

Terugblikken op en vooruitkijken naar de gelieerde doorstart – Ph.W. Schreurs¹

In mei 2014 meldde ik mij met enige schroom bij de hoofdredacteur van het Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl). Twee maanden daarvoor was ik toegetreden tot het bestuur van de Vereniging van Insolventierecht Advocaten (Insolad). Dat bestuur had mij gevraagd lid te worden van de redactie van Tvl en zo invulling te geven aan de al langer bestaande wens de banden tussen Insolad en Tvl aan te halen. Het overgrote deel van de vaste abonnees van Tvl bestond immers uit de Insolad-leden, die dat abonnement via de contributie automatisch betaalden.

Zonder de geringste aarzeling kan ik zeggen dat het redactielidmaatschap van Tvl een van de beste beslissingen in mijn leven is geweest. Hoe het kwam weet ik niet, maar die redactie bestond uit een combinatie van gedreven wetenschappers en praktijkmensen die er gewoon enorm veel lol in hadden om de diepte in te gaan. In de redactie van veel *peer review* tijdschriften is het niet ongebruikelijk dat de ingezonden concept-bijdragen (slechts) door twee redacteurs gelezen worden en die dan ook het besluit tot eventuele plaatsing nemen, dus zonder dat de volledige redactie daarover meedenkt. Dat zou bij Tvl ondenkbaar zijn. Elke circa 8 weken kwamen we bij elkaar en, hoewel agenda's soms anders bepaalden, je ontbrak daar niet graag. Afhankelijk van de onregelmatige aanvoer had elke redacteur, daartoe aangewezen als eerste of tweede lezer, een aantal artikelen gelezen en van commentaar voorzien. Maar de rest van de redactie, vrijwel zonder uitzondering, bleek meestal als derde tot en met twaalfde lezer te fungeren. De discussies in die redactie over die honderden concept-artikelen heeft mijn, enkele jaren daarvoor pas echt ontloken, wetenschappelijke interesse definitief vorm gegeven en ik ben hen allen daar tot op de dag van vandaag enorm dankbaar voor.²

En Reinout krijgt zijn deel van die dankbaarheid in deze bijdrage, want ook hij behoorde tot die redacteurs die soms even volstonden met toeluisteren, om dan de stoel achterover te schuiven en een heel ander perspectief in de gedachtewisseling in te brengen. Inmiddels ben ik geen redacteur meer van Tvl, maar die gedreven discussies mis ik met regelmaat.

1 Ph.W. (Flip) Schreurs is advocaat bij Boels Zanders te Eindhoven. Hij maakte deel uit van de redactie van het Tijdschrift voor Insolventierecht van 2014 tot 2022.

2 Niet alles was "wetenschappelijk" overigens. Omdat bij *peer review* tijdschriften de redactieleden "blind" lezen (dus zonder de schrijver te kennen) was vooral het staartje van de discussie – als de naam van de auteur door de redactiesecretaris wordt onthuld - vaak buitengewoon sappig. Soms bleek de schrijver van een geëxalteerd besproken stuk slechts nog master-student; een andere keer bleek de bijdrage die kort daarvoor collectief als irreparabel naar de prullenbak verwezen was, afkomstig van een gevestigde hoogleraar in het vak.

Tot de redactionele werkzaamheden behoorde ook het bij toerbeurt schrijven van de zogenaamde Forumbijdrage op de eerste pagina's van elke aflevering. Het gebeurde niet zelden dat redactieleden daarin op elkaars bijdragen reflecteerden en reageerden.³ Die plaats en die gewoonte gaven mij de inspiratie voor mijn bijdrage aan deze vriendenbundel.

Inleiding

In zijn Leidse oratie wierp Reinout een blik terug op een serie ontwikkelingen in het insolventierecht en liet hij ook zien hoe hij daar in de finale van zijn wetenschappelijke carrière, laverend tussen de afdelingen Ondernemingsrecht en Bedrijfswetenschappen, nog op wilde gaan vooruitkijken.⁴ In mijn laatste Forumbijdrage keek ik vooruit op de toekomst van de gelieerde doorstart.⁵ In mijn bijdrage aan dit Liber Amicorum heb ik me ingespannen die blik vooruit nog wat te vergroten door, deels met de microscoop en deels met de verrekijker, aan de gang te gaan.

Ik roep eerst mijn betoog uit die Forumbijdrage in 2020 in herinnering. Dat borduurde voort op het verwijzingsarrest van de Hoge Raad, waarin hij de Heiploeg-zaak voorlegde aan het Europese Hof.⁶ In dat arrest zette de Hoge Raad uiteen dat het in Nederland destijds toegepaste en fungerende systeem van de faillissementsdoorstart en de daarop geënte Nederlandse prepack-praktijk in de fameuze Smallsteps-procedure⁷ niet in volle omvang aan het Hof van Justitie was voorgelegd (r.o. 3.11.3). De Hoge Raad kon het Hof van Justitie nauwelijks duidelijker vragen om op Smallsteps terug te komen en art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG minder beperkt uit te leggen.

Destijds in 2020 werd mijn aandacht echter vooral getrokken door de slotzin van r.o. 3.11.3, waarin de Hoge Raad schreef: "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*" (curs. FS). Dat trok mijn aandacht niet in de laatste plaats, omdat de Hoge Raad aan deze relevante overweging verder geen enkele consequentie verbond in de vorm van een aan het Europese Hof voor te leggen vraag. M.i. verdiende die overweging meer aandacht: in mijn toenmalige insolventiepraktijk ervoer ik meer dan eens scepsis bij stakeholders omtrent een gelieerde doorstart.⁸

3 In mijn Forumbijdrage 'Naar een Herverdeling', Tvl 2020/14, reageerde ik bijvoorbeeld op Vriesendorps Forumbijdrage 'Het onderhandelbare curatorentarief: een doos van Pandora?', Tvl 2019/15.

4 [**] it happens; then and now – Terugblikken en vooruitkijken in het insolventierecht, R.D.Vriesendorp, Tvl 2017/23, is de bewerkte versie van de oratie van 24 juni 2016.

5 Ph.W. Schreurs, 'De gelieerde doorstart na het Heiploeg-arrest', Tvl 2020/28.

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

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

8 Onder meer door te verwijzen naar een befaamde krantenkop na zo'n doorstart: "In de brand, uit de brand."

Ik zag dus aanleiding om door te denken over het waarom van die zijdelingse aandacht die de Hoge Raad besteedde aan iets dat mij zo relevant leek voor de beoordeling van het vraagstuk over "overgang van onderneming" (ovo). Mijn redenering was als volgt. Art. 5 lid 1 Richtlijn⁹ bepaalt dat, in geval van ovo, personeel mee overgaat naar de koper van activa die gezamenlijk een onderneming uitmaken. De Richtlijn biedt een uitzondering in geval van verkoop in het kader van een faillissement. De beoordeling die nodig is bij het antwoord op de vraag of die uitzondering van toepassing is, vindt plaats op een glijdende schaal van 'liquidatie van het vermogen' naar 'voortzetting van de onderneming'.¹⁰ Het element 'voortzetting' was m.i. vanzelfsprekend prominenter aanwezig in het geval de onderneming wordt gekocht door een gelieerde partij, zoals de (door mij als DGAF¹¹ aangeduide) directeur/grotaandeelhouder van de gefailleerde vennootschap. Dus was ik, mede geïnspireerd door dat verwijzingsarrest, van mening dat de gelieerdheid als zodanig een relevant gegeven is in het kader van de beoordeling of de faillissementsuitsondering van toepassing is.¹²

Ten slotte betoogde ik dat die gelieerdheid zodanig relevant is, dat het eigenlijk ook consequenties zou dienen te hebben. "In de pre-insolventiefase staan veel meer mogelijkheden¹³ ter beschikking van de schuldenaar. (...) 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." Daarom stelde ik voor vast te leggen dat, indien degene die verzoekt om aanwijzing van een beoogd curator betrokken is bij een daaruit voortvloeiende prepack, de ovo-regels onverkort van toepassing blijven. Wil de DGAF dat voorkomen, dan moet hij maar faillissement aanvragen en de concurrentie en onrust voluit trotseren.

Onderzoeksvraag

Hoe, zo heb ik me voor deze bijdrage afgevraagd, is het nu eigenlijk in ons omringende Europese landen en in de Verenigd Staten geregeld?¹⁴ Gelden daar dergelijke beperkingen en zo ja, hoe zijn die vormgegeven? Biedt het lering voor de Nederlandse

9 Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

10 HvJ EU 25 juli 1991, d'Urso e.a., C-362/89, EU:C:1991:326, punten 31 en 32 en HvJ EU n 7 december 1995, Spano e.a., C-472/93, EU:C:1995:421, punt 25.

11 Deze term sluit aan bij mijn eigen praktijkervaringen in het midden- en grootbedrijf waarin de DGA vaak de eerste gesprekspartner van de curator is, wanneer die laatste op zoek gaat naar een koper voor de activa. Voor dit artikel is het goed te realiseren dat de relevante kennisvoorsprong ook heel goed bij andere gelieerde partijen aanwezig kan zijn, zoals een mede-aandeelhouder of een commissaris.

12 Groot was de verrassing toen het Europese Hof inderdaad in feite bereid was terug te komen op de Smallsteps-uitspraak. In HvJ EU 28 april 2022, zaak C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*Heiploeg*) werd uitgemaakt dat de Nederlandse prepack in beginsel gericht is op een zo hoog mogelijk opbrengst in het kader van liquidatie van de onderneming en steeds van geval tot geval moet bezien worden of sprake is van een procedure die inderdaad gericht is op liquidatie. In formele zin "verloor" Heiploeg de procedure alleen maar omdat aan het derde vereiste (dat er een wettelijke basis moet zijn) op dat moment nu eenmaal nog niet voldaan was.

13 Uiteraard kan hier gedacht worden aan tijdige saneringsmaatregelen zoals een collectief ontslag, alsmede aan de WHOA en een surséance.

14 Voor een deel van het arbeidsintensieve speurwerk dank ik de student-stagiaires J. Kootstra en T.T.P. Martens en enkele door mij benaderde correspondenten.

praktijk? Of lering voor mij, omdat mijn oorspronkelijke standpunt bijstelling behoeft? Zijn er betere alternatieven?¹⁵ De onderzoeksvraag is onverminderd relevant te midden van de massale kritiek vanuit de hoek van insolventiejuristen op de aangepaste Wovof-voorstellen.¹⁶ Ik hoop met dit artikel derhalve iets bij te dragen aan de zoektocht naar een hogere aanvaardbaarheid van de nadelen die voor werknemers kleven aan de Nederlandse doorstartpraktijk.

Een blik over de grenzen

Er zijn diverse landen waar ik, net als in Nederland, geen enkele bepaling heb aangetroffen die de DGAF belemmert in deelname aan een doorstart. Belangrijke kanttekening daarbij is dat ik bij mijn vogelvlucht de nadruk meer heb gelegd op de nationale regelgeving dan op de nationale rechtspraak. Ik noteer dat hier, omdat bijvoorbeeld ook in Nederland nog geen specifieke regelgeving bestaat, maar er wel een (zij het: geringe) corrigerende werking uitgaat van bijvoorbeeld een arrest als *Ontvanger/Wesselman*.¹⁷

Relevante, in deze bijdrage nader te bespreken bepalingen heb ik aangetroffen in Engeland, Duitsland, België, Luxemburg, Spanje, Portugal, Italië, Griekenland, Polen en de Verenigde Staten. Het palet dat resulteert is vanzelfsprekend zeer divers, maar valt te onderscheiden in enerzijds verbodsbepalingen en anderzijds procedurele bepalingen.

Italië

Italië kent een uitdrukkelijke verbodsbepaling die is neergelegd in art. 579 van het Italiaanse Wetboek van Rechtsvordering.¹⁸ Op grond daarvan mag de schuldenaar niet meebieden op een veiling van haar eigen activa. Deze bepaling ziet naar de letter slechts op de executoriale verkoop van onroerend goed maar is in een uitspraak van het Tribunaal van Monza uitgelegd als van toepassing op alle activa.¹⁹ Volgens het

15 B. Wessels en S. Madaus, *Rescue of Business in Insolvency Law* (2017).

16 Het herziene voorstel werd medio 2024 in consultatie gegeven. Alle 23 openbare reacties zijn te vinden op [Overheid.nl | Consultatie Wet overgang van onderneming in faillissement \(internetconsultatie.nl\)](https://overheid.nl/j-consultatie-wet-overgang-van-onderneming-in-faillissement-internetconsultatie-nl). Deze zijn vrijwel unaniem uiterst kritisch. Met instemming citeer ik de verzuchting uit de bijdrage van Insolad: "De politieke wens om "iets" te doen aan verbetering van de positie van werknemers in faillissement is kennelijk te groot om in te zien dat de voorgestelde regeling niet het beoogde effect zal hebben." Ik zou daaraan slechts willen toevoegen: "(...) maar eerder tot het tegendeel daarvan zal leiden: verlies van behoudbare werkgelegenheid voor individuele mensen." Zie voorts D. Beunk e.a., *De gevolgen van de wetgevingsplannen rondom werknemersbescherming bij een doorstart in faillissement*. MvO 2024/7.2

17 HR 11 februari 2011, JOR 2011/114 m.nt. W. van Andel (*Ontvanger/Wesselman*). Zie daarover Ph.W. Schreurs, A Corporate Cloak, de bijzondere zorgplicht van de bestuurder ná faillissement, Insolad-bundel 2011, red. J. Princen e.a.

18 Art. 579 Codice di Procedura Civile: Salvo quanto e' disposto nell'articolo seguente, ognuno, eccetto il debitore, e' ammesso a fare offerte all'incanto. Behoudens het bepaalde in het volgende artikel mag iedereen, behalve de schuldenaar, op de veiling bieden. Deze bepaling geldt in en buiten faillissement.

19 Tribunale Monza Sez. IV, 16/02/2006: "la norma, di cui all'art. 579 c.p.c., esclude la persona del debitore dal novero dei soggetti ammessi a partecipare all'incanto, avente ad oggetto beni di sua proprietà e trattasi di una norma imperativa destinata ad evitare che l'asta pubblica possa essere oggetto di collusioni in frode ai creditori ed alla stessa procedura esecutiva; ne consegue che un eventuale accordo, destinato ad eludere tale disposizione di legge, deve essere considerato come radicalmente nullo, ai sensi dell'art. 1343 c.c. ovvero dell'art. 1344 c.c."

Tribunaal is art. 579 een dwingende regel die bedoeld is om te voorkomen dat de openbare verkoop het voorwerp uitmaakt van heimelijke afspraken in strijd met de belangen van de schuldeisers en van de executieprocedure zelf; elke overeenkomst die bedoeld is om deze wetsebepaling te omzeilen, moet worden beschouwd als absoluut nietig. Van recentere datum staat daartegenover de uitspraak van het Tribunaal van Venetië waarin een dergelijke verkoop aan een gelieerde partij in een faillissementssituatie juist wel werd toegestaan:²⁰ "In het onderhavige geval is aan de rechtbank geen enkel bewijs overgelegd dat erop wijst dat de economische vrijheid, waartoe ook behoort het gebruik maken van de juridische instrumenten die op de markt als het meest efficiënt worden beschouwd, duidelijk gericht is op doeleinden die in strijd zijn met bindende wettelijke voorschriften."²¹

Frankrijk

Frankrijk kent een verbodsbepaling, opgenomen in art. 642-3 van de Code du Commerce. Art. 642 betreft de verkoop van een onderneming in het kader van een "conciliation" die goed vergelijkbaar is met een Nederlandse faillissementsdoorstart. Art. 642-3 verbiedt uitdrukkelijk de directe of indirecte betrokkenheid van de bestuurder of eigenaar tot zelfs vijf jaar na de transactie.²²

Spanje

En ook in Spanje is betrokkenheid bij een doorstart de facto verboden voor gelieerde partijen. In een dergelijk geval gaan de schulden namelijk mee over naar de koper.²³ Die restrictie geldt niet alleen voor (personen gelieerd aan) de DGA, maar zelfs voor aandeelhouders met een belang van tien procent of meer.²⁴

Tot zo ver de verboden. Een aantal andere landen kent een procedurele beperking in het geval van betrokkenheid van de DGAF.

Duitsland

20 Tribunale Venezia n. 2612/2019 V.G.11 juli 2019 https://www.eclegal.it/wp-content/uploads/2020/09/file_5f64c2201948d7.pdf. Zie ook: Alexandra Aliotta, Inapplicabilità nella vendita fallimentare del divieto Per il debitore di presentare l'offerta di acquisto Previsto dal codice di procedura civile (di, Avvocato), in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, Giappichelli, 3-4-2020.

21 Tribunale Venezia n. 2612/2019 V.G.11 juli 2019, p. 5 onderaan: Nella specie, non sono acquisiti al giudizio elementi tali da far ritenere che la libertà economica, che include anche il ricorso agli strumenti giuridici ritenuti più efficienti sul mercato, sia stata manifestamente piegata a finalità contrarie a regole giuridiche vincolanti.

22 Ni le débiteur, (...), ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, (...) ni les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure ne sont admis, directement ou par personne interposée, à présenter une offre. De même, il est fait interdiction à ces personnes d'acquérir, dans les cinq années suivant la cession (...). Uitsluitend voor landbouwbedrijven gelden beperkte uitzonderingsmogelijkheden.

23 Art. 224 lid 1 Ley Concursal bepaalt dat de schulden niet mee over gaan op de koper uit een faillissement. Art. 224 lid 2 jo 283 bepaalt echter: No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado. De bepalingen van het vorige lid zijn niet van toepassing wanneer de kopers van de productie-eenheden personen zijn die speciaal verbonden zijn met de gefailleerde partij.

24 Art. 283 Ley Concursal.

In Duitsland kent men de zgn. *übertragende Sanierung*. Bij de selectie van een potentiële koper moet de curator in beginsel rekening houden met de belangen van de schuldeisers. Art. 162 InsO verscherpt deze vereisten voor die gevallen waarin een gelieerde partij probeert het bedrijf over te nemen.²⁵ De verkoop van de onderneming is slechts toegestaan met de instemming van de vergadering van schuldeisers, indien de verkrijger een *besonderes Interessierte* is. Dat is het geval als die koper één van de in art. 138 bedoelde *nahestehende Personen* is. Art. 162 heeft tot doel te voorkomen dat de onderneming te goedkoop wordt overgenomen door personen die toegang hebben tot waardevolle informatie. Een "bijzonder geïnteresseerde" in de zin van de bepaling is een natuurlijke of rechtspersoon die een uniek inzicht kan verwerven in de onderneming van de schuldenaar en dus ook bijzondere kennis kan verwerven die nuttig is voor een overname.²⁶

Polen

Ook in Polen is het mogelijk een prepack toe te passen en in dat kader de onderneming door te starten.²⁷ De wet staat toe dat de koper een gelieerde onderneming is. Als met een gelieerde partij een overeenkomst wordt gesloten, wordt de prepackprocedure echter wel lastiger en langer en kunnen schuldeisers zich verzetten. Als de kandidaat-koper 'verwant' is met een schuldenaar, kan de transactie nog steeds worden goedgekeurd, maar in dat geval zal de rechtbank een eigen deskundige aanstellen om een onafhankelijke waardering van de activa op te stellen. In artikel 56b van de Poolse faillissementswet staat dat de rechter de prepack in dit geval alleen goedkeurt als de geboden prijs niet lager is dan de door een deskundige getaxeerde waarde.²⁸

Verenigd Koninkrijk

Het systeem in de UK is de afgelopen jaren voortdurend in ontwikkeling, mede aan de hand van praktijkervaringen en een grote stroom aan voorstellen uit de wetenschap en politiek. De gelieerde doorstart (al dan niet via een prepack) heeft in Engeland een veel ongunstigere klank dan op het continent en de veel gebruikte term "*phoenixing*" heeft duidelijk een negatieve connotatie. Overname van de activiteiten door de DGAF vond niet zelden plaats tegen gedeeltelijke betaling in termijnen of in de vorm van een earn-out. De faalkansen van dergelijke doorstarts

25 §162 Insolvenzordnung: Die Veräußerung des Unternehmens oder eines Betriebs ist nur mit Zustimmung der Gläubigerversammlung zulässig, wenn der Erwerber oder eine Person, die an seinem Kapital zu mindestens einem Fünftel beteiligt ist, (...) zu den Personen gehört, die dem Schuldner nahestehen (§ 138). De verkoop van de onderneming of het bedrijf is slechts toegestaan met instemming van de vergadering van schuldeisers, indien de verkrijger of een persoon die ten minste een vijfde van zijn kapitaal in handen heeft (...) een van de personen is die dicht bij de schuldenaar staan (§138).

26 §138 InsO.

27 De '*Przygotowana likwidacja*' (voorbereide liquidatie) is in januari 2016 ingevoerd in artt. 56a-f van de Poolse faillissementswet.

28 W. Kapica & D. Radwański, 'Insolvency prepack transactions in Poland', 2021.

bleken bovendien hoog.²⁹ Naar aanleiding van deze en andere minder goede ervaringen hebben wettelijke aanpassingen plaatsgevonden. In deze bijdrage heb ik niet de ruimte om in te gaan op de verschillen tussen de *Administration*, waarin een prepack sale mogelijk is, en de *Liquidation* die meer te vergelijken is met een faillissement. Ik volsta met te noteren dat de *Administrator* de onderneming of activa niet in de eerste acht weken van de *Administration*-periode mag verkopen aan een *connected person*, tenzij de crediteuren daarmee instemmen of er een onafhankelijke taxatie aan ten grondslag ligt.³⁰ Deze periode is bedoeld om de *Administrator* voldoende tijd te bieden voor alternatieven. In de praktijk heeft dit overigens niet geleid tot een afname van de relatieve hoeveelheid phoenix-doorstarts. Bij de *liquidation* is een beperking gelegen in het verbod aan de bestuurder van een failliete vennootschap om betrokken te zijn bij de oprichting van een nieuwe vennootschap met dezelfde of een vergelijkbare naam om betrokkenheid bij de oude vennootschap te suggereren.³¹ Een inbreuk op dit verbod kan leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van die persoon voor de schulden van de nieuwe vennootschap.

Luxemburg

Art 58 lid 2 van de wet op Luxemburgse reorganisatieprocedure³² bevat de bijzondere bepaling dat als gelieerde partijen (i) een bieding uitbrengen en (ii) tegelijkertijd beschikken over bijzondere rechten die nodig zijn voor de bedrijfsuitoefening, die bieding alleen in overweging mag worden genomen door de 'herstructureringsdeskundige' indien die rechten onder dezelfde voorwaarden ook voor andere potentiële bidders toegankelijk zijn. Dit betekent m.i. dat bijvoorbeeld elders in het concern ondergebrachte IE-rechten of een bedrijfspand ook ter beschikking gesteld moeten worden aan buitenstaanders als die een hogere bieding uitbrengen. Naar mag worden aangenomen zal dit een sterk opwaarts effect hebben op de door een insider geboden prijs.

Verenigde Staten

29 Th. Graham CBE, *Graham review into prepack administration*, Report to the Rt Hon Vince Cable MP, 2014.

30 The Administration (Restrictions on Disposal etc. to Connected Persons) Regulations 2021. "Connected person" is gedefinieerd in par. 60(A)(3) of Schedule B1

31 Art. 216 Insolvency Act

32 Loi du 7 août 2023 relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite, art. 58, 2: "Au cas où une offre émane de personnes qui exercent ou ont exercé le contrôle de l'entreprise et exercent en même temps directement ou indirectement, le contrôle sur des droits nécessaires à la poursuite de ses activités, cette offre ne peut être prise en considération qu'à la condition que ces droits soient accessibles dans les mêmes conditions aux autres offrants." – "Indien een aanbod afkomstig is van personen die zeggenschap uitoefenen of hebben uitgeoefend over de vennootschap en tegelijkertijd, rechtstreeks of onrechtstreeks, zeggenschap uitoefenen over de rechten noodzakelijk voor de uitoefening van haar activiteiten, kan dit aanbod slechts in overweging worden genomen op voorwaarde dat deze rechten onder dezelfde voorwaarden toegankelijk zijn voor andere aanbidders." Helaas kon ik over deze creatieve bepaling weinig literatuur vinden waarin ingegaan werd op deze bijzondere bepaling of op praktijkervaringen. Zie wel: Th. Mastrullo, Transposing the Directive (EU) 2019/1023: The new Luxembourg preventive restructuring law, *European Insolvency and Restructuring Journal* 2024/4.

Zowel in een *Chapter 7*- als in een *Chapter 11*-procedure is verkoop van de onderneming mogelijk en in beide gevallen is het ook mogelijk en veelvoorkomend dat verkoop plaatsvindt aan een gelieerde partij. In beide gevallen gelden dan vooral versterkte transparantie-eisen. Verkoop van de onderneming is op grond van art. 363(b) mogelijk met toestemming van de rechter. In de rechtspraak is het vereiste van *good faith* o.a. uitgewerkt in re *Abbotts Dairies of Pennsylvania Inc.*³³ en re *Lionel Corp.*³⁴ Op grond daarvan vergen dergelijke transacties een grote transparantie over de betrokkenheid van de koper bij de gefailleerde onderneming, zwaardere eisen aan de onderbouwing van de prijs en waardering en onder omstandigheden de mogelijkheid dat er concurrerende biedingen mogelijk moeten zijn. In de VS zijn diverse technieken ontwikkeld om concurrerende biedingen te stimuleren, zoals de *stalking horse*-methode waarin een eerste bieding de bodemprijs voor een daaropvolgende veiling vormt. Bij een prepack wordt op voorhand instemming van (een meerderheid van) de crediteuren verlangd, die eveneens eisen betreffende de onderbouwing van de prijs mogen stellen aan een *insider*.

Portugal

Hoewel in Portugal wel een beperking is opgelegd aan gelieerde personen voor betrokkenheid bij de aanvraag van een prepack-procedure³⁵ (die in Portugal wordt geopend op verzoek van crediteuren), ben ik geen beperking tegengekomen voor de betrokkenheid van gelieerde personen bij een doorstart.

Terug naar Nederland

De discussie over de positie van werknemers bij een doorstart van een bedrijf in moeilijkheden verloopt in Nederland verkrampd. Al jaren zitten insolventierechtjuristen vast in het mantra dat een efficiënte doorstart in het belang van de gezamenlijke crediteuren en de overgenomen werknemers is, terwijl de arbeidsrechtjuristen weinig verder komen dan vol te houden dat ook in faillissement werknemers recht hebben op de nodige bescherming. De hiervoor beoefende vogelvlucht boven het Europese en Amerikaanse insolventierecht brengt mij, net als in 2020, tot de overtuiging dat in Nederland één (m.i. simpel) aspect tot nu toe over het hoofd is gezien.

En daarmee land ik op aarde midden in de rokende resten van de tot 22 juni 2017³⁶ bloeiende Nederlands doorstartpraktijk. Tót die tijd was er een bikkelharde maar effectieve afwikkeling. Na faillissement werden activatransacties gedaan waarbij het de koper geheel vrijstond wel of geen personeel mee over te nemen. Voor faillissement was het mogelijk met de sinds 2012 ontwikkelde prepack op zo'n

33 United States Bankruptcy Court, E.D. Pennsylvania 26 juni 1986, 61 B.R. 156 (Bankr. E.D. Pa. 1986).

34 United States Court of Appeals, Second Circuit 29 november 1983, 722 F.2d 1063 (2d Cir. 1983).

35 Art. 17.º C n.º 1 Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas bepaald dat gelieerde personen niet samen met de vennootschap een reorganisatieverzoek mogen indienen.

36 De datum waarop het Europese Hof het Smallsteps-arrest wees: zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489.

faillissementsdoorstart te anticiperen. Voor noch na faillissement waren er beperkingen opgelegd aan de DGAF.³⁷ Ná Smallsteps kwam aan die haast vanzelfsprekende praktijk een eind. Prepacks vonden in nog maar een fractie van de gevallen plaats (namelijk in die gevallen waarin personeelsreductie géén issue was en er vooral behoefte was aan een ruimere voorbereidingstijd). In mijn waarneming kwam vanaf dat moment overigens ook de reguliere faillissementsdoorstart minder vaak voor. Daarover is echter geen goed cijfermateriaal beschikbaar.³⁸

De Wovof-consultatie-voorstellen behelzen een ingrijpende aanpassing van de wijze waarop met werknemers in faillissement wordt omgegaan. Met name zou bij iedere vorm van doorstart van (een zelfstandig deel van) de onderneming het personeel mee overgaan op de koper. Die heeft daarna dan wel ruimere mogelijkheden om op basis van ETO-redenen³⁹ een gedeeltelijk afgespiegeld deel van dat personeel af te laten vloeien. De voorstellen zouden m.i. bij ongewijzigde invoering de doorstartpraktijk zeer sterk kunnen reduceren. Deze voorstellen zijn mede daarom terecht scherp bekritiseerd.⁴⁰ Waarom zou de niet-gelieerde koper zich de onzekerheden en administratieve lasten op de hals halen die de Wovof voor hem meebrengt? Als hij dat al wil, zal hij het vermoedelijk in aanzienlijke mate verdisconteren in de prijs. Het zouden dan wellicht vooral gehaaide DGAF's zijn die, ruim tevoren anticiperend op een faillissement, zich die administratieve inspanningen getroosten. Alle andere partijen (incl. DGAF's) die geïnteresseerd zijn in een onderneming na faillissement waarin de omvang van het personeel een reëel probleem was, wegen de gecompliceerde doorstart af tegen de mogelijkheid om de activa op een liquidatieveiling te kopen. Die laatstgenoemde transactie biedt zonder enige twijfel "bescherming" voor de koper/werkgever tegen ongewilde gevolgen van ovo.⁴¹ En zo is iedereen slechter af, de individuele werknemers van een bedrijf in moeilijkheden voorop. Hun kansen op behoud van hun oude baan zullen aanzienlijk afnemen bij invoering van de Wovof. En ook de crediteuren en curatoren komen er dan bekaaid vanaf, nu de opbrengst in harde euro's welhaast drastisch móet afnemen.

Maar overigens heb ik groot begrip voor de scepsis die ook in Nederland bestaat ten aanzien van de faillissementsdoorstart. Het is echter mijn overtuiging dat de, vooral uit vakbondskringen afkomstige, bezwaren die golden tegen de tót 2017 bestaande

37 Behoudens de bijzondere zorgplicht van de bestuurder om de curator adequaat te informeren op grond van het arrest Ontvanger/Wesselman (zie hiervoor).

38 Op [Inzicht in de doorstarten van bedrijfsfaillissementen - Coda Advocaten](#) heeft Raimond Dufour aan de hand van een statistische analyse van alle sinds 2020 lopende faillissementen vastgesteld dat in ca 14% van de faillissementen een doorstart plaatsvindt. Desgevraagd bleek het bij gebrek aan betrouwbare data niet mogelijk terug te gaan tot vóór het Smallsteps-arrest.

39 Redenen van economische, technische of organisatorische aard als bedoeld in Art. 4 Richtlijn 2001/23/EG.

40 Ik laat hier verder onbesproken dat deelelementen uit het consultatie-voorstel heel wel te bepleiten zijn. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan een betere afspiegeling van het bestaande personeelsbestand bij een doorstart, om zo het kille cherry picking te beperken.

41 Veronderstellende dat we geen regel invoeren zoals art. 579 van het Italiaanse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

praktijk, eigenlijk vooral zagen op doorstarts met de DGAF of anderszins gelieerde partijen.⁴² Er komt gewoon maar heel weinig misbruik van faillissementsrecht voor. De gevallen van misbruik die voorkomen betreffen (vrijwel) zonder uitzondering gelieerde doorstarts.⁴³ Die bezwaren zijn volstrekt begrijpelijk en, hoewel het weinig voorkomt, is dat te vaak om genegeerd te worden.

En daarom herhaal ik hier het pleidooi het probleem bij de wortel (de gelieerdheid) en niet bij de takken en het fruit (de faillissementsdoorstart) aan te pakken. Bovenstaande blik over de grenzen heen geeft mij inspiratie tot een aantal mogelijke alternatieve voorstellen, in aanvulling op mijn voorstel uit 2020. Dat was het voorstel om een doorstart vanuit een stille bewindvoering (de prepack doorstart) niet toe te staan aan een DGAF. Dat quasi verbods-voorstel sluit aan bij de Italiaanse, Franse en Spaanse benadering en handhaaf ik. De keerzijde is vrij beperkt. Ik ben een voorstander van de prepack omdat die nu eenmaal veel desintegratieschade voorkomt. Maar die schade is vooral groot bij de niet-gelieerde doorstart, omdat de koper dan niet de natuurlijke kennisvoorsprong heeft van de DGAF.⁴⁴ Omgekeerd is het voordeel van de prepack het grootst bij een doorstart met een onvoorbereide buitenstaander.

Alternatieven zijn gelegen in de volgende procedurele beperkingen die de voorsprong van de DGAF tot beheersbare proporties terug kunnen brengen.

Indachtig de Amerikaanse, Duitse en Poolse regels is het goed denkbaar om een prepack-transactie ook in Nederland afhankelijk te maken van de voorafgaande toestemming van de belangrijkste crediteuren, waaronder bijvoorbeeld in ieder geval de preferente crediteuren. Veelal zullen zij het verschil tussen een hogere of lagere opbrengst aan den lijve ondervinden en goed in staat zijn te beoordelen of de DGAF een tweede kans moet worden gegund. Het heeft m.i. geen zin dergelijke goedkeuring te vragen aan de concurrente crediteuren, omdat dat logistiek tot problemen zal leiden en er voor hen veelal toch geen voordeel te behalen is.⁴⁵

Vanzelfsprekend is het ook denkbaar om te bepalen dat de bieding die door een DGAF wordt gedaan in een prepack gedurende een beperkte periode geldt als *stalking horse*

42 Zie bijv. H. van Steenberghe, Eerlijk zullen we alles delen, in Rijkert e.a. red. *Het Verdelingsvraagstuk*, INSOLAD Jaarboek 2022

43 Mij is in ieder geval geen enkele dergelijke uitzondering bekend.

44 Zonder enig wetenschappelijk gehalte kan ik op basis van mijn eigen ervaring aangeven dat slechts in de een minderheid van de prepacks sprake was van een gelieerde doorstart. In de jaren 2012 – 2017 was ik bij tien stille bewindvoeringen betrokken, als stille bewindvoerder/beoogd curator of als advocaat van een bedrijf in moeilijkheden. In zes gevallen werd doorgestart met een derde, in één geval kwam geen doorstart tot stand en in drie gevallen was de DGAF betrokken. Ik ben niet bekend met gestructureerd onderzoek naar verschillen tussen gelieerde niet-gelieerde doorstarts. Vroegtijdig empirisch onderzoek vond plaats in J.R. Hurenkamp, *De Pre-pack in de praktijk*, 2014. Online vond ik wel nog een interessante scriptie: S.F.W. van den Bosch, *De pre-pack in de Nederlandse praktijk* 2017. Daarin concludeerde zij dat er maar beperkte verschillen zijn tussen gelieerde prepacks/doorstarts en niet-gelieerde prepacks/doorstarts. Gelieerde doorstarts leidden wel tot een hoger behoud van werkgelegenheid, maar hebben ook een hogere faalkans.

45 Het zal moeilijk genoeg zijn om de preferenten tot enige haast te bewegen.

waarop externe partijen gedurende een redelijke periode een hoger bod mogen loslaten.

Ten slotte vond ik de Luxemburgse bepaling buitengewoon interessant. Zie ik het goed, dan beperkt deze de mogelijkheid voor de DGAF de voorsprong uit te buiten die hij vaak heeft, bijvoorbeeld als eigenaar van IE-rechten die aan de failliet werden gelicentieerd of als eigenaar van het bedrijfspand dat aan de failliet werd verhuurd. Als de DGAF een bieding uitbrengt op de activa, zou dat van rechtswege de bereidheid moeten meebrengen van de aan hem gelieerde entiteiten om die rechten op dezelfde voorwaarden ter beschikking te stellen van concurrerende bidders.

Afronding

De Nederlandse doorstartmarkt is nog niet geheel tot rust gekomen sinds de Smallsteps- en Heiploeg-arresten. De wetgever heeft in mijn ogen tot nu toe onverstandige stappen gezet door de oren te veel te laten hangen naar partijen die het kind met het badwater dreigen weg te gooien. In dit artikel heb ik enkele voorstellen gedaan die beogen de oorspronkelijke doorstart-praktijk in Nederland weer nieuw leven in te blazen, maar de te riante voorsprong van de DGAF daarin tot werkbare proporties terugbrengen. *It will happen, if not now, then...*