



BOUWBEDRIJF FAILLIET EN NU?

Door: Hein van der Meer

In deze tijden van economische en financiële crisis gaan er helaas veel bouwbedrijven failliet. In totaal waren dat er tot en met augustus van dit jaar 1330! Dat is een stijging van 45 procent ten opzichte van dezelfde periode in 2011. Een faillissement betekent nogal wat voor het

bedrijf in kwestie en de mensen die er werken. Maar niet alleen de bedrijven zelf worden getroffen. Ook opdrachtgevers, opdrachtnemers (onderaannemers), leveranciers, financiers en verhuurders ondervinden de gevolgen van een faillissement.

Opdrachtgevers zien projecten stilvallen en lijden stagnatieschade. Leveranciers en opdrachtnemers krijgen hun rekeningen niet betaald en verliezen hun opdracht. Financiers zien de uitstaande leningen grotendeels niet meer terug en verhuurders worden geconfronteerd met vertrekkende failliete huurders. In de vastgoedpraktijk word ik regelmatig met failliete bouwbedrijven geconfronteerd.

Toch biedt dit ook kansen: voor mij als jurist, maar ook voor partijen die actief zijn op de vastgoedmarkt. In deze bijdrage geef ik een beknopte toelichting op de begrippen surseance en faillissement en enkele bijzonderheden die spelen bij een failliet bouwbedrijf. Ook bespreek in een tweetal bijzondere mogelijkheden: de Prepack en de koop of doorstart van projecten vanuit het faillissement.

SURSEANCE EN FAILLISSEMENT

Surseance betekent uitstel van betaling en moet men zelf aanvragen bij de rechter. Het vonnis bepaalt dat gedurende een bepaalde tijd de schuldeisers niet betaald hoeven te worden. Het bedrijf kan dan orde op zaken stellen en met zijn schuldeisers om de tafel zitten om te onderhandelen over een afbetalingsregeling of een akkoord. Een bewindvoerder wordt aangewezen die samen met de directie van het bedrijf het beheer voert. In de meeste gevallen leidt surseance echter niet tot een succes maar tot een snelle omzetting in faillissement. De reden hiervan is dat in geval van faillissement het bedrijf kan worden opgedoekt en de activa te gelde kunnen worden gemaakt ten behoeve van de schuldeisers. De bewindvoerder wordt dan de curator. Het is ook mogelijk –en soms aan te raden– om zelf het faillissement aan te vragen en de surseance over te slaan. In de huidige tijd gebeurt dat steeds vaker bij bouwbedrijven die in moeilijkheden zijn vanwege het gebrek aan liquiditeit (de banken schroeven de financieringskraan verder dicht) en sterk oplopende schulden vanwege bijvoorbeeld grondposities.

GEVOLGEN FAILLISSEMENT

In geval van faillissement worden de werknemers ontslagen. Dit kan zonder toestemming van het UWV of de rechter. De werknemers moeten zich voor een bepaalde termijn nog wel beschikbaar houden voor de curator. Dit kan handig zijn in het geval van lopende bouwprojecten en het doorstarten daarvan, alhoewel er vanwege stagnerende leveranties voorlopig weinig meer op de bouwplaats zal gebeuren. De opzegtermijn voor de curator is 6 weken. Kan uit de failliete boedel geen salaris worden betaald, dan krijgen de werknemers hun salaris van het UWV.

Eén van de belangrijkste aspecten in het faillissement is de mogelijkheid voor de curator om alle lopende contracten te beëindigen; de curator is in principe niet verplicht tot nakoming of betaling. Bij een failliet bouwbedrijf betekent dit dat de curator aan de ene kant niet meer verplicht is tot afbouwen en hij aan de andere kant de onderaannemers en leveranciers niet meer zal betalen. Wel kunnen uitstaande facturen in principe door de curator worden geïnd van de debiteuren. Al met al kan dit



**PREPACK,
KOOP EN
DOORSTART**

best wat opleveren voor de curator, waarbij wel vermeld dient te worden dat de debiteuren hun schade zullen willen verrekenen met de uitstaande facturen (*) én dat deze openstaande facturen vaak verpand zullen zijn aan de bank van het failliete bouwbedrijf.

Aparte vermelding behoeven partijen die zekerheidsrechten hebben, zoals hypotheek- of pandrecht. De hypotheek- en pandhouders kunnen hun schulden op het failliete bouwbedrijf verhalen zolang de hypotheek- of de pandrechten voldoende dekking bieden. Vaak zal de huisbankier van het failliete bedrijf de meeste van deze zekerheden hebben. Het is dan ook niet verwonderlijk dat deze bank samen met de curator optrekt bij het te gelde maken van de activa van het failliete bedrijf.

Bij de failliete woningaannemers spelen ook nog SWK en Woningborg een belangrijke rol. Het zijn deze instellingen die de afbouw garanderen van de verkochte woningen aan particuliere kopers. Bij het faillissement van het bouwbedrijf hebben zij er baat bij dat deze woningen zo snel en goedkoop mogelijk worden afgebouwd. Treedt er schade op –bijvoorbeeld een hogere aanneprijs door de volgende aannemer of boete vanwege te late oplevering– dan dekken deze bedrijven die schade.

Vermeldenswaardig is nog de huurovereenkomst bij faillissement. Deze kan de curator in zijn hoedanigheid van huurder altijd beëindigen met een opzegtermijn van 3 maanden. Aandachtspunt is dan een gestelde bankgarantie ten behoeve van de verhuurder. Op basis van recente jurisprudentie kan die alleen worden ingeroepen voor de achterstallige huur binnen de vermelde opzegtermijn. Langere huurdervering kan niet onder de bankgarantie worden verhaald, ook al is die gesteld voor een hoger bedrag. En als de curator in de hoedanigheid van verhuurder de huurovereenkomst gestand wil doen, zal de huurder gewoon de huur moeten betalen en kan hij de huur niet beëindigen. Belangrijk aandachtspunt bij faillissement is nog de zogenoemde

INDIEN EEN BOUWBEDRIJF FAILLIET GAAT, ZIJN ER KANSEN VOOR ANDEREN

Pauliana. Indien bepaalde rechtshandelingen (er staat een lijstje in de wet) zijn verricht binnen een jaar voor het faillissement en het bedrijf in kwestie moest weten dat andere schuldeisers hierdoor benadeeld zouden kunnen worden, kan die rechtshandeling door de curator worden teruggedraaid.

DE PREPACK

Bij het faillissement van een bouwbedrijf wordt wel eens de "Prepack" toegepast. Een voorbeeld hiervan is het recente faillissement van Moes dat werd doorgestart door Hurks. Omdat de bouwplaatsen in de regel direct na de surseance of het faillissement worden leeggeplukt door onderaannemers en de curator er vaak weken over doet de projecten binnen het bedrijf te verkopen aan derde aannemers, treedt grote vertragingsschade op en lopen opdrachtgevers weg. Deze schade dient vervolgens door de opdrachtgevers en/of waarborgende instellingen te worden gedragen en potentiële winsten in de bouwprojecten verdampen dus snel. Daarnaast leidt een verkoop uit faillissement sowieso niet tot de optimale verkoopprijs en worden grote verliezen genomen. Bij de Prepack, die overigens geen onderdeel uitmaakt van de Nederlandse Faillissementswet maar welk instrument is overgewaaid uit Engeland, wordt in zorgvuldig overleg met de betrokken Rechtbank vooruitlopend op het faillissement een prebewindvoerder aangewezen. Deze prebewindvoerder bereidt tezamen met - en in opdracht van - het betrokken bedrijf en de overnamekandidaat de verkoop voor. Vervolgens wordt de surseance/ het faillissement aangevraagd en vindt na faillissement direct de overnametransactie plaats waarbij de prebewindvoerder dan de curator is. Voordelen zijn er dan te over. De verkoop kan rustig worden voorbereid, hetgeen de overnameprijs bevordert. Daarnaast worden opdrachtgevers en opdrachtnemers aan het project gehouden, wordt grote stagnatieschade voorkomen en verdampen de winsten dus minder snel.

KOOP EN DOORSTART

Indien een bouwbedrijf failliet gaat, zijn er kansen voor anderen. Hier geldt dan het spreekwoord: 'de één zijn dood is de ander zijn brood'. Een curator zal proberen het bedrijf door te starten, maar in ieder geval de lopende bouwprojecten af te laten ronden. Dit

betekent bouwvolume voor bouwbedrijven die hier naar op zoek zijn. Het is dan zaak om na faillissement snel aan tafel te komen bij de curator. Deze zal, als de potentiële overnamekandidaat bij aanvang voldoende te bieden heeft (denk aan financiële gegoedheid, interesse in een zo compleet mogelijke doorstart en referenties), onder embargo van geheimhouding inzage geven in de boeken van het failliete bedrijf en vervolgens met de kandidaat/kandidaten die een aantrekkelijk bod doet/doen, in onderhandeling treden. De overnamekandidaat zal o.a.:

- de lopende projecten snel moeten kunnen opnemen en hier voldoende technische mankracht voor moeten hebben;
- de opdrachtgevers aan boord moeten houden;
- voor het project van belang zijnde crediteuren (leveranciers en onderaannemers) tevreden moeten stellen;
- eventuele debiteurenposities moeten overnemen van bank en curator waarbij hij de risico's zal moeten overzien (zie * in voorafgaande tekst);
- de door de failliet gegeven technische garanties moeten onderzoeken en bekijken of deze garanties ten faveure van de opdrachtgever opnieuw kunnen worden gegeven;
- overeenstemming moeten bereiken met de garanderen partijen indien de afbouwsom hoger is dan de nog te incasseren bouwtermijnen;
- overeenstemming moeten bereiken met curator en bank over de overnamesom;
- zekerheidsrechten op vorderingen cq. het project moeten zien te verwijderen in overleg met de zekerheidshouders;
- eventuele aanbestedingsaspecten in kaart moeten brengen en hier de juiste richting aan moeten geven om te voorkomen dat verleende opdrachten worden vernietigd op grond van aanbestedingsregels;

U kunt zich voorstellen dat dit de nodige tijd en moeite kost. Ik ken echter een aantal bouwbedrijven dat hier de afgelopen jaren de nodige ervaring in heeft opgedaan en waarbij de lopende projecten uit de failliete boedel inmiddels zijn afgebouwd.

TOT SLOT

Al met al is een faillissement een bijzonder vervelende situatie voor het bedrijf in kwestie, haar medewerkers en de partijen die iets te vorderen hebben van het failliete bedrijf.

Een faillissement biedt echter ook een aantal kansen voor partijen die op zoek zijn naar incidenteel bouwvolume, vastgoedposities of een heel bouwbedrijf. Vanwege de vele betrokken partijen en de snelheid waarmee vaak gehandeld moet worden, is een faillissement ook als een grote uitdaging te bestempelen.

*Hein van der Meer is advocaat/partner Real Estate bij C'M'S'
Derks Star Busmann
hein.vandermeer@cms-dsb.com*



EEN FAILLISSEMENT IS EEN UITDAGING