

DISTRESSED IN TIJDEN VAN CORONA: DE WETGEVER HELPT?

Het coronavirus (COVID-19) heeft wereldwijd en in Nederland ongekende impact. Centrale banken en overheden trachten wereldwijd te redden wat er te redden valt met uitzonderlijke economische maatregelen en steunpakketten. Welkomme maatregelen voor veel ondernemers en bedrijven, maar het zal naar verwachting niet voor iedereen soelaas bieden.

Sanering van schulden zal noodzakelijk zijn. Hierbij kan de Wet homologatie onderhands akkoord die in het Parlement ter goedkeuring ligt helpen. Met behulp van deze wet kan een 'dwangakkoord' aan schuldeisers worden opgelegd, waarmee schulden efficiënt kunnen worden gesaneerd. Met hoogleraar Ruud Hermans en anderen (zie NRC van 18 maart 2020) hopen wij dat de wetgever deze wet snel aanneemt en hiermee een leemte in de wetgeving opvult.

Naast sanering kan het verkrijgen van kapitaal een mogelijkheid zijn, zeker als er ook meer structurele problemen zijn. Het binnenhalen van een nieuwe partner kan naast financiering ook een boost geven aan het business model, de toegang tot de markt en innovatie. Hier komen wij op het terrein van de distressed M&A-transacties. Deze kunnen zowel binnen als buiten insolventie plaatsvinden. Om begrijpelijke redenen (meer controle, verminderde reputatieschade) geven partijen hierbij vaak sterk de voorkeur aan de route buiten faillissement. De wet kent hier echter de nodige obstakels.

Zo is een transactie buiten faillissement vaak niet *Pauliana proof*. De verkoper kan na de transactie alsnog failliet gaan. Een curator kan – kort gezegd – bepaalde benadelende rechtshandelingen die de gefailleerde verkoper voor haar faillissement heeft verricht met een beroep op de faillissementspauliana vernietigen. Dat kunnen ook individuele schuldeisers wanneer de verkoper niet failliet gaat. Het risico bestaat dan dat (delen van) de transactie feitelijk worden teruggedraaid. Dat paulianarisico kan worden verminderd door het maken van zakelijke afspraken (*at arm's length*), zoals het laten uitvoeren van een degelijke taxatie en het betalen van een marktconforme koopprijs, maar het paulianarisico blijft aanwezig.

Een ander obstakel is dat buiten faillissement de regels van overgang van onderneming van toepassing zijn. Bij een overgang van onderneming, waarvan al snel sprake is, gaan alle werknemers van de overgenomen activiteit mee over naar de kopende partij met bijbehorende hoge kosten. Dit staat een transactie buiten faillissement vaak in de weg. De wetgever heeft nu plannen om de regels van overgang van onderneming ook binnen faillissement van toepassing te laten zijn (Wet overgang van onderneming in faillissement). Hierdoor wordt een reorganisatie nog lastiger. Hopelijk denkt de wetgever hier nog eens goed over na.

PIETER VAN DEN BERG IS ADVOCaat EN PARTNER BIJ BUREN LEGAL TAX NOTARY EN GESPECIALISEERD IN M&A EN HERSTRUCTURERING & INSOLVENTIE. RUUD BRUNNINKHUIS IS ADVOCaat EN SENIOR ASSOCIATE BIJ BUREN LEGAL TAX NOTARY EN GESPECIALISEERD IN HERSTRUCTURERING & INSOLVENTIE.



Pieter van den Berg



Ruud Brunninkhuis