

Retailfaillissementen

Interview met de curatoren in de faillissementen van DA, Macintosh, McGregor, Miss Etam, MS Mode, USG en V&D

TvI 2017/29

Onder leiding van de auteurs van dit artikel vond een gesprek plaats met de curatoren in de faillissementen van DA, Macintosh, McGregor, Miss Etam, MS Mode, USG en V&D. Zij spraken met hen over verschillende onderwerpen die in deze retailfaillissementen aan de orde zijn geweest of zijn. In het artikel doen de auteurs verslag van het gesprek en becommentariëren zij een aantal van de besproken onderwerpen.

1. Inleiding

De retailbranche heeft dramatische jaren achter de rug. Tot de lange rij van retailketens die het hoofd niet boven water hebben kunnen houden behoren onder andere DA, Macintosh, McGregor, Miss Etam, MS Mode, USG en V&D. Onder leiding van de auteurs van dit artikel vond een gesprek plaats met de curatoren in deze faillissementen. Wij spraken met hen over verschillende onderwerpen die in de retailfaillissementen aan de orde zijn geweest of zijn. In dit artikel doen we verslag van het gesprek en becommentariëren wij enkele onderwerpen. Achtereenvolgens zullen wij ingaan op de volgende onderwerpen: voortzetten (§ 2); afspraken met financiers (§ 3); BTW-kwesties (§ 4); eigendomsvoorbehoud en recht van reclame (§ 5); dwangcrediteuren (§ 6); verhuurders (§ 7); doorstart (§ 8); arbeidsrechtelijke kwesties (§ 9); maatschappelijke belangen (§ 10); communicatie (§ 11); en inzet deskundigen (§ 12).

De aard van dit artikel brengt mee dat de leerstukken die wij bekend veronderstellen soms geheel niet en soms slechts beperkt worden uitgewerkt. Het doel is niet om op alle punten juridisch geheel volledig te zijn. Het doel is vooral de overeenkomsten, verschillen en bijzonderheden in de onderzochte retailfaillissementen uit te lichten.

2. Voortzetten

De eerste beslissing die in de onderzochte retailfaillissementen steeds moest worden genomen, is of de onderneming zou worden voortgezet. Op DA na, zijn de activiteiten van alle failliete retailketens na (surseance en) faillissement voortgezet. De curator van DA concludeerde dat voortzetting van de activiteiten niet verantwoord en niet renderend was. Verdere bedrijfsvoering was financieel niet mogelijk.

Lensink (DA): *“In heb nog nooit meegemaakt dat er zoveel crediteuren waren met een eigendomsvoorbehoud. Mede gelet daarop is ervoor gekozen de voorraad in het distributiecentrum te houden en de levering aan de winkels stop te zetten. Ook de webwinkel is gesloten. DA was qua organisatie overigens bijzonder. DA was vooral franchisegever voor franchise-nemers van circa 250 winkels. DA exploiteerde zelf slechts vijf eigen winkels en verhuurde circa 65 winkels aan franchise-nemers door middel van een onderhuurconstructie.”*

De andere curatoren hebben aangegeven dat in overleg met de financiers is besloten om de activiteiten voort te zetten met het oog op een mogelijke doorstart en om een maximale verkoopopbrengst voor de voorraden te kunnen realiseren. Behalve de curatoren van V&D, hebben alle curatoren naast de fysieke winkels ook de webwinkel opengehouden. Van Zanten & De Groot (McGregor): *“We waren in surseance en we wilden doorstarten. Daar hoorde naar ons idee bij: het openhouden van de winkels én het openhouden van de webshop. En we waren bang dat als we één van die takken, óf de winkels óf de webshop dicht zouden doen, een doorstart veel verder weg zou zijn. We hebben daarom de pandhouder geadviseerd om de webshop mede open te houden.”* Op de vraag aan de curatoren van V&D waarom zij de webshop van V&D juist hebben gesloten, antwoordden zij dat dit onder andere verband hield met voorziene problemen met ruilen en retourneren en een partij die een beroep deed op het retentierecht. De Coninck-Smolters & Van de Meent (V&D): *“Men voorzag een grote chaos als we de webshop open zouden houden. Daarnaast deed Docdata, de partij waar de voorraden voor de webshop lagen opgeslagen, een beroep op het retentierecht in verband met een openstaande vordering van € 1,5 miljoen.”* Dit retentierecht compliceerde volgens curatoren de gang van zaken. Als gevolg van het retentierecht had de pandhouder geen/nauwelijks financieel belang bij deze voorraden, zodat het voor de pandhouder ook niet interessant was een garantie voor deze webshop af te geven. Opvallend is dat de winkels van MS Mode enkele dagen gesloten zijn geweest. Dit had te maken met het feit dat de onderhandelingen met de financier over de verdeling van de opbrengsten van de winkelverkoop waren stukgelopen. In de volgende paragraaf gaan wij hier nader op in.

3. Afspraken met financiers

Zoals hiervoor is beschreven, zijn de activiteiten van alle besproken retailbedrijven – op DA na – voortgezet met het oog op een mogelijke doorstart en om een zo hoog mogelijke opbrengst voor de voorraden te realiseren. Omdat in de faillissementen alle activa aan de financiers in zekerheid waren gegeven, speelden de financiers hierbij een belangrijke rol. Zeker bij kleding geldt dat het verschil tussen de opbrengst

¹ Gelieve dit artikel aan te halen als: F.B. Bosvelt en M.E. ten Brinke, 'Retailfaillissementen. Interview met de curatoren in de faillissementen van DA, Macintosh, McGregor, Miss Etam, MS Mode, USG en V&D', TvI 2017/29. Mr. F.B. Bosvelt en mr. M.E. ten Brinke zijn beiden advocaat bij Wijn & Stael Advocaten te Utrecht.

bij verkoop uit een winkel en verkoop via een veiling groot is. In retailfaillissementen (met kleding) zijn de curator en de financier daardoor sterker op elkaar aangewezen dan in een gemiddeld ander faillissement. De curator en de financier zullen trachten overeenstemming te bereiken over welke opbrengst naar de financier gaat en welke marge voor de boedel is. Bekend is dat dit een hard onderhandelingspel is. Wij vroegen de curatoren hoe hen dit is vergaan en welke afspraken zij met de financiers hebben gemaakt.

Bijna alle curatoren lieten weten een afwijkende wijze van verkoop op de voet van art. 3:251 lid 2 BW te zijn overeengekomen. De curatoren van Macintosh, McGregor, Miss Etam en V&D hebben zonder grote conflicten een regeling met de betreffende financiers kunnen treffen. Curatoren Macintosh hebben voor hun medewerking aan de verkoop van de verpande voorraden een vaste boedelbijdrage van € 3.236.766,- en een variabele boedelbijdrage van 30% van de gerealiseerde verkoopopbrengst² bedongen. Curatoren McGregor ontvangen 40% van de netto verkoopopbrengst.³ Bij Miss Etam ontvangen de curatoren naar verwachting een bedrag van € 5 tot 5,5 miljoen van de totale omzet tijdens de voortzettingsperiode van € 13 à 14 miljoen, mits het standpunt van de curatoren ten aanzien van de verschuldigdheid van BTW juist is (zie § 4 hierna). De curatoren van V&D krijgen een boedelbijdrage van 10% van de netto verkoopopbrengst, waarbij een minimum geldt van € 6 miljoen. Bij MS Mode en USG lijken de onderhandelingen het meest heftig te zijn geweest. De curatoren van MS Mode werden bij hun aanstelling geconfronteerd met een reeds enkele uren voor de verlening van de surseance van betaling gesloten art. 3:251 lid 2 BW-overeenkomst. De curatoren van MS Mode hebben zich hiertegen verzet, omdat in die afspraak uit de winkelopbrengsten geen baten werden vrijgemaakt om de operationele kosten, zoals die van huur en personeel, te voldoen. Ook de BTW kon niet worden voldaan, omdat de financier zich daarop zou verhalen. De curatoren van MS Mode zijn daarover met de financier gaan onderhandelen en hebben op een gegeven moment de winkels gesloten, omdat niet tot overeenstemming werd gekomen. Na de sluiting van de winkels hebben de curatoren van MS Mode en de financier alsnog afspraken kunnen maken en zijn de winkels weer opengegaan. Afsproken is dat de curatoren van MS Mode naast een vaste bijdrage in de kosten van € 800.000,- en de BTW 19% van de netto verkoopopbrengst ontvangen.⁴ In het faillissement van USG kwam het bijna tot een kort geding. In de onderhandelingen met de financiers stelden de curatoren van USG zich op het standpunt dat het bedrijf door hen – dus ten laste van de boedel – werd voortgezet en de opbrengsten daarvan dan ook in de boedel dienden te vallen. Volgens de curatoren was de winkelvoorraad

voor de financiers zeker niet meer waard dan de inkoopwaarde, zodat zij in eerste instantie hebben voorgesteld de inkoopwaarde van de verpande voorraad aan de financiers af te dragen. De financiers wilden echter ook een deel van de verkoopmarge en een deel van de BTW. Dat was voor de curatoren echter niet aanvaardbaar. Curatoren USG stelden dat de gehele meerwaarde die wordt gerealiseerd door verkoop vanuit de winkels, wordt gerealiseerd door de boedel en dan ook aan de boedel toekomt. Ook afdracht van een deel van de BTW was voor de curatoren niet aanvaardbaar, omdat het volgens hen de boedel was die verkocht en op de boedel dan een (boedel)verplichting rust om deze BTW af te dragen. De financiers hebben vervolgens verboden om verpande voorraden te verkopen, maar de curatoren hebben desondanks verkocht. Curatoren USG achten het doorverkopen niet onrechtmatig – curatoren vinden dat zij tijdens de afkoelingsperiode verpande zaken mochten verkopen – en stellen dat zij anders, voor zover verkoop wel onrechtmatig zou zijn, een beroep op art. 6:168 BW zouden kunnen doen vanwege de zwaarwegende maatschappelijke belangen. De financiers hebben de curatoren vervolgens persoonlijk aansprakelijk gesteld en weigerden de inkomsten die nog op de rekeningen bij hen binnenkwamen af te dragen aan de boedel. Een kort geding werd gepland. De dag voor het kort geding hebben de financiers er alsnog mee ingestemd dat de verkoopmarge die werd gerealiseerd aan de boedel zou toevallen. De getroffen regeling is volgens curatoren USG niet ingepast in art. 3:251 BW. De afspraak die is gemaakt is dat de boedel voor eigen rekening zou verkopen en dat de schade aan de financiers zou worden vergoed. De financiers krijgen als schadevergoeding de inkoopwaarde van de verpande voorraad, aldus Van Hooff (USG). Overigens bestaat over de precieze verdeling van de opbrengsten thans nog een discussie, laat Van Hooff weten. Dat is een discussie in het verlengde van de zaak *Rabobank/Reuser*, namelijk over de vraag of de voorwaardelijke eigendom (van de op datum faillissement nog niet vrije voorraad) wel aan de financiers was verpand.

Wij merken bij het voorgaande op dat de besproken regelingen die de curatoren in de verschillende faillissementen met de financiers hebben getroffen moeilijk te vergelijken zijn. Een hoger percentage of bedrag betekent niet noodzakelijkerwijs een betere regeling voor de boedel. Dit is immers ook sterk afhankelijk van de aard van het faillissement, de omzet die in de voortzettingsperiode is gerealiseerd en de exacte voorwaarden in het kader van een dergelijke regeling.

4. BTW-kwesties

BTW is een onderwerp dat door de grote retailfaillissementen weer zeer actueel geworden is. Concreet spelen er drie kwesties waarbij wij terugzien dat curatoren, al dan niet samen met de financier, de fiscale gevolgen (proberen te) optimaliseren. Ten eerste is dit de discussie over de vraag of de BTW over de voortzettingsperiode wel als boedelschuld kwalificeert. Ten tweede worden er pogingen gedaan om

2 Na aftrek van bepaalde kosten en rekening houdend met mogelijke afspraken van leveranciers onder eigendomsvoorbehoud of recht van reclame.

3 Netto verkoopopbrengst = bruto verkoopopbrengst – BTW – inkoopwaarde eigendomsvoorbehouden – betaalde (dwang)crediteuren.

4 Netto verkoopopbrengst = bruto verkoopopbrengst – bedrag noodzakelijke variabele kosten en dwangcrediteuren – vergoeding leveranciers.

een deel van het bedrag dat de boedel ontvangt niet als boedelbijdrage aan te merken. Ten slotte zien wij dat curatoren leveranciers met eigendomsvoorbehoud (of recht van reclame) de complete voorraad per datum faillissement die nog eigendom van de leverancier is laten crediteren om vervolgens het verbruik in de boedelperiode opnieuw aan de boedel te laten factureren, zodat de BTW door de boedel kan worden teruggevraagd. Deze drie kwesties lichten wij hierna toe.

Is de BTW-verplichting die bij verkoop op grond van art. 3:251 BW ontstaat wel boedelschuld? Over deze kwestie is momenteel een proefprocedure aanhangig in het faillissement van Geddes & Gillmore. Daarin zijn recent prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.⁵ De achtergrond hiervan begint met het *Rentekas*-arrest⁶ uit 1983 waarin de Hoge Raad heeft beslist dat een hypotheekhouder zich bij de uitwinning van zijn zekerheidsrecht eveneens mag verhalen op de BTW die onderdeel is van de opbrengst. Hetzelfde geldt voor een pandhouder.⁷ Het gevolg hiervan is wat wel wordt genoemd het 'weglekken van omzetbelasting': de zekerheidsgerechtigde verhaalt zich op de BTW, terwijl de geëxecuteerde vervolgens de verschuldigde BTW dient af te dragen. Dit laatste bleek vaak, met name in faillissement, niet mogelijk. Om de gevolgen van het *Rentekas*-arrest te beperken, heeft de wetgever diverse verleggingsregelingen ingevoerd, laatstelijk in 2008, op grond waarvan de BTW wordt verlegd naar de koper. Deze regelingen zijn echter niet van toepassing als het gaat om verkoop aan particulieren, zoals bij retailfaillissementen het geval is wanneer de onderneming na faillissement wordt voortgezet. In de faillissementen van MS Mode, USG en V&D erkennen curatoren dat de BTW-verplichting een boedelschuld is. In V&D was de financier met pandrechten het Engelse Sun Capital. Of de BTW-verplichting boedelschuld is, is geen discussiepunt geweest. Sun Capital liet curatoren V&D weten: "*What belongs to the Queen, belongs to the Queen.*" In MS Mode is de BTW nog niet afgedragen. De curatoren van MS Mode hebben aan de financier laten weten dat hij in bezwaar kan gaan bij de Belastingdienst, indien de financier zou vinden dat de BTW geen boedelschuld is.

Curatoren Macintosh hebben met de financiers de afspraak gemaakt dat de BTW aan de financiers toekomt, maar dat de boedel wordt gevrijwaard indien de BTW-schuld een boedelschuld blijkt te zijn. Curatoren Macintosh gaven aan dat hierover op dit moment een discussie loopt tussen de financiers van Macintosh en de Belastingdienst, maar dat de uitkomst van de proefprocedure in Geddes & Gillmore wordt afgewacht. In het faillissement van Miss Etam wordt dezelfde discussie met de Belastingdienst gevoerd, maar doen de curatoren dat voor eigen rekening en risico. Overigens is niet gezegd dat dit een voor de boedel slechtere deal is. Een en ander zit namelijk ook verdisconteerd in de met

de financier getroffen regeling. Tekstra neemt in zijn Handboek fiscaal insolventierecht overigens de stelling in dat als de zekerheidshouder met toestemming van de voorzieningenrechter verkoopt, waarschijnlijk geen sprake is van een boedelschuld, omdat er dan volgens hem niet gesproken kan worden van een toedoen van de zijde van de curator.⁸ Wat daar inhoudelijk ook van zij, in de door ons onderzochte retailfaillissementen is er steeds niet voor gekozen om toestemming van de voorzieningenrechter te vragen, maar is in de regel verkocht op grond van art. 3:251 lid 2 BW.

De tweede kwestie die wij aan willen stippen, speelt in de faillissementen van Macintosh en MS Mode. Dit betreft de vraag in hoeverre de bijdrage die de boedel ontvangt BTW-belast is. De achtergrond is dat curatoren sinds juni 2014 BTW in rekening dienen te brengen over een door hen te ontvangen boedelbijdrage. Volgens de Belastingdienst worden door de curator immers werkzaamheden verricht tegen een vergoeding en is er dus sprake van een belaste prestatie. De boedelbijdrage is hierdoor voor financiers die de BTW niet in vooraf trek kunnen brengen effectief 21% hoger. In het faillissement van V&D speelde dit overigens niet, omdat de boedelbijdrage verschuldigd was door een buitenlandse financier. De curatoren van Macintosh hebben laten weten dat de financiers van Macintosh zich op het standpunt hebben gesteld dat slechts een gedeelte van de vaste boedelbijdrage van € 3.236.776, namelijk een bedrag van € 413.223 BTW-belast is, omdat enkel dat gedeelte een vergoeding betreft voor de werkzaamheden van curatoren ten behoeve van de financiers. De rest is volgens de financiers een vergoeding voor door de boedel gemaakte kosten. De curatoren van MS Mode stellen zich op een vergelijkbaar standpunt. In hun faillissementsverslag schrijven zij onder het kopje 'boedelbijdrage': "*Omdat de verkoop voor een groot gedeelte heeft plaatsgevonden vanuit de Nederlandse winkels wordt uit de verkoopopbrengst een bijdrage betaald in de exploitatiekosten, dit is geen boedelbijdrage.*" Op de vraag hoe de Belastingdienst hiermee omgaat, antwoordden curatoren Macintosh dat over deze kwestie op dit moment een discussie loopt en dat zij in dat kader door de financiers zijn gevrijwaard. Curatoren MS Mode gaven aan dat van een dergelijke discussie bij hen (nog) geen sprake is.

De derde variant van fiscale optimalisatie die wij in de onderzochte retailfaillissementen zijn tegengekomen, is het laten crediteren van de complete voorraad die per datum faillissement nog eigendom van de leverancier was, en het vervolgens opnieuw aan de boedel laten factureren van de in de boedelperiode verbruikte voorraad. Het voordelige gevolg daarvan is dat de BTW door de boedel teruggevraagd kan worden. In de faillissementen van USG en Miss Etam is deze variant toegepast. Curatoren USG hebben aangegeven dat de in de boedelperiode verbruikte voorraad aan de boedel is gefactureerd en dat voor die zaken eerder aan de desbetreffende failliete vennootschap verzonden facturen zijn

5 Rb. Amsterdam 5 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4726 waarbij zowel wordt ingegaan op het effect van art. 3:251 lid 1 als lid 2 BW.

6 HR 6 mei 1983, NJ 1984/228 (*De Rentekas/mr. Broekveldt q.q.*).

7 Hof Leeuwarden 29 mei 2002, JOR 2002/181 (*Ontvanger/Overes q.q.*).

8 A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Den Haag: SDU 2017, p. 361 waar Tekstra er overigens ook op wijst dat ook in het faillissement van Henk.nl een proefprocedure aanhangig is.

gecrediteerd. Iets vergelijkbaars heeft plaatsgevonden in het faillissement van Miss Etam. Curatoren Miss Etam hebben bij de betreffende leveranciers om creditfacturen voor het volledige bedrag gevraagd en vervolgens om een nieuwe factuur voor de overeengekomen 70% van de inkoopwaarde gevraagd. Gepoogd is om een ruling van de Belastingdienst te krijgen. Die heeft zich daarover echter niet uitgelaten, zodat deze (eventuele) discussie nog niet is beslecht.

5. Eigendomsvoorbehoud en recht van reclame

In de besproken retailfaillissementen namen de leveranciers een belangrijke positie in. Een groot deel van de leveranciers had een eigendomsvoorbehoud bedongen⁹ en/of kon een beroep doen op het recht van reclame. Wij hebben de curatoren gevraagd hoe zij hiermee zijn omgegaan. Alle curatoren gaven aan de leveranciers met een erkend eigendomsvoorbehoud of recht van reclame een bepaald percentage te hebben aangeboden voor de voorraad die in het kader van de voortzetting is verkocht. Ten aanzien van de voorraad die in het kader van een doorstart is verkocht, is over het algemeen met de doorstarter afgesproken dat de eigendomsrechten van leveranciers worden gerespecteerd en dat de doorstarter verder zou zorgdragen voor de afwikkeling van de eigendomsvoorbehouden en rechten van reclame. Gevraagd naar welke percentages er zijn aangeboden, hebben de curatoren van McGregor en USG laten weten 100% van de inkoopwaarde te hebben aangeboden. Van Zanten & De Groot (McGregor): *“Onze keuze was heel duidelijk. Niemand zijn eigendomsrecht mag ontnomen worden en niemand mag schade lijden als hij meewerkt aan het openstellen van de winkels. Wij hebben toen gezegd dat er dan maar één objectieve waarde is om de vergoeding aan te koppelen; dat is de inkoopwaarde.”* Van Hees & Van Hooff (USG): *“De leveranciers met een eigendomsvoorbehoud hadden naar onze mening recht op vergoeding van de – gehele – inkoopwaarde van de door ons verkochte zaken, omdat wij die zaken immers going concern verkochten. Bij een dergelijke verkoop moet je de inkoopprijs als kosten in aanmerking nemen en dus ook vergoeden.”* De curatoren van V&D hebben leveranciers die een geldig eigendomsvoorbehoud hadden of een beroep konden doen op het recht van reclame 90% van de inkoopwaarde vergoed, de curatoren van MS Mode 80% en de curatoren van Miss Etam 70% van de berekende kostprijswaarde¹⁰. Zij gaven aan er ook rekening mee te hebben gehouden dat de leveranciers anders kosten hadden moeten maken om hun goederen terug te krijgen en opnieuw te kunnen verkopen. Zo hebben de curatoren van Miss Etam vanuit de gedachte dat de leveranciers recht hebben op schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking, een inschatting gemaakt van wat de positie van de leveranciers zou zijn geweest indien de goederen aan hen zouden zijn geretourneerd. Het voorstel van de curatoren van Miss Etam

is door twee leveranciers niet geaccepteerd die vervolgens samen een procedure tegen de curatoren zijn gestart. In het vonnis overweegt de rechtbank dat bij de berekening van de schadevergoeding moet worden gekeken naar het verschil tussen de werkelijke situatie waarin de kleding is doorverkocht en het geval waarin de leveranciers de kleding als eigenaar zouden hebben teruggekregen. Uiteindelijk moesten de curatoren van Miss Etam afgerond 80% (in plaats van de aangeboden 70%) van de kostprijswaarde aan de twee leveranciers vergoeden. Tegen dit vonnis is geen hoger beroep ingesteld.¹¹ De achtergrond van het feit dat door leveranciers veelal met minder dan 100% van de waarde genoeg moet worden genomen, is dat van de leveranciers bij daadwerkelijke teruggave een boedelbijdrage had kunnen worden gevraagd voor de kosten van afgifte. Daarnaast speelt ook dat sommige leveranciers bij daadwerkelijke teruggave aanzienlijke kosten hadden moeten maken om inmiddels aangebrachte labels (met daarop merknamen van de failliete vennootschap) uit kleding te halen. Ook dat is meegewogen in de gemaakte afspraken. Overigens speelt in alle boedels tevens een rol de mate waarin curatoren de rekening konden neerleggen bij de financier.

6. Dwangcrediteuren

Een onderwerp waar vrijwel alle curatoren mee te maken hebben gehad is de problematiek van dwangcrediteuren. Met dwangcrediteuren bedoelen wij crediteuren die diensten leveren die noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming en die zich met een beroep op een opschortingsrecht op het standpunt kunnen stellen slechts bereid te zijn verdere leveranties te verrichten indien de curator óók prefaillissementsvorderingen voldoet. Afhankelijk van de mate waarin prefaillissementsvorderingen openstonden, werden de curatoren geconfronteerd met partijen die 100% van hun openstaande vorderingen betaald wensten te krijgen en er anders ‘de stekker uit zouden trekken’. Bij Macintosh en USG speelde dit probleem slechts zeer beperkt, omdat sprake was van een beperkt bedrag aan openstaande prefaillissementsvorderingen bij crediteuren met een mogelijke dwangpositie. Met name bij V&D is dit een probleem geweest. De Coninck-Smolders & Van de Meent (V&D): *“Bij V&D waren er circa tien partijen, met name ICT-gerelateerd, die er ieder voor zich voor hadden kunnen zorgen dat de onderneming stil zou komen te liggen. Dit heeft ons aan het begin van het faillissement heel veel tijd gekost. We hebben een aantal keer bijna de gang naar de voorzieningenrechter moeten maken, maar gelukkig is dat uiteindelijk niet nodig geweest.”* Met betrekking tot het tijdsaspect gaven curatoren V&D aan dat zij hebben ervaren dat dwangcrediteuren het niet altijd accepteerden dat de gesprekken met hen door iemand uit het team van de curatoren gedaan werd. Zij wilden dan toch met één van de curatoren spreken. Uiteindelijk hebben alle curatoren, vaak gedekt door de betrokken financier, regelingen getroffen met de dwangcrediteuren waarbij soms substantiële bedragen betaald

9 In de inkoopvoorwaarden van Miss Etam, MS Mode en V&D werd een eigendomsvoorbehoud uitgesloten.

10 Deze waarde lag iets boven de inkoopwaarde.

11 Rb. Den Haag 20 april 2016, JOR 2016/284, m.nt. B.I. Kraaiapoel.

zijn om de voortzetting van de onderneming te verzekeren. Op de vraag of de huidige wettelijke regeling toereikend is, antwoordden de meeste curatoren dat een uitbreiding van art. 37b Fw, zoals mogelijk ook zal worden opgenomen in de Wet Continuïteit Ondernemingen III, wenselijk zou zijn. Met de bestaande jurisprudentie in de hand staan curatoren al sterker in de onderhandelingen met dwangcrediteuren, maar een uitbreiding van art. 37b Fw naar alle dwangcrediteuren in plaats van alleen nutsleveranciers zou curatoren veel tijd en geld schelen.

7. Verhuurders

In alle retailfaillissementen werden winkelpanden gehuurd. De verhuurders van de winkelpanden hebben een belangrijke rol gespeeld in het kader van het realiseren van een doorstart waarbij geldt dat locatie key is. Een doorstarter wil graag bepaalde locaties overnemen, maar de curator kan geen gehuurde locaties verkopen. Wij hebben de curatoren in de verschillende faillissementen gevraagd hoe zij hiermee zijn omgegaan. De curatoren gaven aan dat dit lastig was. In dit soort grote faillissementen met vele winkels en evenzoveel huurovereenkomsten is overeenstemming met de verhuurders niet 1,2,3 bereikt, maar je wilt als curator liever niet dat een doorstart afhankelijk wordt van overeenstemming met de verhuurders. Dit hangt echter van je onderhandlungspositie af. Bij V&D was er bijvoorbeeld uiteindelijk maar één potentiële doorstartkandidaat, waardoor deze als eis kon stellen dat voor ten minste 35 geselecteerde winkels een conveniërend voorstel moest worden ontvangen om tot een doorstart te kunnen komen.

In de meeste faillissementen is met de doorstartende partij de afspraak gemaakt dat deze zelf in overleg zou treden met de verhuurders van de locaties die men zou willen doorstarten. Ondertussen ontvingen zij dan al wel de sleutel van de nog door de gefailleerde vennootschap gehuurde bedrijfsruimte. De curatoren van Macintosh, McGregor, Miss Etam en USG hebben daarbij met de doorstarter afgesproken dat de bestaande huurovereenkomsten nog niet zouden worden opgezegd en dat op verzoek van de doorstarter de curatoren een indeplaatsstelling zouden vorderen, waarbij de curatoren meestal een bepaalde succesfee zouden ontvangen voor een succesvolle indeplaatsstelling. Curatoren MS Mode lieten de bestaande huurovereenkomsten niet doorlopen en hebben met de doorstarter afgesproken dat niet om indeplaatsstelling zou worden verzocht. In de faillissementen van Macintosh, McGregor en Miss Etam zijn uiteindelijk ook diverse indeplaatsstellingsprocedures gevoerd. Met name verhuurders op A-locaties maakten gebruik van de mogelijkheid om de huurovereenkomsten met de failliet op grond van art. 39 Fw op te zeggen. Van Zanten & De Groot (McGregor) lieten weten dat kort na het faillissement veel opzeggingen van verhuurders van de A-locaties werden ontvangen. De Groot: "Op dag één regende het opzeggingen." Geen van de gevoerde indeplaatsstellingsprocedures is overigens succesvol geweest. Een aantal curatoren heeft aangegeven dat je als curator naar de huidige stand van de

jurisprudentie zelden een zwaarwichtig belang hebt bij een indeplaatsstelling en meent dat dit bezwaarlijk is. Verschillende doorstarters hebben ook aangegeven dat indien zij van tevoren hadden geweten dat het risico dat ze de door hen gewenste locaties niet zouden kunnen krijgen zo groot was, zij de doorstart niet hadden gedaan.

8. Doorstart

Op V&D¹² na is in alle faillissementen een doorstart gerealiseerd. Twee aspecten lichten wij nader toe. Allereerst het belang van behoud van werkgelegenheid waarmee curatoren rekening hebben gehouden. Daarnaast het credit bid dat in McGregor is gedaan.

De curator van DA heeft de doorstart gerealiseerd vanuit een dichte situatie en heeft verkocht aan een partij die bereid was 100 personeelsleden meer over te nemen dan een andere geïnteresseerde. Lensink (DA): "Uiteindelijk bleven er twee partijen over met wie definitieve gesprekken zijn gevoerd, waarvan één een honderdtal meer werknemers in dienst wilde nemen dan de andere. Toen waren we er toch relatief snel uit." Curatoren Macintosh gaven aan ook "te hebben gestreefd naar maximaal behoud van werkgelegenheid". Het is hen gelukt om alle Macintosh formules te verkopen. Eén van de Macintosh-dochters is verkocht door middel van een aandelentransactie waardoor het faillissement daarvan is voorkomen. De overige formules zijn vanuit faillissement doorgestart door middel van een activatransactie, waarbij circa 48% van de werkgelegenheid is behouden. Bij MS Mode en McGregor is er uiteindelijk doorgestart door de aandeelhouders. De curatoren van MS Mode en McGregor hebben laten weten dat er ook andere biedingen zijn gedaan, maar dat die bijvoorbeeld lager waren, slechts zagen op een deel van het actief of niet gericht waren op het voortzetten van de activiteiten. In beide faillissementen werd de voorkeur gegeven aan biedingen met een continuïteitsscenario boven een liquidatiescenario. Met de doorstarter van McGregor is overeengekomen dat de intentie was dat om circa 500 Nederlandse werknemers een arbeidsovereenkomst (in beginsel voor onbepaalde tijd) aan te bieden. Uiteindelijk heeft de doorstarter aan 377 werknemers een arbeidsovereenkomst aangeboden. Dit heeft voor nogal wat ophef gezorgd en tot Kamervragen geleid.¹³

Wat ook de nodige aandacht heeft gekregen is het feit dat de koopsom voor de doorstart van McGregor voor een groot deel¹⁴ is betaald door middel van een zogenaamd 'credit bid'. Hierbij is de overeengekomen koopsom in mindering gebracht op de vordering van de doorstarter op McGregor, waardoor er door de doorstarter uiteindelijk maar een beperkt bedrag daadwerkelijk cash aan de boedel is betaald. De curatoren van McGregor hebben toegelicht dat zij hier-

12 La Place is wel doorgestart.

13 Kamerstukken II 2016/17, Aanhangsel Handelingen 2016/17, 32 onder 4.

14 € 24.500.000 van de totale koopprijs van € 25.397.876,50 is betaald door middel van een credit bid. De rest is betaald door middel van een contante betaling.

mee akkoord zijn gegaan, omdat dit de enige optie was om werkgelegenheid te behouden.

Hoewel de curatoren allemaal hebben gestreefd naar een doorstart en deze in de meeste gevallen ook is gerealiseerd, gaven de curatoren tijdens het gesprek aan dat het bij retailfaillissementen overigens de vraag is of een doorstart het meeste oplevert voor de crediteuren. Een doorstarter wil voor de voorraden niet veel meer betalen dan de inkoop-prijs, terwijl de curator de voorraad zelf vanuit de winkels voor een hogere prijs kan verkopen. Als de curator een goede afspraak kan maken met de pandhouder, kan het zelf uitverkopen van de voorraad vanuit de winkels waarna de winkels worden gesloten en eventueel nog merkrechten worden verkocht, voor de boedel meer opleveren dan een doorstart. *“De enigen die daar nadeel van hebben zijn de verhuurders, die zitten met een leeg pand, en de werknemers, die kan je niet begeleiden naar een doorstart.”*; aldus Van Zanten (McGregor).

9. Arbeidsrechtelijke kwesties

In de besproken retailfaillissementen spelen verschillende arbeidsrechtelijke kwesties. Een eerste onderwerp dat wij met de curatoren bespraken is de positie van de ondernemingsraad in faillissement. In alle onderzochte faillissementen was sprake van een ingestelde ondernemingsraad. Wij hebben de curatoren gevraagd hoe zij hiermee zijn omgegaan. De curator van DA heeft ons laten weten dat het voor hem onder de gegeven omstandigheden niet mogelijk was de ondernemingsraad bij de doorstart te betrekken, simpelweg omdat de onderneming was stilgelegd en een doorstart *“zo snel als mogelijk moest plaatsvinden, mede omdat de bank op het punt stond de haar verpande activa te executeren”*, aldus Lensink. Dit heeft geresulteerd in een procedure bij de Ondernemingskamer en heeft inmiddels geleid tot een arrest van de Hoge Raad. Lensink heeft laten weten dat de ondernemingsraad in eerste instantie probeerde de doorstart terug te draaien. Daarom had de boedel belang bij het voeren van verweer. Kort voor de zitting bij de Ondernemingskamer is de eis echter beperkt tot een verklaring voor recht. De Hoge Raad wees op 2 juni 2017 arrest.¹⁵ De Hoge Raad oordeelde dat bij verkoop van activa in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming, waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen, sprake is van adviesplicht op grond van art. 25 lid 1 WOR. De Hoge Raad geeft een curator wel enige ruimte: *“Zo mag de curator afwijken van de formele vereisten die art. 25 lid 2-6 WOR stelt in verband met de advisering door de ondernemingsraad als de omstandigheden van het geval dit vergen. De ondernemingsraad en de curator dienen zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR als zodanig jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.”*

15 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (Ondernemingsraad DA).

In de andere faillissementen waarin de ondernemingsraad steeds wel is betrokken, verschilt de wijze waarop dit is gedaan. Over het algemeen gaven de curatoren aan dat de ondernemingsraden op de hoogte zijn gehouden of dat daarmee overleg heeft plaatsgevonden, maar dat er niet formeel om advies is gevraagd. Dit lijkt alleen te zijn gebeurd bij de verkoop van La Place. Curatoren V&D merken daarover in hun verslag op: *“De Ondernemingsraad is in het kader van artikel 25 WOR in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over de voorgenomen verkoop van de activa van La Place aan Jumbo.”* Curatoren V&D gaven overigens aan dat zij niet erkend hebben dat de ondernemingsraad adviesrecht had, maar dat er *“coulancehalve”* advies is gevraagd. Sinds het arrest van de Hoge Raad is duidelijk dat er adviesrecht is en dat de curator en de ondernemingsraad zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. De invulling die curatoren V&D daaraan gaven – zij hebben gefaciliteerd dat de ondernemingsraad toen de verkoop van La Place aan de orde was direct bij elkaar kon komen om spoedig advies te kunnen geven – is daar wat ons betreft een mooi voorbeeld van.

Een ander onderwerp dat in de verschillende retailfaillissementen aan de orde is geweest is het doorwerken na het einde van de opzegtermijn. In alle faillissementen zijn de arbeidsovereenkomsten kort na het faillissement door curatoren opgezegd, maar in de meeste faillissementen zien wij dat werknemers langer dan de oorspronkelijke opzegtermijn van zes weken hebben doorgewerkt. Over het algemeen gaat dit om kleine teams van werknemers. Alleen bij V&D heeft een grotere groep van wel 200 werknemers na de opzegtermijn doorgewerkt. Steeds is door de curatoren gekozen voor de constructie dat de opzegtermijn is verlengd in overleg met het UWV, zodat het geen gevolgen zou hebben voor de WW-rechten van de betrokken werknemers. Zoals eerder opgemerkt, is in het faillissement van V&D geen doorstart gerealiseerd. Uiteindelijk heeft Gordon Brothers na het einde van de opzegtermijn nog een uitverkoop gehouden ten behoeve van de boedel. Daarbij heeft Gordon Brothers een deel van het voormalige V&D personeel weer ingehuurd via een uitzendbureau. Om te voorkomen dat sprake zou zijn van opvolgend werkgeverschap, zijn alleen werknemers met een dienstverband van maximaal 22 maanden aangenomen. Anders zou het risico bestaan dat een transitievergoeding verschuldigd zou worden.

Een derde arbeidsrechtelijk onderwerp dat in het gesprek aan de orde kwam, is de ‘problematiek’ van de oudere werknemers. Bij veel retailers zijn werknemers vaak al erg lang in dienst. Als gevolg van de WWZ is de tendens dat een doorstarter vooral de jongere werknemers (met een korter dienstverband) selecteert sterker geworden, omdat het arbeidsverleden bij een doorstart als gevolg van de WWZ vaker overgaat naar de doorstarter. Van Zanten (McGregor) duidt dit als *“een verarming van de situatie van die niet-geselecteerde en vaak oudere werknemer, maar ook van de doorstart.”* Naar aanleiding van de doorstart in McGregor

is hierover een procedure gevoerd bij het College voor de Rechten van de Mens.¹⁶ De doorstarter van McGregor had in alle communicatie duidelijk gemaakt dat zij geen werknemers zou overnemen met een dienstverband van langer dan 10 jaar. Het College heeft geoordeeld dat het gemaakte leeftijdsonderscheid niet objectief gerechtvaardigd was en dat de doorstarter “verboden leeftijdsonderscheid” heeft gemaakt. Hierover zijn ook Kamervragen gesteld.¹⁷ Meestal weet je als curator vooraf niet welke werknemers de doorstarter gaat selecteren. Vermeeren (Miss Etam): “Op het moment dat de doorstarter 60% van het personeel overneemt weet je als curator niet wie ze gaan overnemen.” Je kunt je evenwel na deze uitspraak afvragen of je als curator op dit punt een zorgplicht hebt. In dit verband is interessant dat in het faillissement van V&D de rechter-commissaris zich uitgebreid heeft laten informeren over de samenstelling van de groep over te nemen personeelsleden. Doorstartkandidaten hadden daar onomwonden aangegeven dat sommige werknemers niet geselecteerd zouden worden, vanwege de eventueel in de toekomst te betalen transitievergoedingen. Bij V&D is een business case zonder doorstart uiteindelijk interessanter gebleken. Hudson Bay exploiteert inmiddels warenhuizen in voormalige V&D vestigingen. Wervingsadvertenties waarin ook voormalig werknemers van V&D worden uitgenodigd te reageren, stellen wel als eis een “millennium state of mind”.

10. Maatschappelijke belangen

Het voornaamste maatschappelijke belang waarmee curatoren in retailfaillissementen rekening kunnen houden is behoud van werkgelegenheid, hetgeen de curatoren die wij hebben gesproken ook steeds hebben gedaan. Drie andere besproken punten van maatschappelijke aard die wij noemenswaardig vinden zijn de volgende. Het eerste is dat curatoren Macintosh onderzoeken of het mogelijk is om het historisch archief – zij geven overigens aan dat dit geen verkoopwaarde heeft – onder te brengen bij een instelling in Limburg. Daarnaast is in het faillissement van McGregor een secundaire insolventieprocedure in Polen geopend, waardoor het mogelijk werd om de werknemers daar een beroep te laten doen op de loongarantieregeling. Ten slotte noemen wij de enorme verantwoordelijkheid die de curatoren voelden vanwege het feit dat zoveel mensen voor hun inkomen afhankelijk zijn van een retailer. Niet alleen de werknemers en hun families, maar ook bijvoorbeeld de producenten in het Verre Oosten waar de geproduceerde kleding al klaarstond om te worden geleverd.

11. Communicatie

Communicatie is volgens de curatoren in de faillissementen van enorm belang geweest. Van de Meent (V&D): “De communicatie is onwaarschijnlijk wezenlijk.” Vermeeren (Miss

Etam): “Je kunt met communicatie een heleboel bereiken.” Diverse curatoren hebben zich dan ook laten bijstaan door communicatieadviseurs. Zo hebben de curatoren van Miss Etam gebruikgemaakt van een persvoorlichter en gaven aan daar veel baat bij te hebben gehad. In overleg daarmee zijn er bijvoorbeeld korte video's met interviews met de curatoren opgenomen die via Facebook werden gedeeld. Ook diverse andere curatoren hebben een persvoorlichter ingeschakeld en daarnaast veel profijt gehad van deskundigen die in dienst waren. Verder hebben verschillende curatoren aangegeven bijeenkomsten met groepen stakeholders te hebben georganiseerd. Curatoren Miss Etam hebben bijvoorbeeld in een vroeg stadium alle leveranciers met een recht van reclame en/of eigendomsvoorbehoud in een hotel bij elkaar geroepen. In die bijeenkomst hebben curatoren de voorbereiding van de doorstart toegelicht. Zij hebben deze partijen uitgebreid toegelicht waarom zij 70% van de inkoopwaarde wilden vergoeden. Ook de verhuurders zijn in een vrij vroeg stadium bijeengebracht. Dat werd enorm gewaardeerd en heeft veel goodwill gecreëerd waarvan ook de doorstarter heeft kunnen profiteren, aldus curatoren Miss Etam. Op het punt van communicatie roemen curatoren ook de rechters-commissarissen vanwege hun (als dat nodig was ook 's nachts) bereikbaarheid per e-mail, telefoon of WhatsApp.

12. Inschakeling deskundigen

In de verschillende retailfaillissementen is door de curatoren een groot aantal deskundigen ingeschakeld. Zo zijn in Miss Etam en USG deskundigen ingeschakeld om het verkoopproces te begeleiden. In MS Mode is gebruikgemaakt van een vastgoedadviseur om de waarde van de huurpanden in kaart te brengen. Curatoren MS Mode hebben verder direct een interim manager aangesteld die zich in het bijzonder ook heeft bezig gehouden met het gemotiveerd houden van werknemers, uitzendkrachten en ZZP'ers die van belang waren voor de voortzetting. De curatoren van McGregor hebben gebruikgemaakt van Insolresearch als boedelaccountant die ook de financiële feiten inventariseert en analyseert ten behoeve van het oorzakenonderzoek. BFI is ingeschakeld voor de oorzakenonderzoeken in Macintosh, McGregor en V&D. Tijdens het gesprek is gebleken dat de gegeven opdracht aan BFI echter wel verschilt. In het ene faillissement zijn curatoren bijvoorbeeld wel betrokken bij de interviews en in het andere faillissement niet. De curatoren lieten weten nog na te denken over welke onderdelen van het oorzakenonderzoek zij op welk moment naar buiten willen brengen. Op grote lijnen volgt men het protocol Schimmelpenninck.

13. Afsluiting

In dit artikel hebben wij naar aanleiding van het gesprek met de curatoren in zeven grote retailfaillissementen verschillende onderwerpen die in de faillissementen aan de orde zijn (geweest) toegelicht. Diverse kwesties die aan de orde zijn gekomen zullen wij, en u waarschijnlijk ook, met

¹⁶ College voor de Rechten van de Mens 9 februari 2017, 2017-11, www.mensenrechten.nl/publicaties/oorndelen/2017-11/detail.

¹⁷ Kamerstukken II 2016/17, Aanhangsel Handelingen 2016/17, 17 en 32.

belangstelling blijven volgen en zullen ongetwijfeld in de toekomst nog in dit tijdschrift worden behandeld. Wij zijn bijzondere dank verschuldigd aan de curatoren die openhartig over hun faillissement hebben verhaald. Dit artikel was niet tot stand gekomen zonder de bijdragen van:

- Joris Lensink (DA)
- Ben Meijs en John Huppertz (Macintosh)
- Marlous de Groot en Marc van Zanten (McGregor)
- Martijn Vermeeren en Pierre van Voorst (Miss Etam)
- Frits Kemp en Cees de Jong (MS Mode)
- Toni van Hees en Job van Hooff (USG)
- Hanneke De Coninck-Smolders en Kees van de Meent (V&D)