoek kan als volgt omschreven worden:

“Nagaan of de expertise van een gefailleerde toegevoegde waarde heeft, voor financiële dienstverleners, bij het nemen van financierings- en/of investeringsbeslissingen.”

Deze doelstelling was gebaseerd op het idee dat in de VS financiers gebruik maken van de expertise van gefailleerde ondernemers bij het nemen van financieringsbeslissingen. De praktijkervaring van de gefailleerde ondernemers zou waardevolle input in het besluitvormingsproces van participatiemaatschappijen in de VS zijn om te komen tot een deelneming. Om de kans op falen te verkleinen wordt de expertise van 'gefaalde' ondernemers ingeroepen. Een inventarisatie en analyse van 'best practices' op dit gebied zou dan ook kunnen bijdragen om het stigma op falen te doorbreken.

Gerelateerd aan deze doelstelling is, voor dit onderzoek, in eerste instantie gewerkt met de volgende onderzoeksvragen.

- Welke soort financiers maken gebruik van expertise van gefailleerde ondernemers?
- In welke mate en in welke gevallen doen zij dat?
- Op welke manier en in welke fase van het besluitvormingsproces wordt de gefailleerde ondernemer ingeschakeld?
- Welke eisen stelt men aan de gefailleerde ondernemer?
- Op welke wijze komt de gefailleerde tot zijn advies?
- Hoe zwaar weegt dat advies in het hele besluitvormingsproces?
- Is er sprake van een kwalitatief betere besluitvorming en waar blijkt dat uit?
- Welke lessen kunnen voor de Nederlandse situatie geleerd worden?
- Welke expertise is relevant voor financiers?

Op basis van (internationaal) literatuuronderzoek en interviews zou de inschakeling van de expertise van gefailleerde ondernemers door financiers in kaart gebracht worden. Met name de ervaringen in de VS zouden in dit opzicht relevant zijn. Met behulp van een aantal uitgewerkte cases zou een beeld ontstaan van de best practices op dit gebied en zouden aanbevelingen kunnen worden gedaan voor toepassing van dit model in de Nederlandse situatie.

Aangezien in de internationale literatuur weinig aanknopingspunten gevonden konden worden, is besloten om in de VS zelf te zoeken naar informatie over de mogelijke inschakeling van gefailleerde ondernemers door financiers. Daartoe is in de periode van maandag 23 juli tot en met vrijdag 3 augustus 2001 in New York en Washington DC met een groot aantal deskundigen gesproken. Ook is een aantal conference-calls gehouden met des-

kundigen buiten de bezochte steden. Deze deskundigen komen uit diverse hoeken en hebben allen, op hun eigen manier, kennis van faillissementen. Er is gesproken met advocaten, the American Bankruptcy Institute, participatiemaatschappijen, banken, consultants, faillissementsrechters, Small Business Development Centers, werving & selectiebureaus, ex-gefaillieerden en 'Turnaround Professionals (TP's)', ook wel "ervaren crisis managers" genoemd. Deze mensen hebben allen ervaring met faillissementen in de VS. Het kan zijn dat ze er dagelijks mee te maken hebben of dat ze zelf ooit een faillissement hebben ondergaan. Deze deskundigen zeggen allen dat expertise van gefailleerden niet wordt gebruikt bij het nemen van financieringsbeslissingen en kennen ook geen gevallen dat het wel gebeurt. Blijkbaar slaat de initiële doelstelling op een geïsoleerd fenomeen. Het is in ieder geval geen wijd verspreid verschijnsel. Simpelweg, de doelstelling werd ontkracht. Conclusie, de initiële doelstelling is tijdens het onderzoek in de VS verworpen. In korte tijd hebben deskundigen genoeg bewijs geleverd dat er geen materiaal, kennis en knowhow aanwezig is (in de VS) om met deze doelstelling verder te werken.

1.2.2 De herziene doelstelling

Met deze vaststelling had het onderzoek afgesloten kunnen worden. Echter, tijdens de interviews kwam steeds een met de initiële doelstelling gerelateerd onderwerp ter tafel, namelijk de inschakeling van TP's bij bedrijven in surseance. Ter verduidelijking, de TP wordt door respondenten 'ervaren crisis manager' genoemd. Om een feitelijk faillissement te voorkomen, biedt de Amerikaanse faillissementswetgeving (Chapter 11) ruimte voor het inschakelen van een TP die bedrijven in surseance moet zien te redden. De link

met de oorspronkelijke onderzoeksdoelstelling wordt gemaakt door te onderzoeken in hoeverre ex-gefaillieerde ondernemers als TP optreden en zo de door henzelf opgedane kennis en ervaring met een faillissement kunnen toepassen om bedrijven voor een faillissement te behoeden. Besloten is om het onderzoek toe te spitsen op de figuur van de TP in de rol van het voorkomen van faillissementen. Aangezien de doelstelling van het gehele project (NIPO opiniepeiling, deelonderzoek 1, 2 en 3) betrekking heeft op een onderzoek naar stigma op falen in Nederland en het uiteindelijke verlagen hiervan, is besloten deze trend voort te zetten. Er bestaan diverse manieren om het stigma op falen te verlagen. In dit onderzoek is er voor gekozen om één mogelijkheid hiertoe uit te werken. Reden hiervoor is dat deze mogelijkheid door alle geïnterviewden naar voren is gebracht als zijnde een goede manier om het aantal faillissementen te verlagen. Volgens hen, met een verlaging van het stigma op falen als gevolg.

In de conclusie richt dit rapport zich op de vraag of faillissementen voorkomen kunnen worden (preventief) en als bijkomstigheid, hoe gefaillieerden ingezet zouden kunnen worden ter voorkoming van faillissement (defensief & preventief, namelijk als TP). De initiële doelstelling richtte zich enkel op de defensieve kant (zie 1.2.1).

De nieuwe doelstelling is als volgt:

“Op welke wijze dragen Chapter 11 en de TP bij aan het lage stigma op falen in de VS? In hoeverre zouden hierboven genoemde ideeën het stigma op falen dat in Nederland heerst kunnen verlagen?”

Zoals de doelstelling duidelijk maakt, wordt de nadruk gelegd op Chapter 11,

deze wordt besproken in hoofdstuk 3, en de TP, deze wordt besproken in hoofdstuk 4. Beide onderwerpen geven voor Nederland een vernieuwende blik omtrent faillissementen. In hoeverre de implementatie van het gebruik van TP's gunstig kan zijn voor Nederland wordt besproken in hoofdstuk 5.

Met betrekking tot de nieuwe doelstelling heeft het onderzoek beoogd op de volgende hoofdvragen een antwoord te vinden:

1. “Wat is de toegevoegde waarde van de Amerikaanse manier van bedrijfsvoering bij faillissementen, dat tot gevolg heeft dat het stigma op falen in de VS laag is?”
2. “In hoeverre kan dit in Nederland ingevoerd worden met als doel het stigma op falen hier te verminderen?”

In dit rapport wordt op sommige momenten nog wel een kanttekening gemaakt omtrent het inzetten van gefaillieerden. Dit gebeurt dan in het licht van de nieuwe doelstelling. Er zijn namelijk wel degelijk gevallen bekend waarbij mensen met faillissementservaring worden ingezet juist omdat deze ervaring waardevol is voor het project of de opdracht die gedaan moet worden.

Andere vragen, naast de hoofdvragen, waarop met de nieuwe doelstelling een antwoord wordt gezocht, zijn:

- Op welke wijze is de TP ingebed in de Amerikaanse faillissementswetgeving? Wat is de juridische grondslag voor het inzetten van een TP?
- Op welke manier en in welke fase van het besluitvormingsproces wordt de TP ingeschakeld?
- Op welke wijze komt een TP tot zijn advies?
- Welke eisen stelt men aan een TP?

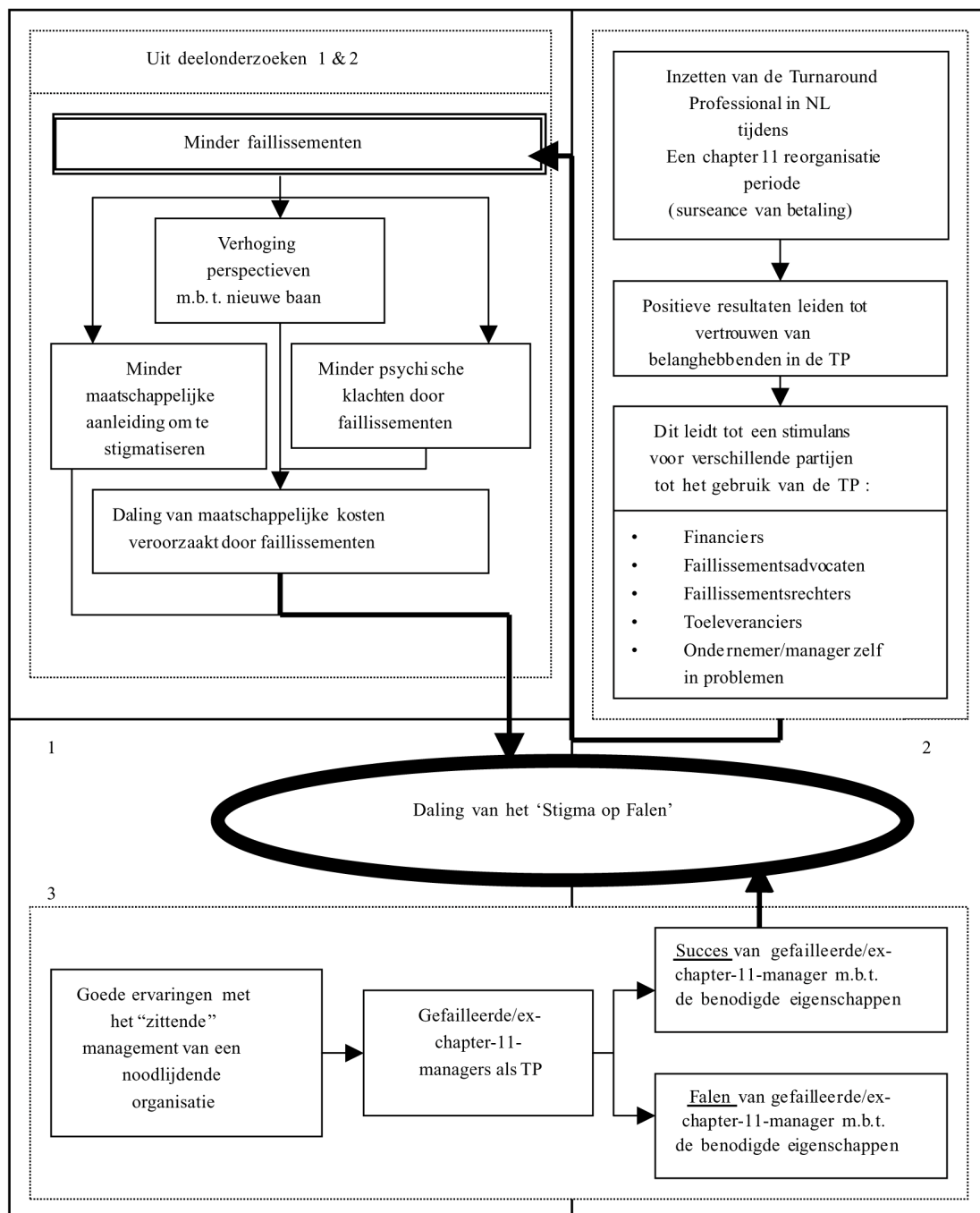
- Op welke basis komt een TP binnen?
- Welke lessen kunnen voor de Nederlandse situatie geleerd worden?

de TP tijdens Chapter 11 procedures door respondenten als reden voor het lage stigma op falen in de VS gegeven wordt.

Wederom, er wordt diep ingegaan worden op het begrip 'TP', omdat deze naar onze mening een belangrijke rol speelt in het verlagen van het stigma op falen. Verder, omdat het inzetten van

Figuur 1.1 geeft schematisch een logische redenering van onze respondenten met betrekking tot oorzaak en gevolg relaties weer.

Figuur 1.1 Schematisch overzicht van de redenering



1.2.3 Schematisch overzicht van de redenering achter dit rapport

Dit is het schematische overzicht van de redenering die is gebruikt naar aanleiding van dit onderzoek. Het eerste gedeelte (1) is gebaseerd op conclusies die getrokken zijn vanuit de eerdere deelonderzoeken. Het tweede gedeelte (2) is gebaseerd op conclusies die uit dit onderzoek getrokken zijn. Het derde gedeelte (3) is ook gebaseerd op de informatie die is verkregen uit dit onderzoek. De gedachtegang is gebaseerd op twee punten. Allereerst, een TP die wordt ingezet tijdens Chapter 11, met als gevolg een bijdrage te leveren aan minder faillissementen. Als tweede punt wordt het inzetten van een gefailleerde als TP benadrukt. Deze ontwikkeling kan bijdragen aan een daling van het stigma op falen.

Dit rapport beschrijft in hoofdstuk 2 allereerst stap voor stap de theorie en praktijk van Chapter 11 (een gedeelte van de Amerikaanse faillissementswetgeving). Daarna wordt er uitvoerig aandacht besteed aan de TP die opereert tijdens Chapter 11 reorganisatie procedures. Dit zal worden besproken in hoofdstuk 3. In dat hoofdstuk wordt ook aandacht besteed aan de ervaringen van de verschillende belanghebbenden in relatie tot een TP met faillissementservaring. Deze beschrijving dient ter verduidelijking van het derde gedeelte. Hoe de processen van Chapter 11 en de TP wetmatig in Nederland in te voeren zijn wordt besproken in hoofdstuk 4. Hoofdstuk 5 zal het schema verduidelijken met informatie dat uit dit onderzoek naar voren is gekomen. Alle stappen worden verklaard en er worden in dat hoofdstuk conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan voor de verschillende belanghebbenden om bij te kunnen dragen aan een succesvolle implementatie van de TP in Nederland.

1.3 Methode van dataverzameling en aannames

Naast literatuuronderzoek is het onderzoek vooral gebaseerd op de resultaten van een groot aantal interviews met uiteenlopende deskundigen in Nederland en de VS. Naast face-to-face interviews heeft ook een aantal conferentie calls plaatsgevonden. In bijlage 6 staat vermeld met wie de interviews zijn afgenomen. Omdat het onderzoek gericht was op de situatie in de VS, is ook het voor dit onderzoek relevante deel van de Amerikaanse faillissementswetgeving bestudeerd. Om in te schatten in hoeverre de Amerikaanse praktijk naar de Nederlandse is over te hevelen, is tevens het relevante deel van de Nederlandse faillissementswetgeving bekeken.

Betrouwbaarheid

Aangezien dit onderwerp vrij specifiek is en waarschijnlijk niet eerder onderzocht is, is het maken van conclusies subjectief. Echter, aangezien veel prominente mensen met betrekking tot dit onderwerp zijn geïnterviewd, wordt aangenomen dat de uitkomsten en conclusies een goed beeld geven van de huidige situatie in de VS. Dit beeld kan een bijdrage leveren aan een daling van het stigma op falen in Nederland.

Aannames

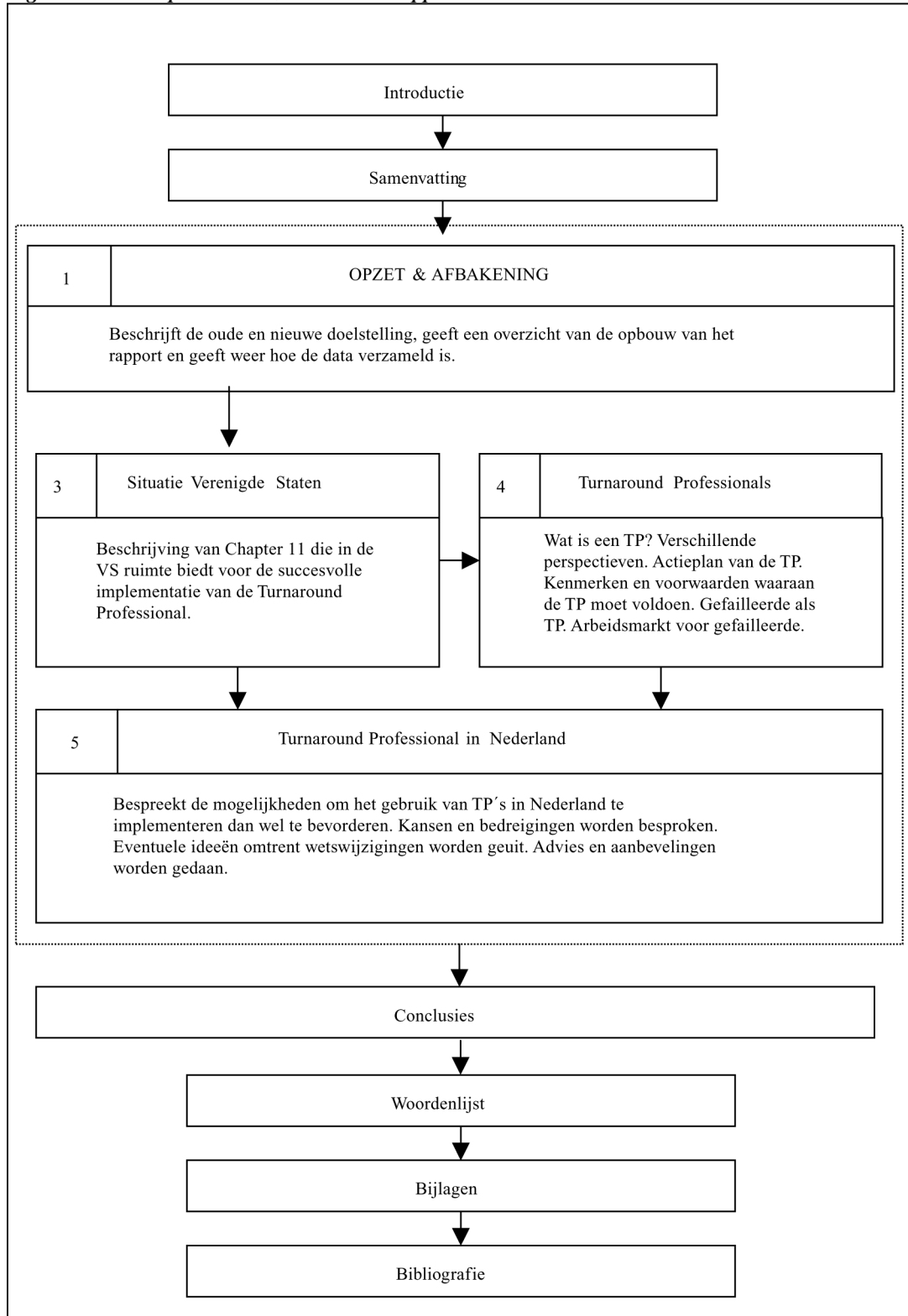
Voor het onderzoek wordt de aanname gemaakt dat het stigma op falen in de VS lager ligt dan in Nederland. Dit is gebaseerd op de beweringen die in de door ING geschreven onderzoeksopzet staan. In bijlage 1 wordt een toelichting gegeven waarbij er ideeën en voorbeelden worden aangehaald die deze aanname ondersteunen. Wanneer over een gefailleerde gepraat wordt, dan wordt hiermee zowel een manager als een ondernemer bedoeld.

1.4 Opbouw van dit rapport

Het rapport is als volgt opgebouwd.
Het huidige hoofdstuk startte met de

opzet en de afbakening van het onderzoek. Dit werd ingeleid door de aanleiding voor het uitvoeren van dit onderzoek.

Figuur 1.2 Conceptueel overzicht van het rapport



Hoofdstuk 2 geeft een beschrijving van Chapter 11, omdat daarin ruimte geboden wordt voor de TP om succesvol te opereren.

Hoofdstuk 3 gaat uitvoerig in op het fenomeen TP. Het hoofdstuk beschrijft de TP vanuit verschillende gezichtspunten, namelijk die van de belangrijkste belanghebbenden. Verder wordt een actieplan van een TP beschreven en laat dit hoofdstuk de eigenschappen zien waaraan een TP moet voldoen.

Hoofdstuk 4 richt zich op Nederland. Er wordt ingegaan op de vraag of een TP ook in Nederland ingezet kan worden zoals dat in de VS gebeurt. Onder andere wordt hier een vergelijking getrokken met de wetgeving rondom surveillance in Nederland. Hierin worden verder conclusies getrokken en aanbevelingen gegeven.

Het laatste hoofdstuk geeft een conclusie van het gehele rapport.

In figuur 1.2 wordt het conceptuele model gepresenteerd. Dit model geeft duidelijk de drie delen van het onderzoek weer, waarin de body van het onderzoek uiteraard centraal staat.

2 ‘Chapter 11’ - de faillissementswetgeving van de VS

Allereerst wordt er in dit hoofdstuk een korte uitleg gegeven met betrekking tot Chapter 11. Wat is het doel van Chapter 11 en waarom wordt er in dit rapport zoveel aandacht aan besteed?

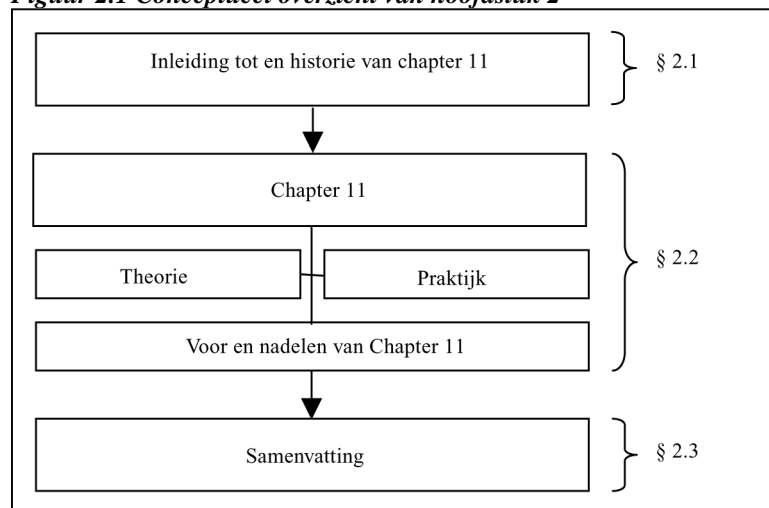
De volgende paragraaf gaat in op de theoretische en de praktische kant van Chapter 11 en geeft ook een overzicht van de voor- en nadelen. Deze paragraaf is van belang voor dit rapport aangezien de punten die hierin besproken worden in hoofdstuk 5 weer terugkomen.

Dit hoofdstuk geeft antwoord op de volgende onderzoeksvragen:

- Op welke wijze is de TP ingebed in de Amerikaanse faillissementswetgeving?
- Wat is de juridische grondslag voor het inzetten van een TP?
- Op welke basis komt een TP bij een organisatie binnen?
- Wie bepaalt dat er een TP moet komen?

Dit hoofdstuk ziet er conceptueel als volgt uit:

Figuur 2.1 Conceptueel overzicht van hoofdstuk 2



2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat in op de faillissementswetgeving in de VS. Chapter 11 beschrijft de mogelijkheden voor reorganisaties van bedrijven in moeilijkheden. Al uit de eerste gesprekken met de respondenten bleek dat Chapter 11 een grote impact heeft op de Amerikaanse situatie rondom faillissementen. De respondenten brachten Chapter 11 ter discussie en vertelden dat Chapter 11 ruimte biedt voor verdere ontwikkelingen die het stigma op falen in de VS hebben doen dalen. Voorbeeld hiervan

is de ontwikkeling van de markt voor TP's, dit komt in hoofdstuk 3 en in de bijlagen aan de orde. Hieronder volgen twee citaten van de heer Atkins, faillissementsadvocaat bij Alan Overy, een van 's werelds grootste advocatenkantoren, die deze manier van denken onderbouwd.

“De huidige Chapter 11 stamt uit 1978 en is indirect bedoeld ter voorkoming van faillissementen. Sindsdien, vertelt

de ervaring, is het stigma op falen in de VS gedaald⁷”.

“Tijdens het insolventiecongres in London [INSOL 2001] is er ook al over het fenomeen Chapter 11 gesproken. Aldaar was men van mening, dat implementatie van Chapter 11-wetgeving in de Europese landen indirect ruimte zou bieden voor een daling van het stigma op falen aldaar”.
(James Atkins, Alan Overy, 2001)

Zoals is gebleken uit de interviews is de TP indirect voortgekomen uit Chapter 11. Allereerst is het de bedoeling van de wet geweest om trustees aan te stellen die de reorganisatie van een onderneming in problemen leidden. Van hieruit is een vrije markt voor ‘trustees’ (TP) ontwikkeld. TP is nu de gangbare naam voor commerciële consultants die zich hebben gespecialiseerd in het begeleiden van bedrijven bij hun reorganisatie ten tijde van en voor een Chapter 11 procedure.

2.1.1 Historie

Chapter 11 is in de VS ontworpen omdat het grote aantal faillissementen een negatieve invloed had op de consumentenbestedingen, de nummer één peiler van de Amerikaanse economie⁸. Chapter 11 geeft ruimte aan de TP om te kunnen reorganiseren, met als doel noodlijdende bedrijven een kans te bieden de bedrijfsactiviteiten voort te zetten. Op deze manier wordt werkgelegenheid behouden, met als gevolg behoud van draagkrachtigheid en dus consumentenbestedingen.

⁷ Dit wordt tevens bevestigd door de gesproken faillissementsrechtters en in de oktober editie van Management Team 1998

⁸ Sam Gerdano, the American Bankruptcy Institute, 2001

2.2 Wetgeving in de Verenigde Staten

De grote vraag is: wat doet de wetgeving in de VS met gefailleerden? Chapter 11, te vergelijken met de ‘surseancewetgeving’ in Nederland, komt uitvoerig aan bod in dit hoofdstuk. Andere onderdelen van de faillissementswet, zoals uiteindelijke liquidatie (Chapter 7 van de Amerikaans faillissementwetgeving) worden niet uitgelegd aangezien zij geen toegevoegde waarde leveren binnen het gebied waar dit rapport zich op richt, namelijk: het voorkomen van faillissementen. Chapter 11 draagt, volgens respondenten, indirect bij aan het voorkomen faillissementen en daarmee ook aan een daling het stigma op falen. Voor de volgende paragraaf is allereerst een onderverdeling gemaakt tussen theorie en praktijk van Chapter 11. Vervolgens worden de voor- en nadelen van Chapter 11 besproken.

2.2.1 Theorie van Chapter 11

In het ‘Amerikaanse wetboek voor faillissementen’ wordt Chapter 11 als volgt gedefinieerd⁹:

“A type of bankruptcy initiated voluntarily or involuntarily by individuals or business entities for purposes of financial reorganization through a confirmed plan of reorganization. During estate administration, the debtor usually continues to operate its business as a debtor-in-possession”

In bijlage 4 staan de in dit rapport besproken delen van Chapter 11¹⁰. Uitgangspunt van Chapter 11 is, net als bij

⁹ Bankruptcy – A survival guide for lenders, American Bankruptcy Institute, 1997

¹⁰ Bron:
<http://www4.law.cornell.edu/uscode/11/ch11.html>

de Nederlandse surseance van betaling, om de schuldenaar de mogelijkheid te geven zijn betalingsproblemen op te lossen. Zowel de schuldenaar als de schuldeiser kan verzoeken om het toepassen van de “Chapter 11” reorganisatieperiode.

Het uiteindelijke doel van Chapter 11 is te komen tot een realistisch en in goed vertrouwen ontworpen reorganisatieplan, waardoor de problemen kunnen worden opgelost.

In principe wordt elke aanvraag voor “Chapter 11” toegekend. Weigering gebeurt alleen indien er een vermoeden bestaat dat de aanvraag niet te goeder trouw geschiedt¹¹. Chapter 11 is een procedure waarbij de belanghebbenden zoeken naar oplossingen in de hoop dat de organisatie niet failliet gaat. Door de toepassing van Chapter 11 worden de rechten van alle crediteuren bevroren waardoor de debiteur ruimte krijgt om de problemen van de organisatie op te lossen. Lopende juridische zaken worden opgeschort en nieuwe zaken tegen de onderneming mogen niet worden gestart. In feite wordt iedereen op hetzelfde niveau gesteld. Dit biedt de debiteur een stabielere basis om te reorganiseren en aan de kern van de zaak te werken.

Het is voor een schuldeiser dus niet mogelijk om ten tijde van een Chapter 11 juridische stappen tegen de debiteur te ondernemen. Dit gebeurt ook niet, aangezien de reorganisatie voor de schuldeisers vaak de enige manier is om nog iets terug te zien van het geld dat geïnvesteerd is.

Ten tijde van Chapter 11 behoudt de debiteur, voor zover het de uitoefening van de normale bedrijfsactiviteiten betreft en tot het moment dat eventueel een beheerder (trustee) benoemd

wordt, het beschikkingsrecht over de boedel. Dit wordt in de VS ‘debtor in possession’ genoemd.

De Amerikaanse faillissementsrechtbank kan ervoor kiezen om een trustee aan te stellen, wanneer er bijvoorbeeld getwijfeld wordt aan de integriteit en/of bekwaamheid van het zittende management. Een of meerdere zittende managers worden dan op non-actief gesteld (door de rechtbank) waarna de aangestelde trustee verantwoordelijk wordt gehouden voor het verdere reilen, zeilen en vooral reorganiseren van de organisatie. Naast het aanstellen van de trustee kan de rechtbank, net als de debiteur en de crediteuren, beslissen om een TP aan te wijzen om de taken van de onderneming in problemen te behartigen.

Schuldeisers kunnen vóór er een Chapter 11 situatie is aangetreden druk op de noodlijdende organisatie uitoefenen om een TP (zie hoofdstuk 4) aan te nemen. Echter, de keuze welke TP aan te nemen ligt dan nog steeds bij de debiteur, aangezien een crediteur (bijvoorbeeld een bank), nooit een keuze zou willen maken. Zij is dan namelijk verantwoordelijk voor het functioneren van de TP.

2.2.2 Praktijk van Chapter 11

De normale bedrijfshandelingen kunnen tijdens Chapter 11 wel uitgevoerd worden. Er hoeft niet voor alle handelingen verantwoording worden afgelegd. Wanneer er echter handelingen uitgevoerd moeten worden die niet alledaags zijn, zullen alle belanghebbenden wel ingelicht moeten worden. Deze beperking, die door de inkrimping van beslissingsbevoegdheid optreedt, heeft betrekking op de volgende zaken:

- verkoop en verhuur van de boedel;
- afsluiten van leningen;
- voortzetten of ontbinden van lopende wederzijdse contracten.

¹¹ Voor meer info zie ‘Amerikaanse wetboek voor faillissement’

Wanneer Chapter 11 is aangevangen zal door de schuldenaar en/of de beheerder (bijvoorbeeld de TP) eerst een overzicht gemaakt moeten worden van de huidige situatie van de onderneming. (Zie hiervoor het actieplan van de TP in hoofdstuk 3. Tevens worden door de rechtbank zogenoemde ‘crediteurencommissies’ aangesteld. Deze commissies vertegenwoordigen de verschillende belanghebbenden in het reorganisatieproces. Ook zij kunnen actief deelnemen in de vorming van het plan van reorganisatie, onder meer door eigen voorstellen in te dienen. De schuldenaar (of TP) heeft eerst het exclusieve recht gedurende 120 dagen om met een voorstel te komen, Na indiening van het plan bij de rechtbank, heeft hij nog 60 dagen om medewerking te krijgen van de schuldeisers om te komen tot een definitief voorstel. De rechtbank kan deze termijn verkorten en verlengen indien zij dit nodig acht. Na de periode van 120 dagen kunnen ook de overige partijen met voorstellen komen.

Het uiteindelijke reorganisatieplan dat voortvloeit uit Chapter 11 zal duidelijk moeten aangeven in hoeverre de claims in de toekomst betaald gaan worden, hoe de betaling zal gaan verlopen en hoe het geld voor de betaling verkregen wordt. Wanneer een crediteur volgens het reorganisatieplan zijn claim(s) volledig terugkrijgt, zal deze niet mee mogen stemmen over het plan.

Er zijn twee mogelijke uitkomsten van Chapter 11.

Liquidatie

Als eerste wordt liquidatie genoemd. Deze liquidatie komt grotendeels overeen met Chapter 7¹². Chapter 11 biedt

echter extra voordelen zoals, het tegen marktwaarde (in plaats van liquidatiewaarde) kunnen doorverkopen van de eigendommen, het behoud van beschikkingsbevoegdheid en het behoud van inkomen van de schuldenaar ten tijde van de liquidatie.

Reorganisatie

De tweede mogelijke uitkomst is voortzetting van de onderneming volgens het reorganisatieplan. Dit kan onder meer resulteren in tijdelijke opschorting van betalingsverplichtingen of aantrekking van nieuw vermogen, door bijvoorbeeld het aantrekken van nieuw aandelenkapitaal, verkoop van een deel van de onderneming of door het aantrekken van nieuwe leningen.

Voor de invulling van het reorganisatieplan wordt verwezen naar paragraaf 3.3.4.

Wanneer het plan is geaccepteerd en geïmplementeerd houdt de procedure van Chapter 11 op te bestaan en heeft de schuldenaar weer als voorheen de volledige beslissingsbevoegdheid.

2.2.3 Voor- en nadelen van Chapter 11

Chapter 11 is een procedure dat in de VS kan worden ingezet bij het voorkomen van faillissementen. Belangrijk is de vraag wat de voor- en tegenargumenten zijn van dit systeem? Het belangrijkste voordeel van Chapter 11 is de preventieve werking die het heeft. Hij is ontworpen om bedrijven middels een reorganisatie weer op gang te helpen en hiermee eventueel een stigma op falen tegen te gaan. Nadeel van het systeem is dat ieder bedrijf dat in moeilijkheden komt, zich voor Chapter 11 kan “opgeven”. Zo kan er veel tijd en geld in een bedrijf gestopt worden waarvan eigenlijk blijkt dat het niet

¹² Feitelijk faillissement: de bezittingen van de onderneming worden verdeeld (orderly liqui-

dation) onder toezicht van een door het Hof aangewezen **trustee**.

meer levensvatbaar is. De voors en tegens zijn op een rij gezet het in de onderstaande overzicht. Deze tabel geeft de meningen weer van de respondenten in de VS. Hieronder vallen deskundigen zoals, faillissementsrechters, faillissementsadvocaten, TP's, investeerders en financiers.

Figuur 2.2 Voor- en nadelen van Chapter 11

Voordelen	Nadelen
Flexibel	Slechte managers kunnen overleven
Ondernemingen kunnen uiteindelijk eventueel als een 'going-concern' verkocht worden.	Soms hebben schuldeisers te veel invloed, hetgeen ten koste gaat van het 'debtor in possession' principe.
Transparant	Het is een zeer dure aangelegenheid.
Biedt ruimte voor ontwikkeling van commerciële markt van trustees (TP's).	Wordt gebruikt als concurrentiemiddel en om foute keuzes te vernietigen

Flexibel

Chapter 11 kan worden toegepast bij elke onderneming ongeacht grootte, geografische ligging in de VS en de markt waarin het zich begeeft. Dit maakt de wet duidelijk en zo weet iedere belanghebbende waar die aan toe is. Bedrijven als TWA, de vliegtuigmaatschappij in de VS, en 47st Photo¹³, een fotowinkel in New York City hebben van deze wet gebruik gemaakt. Beiden verschillen van grootte, geografische ligging en markt waarin ze functioneren. Toch is exact dezelfde procedure (Chapter 11) bij beiden toegepast. Dit wil overigens niet direct zeggen dat een uniforme procedure per definitie beter is dan een pluriforme procedure. Uit analyse van de gesprekken is een uniforme procedure echter wel als voordeel gebleken. Dit moet genuanceerd worden door te vermelden dat er met deskundigen in de VS gesproken is die allen gebruik maken van de uniforme procedure.

Uitvoering normale bedrijfsactiviteiten

Een onderneming in Chapter 11 kan, om geld te bemachtigen, tegen marktconforme prijzen eigendommen verko-

¹³ <http://www.bankruptcydata.com>

2.2.3.1 Voordelen

De voordelen van Chapter 11, zoals geanalyseerd uit de antwoorden van de respondenten in de VS, kunnen als volgt worden uitgelegd.

pen. Buiten Chapter 11 worden eigendommen verkocht tegen liquidatiewaarde.

Transparant

Naast dat Chapter 11 transparant is doordat zij flexibel is, is er nog een reden. Alle rechtszittingen, rechtsprocedures en rechtsdocumenten worden onder andere via het internet openbaar gemaakt. Op die manier kan iedereen inzicht krijgen in wat er gebeurt. Indien problemen niet intern gehouden worden, maar openbaar gemaakt worden, creëert dit niet alleen bij de belanghebbenden vertrouwen, maar ook geïnteresseerden die niet direct bij de faillissementen betrokken zijn: de maatschappij. Dit is goed voor een daling van het Stigma op Falen.

Creëren van markt voor betere trustees (dit kunnen TP's zijn)

Doordat Chapter 11 transparant en flexibel is, biedt het ruimte voor de ontwikkeling van een vrije markt voor trustees¹⁴, hetgeen concurrentie met

¹⁴ Een door de rechtbank aangewezen persoon die als bewindvoerder in een Chapter 11 zaak fungeert.

zich meebrengt. Dit kan op de lange termijn zorgen voor een stijging van het niveau van de TP. Meer kennis, ervaring en kwaliteit bij reorganisaties zal een positieve invloed hebben op het aantal faillissementen. Het geeft tevens meer inzicht in welke bedrijven te redden zijn en welke niet.

2.2.3.2 Nadelen

De nadelen zijn tevens na analyse van de interviews opgemaakt. Het belang van deze nadelen is dat deze worden meegenomen in de eindconclusie en een bijdrage kunnen leveren aan de nuancering van Chapter 11.

Werking ‘Debtor-in-Possession’ principe

Het ‘Debtor-in-Possession’-principe zegt dat de manager van de onderneming in problemen moet handelen in het belang van de schuldeisers. Aangezien die manager ook gewoon mens is, kan deze objectiviteit niet van hem verwacht worden. Een belangenconflict tussen deze manager en de schuldeisers kan het gevolg zijn.

Te veel invloed schuldeisers

In sommige gevallen oefenen schuldeisers veel druk uit op een organisatie om een Chapter 11 procedure te starten. Dit schaadt het ‘debtor in possession’ principe, doordat het de vrijheden van het management beperkt. Dit is negatief voor de organisatie in problemen, aangezien Chapter 11 hoge kosten met zich meebrengt. Schuldeisers bepalen in dit geval indirect wie de trustee (TP) wordt, doordat zij de organisatie in problemen laten kiezen uit een beperkt aantal mogelijkheden. Personen die worden aangedragen zijn overwegend bekenden van de schuldeisers en zullen dus impliciet bevooroordeeld zijn. (Dit moet los gezien worden

van de rechtbank die een trustee kan aanbevelen).

Kostbaar

De Chapter 11 procedure is een kostbare aangelegenheid voor de onderneming in problemen. Hiermee wordt voornamelijk gedoeld op de kosten voor het inhuren van advocaten en TP’s. Wat er dan ook vaak gebeurt, is dat de bedrijven, buiten de rechtszaal om, de problemen proberen op te lossen. Schuldeisers gaan hier vaak mee akkoord aangezien het indirect hun geld is waarmee een Chapter 11 procedure wordt betaald.

Concurrentiemiddel

Zo nu en dan wordt Chapter 11 als concurrentiemiddel gebruikt om er als bedrijf beter van te worden¹⁵. Chapter 11 betekent immers een vrijwaarding van alle juridische stappen die tegen de onderneming genomen zijn.

Verkeerde beleidskeuzes van de onderneming kunnen tijdens de Chapter 11 procedure worden teruggedraaid. Voorbeeld hiervan zijn ongunstige leasecontracten die beëindigd kunnen worden. Verder kunnen claims van andere partijen jegens de organisatie tijdens Chapter 11 nietig verklaard worden.

Hieronder staat één citaat dat instemt met de bewering, dat Chapter 11 als concurrentiemiddel gebruikt wordt en één quote die dat tegenspreekt.

“Wij zijn benieuwd wat er nu met Philip Morris gaat gebeuren. Nu ze de eerste slag tegen de consument in de rechtszaal verloren hebben, zullen er nog meer grote rechtszaken tegen hen aangespannen worden. Chapter 11 zal hen vrijwaarden van verdere claims”! (Haim Branisteanu, Ramko Rolland, 2001)

Dit kan een advocaat zijn maar ook bijvoorbeeld een TP.

¹⁵ Matthew Wilde, PWC, 2001

“Overall ter wereld waar een systeem ter behoud van de goeden wordt ontworpen, zal er altijd ruimte voor de slechten zijn om er misbruik van te maken. Relatief gezien is het misbruik van Chapter 11 heel laag”. (Faillissementsrechtters Case & Baum, Phoenix bankruptcy court, 2001)

Er zijn geen cijfers voorhanden die deze uitspraken kunnen onderbouwen.

2.3 Samenvatting

Chapter 11 heeft initieel het doel gehad het aantal faillissementen in de VS te verlagen en dit is nog steeds het doel. De deskundigen die voor dit onderzoek zijn geïnterviewd, zeggen allen dat het aantal faillissementen werkelijk is gedaald door de invoering van Chapter 11 wetgeving. Men beweert dat een daling van het aantal faillissementen een positieve impact heeft gehad op zowel de consumentenbestedingen en, in het licht van dit onderzoek nog veel belangrijker, een daling van het stigma op falen in de VS.

Chapter 11 is overzichtelijk en voor iedereen goed te begrijpen. Praktische ervaring heeft dan ook uitgewezen dat Chapter 11 niet alleen als succes wordt gezien door grote ondernemingen die veel geld hebben om advocaten en TP's te betalen, maar ook door kleine ondernemingen.

De procedure van Chapter 11 pakt voor veel ondernemingen goed uit, zo blijkt uit de cijfers (73%¹⁶ van alle Chapter 11 procedures is succesvol¹⁷). De procedure is transparant en flexibel, wat

tot gevolg heeft dat het systeem in de maatschappij vertrouwen wekt en dat het gebruikersvriendelijk is. Verder heeft de transparantie en flexibiliteit ertoe geleid dat zich een vrije markt voor TP's heeft ontwikkeld, hetgeen het niveau van dienstverlening heeft doen stijgen.

Het volgende hoofdstuk bespreekt de TP. Aspecten als, wat is een TP, wat denken verschillende groeperingen over TP's, wat is het actieplan van de TP, worden belicht. Verder wordt er nog een side-track gemaakt naar de initiële doelstelling van het rapport doordat er in het hoofdstuk een paragraaf wordt gewijd aan de gefailleerde als TP.

¹⁶ Concurrentietoets 2000, Ministerie van Economische Zaken

¹⁷ Met succesvol wordt bedoeld dat het betreffende bedrijf een doorstart in gereorganiseerde vorm heeft gemaakt.

3 Turnaround Professional in de VS

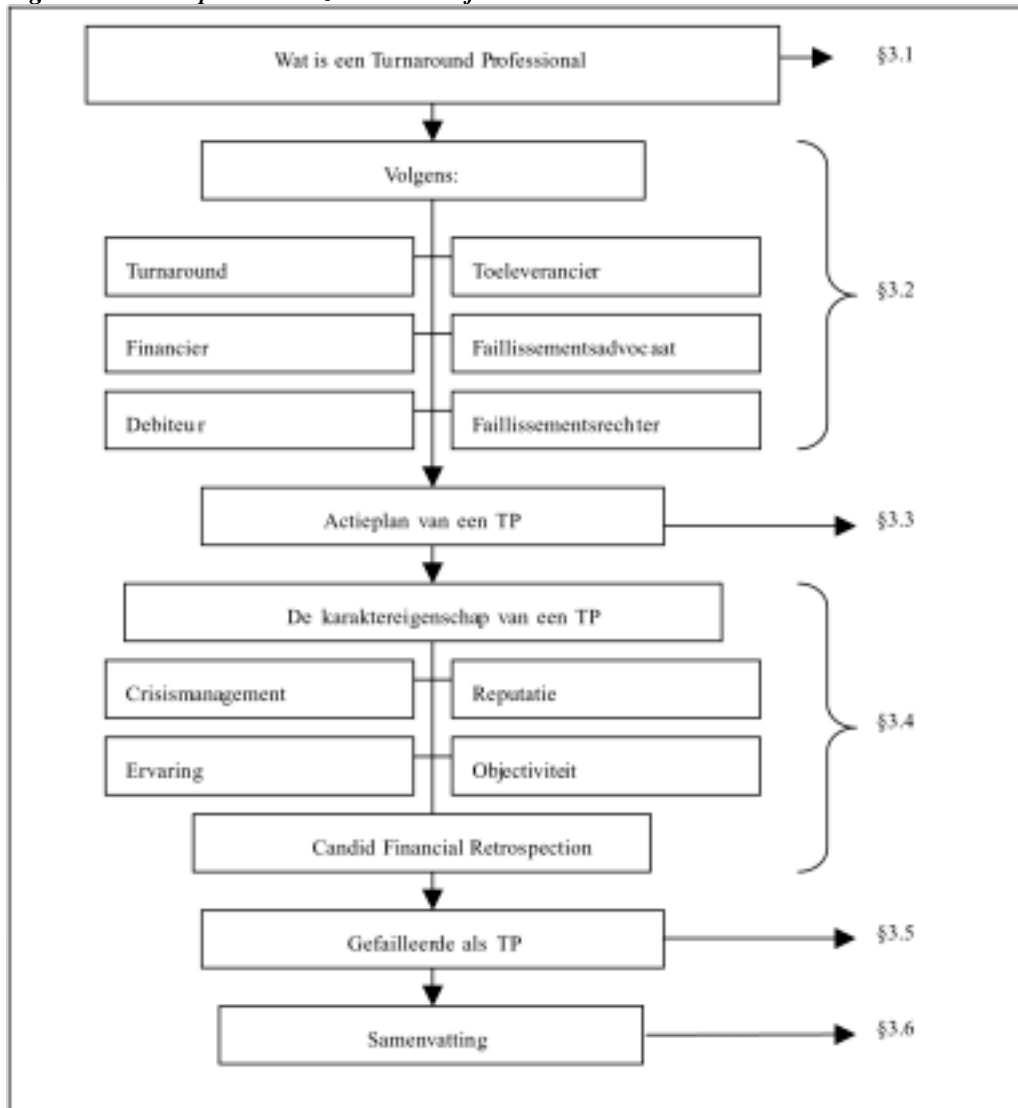
In de onderzoeksdoelstelling wordt de TP genoemd. Wat is het bijzondere aan de TP en in welke situatie wordt deze ingezet? Dat zijn vragen waar dit hoofdstuk een antwoord op tracht te geven. Allereerst wordt een paragraaf gewijd aan het gedetailleerd beschrijven van de TP in het algemeen. Vervolgens zal in paragraaf 3.2 het begrip TP verder uitgelegd worden aan de hand van verschillende invalshoeken, namelijk de crediteur, de debiteur, de toeleverancier, de faillissementsadvo-

caat en de faillissementsrechter. Dit zijn de belangrijkste belanghebbenden met betrekking tot een Chapter 11 reorganisatie.

Vervolgens wordt paragraaf 3.3 gewijd aan het actieplan van TP. Paragraaf 3.4 concentreert zich op de factoren die de belangrijkste karaktereigenschappen van een TP bepalen. Paragraaf 3.5 gaat in op de mogelijkheid dat een gefailleerde als TP aan het werk gaat.

Figuur 3.1 geeft een schematisch overzicht van dit hoofdstuk.

Figuur 3.1 Conceptueel overzicht van hoofdstuk 3



Het hoofdstuk geeft antwoord op de volgende onderzoeksvragen:

- Op welke manier en in welke fase van het besluitvormingsproces wordt de TP ingeschakeld?
- Op welke manier komt een TP tot zijn advies?
- Welke eisen stelt men aan een TP?

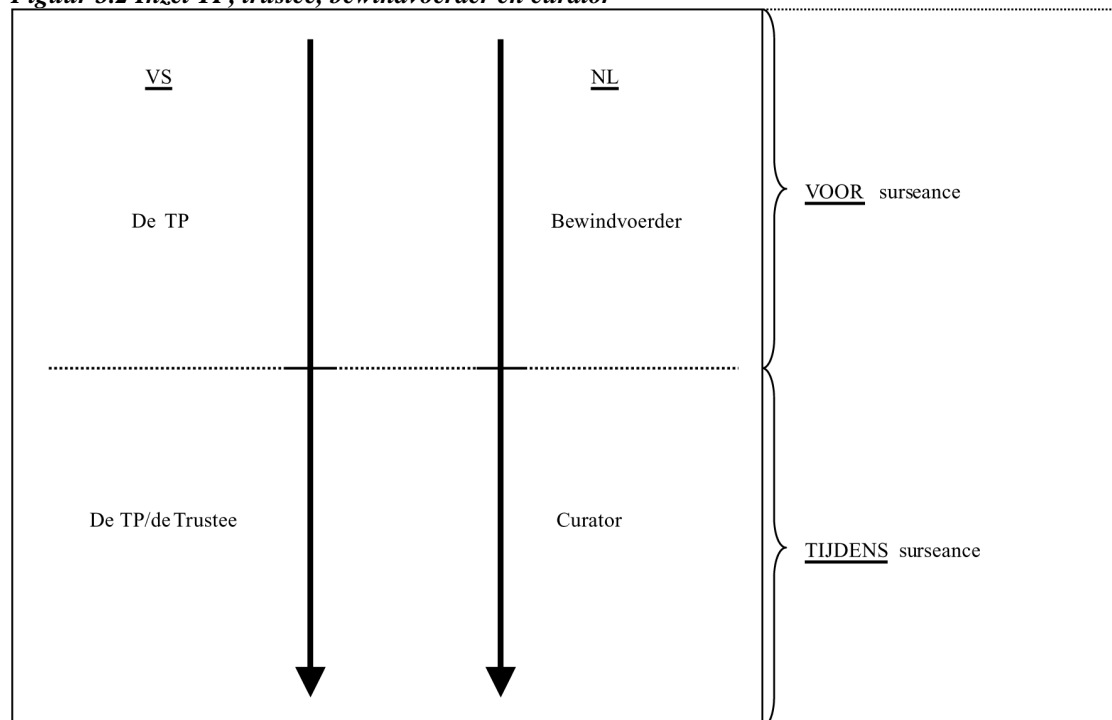
3.1 De Turnaround Professional

De TP kan het beste worden omschreven aan de hand van de term ‘crisis manager’. Uit dit onderzoek is gebleken dat een TP verschillende achtergronden kan hebben. Hij/zij kan een consultant zijn die zich, door veel ervaringen in de sfeer van faillissementen, is gaan toeleggen op de taak van TP. Hij/zij kan tevens heel goed een ex-Chapter 11 manager zijn die in een faillissementssituatie heeft bewezen toch een hele goede manager te zijn. Respondenten gaven aan dat een gefailleerde TP steeds vaker wordt inge-

zet tijdens een Chapter 11 case (zie paragraaf 3.5). Ervaring is een key factor bij het vak van crisis manager. Het belang van de TP voor dit onderzoek is dat deze in de VS wordt ingezet tijdens de surseanceperiode, dus tijdens Chapter 11. Dit is een fenomeen dat niet in Nederland is gesignaleerd, althans niet tijdens een surseanceperiode. Figuur 3.2 geeft schematisch weer wat bedoeld wordt met het feit dat een TP wordt ingezet tijdens een Chapter 11 case.

Zoals beschreven is de surseance van de VS net zo opgebouwd als de procedure in Nederland. Het verschil is echter dat in de VS voor en tijdens de surseance een TP beslissingsbevoegdheid heeft, terwijl dat in Nederland niet zo is. In Nederland kan er slechts vóór de surseance een crisismanager worden ingezet en tijdens de surseance worden de beslissingsbevoegdheden vervolgens overgedragen aan de curator.

Figuur 3.2 Inzet TP, trustee, bewindvoerder en curator



Een trustee/TP wordt, zoals eerder genoemd, ingezet bij noodlijdende bedrijven. Naast het feit dat een TP de reorganisatie begeleidt, kan het gebeuren dat een TP een algemeen of financieel directeur vervangt in wie men het vertrouwen is kwijtgeraakt. Vervanging kan worden geëist door het zittende management of de schuldeisers. Verder kan het ontslag van een manager geschieden op aanraden van de rechtbank en de trustee/TP. Dit eerdergenoemde vertrouwen kan, zoals te lezen is in bijlage 1 waar het stigma op falen wordt benadrukt, zijn geschaad door bijvoorbeeld mismanagement en frauduleus handelen.

3.1.1 De opdrachtgever

In theorie is de opdrachtgever van de TP het noodlijdende bedrijf waar hij een opdracht voor doet of de rechtbank. Iedere belanghebbende kan echter druk uitoefenen om een TP bij een noodlijdend bedrijf in kwestie te plaatsen. Er zijn twee aspecten die voor de schuldeisers belangrijk zijn bij de aanname van een TP.

1. De schuldeisers draaien uiteindelijk zelf op voor de kosten die gemaakt worden indien een TP wordt aangesteld. De kosten van de TP worden namelijk evenredig afgetrokken van de uitstaande schulden aan de schuldeisers.
2. Een schuldeiser is aansprakelijk indien hij/zij een TP ergens plaatst. Deze verantwoordelijkheid kan grote gevolgen hebben. Indien de onderneming zelf een TP aanneemt is dat voor alle belanghebbende partijen minder risicovol.

Bijgaand voorbeeld geeft dit nogmaals weer.

Praktijkvoorbeeld van de 'liability' van een bank (komt voort uit de gevoerde gesprekken.)

Indien een bank een TP ergens plaatst is er sprake van 'liability'. Dit heeft tot gevolg dat wanneer deze TP in de ogen van de noodlijdende organisatie een fout maakt, de noodlijdende onderneming een kort geding kan aanspannen tegen de bank die verantwoordelijk is voor de aanstelling van de TP. Dit kost de bank dan vaak handenvol geld indien de rechter ervan overtuigd is dat de TP in kwestie fout gehandeld heeft. De bank zal dan alle kosten en eventuele additionele verliezen moeten vergoeden.

3.2 De perspectieven

In deze paragraaf wordt vanuit verschillende perspectieven aandacht besteed aan de TP. In de onderzoeksdoelstelling staat de TP centraal, daarom is een beschrijving van de TP vanuit het perspectief van andere belanghebbenden binnen een Chapter 11 case van belang. Dit rapport limiteert zicht tot de belangrijkste belanghebbenden, namelijk:

- de financier;
- de debiteur;
- de toeleverancier;
- de faillissementsadvocaat;
- de faillissementsrechter.

De perspectieven, zoals die zijn geschetst, komen voort uit de gesprekken die zijn gevoerd met de deskundigen in de VS.

3.2.1 De financiers

Uit de interviews is gebleken dat banken huiverig tegenover TP's staan. De voornaamste reden is dat het geld kost. Financiers zijn er niet altijd van overtuigd dat de TP, naast algemene bekwaamheden, genoeg kennis heeft van de markten waarin de organisaties opereren. Het belang van markt of sector-kennis is groot in branches die te maken hebben met veel en strikte overheidsregulering. Wanneer een TP wel

ervaring heeft opgebouwd in bepaalde branches, krijgt een TP bij financiers meer vertrouwen.

Banken zien verder graag dat het bestaande probleem wordt opgelost zonder interventie van de rechtbank. Dit is ook goedkoper. Het is meestal het geval dat de TP pas wordt ingeschakeld indien een Chapter 11 zich voordoet. Dit, omdat er dan officieel een plan van reorganisatie ingediend moet worden en de TP hierbij kan assisteren.

Als laatste zijn banken huiverig voor aansprakelijkheid. Zij willen niet te veel een TP aan de noodlijdende onderneming opdringen. Zij oefenen echter uiteindelijk wel zoveel druk uit op de onderneming dat die wel akkoord gaat met het aanstellen van een TP. Echter, dit zullen zij pas doen als zij vertrouwen hebben in bepaalde TP's die zij vervolgens zelf kunnen aandragen. Zie het voorbeeld ter verduidelijking.

Hoe forceert de bank de aanname van een TP?

Het gebeurt regelmatig dat een financier een cliënt forceert een TP aan te nemen om de organisatie in kwestie uit de misère te halen. Zij doet dit als volgt.

- Ze legt heel veel druk op de cliënt n.a.v. de betalingsplicht waardoor de cliënt zenuwachtig wordt;
- Vervolgens legt de bank de cliënt een lijstje voor met de namen van enkele TP's. De cliënt moet/mag dan zelf kiezen welke TP aangenomen zal worden.

Op deze manier heeft de cliënt de uiteindelijke keuze gemaakt en is die ook volledig aansprakelijk voor alle beslissingen en gevolgen die de aanname met zich mee zullen brengen. (H. Branisteanu, Ramko Rolland, 2001)

3.2.2 De ondernemer/manager zelf

Een TP is tijdens een Chapter 11 niet erg welkom. Het is meestal niet de keuze van de onderneming die in moeilijkheden zit om een TP aan te nemen. Het is vaak door de andere be-

langhebbenden geforceerd. Het management van de onderneming in problemen verliest bij het aanstellen van een TP gedeeltelijk haar beschikkingsrecht en/of beslissingsbevoegdheid. De debiteur zelf heeft vooral in het begin negatieve gevoelens jegens de TP. Dit komt omdat de TP zijn/haar bedrijf binnenkomt en gelijk het heft in handen neemt. De invloed die de TP dan heeft, is vaak in de ogen van de debiteur te groot. Dit wordt als bedreiging gezien. Verder wil de ondernemer/manager niet graag blootgesteld worden aan zijn eigen fouten. Echter, naarmate de tijd vordert worden de debiteuren steeds positiever. Indien ze zien dat de TP nieuw geld binnenhaalt en goede deals met andere belanghebbenden sluit, zijn ze zeer tevreden.

Geconcludeerd mag worden dat de ondernemer/manager over het geheel, achteraf gezien, tevreden is met de TP.

3.2.3 De toeleverancier

De toeleveranciers verschillen van mening. Hun tevredenheid omtrent de TP hangt af van de hoogte van het bedrag dat ze uiteindelijk terugkrijgen. De ideeën die zij hebben over de TP zijn hierdoor niet eenduidig. Dit komt ook omdat zij, naar eigen zeggen, niet zo heel veel met faillissementen in aanraking komen. Hun mening wordt daarom bepaald door die ene goede, dan wel slechte TP, die op hun pad gekomen is.

3.2.4 De faillissementsadvocaat

De heer Thomas Salerno is hoofd van de afdeling 'faillissementsadvocatuur' van Squire, Sanders & Dempsey, en zelf ook faillissementsadvocaat. Verder is hij auteur van een serie boeken en artikelen omtrent het Amerikaanse faillissementsrecht. (Zie bibliografie voor enkele titels). Hij zegt dat het

aantal faillissementen in Amerika drastisch lager ligt dan in Nederland door de huidige Amerikaanse faillissementswetgeving.

Volgens andere advocaten waarmee is gesproken, is de opkomst van turnaround management een zeer goede ontwikkeling geweest. Het heeft bedrijven geholpen in leven te blijven door op korte termijn te managen.

“Een TP is een leider die van dag-tot-dag kan managen en een manager is een leider die op de lange termijn managet. Een manager is geen TP en vice versa”. (Thomas Salerno, Squire Sanders & Dempsey, 2001)

De advocaten zijn tevreden over de werking van de TP. De volgende quote geeft iets van dat enthousiasme weer.

“Ik zie het steeds vaker gebeuren dat TP's worden ingezet in Chapter 11 praktijksituaties”. (James Atkins, Alan Overy, 2001)

Interessant voor dit onderzoek is, dat de geïnterviewde advocaten zeggen het een toegevoegde waarde te vinden om TP's aan te nemen die zelf al eens failliet zijn gegaan. Zij kennen volgens hen de klappen van de zweep. (Voor meer informatie omtrent aanname TP met faillissementsachtergrond zie 3.5)

3.2.5 De faillissementsrechter

Faillissementsrechters Case en Baum zijn voor dit onderzoek ondervraagd. Zij zijn beide faillissementsrechter in Phoenix Arizona. Volgens deze rechters gebeurt het steeds meer dat een TP, in plaats van een trustee, wordt ingezet in een Chapter 11 zaak. De rechter is onafhankelijk, hij of zij neemt de beslissing dat Chapter 11 moet worden ingezet. De rechter heeft geen inspraak in het feit welke trustee

wordt ingesteld. De rechter bepaalt alleen dat er een bewindvoerder moet komen. Wie dat is, wordt bepaald door de organisatie zelf, vaak op advies van de advocaat of de schuldeisers

De mening van deze rechters over Turnaround Professionals komt overeen met die van de advocaten waarmee is gesproken. Zij vinden eveneens dat een Turnaround Professional een 'dag-to-dag' manager moet zijn.

“Een Turnaround Professional begrijpt hoe de dagelijkse gang van zaken werkt en weet deze ook goed te managen” (Hon. Case faillissementsrechter Phoenix Arizona, 2001)

Volgens de rechters is het belangrijk om onafhankelijk management in het bedrijf te halen tijdens Chapter 11. Met dit onafhankelijke management wordt voornamelijk een TP bedoeld.

3.3 Vooronderzoek en actieplan van de Turnaround Professional

Er zijn drie basisstappen die iedere TP neemt om een duidelijke weg uit te kunnen stippelen met betrekking tot een plan van reorganisatie. De stappen die hier besproken worden zijn van belang voor de TP om een beslissing te nemen of de organisatie in kwestie klaar is voor een reorganisatie. De stappen zijn een analyse van de antwoorden die door de respondenten zijn gegeven. De vraag die hen is gesteld was of er een vast stappenplan bestaat die door alle TP wordt gebruikt om een analyse van de organisatie in problemen te maken. De respondenten is verteld dat het doel van deze vraag was om erachter te komen hoe TP's evalueren of zij nog heil zien in de noodlijdende organisatie en op welke manier zij de beslissing nemen de onderne-

ming al dan niet te helpen. In eerste instantie wordt door de TP de vraag gesteld of het probleem ligt het aan de Chief Executive Officer? Zo ja, moet hij/zij op non-actief gesteld worden? (Zie paragraaf 3.1). De volgende stappen worden genomen.

3.3.1 Financieel onderzoek

In eerste instantie wordt er een financieel onderzoek gedaan dat kort, maar krachtig, weergeeft wat de financiële situatie van de onderneming is om zo onverwachte geldproblemen te voorkomen.

De financiële situatie

“De managers van het bedrijf in kwestie maakte zich zorgen over de toekomst op de lange termijn, terwijl ze zich totaal niet vertrouwen over het feit dat ze geen liquide middelen meer hadden om het personeel op korte termijn te kunnen uitbetalen” Ze wisten niet eens precies hoeveel ze nog hadden.

Vragen die op het gebied van een financiële analyse gesteld kunnen worden zijn o.a.:

- Hoe zit het met de liquiditeit van de onderneming?
- Hoe staan de contracten ervoor?
- Is de betaaltermijn wel gelijk aan of langer dan de ontvangstermijn?
- Is de onderneming financieel gezien nog interessant om doorgezet te worden?

“Wanneer ik een bedrijf binnenkom, is de eerste actie die ik onderneem, kijken of er nog geld is. Zo ja, wáár het geld is!” (Bettina Whyte, Jay Alix Associates, 2001)

3.3.2 Strategisch onderzoek

Om een strategische schets van de organisatie te kunnen maken stelt de TP zichzelf met betrekking tot de onderneming enige vragen. Deze vragen dienen als algemeen leidraad voor de TP. Als hij deze vragen onderzoekt kan hij

dieper op de organisatie ingaan door een vragenlijst met specifieke vragen op te stellen. De vragen zijn als volgt.

- In welke markt bevindt de onderneming zich?
- Wat is de huidige stand van zaken binnen die markt en wat zijn de toekomst verwachtingen?
- Sluit de onderneming aan bij de markt in termen van congruentie en consistentie?

3.3.3 Operationeel onderzoek

De TP zal naast een strategische analyse van de organisatie ook onderzoek moeten uitvoeren naar de operationele kant van de organisatie. De volgende vragen kunnen dan, wederom als leidraad, gesteld worden.

- Voldoen de producten van de onderneming qua specificatie aan de eisen van de markt? Produceren zij goedkoop genoeg?
- Is de kwaliteit van de producten optimaal in relatie tot de kosten en de verkoopprijzen?
- Is de efficiëntie optimaal, of zijn er te veel tussenstappen en/of tussenpersonen nodig om handelingen uit te voeren?

Succesvol, maar toch niet?!

“Je kunt als onderneming wel het goedkoopste de allerbeste faxmachines produceren, maar als niemand meer faxmachines koopt...”! (Thomas Salerno, 2001)

3.3.4 Wel of niet reorganiseren?

Nadat de TP de situatie heeft geanalyseerd is het voor de TP tijd geworden om te bepalen of hij/zij heil ziet in het succes van de onderneming, of dat hij de onderneming beter het advies kan geven te liquideren. Het gevolg kan zijn dat organisatie wordt geadviseerd om te liquideren of om door te gaan. In het eerste geval zal een verkoop van alle bezittingen het gevolg zijn. In het

laatste geval zal de onderneming gaan reorganiseren.

De reorganisatieprocedure tijdens een Chapter 11 is als volgt. De TP/trustee komt de organisatie binnen en krijgt 120 dagen de ruimte om een reorganisatieplan uit te werken met als doelstelling dat de onderneming doorgestart kan worden. Van belang hierbij is dat de TP in tegenstelling tot het zittende management meerdere connecties heeft. Met die connecties is het voor de TP bijvoorbeeld makkelijker om nieuwe financiële middelen te regelen. Ideeën voor een reorganisatie zijn:

- De onderneming kan grote delen van hun bedrijfsactiviteiten verkopen met als doel daar geld uit te krijgen om andere bedrijfsdisciplines door te kunnen blijven zetten.
- De onderneming kan op zoek gaan naar nieuwe liquide middelen. Onderhandelingen met de schuldeisers en andere financiële instellingen zijn van groot belang. (zie paragraaf 3.4)
- De onderneming kan gebruik maken van de sale-and-leaseback constructies om zo op de korte termijn over voldoende liquide middelen te kunnen beschikken.

Na deze 120 dagen moet de TP het reorganisatieplan klaar hebben dat gepresenteerd wordt voor de rechtbank en de andere schuldeisers. Na die 120 dagen kunnen echter ook partijen anders dan de debiteur hun ideeën ten toon spreiden. De rechtbank garandeert vervolgens alle belanghebbenden een periode van 60 dagen om tot een gezamenlijk besluit tot reorganisatie te komen.

De wettelijke voorwaarden voor het reorganisatieplan worden beschreven in Subchapter 11 paragraaf 1121 van de Bankruptcy Code van de USA:

“(a) The debtor may file a plan with a petition of [.....] debtor should not be held accountable.” (US Bankruptcy Code, Subchapter 2, § 1121)

Hierin staat stap voor stap de periode van reorganisatie beschreven. De volgende wetten schrijven voor dat de TP/trustee tijdens de reorganisatie wordt aangesteld als bewindvoerder: *Who may file a plan: “A trustee has been appointed under this chapter”.* (US Bankruptcy Code, Subchapter 2, § 1121[C¹])

Appointment of trustee or examiner: “The court shall order a trustee (TP)”. (US Bankruptcy Code, Subchapter 1, § 1104[A])

3.4 Karakteristiek(en) van een Turnaround Professional

Uit dit onderzoek is naar voren gekomen dat de belangrijkste karakteristiek die een TP moet bezitten onderhandelingskracht is. Dit is te wijten aan de ‘politieke’ rol die hij/zij speelt in relatie tot alle belanghebbenden. Het is van belang dat de TP nieuwe leningen weet te regelen. Verder is het zijn verantwoordelijkheid om alle belanghebbenden tevreden te houden door met hen te praten en hen te overtuigen van een succesvolle toekomst van de onderneming. Daarnaast kwamen nog enkele andere belangrijke karakteristieken naar voren die in deze paragraaf beschreven staan.

Belangrijke factoren die bijdragen aan de onderhandelingskracht van de TP zijn hieronder beschreven. Ze zijn beschreven aan de hand van het voordeel dat ieder van deze eigenschappen kan bieden indien men een TP aanneemt. De TP moet aan al deze voorwaarden

voldoen, behalve de laatste die ingaat op de faillissementservaring.

'Candid Financial Retrospection'

Dit betekent dat de TP objectief naar de financiële zaken van de onderneming moeten kunnen kijken. Hij/zij kan een verfrissende blik op de cijfers werpen en bepaalde zaken ophelderen die het bestaande management niet opgevallen waren. Omdat zij bepaalde fouten niet (her)kennen.

Crisis management

De TP moet bekwaam zijn in het leiden van een organisatie op korte termijn, het zogenaamde dag-tot-dag management. Daardoor worden prioriteiten anders gesteld en wordt de nadruk op de korte termijn liquiditeit en solvabiliteit gelegd.

Verskil dag-tot-dag vs. lange termijnmanagement

Dag-tot-dag management refereert aan management op de korte termijn. Aspecten als o.a. liquiditeit zijn dan meer van belang dan wanneer er op de lange termijn wordt gemanaged. (Bettina White, J. Alix Associates, 2001)

Ervaring

De TP heeft ervaring met het uit de problemen halen van noodlijdende bedrijven. Deze ervaring kan op de korte termijn doorslaggevend zijn voor het wel of niet voortbestaan van de onderneming. Voorbeelden hiervan zijn dat de TP vaak een betere onderhandelaar is om nieuwe financiën te krijgen. Verder dat de TP fouten kan ontdekken die anderen over het hoofd gezien hadden. Niet alleen fouten op het gebied van financiën, maar ook op het gebied van strategie.

Coaching

Indien het slecht gaat met een organisatie zal de eigenaar of manager van de organisatie alles op alles zetten om de

organisatie te redden. Gevolg kan zijn dat hij/zij frauduleuze stappen onderneemt in de hoop de organisatie uit de problemen te kunnen halen. Voorbeeld hiervan is 47st Photo dat hieronder beschreven staat. Frauduleus handelen wordt vaak voorkomen door een TP in te schakelen. Die weerhoudt de ondernemer/manager, door middel van coaching, ervan om onreglementaire acties te ondernemen.

Objectiviteit/slagvaardigheid

Bij het nemen van moeilijke beslissingen wordt van de TP verwacht dat hij/zij zich niet zal laten leiden door de verschillende belangen binnen de organisatie of door eigenbelang. Hij zal zijn beslissingen objectief nemen. De eigenaar/manager zal hier niet snel toe in staat zijn aangezien het zijn/haar eigen levenswerk aangaat. Objectiviteit heeft als gevolg snelheid, dat voordelig is aangezien er voor de organisatie niet veel tijd meer over is.

Frauduleus handelen in nood

In New York en omgeving bestond de firma '47st Photo'. De firma was gespecialiseerd in het ontwikkelen en afdrukken van foto's en daarbij het verkopen van de apparatuur. Op het moment dat drogisterijen en supermarkten ook de mogelijkheid boden om foto's te ontwikkelen en af te drukken kwam 47st photo in de problemen. Eerste probleem deed zich voor toen ze gingen inkopen tegen 30 dagen krediet en verkopen tegen 90 dagen krediet. Dit verslechterde hun werkkapitaal flink. Toen het echt slecht ging heeft de eigenaar, om de zaak te redden, geen loonbelastingen meer betaald! Dat was het definitieve einde van 47st photo.

Reputatie

TP's zullen vertrouwen wekken bij de belanghebbenden als zij bekend staan om hun eerdere prestaties. Banken weten bij een TP vaak met wie ze in zee gaan en zullen dan ook sneller geneigd zijn wel of niet nieuw krediet te bieden. De term die in het engels ge-

bruikt wordt en meer lading heeft is ‘credibility’.

Geloofwaardiger als TP?

“Wij kennen de banken en vaak ook nog enkele leveranciers. Zij weten wat wij wel en niet kunnen met een organisatie. Voor ons is het makkelijker om nieuw geld te verkrijgen voor de onderneming in kwestie.” (*Haim Branisteanu, Ramko Rolland Associates, 2001*)

Faillissementservaring

Enkele respondenten is gezegd dat er situaties zijn dat er gebruik wordt gemaakt van gefailleerden in Chapter 11 situaties. Dit is een interessant gegeven omdat dit dicht tegen de initiële doelstelling aanligt. De gefailleerden worden op die momenten feitelijk ingezet als TP. De gefailleerden die dit overkomt, hebben laten zien geleerd te hebben van hun fouten. Zij maken gebruik van de ervaring die zij zelf hebben opgedaan tijdens hun eigen faillissement. Dit wordt dan gezien als een voordeel. Ze bezitten daarnaast de in deze paragraaf beschreven karaktereigenschappen. Voor meer informatie omtrent gefailleerden als TP zie de volgende paragraaf.

3.5 Aanne name Turnaround Professional met faillissementsachtergrond

Veel geïnterviewden zien de persoonlijke ervaring van een TP die zelf failliet is gegaan als een pré. Zij zijn van mening dat de gefailleerde bepaalde zaken heeft meegemaakt en geleerd, die van belang zijn bij het reorganiseren van een onderneming. Echter, zij zijn ook van mening dat er in Nederland een ‘ander soort’ gefailleerde bestaat.

Volgens de geïnterviewden hebben de gefailleerden in Nederland niet erg veel

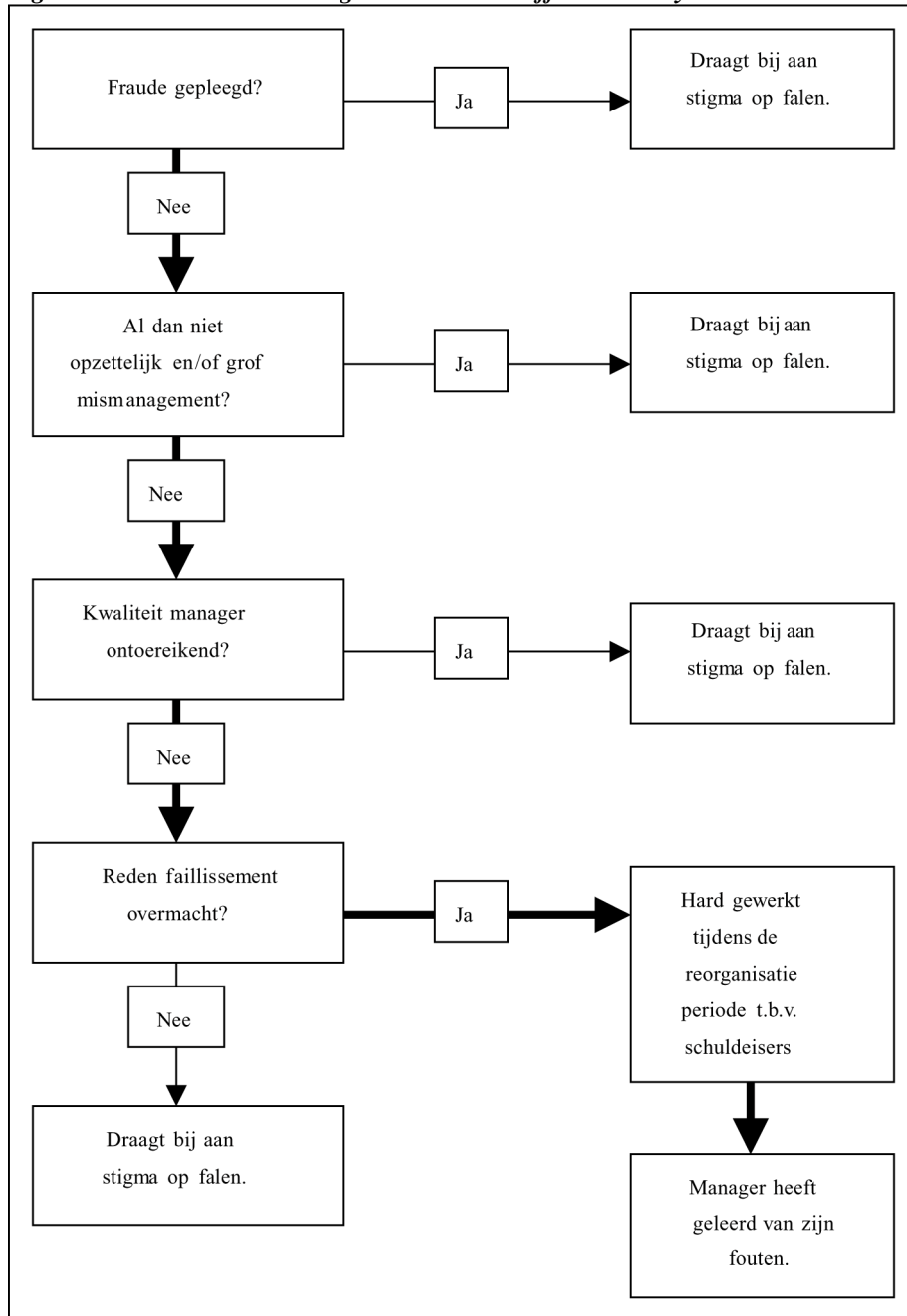
ervaring opgedaan. Dit komt volgens hen doordat de surseance van betaling in Nederland niet dezelfde werking heeft als in de VS. In de VS is de debiteur aan de macht (Debtor-in-Possession), vaak bijgestaan door een TP. Van het hele Chapter 11 proces leert de debiteur veel. In Nederland is dit volgens hen anders. De surseance is voor de debiteur te kort om werkelijke ervaring te hebben opgedaan. Verder is volgens hen de surseance van betaling in Nederland primair gericht op de schuldeisers en niet op de schuldenaren.

Belangrijk voor de toekomst van een gefailleerde als TP, maar ook in andere beroepen, is de toewijding van de gefailleerde. De volgende vragen komen steeds naar boven.

- Heeft hij tijdens zijn faillissement hard meegewerkt om de zaken op orde te krijgen?
- Heeft hij laten zien dat hij het wel kan, maar dat de situatie hem niet gunstig was?
- Kan hij uitleggen waarom hij failliet is gegaan? En, begrijpt hij zelf waarom?
- Durft hij de fout bij zichzelf te zoeken in plaats van de schuld op anderen af te schuiven?
- Heeft hij geleerd van zijn/haar fouten?

Indien het antwoord op deze vragen positief is, dan vormt het eerdere faillissement geen beletsel om een TP te worden. Ter illustratie is voor dit onderzoek een model ontworpen die deze stappen conceptueel verduidelijkt. Het model is opgezet uit analyse van de interviews, iedere respondent is gevraagd naar zijn of haar mening over gefailleerden. In de bijlage staat een stuk over de arbeidsmarkt voor TP's.

Figuur 3.3 Schematische weergave van het leereffect na analyse van de interviews



Indien blijkt dat een ondernemer/manager heeft geleerd van zijn fouten dan kan hij ingezet worden als TP. Dit zal geschieden ten tijde van een Chapter 11 procedure. Het voordeel van een gefailleerde als TP is, zoals eerdergenoemd, dat hij/zij zelf een faillissementssituatie heeft meemaakt en deze ervaringen meeneemt in het reorganisatieproces. Voor dit onderzoek is het interessant dat een gefailleerde als TP kan worden ingezet en

dat er situaties bekend zijn waar het ook echt gebeurt.

“Het is een gewoonte van mij om mensen met faillissementservaring aan te bevelen als TP voor Chapter 11 zaken. Deze mensen ken ik, doordat ik met hen heb samengewerkt tijdens hun eigen faillissementsperiode.” (Thomas Salerno, Squire Sanders & Dempsey, 2001)

Dit is uiteraard slechts een voorbeeld, er wordt niet mee aangetoond dat het op grote schaal gebeurt in de VS. De ideeën en het beeld bestaan dus blijkbaar wel bij mensen in de VS, misschien is er wel een trend in opkomst.

- het kunnen omgaan met crisissituaties;
- het hebben van ervaring;
- het kunnen coachen;
- objectief zijn;
- het hebben van een goede reputatie.

3.6 Samenvatting

In dit hoofdstuk zijn de volgende punten omtrent de Turnaround Professional besproken: De TP is iemand, die gespecialiseerd is in het leiden van bedrijven tijdens een reorganisatie. De TP in de VS wordt ingezet voor, maar in het bijzonder, tijdens een Chapter 11 reorganisatie periode. Hij kan worden ingeschakeld door de onderneming in problemen zelf, al dan niet onder druk van de schuldeisers. De volgende belanghebbenden hebben hun visie over de TP gegeven:

- de financier;
- de debiteur;
- de toeleverancier;
- de faillissementsadvocaat;
- de faillissementsrechter.

Meerderen zijn positief over het gebruik van de TP. Tevens is gesproken over het vooronderzoek en het reorganisatieplan van de TP. De volgende stappen zijn hier naar voren gekomen;

- de financiële analyse;
- de strategisch analyse;
- de operationele analyse.

Deze analyses maken deel uit van het vooronderzoek. Vervolgens gaat de TP over tot het maken van een reorganisatieplan.

Vervolgens zijn de eigenschappen van de TP aan bod gekomen. De TP moet aan enkele voorwaarden voldoen. Deze voorwaarden zijn:

- het hebben van 'Candid Financial Retrospection';

Als bijkomend pluspunt wordt gezien eigen faillissementservaring.

4 Wetgeving Nederland vs. Verenigde Staten

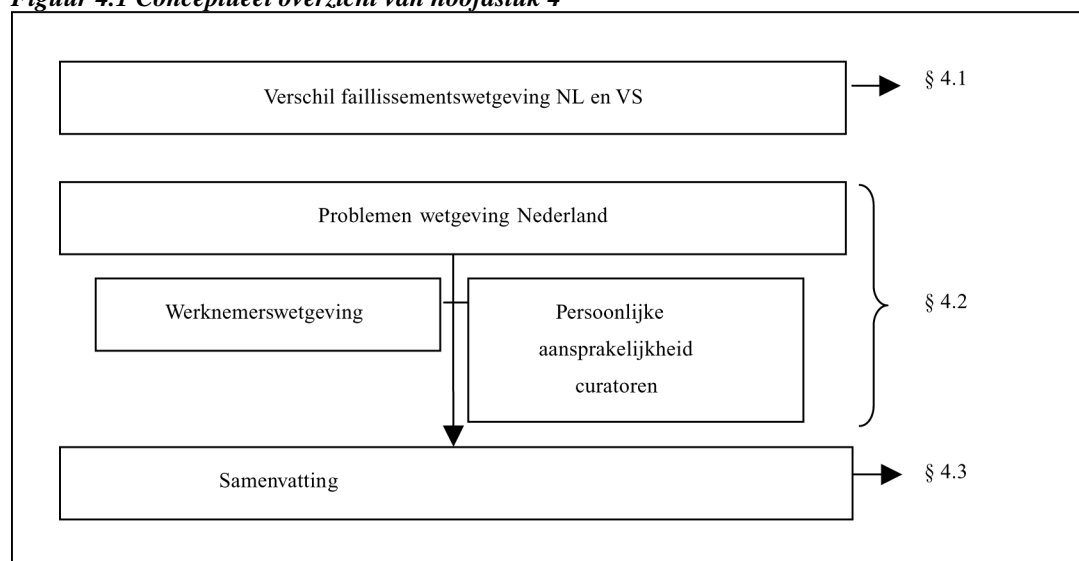
Dit hoofdstuk geeft een vergelijking tussen de Amerikaanse en de Nederlandse faillissementswetgeving. Verder zullen er andere wettelijke knelpunten beschreven worden waarvan wordt verwacht dat zij een succesvolle implementatie van de TP in Nederland belemmeren.

Dit hoofdstuk geeft antwoord op de volgende onderzoeksvraag:

- Welke lessen kunnen voor de Nederlandse situatie geleerd worden?

Conceptueel ziet dit hoofdstuk er als volgt uit:

Figuur 4.1 Conceptueel overzicht van hoofdstuk 4



4.1 Vergelijking wetgevingen

Surseance van betaling versus Chapter 11

In deze paragraaf wordt een vergelijking gemaakt tussen de Nederlandse en de Amerikaanse faillissementswetgeving. Het is belangrijk dat het verschil in wetgeving duidelijk wordt, aangezien het verschil bepaalt waardoor de surseance/reorganisatie in de VS goed functioneert en die in Nederland niet functioneert zoals het ooit bedoeld is. (zie hoofdstuk 2) Tevens wordt er naar aanleiding van de wetgeving nagegaan of er mogelijkheden bestaan tot succesvolle implementatie van een TP in Nederland. De onderstaande tabel geeft een overzichtelijke vergelijking tussen de Amerikaanse en Nederlandse surse-

ance. Duidelijke punten die in de figuur 4.2 naar voren komen en een aanvulling zijn op eerdere argumenten in de voorgaande hoofdstukken zijn:

- gerichtheid;
- vereisten voor toepassing;
- bevoegdheden schuldenaar;
- rol crediteuren.

Op het eerste gezicht lijkt de Verenigde Staten een goede procedure te hebben¹. Het uiteindelijke percentage succesvolle surseances (of Chapter 11's) ligt in de VS veel hoger dan in Nederland (73% versus 23%). De situatie in de VS is echter dermate verschillend van die in Nederland dat deze cijfers een vertekend beeld geven.

¹ Onderzoek Kamer van Koophandel, 1998

Figuur 4.2 Verschil tussen faillissementswetgeving van Nederland en de VS

	Nederland	Verenigde Staten
Naam procedure	Surseance	Chapter 11
Gerichtheid	Op voldoening van schulden	Op continuatie van onderneming
Signalering	Geen, aanvraag door schuldenaar	Geen, aanvraag door schuldenaar
Vereisten voor toepassing	Tijdelijke betalingsonmacht	Geen vereisten
Rol van de rechtbank	Toezichthoudende rol	Toezichthoudende rol
Bevoegdheden schuldenaar	Beperkt. Afhankelijk van de aangestelde bewindvoerder voor toestemming voor handelingen die het vermogen binden.	Schuldenaar blijft beschikkingsrecht behouden (behalve wanneer een beheerder, bijvoorbeeld een TP, wordt aangesteld) voor zover het de normale bedrijfsactiviteiten betreft.
Verplichte rapportage	Aan de rechtbank	Aan de rechtbank, de US trustee en de belastingdienst en aan crediteuren op verzoek
Rol crediteuren	Passief, rol van de onderhandelaar	Actief, medewerking aan het reorganisatieplan.

Bron: *Faillissementen: Geen weg terug? Nederlandse Kamer van Koophandel 1998*

Doordat de schuldenaar handelingsbevoegd blijft, wordt de insolventieprocedure soms als concurrentiemiddel gebruikt en maken ondernemingen al in een vroeg stadium gebruik van de surseance regeling. Overlevingskansen zijn dan beter en de schuldenlast beperkter. De insolventieprocedure kan dus gebruikt worden als concurrentiemiddel.

Echter, volgens de geïnterviewde faillissementsrechtters is het gebruik van Chapter 11 als concurrentiemiddel nihil. Er bestaan duidelijk meningsverschillen hierover. Zie het volgende citaat:

“In de VS wordt Chapter 11 zelfs gebruikt als concurrentiemiddel. Bedrijven in moeilijkheden kunnen op deze manier makkelijk het personeelsbestand laten inkrimpen. Tevens worden rechtszaken en claims voorkomen alsmede contracten ontbonden die beter niet afgesloten hadden kunnen worden. ‘Cutting costs’, daar gaat het om!”
(Matthew Wilde, PWC, 2001)

De vier eerdergenoemde punten laten duidelijke verschillen zien tussen de beide procedures.

Gerichtheid

De Amerikaanse wet verschilt met die van de Nederlandse bijvoorbeeld op het gebied van ‘gerichtheid’. Voldoen aan de schulden is de Nederlandse praktijk en continuïteit de Amerikaanse. De bevoegdheden van de schuldenaar zijn eveneens anders: in Nederland heeft de aangewezen curator het voor het zeggen en in Amerika kan de schuldenaar het beschikkingsrecht houden. Dit is belangrijk omdat hij/zij de hulp van een TP kan inschakelen. (In dat geval hoeft het overigens niet zo te zijn dat de betreffende schuldenaar op non-actief gesteld wordt, dat gebeurt alleen wanneer er sprake is van mismanagement² - zie ook figuur 3.2)

Vereisten voor toepassing

Ook op het gebied van vereisten voor toepassing liggen verschillen. Dit is eerder in het onderzoek naar voren gekomen (zie hiervoor hoofdstuk 2). Het gaat hier om de rechten van de schuldenaar. In Nederland bestaat er een tijdelijke betalingsonmacht wat betekent dat de schuldenaar niet of nauwelijks beschikkingsrecht heeft. Voor een

² Zie ook bijlage voor meer informatie (uit interviews) over het ‘stigma op falen’

schuldenaar in de VS geldt dit simpelweg niet, behalve wanneer hij op non-actief wordt gesteld.

Bevoegdheid van de schuldenaar

De rol van de TP moet gezien worden als die van aangestelde 'trustee'. Een TP krijgt ruimte en bevoegdheid om zijn/haar werk uit te voeren. Zoals bijvoorbeeld bij het eerste verschil dat genoemd is: de 'gerichtheid'. Het Amerikaanse doel om de organisatie te continueren, biedt de TP bewegingsvrijheid. In Nederland, waar 'voldoening van schulden' als maatstaf wordt gebruikt, is de curator slechts bezig met het verkrijgen van zoveel mogelijk liquide middelen om de schuldeisers uit te betalen.

Rol Crediteuren

Zoals in hoofdstuk 2 is uitgelegd krijgt de schuldeiser/crediteur na 120 dagen, indien de debiteur/TP het reorganisatieplan voorstelt aan de rechtbank, ook inspraak in het reorganisatieplan. Dit is niet het geval in Nederland alwaar de crediteur moet afwachten

Signalering & rol van de rechtbank'

Vergelijking van deze twee punten wijst uit dat hier geen verschil bestaat en behoeft geen verdere uitleg.

4.2 Additionele problemen Nederlandse wetgeving

De eerdergenoemde 23% geeft een vertekend beeld. Dit komt doordat de Nederlandse wetgeving niet alleen verschilt met betrekking tot direct de faillissementswetgeving zoals besproken in de vorige paragraaf. Noemenswaardig is ook dat onderzoek heeft uitgezonden dat onderstaande wetten³ een indirecte invloed zouden kunnen hebben op de werking van de faillisse-

mentwetgeving in Nederland. Met deze wetten worden voornamelijk bedoeld de werknemerswetgeving en de wet persoonlijke aansprakelijkheid curatoren. Hieronder wordt uitgelegd op welke wijze deze wetten invloed hebben op de surseance.

Werking van de werknemerswetgeving

Wanneer een bedrijf in Nederland zich in een reorganisatieproces bevindt, is het moeilijk om werknemers te ontslaan. De redenen voor dit verschil zijn als volgt:

- De Nederlandse werknemerswetgeving.
- Vakbonden, werknemersorganisaties en ondernemingsraden hebben in Nederland verregaande inspraak wat betreft werknemersrechten. Zij kunnen grote invloed hebben op het wel of niet kunnen ontslaan van werknemers.
- Werkgever is in Nederland verplicht tot het maken van een regeling ten aanzien van de reïntegratie van werknemers in het bedrijfsleven, hetgeen veel geld kost. Geld dat tijdens een faillissementsprocedure niet aanwezig is.

In de VS is het ontslaan van mensen veel makkelijker. Vaak zijn werknemers aldaar niet direct verbonden met vakbonden en zijn hun contracten voor bepaalde tijd. Hierdoor kan een Amerikaanse organisatie in moeilijke tijden makkelijk van haar werknemers af. Een grote reden van faillissement in Nederland is nog steeds dat men te veel werknemers heeft. Men mag en kan dus niet makkelijk saneren waardoor vervolgens de kosten te hoog worden en de onderneming failliet gaat. Echter moet gesteld worden dat in Nederland wel ruimte bestaat omtrent flexibel werk. Hiermee wordt o.a. bedoeld uitzend- en parttimewerk.

³ Onderzoek Price Waterhouse Coopers, 2001

Persoonlijke aansprakelijkheid curatoren

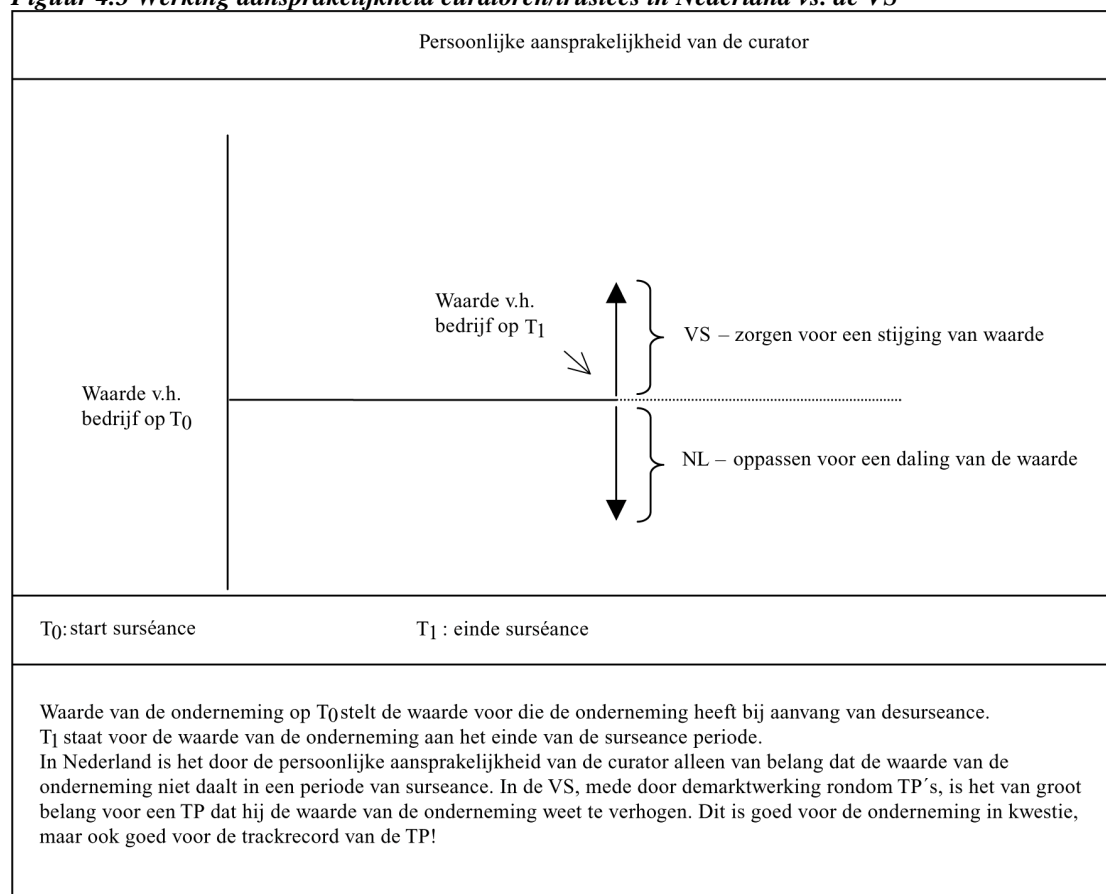
In Nederland wordt, zoals eerder gezegd, een 'trustee' ofwel een 'curator' aangesteld. Dit onderzoek heeft uitgewezen dat in de VS deze persoon handelt ter bescherming van de onderneming in moeilijkheden. Dit wordt het zogenaamde 'debtor in possession' principe genoemd. De surseance van betaling in Nederland heeft hetzelfde doel gehad, echter er is een 'creditor in possession' klimaat ontstaan. De curator in Nederland krijgt daardoor te weinig ruimte om een reorganisatie door te voeren.

In Nederland is een curator persoonlijk aansprakelijk indien hij/zij waarde heeft vernietigd in het proces van de

surseance. In de VS wordt de curator aansprakelijk gesteld indien hij/zij geen meerwaarde voor de organisatie heeft kunnen creëren. Dit is de reden waarom in Nederland het 'creditor in possession' principe heerst. Figuur 4.3 maakt het visueel duidelijk.

Deze twee redenen hebben indirect te maken met het feit dat de surseance in Nederland niet zo functioneert als in de VS. Namelijk, de werknemerswetgeving en de wet persoonlijke aansprakelijkheid curatoren. Het is de taak aan de Nederlandse wetgever om hier onderzoek naar te doen en te kijken of er eventuele aanpassingen doorgevoerd moeten worden.

Figuur 4.3 Werking aansprakelijkheid curatoren/trustees in Nederland vs. de VS



4.3 Samenvatting

De faillissementswetgeving in Nederland en de VS verschillen zoals gebleken van elkaar. In de tabel van paragraaf 4.1 zijn de verschillen tegen elkaar uitgezet en worden daarna uitgelegd.

De Amerikaanse en Nederlandse procedure verschillen op de volgende punten van elkaar:

- gerichtheid;
- vereisten voor toepassing;
- bevoegdheden schuldenaar;
- rol crediteuren.

Het eerste punt heeft in Nederland te maken met de voldoening van de schulden en in de VS op continuatie van de onderneming. Het tweede punt heeft te maken met het feit dat iemand niet meer aan diens schuldverplichting kan voldoen, in Nederland betekent dat voor de ondernemer in kwestie dat deze een ‘tijdelijke betalingsonmacht’ heeft en in de VS zijn er geen vereisten wat dat betreft voor de ondernemer. Het derde punt gaat over de bevoegdheden van de schuldenaar, in de VS heeft een schuldenaar meer beschikingsrecht dan in Nederland. Het laatste punt heeft uitgewezen dat de rol van de crediteuren in de VS actiever is dan in Nederland.

Paragraaf 4.2 heeft de twee verschillen uitgewerkt van de wetten die indirect invloed zouden kunnen hebben op de werking van de faillissementswet in Nederland, namelijk de wetgeving rondom werknemers en de wetgeving omtrent de aansprakelijkheid van curatoren. Hiervan wordt verwacht dat zij een belemmering zullen vormen bij de implementatie en de ontwikkeling van de TP in Nederland. Er zullen in het volgende hoofdstuk aanbevelingen

worden gedaan omtrent de aanpassing van de wetgeving in Nederland.

Voor dit rapport zijn de verschillen in faillissementswetgeving, zoals beschreven in paragraaf 4.1, van het grootste belang.

5 Samenvatting, conclusies en aanbevelingen

Dit hoofdstuk vangt allereerst aan met een korte samenvatting van het rapport. Vervolgens worden er conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan. De aanbevelingen richten zich primair op de aanpassingen in de Nederlandse faillissementswetgeving en ook de ideeën omtrent de aanpassingen van de wetten die ook een invloed hebben op de implementatie van de TP in Nederland.

5.1 Samenvatting

Dit rapport werkte toe naar een beschrijving van Chapter 11 en de TP in de VS met als doel het stigma op falen in Nederland te kunnen verlagen. Allereerst wordt Chapter 11 besproken. Chapter 11 is een onderdeel van de faillissementswetgeving in de VS. De faillissementswetgeving in de VS is zo opgebouwd dat zij ruimte biedt voor de succesvolle ontwikkeling van de TP aldaar. Dit is van belang, omdat succesvolle⁴ implementatie van de TP volgens de respondenten van dit onderzoek een bijdrage kan leveren aan de daling van het stigma op falen.

De TP is een specialist op het gebied van reorganisatie. Hij/zij wordt voor of tijdens de surseance ingezet en kan een goede bijdrage leveren aan een succesvolle herstructurering van de onderneming in problemen. Dit rapport is in detail ingegaan op de verschillende facetten van de TP. Hierbij werden onder andere het actieplan van de TP besproken, verschillende perspectieven van de belangrijkste belanghebbenden beschreven en werd uitgewijd over een

gefailleerde als TP. De volgende subvragen werden hiermee beantwoord: op welke manier en in welke fase van het besluitvormingsproces wordt de TP ingeschakeld? Op welke wijze komt een TP tot zijn advies? Welke eisen stelt men aan een TP?

In relatie tot de situatie in de VS is er een vergelijking getrokken tussen de faillissementswetgeving in de VS en die in Nederland. Duidelijk is geworden dat er onderdelen in de Nederlandse faillissementswetgeving bestaan die een succesvolle implementatie en ontwikkeling van de TP zullen belemmeren. Dit is duidelijk geworden uit figuur 4.2. Het gaat hier om de volgende punten:

- gerichtheid;
- vereisten voor toepassing;
- bevoegdheden schuldenaar;
- rol crediteuren.

Daarnaast is gekeken naar de werknemerswetgeving alsmede de wet persoonlijke aansprakelijkheid curatoren. Deze wetten zouden ook een negatieve werking hebben op implementatie van de TP kunnen hebben. De sub-vraag die hiermee beantwoord wordt, is: welke lessen kunnen voor de Nederlandse situatie worden geleerd?

De volgende paragraaf beschrijft in meer details de conclusie van dit onderzoek en doet aanbevelingen omtrent het succesvol implementeren van de TP in Nederland. Dit wordt gedaan aan de hand van een conceptueel model

⁴ Onder 'succesvolle reorganisatie' wordt verstaan een doorstart van een onderneming in problemen.

5.2 Conclusies

Het blijkt dat beide (NL en VS) surseance procedures zelf niet veel verschillen. Het zegt in feite al genoeg dat het initiële doel van beide wetgevingen gelijk is (zie paragraaf 4.2). In beide gevallen gaat het uiteindelijk om de continuïteit van de onderneming. De verschillende wettelijke situaties rondom de beide surseance procedures zijn anders. Deze situaties zorgen ervoor dat de uitkomsten van de surseance periodes van de VS en Nederland duidelijk verschillen. Dit belemmert de implementatie van de TP in Nederland.

Om een succesvolle implementatie van de TP te kunnen begeleiden, zal de Nederlandse wetgever allereerst een onderzoek moeten verrichten naar de mogelijkheden om de faillissementswetgeving aan te passen. Vervolgens moet gekeken worden naar de wetten die onafhankelijk van de faillissementswetgeving de succesvolle implementatie van de TP zouden kunnen verhinderen. Hier zal verder over uitgewijd worden in de aanbevelingen.

Er zal in acht genomen moeten worden dat dit onderzoek is gebaseerd op de meningen van de respondenten. Zij zijn allen van mening dat Chapter 11 en de TP ertoe hebben bijgedragen dat het stigma op falen in de VS relatief laag is. Dit is rooskleurig te noemen en dit vergt enige nuance bij het lezen van dit hoofdstuk.

5.3 Aanbevelingen

Figuur 5.1 geeft een schematische weergave van de conclusies en aanbevelingen van dit rapport. De aanbevelingen van dit rapport richten zich op een daling van het stigma op falen, hetgeen o.a. als gevolg van

een succesvolle implementatie van de TP in Nederland kan geschieden. Allereerst wordt de nadruk gelegd op de veranderingen die doorgevoerd zullen moeten worden met betrekking tot de Nederlandse faillissementswetgeving. Deze wetgeving zal ruimte moeten bieden voor succesvolle implementatie van de TP en uiteindelijk indirect voor de mogelijkheid tot een daling van het stigma op falen in Nederland. Het is belangrijk om te benadrukken dat deze stap onvermijdelijk is. Indien hij niet genomen wordt, dan zal de implementatie van de TP in Nederland niet kunnen plaatsvinden.

In het nawoord zal verder uitgewijd worden omtrent ideeën die de implementatie van de TP in Nederland, nadat de wetgeving is aangepast, ten goede zullen komen.

De Nederlandse wetgeving

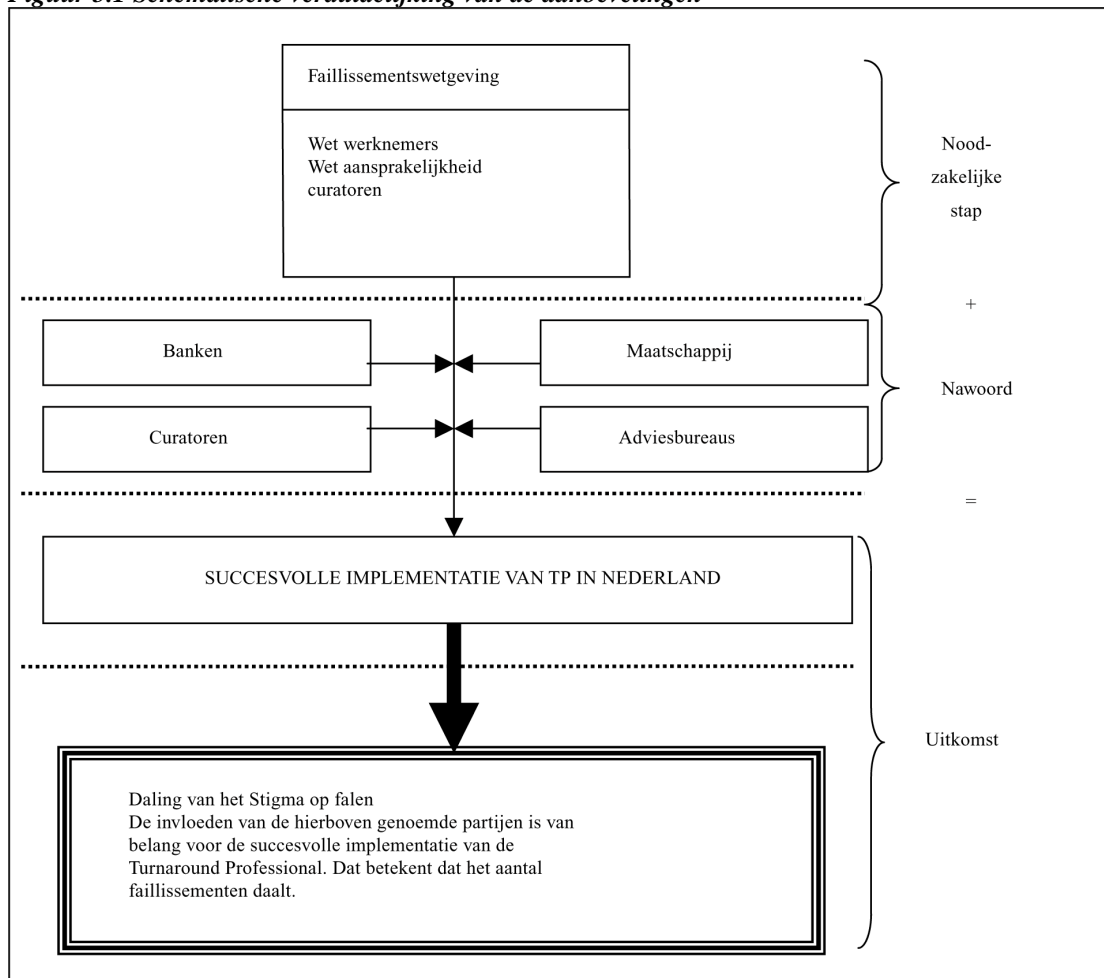
Faillissementswetgeving

De belangrijkste aanpassingen die zeker een positieve invloed op de implementatie van de TP in Nederland zullen hebben en vervolgens een daling van het stigma op falen teweeg zullen brengen, zijn die in de faillissementswetgeving.

De faillissementswetgeving in Nederland laat, zoals eerder vermeld, verschillen met de VS zien die zonder aanpassingen geen succesvolle implementatie van de TP in Nederland toelaat. Een succesvolle implementatie van TP in Nederland zal volgens de oorzaakgevolg relatie zoals die beschreven staat in 1.2.3 een daling van het stigma op falen teweeg brengen. Veranderingen op de volgende gebieden zijn van belang:

- gerichtheid;
- vereisten voor toepassing;
- bevoegdheden schuldenaar;
- rol crediteuren.

Figuur 5.1 Schematische verduidelijking van de aanbevelingen



Indirecte wetgeving

Ook zou het van belang kunnen zijn voor en daling van het Stigma op Falen in Nederland als gevolg van een succesvolle implementatie van de TP in Nederland aanpassingen in de volgende wetten door te voeren:

- werknemerswetgeving;
- wet persoonlijke aansprakelijkheid curatoren.

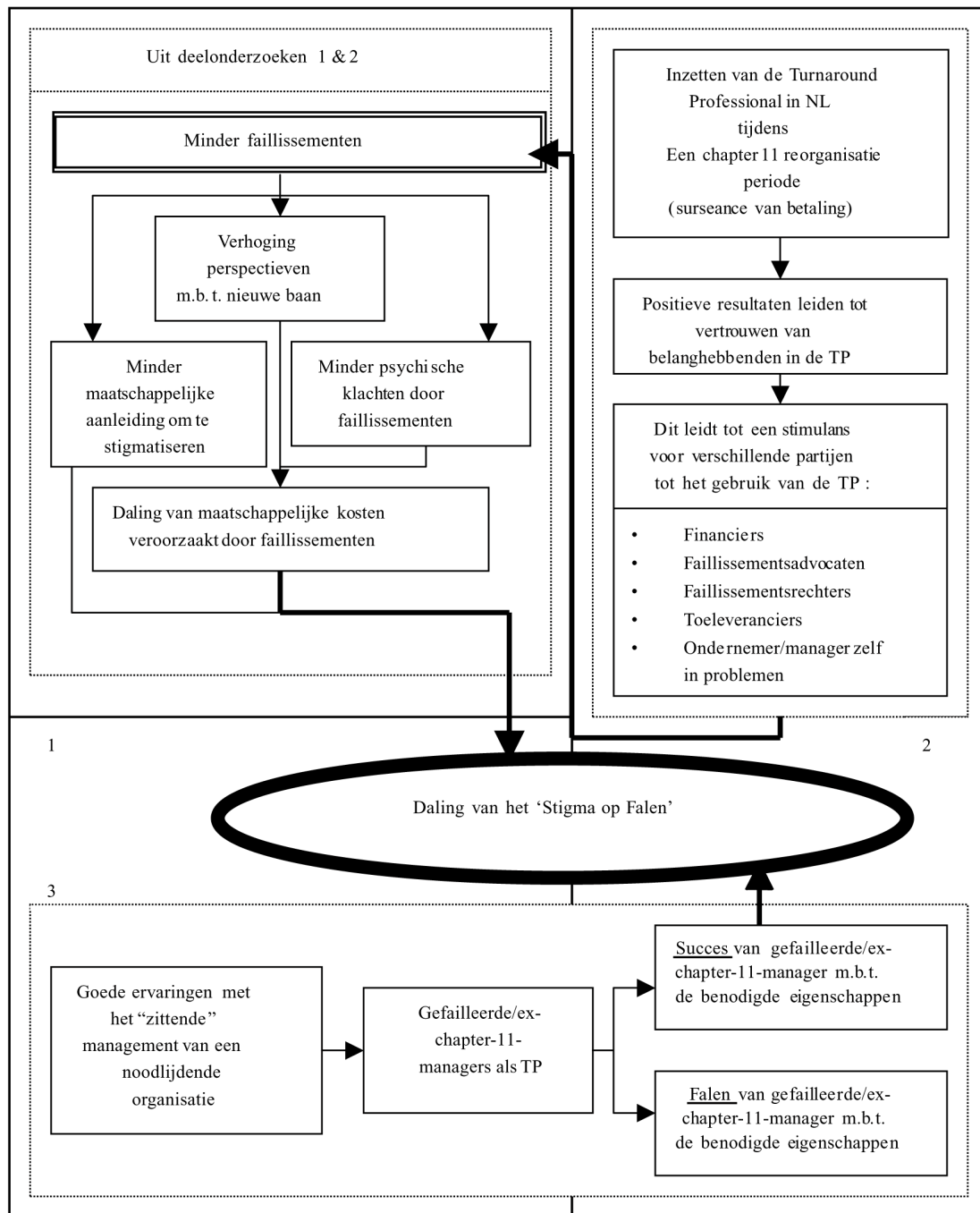
5.4 Tot slot

Terugkijkend naar het rapport kan gesteld worden dat de conclusies en aanbevelingen die in de vorige paragraaf zijn gemaakt een aanzet geven tot uitvoer van het bovenstaande schema. Door het rapport heen is door middel van informatie uit gesprekken en be-

perkte literatuur getracht bewijsvoering ten tafel te brengen. Deze bewijsvoering is erop gericht de noodzaak van het implementeren van de TP en het aanpassen van de Nederlandse faillissementswetgeving te verklaren, teneinde een verlaging van het stigma op falen te kunnen verwezenlijken. Het rapport heeft gaandeweg de verschillende onderzoeksvragen die in het eerste hoofdstuk zijn gesteld beantwoord. Verder is er door het onderzoek in Nederland en in de VS een duidelijk idee ontstaan omtrent het verlagen van het stigma op falen in Nederland. Die antwoorden zijn in de vorm van conclusies en aanbevelingen in de vorige paragrafen behandeld.

Het is van belang de noodzakelijke

Figuur 5.2 Herhaling van het schematische overzicht van redenering



stappen, die zijn beschreven in paragraaf 5.3 te verwezenlijken. Een daling van het stigma op falen in Nederland wordt hiermee beoogd, hetgeen goed is voor de Nederlandse economie als geheel. Minder faillissementen betekent dat de draagkracht van consumenten, door faillissementen, niet zal dalen. Verder kan het start-ups meer vertrouwen geven, wat hoogstwaarschijnlijk

zal leiden tot meer innovativiteit en creativiteit binnen de Nederlandse economie (Michael Porter, Harvard review). Verder zal er een daling van de directe (uitkeringen voor werkelozen, etc.) en indirecte (psychische hulpverlening, etc.) maatschappelijke kosten plaatsvinden. Dat geld kan dan op een andere manier wederom in de economie gestopt worden.

Nawoord

Gedachtegang

Nadat de veranderingen op het gebied van de faillissementswetgeving zijn doorgevoerd zijn er nog enkele stappen die er genomen kunnen worden met betrekking tot het snel en goed laten verlopen van de implementatie van de TP in Nederland. Allereerst zullen alle belanghebbenden goed geïnformeerd moeten worden over wat de veranderingen voor een gevolgen hebben. Verder zullen de belanghebbenden geïnformeerd moeten worden over het doel van de verandering. Indien zij deze stadia zijn gepasseerd wordt verwacht dat zij gemotiveerd zullen raken en hun medewerking aan de succesvolle implementatie zullen verlenen. Hieronder zijn de stappen beschreven die verschillende belanghebbenden zouden kunnen nemen zodat een goede en snelle introductie van de TP gerealiseerd kan worden.

Banken

Zij zullen moeten openstaan voor eventuele veranderingen die zullen plaatsvinden in de financiële wereld. Hiermee worden de veranderingen op het gebied van financiering van ondernemingen bedoeld. In Nederland heerst, zoals eerder besproken, een financieringscultuur waarbij de bereidheid om risico's te nemen laag is. Indien banken meer risico's zouden durven nemen blijkt volgens de situatie in de VS dat dit een positief effect heeft op de inkomsten van de bank. Een manier, die uit onderzoek in de VS positief is gebleken, om dit risico te dekken is een wijdere spreiding van de rentevoet te introduceren. Zogenaamde risico-opslag. Op die manier wordt het voor bedrijven in moeilijkheden makkelijker, maar wel duurder, nieuwe fi-

nanciering te regelen met als doel de onderneming in problemen nieuw leven in te blazen. Voorbeeld daarvan is dat banken in de VS leningen verstrekken met een rentepercentage van boven de 15 %. Dat gebeurt in Nederland niet of nauwelijks⁵.

Op de lange termijn zou de mogelijkheid, voor een onderneming in problemen, tot het makkelijker verkrijgen van financiële middelen ten tijde van problemen positief zijn. Hierin kan de TP een belangrijke rol spelen. De TP kan genoeg vertrouwen hebben opgebouwd bij een specifieke bank, dat de bank bereid is de onderneming waar de TP voor werkt van nieuwe financiële steun te voorzien indien de TP dat vraagt.

“In het algemeen bieden wij [de TP's] de banken een gevoel van vertrouwen. Zij kennen ons en weten dat wanneer wij om extra financiële middelen vragen dat meestal een plausibele reden heeft. Ze weten wat ze aan ons hebben. Als wij namelijk een keer geld vragen en de onderneming in kwestie alsnog failliet gaat, dan hebben wij ons krediet verspeeld. Dat willen wij [TP's] uiteraard ook niet”! (Haim Branisteanu, Remko Roland Associates, 2001)

Indien de TP succesvol blijkt, zijn onder andere de banken verantwoordelijk om de succesverhalen naar buiten te brengen. Hiermee kan het stigma op falen dat in de Nederlandse maatschappij bestaat positief beïnvloed worden.

Een bank heeft er in principe niets aan dat een bedrijf failliet gaat, want een faillissement kost alle belanghebben-

⁵ Michael Forgione, Fortis Capital Holdings Inc., 2001

den geld. Wanneer een noodlijdend bedrijf het reorganisatieproces succesvol doorstaat, is er voor de bank een nog beter toekomstperspectief om geld te verdienen aan de toegestane financiering.

Maatschappij

Nadat zij door de overheid is ingelicht over de wetsverandering, is het van belang dat in de maatschappij een positieve sfeer gecreëerd wordt omtrent ondernemingen in moeilijkheden. Er zal, door de overheid en andere belanghebbenden, aan de maatschappij rapportage gedaan moeten worden over de vooruitgang van de introductie van de TP in Nederland. Indien de vooruitgang positief is, dan zal dit ook een positieve invloed op het stigma op falen hebben. Beoogd wordt dat de maatschappij zich na verloop van tijd zal realiseren dat het stigma op falen een negatieve invloed heeft op het ondernemerschap in Nederland.

De maatschappelijke situatie in de VS wordt, door een van de respondenten, als volgt omschreven.

“Er heerst in de VS geen stigma op de managers en ondernemers van bedrijven die opgenomen worden in de Chapter 11 procedure. Het wordt juist vaak gezien als een moment van bezinning, er worden nieuwe strategieën gecreëerd en geïmplementeerd. De meeste belanghebbenden zien Chapter 11 dan ook vaak als de meest positieve oplossing”. (Thomas Salerno, Squire Sanders & Dempsey, 2001)

Deze quote geeft de situatie in de VS weer en beschrijft de duidelijk waar naar er in dit onderzoek en met de onderzoeksdoelstelling van dit rapport, met betrekking tot Nederland, gestreefd wordt.

Curatoren

Allereerst zullen zij zich moeten realiseren dat hun functie, na de wetsaanpassingen zoals beschreven in hoofdstuk 4, verandert. Belangrijk is dat de nadruk gelegd gaat worden op het reorganiseren van ondernemingen in problemen in plaats van het liquideren hiervan. Hun aansprakelijkheid is, zoals besproken in hoofdstuk 4, veranderd en hun takenpakket is hierdoor aangepast. Verder is het van belang dat zij zich meer bekwamen in het reorganiseren van ondernemingen. Dit, doordat zich bij succesvolle implementatie van de TP een markt voor TP's zal ontwikkelen die direct concurrentie zal zijn voor de curatoren. Om/bijscholing zou een goede optie zijn.

“In Nederland moet de situatie echt veranderen! De curatoren moeten de nadruk gaan leggen op het reorganiseren van de onderneming in problemen, in plaats van zoveel mogelijk geld voor de schuldeisers bij elkaar halen. Zij moeten hun mind-set aanpassen”. (Matthew Wilde, PWC, 2001)

Consultants

Belangrijk voor deze belanghebbenden is dat zij zich organisatorisch goed voorbereiden op de komst van de TP. In Amerika hebben de grote adviesbureaus aparte afdelingen voor Turnaround Management. Bij PWC in Nederland hebben ze dit voorbeeld al gevolgd. Om te overleven indien het turnaround management succesvol blijkt kan worden aangenomen dat het opzetten van een TP afdeling van onmiskenbaar belang is.

“Onze Turnaround Management afdeling, in New York, heeft momenteel 125 medewerkers waarvan er 25 daadwerkelijk als TP opereren. Daarmee hebben wij niet eens grote Turnaround Management afdeling in vergelijking

met anderen". (Roy H. Owen, Deloitte Consulting, 2001)

Verder zou om/bijsholing van consultants in reorganisatiespecialisten, in het licht van de nieuwe faillissementswetgeving, een goede optie zijn.

Bijlagen

Bijlage 1: Stigma op falen in Nederland en de VS

Inleiding

In dit rapport rijst de vraag of het stigma op falen in Nederland werkelijk afwijkt van dat in het buitenland, en dan specifiek de VS. Voor beantwoording op deze vraag geeft deze bijlage de uitkomsten van dit onderzoek naar het stigma in de VS en in Nederland. Beweringen uit deze bijlage worden zoveel mogelijk versterkt met uitspraken van respondenten. Het beeld dat wordt neergezet is meegenomen in de uiteindelijke aanbevelingen in hoofdstuk 5. Allereerst wordt de situatie in zoals die in Nederland bestaat besproken. Vervolgens de situatie in de VS. Daarna wordt een vergelijking gemaakt tussen beide landen.

Stigma op falen in Nederland

Binnen de beperkte literatuur over dit onderwerp en uit onderzoek van de ING blijkt dat er verschillende ideeën over faillissement en gefailleerden. Deze paragraaf geeft een beeld over hoe er in Nederland over wordt gedacht. Allereerst wordt de mening van Blom, die in opdracht van 'Graydon'⁶ een onderzoek naar de mening van Nederland over gefailleerde heeft uitgevoerd, besproken. Daarna wordt de uitkomst van de NIPO opiniepeiling, onderdeel van dit gehele project, geanalyseerd. Uiteindelijk worden er verschillende scenario's geschetst met als bedoeling bewijsvoering te geven waarbij duidelijk wordt dat de schuld van een faillissement niet altijd bij de gefailleerde ligt. In de laatste paragraaf wordt een conclusie getrokken omtrent het stigma op falen in Nederland.

⁶ Gerenomeerd onderzoeksbureau gevestigd in Amsterdam

Robert J. Blom

Robert J. Blom⁷ heeft onderzoek verricht naar het Stigma op falen in Nederland. Uit dit onderzoek is gebleken dat de gemiddelde gefailleerde de volgende kenmerken heeft. Deze kenmerken heeft hij beschreven op basis van een onderzoek onder gefailleerden en een onderzoek onder curatoren:

Kenmerken uit het onderzoek onder gefailleerden

De gemiddelde gefailleerde ondernemer is slecht opgeleid en leidt jarenlang een onderneming die feitelijk niet van de grond komt. Het bedrijf wordt doorgaans snel en slecht voorbereid opgericht. Het blijkt zelfs dat de helft van de gefailleerden niet eens over enige ervaring in de branche beschikt. De helft van de gefailleerden meent onterecht een gat in de markt gevonden te hebben. Na vele jaren van verlies denkt de ondernemer er vaak nog niet over om te stoppen. Hierdoor wordt een hogere schuldenlast gecreëerd dan nodig is. De ondernemer ziet zijn disfunctioneren niet en past zijn methode van zakendoen dus ook niet aan. De schuld van het failliet gaan wordt achteraf meestal bij anderen gelegd.

Verder zijn de gefailleerde en zijn/haar omgeving er slecht aan toe nadat het faillissement is uitgesproken. Professionele hulp moet vaak de oplossing bieden.

Kenmerken uit het onderzoek onder curatoren

Gefailleerden tonen duidelijk een vluchtgedrag en weigeren massaal de hand in eigen boezem te steken. Dit doordat ze de situatie niet objectief

⁷ Failliet!; Robert J. Blom, Graydon 1996

kunnen analyseren. Driekwart van de curatoren zegt soms, regelmatig of voortdurend faillissementen tegen te komen die voorkomen hadden kunnen worden. Het slechte functioneren van de ondernemer heeft er volgens hen toe geleid dat het faillissement aangevraagd moest worden.

Conclusie onderzoek onder gefailleerden en curatoren

Uiteraard is de gehele analyse van Blom gegeneraliseerd, waarbij de schrijver een heel negatief beeld van de gemiddelde gefailleerde neerzet. Het idee van een curator over een gefailleerde is absoluut niet positief. Een van de conclusies uit deelonderzoek 2 over hoe geïsoleerd een gefailleerde zich voelt nadat het faillissement wordt uitgesproken lijkt hierdoor nogmaals bevestigd. Dit is een beschrijving die alle gefailleerden in dezelfde hoek plaatst. Naar onze mening wordt de werkelijke situatie als volgt het beste geschetst.

“Een faillissement moet je wel uit kunnen leggen. We moeten niet doen alsof het een statussymbool is als je over de kop gaat. Sommige mensen gaan failliet omdat ze gewoon niet goed zijn”. (KPMG, 2000⁸)

Deze quote impliceert dat er in de groep gefailleerden, zeker een aantal goede ondernemers schuilen. Dat is nu juist de groep waar dit onderzoek zich op richt.

Leereffecten

Volgens de theorieën van het leren zouden de gefailleerden expertise in huis hebben die een unieke bijdrage zou kunnen leveren aan het advies voor banken en participatiemaatschappijen alvorens te gaan investeren in onder-

nemingen. Van sommige gefailleerden mag worden verwacht dat zij als geen ander weten wat de mogelijkheden en onmogelijkheden binnen de markt zijn⁹. Het draait in dat deelonderzoek om de volgende vragen met betrekking tot gefailleerden: waar is hij/zij goed in? Wat heeft hij/zij geleerd? Wat is zijn/haar toegevoegde waarde? Duidelijk is dat dit een paradoxale benadering is ten opzichte van die van Robert J. Blom waarin over het algemeen negatief over de gemiddelde gefailleerde wordt gesproken.

Overmacht

Er zijn redenen aan te wijzen die erop duiden dat het niet altijd de schuld van de gefailleerde is dat ‘zijn’ onderneming faillissement heeft moeten aanvragen. Verschillende situaties of gebeurtenissen kunnen er ook aan bijgedragen hebben, of er de oorzaak van zijn geweest. De grote vraag die constant opkomt is: in hoeverre zijn de kredietverschaffers schuldig? Hadden zij ook niet van tevoren de problemen moeten zien en in moeten grijpen.

Hieronder volgt een lijst met voorbeelden die scenario's beschrijven waarbij het niet altijd de schuld van de gefailleerde is dat hij faillissement heeft moeten aanvragen.

Macro/meso/micro-economische situatie

Van deze drie economische situaties kan gezegd worden dat ze een belangrijke invloed kunnen hebben op het functioneren van een bedrijf. Wanneer het economisch gezien in een land niet goed gaat, gaan er meer bedrijven failliet dan wanneer het goed gaat. Vooral trendgevoelige bedrijven zoals bij-

⁸ Een faillissement staat goed op een cv; Het Financieel Dagblad, 22-06-2000

⁹ Vergert, A. ten en B. van der Weide, Leereffecten van een faillissement: een onderzoek onder herstarters binnen het MKB, Economisch Bureau ING & Ministerie van Economische Zaken, 2001

voorbeeld in de ICT sector hebben het daar moeilijk mee. Een ondernemer of een manager die zijn vak in principe goed verstaat kan zo de dupe worden van de conjunctuur.

Fraude van werknemers binnen de organisatie

Wanneer eigen werknemers zich bezig houden met het oplichten van de zaak, kan een bedrijf echt in de problemen komen

Hogere lonen in andere sectoren

Door een beter vraag en aanbod in andere markten verliest een ondernemer werknemers. Bijvoorbeeld in de beveiliging, waar alle overheidsmedewerkers nu voor particuliere ondernemingen gaan werken.¹⁰

Krapte op de arbeidsmarkt

Hierdoor wordt alle personeel duurder. Bedrijven die te maken hebben met een hoge concurrentiegraad en daardoor een marginale winst maken, zullen moeilijkheden krijgen met oplopende (personeels)kosten.

Uit het NIPO-opiniepeiling die ten behoeve van de drie deelonderzoeken is uitgevoerd, blijkt dat het Nederlandse bedrijfsleven niet tot nauwelijks rekening houdt met de hierboven genoemde redenen tot faillissement. Het is niet altijd de schuld van de gefailleerde, de reden kan overmacht zijn.

Samenvatting Nederland

Ondanks de vele ‘verzachtende omstandigheden’ die in de hiervoor geschreven paragraaf zijn aangevoerd blijft het feit bestaan dat het Stigma op Falen in Nederland hoog is. Eerdere deelonderzoeken en de mening van de heer Blom zijn een goede weerspiege-

ling van hoe het Nederlandse bedrijfsleven over faillissementen en gefailleerden denkt. Er zijn echter wel voorbeelden te vinden waaruit blijkt dat het stigma op falen in Nederland aan het dalen is. Hieronder volgen enkelen.

“Zo’n jongen [een failliete ondernemer] heeft de klappen van de zweep gevoeld. Hij kent de grillen van de internetindustrie. Daar kun je wat mee”. (Sander van ’t Noordende, Accenture, De Volkskrant 29-12-2000)

“Je moet nee durven zeggen. Ik werkte zeven dagen per week, maar dat was niet voldoende. De Nederlandse markt bleek te klein voor ecologische schoonmaakmiddelen”. (Gefailleerde ondernemer, De Volkskrant, 29-12-2000)

Een betere omschrijving van de gefailleerden zou zijn, dat er inderdaad een groot aantal gefailleerden zijn die hebben gefaald, maar dat anderen de dupe zijn geweest van overmacht. Geconcludeerd kan worden dat binnen de gehele groep gefailleerden zeker talentvolle managers/ondernemers aanwezig zijn. Deze zouden niet gebukt moeten gaan onder het juk dat het stigma op falen met zich meebrengt.

Dit is de reden dat dit onderzoek is uitgevoerd. Het stigma op falen in Nederland belemmert die gefailleerden die wel goed zijn, maar pech hebben gehad. Het is zonde om de kennis en knowhow van deze gefailleerden weg te gooien. Een herintegratie van deze gefailleerden is dan ook belangrijk. Hiervoor zal wel eerst het stigma op falen in Nederland verlaagd moeten worden..

¹⁰ NOS 2001

Uitkomsten onderzoek VS

Het stigma op falen lijkt in de Verenigde Staten lager te zijn dan in Nederland. Iedere respondent is gevraagd naar zijn of haar mening over het stigma. Van de totaal 23 ondervraagden (in de VS) was er niemand die vertelde dat er inderdaad een stigma op falen bestaat in de VS. Zeker niet wanneer het gefailleerden betreft die slechts één faillissement hebben meegemaakt. Sterker nog, alle ondervraagden spreken over het ‘voordeel’ dat gehaald kan worden uit het feit dat iemand slechte tijden (faillissement) heeft meegemaakt. Deze slechte tijden worden dan veroorzaakt door economische achteruitgang, hoge mate concurrentie, slecht management (wat niet verward moet worden met ‘mismanagement’) of fraude door werknemers. Het volgende statement kan na het afleggen van de interviews gemaakt worden:

“Leren van gemaakte fouten ziet de Amerikaanse werkgever, investeerder of financier als een pré”.

Hierbij wordt uitgegaan van de theorie dat iemand leert van gemaakte fouten. In de VS wordt falen meer gezien als een leereffect en mensen zullen niet schromen om in de toekomst opnieuw zaken met je te doen.

“Als je in de VS herstart, zeggen leveranciers tegen elkaar, aan die persoon moet je leveren, want die kan het zich niet permitteren opnieuw de fout in te gaan. Bij ons is het: met hem moet je geen zaken doen, want hij zal wel weer failliet gaan”. In Nederland heerst de loser-mentaliteit terwijl in de VS er een winners-benadering bestaat. (Blom, Bron: Management Team 1998)

Volgens William Bygrave¹¹ is het grote verschil tussen de VS en andere landen dat je in de VS niet ‘gestraft’ wordt voor je fouten. Het komt er feitelijk op neer dat in de VS failliet gaan niet met een negatieve stempel bedrukt wordt, waar dat in Nederland wel zo is. In de VS geloven ze dat je failliet kunt gaan zonder dat het direct je eigen schuld is.

“We denken dat het beter is om (ex) gefailleerden aan het werk te houden, ervoor te zorgen dat ze mee blijven draaien. Ze hebben een bepaalde ervaring die waardevol kan zijn, we hebben niets aan mensen die thuis blijven zitten.” (Sam Gerdano, American Bankruptcy Institute, 2001)

Deze quote geeft duidelijk weer wat het idee is van de gemiddelde Amerikaanse werkgever is over gefailleerden. Mensen die failliet zijn gegaan moeten nog een kans krijgen. Deze respondent is afkomstig van het ‘American Bankruptcy Institute (ABI)’, een instituut dat de trends in de faillissementswetgeving volgt. Tevens voorziet ABI in cursussen op het gebied van faillissementswetgeving en organiseert zij congressen.

Op de vraag, welke redenen er zijn om (ex)gefaillieerden juist wèl een stigma te geven, werd (ook door alle 23 ondervraagden) geantwoord dat fraude en aantoonbaar (opzettelijk) mismanagement onacceptabel zijn. De dragen negatief bij aan het stigma op falen. Het is dus ook echt niet zo dat een gefailleerde op handen gedragen wordt na het faillissement, maar een keer de fout in gaan is absoluut geen ramp. Zeker niet wanneer het de fouten zijn die eer-

¹¹ Succesvolle mislukkingen: failliete ondernemers moeten een nieuwe kans krijgen; A. de Haas, 1998

dergenoemd zijn (economie, concurrentie, etc.).

Hoe wordt bepaald of een gefailleerde van zijn fouten geleerd heeft? Uit analyse van de interviews is gebleken 16 van de 23 respondenten het volgende antwoord hebben gegeven. Allereerst wordt gekeken naar de eerdergenoemde redenen van faillissement. Indien er geen sprake is van grof mismanagement of fraude, wordt de volgende fase ingegaan. De nieuwe werkgever, investeerder en/of financier zijn dan van mening dat de gefailleerde geleerd heeft van zijn fouten. Op de volgende pagina kunt u een schematische weergave van deze stappen vinden. De andere 7 respondenten hadden geen specifieke mening omtrent deze vraag. Gefailleerden die wel geleerd hebben, weten waar eventuele gevaren zitten. Een gefailleerde kijkt dan op een andere manier naar een bedrijf.

“Hij of zij ziet en kent de momenten waarop het mis kan gaan. Juist dat is een voordeel. Wat wel erg belangrijk is, is dat de gefailleerde bereid is om te leren van zijn fouten en te luisteren naar het advies van anderen”. (Michael Forgione, Fortis Capital Holdings, 2001)

Veel ondervraagden gaven aan dat het belangrijk is dat je je eigen vaardigheden kunt “verkopen”. Een eventueel faillissement maakt dan echt niet meer zoveel uit.

“We zijn niet geïnteresseerd in wat iemand heeft gedaan, maar wat iemand kan doen. Oftewel een functioneel curriculum heeft voor ons een hogere waarde dan een chronologisch curriculum”. (Richard T. Meyer, Executive Transitions, 2001).

Figuur b1 dient ter aanvulling van de stappen zoals die eerder beschreven zijn.

Er zijn ook gevallen bekend waarbij gefailleerden worden ingezet op projecten juist omdat zij hierin ervaring hebben. Dit gebeurt vooral bij de “Chapter 11” zaken, waarin de gefailleerde in die gevallen als “Turnaround Professional” wordt ingezet.

“Het is een gewoonte van mij om mensen met faillissementservaring aan te bevelen voor Chapter 11 zaken. Zij staan bij in het reorganisatieproces, deze mensen ken ik uit hun eigen faillissement en zitten in mijn netwerk.” (Thomas Salerno, Squire Sanders & Dempsey, 2001)

Een ander voorbeeld van gefailleerden die in het hierboven genoemde netwerk zitten komt uit de Venture Capital wereld.

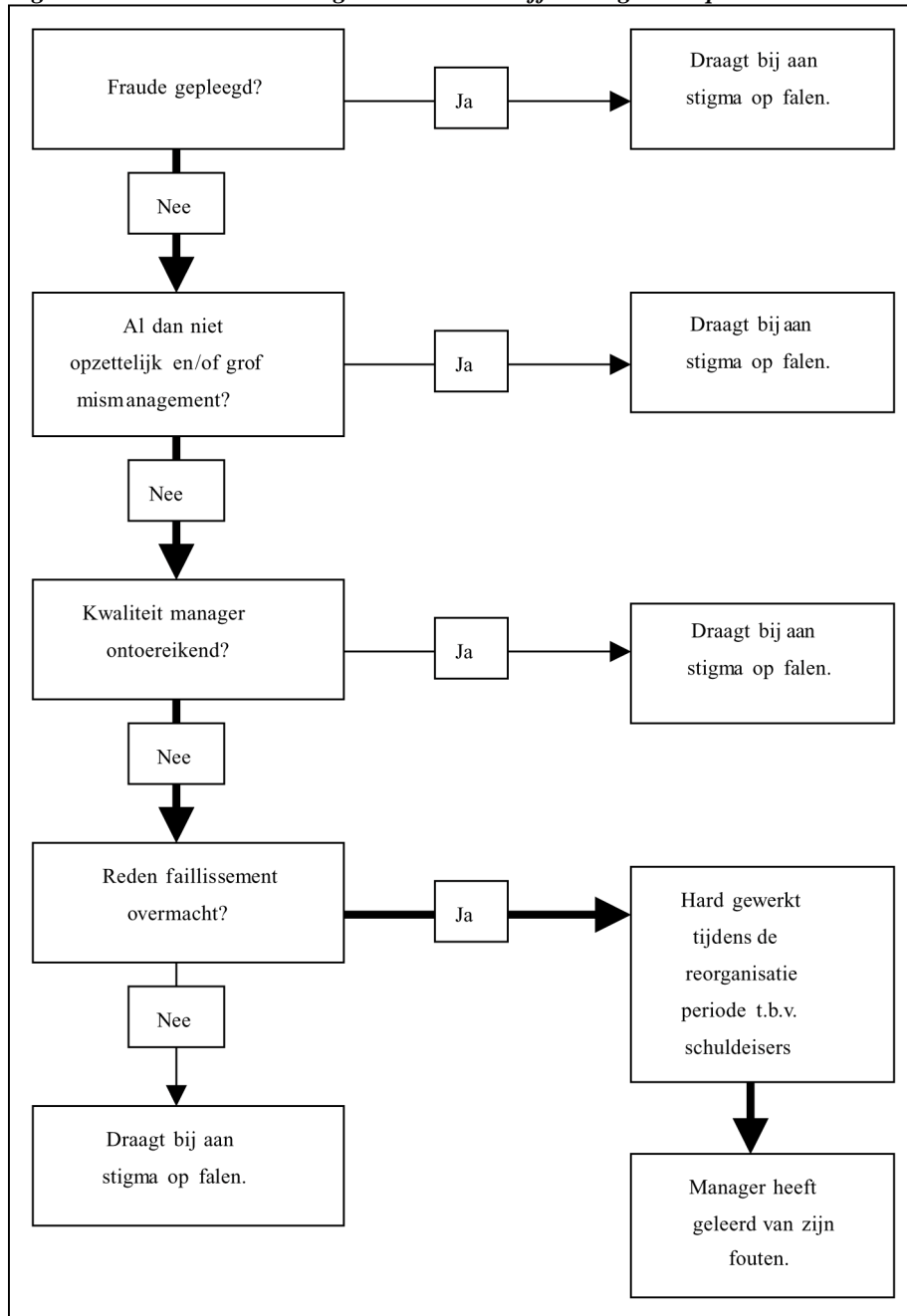
“We hadden geïnvesteerd in een bedrijf in Boston. Het bedrijf ging helaas failliet, echter het management team van dat bedrijf was best capabel. Zo hebben we dat hele team opgepakt en in een ander bedrijf geplaatst waar wij ook in geïnvesteerd hadden”. (Erik Janssen, Pequot Capital Management, Inc., 2001)

Dit zijn interessante voorbeelden die wederom het beeld bevestigen over de denkwijze over gefailleerden in de Verenigde Staten.

Samenvatting VS

De ondervraagden hebben allemaal de vraag voorgelegd gekregen wat hun mening is over gefailleerde mensen. Het is inderdaad gebleken dat er in de VS anders gedacht wordt over gefailleerden dan in Nederland. Het wordt echter wel duidelijk dat het in de VS

Figuur b1 Schematische weergave van het leereffect volgens respondenten



geen pré is wanneer je een faillissement achter je naam hebt staan. Het betekent toch dat je fouten hebt gemaakt. Echter, indien kunt aantonen dat je hard wilt werken en dat je geleerd hebt van je fouten (zie figuur b.1.1), krijg je alle kansen van de wereld en maakt het verleden niet uit. Een gefailleerde wordt niet met de nek aangekeken, hij of zij krijgt te horen dat ze een nieuwe kans krijgen. Zoals de quote van Thomas Salerno reeds

aangaf, zijn er inderdaad gevallen bekend waarbij het van belang is dat mensen zelf faillissementservaring hebben opgedaan. Dezen kunnen dan worden ingezet als de eerdergenoemde “Turnaround Professionals”, in Chapter 11 zaken.

Samenvatting VS & Nederland

De situatie in Nederland en de VS blijken van elkaar te verschillen. In Ame-

rika bieden het bedrijfsleven en de kredietverschaffers aan gefailleerden de ruimte om te leren van hun fouten. Hierdoor hebben deze gefailleerden weer de mogelijkheid om opnieuw van start te gaan. Kennis en knowhow wordt niet overboord gegooid, maar blijft binnen de economie. In Nederland zijn we nog niet zover. Er zullen veel aanpassingen en concessies gedaan moeten worden willen zijn dit kunnen bereiken. Deze worden besproken in hoofdstuk 5, conclusies en aanbevelingen. Het belangrijkste doel voor Nederland zal het laten dalen van het stigma op falen zijn. Hierdoor wordt de drempel voor herintegratie van gefailleerden verlaagd. Belangrijk is echter wel dat alleen de juiste gefailleerden opnieuw kunnen beginnen. In de VS kijkt men naar verschillende aspecten en wordt bepaald of de gefailleerde wel of niet heeft geleerd van de gemaakte fouten.

Bijlage 2: Het wat en hoe van een faillissement

Inleiding

Ter verduidelijking van de stof is deze bijlage toegevoegd. Hij geeft een kort uitleg van de belangrijkste stappen en documenten met betrekking tot een faillissement. De volgende onderdelen worden toegelicht.

- Wat is een faillissement?
- Wat vindt u in de faillissementsstukken?
- Hoe vindt u een faillissement?
- Hoe vindt u de stukken over het faillissement?
- Literatuur.

Verder zal er ter verduidelijking een woordenlijst zijn toegevoegd waarin de belangrijkste terminologie kort wordt uitgelegd.

- Woordenlijst.

Wat is een faillissement?

Als iemand niet meer in staat is zijn financiële verplichtingen na te komen, kan aan de rechtbank gevraagd worden om hem failliet te verklaren. Een dergelijk verzoek wordt gedaan in de vorm van een rekest. Zo'n rekest kan door de betrokkene zelf worden ingediend of door een of meer van zijn schuldeisers. Na onderzoek kan de rechtbank reageren met een vonnis, waarin wordt vastgesteld dat de betrokkene blijkaar heeft opgehouden te betalen en dat hij daarom in staat van faillissement wordt verklaard. Tevens wordt dan een curator benoemd. Het is de taak van de curator te bekijken welke lasten en baten de faillietverklarde heeft, bij wie hij schulden heeft en hoe die zo goed mogelijk kunnen worden vereffend. Is alles afgehandeld (wat soms jaren kan duren), dan komt aan

het faillissement een einde. Niet alleen individuen kunnen failliet worden verklaard, maar ook rechtspersonen, zoals bedrijven. Voor 1896 konden alleen kooplieden failliet worden verklaard. Andere personen werden in 'staat van kennelijke onvermogen' verklaard.

Van alles wat er gebeurt nadat iemand failliet is verklaard worden stukken opgemaakt. Deze stukken vormen een faillissementsdossier. Zulke dossiers zien er niet altijd hetzelfde uit. Bij sommige rechtbanken worden alle stukken over een faillissement bij elkaar bewaard. De stukken die dan samen het faillissementsdossier zouden moeten vormen zijn op meerdere plaatsen in het archief van de betreffende arrondissementsrechtbank te vinden. De archieven van de arrondissementsrechtbanken worden bewaard in de rijksarchieven in de verschillende provincies.

Wat vindt u in de faillissementsstukken?

De volgende stukken worden in het kader van een faillissement in het archief van een arrondissementsrechtbank bewaard.

Rekesten

Daarin wordt met redenen omkleed aan de rechtbank verzocht om iemand failliet te verklaren.

Het vonnis

Daarin stelt de rechtbank vast dat iemand heeft opgehouden te betalen en hij om die reden in staat van faillissement wordt verklaard. Bij dit vonnis worden ook een rechter-commissaris en een curator benoemd.

Proces-verbaal van de verificatievergadering

In deze vergadering wordt vastgesteld wie schuldeisers zijn en voor hoeveel. Dit proces-verbaal kan de volgende stukken bevatten.

- Een lijst van erkende schuldvoor-
dingen, met namen en bedragen.
- Een verslag over de stand van de
boedel. Hieruit blijkt wat de be-
trokkene nog heeft en wat dat kan
opbrengen. Bij bedrijven blijkt
hieruit ook wat er nog aan.
- Een boedelbeschrijving een verslag
van de curator over wat hij heeft
aangetroffen. Hieruit is op te ma-
ken waaraan het faillissement is te
wijten. Bij bedrijven bevat het veel
gegevens over het doen en hande-
len van directie en bestuurders,
over bedrijfsvoering en dergelijke.

Stukken over een eventueel akkoord

Een voorstel van de schuldenaar aan de schuldeisers tot gedeeltelijke betaling van de schuld. Soms gaan schuldeisers daarmee akkoord.

Slotuitdelingslijsten

Hierin staat precies hoeveel iedere schuldeiser had te vorderen en wat hij uiteindelijk heeft gekregen. Deze lijsten kunnen ook namen van perso-
neelsleden bevatten, die nog loon had-
den te vorderen. Meestal zijn ook
voorafgaande voorlopige uitdelings-
lijsten aanwezig.

Hoe vindt u een faillissement?

Er zijn verschillende manieren om een faillissement te achterhalen.

- Via het handelsregister van de Ka-
mer van Koophandel. Als een be-
drijf is beëindigd tengevolge van
een faillissement wordt in het dos-
sier van het betreffende bedrijf de
plaats en datum van het vonnis
vermeld.

- Via het vennootschapsregister bij
de rechtbanken. In de akte waarin
een vennootschap wordt beëindigd
staat of dat een gevolg is van een
faillissement. De plaats en datum
van het vonnis worden vermeld.
Dikwijls is er een klapper op ven-
nootschapsregisters.
- Begin en einde van faillissementen
worden in de Staatscourant gepu-
bliceerd. Iedere jaargang van de
Staatscourant bevat een klapper met
verwijzingen naar de plaats van dat
jaar is te vinden. Zo kunt u de
plaats en datum van het faillisse-
mentsvonnis achterhalen.
- Faillissementen worden ook in
kranten gepubliceerd. Het Centraal
Bureau voor Genealogie in Den
Haag heeft een knipselverzameling
waarin ook faillissementsvermel-
dingen in kranten voorkomen. Deze
verzameling is alfabetisch geor-
dend op familienaam.
- Via het faillissementsregister (vol-
gens artikel 19 van de Faillisse-
mentswet). Sinds 1896 is iedere ar-
rondissementsrechtbank verplicht
een register aan te leggen, waarin
de loop van ieder faillissement
wordt bijgehouden. Dit register be-
vat meestal een klapper. Het faillis-
siment wordt uitgesproken door de
rechtbank in het arrondissement
waarbinnen de betrokkene woont
of waar het bedrijf is gevestigd.

Hoe vindt u de stukken over het faillissement?

Weet u eenmaal door welke arrondis-
sementsrechtbank een faillissement is
behandeld dan kunt u in het archief van
die rechtbank de stukken vinden. Die
archieven worden bewaard in het rijks-
archief van de provincie waar de recht-
bank gevestigd is.

De stukken over faillissementen zijn in de toegangen op de archieven van de arrondissementsrechtbanken te vinden onder de civiele zaken. In ieder geval bevat ieder rechtbankarchief series vonnissen en rekwesten. Meestal zijn er aparte series over faillissementen. Zoals hierboven al werd vermeld, zijn er soms dossiers gevormd van alle stukken die na het vonnis werden opgemaakt en soms zijn de stukken in afzonderlijke series geborgen. Er zijn dan series van processen-verbaal van verificatievergaderingen, van uitdelingslijsten enz. Meestal zijn hierop klappers aanwezig, zodat de gezochte stukken gemakkelijk zijn te vinden.

Literatuur

De wetgeving rond faillissement staat in het Wetboek van Koophandel en in de Faillissementswet. Gegevens over faillissementsbescheiden zijn te vinden in Werkboek rechterlijke archieven 1838-1940, onder redactie van R. Huijbrecht, uitgegeven door de Rijksarchiefdienst.

Begrippenlijst

Failliet: toestand waarin iemand op grond van een rechtelijk vonnis verkeert, die niet meer in staat is zijn financiële verplichtingen na te komen.

Rekwest: schriftelijk verzoek aan een overheidsorgaan, bijvoorbeeld de rechter, om een bepaalde maatregel te nemen.

Schuldeiser: degene die van een ander geld heeft te vorderen.

Schuldenaar: degene die aan een ander geld schuldig is.

Vonnis: beslissing van de rechter waaraan ieder zich heeft te houden.

Curator: advocaat die door de rechtbank wordt benoemd om voorzieningen te treffen in een faillissement.

In staat van kennelijk onvermogen: vóór 1896 konden alleen kooplieden failliet worden verklaard. Voor anderen gold deze term.

Serie: een chronologisch geordende reeks van hetzelfde soort bescheiden.

Verificatievergadering: vergadering waarin wordt vastgesteld welke schuldvorderingen op degene die failliet is worden erkend.

Schuldvordering: een eis om iets te betalen omdat men iemand iets heeft geleverd of iets voor hem heeft gedaan.

Klapper: alfabetische namenlijst.

Handelsregister: sinds 1921 onderdeel van de Kamer van Koophandel, waar gegevens over bedrijven worden geregistreerd.

Vennootschapsregister: boek waarin vóór 1921 door de rechtbank/kantonrecht akten van vennootschap en de wijzigingen daarin werden ingeschreven.

Civiele zaken: geschillen tussen burgers waarin de rechter beslist.

Bijlage 3: Artikelen

Faillissementswet en risico nemen

Straft de Nederlandse Faillissementswet het nemen van risico's af of wordt dit juist gestimuleerd? De Faillissementswet is sterk gericht op de bescherming van de belangen van de schuldeiser. Dit kan gunstig zijn voor de bereidheid van financiers om kapitaal te verschaffen, maar kan ook averechts uitpakken op de bereidheid van mensen risico's te nemen en een bedrijf te starten. Vaak rust er een stigma op falen.

De Nederlandse Faillissementswet kent weinig mogelijkheden voor bedrijven die in moeilijkheden komen dit op te lossen. Oorspronkelijk was hiervoor het uitstel of surséance van betaling bedoeld, maar die lijkt in ons land niet goed te functioneren. Helemaal in vergelijking met een land als de Verenigde Staten. In de Verenigde Staten lijkt het aantal surseances dat leidt tot een faillissement veel kleiner te zijn dan in Nederland (23% t.o.v. 73%).

Hoewel een vergelijking van rechtstelsels altijd lastig is, zijn er een aantal opvallende verschillen tussen de Amerikaanse en Nederlandse Faillissementswet. Het Amerikaanse faillissementssysteem is gericht op het bewerkstelligen van een reorganisatie en sterk gericht op de belangen van de schuldenaar. Via Chapter 11 kent de Amerikaanse wet uitgebreide reorganisatiemogelijkheden voor ondernemingen in moeilijkheden. Zo heeft de schuldenaar 120 dagen de tijd om een reorganisatieplan op te stellen, hebben nutsbedrijven een doorleveringsplicht en zijn ook banken verplicht mee te werken aan een reorganisatie. Daarnaast kan de

Amerikaanse rechter onwillige schuldeisers die niet willen meewerken aan een saneringsplan dit dwingend opleggen via een dwangakkoord. Dit zijn allen mogelijkheden die de Nederlandse wet niet kent.

<http://www.minez.nl> (artikel over de faillissementswet, 2001)

...of voortekenen?

Het bedrijfsleven geeft de belangrijkste signalen af over de stand van zaken in de economie. Niet de overheid, de planbureaus of de economen, zelfs niet de beurs. Die reageren doorgaans op wat ondernemingen presteren. De huidige signalen stemmen niet tot optimisme.

Het voorjaar van 2001 was de tijd van de winstwaarschuwingen. Het ene na het andere bedrijf liet weten dat de winst- en omzetverwachtingen voor de komende boekperiode naar beneden moeten. Zoiets kan snel gaan. Veel ondernemingen zeiden aan het begin van dit jaar nog rekening te houden met toprendementen. Verzadigde markten, afnemend consumentenvertrouwen en teruglopende investeringen leidden ertoe dat het optimisme plaatsmaakte voor neerwaartse bijstellingen en een tempering van de enthousiaste toon.

Dat laatste is als signaal veelzeggend. De periode 1995-2001 was een aaneenschakeling van vette jaren waarin veel ondernemingen record op record boekten. Het was de tijd van de explosief stijgende beurskoersen, de nieuwe markten, ja zelfs de proclamatie van een geheel 'nieuwe economie'. De toonzetting was er een van groot vertrouwen in de markt. Koersen konden niet meer stuk. Een generatie managers

en werknemers trad aan die nog nimmer een conjunctuurval – laat staan een recessie – had meegemaakt. Het was de ICT-sector die het voor het zeggen had, ondernemingen die handelden in informatie, communicatie en technologie. Hun domein was het internet. Iedereen liep met ze weg, of het nu de aandeelhouders waren, de beurs, de overheid of de zakengoeroes. Uiteindelijk sloeg hun pioniersmoed om in overmoed.

Zo is er veel lucht in dit deel van het bedrijfsleven gepompt en ging het van euforie zweven. Vrij plotseling is de luchtbel doorgepikt. Voor velen is de landing die zich nu voltrekt hard en schokkend. Voorbeelden genoeg, hoewel lang niet alles is uitgekristalliseerd en er nog heel wat te reconstrueren valt over het hoe en waarom van de mislukken bij World Online, UPC en KPN, om enkele binnenlandse getroffen te noemen. Het gelijk komt altijd achteraf. Op het moment zelf leek iedere aankoop en ieder bod van een bedrijf als KPN, waardoor het nu zo in problemen is gekomen, logisch en te rechtvaardigen. Sterker nog: schaars waren de stemmen die waarschuwingen lieten horen. De groei kon niet op. De ICT-sector kende zijn eigen, nieuwe wetten.

Helaas. De afgelopen maanden toonden het tegenovergestelde aan. Steeds hogere verliezen zijn niet langer een voorwaarde voor succes op de beurs; bij slechte kwartaalcijfers en winstwaarschuwingen stort het aandeel zoals het hoort gewoon in. Dit geeft de fixatie van veel bedrijven op beurskoers en korte termijn gewin een dimensie die tot zelfonderzoek noopt. Verder zijn schulden ineens weer wat ze voorheen ook waren: bergen geleend geld met een rentelast waar de bank wekelijks over komt zeuren. Bij wanbetaling

dreigt faillissement. Het stemt tot nadenken. De nieuwe economie is als het nieuwe wasmiddel: het is nieuw omdat er nieuw op de verpakking staat. Maar overigens gelden onverkort de oude wetten. Dat is behalve een geruststelling vooral een zorg. Het betekent dat we pas aan het begin van een grote snering staan.

<http://www.nrc.nl/nieuws/opinie/993879845943.html>

Stad Berlijn gaat bijna failliet na mismanagement

Door Willem Wansink, Berlijn 25 mei 2001

Berlijn staat aan de rand van het faillissement. De deelstaat heeft een strop opgelopen van 4 tot 5 miljard mark als gevolg van mismanagement bij de Berlijnse staatsbank (Bankgesellschaft Berlin). De officier van justitie heeft een onderzoek ingesteld tegen de top van de bank.

De problemen zijn ontstaan na een reeks riskante onroerendgoedtransacties in de jaren negentig. Met een belang van 56,6 procent is Berlijn de grootste aandeelhouder van de Bankgesellschaft. Het geldinstituut is een van de tien belangrijkste banken in Duitsland. Eerder deze week werd bekend dat de Bankgesellschaft niet langer in staat is om kredieten te verstrekken, omdat de verhouding tussen eigen kapitaal en uitstaande leningen onder de zeven procent is gezakt. De Duitse kredietwet vereist een dekkingspercentage van ten minste acht procent.

Het stadsbestuur, onder leiding van burgemeester E. Diepgen (CDU), heeft nu besloten vier miljard uit te trekken om de bank voor het faillissement te redden. Aangezien de stad het geld niet heeft, ontstaan er nieuwe schulden. De

algemene rekenkamer van Berlijn waarschuwde al dat het geld – tien procent van de begroting – niet kan worden opgehoest zonder een beroep te doen op de Duitse staat. Daarmee dreigt Berlijn onder curatele te komen staan.

Sinds de Duitse eenwording van 1990 verkeert Berlijn in grote financiële moeilijkheden. Al jaren wordt bezuinigd op openbare instellingen als zwembaden, ziekenhuizen, scholen en theaters. De totale schuldenlast van Berlijn bedraagt miljard mark. Met bijna 20.000 mark per hoofd van de bevolking is de schuldenlast twee keer zo hoog als in andere Duitse deelstaten. Vooral de top van de onroerendgoedfinancier Berlin Hyp, een van de onderdelen van de bank, ligt onder vuur. De problemen vloeien voort uit de belangenverstrengeling tussen de regerende politici in Berlijn en de bank.

<http://www.nrc.nl/nieuws/economie/990790360858.html>

Markt moet rol krijgen bij bankenrisico

Door Maarten Schinkel, Amsterdam,
15 juni 2001

Het kredietrisico dat banken lopen moet beter zichtbaar worden gemaakt voor de buitenwereld. Banken zouden daartoe een kwart van hun kapitaal moeten aantrekken door uitgifte van achtergestelde leningen. De koers van die leningen, en daarmee het effectieve rendement, geeft dan een indicatie van de risico's die de financiële markten een bank toedichten.

Dit heeft H. Benink, die hoogleraar wordt aan de faculteit Bedrijfskunde aan de Erasmus Universiteit, vanmiddag betoogd in zijn inaugurele rede. Het voorstel is een toevoeging op een

nieuwe internationale richtlijn voor banktoezicht, die eind dit jaar in werking moet treden.

Het vorige systeem stamt uit 1988, toen centrale banken in het Bazelse akkoord afspraken dat de banksector voortaan acht procent eigen vermogen aan moest houden tegenover hun uitgezette kredieten. Die kredieten werden daarbij gewogen naar risicograad. Bedrijfskredieten wogen voor honderd procent mee, kredieten aan overheden van Westerse landen werden juist als risicovrij gezien, waarvoor geen kapitaal opzij hoefde te worden gezet.

Bazel II, dat eind dit jaar wordt ingevoerd, verfijnt de risicoweging. Grotere banken mogen daarbij hun eigen interne risicomangement gebruiken om te bepalen hoeveel kapitaal zij opzij moeten zetten voor eventuele stroppen. Benink betoogt dat het gevaar bestaat dat banken hun eigen risico's structureel te laag inschatten, en daarom te weinig kapitaal opzijzetten. Het verplicht aantrekken van een kwart van het benodigde kapitaal in de vorm van achtergestelde leningen kan dat volgens hem verhelpen. Achtergestelde leningen geven bij een faillissement geen recht op een uitkering. Vandaar dat de koers (en daarmee het effectieve rendement) van deze leningen, die verhandelbaar moeten zijn op de financiële markten, de beste indicatie geeft voor het risico dat de bank die ze uitgeeft loopt. Door het rendement op de leningen te vergelijken met het risicoprofiel dat de bank zelf rapporteert aan de toezichthouder, kan vervolgens worden vastgesteld of de betreffende bank haar eigen risico's niet lager inschat dan beleggers in die bank dat doen.

Het idee om een deel van het bankenkapitaal met achtergestelde leningen te

financieren stamt al uit 1983, maar volgens Benink is de discussie de laatste jaren weer in een stroomversnelling geraakt. Binnen de Amerikaanse centrale banken gaan steeds meer stemmen op om achtergestelde leningen verplicht te maken voor de bankensector, zij het dat er nog geen consensus over is.

<http://www.nrc.nl/nieuws/economie/992604713460.html>

Bankruptcy Bid by US Sunbeam

By R. Atlas & J. Tanner, New York, Thursday 8 February 2001

Sunbeam Corp yesterday filed for Chapter 11 bankruptcy protection, the latest step in a nearly three-year effort to recover from an accounting scandal and a series of acquisitions that left it with debts of \$US2.6 billion (\$A4.7 billion).

The filing came as little surprise to investors in Sunbeam's stock, which sold for 51 US cents a share on Tuesday when the New York Stock Exchange suspended trading in it and began working to delist it. The stock had traded for as much as \$US6 last March. With just \$US15 million in cash on February 2, according to yesterday's filing, Sunbeam had little choice but to file for bankruptcy. "They were so dangerously leveraged, they had too much wind in their face to overcome," said Friedman, Billings and Ramsey analyst Rommel Dionisio. "There was no breathing room, no margin for error."

As part of the reorganisation plan for the company, which makes Oster blenders, Coleman camping equipment and Sunbeam household appliances, banks that had made a combined commitment to lend \$US1.7 billion have

now agreed to provide another \$US285 million to let Sunbeam stay in business. This arrangement gives the lenders first claim on a company's assets. Since Sunbeam is still losing money, banks were unlikely to lend more without this secured status, loan traders said.

Problems at Sunbeam surfaced in 1998, when the company's then-chief executive, the turnaround expert Albert Dunlap, artificially boosted sales by getting retailers to accept more goods than they could possibly sell. At the same time, Sunbeam was struggling with debt, including the \$US1.7 billion bank loan it had taken on earlier that year after making three acquisitions. The loan was made by Morgan Stanley & Co, First Union Corp and Bank of America Corp.

After Sunbeam's accounting irregularities became known, the banks were unable to sell portions of the loan to other lenders, as is customary with syndicated loans. Sunbeam's current chief executive, Jerry Levin, who succeeded Mr Dunlap, has struggled to revive profits, even as he negotiated with lenders to reduce debt. At the same time, Mr Levin had to cope with shareholder lawsuits and an investigation by the US Securities and Exchange Commission. Last November, Sunbeam disclosed that the US federal agency expected to file charges against the company.

Before joining Sunbeam, Mr Levin was a strategist for the financier Ronald Perelman, who owns 14.1 million shares, or about 14 per cent of Sunbeam. Mr Perelman acquired the shares in February 1998, when Sunbeam bought Coleman Co from his holding company, MacAndrews & Forbes. The sale closed just weeks before Sun-

beam's accounting irregularities became apparent. "Like every other stockholder, MacAndrews & Forbes was victimised by what happened at Sunbeam," a spokesman for Mr Perelman said yesterday. While Mr Levin managed to restore some stability to Sunbeam and repair relationships with suppliers and discount retailers, sales were still down 9.6 per cent in the first nine months of 2000.

The company blamed a weakening economy. Mr Levin, who has been negotiating with the banks for several months to restructure their loan, said yesterday that the lenders would ultimately emerge with control of Sunbeam. "The company will be owned 100 per cent by the banks," he said. Both Bank of America and First Union disclosed in the third quarter of 2000 that they expected to write down the value of a large corporate loan before the end of the year. While neither bank would identify the borrower, it is widely believed to be Sunbeam. A spokeswoman for First Union and a spokesman for Bank of America declined to comment on the bankruptcy filing. Morgan Stanley said only that "Sunbeam's filing was well anticipated, and we are comfortable with our asset mark."

Diversified manufacturer, GUD, said yesterday that Sunbeam Australia had no connection with US company Sunbeam Corp. GUD managing director Ian Campbell said Sunbeam small appliances sold in Australasia were designed, sourced, manufactured and marketed by GUD's wholly owned subsidiary, Sunbeam Victa Corporation Limited.

<http://www.theage.com.au/business/2001/02/08/FFXJ3SVVIC.html>

Faillissement vaak basis van succes

Noordwijk (ANP)

Ondernemers die ooit failliet zijn gegaan, blijken daarna meer succes te hebben dan ondernemers die geen bankroet achter de rug hebben. Dit blijkt uit een Europese studie van de Boston Consultancy Group (BCG).

De eerste resultaten daarvan werden donderdag gepresenteerd in Noordwijk, waar minister Jorritsma van Economische Zaken de gastvrouw was bij een studiebijeenkomst over faillissementen. Ondernemers die failliet gaan, leren van hun fouten en zijn daardoor meer succesvol, zegt dr. A. Meipöchler, vice president van BCG. Zij onderzocht vijfhonderd ondernemingen. In het onderzoek vergeleek zij de resultaten van ondernemers die ooit bankroet gingen, de zogeheten herstarters, met die van hun collega's. De herstarters zagen in de periode van 1993 tot en met 1998 hun omzet sterker stijgen, en dat gold ook voor het aantal werknemers. Minister Jorritsma wil af van de faillissementswet, die uit 1893 dateert. Het merendeel van de ondernemers gaat na uitstel van betaling failliet. Ze worden volgens Jorritsma onvoldoende aangemoedigd om het daarna opnieuw te proberen.

Een wetsontwerp dat ondernemers meer kansen moet bieden om uit het financiële dal te klimmen, ligt inmiddels bijna een jaar bij de Tweede Kamer. De aarzelingen in het parlement weerhouden de bewindsvrouw er niet van om een tweede wetsontwerp voor te bereiden dat verder gaat. In het wetsvoorstel dat nu bij de Tweede Kamer ligt, verliezen de belastingdienst en sociale fondsen hun bevoorrechte

positie en moeten zij bij faillissement gewoon aansluiten in de rij van schuldeisers. De positie van de banken wordt aangetast, doordat de bewindvoerder in een periode van maximaal vier maanden voorraden en andere bezittingen uit handen van de banken kan houden. Bovendien kan de rechter een "dwangakoord" opleggen, als schuldeisers dwars blijven liggen.

Een volgend wetsontwerp zou moeten voorkomen dat fiscus en banken in een onderlinge wedloop het onderpand naar zich toe proberen te trekken. Bovendien zou het de positie van de werknemers nader moeten regelen. De tweedaagse bijeenkomst in Noordwijk is vooral bedoeld om te leren van de ervaringen rond faillissementen en wetgeving in andere Europese landen. Later deze maand volgen hoorzittingen met maatschappelijke organisaties. De banken zijn niet enthousiast over de hervormingsdrift van Jorritsma, omdat hun positie bij faillissement wordt aangetast.

Bijlage 4: Chapter 11 – De verwerkte paragrafen

Sec. 1101. Definitions for this chapter

In this chapter -

1. "debtor in possession" means debtor except when a person that has qualified under section 322 of this title is serving as trustee in the case;
2. "substantial consummation" means
 - A. transfer of all or substantially all of the property proposed by the plan to be transferred;
 - B. assumption by the debtor or by the successor to the debtor under the plan of the business or of the management of all or substantially all of the property dealt with by the plan; and
 - C. commencement of distribution under the plan.

Sec. 1104. Appointment of trustee or examiner

- a. At any time after the commencement of the case but before confirmation of a plan, on request of a party in interest or the United States trustee, and after notice and a hearing, the court shall order the appointment of a trustee -
 1. for cause, including fraud, dishonesty, incompetence, or gross mismanagement of the affairs of the debtor by current management, either before or after the commencement of the case, or similar cause, but not including the number of holders of securities of the debtor or the amount of assets or liabilities of the debtor; or
 2. if such appointment is in the interests of creditors, any equity security

holders, and other interests of the estate, without regard to the number of holders of securities of the debtor or the amount of assets or liabilities of the debtor.

- a. Except as provided in section 1163 of this title, on the request of a party in interest made not later than 30 days after the court orders the appointment of a trustee under subsection (a), the United States trustee shall convene a meeting of creditors for the purpose of electing one disinterested person to serve as trustee in the case. The election of a trustee shall be conducted in the manner provided in subsections (a), (b), and (c) of section 702 of this title.
- b. If the court does not order the appointment of a trustee under this section, then at any time before the confirmation of a plan, on request of a party in interest or the United States trustee, and after notice and a hearing, the court shall order the appointment of an examiner to conduct such an investigation of the debtor as is appropriate, including an investigation of any allegations of fraud, dishonesty, incompetence, misconduct, mismanagement, or irregularity in the management of the affairs of the debtor or by current or former management of the debtor, if -
 1. such appointment is in the interests of creditors, any equity security holders, and other interests of the estate; or
 2. the debtor's fixed, liquidated, unsecured debts, other than debts for

goods, services, or taxes, or owing to an insider, exceed \$5,000,000.

- d. If the court orders the appointment of a trustee or an examiner, if a trustee or an examiner dies or resigns during the case or is removed under section 324 of this title, or if a trustee fails to qualify under section 322 of this title, then the United States trustee, after consultation with parties in interest, shall appoint, subject to the court's approval, one disinterested person other than the United States trustee to serve as trustee or examiner, as the case may be, in the case.

Sec. 1106. Duties of trustee and examiner

- a. A trustee shall -
 1. perform the duties of a trustee specified in sections 704(2), 704(5), 704(7), 704(8), and 704(9) of this title;
 2. if the debtor has not done so, file the list, schedule, and statement required under section 521(1) of this title;
 3. except to the extent that the court orders otherwise, investigate the acts, conduct, assets, liabilities, and financial condition of the debtor, the operation of the debtor's business and the desirability of the continuance of such business, and any other matter relevant to the case or to the formulation of a plan;
 4. as soon as practicable -
 - A. file a statement of any investigation conducted under paragraph (3) of this subsection, including any fact ascertained pertaining to fraud, dishonesty, incompetence, misconduct, mismanagement, or irregularity in the management of the affairs

of the debtor, or to a cause of action available to the estate; and

- B. transmit a copy or a summary of any such statement to any creditors' committee or equity security holders' committee, to any indenture trustee, and to such other entity as the court designates;
5. as soon as practicable, file a plan under section 1121 of this title, file a report of why the trustee will not file a plan, or recommend conversion of the case to a case under chapter 7, 12, or 13 of this title or dismissal of the case;
 6. for any year for which the debtor has not filed a tax return required by law, furnish, without personal liability, such information as may be required by the governmental unit with which such tax return was to be filed, in light of the condition of the debtor's books and records and the availability of such information; and
 7. after confirmation of a plan, file such reports as are necessary or as the court orders.
 - a. An examiner appointed under section 1104(d) of this title shall perform the duties specified in paragraphs (3) and (4) of subsection (a) of this section, and, except to the extent that the court orders otherwise, any other duties of the trustee that the court orders the debtor in possession not to perform.

Sec. 1121. Who may file a plan

- a. The debtor may file a plan with a petition commencing a voluntary case, or at any time in a voluntary case or an involuntary case.
- b. Except as otherwise provided in this section, only the debtor may file a plan until after 120 days after

the date of the order for relief under this chapter.

- c. Any party in interest, including the debtor, the trustee, a creditors' committee, an equity security holders' committee, a creditor, an equity security holder, or any indenture trustee, may file a plan if and only if
 1. a trustee has been appointed under this chapter;
 2. the debtor has not filed a plan before 120 days after the date of the order for relief under this chapter; or
 3. the debtor has not filed a plan that has been accepted, before 180 days after the date of the order for relief under this chapter, by each class of claims or interests that is impaired under the plan.
- d. On request of a party in interest made within the respective periods specified in subsections (b) and (c) of this section and after notice and a hearing, the court may for cause reduce or increase the 120-day period or the 180-day period referred to in this section.
- e. In a case in which the debtor is a small business and elects to be considered a small business –
 1. only the debtor may file a plan until after 100 days after the date of the order for relief under this chapter;
 2. all plans shall be filed within 160 days after the date of the order for relief; and
 3. on request of a party in interest made within the respective periods specified in paragraphs (1) and (2) and after notice and a hearing, the court may -
 - A. reduce the 100-day period or the 160-day period specified in paragraph (1) or (2) for cause; and

- B. increase the 100-day period specified in paragraph (1) if the debtor shows that the need for an increase is caused by circumstances for which the debtor should not be held accountable.

Sec. 1123. Contents of plan

- a. Notwithstanding any otherwise applicable nonbankruptcy law, a plan shall -
 1. designate, subject to section 1122 of this title, classes of claims, other than claims of a kind specified in section 507(a)(1), 507(a)(2), or 507(a)(8) of this title, and classes of interests;
 2. specify any class of claims or interests that is not impaired under the plan;
 3. specify the treatment of any class of claims or interests that is impaired under the plan;
 4. provide the same treatment for each claim or interest of a particular class, unless the holder of a particular claim or interest agrees to a less favorable treatment of such particular claim or interest;
 5. provide adequate means for the plan's implementation, such as -
 - A. retention by the debtor of all or any part of the property of the estate;
 - B. transfer of all or any part of the property of the estate to one or more entities, whether organized before or after the confirmation of such plan;
 - C. merger or consolidation of the debtor with one or more persons;
 - D. sale of all or any part of the property of the estate, either subject to or free of any lien, or the distribution of all or any part of the property of the estate among those having an interest in such property of the estate;

- E. satisfaction or modification of any lien;
 - F. cancellation or modification of any indenture or similar instrument;
 - G. curing or waiving of any default;
 - H. extension of a maturity date or a change in an interest rate or other term of outstanding securities;
 - I. amendment of the debtor's charter; or
 - J. issuance of securities of the debtor, or of any entity referred to in subparagraph (B) or (C) of this paragraph, for cash, for property, for existing securities, or in exchange for claims or interests, or for any other appropriate purpose;
6. provide for the inclusion in the charter of the debtor, if the debtor is a corporation, or of any corporation referred to in paragraph (5)(B) or (5)(C) of this subsection, of a provision prohibiting the issuance of nonvoting equity securities, and providing, as to the several classes of securities possessing voting power, an appropriate distribution of such power among such classes, including, in the case of any class of equity securities having a preference over another class of equity securities with respect to dividends, adequate provisions for the election of directors representing such preferred class in the event of default in the payment of such dividends; and
 7. contain only provisions that are consistent with the interests of creditors and equity security holders and with public policy with respect to the manner of selection of any officer, director, or trustee under the plan and any successor to such officer, director, or trustee.
 - a. Subject to subsection (a) of this section, a plan may -
 1. impair or leave unimpaired any class of claims, secured or unsecured, or of interests;
 2. subject to section 365 of this title, provide for the assumption, rejection, or assignment of any executory contract or unexpired lease of the debtor not previously rejected under such section;
 3. provide for -
 - A. the settlement or adjustment of any claim or interest belonging to the debtor or to the estate; or
 - B. the retention and enforcement by the debtor, by the trustee, or by a representative of the estate appointed for such purpose, of any such claim or interest;
 4. provide for the sale of all or substantially all of the property of the estate, and the distribution of the proceeds of such sale among holders of claims or interests;
 5. modify the rights of holders of secured claims, other than a claim secured only by a security interest in real property that is the debtor's principal residence, or of holders of unsecured claims, or leave unaffected the rights of holders of any class of claims; and
 6. include any other appropriate provision not inconsistent with the applicable provisions of this title.
 - a. In a case concerning an individual, a plan proposed by an entity other than the debtor may not provide for the use, sale, or lease of property exempted under section 522 of this title, unless the debtor consents to such use, sale, or lease.
 - b. Notwithstanding subsection (a) of this section and sections 506(b), 1129(a)(7), and 1129(b) of this title, if it is proposed in a plan to cure a default the amount necessary to cure the default shall be deter-

mined in accordance with the underlying agreement and applicable nonbankruptcy law.

Bijlage 5: Vragenlijst doelstelling 1

Inleiding

Onze vragenlijst hebben wij grotendeels gebaseerd op de factoren die E. Damink in deelonderzoek 2 heeft betrokken. De volgende factoren heeft hij daarin genoemd:

- Hoogte van de schuldenlast toe en nu;
- Moraliteit;
- Zijn de oorzaken van het faillissement intern dan wel extern te zoeken?
- Wat is de trackrecord van de kredietnemer?
- Welke invloed hebben situationele factoren op de business van de kredietaanvrager?
- Wat zijn de leereffecten?

De factoren van Damink zijn vooral gebaseerd op het verstrekken van krediet aan herstarters. Desalniettemin zijn enkele van de hierboven vernoemde factoren van onmiskenbaar belang om een goede, duidelijke, diepgaande, maar ook overzichtelijke vragenlijst te creëren.

De volgende factoren hebben wij benoemd en uitgewerkt in onze vragenlijst die niet de nadruk legt op de analyse van de kredietaanvrager/adviesvrager, maar op de adviseur. Dit met de bedoeling om uiteindelijk de toegevoegde waarde van het advies van een gefailleerde, in vergelijking met professionals en succesvolle ondernemers, in bedrijfsbeslissingen te kunnen bepalen.

De vragen

De meest algemene, maar ook de meest belangrijke vraag van onze vragenlijst is:

“Wat is voor u/uw bedrijf de toegevoegde waarde die de gefailleerde in bedrijfsbeslissingen kan meebrengen?”

Algemene vragen

Maakt uw bedrijf gebruik van de expertise van gefailleerde ondernemers bij het nemen van beslissingen? Zo ja,

- Waarom bent u tot de keuze gekomen om gefailleerde ondernemers in dienst te nemen? (bijvoorbeeld een trend overgenomen)
- In welke mate gebeurt dat (vaak/weinig/nooit)?
- Hoe lang gebeurt dat al?
- Heeft u praktijkvoorbeelden
- Wat voor soort (beslissingsteams) worden er gevormd?
- Welke rol speelt een gefailleerde in een beslissingsteam?
- Welke fase van het beslissingsproces wordt de gefailleerde ondernemer ingeschakeld?
- Hoe zwaar telt de mening van een gefailleerde ondernemer mee?
- Wat voor soort dienstverband is er voor de gefailleerde ondernemer (vaste dienst, oproepbasis, parttime)?
- Is het belangrijk dat een gefailleerde naast zijn faillissement ook succesvolle ondernemingen heeft geleid?
- Op welke schaal gebeurt het in de USA?

Zo nee,

- Waarom maakt u hier geen gebruik van? (nog nooit van gehoord, slechte ervaringen mee)
- Wanneer u er nooit van gehoord heeft, wat vindt u van het idee?
- Wanneer u er slechte ervaringen mee hebt, wat zijn de praktijkvoorbeelden? In dit geval kan er uiteraard wel gekeken worden naar de diepgaande vragen, wat waren de eigenschappen van de betreffende gefailleerden?
- Waarom bent u destijds tot het besluit gekomen om een gefailleerde in dienst te nemen?

De meest algemene vraag is onderverdeeld in 7 sub-vragen die een beter en dieper inzicht verschaffen in hetgeen onderzocht wordt.

Leereffecten

- Ervaringen van toegevoegde waarde?
- Aanvullend onderwijs hebben gevolgd?
- Toetsen
- Voorzichtiger en oplettender? Bereidheid om risico te nemen.
- Branche specifieke kennis
- Netwerk

Trackrecord

- CV voordat hij failliet ging
- CV nadat hij failliet is gegaan

Persoonlijke kenmerken van de gefailleerden

In hoeverre wegen persoonlijke kenmerken als:

- moraliteit;
- charisma;
- leeftijd;
- afkomst;
- intelligentie;
- overtuigingskracht;
- aanpassingsvermogen.

Kosten-baten analyse

Invloed van de volgende zaken:

- investeringsrisico van het te onderzoeken project;
- markt conjunctuur;
- efficiëntieratio;
- loonvorming in de markt. (breedte van de arbeidsmarkt).

Wetgeving (in Nederland vragen)

Invloed van de hieronder genoemde (nieuwe) wetgeving in Nederland:

- insolventiewetgeving;
- wet schuldsanering;
- faillissementswet;
- procedure van faillissement.

Wetgeving (in US vragen)

Verskil met de US

- insolventiewetgeving;
- wet schuldsanering;
- faillissementswet;
- procedure van faillissement.

Moraliteit

- Morele persoonlijke kenmerken (bijv.: eerlijkheid, integriteit)
- Moraal hoog of Machiavelli benadering
- Een ethische gedragscode

Bijlage 6: Bibliografie

Geïnterviewde (contact)personen

Hendrik J. Vroege, Managing Director,
Fortis Capital Corporation, Stamford
CT

C. Michael Forgione, Vice President,
Fortis Capital Holdings Inc, Stamford
CT

Bob Saget, Vice president, ING,
Atlanta GA

Anna Smith, Vice president insurance,
ING, Atlanta GA

Ira Davidson, President, SBDC, Pace
University, New York NY

Erik W. Jansen, Principal, Pequot Ca-
pital Management Inc., New York NY

Haim R. Branisteanu, Partner, Ramko
Rolland Associates, corporate finance
& operational restructuring, Turna-
round Professional, New York NY

James Atkins, Bankruptcy Lawyer,
Alan Overy, New York NY

Richard T. Meyer, CMP, founder, Exe-
cutive Transitions, Arlington VA

Sam Gerdano, President, the American
Bankruptcy Institute, Alexandria VA

Scott T. Kragie, Attorney at Law, Squi-
re Sanders & Dempsey, Washington
DC

Glenn M. Young, Attorney at Law,
Squire Sanders & Dempsey, Was-
hington DC

Thomas Salerno, Partner, Squire San-
ders & Dempsey, Phoenix AZ

Thomas Ramsey, Partner, Squire San-
ders & Dempsey, Brussels Belgium
Cleveland office – Squire Sanders &
Dempsey

Holly Felder Etlin, National Director
Reorganization Services and Turna-
round professionalism, Deloitte Con-
sulting, New York NY

Roy H. Owen, Senior consultant, De-
loitte Consulting, New York NY

Bettina M. Whyte, Turnaround Profes-
sional, Jay Alix & Associates, New
York NY

Timothy J. Moore, Vice President, Ra-
bobank International, New York NY

Anthony H. Liang, Senior Financial
Analyst, Rabobank International, New
York NY

Honorable Case, Bankruptcy Judge,
Phoenix AZ

Honorable Baum, Bankruptcy Judge,
Phoenix AZ

Matthew Wild, Partner, Price Wa-
terhouse & Coopers, Amsterdam

Prof. mr. B. Wessels, Holland Van
Gijzen Advocaten en Notarissen, Am-
sterdam

Alan Andelson, Consultant, Naremco,
New York

Elizabeth Ann Kovacs, President & CEO, Association of Management Consulting Firms, New York

General Assignments for the benefit of Creditors – A practical guide, Geoffrey L. Berman, 2000

Artikelen

Willem Wansink – Stad Berlijn gaat bijna failliet na mismanagement, NRC, 2001

R. Atlas & J. Tanner – Bankruptcy Bid by US Sunbeam, New York Times, 2001

Maarten Schinkel – Markt moet rol krijgen bij bankenrisico, NRC, 2001

Harm Leerink – Wijziging Surseance: lege dop?, Ondernemen!, 2000

Faillissement vaak basis van succes – De Financiële Telegraaf, 2001

Mark Koster - Dotcommer keert terug naar oude economie, de Volkskrant, 2000

Jagen op ervaren maar ontslagen dotcommers is leuk. Maar dan moeten ze er wél zijn, de Volkskrant, 2000

Concurrentietoets 2000, Ministerie van Economische Zaken

Boeken & onderzoeksrapporten

Bankruptcy – A survival Guide for Lenders, Deborah L. Fletcher & Thomas P. Yoder, 1997

Failliet – het onderzoek, Robert J. Blom

Bankruptcy Code and Rules – 72nd annual meeting of the National Conference of Bankruptcy, Judges, Matthew Bender & Co, 1998

Pre-bankruptcy Planning for the Commercial Reorganization – A brief Guide for the CEO

CFO/COO General Counsel and Tax Advisor, the Reorganization and Restructuring Group of Squire, Sanders & Dempsey, 1997

Faillissement Surseance en Schuldsanering – Onderzoek oorzaken en gevolgen ervaringen faillissementscuratoren Beschouwingen en aanbevelingen, Robert J. Blom, 2000

Faillissementen – geen weg terug?, Kamer van Koophandel, 1998

NIPO onderzoek – Stigma op Falen, ondernemend Nederland over gefailleerden, Economisch Bureau ING & Ministerie van Economische Zaken, 2001

Succesvol ondernemen – eerder een kwestie van karakter dan van kennis, Nyenrode, 2000

Ondernemers op herhaling – herstarten in Nederland, Economisch Bureau ING, 1998

Marketing Management – The millennium Edition, Philip Kotler, 2000

Financiers en gefailleerde ondernemers: één keer failliet, nooit meer krediet? E. Damink, Economisch Bureau ING & Ministerie van Economische Zaken, 2001

Leereffecten van een faillissement: een onderzoek onder herstarters binnen het MKB, A. ten Vergert, B. van der Wei-

de, Economisch Bureau ING & Ministerie van Economische Zaken, 2001

Internetsites

[Http://www.theage.com.au/business/2001/02/08/FFXJ3SVVIC.html](http://www.theage.com.au/business/2001/02/08/FFXJ3SVVIC.html)

<http://www.nrc.nl/nieuws/economie/992604713460.html>

[Http://www.abiworld.com](http://www.abiworld.com)

[Http://www.bankrupt.com](http://www.bankrupt.com)

[Http://www.sbdc.com](http://www.sbdc.com) (Small Business Development Centre)

[Http://www.bankruptcydata.com](http://www.bankruptcydata.com)

[Http://www.tma.com](http://www.tma.com) (Turnaround Management Association)

[Http://www.archief.nl/rad/genealogie/zoekwijzers/zw4_faillissement.htm](http://www.archief.nl/rad/genealogie/zoekwijzers/zw4_faillissement.htm) - top

[Http://www.nrc.nl/nieuws/opinie/993879845943.html](http://www.nrc.nl/nieuws/opinie/993879845943.html)

[Http://www.amcf.org](http://www.amcf.org) (association of management consulting firms)

[Http://www.nvca.com](http://www.nvca.com) (National Venture Capital Association)

[Http://www.vcv.org](http://www.vcv.org) (Voortgezette Compagnie van Verre)

[Http://www.metaeureka.com](http://www.metaeureka.com)

[Http://www.telegraaf.nl](http://www.telegraaf.nl)

[Http://www4.law.cornell.edu/uscode/11/index.html](http://www4.law.cornell.edu/uscode/11/index.html)