

De gelieerde doorstart na het Heiploeg-arrest

Mr. Ph.W. Schreurs, datum 20-07-2020

Datum

20-07-2020

Auteur

Mr. Ph.W. Schreurs^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS209556:1

Vakgebied(en)

Insolventierecht / Algemeen

Op 29 mei 2020 (na een voorafgaand arrest van 17 april 2020) verscheen het Heiploeg-arrest.^[2] Elders in dit nummer wordt het uitvoerig besproken. In de arresten beschrijft de Hoge Raad het in Nederland toegepaste en fungerende systeem van de faillissementsdoorstart. Hij zet uiteen dat in een normaal faillissement de doorstart een methode is om de gezamenlijke activa voor een zo hoog mogelijke prijs te verkopen teneinde de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bewerkstelligen (r.o. 3.5.2). De prepack onderscheidt zich van andere voorafgaand aan een faillissement voorbereide transacties door de betrokkenheid van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris (r.o. 3.6.1) wier taak zeer vergelijkbaar is met die van de gewone curator en rechter-commissaris (r.o. 3.6.4). Op grond van een en ander meent de Hoge Raad dan ook dat de prepack net als een faillissement beoogt om onder toezicht de hoogst mogelijke opbrengst voor de crediteuren te bewerkstelligen (r.o. 3.6.6).

De Hoge Raad meent met zoveel woorden dat een en ander in de fameuze Smallsteps-procedure^[3] niet in volle omvang aan het Hof van Justitie was voorgelegd (r.o. 3.11.3). Hij lijkt op zijn tong te bijten om niet minder aardige dingen over het Smallsteps-arrest en de daaraan ten grondslag liggende vraagstelling van de rechtbank Midden-Nederland te zeggen. De Hoge Raad kon het Hof van Justitie in ieder geval nauwelijks duidelijker vragen om op Smallsteps terug te komen en art. 5, lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG minder beperkt uit te leggen.

Mijn aandacht werd direct getrokken door de slotzin van r.o. 3.11.3 waarin de Hoge Raad schrijft:

"In de derde plaats is van belang dat in dit geval, anders dan in de zaak die heeft geleid tot het Smallsteps-arrest, de onderhandelingen over de overgang van Heiploeg-oud niet hebben plaatsgevonden met een aan Heiploeg-oud gelieerde onderneming."

De doorstart vond inderdaad plaats door een van Heiploegs grootste concurrenten (Parlevliet), terwijl Smallsteps een aan Estro gelieerde vennootschap was.

De geciteerde zin legt de vinger op een zere plek van faillissementsdoorstarts. Nu Nederland niet echt beschikt over een perfect functionerende surseanceregeling waarin ook een personeelsbestand kan worden gereorganiseerd, gaapt er een immense kloof tussen de warme sanering (met sociale plannen, afspiegelingsbeginselen, transitievergoedingen en dergelijke) enerzijds, en de ijsskoude sanering anderzijds die plaatsvindt wanneer na faillissement de onderneming in feite behouden blijft, maar de doorstarter slechts de hem welgevallige werknemers een nieuwe baan tegen aangepaste voorwaarden aanbiedt. Dat verschil laat vooral bittere gevoelens na wanneer de doorstart (zoals vaak) plaatsvindt door de zittende ondernemer of een daaraan gelieerde vennootschap.

Ik herinner mij een artikel in een lokale krant over een opvallend vlotte doorstart onder de veelzeggende kop 'In de brand, uit de brand'. Eenzelfde associatie wordt opgeroepen door de Engelse term voor een gelieerde doorstart of koude reorganisatie: *phoenixing* – het als een phoenix herrijzen uit de as.

In Nederland is een- en andermaal onderzoek gedaan naar de mate waarin misbruik werd gemaakt van doorstarts^[4] en prepacks.^[5] Daarbij ligt vaak de nadruk op benadeling van betrokken personeelsleden, maar ook bij individuele crediteuren kan het gevoel van misbruik rijzen. Uit die onderzoeken komen geruststellende resultaten: van misbruik is maar beperkt sprake. In Engeland (het Graham-report^[6]) werd *pre-packed phoenixing* echter als een zodanig probleem ervaren dat maatregelen zijn genomen om (de schijn van) misbruik te beperken. In de daartoe geïntroduceerde SIP 16 (een achteraf door de bij de pre-pack betrokken Insolvency Practitioner (IP) af te leggen verslag) moet inzicht worden verschaft en

verantwoordelijkheid worden afgelegd over onder meer de (argumenten voor de) gemaakte keuzes, de alternatieven die zijn onderzocht en de onafhankelijkheid van de IP. Meer in het bijzonder moet de IP inzicht verschaffen in zijn pogingen niet-gelieerde gegadigden te vinden voor overname van de onderneming. Daartoe zijn ook min of meer vertrouwelijke digitale verkoopplatforms in het leven geroepen en een Pre-Pack Pool om onafhankelijke experts een oordeel te laten geven over specifieke cases. Die maatregelen hebben de gevoelens van onbehagen niet weggenomen.^[7]

Uit de geciteerde passage uit het Heiploeg-arrest valt af te leiden dat de Hoge Raad het van belang acht dat de doorstarter in de Heiploeg-zaak – anders dan in de Smallsteps-zaak – geen gelieerde partij is. Toch heeft hij geen daarmee samenhangende vraag geformuleerd en ook partijen hebben daar niet op aangedrongen. Waarom staat die zin daar dan en hoe belangrijk is het onderscheid voor al dan niet toepassing van de regels omtrent de zogenaamde overgang van onderneming (ovo)?

Grosso modo zou ik drie situaties willen onderscheiden. In een situatie waarin voor het faillissement geen enkele voorbereiding is getroffen zal de curator onderzoeken of er mogelijkheden voor een doorstart zijn. Hij zal daarbij proberen derden te interesseren (door het maken van een informatiememorandum) en hij zal peilen of de DGA van de Failliet (die ik verder zal aanduiden als "DGAF") interesse heeft. Soms zit die er doorheen, of is al zijn geld kwijt, maar soms voelt hij alsnog voor voortzetting van zijn onderneming. Voor de boedel en de gezamenlijke schuldeisers is dat vrijwel steeds het beste. De DGAF kent immers als geen ander de mogelijkheden en hoeft door die kennis minder onzekerheden in zijn bieding te verdisconteren. Dat vertaalt zich doorgaans in de bereidheid een hogere prijs te betalen.

Indien evenwel de DGAF (mogelijk gestimuleerd door zijn accountant of de bijzonder beheerafdeling van de betrokken bank) de onafwendbaarheid van een faillissement tijdig signaleert, kan onderzoek naar doorstartmogelijkheden ook al in een eerdere fase geschieden. Zijn er mogelijkheden om na een faillissement eventueel zelf door te starten? Zo niet, is er een gegadigde derde te vinden, die dat mogelijk wel zou willen? Een dergelijke benadering heeft in Nederland geleid tot de prepack, omdat een goed voorbereide snelle doorstart nu eenmaal aantoonbaar minder schade oplevert en een hogere opbrengst genereert.^[8]

Een DGAF ten slotte die het scherpst van de snede opzoekt heeft zichzelf voorafgaand op enigerlei sleutelpositie gemanoeuvreerd, wacht met het aanvragen van het faillissement tot het laatste moment (bijv. de datum waarop het loon betaald moet worden), en doet ofwel een bod aan de curator dat maar heel kort geldig is, ofwel wacht tot alle andere kandidaten buiten beeld zijn om dan een minimaal bod te doen, niet meer dan een fractie boven de liquidatiewaarde.

In het eerste scenario is naar mijn inzicht geen sprake van misbruik, in het tweede evenmin, maar het derde scenario mag op minder sympathie rekenen. Dat sentiment wordt echter niet veroorzaakt door de beschreven aanpak, maar louter door de opstelling van de DGAF. Deze heeft, zowel voor als na faillissement, een kennisvoorsprong die zich eigenlijk niet zou moeten vertalen in een onderhandelingsvoordeel als koper. In alle drie de hiervoor beschreven scenario's is het immers heel goed mogelijk de DGAF te vervangen door een buitenstaander, een concurrent wellicht, zoals in het geval van Heiploeg. Die kan zijn oog laten vallen op het bedrijf in moeilijkheden maar geen passiva willen overnemen. Hij zal dan voor zover dat in zijn macht ligt aansturen op een faillissementsdoorstart. Het maakt in een dergelijk geval niet uit of de doorstart voor faillissement, al dan niet via een prepack, of pas na faillissement door hem wordt voorbereid. Zolang er geen enkele afspraak of afgestemde gedraging is tussen de DGAF en de doorstarter, is er geen misbruik maar is sprake van normale marktwerking. Waarom zou een echte buitenstaander niet voor een belachelijk laag bedrag een gokje mogen wagen met het kopen van een hem vrijwel onbekende zojuist gefailleerde onderneming, als de crediteuren daarmee net beter af zijn dan in het geval waarin de activa los verkocht worden?

Het belangrijkste praktische probleem voor de (beoogd) curator als belangenbehartiger van de gezamenlijke crediteuren en voor de rechter-commissaris als toezichthouder, is het inschatten van de positie van de DGAF: wil die wel of niet concurrentie verijdelen bij zijn poging om via een doorstart de onderneming te saneren? Dat probleem is naar mijn mening groter in een prepack, omdat in de beslotenheid daarvan niet steeds duidelijk kan worden in hoeverre de markt voorafgaand daadwerkelijk verkend is.^[9] In het geval slechts één gegadigde (buitenstaander of DGAF) zich aandient als potentiële doorstarter behoort de beoogde curator zich een beeld te kunnen vormen van diens afgehaakte concurrenten én van de mogelijkheid om toch nog andere potentiële kandidaten te benaderen.

In de situatie dat de DGAF zich in een stille bewindvoering als enige kandidaat meldt (zoals dat bij Smallsteps gebeurde) is er een aantal problemen. Kan de bewindvoerder in die stille fase (waarin hij geheimhouding moet betrachten) beoordelen of er andere potentiële gegadigden zijn die niet gelieerd zijn? Is er voldoende tijd beschikbaar om met derden een realistisch onderhandelingstraject te doorlopen? En kan hij goed beoordelen wat de werkelijke nadelen zijn van een openbare, transparante verkoop gedurende het faillissement? Dit laatste was een klemmend punt in de Smallsteps-zaak. Wie de faillissementsverslagen leest ontkomt niet aan het gevoel dat de stille bewindvoerder onder grote druk gezet werd ("melt down") om vooral geen tijd te verspillen aan de kansloze zoektocht naar andere kandidaat-kopers.^[10] Was dat anders gegaan als de stille bewindvoering een maand eerder was verzocht?

Deze en dergelijke issues hangen samen met het al dan niet gelieerd zijn van de doorstarter aan de DGAF. Het zou daarom

goed geweest zijn als de Hoge Raad aan het Hof van Justitie gevraagd had in hoeverre het antwoord op de andere, wel gestelde vragen beïnvloed wordt door het al dan niet gelieerd zijn van de overnemende partij. Nu de Hoge Raad het wel heeft aangevoerd, maar er niet naar heeft gevraagd, zal het Hof er wellicht geen standpunt over innemen.

Dat de vraag niet gesteld is, komt mogelijk doordat het geen criterium is dat opgenomen is in de huidige systematiek van de ovo-richtlijn. Maar de beoordeling die nodig is bij de uitleg van art. 5 lid 1 Richtlijn vindt plaats op een glijdende schaal van "liquidatie van het vermogen" naar "voortzetting van de onderneming" waarbij overlap denkbaar is en van ovo sprake is wanneer het voortzettingsaspect in de gevolgde procedure in voldoende mate aanwezig is. Naar mijn mening is het element "voortzetting" onmiskenbaar sterker wanneer er blijvende, voortgezette betrokkenheid van de DGAF is en is de eventuele gelieerdheid tussen failliet en doorstarter wel degelijk een relevant gegeven bij die beoordeling. Hoewel het HvJ EU dit element tot op heden niet betrokken heeft bij de uitleg van art. 5, lid 1 Richtlijn, zou het voor de hand liggend en wenselijk zijn.

De door de Hoge Raad niet gestelde vraag naar het belang van de gelieerdheid zou ik zelf als volgt willen beantwoorden. Indien de doorstarter gelieerd is aan de failliet en de doorstart derhalve met betrokkenheid van de DGAF is voorbereid tijdens een stille bewindvoering, overheerst het element "voortzetting" dermate, dat onvoldoende sprake is van een procedure die is gericht op de liquidatie van het vermogen. In een dergelijk geval zou dan conform de hoofdregel sprake moeten zijn van overgang van onderneming, zoals het HvJ EU in het Smallsteps-arrest in feite heeft aangeduid.

De vraag is of het zich laat denken dat een DGAF die wil doorstarten ooit in staat zal zijn ten vólle en oprecht tegelijkertijd medewerking te verlenen aan pogingen om verkoop aan een derde te onderzoeken, of dat nu is tijdens een stille bewindvoering of tijdens faillissement. Op hem/haar rust een bijzondere zorgplicht ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers als bedoeld in het arrest Ontvanger/Wesselman.^[11] De DGAF dient de (beoogde) curator alle benodigde informatie te verschaffen die nodig is om te komen tot een optimale transactie. Maar kan menselijkerwijs verwacht worden dat hij dat doet, als hij in werkelijkheid vooral zelf wil voortzetten?

In de Insolad Praktijkregels Beoogd Curator^[12] bepaalt art. 5.2 dat de beoogd curator zich ervan dient "te vergewissen dat de schuldenaar streeft naar concurrentie tussen alle serieuze gegadigden in het kader van een serieus biedproces, waarbij alle serieuze gegadigden (waaronder concurrenten) voldoende tijd en gelegenheid krijgen of hebben gehad." En art. 5.4 stelt: "bij verkoop aan een aan de schuldenaar gerelateerde partij dient de beoogd curator extra voorzichtigheid te betrachten."

Als het uitgangspunt aanvaard wordt dat gelieerdheid een relevante omstandigheid is, dient dat ook consequenties te hebben. In de huidige benadering zijn die consequenties in feite voor rekening van de (beoogd) curator die met de bewijslast dat hij voldoende zorgvuldig of voorzichtig is geweest wordt belast. Die verdeling was tien jaar geleden wellicht nog te billijken. Inmiddels is het insolventierecht echter in veel opzichten veranderd. In de pre-insolventiefase staan veel meer mogelijkheden ter beschikking van de schuldenaar. De in de WWZ gecreëerde mogelijkheid om transitievergoedingen in de (voor verdere verbetering vatbare) surseance mee te saneren wordt naar mijn weten in de praktijk nog weinig toegepast.^[13] De naar verwachting spoedig in te voeren WHOA biedt uiterst flexibele instrumenten tot ingrijpende herstructurering.^[14] Een ondernemer die al die mogelijkheden niet weet te benutten moet naar ik meen niet óók nog de mogelijkheid van een prepack zonder ovo worden geboden.

Uiteraard leidt dat tot strategisch gedrag. Nu gebeurt dat ook, zoals blijkt uit de drie scenario's die ik hiervoor beschreef. Een keuze als door mij voorgestaan betekent dat de DGAF alle instrumenten kan toepassen om vóór faillissement te komen tot behoud van het levensvatbare deel van zijn onderneming en maximaal gestimuleerd wordt om dat dan ook te doen. Kiest die voor een prepack, dan zullen de werknemers mee overgaan. Zo niet, dan mag hij/zij in faillissement in transparante competitie met buitenstaanders een doorstartpoging wagen zonder ovo.

De prepack zal in de praktijk dan vooral gebruikt worden om een doorstart met buitenstaanders zo goed mogelijk voor te bereiden. Daar is het voordeel van een stille bewindvoering ook het grootst, want er is doorgaans aanzienlijk meer tijd gemoeid met een doorstarttraject waar slechts derden bij betrokken zijn. Indien dat traject kan plaatsvinden in rust en stilte is veel gewonnen.

Een en ander zou kunnen geregeld door vast te leggen dat indien degene die verzoekt om aanwijzing van een beoogd curator betrokken is bij een prepack, de ovo-regels onverkort van toepassing blijven. Wil de DGAF dat niet, dan moet hij maar faillissement aanvragen en de concurrentie en onrust voluit trotseren.^[15]

Er zijn uiteraard nadelen. Ik ben een onverminderd voorstander van de prepack, die leidt tot minder schade en meer opbrengst, juist indien een buitenstaander wil doorstarten (zoals bij Heiploeg). De hoogste prijs zal zonder twijfel geboden kunnen worden door de DGAF in een goed voorbereide prepack, die leidt tot een vrijwel naadloze overgang. Maar zo'n doorstart verdient niet de beloning van art. 5 lid 1 Richtlijn en ondermijnt het rechtsgevoel van ontslagen werknemers en gedupeerde schuldeisers.

Voetnoten

[1]

Gelieve dit artikel aan te halen als: Ph.W. Schreurs, 'De gelieerde doorstart na het Heiploeg-arrest', *Tvl* 2020/28. Flip Schreurs is advocaat bij Boels Zanders te Eindhoven en redacteur van *Tvl*.

[2]

HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg*).

[3]

HvJ EU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*).

[4]

Verburg, Mennens e.a., 'Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers', *WODC*: 2599/624436/15 (2016).

[5]

J.B. Hurenkamp, 'De pre-pack in de praktijk – een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden', 2014.

[6]

Theresa Graham CBE, 'Graham Review into Pre-pack Administration, Report to The Rt Hon Vince Cable MP', (2014).

[7]

'Business failures: raze like a phoenix', *Financial Times* 9 juni 2020.

[8]

H. Aalbers, J.A.A. Adriaanse, J.M.G.J. Boon, J.I. van der Rest, R.D. Vriesendorp, & F. Van, Wersch, 'Does pre-packed bankruptcy create value? An empirical study of post bankruptcy employment retention in The Netherlands', <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/84238> (2019).

[9]

Bij het aanvragen van een stille bewindvoering was het in de jaren 2013-2014 daarom gebruikelijk of verplicht (afhankelijk van welke rechtbank) de voorafgaande pogingen tot marktverkenning in beeld te brengen en de resultaten daarvan met de stille bewindvoerder te delen.

[10]

Faillissementsverslag 1a Estro (periode stille bewindvoering), 22 juli 2014.

[11]

HR 11 februari 2011, *JOR* 2011/114, m.nt. Van Andel. Zie daarover ook: Ph.W. Schreurs, 'A Corporate Cloak – De bijzondere zorgplicht van de bestuurder ná faillissement', in *Insolad-congresbundel 2011 – De Ondernemende Curator*, p. 221 e.v.

[12]

'Insolad Praktijkregels Beoogd Curator', <https://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>.

[13]

Mogelijk in verband met het feit dat dit zou kunnen worden beschouwd als misbruik. Zie ook: mr. drs. H.H. Kreikamp, 'Transitievergoeding werknemer vervalt bij faillissement en surseance: een nieuwe ontsnapingsroute voor werkgevers?' *FIP* 2014/4, nr. 226; en prof. mr. L. Lennarts, 'Flitsontslag', *Tvl* 2015/26.

[14]

Al is die dan weer juist niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten.

[15]

Het (ook door mij) kritisch ontvangen consultatie-voorstel Wet Overgang van Onderneming in Faillissement zou het beeld natuurlijk weer veranderen. Naar mag worden aangenomen zal dat voorstel echter niet in ongewijzigde vorm als wetsvoorstel worden ingediend. Ik laat het daarom buiten mijn overwegingen.