SAMENGEVOEGDE AFWIKKELING VAN FAILLISSEMENTEN

Samengevoegde afwikkeling van faillissementen

Substantive Consolidation of Bankruptcies

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus
Prof.dr. S.W.J. Lamberts
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 20 december 2007 om 16.00 uur

door

Michele Leontina Henricus Reumers

geboren te Margraten.

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Promotiecommissie

Promotor:

Prof.mr. J.W. Winter

Overige leden:

Prof.mr. W.H. van Boom
Prof.mr. M.J. Kroeze
Prof.mr. R.D. Vriesendorp

Van dit proefschrift is tevens een handelseditie verschenen in de serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, deel 61, onder ISBN 978 90 13 04992 3

'(...) bankruptcy is a forum in which everyone parts with some rights in order to participate in a process that works for the collective good.'

E. Warren, 'Bankruptcy policymaking in an imperfect world',
Michigan Law Review 1993, p. 361.

Inhoud

Afkortingen XIII

Inleiding 1

Hoofdstuk 1. Afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen

1.1 De regel: enkelvoudige afwikkeling van failliete boedels 15
1.1.1 Juridische zelfstandigheid binnen een feitelijke eenheid 15
1.1.1.1 Organisatorische verbondenheid 15
1.1.1.2 Economische verbondenheid 16
1.1.1.3 Personele verbondenheid 16
1.1.1.4 Financiële verbondenheid 17
1.1.2 Faillissement: verbreking van de eenheid 21
1.1.3 Gevolgen van verbreking van de eenheid 24
1.1.3.1 Verwarring bij crediteuren 25
1.1.3.2 Toedeling van vermogensbestanddelen 25
1.1.3.3 Toedeling kosten en salaris curator 29
1.2 De uitzondering: samengevoegde afwikkeling 32

Hoofdstuk 2. Nadere moeilijkheden verbonden aan enkelvoudige afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen

Inleiding 37
2.1 Ongelijkheid tussen schuldeisers 37
2.2 Beoordeling toelaatbaarheid van benadelende transacties 45
2.2.1 Saldobenadering 46
2.2.2 Benadelende rechtshandeling 52
2.3 Regresproblematiek 57
2.3.1 Hoofdelijkheid en regres 57
2.3.2 Draagplicht 58
2.3.3 Peildatum 64
2.3.4 Oplossingen voor de regresproblematiek 66
2.3.4.1 Afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht 66
2.3.4.2 Afstand van regresvorderingen 67
2.3.4.3 Garantie tegen regres 69
2.3.4.4 Vaststellingsovereenkomst 70
2.3.4.5 Samengevoegde afwikkeling 71
Conclusie 72

Hoofdstuk 3. De achtergrond en de systematiek van samengevoegde afwikkeling in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels

3.1 Achtergronden en doelstellingen 73
3.1.1 Verenigde Staten 73
3.1.1.1 Achtergrond 73
3.1.1.2 Doelstellingen 78
3.1.2 Frankrijk 79
3.1.2.1 Achtergrond 79
3.1.2.2 Doelstellingen 84
3.1.3 Nieuw-Zeeland 87
3.1.3.1 Achtergrond 87
3.1.3.2 Doelstellingen 91
3.1.4 Ierland 92
3.1.4.1 Achtergrond 92
3.1.4.2 Doelstellingen 93
3.1.5 Afsluitende opmerkingen 93
3.2 Reikwijdte van samengevoegde afwikkeling 94
3.2.1 Aard van het rechtssubject 94
3.2.2 Faillissements- versus reorganisatieprocedure 101
3.3. Systematiek 102
3.3.1 Jurisprudentiële regelingen 102
3.3.1.1 Verenigde Staten 102
3.3.1.2 Frankrijk 110
3.3.2 Wettelijke regelingen 112
3.3.2.1 Nieuw-Zeeland 112
3.3.2.2 Ierland 114
3.3.3 Afsluitende opmerkingen 119

Hoofdstuk 4. Feitelijke bases voor samengevoegde afwikkeling

4.1 Vermogensvermenging 121
4.1.1 Afzonderlijke grondslag of factoranalyse 121
4.1.2 Wat is vermogensvermenging? 126
4.1.2.1 De kern van het begrip 126
4.1.2.2 Frankrijk: een verruiming 130
4.1.3 Partiële versus algehele vermogensvermenging 139
4.2 Financiële, economische, organisatorische en personele verbondenheid 142
4.2.1 Financiële verbondenheid 142
4.2.1.1 Geconsolideerde jaarrekening 148
4.2.2 Economische verbondenheid 149
4.2.2.1 Economische verbondenheid en de reikwijdte van samengevoegde afwikkeling 154
4.2.3 Organisatorische en personele verbondenheid 156
4.3 Fictiviteit van de vennootschap. Oneigenlijk gebruik van vennootschappen 160
4.3.1 Instrumentality- en alter ego-overwegingen 161

4.3.2 Fictieve vennootschap 164
4.3.2.1 Algemeen 164
4.3.2.2 Juridische fictiviteit 166
4.3.2.3 Economische fictiviteit 169
4.3.2.4 De praktijk 170
4.3.2.5 Fictiviteit en simulatie 172
4.3.3 Vereenzelviging 175
4.3.3.1 Vereenzelviging versus samengevoegde afwikkeling 175
4.3.3.2 Vereenzelviging in de Nederlandse praktijk 178
4.3.3.3 Samengevoegde afwikkeling: een eigen koers 183
4.4 Positie van crediteuren 184
4.4.1 Benadeling van crediteuren 184
4.4.1.1 Aandachtspunt? 184
4.4.1.2 Belangenafweging 191
4.4.1.3 Nadeelcompensatie? 194
4.4.1.4 Artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM 196
4.4.2 Crediteurenvertrouwen 197
4.4.3 Crediteuren versus aandeelhouders 210
4.4.4 Bezwaarmakende crediteuren 215
4.5 Praktische argumenten voor samengevoegde afwikkeling 215
4.5.1 Beperking van de werklast 216
4.5.2 Vereenvoudiging van de reorganisatie- of akkoordprocedure 219
4.6 Samengevoegde afwikkeling als subsidiaire regeling? 222
Conclusie 229

Hoofdstuk 5. Materiële gevolgen van samengevoegde afwikkeling
Inleiding 233
5.1 De boedel 234
5.1.1 Eén boedel 234
5.1.2 Gedeeltelijke consolidatie 237
5.2 Rangorde, zekerheden en voorrechten 244
5.2.1 Rangorde 244
5.2.1.1 Verenigde Staten 244
5.2.1.2 Frankrijk 246
5.2.1.3 Nieuw-Zeeland 248
5.2.1.4 Nederland 251
5.2.2 Zekerheden 254
5.2.2.1 Zekerheidsrechten op goederen 254
Aanwending overschot na uitwinning 259
5.2.2.2 Bodemrecht 262
5.2.2.3 Persoonlijke zekerheden 263
Reikwijdte van persoonlijke zekerheden door derden verstrekt 266
5.2.3 Voorrechten 270
5.3 Intercompany-vorderingen 276
5.4 Verrekening 279

5.5 Schuldeisers benadelende transacties 287
5.6 Bestuurdersaansprakelijkheid 292
5.7 Behoud van rechtspersoonlijkheid? 307
Conclusie 310

Hoofdstuk 6. Procedurele aspecten van samengevoegde afwikkeling
Inleiding 313
6.1 Besluitvorming tot samengevoegde afwikkeling 313
6.1.1 Bevoegde instantie 313
6.1.2 Verzoekers 321
6.1.3 Relatieve competentie 328
6.1.4 Horen van belanghebbenden 337
6.1.5 Tijdstip verzoek 341
6.2 Hoger beroep en verzet 347
6.3 Eén of meer curatoren 357
6.4 Verificatie 366
6.5 Het akkoord of reorganisatieplan 374
Conclusie 379

Hoofdstuk 7. Uitbreiding van insolventieprocedures
7.1 Uitbreiding – het fenomeen 381
7.1.1 Het begrip ‘uitbreiding’ 381
7.1.2 Doelstelling van uitbreiding 382
7.1.3 Reikwijdte van uitbreiding 383
7.2. Kern: het feitencomplex 384
7.2.1 Verenigde Staten 384
7.2.1.1 Norm 384
7.2.1.2 Conceptuele problemen 392
7.2.1.3 Asset securitization 396
7.2.2 Frankrijk 399
7.2.2.1 Achtergrond 399
7.2.2.2 Vermogensvermenging 401
7.2.2.3 Fictieve vennootschap 404
7.3 Algemene faillissementsvoorwaarden 407
7.4 Stand van zaken in Nederland 411
7.4.1 Inleiding 411
7.4.2 Optreden tegen de overheersende vennootschap 413
7.4.2.1 Uitlokking 413
7.4.2.2 Onrechtmatige daad 414
7.4.2.3 Bestuurdersaansprakelijkheid 415
7.4.2.4 Uitbreiding van een faillissement 419
7.5 Afsluitende opmerkingen 422

Hoofdstuk 8. Aanbevelingen voor een Nederlandse regeling inzake samengevoegde afwikkeling
8.1 Meerwaarde van een Nederlandse regeling inzake samengevoegde afwikkeling 425
8.2 Doelstelling van een regeling inzake samengevoegde afwikkeling 431
8.3 Aard van de regeling: een *wettelijke* regeling is gewenst 433
8.4 Wettelijke regeling – aanbevelingen 435
8.4.1 Norm 436
8.4.2 Toelichting op de norm 436
8.4.2.1 Samenvoeging van vermogensbestanddelen van de gefailleerden 436
8.4.2.2 Behandeling van de gefailleerden als een eenheid 437
8.4.2.3 Voordelen aanzienlijk zwaarder wegen dan de nadelen 438
8.4.3 De procedurele aspecten van samengevoegde afwikkeling 440
8.4.4 Gevolgen van samengevoegde afwikkeling 446
Conclusie 451

Samenvatting 453

Summary 471

Bijlagen 487
Bijlage I. Samenvatting van de resultaten van de enquête onder Insolad-leden (deel consolidatie) 489
Bijlage IIA. Artikel L651-2 en L652-1 Code de Commerce (F) 507
Bijlage IIB. Artikel L624-3 en L624-5 Code de Commerce (oud) (F) 509
Bijlage IIC. Artikel 99 en 101 van Wet nr. 67-563 van 13 juli 1967 (F) 511
Bijlage IIIA. Artikelen 271 en 272 Companies Act 1993 (NZ) 513
Bijlage IIIB. Artikelen 315A, 315B en 315C(2) & (3) Companies Act 1955 (NZ) 515
Bijlage IIIC. Artikelen 24 en 25 Companies Special Investigations Act 1958 (NZ) 517
Bijlage IV. Artikelen 140 en 141 Companies Act 1990 (IE) 519

Lijst van aangehaalde literatuur 523

Jurisprudentieregister 539

Trefwoordenregister 557

Curriculum Vitae 561

Afkortingen

AA	Ars Aequi
ABI JNL	American Bankruptcy Institute Journal
Am. Bankr. Inst. L.Rev.	American Bankruptcy Institute Law Review
Adv. bl.	Advocatenblad
AJ	Actualité jurisprudentielle
aff'd	affirmed
A-G	Advocaat-Generaal
ALI-ABA	American Law Institute – American Bar Association Continuing Legal Education. Course of Study
Am.Bankr.L.J.	The American Bankruptcy Law Journal
Am.Bus.L.J.	American Business Law Journal
Ariz.St.L.J.	Arizona State Law Journal
Ark.	Arkansas
Art./art.	Artikel
Ava	Algemene vergadering van aandeelhouders
Bankr.	Bankruptcy
Bankr. Dev. J.	Bankruptcy Developments Journal
Bankr.Inst.L.Rev.	Bankruptcy Institute Law Review
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BC	Bankruptcy Code
B.C.L.Rev.	Boston College Law Review
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
B.R.	Bankruptcy Reporter
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Chambres civiles
Bull. Joly	Bulletin Joly. Actualité du droit des sociétés
Bus.Law.	The Business Lawyer
BV	Besloten Vennootschap
BW	B. Wachter
BW	Burgerlijk Wetboek
CA	Cour d'appel
CA 1955	Companies Act 1955

CA 1963	Companies Act 1963
CA 1990	Companies Act 1990
CA 1993	Companies Act 1993
Cal.	California
Cal.L.Rev.	California Law Review
CAMAC	Corporations and Markets Advisory Committee
Cardozo L.Rev.	Cardozo Law Review
CASAC	Companies and Securities Advisory Committee
Cass. civ.	Cour de cassation. Chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation. Chambre commerciale et financière
Cass. Req.	Cour de cassation. Chambre des requêtes
CBS	Centraal bureau voor de statistiek
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
Chap. L.Rev.	Chapman Law Review
Chron.	Chronique
cert.	certiorari
CIMA 1989	Corporations (Investigations and Management) Act 1989
Cir.	Circuit
Co.	Company
Comm.L.J.	Commercial Law Journal
Connecticut J.Int.L.	Connecticut Journal of International Law
Cornell L.Rev.	Cornell Law Review
Corp.	Corperation
c.s.	*cum suis*
CSIA 1958	New Zealand Companies Special Investigations Act 1958
C.&S.L.J.	Company & Securities Law Journal
D.	Recueil Dalloz Sirey
D.	District
D. Affaires	Dalloz Affaires
d.d.	de dato
Del.	Delaware
De Paul Bus.&Comm.L.J.	De Paul Business & Commercial Law Journal
De NV	De Naamlooze Vennootschap
D.H.	Dalloz Hebdomadaire
Dr. & Patr.	Droit & Patrimoines
Dr. soc.	Droit des sociétés

e.a.	en anderen
E.D.	Eastern District
EEA	E.E. Alkema
EG Bull. Supp.	Bulletin van de Europese Gemeenschappen. Supplement
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EMM	E.M. Meijers
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
e.v.	en volgende(n)
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens
faill.nr.	faillissementsnummer
Fla.	Florida
Fla.J.Int'l.L.	Florida Journal of International Law
Fasc.	Fascicule (Frans voor 'aflevering')
Fordham J.Corp.&Fin.L.	Fordham Journal of Corporate & Financial Law
Fw	Faillissementswet
G	W.C.L. van der Grinten
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Hastings Int'l & Comp. L.Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
HJS	H.J. Snijders
HR	Hoge Raad
IE	Ierland
Ill.	Illinois
in liq	in liquidation
Inc.	Incorporated
Insolad	Vereniging voor Insolventierecht Advocaten
Inv.	Invoering
IR	Informations Rapides
JBL	The Journal of Business Law
J.Corp.L.	Journal of Corporation Law
JCP-E	JCP E Semaine Juridique édition entreprise
JCP-G	JCP G Semaine Juridique édition générale
JJvH	J.J. van Hees
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
JOR plus	Jurisprudentie Onderneming & Recht plus

Journaal IF&Z	Journaal Insolventie, Financiering & Zekerheden
Jur.	Jurisprudence
JutD	Juridisch up to date
Kamerstukken II	Kamerstukken Tweede Kamer
KG	Kort Geding
Kwartaalbericht NBW	Kwartaalbericht Nieuw Burgerlijk Wetboek
L.	Loi
l.k.	linker kolom
Ind.	Indiana
Ltd.	Limited
m.	met
Ma	J.M.M. Maeijer
Mass.	Massachusetts
MBB	Belastingbeschouwingen. Onafhankelijk maandblad voor belastingrecht en belastingpraktijk
M.D.	Middle District
MDW	Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit
Mich.	Michigan
MLHR	M.L.H. Reumers
m.n.	met name
m.nt.	met noot
Mo.	Missouri
Mont.	Montana
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NB	nota bene
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
N.C.	North Carolina
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile
N.D.	Northern District
Nev.	Nevada
N.H.	New Hampshire
NJ	Nederlandse jurisprudentie
N.J.	New Jersey
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NJB	Nederlands Juristenblad
N.M.	New Mexico
nr.	nummer

nt.	noot
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NV	Naamloze Vennootschap
N.Y.	New York
NZ	Nieuw-Zeeland
NZCLC	New Zealand Company Law Cases
NZ Law Comm.	New Zealand Law Commission
NZLR	New Zealand Law Reports
NZ L.Rev.	New Zealand Law Review
o.a.	onder andere
Okla.	Oklahoma
o.m.	onder meer
OR	Ondernemingsrecht
Org.	Oregon
p.	pagina/page
Pa.	Pennsylvania
pan.	panorama
PA	Les Petites Affiches
PhANH	Ph. A.N. Houwing
P.R.	Puerte Rico
PvS	P. van Schilfgaarde
Rb.	Rechtbank
R-C	Rechter-Commissaris
red.	redactie
reh'g	rehearing
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. soc.	Répertoire du droit des sociétés Dalloz
rev'd	revised
Rev. jur. com.	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. soc.	Revue des sociétés
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RtDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RtDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial
RvdW	Rechtspraak van de Week
S.	Recueil Sirey
SA	Société anonyme
San Diego L.Rev.	San Diego Law Review
SARL	Société à responsabilité limitée
S.D.	South Dakota

S.D.	Southern District
som.	sommaires commentés
St. Louis U.L.J.	Saint Louis University Law journal
Suppl.	Supplement
Syracuse J.Int'l.L.& Com.	Syracuse Journal of International Law & Commerce
T.	Tome
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
Tenn.	Tennessee
Tex.	Texas
TFM	Tijdschrift Financieel Management
TMA	Tijdschrift voor milieu-aansprakelijkheid
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
Trib. com.	Tribunal commercial
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvOB	Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur
TVVS	TVVS. Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen
U.Chi.L.Rev.	The University of Chicago Law Review
U.Pitt.L.Rev.	University of Pittsburg Law Review
U.S.	United States
U.S.C.	United States Code
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
v.	versus
Va.	Virginia
Vand.L.Rev.	Vanderbilt Law Review
Vgl.	Vergelijk
Vof	Vennootschap onder firma
Vol.	Volume
V&O	Vennootschap & Onderneming
V-N	Vakstudie-Nieuws
vr.	vraag
Wayne L.Rev.	Wayne Law Review
W.D.	Western District
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
WMK	W.M. Kleijn
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-Ambt en Registratie/Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Inleiding

Samengevoegde afwikkeling

Aan het Nederlandse ondernemingsrecht ligt van oorsprong de gedachte ten grondslag dat een onderneming wordt gedreven door één natuurlijke persoon of vennootschap. In de praktijk blijkt dit echter heel vaak niet het geval te zijn en wordt een onderneming gedreven door een groep vennootschappen oftewel een concern. Daarbij draagt iedere vennootschap zorg voor een bepaalde ondernemingsactiviteit. In artikel 2:24b Burgerlijk Wetboek (BW) is het begrip 'groep' aldus gedefinieerd:

> 'Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden.'

De genoemde organisatorische verbondenheid impliceert hier het bestaan van centrale leiding. Er moet daadwerkelijk centrale leiding zijn uitgeoefend waardoor de vennootschappen een economische eenheid zijn gaan vormen.[1] De mate van centrale leiding verschilt daarbij per concern en kan soms zelfs binnen een concern verschillen per vennootschap. De centrale leiding kan gebaseerd zijn op kapitaaldeelname door de ene vennootschap in de andere, op een tussen hen gesloten overeenkomst of op feitelijke verbondenheid zoals instelling van personele unies, waarbij dezelfde personen zitting hebben in de besturen van de verschillende vennootschappen. De wettelijke invulling van het groepsbegrip wordt geacht niet wezenlijk te verschillen van de daaraan in het juridische spraakgebruik gegeven betekenis.[2] Evenmin verschilt die invulling van de in de doctrine ontwikkelde invulling van het begrip *groep* of *concern*.[3]

Wanneer een concernvennootschap in zwaar weer terecht komt en failliet gaat, moet zij uit de groep worden losgemaakt. Vervolgens moet haar vermogen worden vereffend en moet de opbrengst overeenkomstig ieders rang worden verdeeld

---

1 Zie o.m. Van Achterberg 1989, p. 60-61; Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 939-941, nr. 608; Bartman & Dorresteijn 2000, p. 42-46 en meer recent en beknopt: idem 2006, p. 30.

2 Kamerstukken II 1986/87, 19 813, nr. 3, p. 11.

3 De in de literatuur wel gebruikte definitie is de volgende: 'Een (economische ondernemings)eenheid bestaande uit juridisch zelfstandige ondernemingen, die is onderworpen aan een centrale leiding.' Vgl. o.m. Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 937, nr. 607; Bartman 1986, p. 19-20 en idem *De NV* 1989, p. 159; Uniken Venema 1969, p. 275 en Westbroek 1969, p. 7-8.

onder haar crediteuren. Het insolventierecht richt zich namelijk, gelijk het ondernemingsrecht, op afzonderlijke rechtssubjecten en hun respectieve vermogens. Het losmaken van de failliete vennootschap uit het concernverband blijkt vanwege de nauwe betrekkingen die de concernvennootschappen onderhouden in de praktijk echter lastig te zijn. Voorafgaand aan de faillietverklaring hebben de vennootschappen opgetreden als een eenheid. Soms blijkt bijvoorbeeld dat met vermogensbestanddelen is geschoven en dat de concernleiding steeds die vennootschap heeft ingezet die op een bepaald moment het beste in staat was om een bepaalde prestatie te verrichten, zonder dat een regelmatige boekhouding is bijgehouden. Curatoren treffen daardoor een warboel aan. Onduidelijk is welke vermogensbestanddelen toebehoren aan welke vennootschap. Daaronder begrepen de vorderingen die de concernvennootschappen op elkaar hebben, zoals regresvorderingen of vorderingen uit hoofde van een tussen hen gesloten koopovereenkomst. Voorts doen zich soms problemen voor wanneer diverse tot één concern behorende vennootschappen failliet zijn verklaard en dezelfde curator is benoemd in alle faillissementen. Bij veel werkzaamheden die deze curator verricht, zijn twee of meer tot het concern behorende vennootschappen gebaat. Voor de curator zal het in dat geval vaak moeilijk zijn om de door hem gemaakte kosten toe te rekenen aan de ene of de andere boedel. Al deze moeilijkheden hebben ertoe geleid dat wanneer verschillende onderling verbonden vennootschappen failliet gaan, hun faillissementen met enige regelmaat samengevoegd worden afgewikkeld. Dat betekent dat de vermogens van de vennootschappen worden samengevoegd tot één enkele boedel en dat de intercompany-vorderingen van de betrokken vennootschappen vervallen. Bovendien kan de curator de door hem gemaakte kosten ten laste van de samengevoegde boedel brengen. De curator wordt aldus gevrijwaard van het uitzoeken van de eigendomsverhoudingen en het op arbitraire gronden toedelen van vermogensbestanddelen aan de verschillende boedels. Voor de crediteuren van alle betrokken vennootschappen houdt deze gang van zaken in dat zij zich overeenkomstig ieders rang kunnen verhalen op het samengevoegde actief.

De Hoge Raad heeft deze wijze van afwikkelen van faillissementen in 1987 (impliciet) goedgekeurd voor gevallen waarin sprake is van een zodanige vermogensvermenging dat scheiding van de vermogensbestanddelen op een reële basis niet meer mogelijk is.[4] Daarna is in de loop der jaren in de literatuur enkele malen – kort – aandacht besteed aan samengevoegde afwikkeling van faillissementen.[5] En in 2001 heeft de MDW-werkgroep Faillissementsrecht de vraag gesignaleerd of de Faillissementswet moet voorzien in de mogelijkheid van een geconsolideerd

4 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 m.nt. G, *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

5 Zie o.m. Josephus Jitta 1999, p. 103-114; Van der Schee & Knol 2006, p. 15; Kortmann & Faber *TvI* 1996, p. 131; Lennarts 1999, p. 240-242, nr. 179 en p. 323-327, nr. 225; Reumers *O&F* juli 2003, p. 57-63; idem *TvI* 2004, 33, p. 152-159; Van Schilfgaarde 1996, p. 31-36; Wezeman 1998, p. 239 en 348-349 en Winter 1992, p. 289-290; idem 1993, p. 1-15; idem *TvI* 1995, p. 3-7; idem 2001, p. 121.

faillissement voor in een groep verbonden ondernemingen.[6] Die werkgroep heeft in haar Eindrapport uiteindelijk voorgesteld om deze vraag door te schuiven naar een adviescommissie die volgens haar moest worden ingesteld om de Minister van Justitie te adviseren op het gebied van het Insolventierecht.[7] Deze aanbeveling is opgevolgd en bij Besluit van 3 april 2003[8] is de Commissie Insolventierecht ingesteld als tijdelijk adviescollege. Deze commissie heeft zich daadwerkelijk gebogen over de vraag of , en zo ja hoe, samengevoegde afwikkeling in een wettelijke regeling moet worden ingepast. Het is thans wachten op haar advies.

Ook op Europees niveau is door de jaren heen af en toe aandacht besteed aan het fenomeen samengevoegde afwikkeling en het daaraan verwante leerstuk van uitbreiding van een faillissement naar een met de failliet verbonden rechtssubject. In Bijlage I bij het eerste voorontwerp van het Europese faillissementsverdrag, dat dateert van 16 februari 1970[9], was een regeling opgenomen inzake uitbreiding van het faillissement naar een ieder die zich rechtens of feitelijk met het bestuur van de vennootschap had bezig gehouden.[10] Deze regeling was ontleend aan het

---

6 MDW-werkgroep Faillissementsrecht, *Discussiememorandum. Nadere herziening van het Nederlandse Insolventierecht*, d.d. 20 februari 2001, <http://www.ez.nl/>, geraadpleegd 10 februari 2002, p. 48.
NB Van 1994 tot 2003 is in het kader van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgeving (MDW) gewerkt aan de modernisering van wet- en regelgeving. De operatie was gericht op lastenverlaging voor burgers en bedrijven, creatie van ruimte voor marktwerking en verbetering van de kwaliteit van wetgeving. Het was een operatie van het hele kabinet die werd gecoördineerd door de ministeries van Economische Zaken en Justitie. Een onderdeel van dit MDW-project werd gevormd door het project Modernisering Faillissementswet dat bestond uit twee fasen. In het kader van de tweede fase die betrekking had op de toekomst van het insolventierecht is de MDW-werkgroep Faillissementsrecht o.l.v. prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers in het leven geroepen.

7 MDW-werkgroep Faillissementsrecht, Eindrapport MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht Tweede Fase, oktober 2001, <http://www.ez.nl/>, geraadpleegd 10 februari 2002, p. 13.

8 Besluit instelling Commissie Insolventierecht, 3 april 2003, *Stcrt.* 76. Zie voorts Besluit verlengde instelling Commissie Insolventierecht, 22 juni 2007, *Stcrt.* 129.

9 Doc. 3.327/I/XIV/70-N. Dit document plus bijlagen is gepubliceerd in *WPNR* 1971, p. 277A e.v.

10 *'Artikel 1 – Uitbreiding van het faillissement van vennootschappen en rechtspersonen tot hun bestuurders*
1. Ieder die rechtens of feitelijk, openlijk of in het verborgene, bestuurder is van een failliet verklaarde vennootschap of een rechtspersoon en die
a) onder de dekmantel van de vennootschap of rechtspersoon, in het verborgene optredende, een persoonlijke werkzaamheid heeft bedreven, of
b) op onrechtmatige wijze over de goederen van de vennootschap of van de rechtspersoon heeft beschikt als over zijn eigen goederen, of
c) wederrechtelijk in zijn persoonlijk belang een met een tekort werkende onderneming heeft voortgezet, kan failliet worden verklaard indien de onder a), b) of c) bedoelde handelingen ertoe hebben geleid of bijgedragen dat de vennootschap of rechtspersoon heeft opgehouden te betalen.
2. Indien voor het ophouden te betalen een datum moet worden vastgesteld, is deze datum dezelfde als die voor het faillissement van de vennootschap of rechtspersoon. →

Franse recht. De voorgestelde bepalingen zouden door de Lid-Staten moeten worden overgenomen in hun eigen wetgeving.[11] Evenwel zijn deze bepalingen uit het daarop volgende concept[12] verdwenen en niet meer teruggekeerd. De redenen daarvoor zijn onduidelijk. Unificatie van de wetgeving van de Lid-Staten op dit punt lijkt een stap te ver te zijn geweest.[13] Na een lange stilte in het totstandkomingsproces van een Europese insolventieregeling is aangaande samengevoegde afwikkeling van insolventies van groepen vennootschappen in 1996 in het Virgos/Schmit Rapport opgemerkt dat '(t)he Convention offers no rule for groups of companies (parent-subsidiairy schemes). The general rule to open or to consolidate insolvency proceedings against any of the related companies as a principal or jointly liable debtor is that jurisdiction must exist according to the Convention for each of the concerned debtors with a separate legal entity. Naturally, the drawing up of a European norm on associated companies may affect this answer.'[14] Baltz, voorzitter van de werkgroep die in 1995 de derde tekst van het verdrag heeft opgesteld dat uiteindelijk niet zou worden ondertekend door alle Lid-Staten, merkt op dat aan deze beslissing ten grondslag ligt dat de opvattingen over aansprakelijkheid van moedermaatschappijen voor de schulden van hun dochters in de Lid-Staten sterk uiteenlopen.[15] Ook in de uiteindelijk in 2000 tot stand gekomen Insolventieverordening is geen aandacht besteed aan samengevoegde afwikkeling.[16]

Enkele jaren later heeft de High Level Group of Company Law Experts echter opnieuw aandacht gevraagd voor samengevoegde afwikkeling van onderling verbonden vennootschappen. De High Level Group adviseerde de Europese Commissie in november 2002 om de mogelijkheden te bekijken voor invoering in de Lid-Staten van regelingen inzake procedurele en substantiële consolidatie van

3. De rechter, met toepassing van dit artikel het faillissement uitsprekend, bepaalt of de bestuurder alle schulden van de vennootschap of de rechtspersoon dan wel slechts een gedeelte hiervan moet dragen; in het laatste geval stelt de rechter bij dezelfde of bij een latere uitspraak het gedeelte of het bedrag van de schulden van de vennootschap of de rechtspersoon vast waarvoor de bestuurder aansprakelijk wordt gesteld.

Artikel 2 – Faillissement van voor het bestuur van de vennootschappen of rechtspersonen aansprakelijke personen

Ieder die rechtens of feitelijk, openlijk of in het verborgene, een failliet verklaarde vennootschap of rechtspersoon bestuurt, kan failliet worden verklaard, indien hij uit hoofde van zijn bestuur is veroordeeld hetzij om de vennootschap of rechtspersoon schadeloos te stellen, hetzij om de schulden van de vennootschap of de rechtspersoon geheel of ten dele te dragen, en deze verplichting niet nakomt.'

Het voorgaande is ontleend aan *WPNR* 1971, p. 277H-277I.

11 Voorgesteld art. 76, zie *WPNR* 1971, p. 277H.

12 Doc. III D/72/80-N, gepubliceerd in EG Bull. Supp. 2/82.

13 Vgl. Rapport Lemonty, EG Bull. Supp. 2/82, p. 53 en 55.

14 Virgos/Schmit Rapport, paragraaf 76.

15 Balz *Am.Bankr.LJ.* 1996, p. 503-504.

16 Verordening nr. 1346/2000, *PbEG* 2000, L160/1.

faillissementen[17] van onderling verbonden vennootschappen.[18] In haar reactie op dit rapport besteedde de Europese Commissie evenwel geen aandacht aan deze aanbeveling.[19]

Voorts is in verschillende buitenlandse rechtstelsels aandacht besteed aan samengevoegde afwikkeling. Zo bestaan onder meer in de Verenigde Staten, Frankrijk, Nieuw-Zeeland en Ierland op dit moment mogelijkheden voor samengevoegde afwikkeling van faillissementen van onderling nauw verbonden rechtssubjecten.

Uitbreiding

Naar aanleiding van de (voorzichtig) voortschrijdende ideeën omtrent samengevoegde afwikkeling is in Nederland de vraag opgeworpen of onder omstandigheden uitbreiding van het faillissement mogelijk moet zijn naar met de failliete vennootschap verbonden vennootschappen, die zelf nog niet het voorwerp zijn van een insolventieprocedure. Daarna kan dan samengevoegde afwikkeling van de betrokken boedels volgen.[20] Met het mogelijk maken van uitbreiding van insolventieprocedures kan een einde worden gemaakt aan het geschuif met vennootschappen dat soms voorafgaande aan een faillissement plaatsvindt in het kader van zogenaamde sterfhuisconstructies, waarbij gezonde onderdelen van het concern voorafgaande aan het faillissement zoveel mogelijk worden gescheiden van de zwakke onderdelen. Deze scheiding kan met willekeur gepaard gaan, omdat de concernvennootschappen die nu gezond zijn deze positie te danken hebben aan financiële hulp van de concernvennootschappen die failliet zijn gegaan.[21]

Onderzoeksvraag

Hoewel samengevoegde afwikkeling van failliete boedels en uitbreiding van een faillissement naar verbonden vennootschappen oplossingen kunnen bieden voor de genoemde moeilijkheden die kleven aan afzonderlijke afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen, zijn ook deze handelswijzen niet gevrijwaard van bezwaren. Wanneer bijvoorbeeld consolidatie plaatsvindt tussen twee

---

17 Zie over dit onderscheid, dat in de Verenigde Staten wordt gehanteerd, paragraaf 3.1.1.

18 High Level Group of Company Law Experts, *Report on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Brussel 4 november 2002, <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf>, geraadpleegd op 26 mei 2006, p. 98.

19 European Commission, *Communication from the Commission to the Council and The European Parliament. Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward*, 21 mei 2003, COM. (2003) 284, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0284:EN:NOT>, geraadpleegd op 6 juni 2006.

20 O.a. door Slagter 1988, p. 129-130 en Winter 1993, p. 13-14; idem *TvI* 1995, p. 6-7.

21 Winter 1993, p. 14 en idem *TvI* 1995, p. 7.

failliete vennootschappen (A en B) waarvan de vermogens niet of slechts gedeeltelijk zijn vermengd en vennootschap A een minder gunstige activa/passiva-verhouding heeft dan vennootschap B, zullen de crediteuren van vennootschap A er door de samengevoegde afwikkeling op vooruit gaan ten koste van de crediteuren van vennootschap B. Het vermogen van vennootschap B zal nu immers mede tot verhaal strekken van de crediteuren van vennootschap A.[22] Een andere moeilijkheid, die zich met name voordoet bij uitbreiding van een faillissement naar verbonden vennootschappen, is dat moet worden voorkomen dat gezonde, goed functionerende vennootschappen zonder meer in een faillissement worden getrokken.[23]

Omdat er zowel voor- en nadelen kleven aan gescheiden afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen als aan samengevoegde afwikkeling van deze faillissementen, zal het onderhavige onderzoek de volgende vraag centraal stellen: Bestaat in Nederland behoefte aan een specifieke (wettelijke) regeling inzake het geconsolideerde faillissement en/of uitbreiding van het faillissement in concernverhoudingen? In de hierna volgende hoofdstukken zal blijken dat ik deze vraag waar het consolidatie betreft bevestigend beantwoord. Daarom wordt tevens onderzocht hoe een dergelijke regeling eruit zou moeten zien. Daarbij wordt zowel aandacht besteed aan de procedurele aspecten van een samengevoegde afwikkeling als aan de gevolgen daarvan voor de diverse betrokkenen, waaronder met name de crediteuren van de gefailleerde vennootschappen.

Reeds aangedragen suggesties

Wat betreft regelgeving inzake consolidatie hebben diverse Nederlandse auteurs ideeën aangedragen, die meestal aanknopen bij reeds bestaande juridische vindingen. Zo heeft Winter geopperd dat het aanmerken van een concern als een vennootschap onder firma (vof) een grondslag zou kunnen bieden voor samengevoegde afwikkeling.[24] Hij betoogt meer precies dat het kenmerk van een vof dat de vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap[25] een grondslag geeft voor samengevoegde afwikkeling van de faillissementen van concernvennootschappen.[26] Ik kan daar niet mee instemmen. Mijns inziens kan een concern niet als een vof worden aangemerkt waardoor kenmerken van een vof ook niet als basis voor consolidatie kunnen dienen. Hoewel een concern vaak kan worden aangemerkt als een samenwerkingsverband tot de uit-

22 Josephus Jitta 1999, p. 105-106 en Van Schilfgaarde 1996, p. 35.
23 Winter 1993, p. 14 en idem *TvI* 1995, p. 7.
24 Winter 2001, p. 121.
25 Art. 18 WvK. In het wetsvoorstel voor een nieuwe titel 7.13 BW aangaande personenvennootschappen wordt de vof omgedoopt tot openbare vennootschap. De vennoten van een openbare vennootschap zijn dan nog steeds hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap, zie voorgesteld art. 7:813(1) BW.
26 Winter 2001, p. 121.

oefening van een bedrijf met het oogmerk tot het behalen van voordeel[27], ontbreken enkele wezenlijke kenmerken van een vof. Zo zal een *affectio societatis*, dat wil zeggen de wil om *op voet van gelijkheid* samen te werken, in een onderschikkingsconcern waar hiërarchische verhoudingen gelden en de centrale leiding strikt wordt gevoerd doorgaans ontbreken. Ook zal het oogmerk van de vennoten om het behaalde voordeel met elkaar te delen[28] vaak ontbreken.[29] Het welzijn van de topholding en haar aandeelhouders staat uiteindelijk veelal voorop. De (klein)-dochtermaatschappijen wordt slechts toegestaan middelen en winst onder zich te houden voorzover dat voor hun bedrijfsvoering noodzakelijk is. Via een centraal cash-management systeem worden overtollige middelen ondergebracht bij de holding of een financieringsmaatschappij. Evenzo zal van uitoefening van een bedrijf onder een gemeenschappelijke naam[30] zelden sprake zijn. Het bedrijf van een concern wordt in de praktijk immers niet uitgeoefend door het concern als zodanig (de vof), maar door de verschillende vennoten, de concernvennootschappen, die allen verantwoordelijk zijn voor een bepaald bedrijfsonderdeel en die meestal een eigen naam hebben en ook onder die naam handelen. Zij zullen vaak slechts vergelijkbare namen hebben, bijvoorbeeld doordat steeds eenzelfde afkorting in de naam wordt gebruikt, denk aan PHB Electronics, PHB Logistics, etc. Maar belangrijker is mijns inziens dat indien wordt aangenomen dat het concern kan gelden als een vof de vennoten van de vof slechts aansprakelijk zijn voor de schulden van de vof. In de praktijk zal de vof doorgaans nauwelijks eigen schulden hebben en hebben enkel de vennoten (de concernmaatschappijen) privéschulden opgebouwd gedurende hun bestaan. De vof zal deze schulden weliswaar kunnen overnemen[31], maar ik zet vraagtekens bij de oorbaarheid van de overname van (vrijwel) alle schulden van de vennoten door de vof. Het valt ook overigens niet te verwachten dat de concernvennootschappen, zijnde de vennoten van de vof, het merendeel van hun schulden zullen overdragen aan de vof. Doorgaans is bewust gekozen voor een concernstructuur, onder meer om zo een risicoverdeling te bewerkstelligen. Deze werkwijze wordt thans ook (tot op zekere hoogte) aanvaardbaar geacht, onder meer omdat zo eerder risicovolle activiteiten worden

27 Winter 2001, p. 121.

28 Zie: art. 7A:1655 BW. Zie ten aanzien van de openbare vennootschap het voorgestelde art. 7:800(1) BW.

29 Anders: Winter 2001, p. 121. Hij merkt op dat bij voordeel niet alleen aan financieel voordeel in de zin van uiteindelijke winst moet worden gedacht, maar bijvoorbeeld ook aan het delen van kennis en managementorganisatie.

30 Art. 16 WvK. Zie ten aanzien van de openbare vennootschap het voorgestelde art. 7:801(1) BW.

31 Vgl. HR 9 april 1958, *NJ* 1958, 331, m.nt. LEHR. In deze zaak heeft de Hoge Raad bepaald dat 'inbreng van een schuld' bij de oprichting van de vennootschap geen inbreng is in de zin van art. 1656(2) BW (oud) (vgl. thans: art. 7A:1662(1) BW en voorgesteld art. 7:805(1) BW). Wel kan als onderdeel van de regeling van inbreng overneming van een schuld door de vennootschap worden overeengekomen. Ik neem aan dat dit nadien ook nog mogelijk is. Zeker nu na de oprichting door de vennoten ook nog goederen kunnen worden toegevoegd aan de vennootschap, zie Mohr 1998, p. 149.

ondernomen die de innovatie bevorderen.[32] Deze gewenste risicoverdeling zal naar mijn verwachting ook in de weg staan aan het door de vennoten enkel, althans grotendeels aangaan van schulden namens de vof.[33]

Ten slotte moet worden opgemerkt dat ook indien het concern kan gelden als een vof en het concern en derhalve haar vennoten failliet gaan[34], de regel geldt dat de faillissementen van de vof en de vennoten afzonderlijk worden afgewikkeld. Met het aanmerken van een concern als een vof komt men dus niet dichter bij een rechtvaardiging voor een samengevoegde afwikkeling.

Een ander voorstel is gedaan door Van Schilfgaarde. Hij stelt voor om het verbod tot het aangaan van een juridische fusie tijdens een faillissement of surséance van betaling, zie artikel 2:310(6) BW, te herzien.[35] Ook deze weg verdient mijns inziens geen aanbeveling omdat hij vol ligt met obstakels. Het verbod tot een juridische fusie in faillissement of surséance, houdt in dat het verlijden van de akte van fusie niet tijdens faillissement of surséance kan gebeuren.[36] Wil dit rechtsgeldig geschieden, dan zal de rechtbank het faillissement of de surséance moeten opheffen. De MvT[37] en de MvA[38] bij het wetsvoorstel tot invoering van titel 7 van boek 2 BW maken echter duidelijk dat het tijdens een faillissement of een surséance wel mogelijk is reeds een voorstel tot fusie te doen, binnen de ava een besluit tot fusie te nemen of als schuldeiser verzet tegen de fusie te doen. Maar wordt de fusie ook daadwerkelijk tijdens faillissement of surséance tot stand gebracht, dan is zij vernietigbaar.[39] Van Schilfgaarde wil dit verbod tot juridische fusie in faillissement of surséance schrappen. Als voordeel daarvan noemt hij met name het toepasselijk worden van de verzetregeling van artikel 2:316 BW.[40] Crediteuren kunnen via deze regeling een waarborg verlangen voor de voldoening van hun vordering, tenzij zij reeds voldoende waarborgen hebben of de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon na de fusie niet minder

---

32 Dit houdt verband met de beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouder (moedermaatschappij) voor de schulden van de vennootschap (dochtermaatschappij). Zie hierover o.m. Easterbrook & Fischel (1991), 4e druk 1998, p. 43-44 en Blumberg e.a. (losbl.), p. 5-12 - 5-13.

33 Art. 17 WvK. Zie voorts het voorgestelde art. 7:811(1) BW.

34 HR 14 april 1927, *NJ* 1927, p. 725.

35 Van Schilfgaarde 1996, p. 35-36 en idem, noot onder HR 25 september 1987 (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW), *AA* 1988, p. 110. Voortbordurend op dit voorstel merkt Lennarts (1999, p. 326-327) op dat de juridische fusie wellicht ook kan worden gebruikt om binnen Europa een grensoverschrijdend concernfaillissement geconsolideerd af te wikkelen. Lennarts erkent dat voorwaarde daarvoor wel is dat de tiende richtlijn inzake de internationale juridische fusie in werking treedt en dat alle betrokken landen de mogelijkheid van een juridische fusie in geval van faillissement in hun recht opnemen. Wat betreft de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusies zij thans gewezen op Richtlijn 2005/56/EG inzake grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, *PbEG* 2005, L310/1.

36 *Kamerstukken II* 1981, 16 453, nr. 6, p. 1.

37 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 453, nr. 3, p. 6.

38 *Kamerstukken II* 1981, 16 453, nr. 6, p. 1-2.

39 Art. 2:323(1)(b) BW.

40 Van Schilfgaarde 1996, p. 35-36.

waarborg zal bieden dan er voordien is. In faillissement is het eerste deel van dit criterium echter niet te handhaven. Garantie tot (algehele) voldoening van vorderingen zal, gezien de vermogenstoestand van de beide failliete vennootschappen, meestal immers onmogelijk zijn. De eis dat de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon na de fusie niet minder waarborg zal bieden dan er voordien is, betekent in geval van een consolidatie dat crediteuren moet worden gegarandeerd dat zij er door de consolidatie niet op achteruit gaan in hun verhaalspositie. Dit criterium is evenmin steeds toepasbaar in de praktijk. Als niet te achterhalen is welke activa en passiva tot welke boedel behoren, hoe moet dan worden bepaald of iemands verhaalpositie er door consolidatie op achteruit gaat? Men zal óf moeten gissen óf moeten aannemen dat in dat geval van een aantoonbare achteruitgang geen sprake is. Gissen is naar mijn oordeel geen reële optie, omdat dit leidt tot willekeur. De tweede optie is de enige werkbare. Is echter geen sprake van een algehele vermogensvermenging en blijkt dat een of meer crediteuren door de consolidatie worden benadeeld, dan nog moet consolidatie volgens mij onder omstandigheden doorgang kunnen vinden. Het is immers denkbaar dat de met de samengevoegde afwikkeling gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren aanmerkelijk groter zijn dan de ermee gepaard gaande nadelen voor de crediteur van wie de verhaalspositie achteruit gaat. Er zullen ook vrijwel steeds crediteuren zijn die door de consolidatie worden benadeeld, omdat de activa/passiva-verhoudingen van de betrokken vennootschappen – voor zover vast te stellen – zelden identiek zullen zijn. Zou men aanvaarden dat crediteuren er nooit op achteruit mogen gaan, dan zou consolidatie derhalve in veel gevallen bij voorbaat uitgesloten zijn.

Een andere moeilijkheid die zich voordoet, is wie de beslissing tot consolidatie via een juridische fusie zou moeten nemen. Normaliter neemt de ava het besluit tot fusie[41], hetgeen weinig verwondering wekt omdat door de fusie steeds een of meer vennootschappen verdwijnen en derhalve ophouden te bestaan.[42] De ava neemt haar besluit naar aanleiding van het voorstel tot fusie dat is opgesteld door de besturen van de te fuseren vennootschappen[43] en dat is goedgekeurd door hun raden van commissarissen.[44] Deze gang van zaken is in een faillissement doorgaans inefficiënt, omdat het meestal de curator zal zijn die de noodzaak van een consolidatie – er is bijvoorbeeld sprake van een aanmerkelijke vermogensvermenging – als eerste vaststelt. Bovendien spelen in faillissement de belangen van crediteuren een centrale rol. Men kan zich afvragen of aandeelhouders geschikt zijn om als belangenbehartiger van de crediteuren op te treden. Men zou kunnen overwegen de curator de bevoegdheid te geven tot het opstellen van een voorstel tot fusie, maar dit betekent dat nog steeds de ava beslist. Voor zover de curator in de moedermaatschappij haar aandeelhoudersrechten in de eveneens

41 Art. 2:317(1) BW. Een uitzondering voor de verkrijgende vennootschap is neergelegd in art. 2:331 BW.
42 Art. 2:311(1) BW.
43 Art. 2:312(1)-(3) en 2:326 BW.
44 Art. 2:312(4) BW.

failliete dochter kan uitoefenen, zal deze laatste eis bij de dochter geen problemen opleveren, maar mogelijk wel bij de moedermaatschappij. Weigert de ava in de moedermaatschappij tot fusie te besluiten, dan blijft de curator met twee ernstig vermengde boedels zitten, die hij enkel met behulp van een willekeurige maatstaf zal kunnen scheiden. Om deze impasse te doorbreken zou de curator de mogelijkheid kunnen worden geboden naar de rechter te stappen. Al met al is dit een lange weg met veel obstakels, terwijl een faillissement juist snel en efficiënt handelen vereist om verdere kapitaalvernietiging te voorkomen. Men zou nog kunnen overwegen om de curator (of indien in de faillissementen verschillende curatoren zijn benoemd: de gezamenlijke curatoren) – vergelijkbaar met hetgeen geldt bij splitsing van een failliete vennootschap[45] – de bevoegdheid te geven om zonder medewerking van het bestuur en de ava[46] te besluiten tot fusie. Maar ook deze weg verdient mijns inziens niet de voorkeur. Een dergelijke beslissing van de curator zou tot gevolg hebben dat een der schuldenaren ophoudt te bestaan, waardoor deze beslissing de taak van de curator, te weten het beheer en de vereffening van het vermogen van de failliet[47], ver te buiten gaat.[48] Stapt men al over dit bezwaar heen dan is er nog het bezwaar dat de positie van de curator te weinig onafhankelijk is om een consolidatiebeslissing te nemen. Hij behartigt te veel (tegenstrijdige) belangen die door een consolidatie aanmerkelijk worden beïnvloed, waaronder zijn eigen belang bij salarisbetaling.[49] Mijns inziens is het daarom beter een geheel andere route te kiezen door bijvoorbeeld de bevoegdheid om over consolidatie te beslissen rechtstreeks in de handen van de rechter te leggen. Daarbij moet consolidatie enkel betrekking hebben op de vermogens van de betrokken rechtssubjecten en niet op de rechtssubjecten zelf. Het faillissement raakt immers enkel het vermogen van de debiteur en niet ook diens persoon.[50] De vennootschappen blijven in beginsel[51] dus bestaan, waardoor ook de positie van de aandeelhouders iets minder precair wordt. Zij komen in een vergelijkbare situatie te verkeren als de schuldeisers van de vennootschap, in die zin dat de consolidatie invloed kan hebben op de uitkering die zij in een enkelvoudig afgewikkeld faillissement wellicht zouden hebben ontvangen.

Toepassing van de regel dat consolidatie enkel betrekking heeft op het vermogen van de vennootschappen, voorkomt bovendien veel rompslomp in het kader van de vaststelling van de ruilverhouding van de aandelen. Stel: de vennootschappen A en B zijn beide failliet en er bestaan gronden voor consolidatie. Deze consolidatie zou tot stand kunnen worden gebracht door een juridische fusie,

45 Art. 2:334b(7) BW
46 Overes, Rechtspersonen (losbl.), aant. 5 bij art. 2:334b BW.
47 Zie: art. 68 Fw.
48 Evenzo: Van Schilfgaarde, noot onder HR 25 september 1987 (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW), *AA* 1988, p. 110.
49 Zie: paragraaf 1.1.3.
50 Van der Feltz, I, p. 7.
51 Een faillissement kan tot ontbinding van de rechtspersoon leiden, zie art. 2:19(1)(c) BW jo. art. 16 en 173 Fw.

waarbij A de verkrijgende vennootschap is en B de verdwijnende vennootschap. De verdwijnende vennootschap houdt door de fusie op te bestaan.[52] De aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap B worden aandeelhouders van de verkrijgende vennootschap A; zij kunnen hun aandelen omruilen voor aandelen in de verkrijgende vennootschap.[53] Daartoe moet een ruilverhouding worden vastgesteld, hetgeen een aanvullende toelichting op het fusievoorstel en een accountantsverklaring vereist.[54] Betreft het een fusie tussen een moeder- (A) en een 100%-dochtervennootschap (B) dan vervallen de aandelen in de dochter.[55] Dit heeft tot gevolg dat geen ruilverhouding hoeft te worden vastgesteld en een aanvullende toelichting op het fusievoorstel evenals een accountantsverklaring achterwege kan blijven.[56] Betreft het een fusie tussen twee volle zustervennootschappen, dan hoeft de verkrijgende vennootschap geen aandelen toe te kennen. In dat geval zijn evenmin vaststelling van een ruilverhouding, een aanvullende toelichting en een accountantsonderzoek vereist.[57] Worden echter niet alle aandelen gehouden door de moedermaatschappij en zijn er minderheidsaandeelhouders in het spel dan zullen de genoemde toelichting en accountantsverklaring steeds moeten worden opgesteld, hetgeen een kostbare bezigheid is en derhalve in geval van een consolidatie via een juridische fusie de samengevoegde boedel en dus de crediteuren veel geld zou kosten, terwijl de vennootschap vrijwel altijd na het intreden van de insolventie zal worden ontbonden en haar vermogen zal worden vereffend.[58] Daarbij zal aan de aandeelhouders zelden of nooit enige uitkering worden gedaan. De kostbare opstelling van de aanvullende toelichting op het fusievoorstel en de accountantsverklaring, die vereist zijn in verband met de vaststelling van de ruilverhouding, is dan feitelijk voor niets geweest. Overigens doet de eis van de vaststelling van een ruilverhouding in dit soort gevallen vreemd aan nu de waarde van de aandelen in de betrokken vennootschappen – gezien hun vermogenstoestand – regelmatig nihil zal zijn. Maar omdat dit lang niet altijd het geval hoeft te zijn, kan deze eis ook niet zomaar worden geschrapt. Het mogelijk maken van consolidatie via een juridische fusie zou betekenen dat voor deze (en andere) problemen oplossingen (uitzonderingen) moeten worden opgenomen in de thans bestaande fusieregeling, hetgeen de reeds uitgebreide fusieregeling onnodig zou compliceren. Veel duidelijker is het mijns inziens om – voor zover wenselijk – een specifiek regime voor samengevoegde afwikkeling te formuleren, waarbij bovendien (eenvoudiger) rekening kan worden gehouden met verschillende specifiek daaraan verbonden vragen en moeilijkheden.

52 Art. 2:311(1) BW.
53 Art. 2:311(2) BW.
54 Art. 2:326-2:328 BW.
55 Art. 2:325(4) BW.
56 Art. 2:333(1) BW.
57 Art. 2:333(2) BW.
58 Art. 2:19(1)(c) BW jo. art. 173 Fw.

Methode en afbakening onderzoek

Door middel van een verkennend onderzoek naar de stand van zaken in de Nederlandse praktijk enerzijds en een rechtsvergelijkend literatuuronderzoek anderzijds heb ik getracht een antwoord te formuleren op de vraag of in Nederland behoefte bestaat aan een specifieke (wettelijke) regeling inzake samengevoegde afwikkeling en/of uitbreiding van faillissementen en hoe die regeling eruit zou moeten zien.

Op 2 juni 2003 zijn door mij vragenlijsten verspreid onder de leden van de Vereniging voor Insolventierechtadvocaten (Insolad).[59] Ik heb voor verspreiding van een vragenlijst onder Insolad-leden gekozen omdat, zeker in grote "concernfaillissementen", vaak leden van Insolad worden benoemd als curator aangezien zij beschikken over uitgebreide kennis op het gebied van het insolventierecht.[60] De enquête bevatte 37 vragen aangaande het geconsolideerd afwikkelen van insolventieprocedures.[61] Uiteindelijk hebben 77 personen gereageerd, waarvan er 67 de enquête hebben ingevuld (hierna: de respondenten). Hun antwoorden zijn in de tweede helft van 2003 en januari 2004 verzameld. Met deze enquête is niet getracht een statistisch exacte weergave te geven van de destijds in Nederland bestaande mogelijkheden tot consolidatie. Het betreft daarentegen een verkennend onderzoek, waarmee ik heb geprobeerd voor mijzelf meer inzicht te verkrijgen in de verschillende problemen die in de huidige praktijk spelen bij een samengevoegde afwikkeling, alsmede in de daaraan verbonden voor- en nadelen. Omdat de antwoorden van de respondenten soms echter verhelderend en inspirerend waren, wil ik u deze niet onthouden en zal ik er geregeld naar verwijzen. Voorts zijn in Bijlage I de enquêtevragen die betrekking hadden op geconsolideerde afwikkeling alsmede samenvattingen van de antwoorden op deze vragen opgenomen.

Bij het rechtsvergelijkende literatuuronderzoek wordt aandacht besteed aan de in de Verenigde Staten, Frankrijk, Nieuw Zeeland en Ierland bestaande ontwikkelingen aangaande consolidatie en uitbreiding van faillissementen. De keuze voor een rechtsvergelijking met deze landen is enerzijds ingegeven door het feit dat zij de voor mij meest toegankelijke rechtssystemen hebben van het beperkte aantal landen dat in enige vorm consolidatie en/of uitbreiding van faillissementen kent. Anderzijds is de keuze voor een onderzoek naar de Franse regeling ingegeven door het feit dat in Frankrijk al gedurende bijna honderd jaar[62] zowel conso-

59 De vragenlijsten zijn verspreid onder de Insolad-leden op basis van de ledenlijst zoals deze begin 2003 was samengesteld.

60 Vgl. Beukelman *TvI* 2001, p. 156.

61 Daarnaast bevatte de enquête 30 vragen over uitbreiding van een insolventieprocedure naar een nog niet failliet verklaarde of in surséance verkerende vennootschap. Deze vragen bleken nogal wat verwarring op te roepen en worden daarom samen met de daarop gegeven antwoorden niet in de beschouwingen betrokken.

62 De vroegst bekende rechterlijke uitspraak terzake stamt uit 1908: Cass. req. 29 juni 1908, *D.* 1910, 1, p. 233, m.nt. Percerou.

lidatie als uitbreiding van faillissementen in de jurisprudentie alsmede ook in de wet zijn terug te vinden. In Frankrijk is derhalve een schat aan ervaring opgedaan die moeilijk buiten beschouwing kan blijven. Een vergelijkbaar argument geldt voor het onderzoek naar de Amerikaanse regeling. Consolidatie, en in een beperkte mate ook uitbreiding, is in de Verenigde Staten namelijk in de afgelopen zestig tot zeventig jaar in de jurisprudentie steeds verder tot ontwikkeling gekomen. Voor een onderzoek naar de Nieuw-Zeelandse en Ierse regelingen op dit gebied is voorts gekozen, omdat dit twee van de weinige landen zijn die een wettelijke regeling kennen voor consolidatie van failliete boedels. Daarbij is de Ierse regeling afgeleid van de Nieuw-Zeelandse regeling op dit gebied.

De omstandigheid dat samengevoegde afwikkeling in de onderzochte rechtsstelsels voornamelijk in de praktijk (nader) tot ontwikkeling is gekomen, heeft als gevolg dat niet alle deelonderwerpen waaraan in dit proefschrift aandacht wordt besteed in alle rechtsstelsels evenveel aandacht hebben gekregen. Dit betekent dat de te behandelen onderwerpen waar mogelijk in rechtsvergelijkend perspectief worden behandeld.

Meer concreet wordt hierna in hoofdstuk 1 de Nederlandse stand van zaken betreffende samengevoegde afwikkeling van faillissementen in beeld gebracht. Vervolgens wordt in hoofdstuk 2 aandacht besteed aan meer dogmatische problemen verbonden aan faillissementen van onderling verbonden vennootschappen. Blijken zal dat samengevoegde afwikkeling een oplossing kan bieden voor een aantal moeilijkheden genoemd in deze eerste twee hoofdstukken, maar dat nader onderzoek vereist is naar de achtergronden en gevolgen ervan om zo te komen tot een afbakening van dit leerstuk. In hoofdstuk 3 wordt daarom aandacht besteed aan de achtergronden en doelstellingen van de regelingen inzake consolidatie zoals die op dit moment bestaan in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels. Tevens wordt de reikwijdte van deze regelingen onderzocht. In hoofdstuk 4 wordt bekeken onder welke voorwaarden en omstandigheden op dit moment in Nederland en het buitenland tot geconsolideerde afwikkeling van faillissementen wordt overgegaan en wordt onderzocht in hoeverre de betreffende omstandigheden werkelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of samengevoegde afwikkeling op haar plaats is. In de hoofdstukken 5 en 6 wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan de gevolgen van een samengevoegde afwikkeling voor de diverse betrokkenen en de procedurele aspecten ervan, waaronder het besluitvormingsproces tot consolidatie. Daarna zal in hoofdstuk 7 een korte analyse worden uitgevoerd over uitbreiding van een faillissement naar een met de failliet in een concern verbonden vennootschap.

Naar aanleiding van de voorgaande analyses worden in hoofdstuk 8 ten slotte enkele aanbevelingen gedaan.

Tot besluit van deze inleiding wil ik het volgende opmerken. Het onderzoek richt zich niet op één bepaald soort concernverhouding. Daarom wordt niet aangeknoopt bij de wettelijke concernbegrippen *dochtermaatschappij*, *groep*, *afhankelijke maatschappij* en *deelneming*, die steeds op een bepaalde concernverhouding

betrekking hebben.[63] Daarentegen gebruik ik de objectieve begrippen *moedervennootschap*, voor de beheersende vennootschap, *dochtervennootschap* voor de beheerste vennootschap en *concernvennootschap* als overkoepelend begrip.[64] Tenzij anders aangegeven, neem ik concerns die zijn opgebouwd uit kapitaalvennootschappen, te weten besloten en naamloze vennootschappen, als uitgangspunt. Dit is in de praktijk de meest voorkomende concernstructuur, ondanks dat concerns kunnen zijn opgebouwd uit zowel kapitaalvennootschappen als personenvennootschappen[65], stichtingen en verenigingen[66] of enkel personenvennootschappen, stichtingen of verenigingen.

Het onderzoek is per 31 december 2006 afgesloten. Met literatuur en jurisprudentie van na die datum is, op een enkele uitzondering na, geen rekening meer gehouden.

63 Zie over deze wettelijke begrippen o.m.: Achterberg 1989, p. 56-67 en Bartman, *De NV* 1989, p. 158-164.

64 Dit, in navolging van Winter 1992, p. 9.

65 Vgl. ook het groepsbegrip van art. 2:24b BW waar met het begrip *vennootschappen* wordt gedoeld op personenvennootschappen.

66 Vgl. ook het groepsbegrip van art. 2:24b BW dat in het algemeen aangeeft dat *rechtspersonen* deel uit kunnen maken van een groep, derhalve ook stichtingen en verenigingen, zie art. 2:3 BW.

Hoofdstuk 1 Afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen

1.1 De regel: enkelvoudige afwikkeling van failliete boedels

1.1.1 Juridische zelfstandigheid binnen een feitelijke eenheid

Naar Nederlands recht zijn rechtspersonen zelfstandige rechtssubjecten met eigen rechten en plichten.[1] Het feit dat een rechtspersoon deel uitmaakt van een concern doet daar in beginsel niets aan af. De concernvennootschappen zijn weliswaar in meer of mindere mate onderworpen aan een centrale leiding en zijn regelmatig ook overigens in economisch, financieel, personeel en organisatorisch opzicht met elkaar verbonden, maar zij worden geacht hun juridische zelfstandigheid te hebben behouden.[2] In dit verband wordt wel gesproken over de 'concernproblematiek' of de karakteristiek van een concern. Daarmee wordt gedoeld op de spanning die ontstaat door het feit dat een concern optreedt als een economische eenheid opererend onder centrale leiding, maar feitelijk wordt gevormd door een veelheid aan juridisch zelfstandige vennootschappen die allemaal worden geacht een eigen belang te hebben.[3] De concernleiding staat daardoor bloot aan de verleiding om het belang van het concern als zodanig (of een van de concernvennootschappen afzonderlijk) te verkiezen boven het belang van een (andere) concernvennootschap.[4]

1.1.1.1 Organisatorische verbondenheid

De organisatorische verbondenheid tussen concernvennootschappen kan erin bestaan dat het concern is onderverdeeld in regionale, product- en/of functionele divisies, waarbij de onderlinge coördinatie geschiedt door de moedervennoot-

1 Zie: art. 2:5 BW.

2 Vgl. o.m. Raaijmakers 1993, p. 44; Van Schilfgaarde 1987, p. 89-90; Slagter 1988, p. 5. Zie ook: OK 23 juni 1983, *NJ* 1984, 571, m.nt. Ma (Hyster): 'In de verhouding tussen een moeder- en een dochtervennootschap (…) kan de moedervennootschap aan de dochtervennootschap richtlijnen en aanwijzingen geven, waaraan die dochtervennootschap zich door haar afhankelijkheid van de moedervennootschap in het algemeen moeilijk kan onttrekken. Dit laat echter onverlet de eigen rechten en verplichtingen van de dochtervennootschap als rechtspersoon naar Nederlands recht'.

3 O.m. Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 938, nr. 607; Bartman *De NV* 1989, p. 158; Franken 1976, p. 51 en Westbroek 1969, p. 10.

4 Zie hierover o.m. Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 938, nr. 607 en Westbroek 1969, p. 10 e.v.

schap.[5] Deze coördinatie vindt plaats via een planning- en controlesysteem. Daarbij worden afhankelijk van de aanwezigheid van een gecentraliseerde of meer gedecentraliseerde planning de strategische doelstellingen van het concern en de afzonderlijke concernvennootschappen geformuleerd door de moedervennootschap of (mede) door de dochtervennootschappen. Tevens worden plannen opgesteld met het oog op de realisatie van deze doelstellingen. De uitvoering van de gemaakte plannen door de verschillende concernvennootschappen wordt vervolgens al dan niet streng gecontroleerd door de moedervennootschap, afhankelijk van de mate van centrale leiding die de moeder uitoefent.[6] De werking van een dergelijk planning- en controlesysteem vereist overigens wel dat een gedegen informatie- en communicatienetwerk wordt opgezet tussen de concernvennootschappen.[7] Immers, enkel wanneer de moedervennootschap tijdig en goed wordt geïnformeerd over het reilen en zeilen bij haar dochtervennootschappen kan zij hun activiteiten daadwerkelijk coördineren en integreren in de concernstrategie, en hun aanwijzingen geven op een zodanige manier dat sprake is van centrale leiding.

1.1.1.2 Economische verbondenheid

Economische verwevenheid tussen de concernvennootschappen kan bijvoorbeeld bestaan wanneer binnen de verschillende productdivisies diverse concernvennootschappen dezelfde technologie gebruiken of zij hun activiteiten op elkaar afstemmen (concernvennootschap A maakt bijvoorbeeld een onderdeel van het product dat wordt vervaardigd door concernvennootschap B). Ook kunnen aanwijzingen voor economische verbondenheid worden gevonden in de omstandigheid dat de vennootschappen gezamenlijk grondstoffen inkopen en/of de marketing van hun producten centraliseren. Waar economische verbondenheid vaak op neerkomt, is dat de vennootschappen feitelijk samen één onderneming drijven.

1.1.1.3 Personele verbondenheid

Daarnaast is er vooral in kleinere concerns vaak sprake van een personele unie, dat wil zeggen dat de bestuurders en/of commissarissen van de diverse concernvennootschappen dezelfde personen zijn. Ook kunnen tussen deze functionarissen persoonlijke, bijvoorbeeld familierechtelijke betrekkingen bestaan[8] of kan de moedervennootschap zelf bestuurder bij haar dochtervennootschap zijn.[9]

---

5 Van Achterberg 1989, p. 26-33. Zie voor meer informatie ook de door haar ter plaatse aangehaalde literatuur. Zij bespreekt in eerste instantie internationale concerns, maar betoogd dat de structuur van nationale concerns weinig anders is: p. 40-41.

6 Van Achterberg 1989, p. 34-37. Zie voor meer informatie ook de door haar ter plaatse aangehaalde literatuur. Zij bespreekt in eerste instantie internationale concerns, maar betoogd dat de structuur van nationale concerns weinig anders is: p. 40-41.

7 Van Achterberg 1989, p. 40, 45 en 51, en Raaijmakers 1993, p. 43.

8 Van Achterberg 1989, p. 28-29.

9 NB Een raad van commissarissen kan in Nederland enkel bestaan uit een of meer natuurlijke personen. Zie art. 2:140/250(1) BW. Een rechtspersoon kan niet als commissaris optreden.

1.1.1.4 Financiële verbondenheid

Tot slot zijn de tot een concern behorende vennootschappen vaak in financieel opzicht onderling verbonden. Omdat de vermogensposities van de vennootschappen en daarmee de financiële banden die tussen hen bestaan in faillissementssituaties centraal staan, wordt aan de financiële verbondenheid uitgebreider aandacht besteed.

In het kader van de financiering van een concern en zijn activiteiten worden de liquiditeits- en solvabiliteitsposities van de afzonderlijke concernvennootschappen vaak samengevoegd ten behoeve van het gehele concern. Daardoor worden schaalvergroting en compensatie mogelijk en kan het concern extra financiële slagkracht verkrijgen. De middelen van een concernvennootschap kunnen nu niet enkel worden aangewend voor haar eigen financiering, maar tevens voor de financiering van met haar in het concern verbonden vennootschappen, waardoor het concern minder snel een beroep hoeft te doen op externe financiering.[10] Wordt desalniettemin een beroep gedaan op externe financiering, dan wordt krediet verstrekt met het oog op de vermogenspositie van het concern als zodanig.[11] Dit door de concernvennootschappen gezamenlijk, als één partij betreden van de financiële markten opent de deur naar gunstige financieringsvoorwaarden. Daarbij kunnen de methoden van kredietverschaffing verschillen. Zo kan de bank krediet verstrekken aan de moedervennootschap of een daartoe opgerichte financieringsmaatschappij, die vervolgens voor haar dochtervennootschappen gaat optreden als bank.[12] Ook kan een zogenaamd paraplukrediet worden verstrekt, waarbij de bank een geconsolideerd krediet verleent aan de diverse concernvennootschappen die rechtstreeks bij de bank krediet kunnen opnemen, vaak tot het bedrag van een zogenaamde sublimiet.[13] Dat de geconsolideerde vermogenspositie uitgangspunt is voor deze vormen van kredietverlening blijkt ook uit de zekerheidsverschaffing door concernvennootschappen aan de bank. Zij stellen zich dikwijls hoofdelijk aansprakelijk voor hetgeen de bank van een van hen te vorderen mocht hebben en verstrekken naar aanleiding van deze aansprakelijkstelling zakelijke zekerheden.[14] Hierdoor ontstaan tussen de concernvennoot-

---

10 Kuttschreuter e.a. 1986, p. 9; Maeijer 1987, p. 72; Meeter 1987, p. 126; Talen 1987, p. 10; Winter 1993, p. 1 en Winter *TvI* 1995, p. 4.

11 Brink *TVVS* 1988, p. 39 e.v.; Langman *De NV* 1984, p. 9; Slijkhuis 1984, p. 85-86.

12 Van der Grinten 1987, p. 63; Klaassen 1986, p. 18-19; Langman *De NV* 1984, p. 9; Langman 1987, p. 93; Maeijer 1987, p. 71; Nagelkerke *TFM* 1985/1, p. 21; Slijkhuis 1984, p. 86; Winter 1992, p. 39-40.

13 Van der Grinten 1987, p. 64; Langman *De NV* 1984, p. 9; Langman 1987, p. 92-93; Maeijer 1987, p. 71; Slijkhuis 1984, p. 86; Winter 1992, p. 40-44.

14 Langman 1987, p. 93; Nagelkerke *TFM* 1985/1, p. 22-23; Slijkhuis 1984, p. 86; Winter 1992, p. 44-49.
De toelaatbaarheid van met name hoofdelijke aansprakelijkstelling door concernvennootschappen voor de gehele concernschuld staat reeds lange tijd ter discussie. Betoogd is o.a. door Ophof (*NJB* 1983, p. 1193; idem 1983, p. 166-168; idem 1990, p. 41-43); →

schappen financiële kruisverbanden, die in geval van déconfiture tot moeilijkheden kunnen leiden. Met name kan de hoofdelijke aansprakelijkstelling regresproblemen opleveren wanneer een ontvlechting volgt.[15]

Financiële verbondenheid komt binnen het concern verder tot uitdrukking in het cash-management dat in meer of mindere mate gecentraliseerd kan plaatsvinden. Cash management omvat het beheren van liquiditeiten, geldstromen en valutarisico's.[16] Om de rentabiliteit over liquide middelen te verhogen wordt dochtervennootschappen bijvoorbeeld verzocht liquide middelen af te dragen aan de moedervennootschap. Doorgaans geschiedt dit in de vorm van leningen verstrekt door de dochters aan de moeder. Daardoor ontstane vorderingen van de dochters op de moeder worden vervolgens veelvuldig verrekend met schulden die zij uit

Van Schilfgaarde (1987, p. 87; Van Schilfgaarde/Winter 2006, p. 177, nr. 58) en Winter (1992, p. 131-132) dat hoofdelijke aansprakelijkstelling door een concernvennootschap voor de schulden van het gehele concern disproportioneel kan zijn gezien de soms beperkte mate waarin de vennootschap zelf van het krediet profiteert en gezien de omvang van haar vermogen. Ophof (t.a.p.) verdedigde daarop de beddingtheorie. Daarbij verstrekt de bank krediet aan de moeder, die op haar beurt haar dochters naar behoeven krediet verleent. Vervolgens verschaffen de dochtervennootschappen gerelateerd aan hun eigen kredietverbruik zekerheden aan de moeder, die aansluitend zekerheid verschaft aan de bank, meestal door de aandelen in haar dochters te verpanden en door bij de dochtermaatschappijen te bedingen dat zij de van hen ontvangen zekerheden mag doorgeven aan de financierende bank. Hoofdelijke verbondenheid blijft aldus uit. Ook de beddingtheorie is kritisch ontvangen (o.a. door Brink *TVVS* 1988, p. 41 en Heyning 1984, p. 102-104), hetgeen aanleiding heeft gegeven tot het zoeken naar alternatieven. Zo pleit Winter voor een limitering van de hoofdelijke aansprakelijkheid door dochters slechts rechtstreeks zekerheid te laten verstrekken aan de bank voorzover hun draagkracht dat toelaat. Hij acht deze methode lucratiever dan de door Ophof verdedigde beddingtheorie, omdat de bank nu rechtstreeks zekerheden van de dochters verkrijgt, die zij ook kan uitwinnen wanneer een andere dan de zekerheidverstrekkende vennootschap in gebreke blijft (Winter 1992, p. 137-139. Zie ook: Talen 1987, p. 48.). Maar ook deze opvatting is aan kritiek onderhevig. Onder andere wordt betoogd dat limitering van de hoofdelijke aansprakelijkheid op het moment van aansprakelijkstelling onvoldoende rekening houdt met latere vermogensverschuivingen binnen het concern, waardoor de verhaalsmogelijkheden van de bank kunnen worden aangetast: Brink *TVVS* 1988, p. 42 en Langman 1993, p. 22 en 28-30. Een geheel andere mening is Maeijer (1987, p. 77-78) toegedaan. Hij betoogt dat indien de aansprakelijkheidstelling of zekerheidstelling op voet van wederkerigheid plaatsvindt de disproportionaliteit tussen de totale concernschuld en het eigen vermogen van de dochter wordt gerechtvaardigd. Zie voor kritiek op deze opvatting: Winter 1992, p. 132-133.

Tot slot zij nog op gewezen op Hof Arnhem 19 december 1995, *NJ* 1996, 307, *TvI* 1996, m.nt. Winter (Heineken/Mrs. Telders en Welmerink q.q.), waar het hof in overweging 12 opmerkte: 'In dergelijke gevallen van concern-financiering, die in het belang van het gehele concern wordt verstrekt, zodat in beginsel het concernbelang dient te prevaleren boven het individuele belang van afzonderlijke concern-onderdelen, is het gebruikelijk dat hoofdelijke aansprakelijkheid van alle concern-onderdelen wordt bedongen alsmede zekerheidstelling. Dit is niet onredelijk, ook niet ten opzichte van de crediteuren van de betrokken concern-onderdelen, tenzij de belangen van het betrokken concern-onderdeel zozeer in het gedrang komen dat de continuïteit ervan wordt bedreigd, bijvoorbeeld omdat de financiële situatie van andere concern-onderdelen aanleiding geeft ernstig te vrezen voor een deconfiture. (…)'.

15 Zie over de regresproblematiek paragraaf 2.3.

16 Van Dijk & Wiebes 1993, p. 10 en Marres *Bank- en effectenbedrijf* 1985, p. 107.

hoofde van geldlening aan de moedervennootschap hebben.[17] Een verstrekkende vorm van afdracht van liquide middelen vindt plaats wanneer het zero-balance-systeem wordt toegepast. Dit systeem kan worden toegepast wanneer de bank geconsolideerd krediet verstrekt aan de moedervennootschap. De dochter boekt in dat geval dagelijks de credit-saldi op haar rekening over naar de debet staande rekening van de moedervennootschap bij de bank. Zij meldt tevens aan de moedervennootschap hoeveel geld zij de volgende dag verwacht nodig te hebben voor betalingen aan derden. De moedervennootschap stort dit bedrag dan de volgende dag op de bankrekening van de dochter. Dit systeem biedt voor het concern rentevoordelen, omdat op het moment waarop de bank de verschuldigde rente berekent de rekeningen van de dochtervennootschappen op 0 staan, terwijl de schuld van de moedervennootschap aan de bank zo laag mogelijk is, waardoor de te betalen rente over het geleende bedrag wordt beperkt. Omdat het debetrentepercentage hoger is dan het creditrentepercentage, weegt de vermindering van de te betalen debetrente op tegen het verlies van de creditrente over de credit-saldi van de dochters.[18] Nadeel is echter dat het zero-balance-systeem de dochtervennootschappen ernstig beperkt in hun financiële armslag, met name wanneer de moeder tevens de kredietverlening aan de dochters beperkt.[19] Om toch het voordeel van rentecompensatie te behalen wordt in plaats van het zero-balance-systeem daarom veelal een rentecompensatie-overeenkomst gesloten met de bank. Afgesproken wordt dan dat de bank voor de berekening van de rente de saldi van de concernvennootschappen op hun respectieve rekeningen consolideert. Als voorwaarde voor rentecompensatie stelt de bank doorgaans verstrekking van zekerheden door de concernvennootschappen. Deze zekerheidsverstrekking stelt de bank in staat om het concern tegenover De Nederlandsche Bank als een eenheid te presenteren waardoor haar risico wordt beperkt en verdere kredietverstrekking aan derden mogelijk wordt.[20]

Wat betreft het geldstromenbeheer binnen een concern valt op dat de geldstromen tussen de concernvennootschappen zoveel mogelijk worden beperkt. Met deze beperking van intercompany-geldstromen worden kostenbesparingen beoogd. Het uitblijven van overboekingen betekent bijvoorbeeld dat daarvoor geen provisie verschuldigd zal zijn aan de bank.[21]

Het beperken van intercompany-geldstromen kan op verschillende manieren vorm krijgen. Allereerst kunnen vennootschappen die over en weer elkaars schuldenaar en schuldeiser zijn een beroep doen op verrekening. Artikel 6:127(2) BW bepaalt immers dat een schuldenaar bevoegd is tot verrekening wanneer hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij en hij bevoegd is zowel tot betaling van de schuld als tot het afdwingen van

17 Winter 1992, p. 57-60.
18 Winter 1992, p. 60-62; idem 1993, p. 2; idem *TvI* 1995, p. 4-5.
19 Zie over de bezwaren die kleven aan een zero-balance-systeem: Winter 1992, p. 142-144.
20 Talen 1987, p. 12; Winter 1992, p. 63-68; idem 1993, p. 2.
21 Zie voor een uiteenzetting omtrent deze en andere kostenbesparingen: Winter 1992, p. 69-71; idem 1993, p. 2-3 en idem *TvI* 1995, p. 5.

de betaling van de vordering. Een dergelijke verrekening geschiedt vaak in het kader van een tussen beide vennootschappen tot stand gebrachte rekening-courant verhouding.[22] De vennootschappen hebben dan afgesproken dat al hetgeen zij uit hoofde van enige andere rechtsverhouding aan elkaar verschuldigd zullen worden, wordt geboekt in een rekening-courant en dat op ieder tijdstip enkel het saldo verschuldigd zal zijn.[23] De schulden die in rekening-courant worden geboekt, worden dadelijk van rechtswege verrekend met de vorderingen, artikel 6:140(1) BW.

Voorts vindt beperking van de geldstromen in grote concerns soms plaats door middel van multilaterale-netting. Dit is een vorm van verrekening van vorderingen en schulden van verschillende concernvennootschappen, waarbij niet vereist is dat zij over en weer schuldenaar en schuldeiser zijn. Voor iedere concernvennootschap wordt het saldo berekend van haar vorderingen op en schulden aan andere concernvennootschappen. Heeft de vennootschap per saldo een schuld dan dient zij dit saldo over te maken naar een centrale rekening, waarvan betalingen worden verricht aan vennootschappen die per saldo een vordering hebben op de overige concernvennootschappen.[24]

Tot slot is er het valutarisicobeheer dat als onderdeel van het cash-management centraal kan plaatsvinden. Valutarisico's ontstaan door schommelingen in de wisselkoersen. Wanneer bijvoorbeeld een periode verstrijkt tussen de aanschaf van goederen door een concernvennootschap in het buitenland en de werkelijke betaling met buitenlandse valuta, ontstaat er voor de vennootschap een valutarisico, omdat de binnenlandse munt in die periode kan devalueren (*transactierisico*).[25] De vennootschap kan er voor kiezen om dit risico af te dekken. Daartoe staan haar diverse dekkingsinstrumenten ter beschikking, zoals valutatermijncontracten.[26] Anderzijds is het natuurlijk ook mogelijk dat de eigen munt meer waard wordt waardoor een valutawinst kan worden geboekt. In een concern kan er voor worden gekozen om dochtervennootschappen zelf deze valutarisico's te laten beheren, maar kan het valutarisicobeheer ook worden gecentraliseerd door de valutarisico's samen te brengen bij één concernvennootschap, waardoor tegengestelde valutaposities tegen elkaar wegvallen en indien gewenst slechts voor het resterende risico dekking hoeft te worden gezocht.[27] Specifieke deskundigheid van de dekkingzoekende concernvennootschap en de door de consolidatie opge-

---

22 Winter 1992, p. 71-72.

23 Parlementaire Geschiedenis NBW Boek 6, 1981, T.M., p. 517-520; MvA II, p. 520-521; Parlementaire Geschiedenis NBW Boek 6, Inv. Boeken 3, 5 en 6, 1990, MvT, p. 1331-1333. En zie reeds: HR 18 februari 1932, *NJ* 1932, 488.

24 Winter 1992, p. 73-79; idem 1993, p. 2.

25 Waarover uitgebreid Winter 1992, p. 83-84. Dat de valutarisico's zeer groot kunnen zijn en soms een zeer negatieve impact op het resultaat hebben, bleek bij Fokker, zie: Deterink e.a., Verslag van het Onderzoek naar de oorzaken van het faillissement van Fokker, 1997, p. 87-93.

26 In een valutatermijncontract wordt overeengekomen om op termijn een vaste hoeveelheid vreemde valuta's te kopen of te verkopen tegen een bepaalde hoeveelheid van een andere valuta: Van Dijk & Wiebes 1993, p. 57.

27 Winter 1992, p. 81-96; idem *TvI* 1995, p. 5.

treden schaalvergroting kunnen daarbij leiden tot voordelen voor het concern als zodanig.[28] Voor de dochtermaatschappijen betekent geconsolideerd valutarisicobeheer echter niet alleen een beperking van risico's, maar soms eveneens een beperking van winst, namelijk indien haar valutaposities zouden hebben geleid tot valutawinst.[29] Bij de keuze voor het al dan niet gecentraliseerd beheren van valutarisico's worden deze voor- en nadelen tegen elkaar afgewogen.

Inzicht in de hiervoor omschreven financiële verbondenheid tussen concernvennootschappen hebben derden niet of nauwelijks – de bank daargelaten. Toch presenteert een concern zich niet alleen jegens de bank als een financiële eenheid, maar vaak ook ten opzichte van andere derden, namelijk door de publicatie van een geconsolideerde jaarrekening. Wanneer aan de voorwaarden van artikel 2:403 BW (waaronder hoofdelijke aansprakelijkstelling van de moeder voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van haar dochters) is voldaan, kunnen de geconsolideerde dochters volstaan met summiere jaarrekeningen. Bovendien hoeven deze summiere jaarrekeningen niet te worden gepubliceerd. Alleen de enkelvoudige jaarrekening van de moeder en de geconsolideerde jaarrekening worden doorgaans gepubliceerd. Uit deze twee stukken blijken de genoemde intercompany-verhoudingen nauwelijks. Kenmerkend voor de geconsolideerde jaarrekening is juist dat de onderlinge vorderingen en schulden van de geconsolideerde vennootschappen worden geëlimineerd. Evenmin geeft de geconsolideerde jaarrekening informatie over de waarborgen in de vorm van persoonlijke zekerheden door de geconsolideerde vennootschappen verstrekt voor schulden van andere geconsolideerde vennootschappen.[30] Wel moeten de zakelijke zekerheden verstrekt voor schulden van de geconsolideerde vennootschappen worden vermeld, zie artikel 2:375(3) BW.[31]

1.1.2 Faillissement: verbreking van de eenheid

Zoals opgemerkt, doet de hiervoor geschetste financiële, personele, economische en organisatorische verwevenheid die tussen vennootschappen kan bestaan in beginsel niets af aan hun juridische zelfstandigheid. Dit principe werkt door als een of meer vennootschappen, die onderdeel uitmaken van het concern, hebben opgehouden met betalen en hun faillissement wordt aangevraagd. De insolvente vennootschap(pen) word(t)(en) dan losgemaakt uit het concernverband. Ook worden de insolvente vennootschappen onderling van elkaar afgezonderd.

Deze scheiding krijgt formeel haar beslag doordat voor iedere concernvennootschap summierlijk moet blijken van het bestaan van feiten of omstandigheden die aantonen dat zij in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen, artikel 6(3) Fw. Dit betekent ten eerste dat moet blijken van een pluraliteit van schuldeisers, waarvan er ten minste één over een opeisbare vordering be-

28 Winter 1992, p. 90; idem 1993, p. 3 en idem *TvI* 1995, p. 5.
29 Winter 1992, p. 90.
30 Beckman 1990, p. 106.
31 Beckman 1990, p. 105-106.

schikt[32], en ten tweede dat de schuldenaar is gestaakt met het betalen van zijn schulden, dat wil zeggen dat hij betalingen langer uitstelt dan gewoon is in zijn branche, de aard van de schulden daarbij mede in aanmerking genomen.[33] De faillietverklaring kan enkel geschieden op eigen aangifte van de vennootschap[34] of op verzoek van een of meer van haar eigen schuldeisers, derhalve niet op verzoek van een schuldeiser van een andere tot hetzelfde concern behorende vennootschap, artikel 1(1) Fw.[35] De omstandigheid dat het concern naar buiten toe vaak de schijn opwekt een eenheid te zijn, doet aan dit laatste in beginsel niets af.[36] Evenmin is relevant dat de crediteuren van een andere concernvennootschap (bijvoorbeeld een zustervennootschap) mogelijk nadeel ondervinden van een verliesgevende exploitatie van de failliet te verklaren vennootschap. Dit laatste is zeer wel denkbaar indien hun schuldenaar zelf weinig solvabel is en tevens een omvangrijke vordering heeft op de failliet te verklaren vennootschap. Met name wanneer het een concurrente vordering betreft, is volledige voldoening vrijwel uitgesloten en zijn de crediteuren van de zustervennootschap gebaat bij een tijdig ingrijpen bij de andere vennootschap opdat verdere kapitaalvernietiging bij deze vennootschap wordt tegengegaan en hun eigen verhaalsmogelijkheden worden veilig gesteld.

Naast de formele scheiding ingevolge artikel 6(3) Fw, treedt er na de faillietverklaring een materiële scheiding op tussen de vennootschappen doordat hun vermogens als aparte boedels gescheiden worden afgewikkeld.[37] Het vermogen van iedere concernvennootschap strekt slechts tot verhaal van haar eigen schuldeisers, vergelijk artikel 3:276 BW. Zij hebben onderling een gelijk recht om – behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang – naar evenredigheid van ieders vordering uit de netto-opbrengst van de aan hun schuldenaar toebehorende goederen te worden voldaan (*paritas creditorum*), artikel 3:277(1) BW. Het is deze materiële scheiding die de verbreking van de tussen de concernvennootschappen bestaande financiële banden vereist.

Optimaal verhaal wordt de schuldeisers onder meer verzekerd door de bepalingen in Titel 1, afdeling 2 van de Faillissementswet die beogen het vermogen

32 HR 18 maart 1983, *NJ* 1983, 568. Zie ook: Polak/Pannevis 2005, p. 12-15 en Wessels & Van Sint Truiden (red.), *Insolventierecht. Tekst en Commentaar*, 2006, art. 6 Fw, aant. 5.

33 HR 13 oktober 1972, *NJ* 1973, 49. Zie ook: Wessels & Van Sint Truiden (red.), *Insolventierecht. Tekst en Commentaar*, 2006, art. 6 Fw, aant. 5.

34 Zie voor eigen aangifte door een NV of BV art. 2:136/246 BW. In dit artikel is bepaald dat tenzij de statuten anders bepalen, het bestuur zonder opdracht van de algemene vergadering van aandeelhouders niet bevoegd is aangifte te doen tot faillietverklaring van de vennootschap.

35 Bovendien kan het Openbaar Ministerie om redenen van openbaar belang faillietverklaring vorderen, art. 1(2) Fw. Dit gebeurt in de praktijk echter zelden of nooit. Zo zijn in de jaren 1997-1999 geen faillissementen uitgesproken op vordering van het Openbaar Ministerie, zie CBS-statistieken: Faillissementen naar arrondissement vanaf 1993, <http://www.cbs.nl>, Statline, geraadpleegd op 25 januari 2006.

36 Vgl. Meeter 1987, p. 124.

37 Dit onderscheid tussen formele en materiële scheiding wordt gebruikt in navolging van Winter: Winter 1993, p. 4 en idem *TvI* 1995, p. 5.

van de schuldenaar, zoals aangetroffen op de dag der faillietverklaring, in stand te houden en tevens in dit vermogen terug te brengen wat daaruit aan de vooravond van het faillissement ten nadele van deze schuldeisers is verdwenen. Ook deze bepalingen nemen als uitgangspunt de juridische zelfstandigheid van de failliet verklaarde rechtssubjecten. Zo bepaalt artikel 23 Fw dat de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen verliest.[38] Dit betekent dat – hoewel de schuldenaar handelingsbekwaam c.q. 'rechtsbevoegd' is gebleven[39] – zijn handelingen vanaf de dag der faillietverklaring geen invloed meer kunnen hebben op zijn vermogen. Daarmee wordt voorkomen dat de schuldenaar op de dag der faillietverklaring of daarna vermogensbestanddelen aan derden – waaronder met hem in het concern verbonden vennootschappen – kan overdragen en zo de verhaalsmogelijkheden van zijn schuldeisers beperkt. Ontstaan desondanks na de faillietverklaring verbintenissen voor de schuldenaar, dan is de boedel niet aansprakelijk, tenzij deze daardoor is gebaat, artikel 24 Fw. Verbintenissen waarvoor de boedel niet aansprakelijk kan worden gehouden, maar die wel ten laste van de boedel zijn voldaan, kan de curator als onverschuldigd betaald terugvorderen.[40]

Naast bepalingen gericht op het in stand houden van het vermogen, kent de Faillissementswet bepalingen die erop zijn gericht in het vermogen terug te brengen wat daaruit voorafgaand aan het faillissement ten nadele van de schuldeisers is verdwenen. Een van deze bepalingen is artikel 42 Fw waarin de actio Pauliana is opgenomen. Deze bepaling biedt de curator de mogelijkheid om door de schuldenaar vóór faillietverklaring onverplicht verrichte rechtshandelingen te vernietigen, wanneer de schuldenaar wist of behoorde te weten dat daardoor de schuldeisers zouden worden benadeeld. Is de rechtshandeling om baat verricht, dan is tevens vereist dat de wederpartij van de schuldenaar wist of behoorde te weten dat de schuldeisers van de schuldenaar door de rechtshandeling zouden worden benadeeld. Als een aantal tot hetzelfde concern behorende vennootschappen failliet gaat, wordt door de curator(en) in de verschillende faillissementen met enige regelmaat gebruik gemaakt van deze bepaling, omdat nog al eens blijkt dat intraconcerntransacties niet *at arm's length*[41] hebben plaatsgevonden.

Ten slotte biedt ook het Burgerlijk Wetboek de curator nog een aantal instrumenten om de toestand van de boedel op orde te brengen. Belangrijk is allereerst dat de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet onder

38 Volledigheidshalve: de schuldenaar blijft bevoegd te beschikken over zijn niet tot het faillissement behorend vermogen, vgl. art. 21 Fw.

39 Vgl. MvT bij de Fw waarin uitdrukkelijk wordt vermeld dat het faillissement enkel de goederen van de schuldenaar raakt en niet ook diens persoon: Van der Feltz I, p. 7. Zie ook Polak/Pannevis 2005, p. 6.

40 HR 11 januari 1980, *NJ* 1980, 563, m.nt. BW.

41 Volgens het *at arm's lenght*-principe moeten overeenkomsten tussen concernvennootschappen worden gesloten tegen voorwaarden en prijzen die gelden voor niet-verbonden vennootschappen die in de vrije markt vergelijkbare transacties verrichten: Kuttschreuter e.a. 1986, p. 18. Soms zal dit echter moeilijk zijn wegens het ontbreken van vergelijkingsmateriaal: o.a. Verlage *TVVS* 1981, p. 289 en Vollebregt *WFR* 2003, p. 1199.

omstandigheden onrechtmatige-daadacties kan instellen tegen met de failliet in het concern verbonden vennootschappen of andere derden, artikel 6:162 BW.[42] In HR *Nimox/Van den End q.q.*[43] oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld dat het besluit tot dividenduitkering van enig aandeelhoudster Nimox N.V. in de aandeelhoudersvergadering van Auditrade – door welk besluit vrijwel alle reserves verdwenen – en het vervolgens onmiddellijk omzetten van de vordering tot betaling van het dividend in een vordering tot geldlening onrechtmatig was jegens de crediteuren van de later failliet verklaarde vennootschap Auditrade. Door deze gang van zaken verminderde het eigen vermogen van de vennootschap en werd haar schuldenlast vergroot, waardoor de verhaalspositie van de overige schuldeisers van Auditrade ernstig verslechterde.

Voorts biedt het Burgerlijk Wetboek de curator de mogelijkheid om de bestuurders van de failliete vennootschap aansprakelijk te stellen voor het tekort in de boedel wanneer het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, artikel 2:138/248 BW. Vooral nu mismanagement in de praktijk een belangrijke oorzaak is van faillissementen[44], biedt deze bepaling de curator perspectieven om de met een faillissement gepaard gaande nadelige gevolgen voor crediteuren te beperken. In concreto kan dit met zich brengen dat een moedervennootschap die optreedt als bestuurder van haar dochter wordt aangesproken voor het tekort in de boedel van deze dochter. Hierdoor wordt echter niet de voorafgaande aan het faillissement tussen de moeder en de dochter bestaande feitelijke eenheid hersteld. Veeleer benadrukt een dergelijke aansprakelijkstelling het feit dat moeder- en de dochtervennootschap afzonderlijke rechtssubjecten zijn met een eigen vermogen. Wel worden de gevolgen van de verbreking van de eenheid voor de crediteuren van de dochter erdoor verzacht.

1.1.3 Gevolgen van verbreking van de eenheid

Door de faillietverklaring worden de tussen concernvennootschappen bestaande financiële banden verbroken. Hun respectieve vermogens worden als afzonderlijke boedels van elkaar afgescheiden. Het aanbrengen van deze scheiding is in de praktijk niet altijd eenvoudig. Crediteuren weten soms niet wie hun werkelijke wederpartij is en curatoren kunnen bij gebrek aan een bijgewerkte boekhouding zo nu en dan moeilijk vaststellen aan welke vennootschap welk vermogensbestanddeel toebehoort. Bovendien wordt in de verschillende faillissementen vaak dezelfde persoon als curator benoemd. Deze curator krijgt dan te maken met een economische en financiële eenheid die is opgebouwd uit juridisch zelfstandige vennootschappen. Vaak maakt de eenheid die de vennootschappen vormen dat de curator maar moeilijk kan aangeven welke handeling hij ten behoeve van welke

42 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, m.nt. BW (Peeters q.q./Gatzen).

43 HR 8 november 1991, *NJ* 1992,174, m.nt. Ma.

44 Zie CBS-statistieken: Faillissementen; schulden, rechtsvorm en behandelingsduur, <http://www.cbs.nl>, Statline, geraadpleegd op 25 januari 2006.

vennootschap(pen) heeft verricht, waardoor doorbelasting van de daaraan verbonden kosten wordt bemoeilijkt. Dit leidt tot een aantal problemen.

1.1.3.1 Verwarring bij crediteuren

De gescheiden afwikkeling van de boedels van de failliete concernvennootschappen impliceert het houden van afzonderlijke verificatievergaderingen, dat zijn vergaderingen waar de juistheid van de vorderingen van crediteuren wordt onderzocht. Met uitzondering van de boedelschuldeisers[45] moeten schuldeisers hun vorderingen daartoe indienen in het faillissement van hun specifieke schuldenaar. Alleen dan kunnen zij in aanmerking komen voor een uitkering uit de opbrengst van de betrokken boedel. Dit kan problemen opleveren wanneer schuldeisers niet of moeilijk achteraf kunnen vaststellen welke van de diverse vennootschappen hun werkelijke wederpartij is. Indiening van de vordering bij de 'verkeerde' vennootschap kan dan volgen. Die verwarring is vaak het gevolg van het gebruik door de vennootschappen van (vrijwel) identieke handelsnamen of dezelfde bankrekeningen. Voor de betrokken curator(en) betekent deze verwarring bovendien een ingewikkelde voorlopige erkenningronde die veel tijd in beslag neemt en daardoor kostbaar is voor de betrokken boedels.[46]

1.1.3.2 Toedeling van vermogensbestanddelen

Daarnaast kampen curatoren regelmatig meer in het algemeen met de vraag aan wie van de failliete concernvennootschappen welke activa en passiva toebehoren. Vooral intercompany-vorderingen, bijvoorbeeld voortvloeiende uit onderlinge leveranties van goederen of diensten of uit licentie-overeenkomsten, leveren in dat verband problemen op.[47] Door de centrale leiding die over het concern wordt uitgeoefend en de interne behandeling van het concern als een eenheid worden vermogensbestanddelen wel heen en weer geschoven tussen de concernvennootschappen[48] en

---

45 Boedelschulden zijn verplichtingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een rechtsverhouding die is ontstaan door of na het uitspreken van het faillissement. Deze schulden geven een onmiddellijke aanspraak op de boedel. Zij hoeven niet te worden geverifieerd: Van der Feltz I, p. 384. Zie ook: Polak/Pannevis 2005, p. 237.

46 Dit laatste is naar aanleiding van de vraag of samengevoegde afwikkeling voordelen heeft ten opzichte van enkelvoudige afwikkeling (vraag 12) opgemerkt door een respondent die heeft gereageerd op de door mij gehouden enquête. Zie: Bijlage I.

47 11 van de 67 respondenten merken naar aanleiding van de vraag of samengevoegde afwikkeling voordelen biedt ten opzichte van enkelvoudige afwikkeling op dat door consolidatie minder/geen problemen meer bestaan bij toedeling van kosten, activa en passiva. 4 respondenten wijzen daarbij expliciet op het uitschakelen van de intercompany-problematiek. Zie: Bijlage I, vraag 12.

48 Zie bijvoorbeeld het centrale kasbeleid dat werd gevoerd in het RSV-concern, waarover: Harren & Van den Bos 1984, p. 141, 148, 154, 196-197 en 255. Vgl. verder Van Hees *TvI* 2002, p. 227; Kortmann *TvI* 2002, p. 334 en Nagelkerke *TFM* 1985/1, p. 22. En voorts: de opmerkingen van de Rabobank en de Nederlandse Middenstandsbank zoals weergegeven door Talen 1987, p. 38 en 39.

worden voor transacties met derden door de moedermaatschappij die vennootschappen naar voren geschoven die op dat moment het beste in staat zijn de tegenprestatie te leveren, dit alles zonder dat duidelijke administraties worden bijgehouden. Het uitzoeken van de eigendomsverhoudingen is dan niet mogelijk of zo tijdrovend en kostbaar dat de aangetroffen activa en passiva regelmatig volgens een betrekkelijk willekeurige maatstaf worden toebedeeld aan de diverse boedels.[49]

Het probleem van het toedelen van vermengde vermogensbestanddelen deed zich onder andere voor in het faillissement van de Infotheek-groep. In dit faillissement had de rechter-commissaris (R-C) op voordracht van de curatoren besloten tot consolidatie van de failliete boedels. Diverse crediteuren van de groep verzochten daarop de rechtbank de beschikking van de R-C dienaangaande te vernietigen. De crediteuren werden niet-ontvankelijk verklaard in dit verzoek, maar de rechtbank merkte in een overweging ten overvloede op dat ook een materiële beoordeling niet tot vernietiging van de beschikking had kunnen leiden. Zij baseerde dit oordeel op door curatoren in het achtste openbare verslag genoemde omstandigheden, waaronder het ontbreken van niet-arbitraire maatstaven voor het toewijzen van een belangrijk gedeelte van de activa.[50] In dit verslag merkten de curatoren het volgende op:

> ‘Hoewel criteria zullen zijn te vinden om tot een toedeling van het gerealiseerde actief en van de gemaakte kosten te komen, moet worden vastgesteld dat met name vanwege de rekening-courant-problematiek, maar ook door de regresproblematiek elke toedeling uiterst willekeurig zal uitwerken en derhalve niet te verantwoorden is’.[51]

In een bijlage noemden de curatoren vervolgens vijf criteria op grond waarvan de aangetroffen activa en passiva zouden kunnen worden gescheiden wanneer eigendom en bezit (bezit geldt als volkomen titel, artikel 3:119(1) BW) niet aantoonbaar zijn: naar rato van (1) omzet, (2) personeel, (3) winst, (4) verlies en (5) op

---

49 Zo wijzen twee respondenten erop dat consolidatie als voordelig gevolg heeft dat toedeling van activa en passiva op discutabele, arbitraire gronden wordt voorkomen en één respondent merkt op dat wat niet valt te scheiden als een eenheid moet worden behandeld. Thans is er vaak sprake van kunstmatige toerekening. Zie: Bijlage I, vraag 12.

50 Rb. ’s-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87 (Infotheek), overweging 3.7.

51 Achtste openbare verslag ex art. 73a Fw in het faillissement van de Infotheek Groep, d.d. 21 september 1995, p. 9. Vgl. ook Slagter *TVVS* 1986, p. 4-5. Slagter merkt op dat bij een ontvlechting toedeling van passiva vaak moeilijk zal zijn, zeker indien sprake is van centrale concernfinanciering en niet alle vennootschappen een eigen jaarrekening opmaken. Men zal dan de herkomst van alle schulden moeten analyseren mede aan de hand van een staat van herkomst en besteding van middelen, de investeringen gedurende de laatste jaren en eventuele exploitatietekorten. Biedt deze methode geen uitkomst dan blijft er weinig anders over dan hakken met de botte bijl, waarbij schulden bijvoorbeeld worden verdeeld naar rato van de omzetten, aldus Slagter.

grond van de redelijkheid en billijkheid.[52] Verdeling van de aangetroffen vermogensbestanddelen naar rato van omzet, winst, verlies of personeel is wegens het ontbreken van een deugdelijke boekhouding soms echter niet mogelijk. En is mijns inziens ook in andere gevallen dikwijls niet gerechtvaardigd. Denk aan gevallen waarin de concernleiding bij transacties steeds die vennootschap naar voren schuift die op dat moment het beste in staat is de bewuste tegenprestatie te verrichten, waardoor omzetgegevens zeer willekeurig worden. Of aan gevallen waarin personeelbv's worden gebruikt. Ook een toedeling op grond van de redelijkheid en billijkheid draagt bij het ontbreken van voornoemde gegevens al snel (een schijn van) willekeur in zich en is overigens zo afhankelijk van de omstandigheden van het geval dat toepassing van deze maatstaf zonder nadere vingerwijzing moet worden afgewezen.

De vraag naar een toedelingsmaatstaf voor gerealiseerd actief was verder aan de orde in de faillissementen van de vennootschappen behorende tot het OGEM-concern. In het verslag van 14 april 1994 in de faillissementen van de OGEM-vennootschappen maakten de curatoren melding van een schikking met het bankensyndicaat en twee andere instellingen die voorafgaande aan het faillissement omstreden zekerheden van OGEM hadden verkregen. De schikking hield in dat het actief van de OGEM-vennootschappen rechtens zou gaan toebehoren aan deze drie partijen, in ruil waarvoor zij de curatoren een schikkingsbedrag zouden betalen. Het schikkingsbedrag zou enkel ten goede komen aan andere crediteuren dan de banken en de twee zekerheidsgerechtigden. Laatstgenoemden zouden hun resterende vorderingen niet indienen in de faillissementen van de OGEM-vennootschappen. Van het schikkingsbedrag zou een deel worden gebruikt om de boedel- en preferente crediteuren te voldoen, waarna het overgebleven gedeelte over de OGEM-vennootschappen zou worden verdeeld. Over de verdelingsmaatstaf schreven curatoren in het verslag:

> 'Het systeem van verdeling van het ter beschikking gekomen bedrag over de onderscheiden OGEM-vennootschappen is bij gebreke van een adequate regeling in de Faillissementswet met in achtneming van de redelijkheid en de billijkheid en van de aan de Faillissementswet ten grondslag liggende gedachte van ponds-pondsgewijze verdeling, naar rato van het actief van iedere boedel, vastgesteld in overleg met de rechter-commissaris in de faillissementen van de OGEM-vennootschappen, die daarmede instemt'.[53]

'Naar rato van het actief van iedere boedel' lijkt zo te moeten worden opgevat dat de opbrengst van de schikking wordt verdeeld al naar gelang het actief van iedere vennootschap door de banken en de zekerheidsgerechtigden had kunnen wor-

52 Achtste openbare verslag ex art. 73a Fw in het faillissement van de Infotheek Groep, d.d. 21 september 1995, Bijlage I.

53 Verslag ex art. 73a Fw inzake het faillissement van OGEM Holding NV c.s., d.d. 14 april 1994, p. 1-2.

den uitgewonnen, welk actief op grond van de schikking aan die partijen is overgedragen.[54]

Bij het ontbreken van een specifieke leidraad in de Faillissementswetgeving en gezien de omstandigheid dat de activa en passiva in deze zaak blijkbaar niet vermengd waren, is het gebruik van deze eenvoudig toe te passen maatstaf begrijpelijk. Maar terecht merkt Winter op dat ook andere omstandigheden bij toedeling van belang zijn, zoals de mate waarin de failliete vennootschappen (hoofdelijke) schulden hadden aan de banken, de mate waarin zij van het concernkrediet hebben geprofiteerd en de eventuele regresvorderingen die de vennootschappen uit hoofde van de zekerheidsuitwinning door de banken op elkaar zouden hebben.[55] Geheel te rechtvaardigen is de gekozen maatstaf derhalve niet.

De moeilijkheid van de verdeling van schikkingsopbrengsten deed zich ook voor in het faillissement van Habo NV c.s. Deze zaak betrof vijftien failliete, verbonden vennootschappen. Bij deze vennootschappen waren ondeugdelijke administraties aangetroffen en bleken de onderlinge rekening-courant-verhoudingen niet op elkaar te zijn afgestemd.[56] De curatoren hadden namens de vijftien faillissementen een procedure gestart tegen de bestuurders en commissarissen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Deze procedure eindigde in een schikking. Daarnaast hadden de curatoren jegens de gemeente en enkele gemeentevennootschappen een actio Pauliana c.q. een onrechtmatige-daadactie ingesteld. Ook deze procedure werd met een schikking beëindigd. De curatoren konden vervolgens niet komen tot een toedeling van deze schikkingsopbrengsten aan de vijftien vennootschappen.[57] Uiteindelijk is mede vanwege deze kwestie besloten tot samengevoegde afwikkeling van de vijftien faillissementen.

Onder omstandigheden zoals die zich voordeden in de hiervoor genoemde zaken zullen alle eerder genoemde verdelingsmaatstaven iets willekeurigs in zich hebben.[58] Men kan proberen nader rekening te houden met de bijzondere omstandigheden van het geval, maar dat zal niet makkelijk en soms zelfs onuitvoerbaar zijn. Bovendien kan deze wijze van toedeling zo tijdrovend en daardoor kostbaar zijn dat de kosten de baten overstijgen. Een oplossing kan in dat geval zijn om de faillissementen samengevoegd af te wikkelen, zoals heeft plaatsgevonden bij de Infotheek Groep en Habo NV c.s. De boedels van de failliete vennootschappen worden dan samengevoegd en de opbrengst van een eventuele schikking of aansprakelijkheidsprocedure zal in deze samengevoegde boedel vloeien om verdeeld te worden onder de crediteuren van alle failliete vennootschappen.

---

54 Winter *TvI* 1995, p. 4.

55 Winter *TvI* 1995, p. 4.

56 Veertiende openbare verslag ex art. 73a Fw in het faillissement van NV Habo c.s., d.d. 15 oktober 2002, p. 5.

57 Veertiende openbare verslag ex art. 73a Fw in het faillissement van NV Habo c.s., d.d. 15 oktober 2002, p. 6.

58 Vgl. Achtste openbare verslag ex art. 73a Fw in het faillissement van de Infotheek Groep, d.d. 21 september 1995, Bijlage I.

1.1.3.3 Toedeling kosten en salaris curator

Zelfs indien verdeling van de aangetroffen activa en passiva mogelijk blijkt, doet zich vaak nog een ander probleem voor wanneer – zoals doorgaans in faillissementen van onderling gelieerde vennootschappen geschiedt – in alle faillissementen dezelfde curator(en) word(t)(en) benoemd, te weten het toerekenen van de door de curator(en) gemaakte kosten aan de diverse boedels. Deze toerekening is geenszins eenduidig.[59] Regelmatig verricht de curator die is benoemd in faillissementen van gelieerde vennootschappen handelingen waarbij een aantal of alle failliete vennootschappen zijn gebaat. Vervolgens komt dan de vraag op hoe de daarmee gepaard gaande kosten moeten worden toegerekend aan de verschillende boedels. Verschillende maatstaven worden gehanteerd, waaronder toerekening op basis van het gerealiseerd actief per vennootschap.[60] Een dergelijke toerekening is echter niet mogelijk wanneer sprake is van vermogensvermenging waardoor reeds niet kan worden vastgesteld welke activa aan welke vennootschap toebehoren.[61] In dat geval zal een andere maatstaf moeten worden gekozen. Bovendien kan na toerekening blijken dat de boedel in het betreffende faillissement negatief is, dat wil zeggen dat het actief onvoldoende is om de boedelkosten te voldoen.[62] Kunnen de boedelkosten dan (alsnog) ten laste van de andere failliete concernmaatschappijen worden gebracht? In de praktijk heeft deze kwestie zich toegespitst op de vraag of het salaris van de curator dat hem toekomt wegens de afwikkeling van het ene faillissement ten laste kan worden gebracht van het andere faillissement, wanneer blijkt dat in het eerst genoemde faillissement onvoldoende actief aanwezig is om dit salaris te voldoen.

Bij toedeling van de door de curator gemaakte kosten doen zich derhalve twee problemen voor. Ten eerste dat moet worden gezocht naar een redelijke maatstaf voor de toerekening van de gemaakte kosten. Dit probleem is vergelijkbaar met het eerder genoemde probleem dat optreedt wanneer de curator vermengde vermogens aantreft en hij zich geconfronteerd ziet met de vraag hoe de aangetroffen

---

59 Zie bijvoorbeeld de opmerking van de curatoren in het Derde openbare verslag ex art. 73a Fw in de faillissementen van KPNQwest NV c.s., d.d. 31 maart 2003 dat in overleg met de R-C moet worden bekeken hoe de boedelkosten aan de diverse failliete vennootschappen zullen worden toegedeeld (p. 3/8). Zie verder het tweede, derde, vierde, vijfde en zesde openbare verslag in de faillissementen van vennootschappen van de Landis-groep, waarin curatoren steeds weer opmerken dat nog definitieve besluiten moeten worden genomen omtrent de interne doorbelasting van boedelkosten aan de verschillende vennootschappen. En ten slotte de artikelen in het Advocatenblad van: Kaaks (*Adv.bl*. 2006, p. 717), Libosan (*Adv.bl*. 2006, p. 784) en Bouman (*Adv.bl*. 2006, p. 870).

60 Zie o.m. Negende openbare verslag ex art. 73a Fw in de faillissementen van ATAG Group NV c.s., d.d. 24 januari 2003 en Vierde openbare verslag ex art. 73a Fw in de faillissementen van KPNQwest NV c.s., d.d. 30 oktober 2003, p. 2/5.

61 Vgl. het Veertiende openbare verslag ex art. 73a Fw in het faillissement van NV Habo c.s., d.d. 15 oktober 2002 en het daarbij bijbehorende verslag van een ingeschakeld onderzoeksbureau d.d. 14 oktober 2002, p. 2.

62 Van der Schee & Knol 2006, p. 87.

vermogensbestanddelen moeten worden toebedeeld aan de diverse boedels. Daarbij zal wat als redelijk wordt ervaren door de crediteuren in de ene boedel al snel als onredelijk worden ervaren door de crediteuren in de andere boedel. Immers, hoe meer kosten worden toebedeeld aan een bepaalde boedel, hoe minder actief er uiteindelijk voor verdeling onder de crediteuren van deze boedel overblijft en vice versa.[63] De moeilijkheid van het kiezen van een redelijke verdelingsmaatstaf is hiervoor al aan de orde geweest. Ik volsta met een verwijzing daarnaar.

Een tweede probleem is: wat te doen wanneer een boedel over onvoldoende actief beschikt om de door de curator gemaakte kosten en diens salaris te betalen? De meest eenvoudige oplossing zou zijn dat het onbetaald blijven van de kosten en het salaris van de curator wordt aangemerkt als een risico van het vak. De curator blijft dan – evenals de meeste overige crediteuren in het faillissement – met een onbetaalde vordering achter. Deze oplossing ligt evenwel niet voor de hand wanneer men in de toekomst wil kunnen blijven beschikken over bekwame curatoren die zorg dragen voor een zorgvuldige afwikkeling van faillissementen. Een andere oplossing kan erin bestaan de kosten en het salaris van de curator in het ene faillissement ten laste te brengen van het faillissement van een andere, nauw verbonden vennootschap met een beter gevulde boedel.[64] Dit lijkt soms ook al te gebeuren door het toepassen van een onevenredige kostentoedeling.[65] Deze

63 NB Bevoorrechte en concurrente crediteuren ontvangen pas een uitkering wanneer er na betaling van de algemene faillissementskosten, waaronder begrepen de boedelschulden, nog iets overblijft.

64 Voorstander van deze oplossing is Van Hees, *TvI* 2002, p. 227-228 en p. 335-336. Deze oplossing wordt bovendien soms in Nieuw-Zeeland toegepast, zie *McDonald v Australian Guarantee Corporation (NZ) Ltd* [1990] 1 NZLR 227. In deze zaak verzochten de *statutory managers* van 93 leden van een concern de rechter om een opdracht te geven die inhield dat zij de kosten mochten samenvoegen die waren verbonden aan het *statutory management* (waarover meer in paragraaf 3.1.3.1) van de 93 tot het concern behorende vennootschappen. Dat wil zeggen dat de kosten van het *statutory management* zouden mogen worden verhaald op het verzameld actief van alle vennootschappen. Dit verzoek was ingegeven door het feit dat sommige van de concernvennootschappen ten gevolge van vermogensverschuivingen die tussen hen hadden plaatsgevonden niet over enige 'vrije fondsen' beschikten en andere wel. De rechter oordeelde dat het geven van een dergelijke opdracht op grond van artikel 59 CIMA 1989 onder omstandigheden in overeenstemming is met het doel van deze wet, dat kort gezegd inhoudt: een oplossing bieden in gevallen waarin ondernemingen kampen met grote en complexe (betalings) moeilijkheden die niet met behulp van enige andere wettelijke regeling kunnen worden opgelost. De rechter denkt met name aan gevallen waarin: (a) zonder een dergelijke opdracht het *statutory management* onmogelijk wordt gemaakt bij concernvennootschappen die niet over voldoende middelen beschikken en (b) het op zijn plaats moet worden geacht dat bepaalde concernvennootschappen bijdragen in de kosten van het *statutory management* bij de andere vennootschappen, gezien de voordelen die voor de eerstgenoemde vennootschappen zijn verbonden aan het *statutory management*.

65 Zie: De Haas & Kat, 'Omstreden declaratiegedrag leidt tot opstappen curatoren', *De Telegraaf* 10 augustus 2002 en Mos, 'Deken brengt omstreden curator voor de tuchtrechter', *De Telegraaf* 12 december 2002.

oplossing doet echter de vraag rijzen wat voor gronden er bestaan om enkel de curator – en niet ook de overige crediteuren in het faillissement met de negatieve boedel – een bevoorrechte positie te verschaffen.[66] Waarom mag hij voor de betaling van zijn kosten en vergoedingen handelen als was er slechts één faillissement? Een reden zou kunnen zijn dat het algemeen belang is gediend met een zorgvuldige afwikkeling van faillissementen, hetgeen inmenging van een bekwame curator vereist. Dit aangenomen, lijkt het evenwel meer gerechtvaardigd deze kosten ten laste van de algemene middelen te brengen door de Staat deze te laten voldoen.[67] Maar deze oplossing is nauwelijks haalbaar. Tegen de achtergrond dat enerzijds steeds meer ondernemingen zijn georganiseerd in de vorm van een concern, hoe groot of klein ook, en dat anderzijds het aantal faillissementen nog steeds groot is, waarbij deze veelal 'laat', dat wil zeggen wanneer er weinig meer te redden valt en vrijwel al het actief reeds is verdwenen, worden aangevraagd, lijkt deze oplossing zo kostbaar dat de kans dat de Staat daartoe besluit zeer klein moet worden geacht.[68] Een andere oplossing zal moeten worden gezocht.[69] Wanneer aan het kostenverhaal door de curator bij een gelieerde vennootschap (mede) ten grondslag wordt gelegd de omstandigheid dat het vaak op toeval berust waar zich ten tijde van de faillietverklaring van verbonden vennootschappen actief bevindt[70], is er mijns inziens veel voor te zeggen om de crediteuren van de 'arme' vennootschap op een lijn te zetten met de curator en ook hun de mogelijkheid te bieden zich te verhalen op de vermogensbestanddelen van de andere, met hun schuldenaar verbonden vennootschap. Dit kan worden bereikt door de faillissementen samengevoegd af te wikkelen. In dat geval wordt zowel de curator als de overige crediteuren van de 'arme' vennootschap de mogelijkheid geboden de genoemde toevalligheid te omzeilen, terwijl de crediteuren van de verbonden vennootschap enkel een toevallig voordeel (gedeeltelijk) weer verloren zien gaan.

Echter, ook deze oplossing kent zijn grenzen. Bepaald zal moeten worden wanneer de onderlinge verbondenheid tussen de vennootschappen zo nauw is dat een samengevoegde afwikkeling gerechtvaardigd is. Deze kwestie komt aan de orde in hoofdstuk 3 en de daarop volgende hoofdstukken.

---

66 Vgl. Kortmann *TvI* 2002, p. 334.

67 In deze zin: Kortmann *TvI* 2002, p. 333-334 en Verdaas *TvI* 2002, p. 334-335. Ook Van Hees stemt in met deze oplossing, maar hij twijfelt of zij op korte termijn ook daadwerkelijk gerealiseerd kan worden: *TvI* 2002, p. 336.

68 Vgl. Van Hees *TvI* 2002, p. 336. Gewezen zij evenwel op het voorstel van de Commissie Insolventierecht om in geval van een lege boedel de kosten van de bewindvoerder ten laste van de Staat te brengen. Zie: brief van Kortmann, voorzitter van de Commissie Insolventierecht, aan de Minister van Justitie d.d. 29 juni 2006, p. 4, <http://www.justitie.nl>, geraadpleegd 8 juli 2007.

69 Zie voor een aantal mogelijke oplossingen: Rosenberg Polak *TvI* 2006, 8, p. 40.

70 Vgl. Van Hees *TvI* 2002, p. 227 en Kortmann *TvI* 2002, p. 334.

1.2 De uitzondering: samengevoegde afwikkeling

Naar aanleiding van de in de vorige paragraaf genoemde problemen, die in de praktijk met enige regelmaat bij de afwikkeling van faillissementen van onderling in een concern verbonden vennootschappen voorkomen, worden deze faillissementen soms samengevoegd afgewikkeld als was sprake van één faillissement met één enkele boedel. Dit gebeurt met name wanneer een zodanige vermogensverstrengeling is opgetreden dat scheiding op een reële basis niet meer mogelijk is en wanneer opheffing van het faillissement plaatsvindt ex artikel 16 Fw.[71]

De mogelijkheid tot samengevoegde afwikkeling van twee of meer failliete boedels is door de Hoge Raad gesanctioneerd in HR *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*.[72] Het betrof een geval waarin de boedels van twee zustervennootschappen voorafgaande aan hun beider faillissementen door hun aandeelhouder en bestuurders feitelijk waren samengevoegd tot één unit onder centrale leiding. Ook de administraties van beide vennootschappen waren samengevoegd tot één administratie. Na faillietverklaring concludeerden de curatoren dat de samengevoegde boedels niet meer op een reële basis konden worden gescheiden. Vervolgens verzocht onder andere de moedervennootschap de R-C om de curatoren te bevelen de boedels gescheiden af te wikkelen. De R-C weigerde dit verzoek, waarna verzoeksters beroep instelden bij de rechtbank. De rechtbank oordeelde dat wanneer curatoren, zoals in het onderhavige geval, samengevoegde boedels aantreffen zij deze behoren te scheiden, tenzij een scheiding niet mogelijk is. Dit laatste deed zich hier voor, waardoor geen onderscheid mocht worden gemaakt tussen de schuldeisers van de beide vennootschappen en zij allen tot de activa van de ene boedel gerechtigd waren. In cassatie volgde de Hoge Raad in wezen deze oplossing van de rechtbank en oordeelde bovendien dat het stelsel van de Faillissementswet meebrengt dat wanneer één niet te scheiden boedel wordt aangetroffen slechts als geverifieerde vorderingen kunnen gelden vorderingen die zijn geverifieerd op een in beide faillissementen gezamenlijk gehouden verificatievergadering, waarvoor iedere bekende schuldeiser is opgeroepen en waar hij de gelegenheid heeft gehad om inlichtingen te verzoeken en de vorderingen van andere schuldeisers te betwisten, artikelen 115, 116 en 119(1) Fw. Kan de R-C in geval van betwisting de partijen niet verenigen, dan verwijst hij het geschil ter beslechting naar de rechtbank, artikel 122 Fw.[73]

---

71 Josephus Jitta 1999, p. 103. Ook een respondent noemt als omstandigheid waaronder consolidatie plaatsvindt het feit dat er sprake was van potentiële opheffers. Daarnaast noemen drie respondenten de omstandigheid dat aan concurrente crediteuren geen uitkering kan worden gedaan of enkel de fiscus en het UWV uitkering kunnen verwachten, derhalve de omstandigheid die thans tot een vereenvoudigde afwikkeling (art. 137a e.v. Fw) aanleiding geeft, maar voor de invoering van deze regeling doorgaans ook tot opheffing leidde. Zie Bijlage I, vraag 10.

72 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 m.nt. G, *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS.

73 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 m.nt. G, *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS, overweging 3.2-3.3.

Ook in de lagere rechtspraak is samengevoegde afwikkeling van failliete boedels onder omstandigheden geoorloofd geacht. Crediteuren in het faillissement van de Infotheek-groep, vertegenwoordigd door Creditheek, verzochten de rechtbank bijvoorbeeld 'de beschikkingen van de rechter-commissaris tot het ineenschuiven van alle boedels en de lijsten van crediteuren inzake de faillissementen van de vennootschappen van de Infotheek Groep te vernietigen, en, opnieuw rechtdoende, de curatoren te gelasten per failliet een lijst van crediteuren en een beschrijving van de boedel op te stellen'.[74] De rechtbank verklaarde verzoekster niet-ontvankelijk wegens het verstrijken van de appeltermijn van artikel 67 Fw, maar niet zonder voorop te stellen dat het hier een beslissing van de R-C betrof die hij bevoegd was op voordracht van de curatoren te nemen. In een overweging ten overvloede overwoog de rechtbank bovendien dat ook een materiële beoordeling van de kwestie verzoekster gezien de omstandigheden niet had kunnen baten.[75] Hiermee was de weg vrijgemaakt voor samengevoegde afwikkeling.

De sanctionering door de Hoge Raad van het samengevoegd afwikkelen van faillissementen indien sprake is van ernstige vermogensvermenging is in de literatuur met instemming ontvangen.[76] Samengevoegde afwikkeling wordt in dat geval geacht een passende, praktische oplossing te zijn.[77] Sommige auteurs pleiten zelfs voor een ruimere toepassing van dit fenomeen.[78] Ook in de praktijk wordt op dit moment dankbaar gebruik gemaakt van de mogelijkheid die de Hoge Raad in het arrest HR *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*[79] heeft geopend.

In de door mij onder de leden van Insolad verspreide enquête was de vraag opgenomen of deze leden in de praktijk al eens met geconsolideerde afwikkeling van faillissementen te maken hebben gehad.[80] 50 van de 67 respondenten (74,6%) hebben deze vraag bevestigend beantwoord, terwijl 16 respondenten (23,9%) hebben aangegeven nog nooit bij een geconsolideerd faillissement betrokken te zijn geweest.[81] De daarop volgende vraag – hoe vaak de leden bij een geconsolideerd faillissement betrokken zijn geweest[82] – hoefde logischerwijs enkel te worden beantwoord door de 50 respondenten die hadden aangegeven reeds met een geconsolideerd faillissement te maken te hebben gehad. Omdat deze 50 respon-

74 Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87, p. 593, overweging 1.1.
75 Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87, p. 593, overweging 3.3-3.5 en 3.7.
76 Van der Grinten, noot onder HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW); Van Schilfgaarde, noot onder hetzelfde arrest, in: *AA* 1988, p. 109 e.v.; Lennarts 1999, p. 241-242; Schoonbrood-Wessels *De NV* 1996, p. 47; Winter 1993, p. 1 e.v. en idem *TvI* 1995, p. 3 e.v.
77 Van der Grinten, noot onder HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW); Van Schilfgaarde, noot onder hetzelfde arrest, in: *AA* 1988, p. 109.
78 Lennarts 1999, p. 241-242; Schoonbrood-Wessels *De NV* 1996, p. 47; Winter 1993, p. 1 e.v. en idem *TvI* 1995, p. 3 e.v.
79 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 m.nt. G, *AA* 1988, nr. 2, p. 107-110, m.nt. PvS.
80 Zie: Bijlage I, vraag 2.
81 NB 1 respondent heeft deze vraag niet beantwoord.
82 Zie: Bijlage I, vraag 3.

denten niet allemaal exact hebben aangegeven hoe vaak van betrokkenheid bij een samengevoegde afwikkeling sprake was, kunnen de antwoorden op deze vraag enkel gecategoriseerd worden weergegeven: 37 respondenten hebben aangegeven tussen de 2 en 5 keer betrokken te zijn geweest bij een consolidatie; 9 respondenten zeiden tussen de 5 en de 10 keer met een consolidatie te maken te hebben gehad en 3 respondenten gaven aan meer dan 10 keer bij een consolidatie betrokken te zijn geweest.[83]

Dat de praktijk van samengevoegde afwikkeling – hoewel een uitzondering op de regel van enkelvoudige afwikkeling – steeds meer voet aan de grond krijgt, blijkt ook uit de door de leden van Insolad vastgestelde Praktijkregels voor curatoren. Regel 9.2 bepaalt: 'Een curator gaat slechts in uitzonderingsgevallen en alleen na toestemming van de rechter commissaris over tot een geconsolideerde afwikkeling van samenhangende faillissementen.' In de toelichting op deze regel wordt nogmaals benadrukt dat samengevoegde afwikkeling een uitzondering dient te zijn op de regel van enkelvoudige afwikkeling. Pas wanneer enkelvoudige afwikkeling op grote bezwaren stuit, bijvoorbeeld wanneer het vrijwel onmogelijk is om de rechten en plichten van de verschillende vennootschappen afzonderlijk vast te stellen, is plaats voor samengevoegde afwikkeling.[84] De praktijkregels zijn echter niet bindend voor de leden van Insolad, maar slechts richtinggevend. Evaluatie van hun toepassing moet uitwijzen in hoeverre de regels (zullen) worden gevolgd.[85]

Praktijkregel 9.2 vertoont overeenkomsten met richtlijnen die door een enkele rechtbank zijn opgesteld in aanvulling op de faillissementsrichtlijnen vastgesteld door het landelijk overleg van rechters-commissarissen insolventies (Recofa). In de aanvullende richtlijnen van de rechtbank Dordrecht is bijvoorbeeld bepaald dat '[g]econsolideerde afwikkeling (…) slechts met goedvinden van de rechter-commissaris, na opgaaf van redenen, (is) toegestaan'[86], en in de aanvullende richtlijnen van de rechtbank Breda dat '[g]ezamenlijke afwikkeling (…) slechts na opgaaf van redenen met goedvinden van de rechter-commissaris (is) toegestaan indien boven iedere twijfel is verheven dat er geen enkel verschil zal bestaan tussen gezamenlijke afwikkeling enerzijds en afzonderlijke afwikkeling anderzijds'.[87]

---

83 NB 1 respondent die vraag 2 bevestigend heeft beantwoord, heeft vraag 3 niet beantwoord.

84 Insolad Praktijkregels voor Curatoren, vastgesteld in een bijzondere Algemene Ledenvergadering van Insolad op 8 september 2004, <http://www.insolad.nl>, geraadpleegd op 25 januari 2006.

85 Voorwoord bij de Insolad Praktijkregels voor Curatoren, vastgesteld in een bijzondere Algemene Ledenvergadering van Insolad op 8 september 2004, <http://www.insolad.nl>, geraadpleegd op 25 januari 2006. Zie voorts: Hof Leeuwarden 26 oktober 2005, te kennen uit HR 22 juni 2007, *RvdW* 2007, 606. Het hof geeft aan dat de juridische reikwijdte van de praktijkregels onduidelijk is. De Hoge Raad stelt deze opmerking terzijde; hij gaat daar niet op in.

86 Dordtse richtlijnen in faillissementen en surseances van betaling, paragraaf 4, te raadplegen via <http://www.rechtspraak.nl>, geraadpleegd op 25 januari 2006.

87 Circulaire houdende uitwerking en aanvulling van de landelijke richtlijnen in faillissementen en surséances van betaling ten behoeve van curatoren en bewindvoerders benoemd door de rechtbank te Breda, d.d. 1 maart 2002, Hoofdstuk 10-A, nr. 3. Te raadplegen via <http://www.rechtspraak.nl>, geraadpleegd op 25 januari 2006.

Een samengevoegde afwikkeling houdt in dat de boedels van de betrokken vennootschappen voor wat betreft de afwikkeling van de faillissementen één vermogen gaan vormen. De crediteuren van deze vennootschappen kunnen, indien zij hun vordering geverifieerd zien op een in de betreffende faillissementen gezamenlijk gehouden verificatievergadering, overeenkomstig hun rang meedelen in de opbrengst van alle tot dit vermogen behorend actief. Deze gang van zaken lost de in de vorige paragraaf gesignaleerde problemen op: activa en passiva hoeven niet meer (enigszins arbitrair) te worden toebedeeld aan een bepaalde vennootschap en ook de faillissementskosten, waaronder het salaris van de curator, hoeven niet te worden toegerekend aan een bepaald faillissement, maar drukken op de samengevoegde boedel.[88] Daarnaast vervallen de tussen de vennootschappen bestaande intercompany-vorderingen en schulden, waardoor de intercompany-problematiek wordt beperkt.[89] Bovendien hoeft de curator wat betreft de daaraan ten grondslag liggende transacties geen actio Pauliana of een onrechtmatige-daadactie te starten, hetgeen een kostenbesparing kan betekenen indien dit bij afzonderlijke afwikkeling wel nodig zou zijn geweest.[90]

Samengevoegde afwikkeling lost derhalve heel wat (praktische) problemen op, maar is niet in alle opzichten een ideale vorm van afwikkeling. Een belangrijke moeilijkheid treedt op doordat bij de samengevoegde afwikkeling doorgaans vennootschappen zijn betrokken die allemaal een andere activa/passiva-verhouding hebben. Dit brengt namelijk met zich dat de crediteuren van de vennootschap met de meest gunstige activa/passiva-verhouding er door de consolidatie op achteruit gaan. Zij moeten het boedelactief van hun schuldenaar gaan delen met de crediteuren van een vennootschap met een slechtere activa/passiva-verhouding.[91] Een vergelijkbaar probleem doet zich voor met betrekking tot de aandeelhouders van de vennootschap met de meest gunstige activa/passiva-verhouding, die wellicht bij het uitblijven van consolidatie een beperkte uitkering kunnen verwachten, en die bij een samengevoegde afwikkeling deze uitkering zullen mislopen.[92] Deze problemen doen zich alleen niet voor wanneer sprake is van zeer ernstige vermogensvermenging, omdat dan niet meer kan worden vastgesteld welke vermogensbestanddelen aan welke vennootschap toebehoren waardoor evenmin de activa/passiva-verhoudingen van de vennootschappen kunnen worden vastgesteld. Of wanneer duidelijk is dat de met de samengevoegde afwikkeling gepaard gaande kostenbesparingen, die voortvloeien uit de door de samenvoeging opgetreden administratieve vereenvoudiging, de hiervoor genoemde nadelen compenseren.[93]

Een andere moeilijkheid verbonden aan samengevoegde afwikkeling is de begrenzing van de gevallen waarin samengevoegd kan worden afgewikkeld. In het

88 Vgl. Winter *TvI* 1995, p. 4.
89 Josephus Jitta 1999, p. 104-105; Winter 1993, p. 12 en idem *TvI* 1995, p. 6. Zie verder paragraaf 5.3.
90 Vgl. Winter 1993, p. 12 en idem *TvI* 1995, p. 6. Zie ook: Slagter *TVVS* 1987, p. 36.
91 Josephus Jitta 1999, p. 105 en Van Schilfgaarde 1996, p. 35.
92 Vgl. Josephus Jitta 1999, p. 109-110.
93 Josephus Jitta 1999, p. 105-106.

voorgaande kwam al naar voren dat Insolad en de rechtbank Breda van mening zijn dat samengevoegde afwikkeling enkel in uitzonderingsgevallen mogelijk moet zijn. Dan rest echter nog steeds de vraag wanneer zich een situatie voordoet die toepassing van deze uitzonderlijke afwikkelingswijze rechtvaardigt. Deze vraag was reeds aan de orde in het hiervoor genoemde arrest HR *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat de Hoge Raad samengevoegde afwikkeling aanvaardt wanneer de vermogens van de betrokken vennootschappen zodanig zijn vermengd dat zij niet meer op reële basis zijn te scheiden. Onder welke omstandigheden daarvan sprake is, werd in het arrest evenwel niet uiteengezet. Onduidelijk is bijvoorbeeld of daaronder ook kan worden begrepen het geval waarin scheiding nog wel mogelijk is, maar het daartoe benodigde onderzoek dermate veel kost dat daardoor geen uitkering meer mogelijk zal zijn aan de crediteuren van de betrokken vennootschappen.

In deze zaak was door de verzoeksters verder voorgesteld de samengevoegde activa te scheiden door een toedeling van vermogensrechten (activa) naar redelijkheid en billijkheid, indien niet met zekerheid zou kunnen worden vastgesteld welke vermogensbestanddelen aan welke vennootschap toebehoorden. Over de toepassing van dit criterium liet de Hoge Raad zich niet met zoveel woorden uit. Enkel stelde hij vast dat de rechtbank met het oordeel dat de boedels niet meer op reële basis zijn te scheiden, ook tot uitdrukking had gebracht dat toedeling op grond van redelijkheid en billijkheid onmogelijk was. Met deze overweging sluit de Hoge Raad een dergelijke toedeling niet bij voorbaat uit. Wat een toedeling naar redelijkheid en billijkheid in de praktijk inhoudt, zal afhangen van de omstandigheden van het geval, waardoor – zoals hiervoor al opgemerkt – onzekerheid en een zekere (schijn van) willekeur dreigt.[94]

Deze vragen omtrent de afbakening van de mogelijkheid tot consolidatie zijn echter niet de enige vragen die in het genoemde arrest grotendeels onbeantwoord zijn gebleven. Zo is onder meer nog niet duidelijk wie in Nederland precies bevoegd is te besluiten tot consolidatie en wat de exacte gevolgen ervan zijn. Hoe vindt bijvoorbeeld de indiening van vorderingen plaats wanneer samenvoeging pas enige tijd na de faillietverklaring van de vennootschappen plaatsvindt? En wat gebeurt er met persoonlijke zekerheden die door de diverse failliete vennootschappen zijn verstrekt voor elkaars schulden aan derden? En kan een crediteur zijn vordering op de ene concernvennootschap verrekenen met zijn schuld aan de andere concernvennootschap wanneer de faillissementen van de twee vennootschappen samengevoegd worden afgewikkeld? In de navolgende hoofdstukken wordt op deze en andere vragen een antwoord geformuleerd.

94 Vgl. ook Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87 (Infotheek), overweging 3.7 en het Achtste openbare verslag ex art. 73a Fw in het faillissement van de Infotheek Groep, d.d. 21 september 1995, Bijlage I. En verder: Van Schilfgaarde 1988 *AA*, p. 109, noot onder HR 25 september 1987 (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

Hoofdstuk 2 Nadere moeilijkheden verbonden aan enkelvoudige afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen

Inleiding

Naast de in het vorige hoofdstuk behandelde praktische bezwaren kleven er ook verschillende meer principiële bezwaren aan de enkelvoudige afwikkeling van faillissementen van onderling in een concern verbonden vennootschappen. Ten eerste de ongelijkheid tussen de crediteuren van de verschillende vennootschappen, die vooral naar voren komt wanneer bij de vennootschappen betalingsmoeilijkheden optreden. Ten tweede de omstandigheid dat veel (rechts)handelingen van een concernvennootschap in de praktijk zijn gericht op het dienen van het concernbelang. Gaat de vennootschap failliet dan staat zij echter – zoals in hoofdstuk 1 reeds is opgemerkt – weer op zichzelf. De curator loopt daardoor soms tegen de moeilijkheid aan dat een rechtshandeling van de vennootschap benadelend was voor haar crediteuren, terwijl een of meer verbonden vennootschappen en hun crediteuren bij de rechtshandeling gebaat zijn geweest. Moet de curator, en onder omstandigheden de rechtbank, met dit laatste gegeven rekening houden bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de betreffende transactie? En maakt het daarbij verschil of de faillissementen enkelvoudig of samengevoegd worden afgewikkeld?

Ten slotte de regresproblematiek. Deze problematiek kan optreden wanneer de vennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld voor elkaars schulden aan derden. Volgt vanwege een déconfiture een ontvlechting van het concern, dan blijken deze financiële kruisverbanden tot nogal wat problemen aanleiding te geven.

2.1 Ongelijkheid tussen schuldeisers

Vennootschappen die behoren tot een concern vormen doorgaans een sterke organisatorische, economische, financiële en/of personele eenheid. Deze eenheid wordt doorbroken wanneer een of meer concernvennootschappen failliet worden verklaard. De doorbreking van de eenheid werkt ook tegenover de crediteuren van de verschillende vennootschappen. Zij kunnen zich slechts verhalen op het vermogen van hun schuldenaar. Wij hebben evenwel ook gezien dat er crediteuren zijn die voorafgaande aan het faillissement in de gelegenheid zijn geweest het concern als een eenheid te benaderen. De bank is daarvan een sprekend voorbeeld. De afhankelijkheid van het concern van de kredietverlening door de bank

leidt er vaak toe dat de verschillende concernvennootschappen zich jegens de bank hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de schulden van de andere concernvennootschappen aan de bank. Vervolgens verstrekken zij naar aanleiding daarvan ook zakelijke zekerheden aan de bank.[1] Dit heeft tot gevolg dat indien een concernvennootschap failliet gaat, de bank haar vorderingen op deze vennootschap niet enkel op haar kan verhalen, maar zij bijvoorbeeld ook een andere (failliete) concernvennootschap kan aanspreken die zich voor de schulden van de failliet hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld. De bank ontsnapt daardoor aan de doorbreking van de eenheid die door het faillissement wordt veroorzaakt. De overige crediteuren die niet in staat zijn geweest om zekerheden van andere concernvennootschappen te bedingen, missen dit voordeel en kunnen zich enkel verhalen op het resterende actief van de failliet. Winter acht deze ongelijkheid tussen schuldeisers bezwaarlijk. Hij betoogt dat consolidatie aan deze ongelijkheid een einde kan maken, doordat wordt bewerkstelligd dat alle crediteuren zich op de activa in de samengevoegde boedel kunnen verhalen.[2] Deze vaststelling is juist, maar mijns inziens enkel redelijk wanneer sprake is van ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen crediteuren. Bovendien moet men zich realiseren dat consolidatie geen wondermiddel is, maar een actie met eigen voor- en nadelen. De vraag rijst aldus allereerst of andere crediteuren dan de bank werkelijk niet in staat zijn om zekerheden te bedingen, waardoor zij niet kunnen anticiperen op eventuele betalingsproblemen van hun potentiële schuldenaar. Over het antwoord op deze vraag bestaat discussie. Enerzijds wordt betoogd dat crediteuren daartoe onvoldoende in staat zijn en derhalve extra bescherming verdienen. Deze bescherming kan diverse vormen aannemen. Zij kan bestaan in het samengevoegd afwikkelen van de faillissementen van concernvennootschappen, maar vaker wordt een ruimere aansprakelijkheid van de (groot)aandeelhouder bepleit. In beginsel zijn aandeelhouders beperkt aansprakelijk, dat wil zeggen dat zij slechts gehouden zijn tot volstorting van hun aandelen en eventueel betaling van de overeengekomen agio. Zij kunnen door de vennootschap niet worden gedwongen tot een verdere bijdrage in het vermogen van de vennootschap.[3] Dit betekent dat indien een vennootschap in betalingsmoeilijkheden verkeert, de vennootschap noch haar schuldeisers zich tot de aandeelhouders kunnen wenden voor de betaling van de vorderingen van deze schuldeisers. Anderzijds wordt betoogd dat crediteuren wel degelijk in staat zijn om zekerheden tot betaling van hun vorderingen te bedingen, hetgeen extra bescherming overbodig maakt.

Extra bescherming van crediteuren wordt door diverse schrijvers afgewezen omdat vrijwillige[4] crediteuren zeer goed in staat zouden zijn hun belangen te

1 Zie: paragraaf 1.1.1.4.
2 Winter 1993, p. 7 e.v.; idem *TvI* 1995, p. 5-6.
3 Zie voor Nederland: art. 2:81/192 BW.
4 Onvrijwillige crediteuren, zoals bijvoorbeeld crediteuren die een vordering hebben op de vennootschap uit hoofde van een door de vennootschap jegens hen gepleegde onrechtmatige daad, blijven in het hierna volgende buiten beschouwing. Behandeling van hun positie gaat het bestek van dit proefschrift te buiten.

behartigen. Zij kunnen bijvoorbeeld voorafgaand aan de overeenkomst de financiële positie van de wederpartij onderzoeken, de rente op verstrekte leningen verhogen, zekerheden en garanties bedingen, etc.[5] Zelfs kleine handelscrediteuren, waarvan wordt gezegd dat zij vaak niet in staat zijn hun belangen naar behoren te behartigen[6], blijken in de praktijk daartoe wel in staat. Zij kunnen bijvoorbeeld eigendomsvoorbehouden of kortere betalingstermijnen afspreken. Daarnaast geldt dat deze handelscrediteuren vaak veel debiteuren hebben, waardoor zij hun risico kunnen spreiden. Wordt het risico echt te groot, dan kunnen ze weigeren de overeenkomst aan te gaan. Bescherming van crediteuren door middel van bijvoorbeeld verdergaande aansprakelijkheid van aandeelhouders of samengevoegde afwikkeling van faillissementen is in deze optiek overbodig.[7] Enkel wanneer de crediteuren zijn misleid, moet de daardoor ontstane schade worden vergoed.[8]

Ook wanneer crediteuren betogen dat zij niet op de hoogte waren van het door hen gelopen risico dat zich heeft verwezenlijkt, geldt volgens deze visie dat zij zich voor vergoeding van de dientengevolge geleden schade niet kunnen wenden tot de aandeelhouders of – in geval van samengevoegde afwikkeling – tot de overige failliete concernvennootschappen. Uit het feit dat de crediteuren klagen over onvoldoende inzicht blijkt namelijk dat het van te voren onderzoeken van de financiële positie van de wederpartij en het bedingen van zekerheden en garanties kostbaarder is, dan het lopen van het risico zelf. Immers, was dit niet het geval dan had men (nader) onderzoek gedaan en was men de onderhandelingen over zekerheden aangegaan. Het lopen van risico gepaard gaande met spreiding van de beleggingen over diverse debiteuren en over diverse perioden was zo bezien de goedkoopste weg.[9] Bovendien, zo wordt betoogd, zullen crediteuren vaak een verhoogd rentepercentage in rekening brengen als compensatie voor de onmogelijkheid van het verkrijgen van inzicht in de financiën van de schuldenaar.[10] Ook kunnen zij op deze en andere genoemde manieren vooraf rekening houden met het risico dat de potentiële schuldenaar na het sluiten van de transactie het risico op niet-betaling van de vordering verhoogt door zich verder in de schulden te steken.[11]

Deze visie legt aldus de nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van crediteuren. Zij zullen alvorens een overeenkomst te sluiten een risico-analyse moeten uitvoeren om aan de hand daarvan hun verdere handelen te bepalen. Dat crediteuren een eigen verantwoordelijkheid hebben, kan niet worden ontkend. Ook de Hoge Raad erkent dit. In het uit 1957 daterende *Erba*-arrest, waarin de vraag naar

5 O.a. Posner *U.Chi.L.Rev* 1976, p. 501-505 en Telfer 1998, p. 129-131. Zie ook: Easterbrook & Fishel 1998 (4e dr.), p. 50-52.

6 Vgl. o.a. Farrar *C.&S.L.J.*1998, p. 189.

7 O.a. Schwarcz *Cardozo L.Rev*. 1996, p. 663 en Telfer 1998, p. 131 (zie ook de door hem genoemde literatuur). Zie verder: Slijkhuis 1984, p. 91 en Langman 1987, p. 94.

8 In deze zin o.a. Goddard 1998, p. 24-41 en Posner *U.Chi.L.Rev.* 1976, p. 520-524.

9 Goddard 1998, p. 27.

10 Ramsay 1998, p. 256, nt. 137.

11 Posner *U.Chi. L.Rev.* 1976, p. 504-505.

aansprakelijkheid van de bank (een crediteur van de vennootschap) tegenover een andere crediteur van de vennootschap aan de orde was, overwoog de Hoge Raad:

> '(…) dat ook van een leverancier zekere diligentie verwacht mag worden bij het waken voor eigen belangen en met name van hem verlangd mag worden, indien geleverd is en de betalingsverplichting van den schuldenaar is ontstaan, terwijl blijkt dat de betaling niet vlot verloopt, dat hij niet stilzit en niet zijn risico door het doen van nieuwe leveranties nodeloos vergroot, in verband waarmede onder omstandigheden de mogelijkheid bestaat, dat de benadeling mede aan eigen schuld te wijten is';[12]

Uit latere arresten volgt dat de Hoge Raad ook in het kader van aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor de schulden van de dochter belang hecht aan mogelijke eigen schuld aan de zijde van de om schadevergoeding verzoekende crediteur.[13] Slijkhuis stemt met deze benadering in en betoogt dat een crediteur sinds het wijzen van het *Erba*-arrest ook steeds beter in staat is zijn eigen belangen te beschermen door bijvoorbeeld een eigendomsvoorbehoud of een bankgarantie te bedingen.[14] Evenzo betoogt Langman dat 'het kleine bedrijf, dat argeloos op krediet levert aan een goed ogende dochter van een krakkemikkig concern realiter niet of nauwelijks bestaat. Als een leverancier de indruk heeft dat het met een concern niet goed gaat, zorgt hij ervoor dat verdere leveringen alleen kredietverzekerd plaatsvinden'.[15]

Lijnrecht tegenover deze benadering staat de meer recente reactie van Insolad op het Discussiememorandum van de MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht. Insolad merkt op dat het bodem(voor)recht van de fiscus[16] moet worden afgeschaft of tenminste ingeperkt, ook al is het theoretisch juist dat andere schuldeisers eveneens zekerheden kunnen bedingen. In de praktijk blijkt dit namelijk vaak niet zo te zijn. Vooral kleinere schuldeisers verkeren dikwijls niet in de positie om van te voren deugdelijke zekerheden te bedingen en veel debiteuren zijn niet in staat om al hun crediteuren zekerheden te geven.[17] Meeter oordeelde eerder al in vergelijkbare zin, waar hij opmerkte dat eigenlijk alleen banken erin slagen een positie als concerncrediteur te verkrijgen, terwijl grote opdrachtgevers meestal genoegen nemen met het vragen van een garantie van de moeder of het bedingen van een *performance bond*.[18, 19]

De benadering die uitgaat van de eigen verantwoordelijkheid van crediteuren, veronderstelt dat crediteuren ook daadwerkelijk verantwoordelijkheid kúnnen

---

12 HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514.
13 Zie bijvoorbeeld: HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443, m.nt. Ma (Osby), overweging 6.
14 Slijkhuis 1984, p. 91 en vgl. Slagter *TVVS* 1983, p. 93.
15 Langman 1987, p. 94.
16 Zie: art. 21(2) en 22(3) Inv.w. 1990.
17 Reactie Insolad op Discussiememorandum MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht 2001, p. 27-28. Zie: <http://www.faillissementswet.ez.nl>, geraadpleegd 6 mei 2003.
18 Een *performance bond* is kort gezegd een nakomingsgarantie.
19 Meeter 1987, p. 125.

nemen. Terecht vloeit uit de opmerkingen van Insolad voort dat dit soms lastig zal zijn. Veel hangt namelijk af van de onderhandelingsmacht van potentiële crediteuren. Wanneer de onderhandelingsmacht vrij groot is, omdat het concern bijvoorbeeld voor de vervaardiging van zijn producten afhankelijk is van grondstoffen die enkel deze leverancier kan verschaffen, zal het bedingen van inzicht in de financiële gegevens en van zekerheden en garanties weinig problemen opleveren. Maar is de onderhandelingspositie zwak, omdat het concern kan kiezen uit diverse toeleveranciers, dan zal het bedingen van inzicht, zekerheden en garanties voor de crediteur lastiger worden. De schuldenaar zal de meeste en de meest waardevolle zekerheden verstrekken aan die crediteuren, die de voor hem meest belangrijke producten en diensten aanbieden. (Kleine) crediteuren die voor het concern minder waardevolle producten of diensten op de markt brengen, vissen aldus achter het net.[20] Deze schuldeisers gaan soms toch over tot het leveren van goederen of diensten om zo bijvoorbeeld hun afzetmarkt te bewaken in de hoop dat de vermogenspositie van de schuldenaar binnen enige tijd weer verbetert. Of omdat het aanhouden van verdere voorraden wegens gebrek aan ruimte niet meer mogelijk is. Dan moet een keuze worden gemaakt tussen het huren van extra opslagruimte of het risico op niet betaling van de vordering door de schuldenaar. Het kan dan goed zijn dat het risico dat de schuldeiser loopt bij levering voor hem minder zwaar weegt dan het maken van bijkomende kosten door het huren van extra opslagruimte. Hoewel verre van ideaal is levering in dat geval de minst nadelige van twee onvoordelige keuzemogelijkheden. Waar deze crediteur aldus bewust de transactie aangaat met de latere failliet verdient hij naar mijn mening niet de extra bescherming die kan uitgaan van een samengevoegde afwikkeling. Dit is slechts anders wanneer de vennootschap misbruik heeft gemaakt van zijn afhankelijke positie, bijvoorbeeld doordat de vennootschap wist dat de crediteur naast haar nauwelijks andere afnemers had en zij haar machtspositie heeft gebruikt om de crediteur uit te buiten of doordat de crediteur is misleid[21] omdat de vennootschap hem onvoldoende of onjuiste informatie heeft verstrekt waardoor hij heeft vertrouwd op een betere kredietwaardigheid dan werkelijk bestond. Maar zelfs indien zich zo'n situatie voordoet, is samengevoegde afwikkeling niet zonder meer op haar plaats, bekeken moet ook worden wat de gevolgen daarvan zijn voor de overige crediteuren. Worden die crediteuren benadeeld door een consolidatie, dan zal een afweging van de belangen van de verschillende crediteuren moeten volgen.[22]

Naast de genoemde moeilijkheden zien crediteuren zich geconfronteerd met het risico dat de aandeelhouder(s) van hun wederpartij (in concernverhoudingen vaak de moedervennootschap of een tussenholding), ingeval de wederpartij

20 Ik laat hier even buiten beschouwing die crediteuren waarvan de vorderingen te gering zijn om met de onderhandelingen over zekerheden gepaard gaande transactiekosten te rechtvaardigen. Deze crediteuren kiezen doorgaans namelijk bewust ervoor een (beperkt; in verband met gering transactiebedrag) risico te lopen.

21 Zie ook: Goddard 1998, p. 24-41 en Posner *U.Chi.L.Rev.* 1976, p. 520-524.

22 Zie hierover verder hoofdstuk 4 en hoofdstuk 8.

(bijna) insolvent[23] is, alles op alles zet(ten) om de vennootschap te redden. De aandeelhouders hebben immers niets meer te verliezen. De door hen geïnvesteerde gelden zijn vrijwel allemaal verdwenen en voor het overige hoeven zij vanwege de beperkte aansprakelijkheid in beginsel niets bij te dragen. Het opzetten van een reddingsoperatie klinkt wellicht positief, maar betekent vaak dat de aandeelhouders risicovolle projecten niet schuwen, juist omdat zij weinig tot niets meer te verliezen hebben.[24] Slaagt het nieuwe project, dan profiteren de aandeelhouders. Aan hen komt de winst toe. Leidt het project tot extra verliezen dan worden deze gedragen door de crediteuren, die dan een nog kleiner deel van hun vordering of zelfs helemaal niets uitbetaald krijgen.[25] Anticiperen op deze gang van zaken is lastig. Het zal in de praktijk voor crediteuren moeilijk zijn om inzicht te krijgen in de toekomstige handelswijze van de aandeelhouders en verder geldt hetzelfde als hiervoor opgemerkt: het bedingen van zekerheden, betalingsgaranties of een renteverhoging ter dekking van deze risico's is niet altijd mogelijk.

De tegenwoordig regelmatig door moedervennootschappen afgegeven 2:403-verklaringen brengen weinig verandering in deze benarde positie van handelscrediteuren. De 2:403-verklaring leidt ertoe dat crediteuren van de dochters, waarvan de vorderingen voortvloeien uit rechtshandelingen met de laatstgenoemden[26], zich tevens op de hoofdelijk aansprakelijke moedervennootschap kunnen verhalen, artikel 2:403(1)(f) BW. Jegens deze groep crediteuren is derhalve ook sprake van een zekere concernverbondenheid. Deze concernverbondenheid is echter beperkter dan de verbondenheid die doorgaans jegens banken bestaat, omdat hier

---

23 Twee definities van 'insolvent' kunnen worden onderscheiden. Allereerst kan sprake zijn van insolventie wanneer de vennootschap heeft opgehouden met het betalen van haar opeisbare schulden (*cash flow insolvency*). Dit is op dit moment de maatstaf die in Nederland wordt toegepast bij de beoordeling of een faillissement op haar plaats is, zie art. 6(3) Fw, waarover meer in paragraaf 1.1.2. Volgens de tweede definitie is een vennootschap insolvent wanneer het passief van de vennootschap haar actief overtreft (*balance sheet insolvency).* Tenzij anders aangegeven doel ik hierna op *cash flow insolvenc*y.

24 NB Voor het doorvoeren van de genoemde projecten heeft de aandeelhoudersvergadering (ava) de medewerking nodig van het bestuur. Het bestuur heeft een eigen verantwoordelijkheid en zal daarom moeten beoordelen of meewerken aan het project gezien de omstandigheden waarin de vennootschap verkeert aanvaardbaar is. Nu doet zich hier echter de moeilijkheid voor dat bestuurders geneigd kunnen zijn met de ava mee te lopen om zich aldus te verzekeren van het behoud van hun baan. Het bestuur kan immers door de ava naar huis worden gestuurd en worden vervangen door een meer volgzaam bestuur. Zie: art. 2:132/242 en 2:134/244 BW. Dit alles brengt met zich dat schuldeisers niet te veel hulp moeten verwachten van de zijde van het bestuur.

25 Dit verschijnsel is bekend onder de noemer *the problem of moral hazard*; waarover o.a. Easterbrook & Fischel 1998 (4e dr.), p. 49-50; LoPucki & Withford *U.Pa.L.Rev.* 1993, p. 683-684 en Ramsay 1998, p. 256 en 259. Interessant in dit verband is een conclusie van LoPucki & Withford. Bij een onderzoek naar 43 reorganisaties (*chapter 11*-procedures) van grote Amerikaanse vennootschappen kwamen zij tot de conclusie dat risicovolle investeringen, zoals hiervoor omschreven, niet vaak voorkomen. Het wordt schijnbaar als onbehoorlijk beschouwd om, wanneer een vennootschap in reorganisatie verkeert, zeer risicovolle projecten door te voeren: LoPucki & Withford *U.Pa.L.Rev.* 1993, p. 748-749.

26 Zie over de reikwijdte van de 403-verklaring uitgebreid Beckman 1995, p. 497 e.v.

enkel de dochter-wederpartij en haar moedermaatschappij hoofdelijk zijn verbonden en niet, zoals meestal in de verhouding met banken gebeurt, ook zustermaatschappijen hoofdelijk zijn verbonden.[27] Daar komt bij dat de waarde van de aansprakelijkheidsverklaring van de moedervennootschap zal afnemen naarmate zij zich voor meer dochters ex artikel 2:403 BW aansprakelijk stelt.[28] Bovendien biedt deze persoonlijke zekerheid wanneer het slecht gaat met de onderneming minder zekerheid dan een zakelijke zekerheid, zoals bijvoorbeeld een pandrecht op roerende zaken. Waar de pandhouder zich rechtstreeks op het verpande goed kan verhalen, kampt de schuldeiser van hoofdelijk verbonden schuldenaren met het probleem dat indien zijn wederpartij niet kan nakomen dit vaak gevolgen zal hebben voor zijn verhaalspositie ten opzichte van de moedermaatschappij. Indien de moedermaatschappij een houdstermaatschappij is, is de waarde van haar actief (de aandelen in de dochters) immers afhankelijk van de toestand waarin de dochters verkeren. Gaat het slecht met de dochters dan heeft dit een negatief effect op de waarde van het actief van de moeder, de waarde daarvan zal dalen. Het feit dat de crediteuren van de dochters zich ingevolge de 2:403-verklaring op de moedervennootschap mogen verhalen, is dan van weinig waarde.[29] Zeker wanneer wordt bedacht dat de aandelen van de moeder in de dochters in het kader van de geconsolideerde concernfinanciering regelmatig aan de bank in pand zijn gegeven. Ten slotte zijn enkel de crediteuren van de dochters bij de 2:403-verklaring gebaat. De crediteuren van de moedermaatschappij moeten met lede ogen aanzien dat hun verhaalspositie wordt afgezwakt, terwijl zij vaak niet in een positie verkeren dat zij een mede-schuldenaar hebben gevonden in een dochtermaatschappij.[30] Van gelijkheid tussen vrijwillige crediteuren kan ook dan moeilijk worden gesproken.

Onder omstandigheden is de mogelijkheid voor de crediteur om zekerheden te verwerven in de praktijk dus beperkt. Ook risicospreiding is daardoor in de praktijk minder eenvoudig dan in theorie. Desalniettemin ben ik van mening dat crediteuren die desondanks met de vennootschap in zee gaan niet de extra bescherming verdienen die kan uitgaan van samengevoegde afwikkeling, wederom tenzij zij door de vennootschap zijn misleid of de vennootschap misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie. En zelfs in dat geval is terughoudendheid geboden, omdat samengevoegde afwikkeling geen panacee kan worden genoemd. Ook samengevoegde afwikkeling kent haar bezwaren. Daaraan kan niet afdoen het argument van Winter dat samengevoegde afwikkeling in geval van ongelijkheid tussen crediteuren op haar plaats is mede omdat doorbreking van de eenheid ten opzichte van de bank door toepassing van bijvoorbeeld een actio Pauliana ex artikel 42 Fw vaak niet mogelijk is.[31] De voorwaarden voor het inroepen van een

27 Zij het, dat van indirecte verbondenheid soms sprake kan zijn, wanneer de moedermaatschappij een zero-balance-systeem heeft opgelegd, waardoor zij in beginsel over de liquide middelen van de dochters kan beschikken.

28 Beckman 1995, p. 8 en 682.

29 Beckman 1995, p. 684.

30 Beckman 1995, p. 9, 683 en 685-686.

31 Winter 1993, p. 7 en idem *TvI* 1995, p. 5-6.

actio Pauliana zouden dikwijls niet zijn vervuld en de bewijslast blijkt regelmatig zwaar op de curator te drukken.[32] Aldus betoogt Winter dat het lastig is om de ongelijkheid tussen de schuldeisers op te heffen door de bank in een positie te brengen die meer vergelijkbaar is met die van de overige crediteuren. In dit verband merk ik op dat de omstandigheid dat de voorwaarden voor een bepaalde actie niet zijn vervuld, niet zonder meer het grijpen naar een andere actie rechtvaardigt. De wetgever heeft deze voorwaarden met zorg gekozen en zij mogen niet zomaar worden omzeild. Waar een versoepeling wegens veranderende omstandigheden op haar plaats is, moet deze in beginsel door de wetgever worden doorgevoerd. De wetgever heeft naar aanleiding van de opkomst van het verschijnsel concerns ook daadwerkelijk reeds een versoepeling aangebracht in de toepassing van de actio Pauliana. Met de op 1 januari 1987 in werking getreden Derde Misbruikwet[33] heeft de wetgever de bewijslast omgekeerd ten aanzien van de wetenschap van de benadeling bij de schuldenaar en zijn wederpartij wanneer bepaalde concernverhoudingen zich voordoen en de rechtshandeling is verricht binnen één jaar voor de faillietverklaring, zie artikel 43(1)(5º) en (6º) Fw. Toegegeven moet wel worden dat de Hoge Raad geneigd lijkt tot een beperkte interpretatie van artikel 43 Fw.[34] Voorts wordt artikel 47 Fw, dat aantasting van verplicht verrichte rechtshandelingen met behulp van de actio Pauliana mogelijk maakt, door ons hoogste rechtscollege over het algemeen restrictief uitgelegd, waardoor de curator soms toch nog voor bewijsproblemen wordt geplaatst.[35, 36]

Een beter argument voor samengevoegde afwikkeling dan de soms lastige toepasbaarheid van de actio Pauliana is naar mijn oordeel evenwel dat toepassing van de actio Pauliana geen effectief einde maakt aan de doorbreking van de een-

32 Winter 1993, p. 7 en idem *TvI* 1995, p. 5-6. Zie over de moeilijke toepasbaarheid van de actio Pauliana ook paragraaf 2.2.

33 Ook bekend onder de naam 'Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van Faillissement' of kortweg 'WBF', d.d. 16 mei 1986, *Stb.* 1986, 275.

34 HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 192, m.nt. PvS (Scholten q.q./Van Zwol Wijntjes) aangaande een beperkte interpretatie van art. 43(1)(2º) Fw. Van Schilfgaarde vreest in zijn noot onder dit arrest voor een verdere beperkte interpretatie van art. 43 Fw. Van Koppen (*TvI* 2000, p. 195) acht dit onwaarschijnlijk en verwacht dat de Hoge Raad art. 43(1)(3º)-(6º) Fw ruimer zal uitleggen dan art. 43(1)(2º) Fw, mocht hij daartoe in de gelegenheid worden gesteld.

35 Zie: HR 22 maart 1991, *NJ* 1992, 214, m.nt. PvS (Loeffen q.q./Mees en Hope II); HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 628, m.nt. PvS (Gispen q.q./IFN); HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 611, m.nt. Kortmann (Verkerk/Tiethoff q.q.) en HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578, m.nt. PvS (Van Dooren q.q./ABN AMRO). Maar zie voor een recente minder strikte interpretatie van art. 47 Fw: HR 7 maart 2003, *JOR* 2003, 102 (Cikam/Siemon q.q.).

36 De vraag naar de wenselijkheid van een ruimere faillissementspauliana laat ik hier verder buiten beschouwing. Instemmend met de jurisprudentie van de Hoge Raad o.a. Van Koppen *TvI* 2000, p. 190 e.v. Pleitend voor een ruimere Pauliana o.m. Kortmann & Faber *TvI* 1996, p. 126 en Vriesendorp 1996, p. 65 e.v.; idem *TvI* 1999 (II), p. 172 e.v. Zie voorts de Commissie Insolventierecht die voorstelt om ruimere gronden voor vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen op te nemen in de nieuwe faillissementswet, dan thans zijn opgenomen in art. 47 Fw. Zie: brief van Kortmann, voorzitter van de Commissie Insolventierecht, aan de Minister van Justitie d.d. 29 juni 2006, p. 5, <http://www.justitie.nl>, geraadpleegd 8 juli 2007.

heid die het gevolg is van de faillietverklaring van een of meer concernvennootschappen en die de ongelijkheid tussen de schuldeisers op de voorgrond doet treden. Hetzelfde geldt voor de andere, hiervoor genoemde vorm van extra bescherming: het scheppen van een mogelijkheid tot verdergaande aansprakelijkheid van de (groot)aandeelhouder. Door een actio Pauliana of een aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij wordt de eenheid die het concern voor de faillietverklaring van een of meer concernvennootschappen was namelijk niet hersteld. De actio Pauliana of een aansprakelijkstelling benadrukt veeleer dat het hier gaat om aparte rechtssubjecten met eigen rechten en plichten, en een eigen vermogen. Feitelijk wordt slechts een beperkt resultaat verkregen, vergelijkbaar met het hiervóór weergegeven resultaat dat optreedt indien een 2:403-verklaring is afgegeven. Desalniettemin zou ik niet willen aannemen dat samengevoegde afwikkeling zonder meer het geëigende middel is om het probleem van de ongelijkheid tussen crediteuren op te lossen. Samengevoegde afwikkeling kent haar eigen moeilijkheden. Wanneer bijvoorbeeld de activa/passiva-verhouding van de moeder gunstiger is dan die van de dochter zullen de crediteuren van de moeder door een samengevoegde afwikkeling van hun beider faillissementen zeer waarschijnlijk erop achteruit gaan. Dit is slechts anders wanneer de met een samengevoegde afwikkeling gepaard gaande kostenbesparingen deze nadelige effecten teniet doen.[37] Bovendien moet ervoor worden gewaakt dat op lichtvaardige gronden afbreuk wordt gedaan aan de vele voordelen die kleven aan het onderbrengen van een onderneming in een concernstructuur in plaats van in één vennootschap, zoals het bevorderen van de ondernemingszin en de innovatie. Deze moeilijkheden en andere in de volgende hoofdstukken te bespreken nadelige gevolgen die voor sommige betrokkenen zijn verbonden aan samengevoegde afwikkeling eisen dat samengevoegde afwikkeling afhankelijk wordt gesteld van nadere voorwaarden.

2.2 Beoordeling toelaatbaarheid van benadelende transacties

Aan de vooravond van een faillissement worden door de schuldenaar soms transacties met derden verricht die leiden tot benadeling van zijn crediteuren, bijvoorbeeld het aan de financier verstrekken van aanvullende zekerheden of leveranties aan verbonden vennootschappen waarbij de koopprijs niet volgens het *at arm's length*-principe is vastgesteld. Indien de schuldenaar wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling de overige crediteuren zou benadelen en hij haar onverplicht heeft verricht, kan de curator in het latere faillissement de rechtshandeling vernietigen, artikel 42(1) Fw (de faillissementspauliana). Heeft de debiteur een rechtshandeling om baat verricht, dan is vernietiging slechts mogelijk indien de wederpartij van de schuldenaar eveneens wist of behoorde te weten dat de overige crediteuren zouden worden benadeeld, artikel 42(2) Fw.

37 Josephus Jitta 1999, p. 105-106.

Daarnaast biedt artikel 47 Fw een beperkte mogelijkheid om een voldoening van opeisbare schulden te vernietigen. Vereist is dat degene die de betaling ontving wist dat het faillissement van zijn schuldenaar reeds was aangevraagd of dat de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser dat ten doel had deze schuldeiser te begunstigen boven andere crediteuren van de schuldenaar. Het instellen van een actio Pauliana kan verschillende moeilijkheden met zich brengen wanneer bij de te vernietigen rechtshandeling een of meer concernvennootschappen waren betrokken.

2.2.1 Saldobenadering

Allereerst wreekt zich ook hier het feit dat faillietverklaring van een concernvennootschap de concerneenheid doorbreekt. Voorafgaand aan het faillissement vinden rechtshandelingen meestal plaats met het oog op de waarde ervan voor het gehele concern. Faillietverklaring van een concernvennootschap heeft echter tot gevolg dat zij wordt losgemaakt uit die eenheid. Vanaf de faillietverklaring staan de vennootschap en haar vermogen op zichzelf. Dit had in het verleden vrijwel steeds tot gevolg dat de toelaatbaarheid van eerder door haar verrichte rechtshandelingen enkel werd bezien in het licht van de gevolgen van de rechtshandeling voor haar crediteuren. Eventuele voordelen voor (crediteuren van) andere concernvennootschappen die mogelijk (mede) de aanleiding waren geweest tot het aangaan van de rechtshandeling bleven buiten beeld. Tegen de achtergrond van de eenheid waarbinnen de failliete vennootschap voorheen functioneerde, lijkt deze aanpak enigszins kunstmatig.[38] Het hof Arnhem kwam in de zaak *Heineken Nederland B.V./Mrs. Telders en Welmerink q.q.*[39] dan ook tot de slotsom dat voor de beoordeling van het benadelingsvereiste van artikel 42 Fw bij concernfinanciering maatgevend moet zijn of het concern in zijn geheel door die financiering is gebaat.[40] De feiten in deze zaak waren als volgt: In het kader van een herfinanciering was tussen Heineken enerzijds en J.C. van der Heijden, Ontspanningscentrum De Ploeg B.V. (De Ploeg) en drie andere vennootschappen anderzijds een overeenkomst van geldlening gesloten voor een bedrag van fl. 327.500,-. J.C. van der Heijden en de vier vennootschappen stelden zich hoofdelijk aansprakelijk voor terugbetaling van de lening. Daarnaast had De Ploeg haar bedrijfsinventaris in bezitloos pand gegeven aan Heineken. Op 30 november 1994 werd De Ploeg failliet verklaard. Bij buitengerechtelijke verklaring riepen de curatoren op grond van artikel 42 en 43 Fw de vernietiging in van de verpanding van de bedrijfsinventaris door de Ploeg, alsook van de overeenkomst van geldlening. Intussen verkochten de curatoren het bedrijfspand, inclusief de zich daarin bevindende bedrijfsinventaris. Heineken dagvaardde de curatoren vervolgens in kort

38 Winter 1993, p. 6; idem *TvI* 1995, p. 5.

39 Hof Arnhem 19 december 1995, *NJ* 1996, 307; m.nt. Winter *TvI* 1996, p. 109 (Heineken/Mrs. Telders en Welmerink q.q.).

40 Hof Arnhem 19 december 1995, *NJ* 1996, 307; m.nt. Winter *TvI* 1996, p. 109 (Heineken/Mrs. Telders en Welmerink q.q.), overweging 12.

geding en vroeg om aan de curatoren een verbod op te leggen om zonder toestemming van Heineken enige daad van beheer of beschikking te verrichten ten aanzien van de bedrijfsinventaris waarop Heineken een pandrecht stelde te hebben. De president van de rechtbank wees deze vordering af, omdat voorshands niet kon worden gezegd dat het beroep van de curatoren op de Pauliana geen kans van slagen had. Heineken ging daarop in hoger beroep. Het hof wees het beroep van de curatoren op de actio Pauliana af. Ten aanzien van het door artikel 42 Fw gestelde vereiste van benadeling van schuldeisers overwoog het hof als volgt:

> 'Gelet op deze wijze van herfinanciering van het concern is het niet juist om, zoals de curatoren doen, de positie van De Ploeg afzonderlijk te bezien en te volstaan met de vaststelling dat De Ploeg niet of nauwelijks door de geldleenovereenkomst is gebaat, omdat kennelijk aan het concern geleend geld niet (zichtbaar) in de kas van De Ploeg is gevloeid terwijl De Ploeg zich wel hoofdelijk verbonden heeft voor het gehele bedrag van de geldleenovereenkomst van *f* 327 500 en bovendien haar gehele inventaris aan Heineken in bezitloos pand heeft gegeven.
> In dergelijke gevallen van concern-financiering, die in het belang van het gehele concern wordt verstrekt, zodat in beginsel het concernbelang dient te prevaleren boven het individuele belang van afzonderlijke concern-onderdelen, is het gebruikelijk dat hoofdelijke aansprakelijkheid van alle concern-onderdelen wordt bedongen alsmede zekerheidstelling. Dit is niet onredelijk, ook niet ten opzichte van de crediteuren van de betrokken concern-onderdelen, tenzij de belangen van het betrokken concern-onderdeel zozeer in het gedrang komen dat de continuïteit ervan wordt bedreigd, bijvoorbeeld omdat de financiële situatie van andere concern-onderdelen aanleiding geeft ernstig te vrezen voor een deconfiture. Alsdan zal spoedig sprake zijn van benadeling van de schuldeisers van het betrokken concern-onderdeel. Echter, in het onderhavige geval heeft naar het voorlopig oordeel van het hof de herfinanciering door Heineken de financiële basis van het concern structureel verbeterd, (…).'[41]

Het hof oordeelde vervolgens dat niet aannemelijk was geworden dat de schuldeisers van De Ploeg waren benadeeld. Mijns inziens is door een aantal auteurs terecht betoogd dat het hiervoor weergegeven betoog van het hof niet van belang is voor de vraag of schuldeisers zijn benadeeld. Dat sprake was van benadeling is duidelijk: zonder de zekerheidverschaffing zouden de vermogensbestanddelen van De Ploeg immers tot zekerheid van alle crediteuren van De Ploeg hebben gestrekt, zodat hun verhaalsmogelijkheden groter zouden zijn geweest. Of door de zekerheidverschaffing de continuïteit van De Ploeg in gevaar kwam en er een déconfiture dreigde, is pas van belang bij de vraag of wetenschap van benadeling bestond. Die vraag onderzoekt per slot van rekening de voorzienbaarheid van een

41 Hof Arnhem 19 december 1995, *NJ* 1996, 307; m.nt. Winter *TvI* 1996, p. 109 (Heineken/Mrs. Telders en Welmerink q.q.), overweging 12. In vergelijkbare zin: Rb. Middelburg 13 januari 1999, *JOR* 1999, 99.

benadeling, welke mede wordt beïnvloed door de omstandigheid dat de rechtshandeling een déconfiture in de hand werkt. Evenzo is de omstandigheid dat de overeenkomst tot geldlening in het belang van het concern is aangegaan en het concern als zodanig daardoor is gebaat slechts van belang voor de vraag naar de wetenschap van de benadeling van schuldeisers en niet voor de vraag naar de benadeling van de schuldeisers. Bij de beoordeling van de benadeling van schuldeisers is enkel van belang of de uit de overeenkomst voortvloeiende tegenprestaties direct toekomen aan de schuldenaar, in casu De Ploeg. Tegenprestaties die aan andere, met hem in het concern verbonden vennootschappen toekomen, kunnen slechts tot indirect voordeel bij de schuldenaar leiden doordat hun voortbestaan de continuïteit van de schuldenaar beter waarborgt, waardoor een déconfiture minder snel te verwachten is en wetenschap van benadeling twijfelachtig wordt.[42] Bovendien strookt de concern- of saldobenadering van het hof Arnhem niet met het uitgangspunt van het thans geldende faillissementsrecht dat een faillissement van een concernvennootschap er in beginsel nog steeds toe leidt dat zij uit het concern wordt gelicht. De vennootschap en haar vermogen staan weer op zichzelf. Haar vermogen wordt als een afzonderlijke boedel afgewikkeld. Een geconsolideerde, op het concern als geheel gerichte aanpak bij de toepassing van de actio Pauliana door bij de beoordeling van de benadeling van de crediteuren van de failliete vennootschap tevens te kijken naar de voordelen voor crediteuren van verbonden vennootschappen, druist in tegen dit principe.[43] Voorts wordt in artikel 42(1) Fw gesproken over benadeling van *de* schuldeisers, waarmee de wetgever in 1893 moet worden geacht te hebben gedoeld op de schuldeisers van de gefailleerde. Uit de wetsgeschiedenis volgt niet iets anders.[44]

Overigens bestaat over de toepassing van een saldobenadering bij de beoordeling van het benadelingvereiste reeds lange tijd enige onduidelijkheid. In de literatuur is wel opgemerkt dat de Hoge Raad in HR *Eneca/BACM*[45] een saldobenadering heeft geïntroduceerd.[46] In deze zaak was de uitleg van artikel 38 van het Curaçaosch Faillissementsbesluit (vergelijk artikel 42 Fw) aan de orde. Het betrof een fiduciaire eigendomsoverdracht van goederen door de schuldenaar aan een derde die op zichzelf benadelend was voor zijn schuldeisers. De overdracht was evenwel een noodzakelijke voorwaarde voor een indirect gevolg, namelijk dat de

42 Kortmann & Van Hees *NJB* 1996, p. 1326 en Winter, noot onder het arrest, *TvI* 1996, p. 110. Anders: Bartman (*TvI* 1997, p. 88-89), die instemt met de benadering van het hof Arnhem, omdat zij aansluit bij het in de jurisprudentie en de literatuur steeds vaker gehouden betoog dat in de afweging van een dochterbestuur het belang van het concern, behoudens de continuïteit van de dochter en/of aantasting van rechten van derden, een belangrijke plaats moet innemen. Het kan volgens hem niet anders dan dat dit ook moet gelden wanneer handelingen van het dochterbestuur in faillissementssituaties worden getoetst. Zie ook zijn noot onder HR 18 april 2003, *JOR* 2003, 160 (Van de Wetering BV), nr. 7-9. Deze visie van Bartman wordt positief benaderd door Olaerts *TvOB* 2004, p. 77.

43 Eveneens negatief over een geconsolideerde beoordeling van het benadelingsvereiste is Van den Ingh *OR* 2005, p. 319, nt. 8.

44 Vgl. Van der Feltz I, p. 432-458.

45 HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617.

wederpartij van de schuldenaar nog voor de faillietverklaring van de schuldenaar een aantal van diens crediteuren voldeed. De Hoge Raad oordeelde:

> 'dat wanneer het verrichten van een handeling door de schuldenaar een noodzakelijke voorwaarde is voor een gedraging van degene met wie of te wiens behoeve de handeling werd verricht, de voor andere schuldeisers gunstige gevolgen van die gedraging van de wederpartij van de schuldenaar niet buiten beschouwing gelaten mogen worden bij de beantwoording van de vraag of zij door de handeling van de schuldenaar benadeeld zijn';[47]

Of de Hoge Raad met deze overweging daadwerkelijk een saldobenadering wenste te introduceren, kan worden betwijfeld. De genoemde overweging van de Hoge Raad maakte onderdeel uit van de bespreking van het derde cassatiemiddel dat betrekking had op het vereiste van wetenschap van benadeling bij de schuldenaar. Hieruit is mijns inziens terecht afgeleid dat de 'gunstige gevolgen' waarover de Hoge Raad sprak niet zozeer betrekking hadden op de vraag naar de benadeling van de crediteuren van de schuldenaar, maar op de verwachting dat die benadeling mogelijk werd ongedaan gemaakt door de gunstige gevolgen van de gewraakte rechtshandeling, waardoor wetenschap van benadeling twijfelachtig werd.[48] Natuurlijk moet bij de vraag of sprake is van benadeling van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden rekening worden gehouden met de gevolgen van de gewraakte rechtshandeling, maar met Winter ben ik het eens dat dit slechts de directe gevolgen van de handeling mogen zijn. Denk daarbij aan de betaling van de koopprijs bij de verkoop van een goed door de schuldenaar.[49] Indirecte gevolgen zijn vaak lastig kwantificeerbaar waardoor zij moeilijk kunnen worden afgezet tegen het geleden nadeel. Bovendien is onduidelijk hoe sterk het causaal verband moet zijn tussen de gewraakte handeling en het indirecte gevolg.[50] Met indirecte gevolgen kan beter rekening worden gehouden bij de beantwoording van de vraag of partijen wisten of behoorden te weten dat door de rechtshandeling schuldeisers zouden worden benadeeld. Dit vereiste verleent de rechter reeds een marge daar waar hij moet beoordelen of de partijen gezien de omstandigheden behoorden te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn van de rechtshandeling.[51]

---

46 Zie o.m. Van Koppen *TvI* 1999, p. 22; idem, noot onder HR 8 juli 2005 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II), *TvI* 2005, 43, p. 195-199; Van Moorsel *WPNR* 2002, p. 741-747; Wessels 2007, p. 68-69, nr. 3101 en 3102, en Van Schaik 1983, p. 80.

47 HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617 (Eneca/BACM).

48 Frieling, noot onder Hof Arnhem 23 juli 2002 en 16 december 2003, *TvI* 2004, 41, p. 177; Polak *WPNR* 1978, p. 485-489 en Winter 1992, p. 244-245.

49 Winter 1992, p. 244-246. Zie ook: Bakkerus 2000, p. 170-171, die betoogt dat slechts rekening mag worden gehouden met de door partijen of door de wet aan de handeling verbonden rechtsgevolgen.

50 Over de mate van causaliteit tussen de gewraakte rechtshandeling en de benadeling die daarvan het gevolg zou zijn bestaat in de literatuur discussie. Een kort overzicht dienaangaande geeft Wessels (2007, p. 34, nr. 3056).

51 Winter 1992, p. 245-246. Vgl. ook Wessels 2007, p. 35, nr. 3056.

Dit alles geldt naar mijn oordeel in versterkte mate wanneer de faillissementen van een aantal concernvennootschappen samengevoegd worden afgewikkeld. Neem het volgende voorbeeld: voorafgaande aan haar faillissement verkoopt concernvennootschap A op aandringen van de concernleiding aan een derde goederen tegen een veel lagere prijs dan zij gewoon is goederen aan derden te verkopen (10.000 Euro minder dan de werkelijke waarde), omdat snel een einde moet worden gemaakt aan de cash-flowproblemen waarmee het concern kampt. Normaliter zou de vennootschap haar goederen opslaan en niet dumpen op de markt. Het concern als zodanig is bij deze handelswijze gebaat, omdat via het systeem van centraal cash-management de betaalde koopprijs daar kan worden aangewend waar deze het meest nodig is. Stel, het geld is ter beschikking gekomen van vennootschap B die daardoor een belangrijke order heeft kunnen voltooien, waardoor deze vennootschap 250.000 Euro heeft omgezet, waarvan 75.000 Euro winst. Per saldo is het concern er dan (75.000–10.000 =) 65.000 Euro op vooruit gegaan. De crediteuren van vennootschap A, die de goederen voor een te lage prijs heeft verkocht, delen mee in die winst wanneer samengevoegde afwikkeling plaatsvindt van de faillissementen van A en B. Om dan te spreken over een benadeling lijkt vreemd. Maar iedere medaille heeft twee kanten: het directe gevolg van de verkoop, dat is de ontvangst door A van een te lage prijs, brengt door de consolidatie schade toe aan zowel de crediteuren van A als die van de verbonden vennootschap B. Zouden de goederen tegen hun normale marktwaarde zijn verkocht, dan zouden zij zich – door de samengevoegde afwikkeling – hebben kunnen verhalen op 10.000 Euro meer dan thans het geval is. Bovendien komt de vraag op hoe moet worden geoordeeld als de winst meteen weer is verdwenen in een bodemloze put van niets opbrengende investeringen. Dan kan toch niet meer worden betoogd dat per saldo geen sprake is van benadeling? Of mag men zo ver niet gaan en moet men alleen maar kijken naar wat *in eerste instantie* met het verkregen geld is gedaan? De saldobenadering, zoals het hof Arnhem die voorstelt zet bij nadere bestudering geen zoden aan de dijk. Onduidelijk is welke voordelen mogen worden afgezet tegen het geleden nadeel en hoever men mag doorgaan met het zoeken naar voordelen. Toepassing van de saldobenadering kan daardoor tot willekeurige uitkomsten leiden.[52]

---

52 Opmerkelijk is dat zelfs in de Verenigde Staten, waar ten aanzien van de zogenaamde *preference*-actie (11 U.S.C. § 547) een saldobenadering is opgenomen in de Bankruptcy Code (BC), men huiverig is voor een geconsolideerde saldobenadering. Een *preference*-actie kan kort samengevat worden ingesteld wanneer een crediteur in de periode van 90 dagen voorafgaande aan het faillissement door de schuldenaar wordt betaald, terwijl de schuldenaar op dat moment reeds insolvent is en de crediteur door deze betaling wordt bevoordeeld ten opzichte van de andere crediteuren van de schuldenaar. De crediteur van de schuldenaar kan onder omstandigheden ter verdediging een beroep doen op de zogenaamde *new value defense*, 11 U.S.C. § 547(c)(4). Dit is kort gezegd de mogelijkheid voor de crediteur om nieuwe waarde die hij de schuldenaar heeft doen toekomen na de handeling van de schuldenaar die voor hem een *preference* (voordeel) inhield, in verrekening te brengen met dit eerder genoten voordeel. Zie voor de definitie van *new value*: 11 U.S.C. § 547(a)(2). In twee zaken is aan de orde geweest of een crediteur van een vennootschap waarvan het faillissement samengevoegd wordt →

Verder geldt ook wanneer een samengevoegde afwikkeling plaatsvindt dat de omstandigheid dat het concern per saldo bij de transactie gebaat zal zijn, wel van belang kan zijn bij de vraag naar de wetenschap van de benadeling. De omstandigheid dat het concern baat heeft bij de transactie waardoor zijn voortbestaan en dus dat van de schuldenaar minder in gevaar komt, kan – zoals hiervoor opgemerkt – twijfel zaaien omtrent wetenschap van benadeling bij het bestuur van de schuldenaar. Het rekening houden met het effect van een bepaalde rechtshande-

---

afgewikkeld met dat van verbonden vennootschappen, de nieuwe waarde die hij heeft doen toekomen aan deze vennootschappen, mag verrekenen met het voordeel dat hij heeft genoten van zijn handelen met de eerst genoemde vennootschap. In *In re Schwinn Bicycle Co.* (205 B.R. 557, 570-572 (Bankr. N.D. Ill. 1997)) werd deze vraag ontkennend beantwoord. De *Bankruptcy Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division* motiveerde zijn beslissing door te wijzen op de omstandigheid dat de crediteur niet met de vennootschappen had gehandeld als waren zij een eenheid. De crediteur had in het verleden steeds transacties afgesloten met de afzonderlijke vennootschappen. Bovendien, zo merkte de *Bankruptcy Court* op, zou het toestaan van de voornoemde verrekening niet stroken met het beginsel van beperkte aansprakelijkheid. Voor toepassing van een saldobenadering zou vereist zijn dat alle vennootschappen aansprakelijk waren voor elkaars schulden, waardoor de nieuwe waarde die de wederpartij had verstrekt aan één van de vennootschappen in feite ten goede zou zijn gekomen aan alle vennootschappen en hun crediteuren.

Dezelfde kwestie was aan de orde in *In re Century Electronics Manufacturing Inc.* (310 B.R. 485, 492-493 (Bankr. D. Mass. 2004)). Vreemd genoeg stelde de *Bankruptcy Court* in deze zaak daarbij de vraag naar de terugwerkende kracht van een consolidatiebeslissing centraal. Door sommige *Bankruptcy Courts* wordt in de Verenigde Staten onder omstandigheden terugwerkende kracht toegekend aan een consolidatiebeslissing, hetgeen betekent dat de dag dat de eerste vennootschap haar faillietverklaring heeft verzocht (de *petition date*) voor de berekening van de zogenaamde *preference period* van 90 dagen gaat gelden als *petition date* voor beide vennootschappen. De crediteur die in deze zaak nieuwe waarde had doen toekomen aan een van de in reorganisatie verkerende vennootschappen, betoogde nu dat hij deze nieuwe waarde mocht verrekenen met het voordeel dat hij eerder van een andere vennootschap had verkregen. Hij betoogde dat door de consolidatie de vennootschappen voor de toepassing van de *preference*-actie als een eenheid moesten worden beschouwd. De trustee verzette zich hier tegen: Instemming met het betoog van de crediteur zou betekenen dat terugwerkende kracht aan de consolidatie zou worden verleend, hetgeen niet zou volgen uit de beslissing tot homologatie van het akkoord waarin de beslissing tot consolidatie was opgenomen. De *Bankruptcy Court* vatte de kwestie aldus samen dat was verzocht 'that the Confirmation Order must be given retroactive effect that extends back to at least 90 days before the Petition Date.' (NB Dit is vreemd. Bij mijn weten is niet eerder verzocht om terugwerkende kracht tot vóór de *petition date*, hetgeen ook niet goed mogelijk lijkt omdat er dan geen insolventieprocedures te consolideren zijn!). De *Bankruptcy Court* wees dit verzoek af, omdat niet kan worden gezegd dat aan consolidatiebeslissingen steeds terugwerkende kracht moet worden toegekend. In casu had de consolidatiebeslissing enkel effect voor de toekomst. Vervolgens stelde de *Bankruptcy Court* de crediteur evenwel alsnog in de gelegenheid om aan te tonen dat hij gedurende de *preference period* met de vennootschappen had gehandeld als vormden deze een eenheid. Dit impliceert dat wanneer de crediteur in dit bewijs slaagt, hij een geslaagd beroep op de 'geconsolideerde' *new value defense* kan doen.

De overwegingen van de beide *Bankruptcy Courts* scheppen nogal wat verwarring. Zij maken mijns inziens onvoldoende onderscheid tussen het uiteindelijke effect van het verschaffen van nieuwe waarde door de crediteur enerzijds en het gerechtvaardigd vertrouwen van de →

ling voor het concern als zodanig past als gezegd ook beter bij het wetenschapsvereiste. De effecten voor het concern zullen soms vage verwachtingen zijn die de concernleiding heeft en waarvan nog maar moet blijken of zij worden waargemaakt. Met dit soort verwachtingen kan beter rekening worden gehouden bij het wetenschapsvereiste dan bij het benadelingsvereiste, omdat bij het wetenschapsvereiste doorgaans al rekening moet worden gehouden met veronderstellingen. Beoordeeld moet immers dikwijls worden of de schuldenaar *behoorde te weten* dat de schuldeisers door de rechtshandeling zouden worden benadeeld.[53]

2.2.2 Benadelende rechtshandeling

Naast de discussie omtrent de toepassing van een saldobenadering bij de beantwoording van de vraag of sprake is van benadeling in de zin van artikel 42 Fw, treedt met name waar het intra-concerntransacties betreft de moeilijkheid op dat de actio Pauliana gericht is op vernietiging van afzonderlijke rechtshandelingen. Vaak zijn in een concern geen duidelijk te onderscheiden rechtshandelingen aan te wijzen. Door de verwevenheid tussen concernvennootschappen vinden onderling regelmatig betrekkelijk willekeurige vermogensverschuivingen plaats en is het op het moment van faillietverklaring van de vennootschappen toevallig in welke vennootschap zich activa bevinden.[54] Deze vermogensverschuivingen worden soms niet of onvoldoende gedocumenteerd[55], waardoor een vermenging

crediteur anderzijds. De nieuwe waarde komt door de consolidatie ten goede aan alle vennootschappen en hun crediteuren, waardoor het nadeel dat zij hebben geleden omdat één der schuldenaren de crediteur eerder bevoordeelde (deels) wordt gecompenseerd. Daarvoor maakt het geen verschil of de consolidatiebeslissing terugwerkende kracht heeft. Ook de beleving van de crediteur, dat wil zeggen hoe hij naar de concernvennootschappen keek, doet niets af aan dit compenserend effect. Ik krijg het gevoel dat de beide *Bankruptcy Courts* proberen te zeggen dat de wederpartij die eerder heeft vertrouwd op de kredietwaardigheid van de afzonderlijke vennootschappen, niet ten koste van de andere crediteuren een slaatje mag slaan uit de samengevoegde afwikkeling van hun insolventieprocedures. De vraag rijst echter hoe deze gedachte zich verhoudt tot de rechtvaardiging van de *new value defense*, te weten 'that while the payment of preferences to the creditor diminished the estate, other creditors are not really worse off since the subsequent advance of new value replenishes the estate.' Zie: *In re Micro Innovations Corp*, 185 F.3d 329, 336 (5th Cir. 1999). Deze compensatie doet zich ten gevolge van de consolidatie in beide genoemde zaken voor, zij het dat het hier een geconsolideerde boedel in plaats van een enkelvoudige boedel betreft.

53 Vgl. Winter 1992, p. 245-246.

54 O.a. Van Hees *TvI* 2002, p. 227 en Kortmann *TvI* 2002, p. 334.

55 Dit, ondanks dat het bestuur ingevolge art. 2:10(1) BW verplicht is een administratie te voeren op een wijze 'dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend' en schriftelijke vastlegging van rechtshandelingen tussen de enige aandeelhouder (bijvoorbeeld de moedermaatschappij) en de vennootschap die wordt vertegenwoordigd door die aandeelhouder (de dochtervennootschap) expliciet verplicht is gesteld in art. 2:137/247(1) BW. Een uitzondering is echter gemaakt voor rechtshandelingen die onder de bedongen voorwaarden tot de gewone bedrijfsuitoefening van de vennootschap behoren, art. 2:137/247(2) BW.

optreedt tussen de vermogens van de betrokken vennootschappen. Dit probleem wordt vergroot indien in een concern bijvoorbeeld het cash-management is gesystematiseerd, waardoor moeilijk kan worden achterhaald welke afdracht van liquide middelen precies benadelend was voor de schuldeisers van de latere failliet. Indien niet kan worden bepaald welke transactie benadelend was, kan bovendien twijfel ontstaan omtrent de toepassing van artikel 43 Fw, dat omkering van de bewijslast onder omstandigheden mogelijk maakt wanneer de transactie is verricht binnen één jaar voor de faillietverklaring. De curator die overweegt een actio Pauliana in te stellen, zal daarom eerst een uitgebreid en kostbaar onderzoek moeten doen naar de gang van zaken binnen het concern, dat soms weinig oplevert of niet opweegt tegen de eventuele opbrengst van een geslaagde actie.[56] Het doen van onderzoek en het vervolgens instellen van een actio Pauliana wil daarom nog wel eens achterwege blijven.[57] Dit heeft tot gevolg dat de crediteuren van de failliete concernvennootschap eens te meer worden geconfronteerd met de plotse doorbreking van de eerder bestaande eenheid, waardoor de ongelijkheid die onder omstandigheden tussen hen kan bestaan wordt benadrukt. Dit laatste wordt veroorzaakt door het feit dat bepaalde crediteuren, zoals de bank, tegenover wie de eenheid feitelijk blijft bestaan niet noodzakelijk worden benadeeld door een paulianeuse intercompany-transactie, omdat zij zich op grond van verkregen zekerheden tevens kunnen verhalen op andere concernvennootschappen. Zij kunnen zelfs voordeel ondervinden van de transactie wanneer de vennootschap naar wie de activa van de failliet zijn doorgesluisd minder schuldeisers heeft waardoor hun aandeel in de opbrengst van de desbetreffende activa hoger uit kan vallen.

Overigens lijkt dit probleem in de praktijk te kunnen worden beperkt daar waar af en toe in het kader van de actio Pauliana een samenstel van rechtshandelingen in ogenschouw wordt genomen. Zo was in HR *Van Dooren q.q./ABN AMRO II*[58] uiteindelijk de vraag aan de orde of een toezegging tot zekerheidstelling die de latere failliet aan de bank had gedaan in verband met een verhoging van de kredietlimiet, had geleid tot benadeling van de crediteuren van de latere failliet. Bij de beantwoording van deze vraag werden niet alleen de toezegging maar ook de op de toezegging gevolgde zekerheidstelling zelf alsmede de betalingen van diverse schuldeisers die mogelijk waren geworden door de verhoging van het krediet in ogenschouw genomen. Met het extra krediet had de latere failliet crediteuren voldaan, waardoor per saldo de schuldenlast niet was verhoogd. Toch waren de resterende schuldeisers benadeeld, omdat voor de betaalde con-

56 Vgl. Schoonbrood-Wessels *De NV* 1996, p. 47; Winter 1992, p. 231-232 en 287; idem 1993, p. 7; idem *TvI* 1995, p. 6.

57 Winter 1993, p. 7 en idem *TvI* 1995, p. 6.

58 HR 8 juli 2005, *RvdW* 2005, 89; *NJ* 2005, 457, m.nt. PvS; *TvI* 2005, 43, p. 195, m.nt. Van Koppen.

currente schuldeisers, de bank met haar verzekerde vordering in de plaats was getreden.[59, 60]

Winter acht de moeilijke toepasbaarheid van de actio Pauliana die voortvloeit uit het feit dat deze actie zich richt op vernietiging van afzonderlijke rechtshandelingen bezwaarlijk. Hij stelt dat zij mede pleit voor samengevoegde afwikkeling van failliete boedels.[61] De tussen de betrokken vennootschappen plaatsgevonden paulianeuse transacties hoeven dan niet te worden vernietigd, omdat het voorwerp van de transactie reeds in de samengevoegde boedel valt, evenals de eventueel daarvoor betaalde (beperkte) tegenwaarde. Zo blijft de curator tijdrovend en kostbaar uitzoekwerk, dat mogelijk weinig oplevert, bespaard.[62]

> Opmerkelijk is dat de praktijk in dit geval huiverig lijkt voor deze oplossing. Vraag 15 van de door mij onder de leden van Insolad verspreide enquête was de volgende:
> 'Vennootschap A en vennootschap B zijn zustervennootschappen. Zij zijn beide failliet verklaard. Vennootschap A heeft naar het lijkt voorafgaand aan het faillissement diverse paulianeuse handelingen verricht. Steeds waren zustervennootschappen B en C haar wederpartij. Verder onderzoek is noodzakelijk. A beschikt echter over weinig liquide middelen.
> Acht u consolidatie op haar plaats?'
> 66 van de 67 respondenten hebben deze vraag beantwoord. 42 van de 67 respondenten (62,7%) achtten consolidatie in dit geval niet op haar plaats. 17 respondenten (25,4%) achtten consolidatie wel geoorloofd en 4 respondenten (6,0%) stelden consolidatie afhankelijk van nadere omstandigheden, zoals de gelijkwaardigheid van de crediteurenposities van de crediteuren van beide

59 Zie meer recent voorts: HR 9 juni 2006, *RvdW* 2006, 591 en Rb. 's-Hertogenbosch 15 november 2006, *Journaal IF&Z* 2007, 8. En verder over deze kwestie onder meer: Verdaas *TvI* 2006, 6, p. 33 (hij spreekt over een geïntegreerde benadering van de benadelingsvraag) en Wessels 2007, p. 31, nr. 3054 e.v.

60 NB Naar mijn mening moet de beoordeling van een samenstel van rechtshandelingen worden onderscheiden van de zogenaamde leer van de middellijke benadeling, die, als ik het goed zie, slechts ziet op de werking van de gewraakte rechtshandeling in de tijd, dat wil zeggen dat de benadeling tenminste aanwezig moet zijn op het moment dat de curator zijn rechten doet gelden c.q. de rechter over het beroep op de actio Pauliana beslist. Zie o.m.: HR 23 december 1949, *NJ* 1950, 262 (Boendermaker/Schopman); HR 22 september 1995, *NJ* 1996, 706 (Ravast c.s./Ontvanger) en HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.). De leer van de middellijke benadeling kan ook aan de orde zijn wanneer een samenstel van rechtshandelingen in ogenschouw wordt genomen, zo laat de zaak HR *Van Dooren q.q./ABN AMRO II* zien: de benadeling die het gevolg is van het samenstel van rechtshandelingen doet zich pas voor op het moment dat de bank haar zekerheden uitwint.

61 Winter 1993, p. 12; idem *TvI* 1995, p. 5-6.

62 Vergelijkbare uitzoekproblemen doen zich in de Verenigde Staten voor bij de toepassing van 11 U.S.C. § 548. Deze bepaling creëert de mogelijkheid om *fraudulent transfers and obligations* aan te pakken. Frost betoogt dat, indien deze benadelende transacties hebben plaatsgevonden tussen vennootschappen die deel uitmaken van een verticaal geïntegreerd concern, samengevoegde afwikkeling daarvoor een oplossing kan bieden: Frost *Hastings L.J.* 1993, p. 490-492 en 494. Zie ook: Wes *Cal.L.Rev.* 1977, p. 736-737.

vennootschappen.[63] 1 respondent (1,5%) gaf een tweeledig antwoord (ja en nee), 1 respondent (1,5%) stelde omtrent het gevraagde geen mening te hebben en 1 respondent (1,5%) gaf geen direct antwoord op de vraag.
De respondenten die consolidatie in dit geval afwezen, wezen er onder andere op dat uit de casus niet bleek dat sprake was van vermogensvermenging, waardoor de zaken te scheiden leken (8 keer); dat consolidatie benadeling van de crediteuren van een of beide vennootschappen tot gevolg zou kunnen hebben (5 keer) en dat het onderzoek op andere wijze moet worden gefinancierd (2 keer).
De respondenten die consolidatie in dit geval wel acceptabel vonden, betoogden onder meer dat daardoor het paulianeus handelen zou worden rechtgetrokken waardoor kosten (tijdrovende procedures) zouden worden bespaard (4 keer).

Naar mijn mening is de enkele omstandigheid dat het instellen van een actio Pauliana moeilijk of onmogelijk blijkt omdat de daaraan verbonden tijd en kosten niet kunnen worden opgebracht, onvoldoende grond om over te gaan tot samengevoegde afwikkeling.[64] Zoals hiervoor opgemerkt kan samengevoegde afwikkeling namelijk ingrijpende, soms nadelige, gevolgen hebben voor de diverse belanghebbenden. Daaraan kan op de voornoemde grondslag niet zomaar voorbij worden gegaan. Mogelijk kan de curator crediteuren, en dan met name de bank of een (andere) hoog gerangschikte crediteur, ertoe bewegen hem enige middelen ter beschikking te stellen door te wijzen op de opbrengst van een actio Pauliana. Of kan hij de Minister van Justitie ingevolge artikel 43(6) Fw jo. 2:138(10) BW verzoeken om een voorschot ter dekking van de onderzoekskosten. Bovendien, zo betoogde een aantal respondenten dat consolidatie in het voornoemde geval niet op haar plaats achtte mijns inziens terecht, zal in dit soort gevallen dikwijls het bestuur aansprakelijk kunnen worden gesteld ex artikel 2:138/248 BW. Ingevolge dit artikel zijn de bestuurders van de failliet aansprakelijk voor het tekort in het faillissement indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarbij is van belang dat lid 10 van dit artikel, zoals opgemerkt, bepaalt dat de curator de Minister van Justitie om een voorschot kan verzoeken, zodat hij voorafgaande aan het instellen van de vordering een onderzoek kan doen.[65]

---

63 Deze omstandigheid is 1 keer genoemd, verder worden geen concrete omstandigheden genoemd.

64 Vgl. ook de *Court of Appeals for the Third Circuit* in *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195, 215 (3rd Cir. 2005), waar deze opmerkt dat consolidatie niet is een '(…) "free pass" to spare Debtors or any other group from proving challenges, like fraudulent transfer claims, that are liberally brandished to scare yet hard to show.'

65 In ben mij ervan bewust dat deze garantieregeling in de praktijk nogal moeilijk toegankelijk is gebleken voor curatoren waardoor het animo van curatoren om hiervan gebruik te maken niet groot kan worden genoemd. Gepleit is daarom voor een vereenvoudiging van deze regeling, zie o.m. Aerts *TvI* 2005, 3, p. 12 en idem *TvI* 2006, 18, p. 77. Ik kan daar enkel mee instemmen, nu het bewandelen van de weg van artikel 2:138/248 BW of de actio Pauliana moet worden bevorderd, waar deze vaak een beter passende oplossing biedt dan de verstrekkende actie consolidatie.

Regelmatig zal de onmogelijkheid om een actio Pauliana in te stellen evenwel haar oorzaak vinden in het feit dat de vermogens van de twee betrokken vennootschappen zijn vermengd en niet meer kunnen worden gescheiden doordat een betrouwbare boekhouding ontbreekt. Vaak kan dan ook niet meer worden vastgesteld of vermogensverschuivingen hebben plaatsgevonden en derhalve evenmin welke rechtshandeling benadelend was voor welke schuldeisers. In dit soort gevallen acht ik samengevoegde afwikkeling wel geoorloofd. Een billijke verdeling van vermogensbestanddelen is dan onmogelijk.[66] Voorts zal geen bezwaar bestaan tegen samengevoegde afwikkeling wanneer de daardoor optredende kostenbesparingen, die mede kunnen voortvloeien uit het niet hoeven instellen van een actio Pauliana ten aanzien van intercompany-transacties, een netto-uitkeerbare opbrengst veilig stellen of zo groot zijn dat de in eerste instantie voor sommige crediteuren met de samenvoeging gepaard gaande nadelen worden gecompenseerd.[67]

Naast het instellen van een actio Pauliana kan de curator de belangen van benadeelde schuldeisers behartigen via een onrechtmatige-daadactie ex artikel 6:162 BW. Sinds 1983 is duidelijk dat de curator bevoegd is om ten behoeve van benadeelde schuldeisers tegen een derde een onrechtmatige-daadactie in te stellen, ook als aan de schuldenaar zelf een dergelijke vordering niet toekomt omdat hij bijvoorbeeld heeft meegewerkt aan de benadeling.[68] Echter, ook een onrechtmatige-daadactie is zelden eenvoudig. Omdat de bewijslast op de curator rust, zal hij in dit geval ten gevolge van de vele, dikwijls complexe vermogensverschuivingen eveneens een tijdrovend en daardoor kostbaar onderzoek moeten doen naar het eventuele onrechtmatige karakter van de plaatsgevonden gang van zaken. Weliswaar ziet een onrechtmatige-daadactie niet op het vaststellen van het onrechtmatige karakter van één enkele handeling en kan ook een samenstel van feitelijke en rechtshandelingen een onrechtmatige daad inhouden, waardoor het probleem minder nijpend is dan bij een actio Pauliana, maar het is niet opgelost.[69] Dit kan ertoe leiden dat de curator ook afziet van het instellen van een onrechtmatige-daadactie, waardoor de ongelijkheid tussen de diverse schuldeisers wederom wordt versterkt wanneer de onrechtmatige-daadactie zou zijn gericht tot een eveneens failliete concernmaatschappij. Samengevoegde afwikkeling kan voor deze moeilijkheid een oplossing bieden.[70] Maar ook hier geldt mijns inziens dat de enkele omstandigheid dat het instellen van een onrechtmatige-daadactie tijdrovend en kostbaar is, zonder meer onvoldoende grond is om te besluiten tot samengevoegde afwikkeling. Samengevoegde afwikkeling heeft doorgaans zulke ingrij-

66 Zie paragraaf 1.1.3.2.

67 Zie hierover verder paragraaf 4.6.

68 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, m.nt. BW (Peeters q.q./Gatzen). Zie ook: HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. Ma (Nimox/Van den End q.q.) en HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628, m.nt. WMK (Notaris M/Curatoren THB).

69 Schoonbrood-Wessels *De NV* 1996, p. 47; Winter 1992, p. 275 en 287-288; idem 1993, p. 7 en idem *TvI* 1995, p. 5-6.

70 Vgl. Schoonbrood-Wessels *De NV* 1996, p. 47.

pende gevolgen voor de verschillende bij de faillissementen betrokken personen dat enkel bijzondere omstandigheden een dergelijke afwikkeling kunnen rechtvaardigen.[71] Deze gevolgen mogen niet uit het oog worden verloren. Het overbodig worden van de actio Pauliana en de actie uit onrechtmatige daad ten aanzien van intercompany-transacties is slechts één van de gevolgen van samengevoegde afwikkeling, die in ogenschouw moeten worden genomen alvorens wordt beslist omtrent de samengevoegde afwikkeling.

2.3 Regresproblematiek

In de praktijk blijkt de regresproblematiek een obstakel te vormen bij de afzonderlijke afwikkeling van faillissementen van tot een concern behorende vennootschappen. De regresproblematiek doet zich in het algemeen voor wanneer een vennootschap (A) die zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden die een andere vennootschap (B) heeft aan een derde, ook daadwerkelijk overgaat tot betaling daarvan. Vennootschap A kan vervolgens terugbetaling van het uitbetaalde vorderen van vennootschap B. Dit heet regres nemen. Hier omschreven is de eenvoudige variant. Wanneer er, zoals in concernverhoudingen vaak het geval is, meer hoofdelijke medeschuldenaren zijn, treden dikwijls complicaties op. In deze paragraaf wordt aan de hand van een uiteenzetting over regresaansprakelijkheid getracht aan te geven voor welke problemen de curator in dit verband kan komen te staan.

2.3.1 Hoofdelijkheid en regres

Twee of meer schuldenaren zijn hoofdelijk verbonden als uit de wet, gewoonte of rechtshandeling volgt dat de schuldeiser ieder van hen kan aanspreken tot voldoening van de gehele prestatie, waarbij geldt dat nakoming door de een ook de andere schuldenaren bevrijdt, artikelen 6:6(2) en 6:7 BW. In een concern waar door de bank geconsolideerd krediet is verstrekt aan het concern en alle concernvennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld voor de bankschuld[72], betekent dit dat iedere vennootschap gehouden is om op verzoek van de bank de gehele bankschuld te voldoen. Doorgaans zal dit betekenen dat een vennootschap meer betaalt dan haar aandeel in de schuld. Voor dat meerdere kan zij regres nemen op haar medeschuldenaren, telkens tot ten hoogste het gedeelte van de schuld dat iedere medeschuldenaar aangaat, artikel 6:10(2) BW.

Naast de mogelijkheid van regres wordt de schuldenaar die meer dan zijn aandeel in de schuld voldoet voor dit meerdere gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser jegens zijn medeschuldenaren en eventueel verbonden derden, weder-

71 Zie over de omstandigheden waaronder samengevoegde afwikkeling plaatsvindt c.q. kan plaatsvinden hoofdstuk 4 en over de gevolgen van samengevoegde afwikkeling hoofdstuk 5.

72 Zie over de toelaatbaarheid van deze vorm van aansprakelijkstelling hoofdstuk 1, nt. 14.

om telkens tot ten hoogste het gedeelte dat de medeschuldenaar of de derde aangaat in zijn verhouding tot die schuldenaar, artikel 6:12(1) BW.

Blijkt verhaal op een hoofdelijk schuldenaar voor een vordering als bedoeld in de artikelen 6:10 en 6:12 BW niet mogelijk, dan treedt het onderscheid tussen draagplichtige en niet-draagplichtige schuldenaren op de voorgrond. Wordt de schuld in eerste instantie betaald door een draagplichtige schuldenaar, dat is een schuldenaar met een aandeel in de schuld, dan wordt het onverhaalbaar gebleken deel over al zijn medeschuldenaren omgeslagen naar evenredigheid van ieders aandeel in de schuld, artikel 6:13(1) BW. De draagplichtige schuldenaar kan derhalve enkel regres nemen op draagplichtige medeschuldenaren; ook indien de draagplichtige medeschuldenaren onvoldoende verhaal bieden.

Wordt de schuld in eerste instantie evenwel betaald door een niet-draagplichtige schuldenaar, dat is een schuldenaar zonder aandeel in de schuld en blijkt op geen van de medeschuldenaren die de schuld wel aanging verhaal mogelijk, dan wordt het onverhaalbaar gebleken deel over alle niet-draagplichtige schuldenaren omgeslagen naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het tijdstip van de delging van de schuld jegens de schuldeiser aansprakelijk was, artikel 6:13(2) BW. Niet-draagplichtige schuldenaren die de schuld hebben afgelost, moeten zich derhalve in eerste instantie verhalen op draagplichtige schuldenaren. Slechts wanneer geen van hen verhaal biedt, kunnen zij zich tot de niet-draagplichtige medeschuldenaren wenden. Dit systeem staat bekend als ‘de leer van de gescheiden circuits’.[73]

2.3.2 Draagplicht

De leer van de gescheiden circuits stelt de vraag centraal wanneer een schuldenaar draagplichtig is.Voor de beantwoording van deze vraag bestaan geen algemene regels.[74] De hoogte van ieders aandeel zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.[75] In de eerste plaats zijn daarbij van belang hetgeen de schuldenaren uitdrukkelijk of stilzwijgend daaromtrent zijn overeengekomen en de eventuele onderlinge rechtsverhouding tussen de schuldenaren op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden. Is de schuld om baat aangegaan dan speelt verder een rol – en dan vooral wanneer tussen de schuldenaren geen andere band bestaat dan het feit dat zij hoofdelijke medeschuldenaren zijn – in hoeverre de tegenwaarde van de schuld aan ieder der hoofdelijke schuldenaren ten goede is gekomen, aldus de Toelichting Meijers.[76] Deze laatste maatstaf, ook wel genoemd ‘het profijtbeginsel’, verwijst naar een arrest van de Hoge Raad van 21 november 1946.[77] De Hoge Raad overwoog destijds:

---

73 O.a. Van Erp *WPNR* 1991, p. 260 en Verloop *De NV* 1985, p. 12-13.

74 Parlementaire Geschiedenis NBW Boek 6, 1981, T.M., p. 108. Zie voorts: Van Erp *WPNR* 1991, p. 260; Van Neer-Van de Broek 1988, p. 134.

75 Asser/Hartkamp 4-I 2004, p. 92, nr. 115.

76 Parlementaire Geschiedenis NBW Boek 6 1981, T.M., p. 108. Zie ook: Van Erp *WPNR* 1991, p. 260.

77 HR 21 november 1946, *NJ* 1947, 24, m.nt. EMM.

> 'dat toch het antwoord op de vraag, wien van twee of meer hoofdelijk verbonden schuldenaren de zaak aangaat, hiervan afhangt, aan wien van die schuldenaren overeenkomstig hun bedoeling, de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld ten goede is gekomen;
> dat indien, zoals hier is gesteld, deze tegenwaarde, zijnde het geleende bedrag, overeenkomstig de bestemming daaraan door de medeschuldenaren gegeven, uitsluitend het vermogen één hunner, (…), ten goede is gekomen, dit medebrengt, dat ook dit vermogen, in de verhouding der schuldenaren onderling, alleen de last der schuld zal moeten dragen, waarmede zich voordoet het in art. 1331 [BW (oud), MLHR] voorziene geval;
> dat hieraan niets kan veranderen de omstandigheid, dat door een medeschuldenaar uit dit vermogen van den schuldenaar, die de tegenwaarde der schuld verwierf, voordeel wordt genoten in dien zin, dat de vruchten van het met deze tegenwaarde verworven goed mede te zijnen bate komen';[78]

Na deze uitspraak werd nog lange tijd getwist over de vraag of het aandeel in de schuld enkel wordt bepaald door hetgeen de schuldenaar rechtstreeks van de schuldeiser ontvangt[79] of tevens door hetgeen hij van de medeschuldenaren krijgt doorgegeven.[80] In concernverhoudingen spitste zich dit toe op de vraag of bij geconsolideerde kredietverlening door de bank aan de moedervennootschap, waarbij de geleende fondsen enkel op de rekening van de moeder bij de bank worden geboekt, de dochtervennootschappen die via de moeder gebruik maken van dit krediet ook jegens de bank als draagplichtig schuldenaar kunnen worden aangemerkt.

Meer recent was deze kwestie aan de orde in HR *Van de Wetering BV*.[81] In 1982 was door de Nationale Investeringsbank (NIB) een (achtergestelde) lening van fl. 10 miljoen verstrekt aan Pieter Boele Holding (PBH), de holdingmaatschappij van het concern de Boele Groep. Voor de nakoming van de verplichtingen uit de overeenkomst van geldlening hadden alle tot het concern behorende vennootschappen, waaronder vier onroerendgoedmaatschappijen en Van de Wetering BV, zich jegens de bank hoofdelijk aansprakelijk gesteld. In 1983 werden de aandelen in de vier onroerendgoedmaatschappijen verkocht en geleverd aan Beheersmaatschappij De Merode BV In verband met die verkoop werden de onroerendgoedmaatschappijen door de NIB ontslagen uit hun hoofdelijke aansprakelijkheid jegens haar. In 1987 gingen PBH en twee andere tot het concern behorende vennootschappen failliet. De NIB diende haar vordering uit hoofde van het verstrekte krediet ten bedrage van ruim fl. 4,8 miljoen in bij de curator in het faillissement van PBH. Op dat moment werd ervan uitgegaan dat Van de Wetering BV de enige

78 HR 21 november 1946, *NJ* 1947, 24, m.nt. EMM.

79 In deze zin bijvoorbeeld Dortmond *De NV* 1987, p. 71; Van der Grinten 1987, p. 63-64 en in het discussieverslag op genomen in dezelfde bundel, p. 128; Ophof 1987, p. 11-12; Rutten 1984, p. 523-524 en Winter 1992, p. 220-221.

80 In deze zin o.a. Meeter, 1987, p. 130, nt. 31 en Verloop *De NV* 1985, p. 11.

81 HR 18 april 2003, *JOR* 2003, 160, m.nt. Bartman (Van de Wetering BV).

vennootschap was die nog verhaal bood. Namens Van de Wetering BV schikte de curator met de NIB de vordering voor een bedrag van fl. 2 miljoen. Later bleek echter dat ten tijde van het ontslag van de onroerendgoedmaatschappijen uit hun hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de bank verzuimd was om de onderlinge regresproblematiek tussen de hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren te regelen. Dit had tot gevolg dat Van de Wetering een regresvordering had op de vier uit de hoofdelijkheid ontslagen vennootschappen. Immers, het in dit verband geldende artikel 1330 BW (oud) bepaalde:

> 'Ingeval de schuldeischer een der schuldenaren van deszelfs hoofdelijke verbintenis heeft ontslagen, en een of meer der overige schuldenaren onvermogend zijn geworden, wordt het aandeel der onvermogende ponds ponds gelijk omgeslagen over alle de schuldenaren, *zelfs over degenen die bevorens van de hoofdelijke verbintenis zijn ontslagen*.' (cursivering MLHR)[82]

Bij exploot van 20 oktober 1992 werden de onroerendgoedmaatschappijen door Van de Wetering BV gedagvaard voor de rechtbank Rotterdam. Van de Wetering BV vorderde betaling van haar regresvorderingen door de onroerendgoedmaatschappijen. Aan deze vordering had Van de Wetering BV in de eerste plaats ten grondslag gelegd dat zij niet draagplichtig was ten aanzien van de lening van fl. 10 miljoen, omdat dit bedrag niet was gebruikt voor financiering van haar activiteiten. Hetzelfde gold volgens Van de Wetering voor de onroerendgoedmaatschappijen, omdat zij evenmin geprofiteerd hadden van het krediet en derhalve ook niet draagplichtig waren. Aldus betoogde Van de Wetering dat nu de draagplichtige vennootschappen insolvent waren, het verlies van fl. 2 miljoen dat daardoor was ontstaan ponds ponds gelijk moest worden verdeeld over alle niet-draagplichtige schuldenaren[83], ook die welke eerder uit de hoofdelijke verbintenis waren ontslagen, zie artikel 1330 BW (oud). De onroerendgoedmaatschappijen hebben hiertegen verweer gevoerd.

De rechtbank wees de vordering van Van de Wetering BV toe. Tegen dit vonnis gingen de onroerendgoedmaatschappijen in beroep bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Voor zover in dit kader van belang voerden de onroerendgoedmaatschappijen aan dat Van de Wetering BV wél draagplichtig was, omdat Van de Wetering BV activiteiten uitoefende die direct verband hielden met de bedrijfsuitoefening van het concern, namelijk onderhoud, reparatie en bouw van schepen. Uit de geschiedenis van het concern zou volgen dat Van de Wetering beschouwd moest worden als een van de belangrijkste pijlers van het concern. De financiële bijdragen die aan het concern waren verstrekt, waren daarom ook in het belang van Van de Wetering BV. De onroerendgoedmaatschappijen waren daarentegen niet-draagplichtig, zo betoogden zij, omdat bij hen slechts het niet bedrijfsgebonden onroerend goed was ondergebracht; zij oefenden geen bedrijfsactiviteiten uit.

82 Vgl. voor de huidige regeling 6:14 BW.
83 Vgl. artikel 1881 jo 1329 BW (oud).

Uitgaande van de theorie van de gescheiden circuits zou dit verschil in draagplichtigheid tot gevolg hebben dat Van de Wetering BV, een draagplichtige vennootschap volgens het betoog van de onroerendgoedmaatschappijen, zich niet zou kunnen verhalen op de niet-draagplichtige onroerendgoedmaatschappijen.[84]

Het geschil concentreerde zich aldus op de vraag welke vennootschappen de concernschuld aanging, oftewel welke vennootschappen draagplichtig waren.

Het hof overwoog daartoe dat bij de vraag naar de draagplicht ervan uitgegaan moet worden dat een krediet of financiering verleend aan de holding van een tot een concern behorend samenstel van vennootschappen met het doel om de binnen dat concern te verrichten activiteiten te bekostigen, in beginsel moet worden geacht direct of indirect ten voordele van alle concernonderdelen te strekken, tenzij blijkt van feiten of omstandigheden die tot een ander oordeel moeten leiden. Daarbij is voor de vraag of de daaruit voortvloeiende schuld aan de financier een vennootschap aangaat, niet zozeer van belang of die vennootschap daadwerkelijk het krediet voor de eigen activiteiten heeft aangesproken, maar of zij geacht moet worden, als onderdeel van het concern, direct of indirect toegang tot dat krediet te hebben verkregen en of dat krediet haar in die zin ten goede is gekomen. Door de beschikbaarheid van het krediet binnen het concern kan namelijk ook indirect geprofiteerd worden, bijvoorbeeld indien door financiële injecties van buitenaf in andere concernonderdelen kan worden geïnvesteerd, bepaalde activiteiten kunnen worden uitgebreid of andere onderdelen van het concern daarmee levensvatbaar worden gehouden waardoor de eigen gegenereerde winsten voor andere doeleinden kunnen worden gebruikt, aldus het hof.[85]

Het moment waarop beoordeeld moet worden of een bepaalde schuld een vennootschap in het concern betreft, is volgens het hof het moment van het aangaan van de schuld.[86]

Deze maatstaf toepassend in de onderhavige zaak overwoog het hof dat de door de NIB verstrekte lening een onderdeel vormde van een financiering van fl. 35 miljoen die in verband met voorgenomen investeringen binnen het concern noodzakelijk was. Bovendien maakten de onroerendgoedmaatschappijen en Van de Wetering BV ten tijde van het aangaan van de overeenkomst tot geldlening met de NIB deel uit van het concern en hadden PBH en alle overige Nederlandse concernvennootschappen zich jegens de NIB hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor

84 Onder het oude recht bestond discussie over de vraag of de theorie der gescheiden circuits was neergelegd in de art. 1328-1331 BW (oud). Een aantal auteurs was van mening dat een draagplichtige hoofdelijke schuldenaar die zijn regresrecht jegens een draagplichtige medeschuldenaar niet kon realiseren zijn verlies ook kon omslaan over de niet-draagplichtige medeschuldenaren: Van der Grinten 1987, p. 64-65; Ophof 1987, p. 5-6 en Rutten 1984, p. 520-524. De theorie van de gescheiden circuits werd onder het oude recht o.a. reeds aanvaard door: Van Neer-Van den Broek 1988, p. 115-137; Verloop *De NV* 1985, p. 12-13 en Van Verschuer *WPNR* 1984, p. 735-736.

85 Overweging 4.4 van het hof, te kennen uit de conclusie van A-G Hartkamp, overweging 5 en HR, overweging 3.5.1.

86 Overweging 4.5 van het hof, te kennen uit de conclusie van A-G Hartkamp, overweging 5 en HR, overweging 3.5.1.

de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen. Voor het overige was uit de gepresenteerde feiten en omstandigheden naar het oordeel van het hof de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijk medeschuldenaren niet vast te stellen, waardoor bij gebrek aan bewijs van het tegendeel op grond van de beginselen van goede trouw en solidariteit welke de onderlinge verhouding tussen de medeschuldenaren beheersen, aangenomen moest worden dat deze concernfinanciering alle partijen in het geding aanging en wel in gelijke mate.[87] Daarmee oordeelde het hof alle vennootschappen draagplichtig, hetgeen betekende dat Van de Wetering BV regres kon nemen op de onroerendgoedmaatschappijen.

De onroerendgoedmaatschappijen gingen vervolgens in cassatie. Opvallend genoeg stond daar de door het hof gehanteerde maatstaf voor de vaststelling van de draagplicht niet meer ter discussie. De onroerendgoedmaatschappijen bestreden enkel het oordeel van het hof dat de schuld ook de onroerendgoedmaatschappijen aanging. Hun betoog dienaangaande vond bij de Hoge Raad evenwel geen gehoor.[88]

De door het hof gebezigde, in cassatie niet bestreden, maatstaf ter beantwoording van de vraag naar de draagplicht gaat uit van het eerder genoemde profijtbeginsel. Hierbij mag volgens het hof ook met indirect verkregen voordelen rekening worden gehouden. Dit oordeel brengt met zich dat in een concern waar aan de moedermaatschappij een krediet is verstrekt ten behoeve van het concern en alle concernvennootschappen zich voor nakoming van de uit de kredietovereenkomst voortvloeiende verplichtingen hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld, doorgaans alle concernvennootschappen draagplichtig zullen worden geoordeeld. En in beginsel in gelijke mate, aldus het hof. Immers, solidariteit beheerst de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren.[89] Tegenbewijs mag worden geleverd, maar dit zal zelden eenvoudig zijn juist omdat indirecte voordelen in de beoordeling worden betrokken. Ik benijd de vennootschap niet die wil bewijzen dat het krediet haar feitelijk niet ten goede is gekomen of dat het toepassen van het solidariteitsbeginsel, zoals door het hof voorgestaan, in haar geval onredelijk zou zijn.[90] Het eerst genoemde verweer lijkt enkel kans van slagen te hebben wanneer het krediet duidelijk ten goede is gekomen aan een bepaalde tak van het concern. En dan nog zou kunnen worden betoogd dat de daardoor mogelijk gemaakte investeringen hebben geleid tot extra winsten die via de holding (indirect) in de andere bedrijfstak zijn gevloeid, waardoor indirecte

87 Wederom overweging 4.5 van het hof, te kennen uit de conclusie van A-G Hartkamp, overweging 5 en HR, overweging 3.5.1.

88 HR 18 april 2003, *JOR* 2003, 160, m.nt. Bartman (Van de Wetering BV), overweging 3.5.3.

89 Zie ook: Rb. Rotterdam 3 januari 1992, *NJ* 1992, 211, m.nt. Ma, overweging 4.6.

90 In vergelijkbare zin: Olaerts *TvOB* 2004, p. 76. Anders Bartman (noot onder HR 18 april 2003, *JOR* 2003, 160 (Van de Wetering BV), nr.6.) die de uitspraak toejuicht omdat zij nog alle ruimte laat voor het verweer dat het krediet feitelijk niet of slechts in beperkte mate openstond voor een concernvennootschap en ook de redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de draagplicht kan rechtvaardigen. Dit laatste moge juist zijn (vgl. 6:8 en ook 6:2 en 6:248 BW waar hoofdelijke aansprakelijkheid voortvloeit uit een rechtshandeling), maar – als gezegd – benijd ik de vennootschap niet die een dergelijk verweer wil voeren.

voordelen voor het hele concern voortvloeien uit de kredietverstrekking. Het is onduidelijk waar de grens ligt. Hoe sterk moet het causaal verband zijn tussen de kredietverstrekking en de voor de betreffende vennootschap daaruit voortvloeiende voordelen? In dit verband speelt mogelijk ook de intensiteit van de concernverhouding een rol, een omstandigheid waaraan eerder door Van Verschuer[91], Van Neer-Van den Broek[92] en Oostwouder[93] veel waarde werd gehecht voor de vaststelling van de (hoogte van de) draagplicht van concernvennootschappen.[94] Is de concernverhouding intensief dan is de kans groter dat sprake is van indirecte voordelen, dan wanneer de band tussen de vennootschappen beperkt is. Het vaststellen van de van belang zijnde indirecte voordelen zal naar mijn verwachting desalniettemin lastig blijken.

Het laten meewegen van indirecte voordelen, die voor een bepaalde vennootschap voortvloeien uit kredietverschaffing aan met hen verbonden vennootschappen, onderstreept weliswaar de solidariteit die tussen deze vennootschappen bestaat en die reeds tot uitdrukking komt in de hoofdelijke aansprakelijkstelling *sec*, maar ik betwijfel de toepasbaarheid van deze maatstaf in de praktijk.[95] Bovendien verhoudt het rekening houden met indirecte voordelen zich moeilijk tot de overweging van de HR in zijn arrest van 21 november 1946, dat geen invloed op de draagplicht van een medeschuldenaar heeft de omstandigheid dat door de 'medeschuldenaar uit dit vermogen van den schuldenaar, die de tegenwaarde der schuld verwierf, voordeel wordt genoten in dien zin, dat de vruchten van het met deze tegenwaarde verworven goed mede te zijnen bate zijn gekomen'.[96] In deze zaak was met het geleende geld een huis gekocht waarin naast de draagplichtige schuldenaar, de eigenaresse van het huis, ook de medeschuldenaar, haar man, woonachtig was geweest. Met het door de medeschuldenaar genoten woongenot en eventuele huurpenningen, die door verhuur van de woning in de tussen de echtgenoten bestaande gemeenschap van inkomsten en vruchten zouden zijn gevallen, mocht geen rekening worden gehouden bij de vaststelling van zijn draagplicht. Stel nu, dat in een concern met het bij de bank geleende geld de productiecapaciteit van vennootschap B wordt uitgebreid, waardoor zij zich genoodzaakt ziet meer halffabrikaten te betrekken van haar zustervennootschap A. Moeten nu de verhoging van de omzet en de daarmee gepaard gaande winstverhoging bij vennootschap A in ogenschouw worden genomen bij de bepaling van haar draag-

91 Van Verschuer *WPNR* 1984, p. 736 en 738.

92 Van Neer-Van den Broek 1988, p. 134-135.

93 Oostwouder 1996, p. 335-337.

94 Zie ook de Toelichting Meijers, waarin is opgemerkt dat ook de rechtsverhouding tussen de hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden van belang is voor het bepalen van de draagplicht: Parlementaire Geschiedenis NBW Boek 6 1981, T.M., p. 108. En voorts: Snijders 1992, p. 384 en Winter 1992, p. 225-226. Zij kennen bij het bepalen van de draagplicht een beperkt belang toe aan de concernverhouding.

95 Positief over het in ogenschouw nemen van indirecte voordelen is Van den Ingh *OR* 2005, p. 319.

96 HR 21 november 1946, *NJ* 1947, 24, m.nt. EMM. NB Het arrest van het hof Arnhem is gewezen onder vigeur van het oude recht.

plicht? Ik zou menen van niet. Wanneer met in de regel duidelijk aanwijsbare vruchten en voordelen, zoals in het arrest uit 1946 aan de orde werden gesteld, al geen rekening mag worden gehouden, zie ik niet in waarom wel rekening zou mogen worden gehouden met het door het hof genoemde, vaak moeilijk aanwijsbaar indirect voordeel. De concernverhouding en de daaruit voortvloeiende solidariteit kan het laten meewegen van genoemd voordeel ook niet rechtvaardigen. Mij is onduidelijk waarom de solidariteit in concernverhoudingen sterker zou zijn dan de solidariteit en de goede trouw die bestaan bij een huwelijkse verbondenheid en de verbondenheid door middel van een gemeenschap van vruchten en inkomsten. Gehoopt mag worden dat de Hoge Raad binnen afzienbare tijd de kans krijgt om op dit punt meer duidelijkheid te verschaffen.

Voor de curator in een faillissement van een concernmaatschappij heeft dit alles intussen vérstrekkende consequenties. Hebben de schuldenaren onderling niets afgesproken over de draagplicht, dan staat de curator voor de moeilijke taak om aan de hand van de hiervoor omschreven handvatten vast te stellen of de failliete concernvennootschap draagplichtig is, en zo ja, hoe groot haar draagplicht is. Maar ook wanneer de vennootschappen wel afspraken hebben gemaakt moet daarbij nog worden gekeken naar hun onderlinge rechtsverhouding en het profijtbeginsel.[97] Dit is enerzijds redelijk omdat zo wordt voorkomen dat enkele zwarte pieten worden aangewezen, terwijl andere vennootschappen die evengoed van het krediet gebruik hebben gemaakt uiteindelijk weinig of niets bijdragen. Anderzijds leidt dit ertoe dat het voor de curator lastig is om vast te stellen wat nu de werkelijke draagplicht is, hetgeen nog verder wordt bemoeilijkt wanneer de door het hof te 's-Gravenhage gekozen peildatum moet worden gehanteerd.

2.3.3 Peildatum

In de zaak tussen de onroerendgoedmaatschappijen en Van de Wetering BV heeft het hof bepaald dat het moment waarop beoordeeld moet worden of een bepaalde schuld een vennootschap betreft, het moment van het aangaan van de schuld is. Toen in de jaren tachtig van de vorige eeuw sterfhuisconstructies steeds meer werden gebruikt, kwam de vraag op of de uitvarende witte vennootschappen die op dat moment feitelijk geen aandeel meer hebben in de schuld omdat zij hun schulden aan de bank hebben afgelost en die uit de hoofdelijkheid zijn ontslagen,

97 Zie de Toelichting Meijers, die aangeeft dat centraal staan hetgeen partijen hebben afgesproken en hun onderlinge rechtsverhouding, maar wanneer de schuld om baat is aangegaan is *voorts* van belang of de schuldenaren de tegenwaarde ten goede is gekomen: Parlementaire Geschiedenis NBW Boek 6 1981, T.M., p. 108. Anders: Oostwouder 1996, p. 334. Hij betoogt dat uit de Toelichting volgt dat het profijtbeginsel alleen van belang is wanneer tussen de schuldenaren geen andere band bestaat dan die voortvloeiend uit de hoofdelijkheid. Bij concernvennootschappen is wel een extra band aanwezig: de concernverhouding, dus dan komt het profijtbeginsel niet aan de orde, aldus Oostwouder. Dit is onjuist. Uit de Toelichting (t.a.p.) volgt dat het profijtbeginsel *vooral* een rol speelt wanneer andere banden dan die voortvloeiend uit de hoofdelijkheid ontbreken, maar niet alleen dan. Het bovenstaande arrest bevestigt dit nog maar eens.

wel daadwerkelijk tot de categorie niet-draagplichtigen konden worden gerekend en daarmee konden worden gevrijwaard van regresvorderingen van de draagplichtige zwarte vennootschappen.[98] Indien dit zou worden aanvaard, zou de interne bijdrageplicht afhankelijk worden van de externe kredietrelatie van de concernvennootschap met de financier. Thans is echter duidelijk dat de interne relatie tussen de hoofdelijke medeschuldenaren van doorslaggevend belang is. Meer precies de relatie die bestond of is vastgesteld ten tijde van het aangaan van de schuld bij de financier, aldus het hof in *Van de Wetering BV.*[99] Het aan de vooravond van de ontvlechting aflossen van eventuele schulden voortvloeiende uit het kredietarrangement laat dan dus de draagplicht intact.[100]

In cassatie bestreden de onroerendgoedmaatschappijen dit oordeel van het hof. Zij betoogden mijns inziens terecht dat de door het hof gekozen peildatum zich slecht verhoudt tot zijn keuze voor het profijtbeginsel als maatstaf om het aandeel in de schuld te bepalen.[101] Doorgaans kan namelijk achteraf pas worden vastgesteld in hoeverre een vennootschap daadwerkelijk direct of indirect voordeel heeft ondervonden van het kredietarrangement. Neem het voorbeeld van het hof dat de vennootschap haar winst niet in de vorm van dividend hoeft uit te keren aan de moedermaatschappij, maar kan omzetten in een vrij te besteden reserve. Vooraf kan evenwel niet steeds worden bepaald of een vennootschap de komende jaren winst zal gaan maken en hoeveel dit dan wel niet zal zijn. Weliswaar worden prognoses opgesteld, maar het kenmerk daarvan is juist dat er een element van onzekerheid aan kleeft. De door het hof genoemde indirecte voordelen zijn op de door hem gekozen peildatum dus niet altijd meetbaar, hetgeen de vraag oproept hoe die voordelen dan in de beschouwingen moeten worden betrokken. Wil men rekening houden met indirecte voordelen – hetgeen mijns inziens geen aanbeveling verdient – dan zal moeten worden onderzocht in hoeverre het krediet de vennootschap gedurende de looptijd van de lening tot voordeel heeft gestrekt. Maar ook dit is niet altijd eenvoudig vast te stellen, bijvoorbeeld niet wanneer de curator bij de failliet een zeer beperkte administratie aantreft of de lening al zo lang loopt dat daarop betrekking hebbende documenten niet meer aanwezig zijn.

---

98 Zie: Ophof 1983, p. 175 (Ophof was bewindvoerder in de befaamde OGEM surséance, waar de vraag voor het eerst duidelijk aan de orde kwam). En voorts: Nagelkerke & Prins 1983, p. 184-187.

99 Diverse auteurs hebben eerder betoogd dat het aandeel van een vennootschap in de schuld moet worden vastgesteld op het moment waarop de bank om betaling verzoekt, dat is meestal wanneer zij het krediet opzegt of wanneer de vennootschap failliet gaat. Pas dan staan de exacte omvang van de concernschuld en de aandelen daarin van de diverse vennootschappen vast: Meeter 1987, p. 131, nt. 36; Van Neer- Van den Broek 1988, p. 133; Snijders 1992, p. 383; Verloop *De NV* 1985, p. 14 en Winter 1992, p. 224-225. Anders reeds Van Verschuer *WPNR* 1984, p. 736 en 737. Zie ook: Van der Grinten 1987, p. 67. Hij betoogt dat moet worden bekeken of een vennootschap tijdens de looptijd van het krediet enige schuld aan de bank heeft gehad.

100 Vgl. Rb. Rotterdam 3 januari 1992, *NJ* 1992, 211, m.nt. Ma.

101 Cassatiemiddel II.1, waarover de A-G in zijn conclusie voorafgaande aan het arrest: overweging 9 en 10. Hij acht de peildatum en de gekozen maatstaf niet onverenigbaar. In vergelijkbare zin: Janssen *TvI* 2005, 20, p. 74. De HR kwam jammer genoeg niet toe aan een oordeel over deze kwestie, zie overweging 3.5.4.

Veel documenten hoeft het bestuur immers slechts zeven jaren te bewaren, artikel 2:10(3) BW.

2.3.4 Oplossingen voor de regresproblematiek

Uit het voorgaande moge volgen dat regresvorderingen in concernverhoudingen geenszins ondenkbaar zijn. Zij blijken in de praktijk van faillissementen van concernvennootschappen ook voor te komen en bovendien tot problemen aanleiding te geven.[102] De problematiek wordt echter beperkt door het feit dat niet goed renderende vennootschappen slechts sporadisch in staat zullen zijn meer dan hun aandeel in de schuld te voldoen. Zijn zij daartoe onverhoopt toch in staat, dan zullen zij hun eventuele regresvordering jegens de moeder- of financieringsvennootschap, waarvan zij de schuld voor een deel hebben voldaan, vaak (gedeeltelijk) kunnen verrekenen met schulden aan de moeder- of financieringsvennootschap. Zij zullen immers dikwijls schulden aan de moeder- of financieringsvennootschap hebben uit hoofde van door deze vennootschap aan hen in het kader van de concernfinanciering verstrekt krediet.[103] Dreigt de regresproblematiek desalniettemin te ontstaan, dan is een aantal oplossingen denkbaar die echter allemaal hun eigen beperking in zich dragen. Hierna zal blijken dat samengevoegde afwikkeling de impasses die daardoor kunnen ontstaan, kan doorbreken.

2.3.4.1 Afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht

Artikel 6:14 BW biedt de schuldeiser de mogelijkheid om een hoofdelijk schuldenaar te bevrijden van regres jegens hem uitgeoefend door zijn medeschuldenaren. In beginsel geldt dat afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht jegens een hoofdelijk schuldenaar laatstgenoemde niet bevrijdt van zijn interne verplichting tot bijdragen. Om de schuldenaar van zijn verplichting tot bijdragen te bevrijden, moet de schuldeiser zich jegens de medeschuldenaren verbinden zijn vordering op hen te verminderen met het bedrag dat als bijdrage gevorderd had kunnen worden, artikel 6:14 BW. De genoemde bijdrage ziet op zowel de bijdrage van artikel 6:10 BW als die van artikel 6:13 BW.[104] Vaststelling van het bedrag waarmee de vordering op de medeschuldenaren moet worden verminderd zal echter moeilijk zijn als er veel schuldenaren zijn. Immers, op het moment van afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht jegens een hoofdelijk schuldenaar kan vaak niet worden bepaald wie uiteindelijk in staat zal zijn meer dan zijn aan-

102 Zie bijvoorbeeld Achtste openbare verslag ex art. 73a Fw in het faillissement van de Infotheek Groep, d.d. 21 september 1995, p. 9.

103 De Laat *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1987/3, p. 89 en Van der Grinten 1987, p. 67. Kritisch over de werkelijk regresbeperkende aard van deze omstandigheden: Ophof 1990, p. 49-52. Een dergelijke verrekening was aan de orde in de faillissementen van Zilfa en DCW, die later geconsolideerd zijn afgewikkeld. Zie: Verslag ex art. 137 Fw, d.d. 10 januari 1985, p. 2, nr. 11.

104 Parlementaire Geschiedenis NBW Boek 6, 1981, MvA II, p. 125.

deel in de schuld te voldoen en wie onvermogend zal blijken te zijn op het moment van het voldoen van de schuld. Artikel 6:14 BW komt aan deze problematiek tegemoet waar het bepaalt dat de schuldeiser zich verbindt zijn vordering op de overige schuldenaren te verminderen. De vermindering zelf hoeft pas plaats te vinden op het moment van voldoening van de schuld door de medeschuldenaren.[105] Maar ook dan zal het berekenen van de bijdrageplicht niet eenvoudig zijn, omdat de bijdrageplicht van de uit de hoofdelijkheid ontslagen vennootschap steeds zal toenemen wanneer mede uit hoofde van de omslag aansprakelijke vennootschappen onvermogend worden, bijvoorbeeld doordat hun bijdrage naar aanleiding van de regresvorderingen hen te veel is geworden.[106] De oplossing die artikel 6:14 BW biedt, is daarom lastig uitvoerbaar in de praktijk van grote concernfaillissementen vergelijkbaar met het Ogem-débacle.[107]

In de praktijk wordt dan ook vastgehouden aan andere oplossingen voor de regresproblematiek. Zonder volledig te zijn, noem ik er hierna drie.

2.3.4.2 Afstand van regresvorderingen

Regelmatig wordt bij het afsluiten van een kredietarrangement door de betrokken vennootschappen reeds afstand gedaan van regresvorderingen en vorderingen uit hoofde van subrogatie die zij mogelijk zullen hebben tegenover bij een eventuele ontvlechting uit te varen vennootschappen. Bovendien stellen de betrokken vennootschappen iedere vordering uit hoofde van regres en/of subrogatie op een van de andere betrokkenen achter bij alle vorderingen van de bank op deze vennootschappen en verpanden zij deze achtergestelde vorderingen aan de bank tot zekerheid voor terugbetaling van het krediet.[108, 109]

In het verleden is de vraag opgeworpen in hoeverre afstand en verpanding van regresvorderingen kunnen worden tegengeworpen aan de curator van de achterblijvende zwarte vennootschappen. Voor het antwoord op deze vraag is mede bepalend of regresvorderingen toekomstige of bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde van betaling door een concernmaatschappij van meer dan haar aandeel in de schuld zijn. Indien wordt aangenomen dat het toekomstige vorderingen betreft die pas ontstaan wanneer een concernmaatschappij meer betaalt dan haar aandeel in de schuld[110], zal faillietverklaring voorafgaande aan

105 Parlementaire Geschiedenis NBW Inv. Boeken 3,5 en 6, Boek 6, 1990, L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., p. 1212. Zie ook: Winter 1992, p. 222.

106 Vgl. Ophof *NJB* 1983, p. 1194.

107 Vgl. Ophof 1987, p. 9-10; idem 1990, p. 49.

108 Zie hierover: Oostwouder 1996, p. 343-351; Ophof 1991, p. 67-76; idem 1990, p. 43-47; idem 1987, p. 13-20 en Winter 1992, p. 48-49 en 228.

109 Onder het oude BW vond i.p.v. verpanding overdracht (of: cessie) tot zekerheid plaats. Na de invoering van het NBW levert overdracht tot zekerheid van goederen geen geldige titel van overdracht meer op, art. 3:84(3) BW. Zekerheidverschaffing dient thans te geschieden door verpanding van de vordering aan de bank, zie art. 3:239 BW.

110 In deze zin o.a: Van der Grinten 1987, p. 68; Faber 1994, p. 184-185. Zie ook: Ophof 1991, p. 67-76; idem 1990, p. 44-47 en idem 1987, p. 15-19.

de betaling tot gevolg hebben dat de afstand en verpanding niet aan de boedel kunnen worden tegengeworpen, artikel 23 Fw.[111] Wordt daarentegen aangenomen dat het bestaande vorderingen betreft onder opschortende voorwaarde van betaling[112] dan ontstaat de regresvordering tegelijkertijd met de hoofdelijke verbintenissen van de concernmaatschappijen. De betaling van de schuld schort slechts de werking van de vordering op. Deze visie vindt men – mijns inziens terecht – meestal terug in de jurisprudentie.[113] Een vordering is toekomstig, indien deze afhangt van een of meer in de toekomst door de schuldenaar en/of de schuldeiser te verrichten handelingen.[114] Van een voorwaardelijke bestaande vordering is daarentegen sprake wanneer haar werking uiteindelijk afhangt van een extern element, een toekomstige gebeurtenis waarop partijen geen invloed kunnen uitoefenen.[115] Dit laatste doet zich bij regresvorderingen voor: de werking van de regresvordering is uiteindelijk afhankelijk van het verzoek van de schuldeiser om betaling van de oorspronkelijke vordering door de mede-aansprakelijke schuldenaar. Deze laatste is verplicht daaraan te voldoen. Bij weigering kan de schuldeiser het vermogen van deze schuldenaar uitwinnen. Een regresvordering is aldus een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde van betaling, waardoor een aan de boedel tegen te werpen afstand en verpanding van de vordering mogelijk zijn vanaf de aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Desalniettemin bieden afstand en verpanding geen volledige garantie tegen de regresproblematiek. De curator zal steeds moeten onderzoeken of er regresvorderingen (activa) zijn en zo ja, of daarvan rechtsgeldig afstand is gedaan en of zij rechtsgeldig zijn verpand. Het kan zijn dat de afstand en de verpanding paulianeus zijn. De

111 Aangenomen wordt dat afstand van een vordering aan vergelijkbare regels is onderworpen als cessie van een vordering: Ophof 1987, p. 19; idem 1990, p. 44; idem 1991, p. 69. Dit betekent o.m. dat de vennootschap die afstand doet van haar regresvordering beschikkingsbevoegd moet zijn op het moment dat de vordering ontstaat. Dit zal niet het geval zijn wanneer de vennootschap op het moment van het ontstaan van de vordering failliet is, art. 23 Fw.

112 In deze zin o.a: Beckman 1995, p. 461-462; De Kok 1965, p. 16; Oostwouder 1996, p. 343-350; Van Schilfgaarde, noot onder HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 734 (Harko/Groen-Kelderman q.q.); Winter 1992, p. 212-214 en 228 en Winter & Wezeman *TVVS* 1993, p. 157-158.

113 Zie: HR 3 juni 1994, *NJ* 1995, 340, overweging 3.2 en HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393, m.nt. PvS (Joral), overweging 3.4 met betrekking tot een aan de wet ontleend regresrecht van de borg; HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 618, m.nt. PvS; *JOR* 2004, 222, m.nt. JJvH, overweging 4.2 met betrekking tot een contractueel bedongen regresrecht in het kader van een overwaardearrangement, en Rb. Maastricht 11 januari 2006, LNJ AU 9599, overweging 3.3.1 met betrekking tot een aan de wet ontleend regresrecht van de betaald hebbende hoofdelijk verbonden medeschuldenaar. Anders o.m. Rb. Haarlem 22 februari 1991, *KG* 1991, 121 en Rb. Rotterdam 12 februari 1998, *JOR* 53, m.nt. Faber.

114 HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 615, m.nt. WMK (SOS/ABN); HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 530, m.nt. G (WUH/Emmerig q.q.); HR 25 maart 1988, *NJ* 1989, 200, m.nt. WMK (Staalbankiers/Ambags q.q.).

115 Kleijn, noot onder HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 615 (SOS/ABN).

afstand en verpanding zullen in de regel onverplicht zijn verricht[116] en houden een benadeling in van de schuldeisers van de vennootschap. De afstand en de verpanding van de regresvorderingen betekenen immers een vermindering van het actief van de vennootschap, waardoor de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld.[117] Deze benadeling moet zich hebben voorgedaan op het moment dat de Pauliana wordt ingeroepen, althans de rechter uitspraak doet omtrent het beroep op de Pauliana.[118] Moeilijker ligt het ten aanzien van het vereiste van wetenschap van benadeling, omdat de afstand en verpanding doorgaans reeds plaatsvinden wanneer het concern nog floreert en benadeling van schuldeisers dan niet voorzienbaar is. Terwijl wetenschap van mogelijke benadeling van schuldeisers onvoldoende is.[119] Slechts wanneer de afstand en de verpanding van regresvorderingen geschieden bij reeds in moeilijkheden verkerende concerns heeft de actio Pauliana kans van slagen.

2.3.4.3 Garantie tegen regres

Een andere oplossing voor de regresproblematiek houdt in dat de koper een garantie bedingt tegen de uitoefening van regres tegen de uitgevaren vennootschappen. Dit betekent dat indien de achtergebleven vennootschappen regres uitoefenen jegens de uitgevaren vennootschappen, de koper de daardoor geleden schade, bestaande uit de daling van het eigen vermogen van de uitgevaren vennootschappen, vergoed zal krijgen door de verkoper. Indien de sterfhuisconstructie echter plaatsvindt voorafgaande aan het faillissement van het sterfhuis en de verkoper de achtergebleven moedervennootschap is, zal de vordering van de koper slechts een concurrente vordering zijn in het faillissement van de moeder. In dat geval is van

116 De verpanding kan ook verplicht zijn verricht, namelijk indien de betreffende vennootschap zich jegens de bank hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de concernschuld waardoor zij zelf schuldenaar van de bank wordt én zij tevens een cliënt is van de bank (er een rekening heeft), waardoor art. 20 van de Algemene Bank Voorwaarden op haar van toepassing is; zie Van Olffen 1989, p. 284-285; Van Schilfgaarde 1987, p. 86; Winter 1992, p. 49. In dat geval is de vennootschap op verzoek van de bank verplicht zekerheden te verschaffen voor haar schulden aan de bank. Een dergelijke verplichte rechtshandeling kan worden aangetast ex art. 47 Fw, dat echter strenge voorwaarden stelt. Zie hiervóór voetnoten 35 en 36 met bijbehorende tekst.

117 Slagter merkt op dat bij een sterfhuisconstructie de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van de achterblijvende vennootschappen uiteindelijk niet worden aangetast, omdat ten gevolge van de afstand de koopsom die wordt betaald voor de overname van de witte vennootschappen niet zal worden verlaagd met het oog op mogelijke regresaansprakelijkheid van de uitgevaren witte vennootschappen: Slagter, Splitsing van concerns, in: Ontvlechting van concerns, Bedrijfseconomisch Instituut Erasmus Universiteit, 4 november 1983, p. 26. Deze overweging impliceert een saldobenadering, omdat de koopprijs doorgaans ten goede komt aan de moedermaatschappij, terwijl de zwarte dochtervennootschappen afstand doen van (potentieel) actief, te weten de regresvordering. Zie over deze saldobenadering, die ik van de hand wijs, hiervóór paragraaf 2.2.1.

118 HR 22 september 1995, *NJ* 1996, 706, m.nt. HJS (Ravast c.s./Ontvanger), overweging 5.2 en HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.), overweging 3.5.2.

119 Beekhuis *De NV* 1959, p. 64 en Parlementaire Geschiedenis NBW Boek 3, 1981, MvA, p. 216.

een garantie in werkelijkheid nauwelijks sprake. Vindt de uitvaart na faillietverklaring plaats dan is de vordering uit hoofde van de garantie een boedelschuld. Curatoren zullen een dergelijke schuld niet snel aangaan indien de opbrengst van de te verkopen aandelen in de witte vennootschappen geheel ten goede komt aan de bank, omdat de aandelen aan haar zijn verpand. Zij zullen dan bedingen dat de bank – die van de verkoop profiteert – de garantie overneemt.[120] Dit is echter alleen dan nuttig wanneer de bank niet ook de koper financiert. Zou dit laatste het geval zijn dan zou zij immers bij uitbetaling van de garantie haar eigen verlies financieren.[121]

2.3.4.4 Vaststellingsovereenkomst

Een vaststellingsovereenkomst[122] kan verder uitkomst bieden, wanneer de betrokken vennootschappen voorafgaande aan de déconfiture niets hebben geregeld over regresaansprakelijkheid.[123, 124] De curator van de achtergebleven zwarte vennootschappen, die meer dan hun aandeel in de schuld hebben voldaan, kan met (de kopers van) de witte vennootschappen overeenkomen dat hij tegen betaling van een bepaald bedrag afziet van uitoefening van regres jegens de uitgevaren vennootschappen. Ter voorkoming van benadeling van de crediteuren van de achtergebleven vennootschappen zal de curator een reële vergoeding moeten bedingen, bij gebreke waarvan hij bloot zal staan aan een onrechtmatige-daadactie van de gezamenlijke crediteuren van de failliet.

Oostwouder betoogt dat een dergelijke vaststellingsovereenkomst een zo aanzienlijke extra kostenpost kan betekenen voor de kopers van de witte vennootschappen dat zij uiteindelijk aan de koop in de weg kan staan.[125]

Mijns inziens is het niet geheel juist te spreken van een ‘extra kostenpost’. Indien vennootschappen worden overgenomen uit een failliet concern moet doorgaans rekening worden gehouden met het risico dat regresvorderingen geldend worden gemaakt jegens de aangekochte vennootschappen. Dit risico kan op diverse manieren in de uiteindelijke koopprijs worden verdisconteerd. De koopprijs kan behoorlijk lager uitvallen dan de prijs die zal worden betaald voor een vergelijkbare vennootschap die niet kampt met de regresproblematiek, de koopprijs is gelijk aan de koopprijs voor de laatstgenoemde vennootschap, maar de koper bedingt een garantie of de koopprijs is lager (er is een risico op regres), maar naast de koopovereenkomst komt men tevens een vaststellingsovereenkomst als

120 Ophof 1990, p. 47 en Ophof 1992, Hfdst. 7, p. 500 (losbl.).
121 Winter 1992, p. 228-229.
122 Zie: art. 7:900-7:906 BW.
123 Oostwouder 1996, p. 383.
124 Vgl. de bij de Ogem-sterfhuisconstructie overeengekomen akte van dading ter finale kwijting van het mogelijke regresrecht van de zwarte vennootschappen op de uitgevaren witte vennootschappen, waarover: Ophof 1992, Hfdst. 7, p. 496 (losbl.).
NB Op 1 september 1993 is de in de art. 7A:1888-1901 BW neergelegde regeling inzake dading vervangen door de regeling van de vaststellingsovereenkomst.
125 Oostwouder 1996, p. 383 en 406.

bovenomschreven overeen. De uiteindelijk te betalen prijs zal *ceteris paribus* in alle drie de gevallen nagenoeg gelijk zijn.

2.3.4.5 Samengevoegde afwikkeling

De genoemde oplossingen kunnen soms uitkomst bieden voor de regresproblematiek, maar niet steeds. Afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht in combinatie met vermindering van de bijdrageplicht ingevolge artikel 6:14 BW zal in de praktijk vaak lastig zijn en afstand van regresvorderingen door de vennootschappen kan onder omstandigheden een paulianeuse rechtshandeling zijn, waardoor enig onderzoek naar het bestaan van regresvorderingen niet kan uitblijven. Ook garanties bieden geen afdoende oplossing. Zij maken uitoefening van regres niet onmogelijk, maar verbinden daaraan slechts nadelige gevolgen. En door een vaststellingsovereenkomst lijkt aan de regresproblematiek te kunnen worden ontkomen, maar niets is minder waar. Wil de curator een reële vergoeding kunnen bedingen dan zal hij eerst moeten uitzoeken hoe de regresverhoudingen zijn. Wie is draagplichtig en wie niet? Wie kan zijn aandeel voldoen en wie niet? Een dergelijk onderzoek is, zoals uit het voorgaande moge blijken, niet eenvoudig en derhalve tijdrovend en kostbaar. Mogelijk moeten zelfs gerechtelijke stappen worden ondernomen. Betreft het regresvorderingen tussen vennootschappen die reeds failliet zijn verklaard, dan kan samengevoegde afwikkeling van de faillissementen uitkomst bieden, omdat de intercompany-vorderingen – waartoe ook de regresvorderingen behoren – in dat geval buiten beschouwing blijven. De curator wordt verlost van veel uitzoek- en rekenwerk, waardoor een kostenbesparing optreedt. Maar ook hier geldt dat samengevoegde afwikkeling niet zonder meer te verkiezen zal zijn boven het uitzoeken van de regresvorderingen en het enkelvoudig afwikkelen van de faillissementen. Andere, in de volgende hoofdstukken te behandelen, omstandigheden spelen eveneens een rol.

Betreft het regresvorderingen van de zwarte vennootschappen die in een sterfhuis zijn achtergebleven op de uitgevaren witte vennootschappen, dan zou uitbreiding van de faillissementen van de zwarte vennootschappen naar de uitgevaren witte vennootschappen, gevolgd door een samengevoegde afwikkeling uitkomst kunnen bieden.[126] Hier geldt echter nog sterker dan in het hiervoor genoemde geval betreffende enkel en alleen zwarte vennootschappen, dat deze maatregel niet zonder meer gerechtvaardigd is wanneer zich regresproblemen voordoen. Faillietverklaring van vennootschappen die niet aan de voorwaarden voor faillietverklaring voldoen enkel en alleen om de regresproblematiek te omzeilen, is moeilijk te rechtvaardigen. Of deze maatregel onder omstandigheden desalniettemin op zijn plaats kan zijn, komt nader aan de orde in hoofdstuk 7.

126 Winter 1993, p. 13-14 en idem *TvI* 1995, p. 6-7.

Conclusie

In het eerste en het onderhavige hoofdstuk is uiteengezet tegen welke achtergrond samengevoegde afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen langzaam maar zeker in Nederland zijn intrede heeft gedaan. Daarbij is naar voren gekomen dat vooral wanneer sprake is van vermogensvermenging consolidatie voor alle partijen een goede oplossing kan bieden. In andere gevallen is dit nochtans minder evident. Weliswaar kan samengevoegde afwikkeling ook voor de meer principiële bezwaren die in dit hoofdstuk zijn behandeld een oplossing bieden, maar dat wil niet zeggen dat zij per definitie ook daartoe geschikt is. Alvorens tot samengevoegde afwikkeling wordt besloten om de ongelijkheid tussen schuldeisers op te heffen, de moeizame toepassing van de actio Pauliana te omzeilen of de regresproblematiek te ontlopen, moet worden bedacht dat aan samengevoegde afwikkeling even zo goed als aan enkelvoudige afwikkeling nadelen zijn verbonden. Samengevoegde afwikkeling is geen panacee.

Zoals hierna zal blijken hebben de omstandigheden van het geval een grote invloed op de gevolgen van een samengevoegde afwikkeling, waaronder begrepen de aanwezigheid van nadelen voor bepaalde (groepen) crediteuren, maar ook op de daaraan verbonden voordelen. Steeds opnieuw zullen daarom de omstandigheden van het geval alsmede hun effect op de gevolgen van een samengevoegde afwikkeling moeten worden onderzocht.

Hoofdstuk 3 De achtergrond en de systematiek van samengevoegde afwikkeling in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels

3.1 Achtergronden en doelstellingen

3.1.1 Verenigde Staten

3.1.1.1 Achtergrond

De mogelijkheid om over te gaan tot consolidatie is in de Verenigde Staten in de eerste helft van de vorige eeuw ongeveer gelijktijdig opgekomen met andere *equitable remedies*, zoals *equitable subordination of claims* (achterstelling van vorderingen) en *piercing of the corporate veil* (doorbraak van aansprakelijkheid).[1]

Consolidatie vloeit in de Verenigde Staten voort uit het gebruik van zogenaamde *turnover of assets*-vorderingen, waarmee de *trustee*[2] overdracht van goederen van een derde aan de boedel vordert. In de eerste helft van de vorige eeuw werden na faillietverklaring van een (concern)vennootschap regelmatig *turnover of assets*-vorderingen ingesteld, die uitmondden in *piercing the veil*-procedures, waarna feitelijk consolidatie plaatsvond.[3] Wanneer bijvoorbeeld de moedervennootschap failliet werd verklaard verzocht de *trustee* in het faillissement overdracht van de activa van de dochtervennootschap, omdat de dochter louter een werktuig was in handen van de moeder.[4] In deze vroege zaken deed zich daarbij zelden een conflict voor tussen de crediteuren van de moedervennootschap enerzijds en die van de dochtervennootschap anderzijds, omdat de dochter vaak geen crediteuren had.[5] Had de dochter wel eigen crediteuren dan werd soms beslist dat

1 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 386-387.

2 Naar aanleiding van een verzoek tot het openen van een faillissementsprocedure ex hoofdstuk 7 van de *Bankruptcy Code* (hierna: BC) benoemt de *United States Trustee* een *interim-trustee* die belast wordt met het beheer van de procedure en het te gelde maken van het actief van de failliet, zie 11 U.S.C. §§ 701 en 704. Deze *interim-trustee* wordt vervangen wanneer op de eerste vergadering van crediteuren de 'permanente' *trustee* wordt benoemd, zie 11 U.S.C. § 702. In reorganisatieprocedures ex hoofdstuk 11 van de BC wordt doorgaans geen trustee benoemd. De taken van de trustee worden in dat geval uitgevoerd door de *debtor-in-possesion*, dat is de schuldenaar, zie 11 U.S.C. § 1107. Onder omstandigheden kan wel een *trustee* worden benoemd, zie 11 U.S.C. § 1104.

3 Wes *Cal.L.Rev*. 1977, p. 721, nt. 4. Zie ook: Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 389-391.

4 Bijvoorbeeld: *Fish v. East*, 114 F.2d 177 (10th Cir. 1940).

5 Kors *U.Pitt.L.Rev.* 1998, p. 391 onder verwijzing naar Latty, *Subsidiaries and Affiliated Corporations*, 2, 1936, p. 44-46.

zij op voorhand moesten worden voldaan uit de activa van de dochter.[6] Van consolidatie naar aanleiding van een *turnover of assets*-vordering was dan in feite geen sprake. Consolidatie vond pas echt plaats wanneer de *turnover-order* ertoe leidde dat alle activa van de dochter in het faillissement van de moeder werden gebracht en de crediteuren van de moeder en in voorkomend geval die van de dochter zich (*pari passu*[7]) op dit geheel konden verhalen. Hoewel *turnover of assets*-[8] en *piercing the corporate veil*-vorderingen tegenwoordig nog mogelijk zijn, bestaat aan het gebruik van deze constructies in dit verband nog maar weinig behoefte, omdat consolidatie zich onder de noemer *substantive consolidation in bankruptcy* vooral in de tweede helft van de vorige eeuw sterk heeft ontwikkeld.[9] Bedacht moet daarbij worden dat consolidatie ook dan niet enkel mogelijk is tussen rechtssubjecten die beide het voorwerp zijn van een insolventieprocedure, maar eveneens tussen een dergelijk rechtssubject en een rechtssubject dat (nog) niet aan een insolventieprocedure is onderworpen.[10]

De zaak die uiteindelijk in de Verenigde Staten wordt geacht dé basis te hebben gelegd voor consolidatie, is *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp*.[11] Downey, een natuurlijk persoon met een fikse schuld, richtte in juni 1936 de vennootschap Downey Wallpaper & Paint Co. op. De vennootschap oefende haar bedrijfsactiviteiten uit in een bedrijfsruimte die zij huurde van Downey. Hij, zijn vrouw en hun zoon waren de enige aandeelhouders, bestuurders en functionarissen van de vennootschap. Met uitzondering van de *qualifying shares*[12], werd door de familieleden niets betaald voor de aandelen. Downey verkreeg ten minste een gedeelte van zijn aandelen als vergoeding voor nog door de vennootschap aan hem verschuldigde bedragen. Hij had na de oprichting namelijk de voorraad van zijn eenmanszaak op krediet aan de vennootschap overgedragen. In 1938 werd Downey failliet verklaard. De *trustee* in dit faillissement verzocht de *referee*[13] te bevelen dat de activa van de vennootschap moesten worden aangewend voor de voldoening van de schulden van Downey. De *referee* stelde vast dat de vennootschap slechts een schijnvertoning was en was opgericht met het doel de activa van

6 Bijvoorbeeld: *Commerce Trust Co. et al. v. Woodbury et al.*, 77 F.2d 478, 490-491 (8th Cir. 1935). Zie ook: *Fish v. East*, 114 F.2d 177, 199 (10th Cir. 1940).

7 In deze zin Blumberg 1985, p. 476-477. Hij merkt op dat in het kader van *turn over-orders* preferenties in de praktijk vaak verloren zullen gaan.

8 11 U.S.C. § 542.

9 Blumberg 1985, p. 28-29 en 457.

10 Deze laatste vorm van consolidatie wordt in hoofdstuk 7 onder de noemer 'uitbreiding van een faillissement' uitgebreid besproken.

11 *Sampsell v. Imperial Paper and Color Corp*., 313 U.S. 215, *reh'g denied*, 313 U.S. 600 (1941).

12 Ingevolge *Black's Law Dictionary* (2004) is een *qualifying share*: 'A share of common stock purchased by someone in order to become a director of a corporation that requires its directors to be shareholders'.

13 Een *referee* of *bankruptcy referee* was een door de *United States District Court* aangewezen functionaris die tot taak had het openen en afwikkelen van insolventieprocedures. Hij had zowel judiciële als administratieve taken. In de jaren zeventig van de vorige eeuw is de titel van deze functionaris gewijzigd in *bankruptcy judge* en zijn veel administratieve functies overgeheveld naar de *trustee*.

Downey buiten het bereik van diens crediteuren te houden. De *referee* oordeelde dat de activa van de vennootschap in feite toebehoorden aan Downey en derhalve ten goede dienden te komen aan zijn crediteuren. Tegen deze beslissing werd geen beroep in gesteld. Niet veel later verzette een crediteur van de vennootschap zich echter in een aparte procedure tegen deze beslissing. Hij betoogde hierdoor te worden benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden en wenste zich met voorrang te mogen verhalen op de activa van de vennootschap. In eerste aanleg wees de *referee* deze vordering af, welke beslissing werd bevestigd door de *District Court*. In hoger beroep vernietigde de *Court of Appeals for the Ninth Circuit* evenwel deze beslissing.[14] Uiteindelijk wees de *Supreme Court* het betoog van de crediteur van de hand en oordeelde dat hij *pari passu* moest delen met de persoonlijke crediteuren van Downey. Hij had niet met duidelijk en overtuigend bewijs aangetoond dat de toepassing van de regel dat alle crediteuren gelijk moeten worden behandeld voor hem tot onbillijke resultaten zou leiden. Daarbij hechtte de *Supreme Court* belang aan de omstandigheid dat de crediteur op de hoogte was van Downey's reden voor oprichting van de vennootschap. Opgemerkt zij nog dat de oorspronkelijke vordering van de curator veel weg had van een *turnover of assets*-vordering. Evenwel verwees de *Supreme Court* naar het door de *referee* op verzoek van de *trustee* gegeven besluit als *the order consolidating the estates*.[15]

Substantive consolidation in bankruptcy moet worden onderscheiden van *procedural* of *administrative consolidation*.[16] De twee laatste termen zien op samenvoeging van faillissementen voor louter procedureel gemak.[17] *Substantive consolidation* ziet daarentegen op het samenvoegen van de activa en passiva van verschillende rechtssubjecten en behandeling van deze samengevoegde vermogensbestanddelen alsof sprake was van één enkel rechtssubject met één enkel vermogen. Er vindt een versmelting plaats van de diverse faillissementsboedels, dit in tegenstelling tot bij *procedural consolidation*.[18] Bij *procedural consolidation* dienen dan ook gescheiden boekhoudingen te worden gevoerd.[19] Voorts wordt in de Verenigde Staten een onderscheid gemaakt tussen volledige *substantive consolidation* en *deemed substantive consolidation*. In geval van *deemed substantive consolidation* vindt in tegenstelling tot in het geval van volledige *substantive consolidation* geen samenvoeging van de rechtspersonen plaats. Consolidatie vindt slechts plaats met het oog op de waardering en voldoening van vorderingen van

14 *Imperial Paper & Color Corp. v. Sampsell*, 114 F.2d 49 (9th Cir. 1940).

15 *Sampsell v. Imperial Paper and Color Corp*., 313 U.S. 215, 219, *reh'g denied*, 313 U.S. 600 (1941). Zie recent echter ook Willett (*DePaul Bus. & Comm. L.J.* 2005, p. 93-95) en Baird (*B.C.L.Rev.* 2005, p. 15 en 19), die betogen dat dit arrest geen precedent biedt voor consolidatie, omdat het niet meer zou zijn dan een *fraudulent convayance decision*.

16 Kritisch over dit onderscheid: *In re Lewellyn*, 26 B.R. 246, 250 (Bankr. S.D. Iowa 1982), onder verwijzing naar Seligson & Mandell, *Com.L.J.* 1968, p. 346 en 347. Opgemerkt wordt dat ook procedurele consolidatie steeds enig materieel effect heeft.

17 Vgl. *Advisory Committee Note to Bankruptcy Rule* 1015.

18 In het hierna volgende wordt, tenzij anders aangegeven, met consolidatie steeds bedoeld *substantive consolidation*.

19 *Bankruptcy Rule* 2009(e).

crediteuren en/of stemming omtrent het reorganisatieplan.[20] In het hierna volgende maak ik in principe geen onderscheid tussen deze twee vormen van consolidatie, omdat uit de jurisprudentie blijkt dat aan deze twee vormen van consolidatie veelal dezelfde overwegingen ten grondslag liggen.[21]

Rechters gaan in de Verenigde Staten over tot consolidatie op grond van hun in paragraaf 105(a) van titel 11 van de United States Code (hierna: 11 U.S.C. § 105(a)[22]) neergelegde bevoegdheid om op basis van *equity* recht te spreken.[23, 24]11 U.S.C. § 105(a) bepaalt dat:

> 'The Court may issue any order, process, or judgement that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title. (…).'

De *Supreme Court* heeft bepaald dat deze bevoegdheid enkel mag worden uitgeoefend binnen de grenzen van de BC.[25]

> Gewezen zij evenwel op de zaak *Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc.*[26] Naar aanleiding van deze zaak, die dateert uit 1999, is door enkele auteurs de bevoegdheid van de rechter om ex 11 U.S.C. § 105(a) samengevoegde afwikkeling te bevelen, in twijfel getrokken.[27] In *Grupo Mexicano* heeft de *Supreme Court* namelijk het volgende citaat opgenomen:

---

20 *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195, 202 (3rd Cir. 2005).

21 Zie: Widen *Am. Bankr. Inst. L.Rev.* lente 2006, p. 50-51. Zie over *deemed substantive consolidation* verder paragraaf 5.7.

22 Titel 11 wordt ook wel de *Bankruptcy Code* (hierna: BC) genoemd.

23 Zie o.a.: *Continental Vending Machine Corp.*, 517 F.2d 997, 1000 (2d Cir. 1975), *cert. denied sub nom, James Talcott, Inc. v. Wharton*, 424 U.S. 913 (1976) en *In re Flora Mir Candy Corp.*, 432 F.2d 1060, 1062 (2d Cir. 1970). Zie hierover o.m.: Berry *Am.Bankr.L.J.* 1976, p. 350-351. Vraagtekens bij 11 U.S.C. § 105(a) als grondslag voor consolidatie plaatsen o.m. Willett *DePaul Bus. & Comm. L.J.* 2005, p. 89-91 en Baird *B.C.L.Rev.* 2005, p. 19. Bij mijn weten is de enige zaak die dit onderwerp expliciet behandeld *In re Permian Producers Drilling, Inc.*, 263 B.R. 510 (Bankr. W.D. Tex. 2000). De *Bankruptcy Court* in deze zaak wees het betoog dat de rechter die consolidatie toestaat buiten de grenzen treedt van 11 U.S.C. § 105 van de hand (p. 516-517).

24 Het is hierbij van belang te beseffen dat het Amerikaanse materiële insolventierecht federaal recht is. Art. 1(8)(4) van de Amerikaanse grondwet geeft het Congres de bevoegdheid *Uniform Laws on the subject of Bankrupties throughout the United States* vast te stellen. Op grond van deze bevoegdheid heeft het Congres in 1978 de thans geldende BC vastgesteld. De BC is na 1978 herhaaldelijk gewijzigd. De BC bevat het materiële insolventierecht. Af en toe wordt opgemerkt dat consolidatie – voortkomend uit *equity* – deel uit te maakt van de *federal common law*: *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195, 205 (3rd Cir. 2005) en Levitin *Am.Bankr. L.J.* 2006, p. 80.
De procedurele aspecten van insolventies worden geregeld door de *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* (hierna: *Bankruptcy Rules*) en locale wetten en regels.

25 *Northwest Bank Worthington v. Ahlers*, 485 U.S. 197, 206 (1988).

26 *Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc.* (119 S.Ct. 1961 (1999)).

27 O.m. Tucker *Am. Bankr. Inst. L.Rev.* 2000, p. 427 e.v.; Baird *B.C.L.Rev.* 2005, p. 20; White & Medford *ABI JNL* december 2003, p. 47. Zie ook: Willett *DePaul Bus. & Comm. L.J.* 2005, p. 99-100.

'"(…) the equity jurisdiction of the federal courts is the jurisdiction in equity exercised by the High Court of Chancery in England at the time of the adoption of the Constitution and the enactment of the original Judiciairy Act, 1789 (1 Stat. 73)" A. Dobie, Handbook of Federal Jurisdiction and Procedure 660 (1928).'

Het zou volgens genoemde auteurs onzeker zijn of men in 1789 consolidatie als *equitable remedy* kende, waardoor de bevoegdheid van de rechter om consolidatie te bevelen op de tocht komt te staan.[28] Deze opvatting leeft evenwel slechts bij een aantal auteurs. Anderen betogen dat het geenszins duidelijk is of rechters in 1789 bevoegd waren de vermogens van diverse vennootschappen die tezamen feitelijk één onderneming dreven, te behandelen als vormden zij een eenheid. Om dit vast te stellen is nader onderzoek vereist.[29] Voorts zou *Grupo Mexicano* in zijn geheel niet aan consolidatie in de weg staat, omdat consolidatie, evenals een *piercing the corporate veil*-actie, past binnen de *traditional boundaries of equitable relief*.[30] Ook in de jurisprudentie wordt *Grupo Mexicano* niet geacht in de weg te staan aan consolidatie.[31] Na *Grupo Mexicano* zijn geen uitspraken gepubliceerd waarin is geoordeeld dat consolidatie niet langer mogelijk is. Integendeel, na 1999 is met enige regelmaat door rechters tot consolidatie besloten.[32]

Naast 11 U.S.C. § 105(a) moet in dit kader ook worden gewezen op 11 U.S.C. § 1123(a)(5)(C). Deze paragraaf van de BC bepaalt dat een reorganisatieplan moet voorzien in adequate middelen voor de implementatie van het plan. Als voorbeeld van een dergelijk middel wordt genoemd fusie of consolidatie van de debiteur met een of meer andere personen. Hoewel hiermee een wettelijke basis lijkt te zijn gegeven voor consolidatie in reorganisatieprocedures, wordt in de jurisprudentie en de literatuur in dat verband slechts af en toe naar deze paragraaf verwezen.[33] Het belang van deze bepaling is daarmee enigszins onduidelijk.[34]

---

28 Tucker *Am. Bankr. Inst. L.Rev.* 2000., p. 442 e.v.; Baird *B.C.L.Rev.* 2005, p. 20 en White & Medford *ABI JNL* december 2003, p. 47. Zie ook: Willett *DePaul Bus. & Comm. L.J.* 2005, p. 99-100.

29 Chapman *Bank.Dev.J.* 2000, p. 144, nt. 183.

30 Johnson *ABI JNL* juni 2005, p. 44 e.v., m.n. p. 64.

31 Zie uitdrukkelijk o.m.: *Official Comm. of Asbestos Claimants v. G-I Holdings, Inc*., 2001 Bankr. LEXIS 2029 (Bankr. D. N.J. 2001) en *In re Stone & Webster, Inc*., 286 B.R. 532 (Bankr. D. Del. 2002).

32 Bijvoorbeeld: *In re GC Companies,* 274 B.R. 663 (Bankr. D. Del. 2002); *In re American Homepatient, Inc.*, 298 B.R. 152 (Bankr. M.D. Tenn. 2003) en *In re Lisanti Foods, Inc.*, 329 B.R. 491 (Bankr. D. N.J. 2005).

33 Zie voor een verwijzing o.m. *In re Standard Brands Paint Co*., 154 B.R. 563, 567 (Bankr. C.D. Cal. 1993); *In re Limited Gaming of America*, 228 B.R. 275, 287 (Bankr. N.D. Okla. 1998); *In re Affiliated Foods, Inc*., 249 B.R. 770, 775 (Bankr. W.D. Mo. 2000) en *In re Stone & Webster, Inc*., 286 B.R. 532, 541-543 (Bankr. D. Del. 2002).

34 Sceptisch tegenover het idee dat 11 U.S.C. § 1123(a)(5)(C) een basis biedt voor consolidatie, staan o.m. Willett (*DePaul Bus. & Comm. L.J.* 2005, p. 91-92) en Baird (*B.C.L.Rev.* 2005, p. 19).

Voorts is het consolidatieconcept terug te vinden in de *Advisory Committee Note to Bankruptcy Rule* 1015. *Bankruptcy Rule* 1015 ziet op procedurele consolidatie[35], maar in het commentaar stelt het adviescomité dat *substantive consolidation* onder omstandigheden gewenst kan zijn. Regel 1015 sluit *substantive consolidation* niet uit, maar geeft ook geen bevoegdheid daartoe.

Ten slotte wordt wel betoogd dat 11 U.S.C. § 302(b) een beperkte mogelijkheid tot consolidatie kent voor faillissementen van echtelieden die tezamen een verzoek tot het starten van een insolventieprocedure hebben gedaan.[36] 11 U.S.C. § 302(b) bepaalt dat:

> 'After the commencement of a joint case, the court shall determine the extent, if any, to which the debtors' estates shall be consolidated.'

In de zaak *FDIC v. Colonial Realty Co*.[37] wordt evenwel geoordeeld dat deze bepaling slechts op procedurele consolidatie ziet.

3.1.1.2 Doelstellingen

In de Verenigde Staten worden verschillende motieven en doelstellingen aangedragen voor consolidatie, waarbij uiteindelijk steeds een behoorlijke behandeling van crediteuren voorop staat.[38]

De *Court of Appeals for the Second Circuit* betoogt dat het enige doel van consolidatie is een billijke behandeling van alle crediteuren te bewerkstelligen.[39]

---

35 *Bankruptcy Rule* 1015 bepaalt:
'(a) Cases involving same debtor.
If two or more petitions are pending in the same court by or against the same debtor, the court may order consolidation of the cases.
(b) Cases involving two or more related debtors.
If a joint petition or two or more petitions are pending in the same court by or against (1) a husband and wife, or (2) a partnership and one or more of its general partners, or (3) two or more general partners, or (4) a debtor and an affiliate, the court may order a joint administration of the estates. Prior to entering an order the court shall give consideration to protecting creditors of different estates against potential conflicts of interests. (…)
(c) Expediting and protective orders.
When an order for consolidation or joint administration of a joint case or two or more cases is entered pursuant to this rule, while protecting the rights of the parties under the Code, the court may enter orders as may tend to avoid unnecessary costs and delay'.

36 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 382, nt. 11; Chapman *Bank.Dev.J.* 2000, p. 142-144 en zie *In re Reider v. FDIC*, 31 F.3d 1102, 1104-1105 (11th Cir. 1994) (NB Consolidatie afgewezen).

37 *FDIC v. Colonial Realty Co*., 966 F.2d 57, 59 (2d Cir. 1992), waarin the *Court of Appeals for the Second Circuit* uit de *Advisory Committee Note to Rule 1015* afleidde dat zowel 11 U.S.C. § 302 als regel 1015 van de *Bankruptcy Rules* niet zien op *substantive consolidation*, maar op *joint administration*.

38 Frost *Hastings L.J*. 1993, p. 461; Kroop *ABI JNL* december 2000, p. 22 e.v. en Predko *Wayne L.Rev*. 1995, p. 1743 en 1768.

39 *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 518 (2d Cir. 1988), daarna o.m. aangehaald in: *In re Murray Industries*, 119 B.R. 820, 830 (Bankr. M.D. Fla. 1990) en *In re Affiliated Foods, Inc*., 249 B.R. 770,775 (Bankr. W.D. Miss. 2000).

Deze zienswijze lijkt consolidatie enkel toe te staan wanneer *alle* crediteuren daarbij zijn gebaat.[40] Toepassing van deze benadering zou ertoe leiden dat consolidatie in veel gevallen bij voorbaat uitgesloten zou zijn. Immers, veelvuldig zal een aantal crediteuren door de consolidatie erop achteruit gaan, omdat de activa/passiva-verhoudingen van de betrokken vennootschappen meestal zullen verschillen. Het hoeft daarom niet te verbazen dat de *Bankruptcy Court for the Eastern District of Pennsylvania* stelt dat het uiteindelijke effect (*overall effect*) van de consolidatie van belang is. Zij doelt daarmee op de eis dat de voordelen van de consolidatie moeten opwegen tegen de ermee gepaard gaande nadelen voor alle betrokkenen.[41]

Voorts wordt consolidatie soms op praktische gronden gerechtvaardigd geacht, omdat consolidatie doorgaans tijd- en kostenbesparend werkt. Evenwel is ook deze grond veelal te herleiden tot crediteurenbescherming omdat een kostenbesparing voor de betrokken crediteuren kan leiden tot een hogere uitkering.[42]

Betreft het samengevoegde afwikkeling van reorganisatieprocedures, dan dient consolidatie mede ertoe één gecombineerde stemming over het voorgestelde reorganisatieplan mogelijk te maken.[43] Ook wordt consolidatie soms (mede) toegestaan, omdat anders geen plan kan worden aanvaard.[44]

3.1.2 Frankrijk

3.1.2.1 Achtergrond

In het Franse recht staat de autonomie van de vennootschap voorop, ook waar het vennootschappen betreft die functioneren in een concernverband.[45] In het insolventierecht impliceert dit principe dat gescheiden afwikkeling van boedels van concernvennootschappen de regel is.[46] Maar het Franse recht kent een uitzondering op deze regel, te weten: *l'extension des procédures collectives* (uitbreiding van insolventieprocedures). Deze term ziet zowel op uitbreiding van een insolventieprocedure naar een rechtssubject dat zelf reeds het voorwerp van een dergelijke procedure is, als op uitbreiding naar een rechtssubject dat nog niet eerder aan een dergelijke procedure is onderworpen. In beide gevallen volgt na de uitbreiding van de insolventieprocedure samengevoegde afwikkeling van beide procedures. Ik zal daarom hierna spreken van uitbreiding annex consolidatie.

---

40 *In re Orfa*, 129 B.R. 404, 414 (Bankr. E.D. Pa. 1991).

41 *In re Orfa*, 129 B.R. 404, 414 (Bankr. E.D. Pa. 1991).

42 Vgl. Kors *U.Pitt.L.Rev.* 1998, p. 416-417.

43 *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 518 (2d Cir. 1988) en *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd.*, 935 F.2d 245, 248 (11th Cir. 1991).

44 Bijvoorbeeld: *In re Murray Industries*, 119 B.R. 820, 832 (Bankr. M.D. Fla. 1990) en *In re Eagle-Picher Industries, Inc.*, 192 B.R. 903, 907 (Bankr. S.D. Ohio 1996). Zie voor kritiek op dit motief: Willett *DePaul Bus. & Comm. L.J.* 2005, p. 107-109.

45 Zie o.m. Cass. com. 4 januari 1982, *Rev. soc.* 1983, p. 95, m.nt. Burst.

46 Vgl. bijvoorbeeld Cass. com. 5 april 1994, *Rev. soc.* 1994, p. 318, m.nt. Guyon en Cass. com. 27 oktober 1998, *Bull. civ.* IV 1998, p. 219, nr. 265; *D.* 1998, IR, p. 260.

Tot voor kort bestond in Frankrijk naast een in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen mogelijkheid tot uitbreiding annex consolidatie een wettelijke variant van uitbreiding, de zogenaamde *fausse extension* (oneigenlijke uitbreiding). Deze wettelijk geregelde uitbreiding werd niet gevolgd door een samengevoegde afwikkeling van de beide insolventieprocedures. De evolutie van de wettelijke variant, die per 1 januari 2006 is afgeschaft, is van grote invloed geweest op de ontwikkeling van de jurisprudentiële mogelijkheid tot uitbreiding annex consolidatie.

Reeds aan het begin van de vorige eeuw besloten Franse rechters af en toe tot uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedures.[47] De ontwikkeling van het leerstuk kwam evenwel pas echt op gang na de invoering van een wetsdecreet van 8 augustus 1935.[48] Dit decreet introduceerde in de *Code de commerce* (hierna: C. com.) de mogelijkheid om het faillissement van een vennootschap uit te breiden naar iedere persoon die onder de dekmantel van de vennootschap en in zijn eigen belang in het handelsverkeer over de goederen van de vennootschap had beschikt als ware het zijn eigen goederen.[49] Een strikte interpretatie van deze bepaling leidde ertoe dat uitbreiding van een faillissement geopend ten aanzien van een natuurlijk persoon niet mogelijk was. Bovendien was uitbreiding van een reorganisatieprocedure uitgesloten. Deze lacunes zijn echter in de jurisprudentie met gemeenrechtelijke leerstukken gedicht. Er is een lijn van jurisprudentie ontwikkeld die uitbreiding annex consolidatie van faillissementen van natuurlijke personen naar andere natuurlijke alsook rechtspersonen meer in het algemeen mogelijk maakt.[50] Ook is het mogelijk om reorganisatieprocedures uit te breiden naar (rechts)personen.[51] Daarnaast is de wettelijke mogelijkheid tot uitbreiding in 1967 verruimd. Het bij Wet van 13 juli 1967[52] ingevoerde artikel 101 bevatte meer gronden voor uitbreiding dan zijn voorganger artikel 446 C. com. en maak-

---

47 Bijvoorbeeld: Cass. Req. 29 juni 1908, *D.* 1910, 1, p. 233, m.nt. Percerou.

48 Decreet van 8 augustus 1935 *portant application aux gérants et administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de la banqroute et instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et d'administrer une société*, *D.* 1935, Lois et Décrets, p. 219.

49 De genoemde mogelijkheid werd neergelegd in art. 437(4) van de toenmalige C. com.: 'En cas de faillite d'une société, la faillite pourra être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens propres.' Dit artikel is enigszins gewijzigd en vervangen bij Decreet van 20 mei 1955 (art. 10) en neergelegd in art. 446 C. com. (oud). Enkel de term *capitaux sociaux* werd vervangen door de term *biens sociaux*. Zie: *D.* 1955, Législation, p. 237.

50 Zie bijvoorbeeld: Cass. com. 11 oktober 1971, *RtDCom.* 1973, p. 360, m.nt. Houin; Cass. com. 7 maart 1972, *RtDCom.* 1973, p. 349, m.nt. Houin; Cass. com. 19 april 1972, *Bull. civ.* IV, p. 115, nr. 114, *D*. 1972, som., p. 194; *RtDCom.* 1973, p. 349, m.nt. Houin; Cass. com. 28 november 1972, *RtDCom.* 1973, p. 350, m.nt. Houin en Cass. com. 28 november 1978, *Bull. civ.* IV, p. 232, nr. 283, *D.* 1979, IR, p. 233.

51 Bijvoorbeeld: Cass. com. 25 oktober 1961, *RtDCom.* 1962, p. 115, m.nt. Houin en Cass. com. 24 januari 1967, *RtDCom.* 1967, p. 859, m.nt. Houin.

52 Wet nr. 67-563 van 13 juli 1967 *sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*.

te oneigenlijke uitbreiding van een reorganisatieprocedure mogelijk.[53] Met de invoering van artikel 182 Wet van 25 januari 1985,[54] dat artikel 101 van de Wet van 13 juli 1967 verving, werden de gronden nogmaals uitgebreid, evenals bij Wet van 10 juli 1994.[55]

Anderzijds is de wettelijke mogelijkheid tot uitbreiding destijds ook beperkt. Waar onder de eerste tekst van de bepaling uitbreiding mogelijk was naar ieder persoon, bepaalde de wet sinds 1967 dat uitbreiding enkel mogelijk was naar een formeel of feitelijk bestuurder van de betrokken rechtspersoon. Voorts was in de Wet van 25 januari 1985 bepaald dat nog slechts reorganisatieprocedures geopend ten aanzien van een rechtspersoon konden worden uitgebreid naar zijn bestuurder(s). Oneigenlijke uitbreiding van een faillissement was niet meer mogelijk, totdat bij Wet van 10 juni 1994 deze omissie werd hersteld.[56, 57]

Met de invoering van een verdergaande wettelijke mogelijkheid tot consolidatie, rees de vraag of twee wegen naar Rome konden leiden en de in de jurisprudentie ontwikkelde mogelijkheid voor uitbreiding annex consolidatie nog steeds toepassing kon vinden. Vooral na de invoering van de Wet van 13 juli 1967 was de vraag aan de orde of de genoemde jurisprudentiële ontwikkeling niet werd overvleugeld door het in die wet opgenomen artikel 101, dat meer gronden bevatte om over te gaan tot uitbreiding dan zijn voorganger artikel 446 C. com. Door deze verruiming van de wettelijke mogelijkheid tot uitbreiding zou de jurisprudentiële mogelijkheid overbodig zijn geworden, zo werd betoogd.[58] Dit betoog kon echter geen gehoor vinden bij de rechterlijke macht. Deze oordeelde dat beide wegen, de wettelijke zowel als de jurisprudentiële, een eigen bestaansrecht hadden.[59] Dit oordeel wekt weinig bevreemding, omdat de wettelijke mogelijkheid beperkt was tot uitbreiding van een insolventieprocedure geopend ten aanzien van een rechtspersoon naar de formele of feitelijke bestuurder(s) daarvan. De jurisprudentiële weg voorzag en voorziet daarentegen momenteel nog steeds in uitbreiding van insolventieprocedures geopend ten aanzien van natuurlijke of rechtspersonen naar (andere) natuurlijke of rechtspersonen.[60] Bovendien zij er

53 Zie voor de tekst van art. 101 Wet van 13 juli 1967 bijlage IIC.

54 Wet nr. 85-98 van 25 januari 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*.

55 Wet nr. 94-475 van 10 juni 1994 *relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises*, art. 84.

56 Wet nr. 94-475 van 10 juni 1994 *relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises*, art. 92(IV).

57 De tekst van art. 182 van de Wet van 25 januari 1985, zoals aangepast door de Wet van 10 juni 1994, was gelijk aan die van art. L624-5 C. com (oud), dat per 1 januari 2006 is vervallen. Deze tekst is opgenomen in bijlage IIB.

58 Afgeleid uit Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 62-65, nr. 31-36.

59 CA Aix-en-Provence 24 november 1969, *RtDCom.* 1970, p. 506, m.nt. Houin; bevestigd door Cass. com. 15 juni 1971, *Bull. civ.* IV, p. 160, nr. 171; *RtDCom.* 1972, p. 484, m.nt. Houin. Zie ook: Houin, noot onder CA Parijs 13 december 1969, *RtDCom.* 1970, p. 505. En met betrekking tot de overgang van de Wet van 13 juli 1967 naar de Wet van 25 januari 1985: Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales...), p. 11, nr. 77.

60 Vgl. Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 67-68, nr. 44-45.

nogmaals op gewezen dat de wettelijk regeling enkel op uitbreiding van een insolventieprocedure zag en niet werd gevolgd door een samengevoegde afwikkeling. De rechtbank die ervan overtuigd was dat de in de wet neergelegde voorwaarden waren vervuld én dat uitbreiding op haar plaats was, opende ten aanzien van de bestuurder een aparte procedure naast die van de rechtspersoon. De boedel van de betrokken bestuurder stond naast die van de rechtspersoon.[61] Wel maakte door de oneigenlijke uitbreiding het passief van de rechtspersoon onderdeel uit van het passief van de bestuurder persoonlijk.[62]

Artikel 182 Wet van 25 januari 1985 werd bij verordening van 18 september 2000 geschrapt.[63] De bepalingen van de Wet van 25 januari 1985 werden enigszins aangepast getransporteerd naar boek VI van de C. com. Artikel 182 werd ongewijzigd verankerd in artikel L624-5 C. com (oud). Per 1 januari 2006 is deze bepaling vervallen. Met de inwerkingtreding van de *Loi de sauvegarde des entreprises*[64] zijn op die datum belangrijke wijzigingen doorgevoerd in het Franse insolventierecht dat nog steeds is neergelegd in de C. com. Doel van deze herziening is voornamelijk te bewerkstelligen dat vennootschappen eventuele (betalings)problemen bijtijds signaleren, zodat zij vervolgens nog een reële mogelijkheid hebben om aan die problemen het hoofd te bieden. Daartoe zijn in de C. com. aangepaste regels opgenomen om het signaleren van moeilijkheden te vergemakkelijken.[65] Daarnaast is een nieuwe herstelprocedure opgenomen, die is geïnspireerd op de Amerikaanse *Chapter 11*-procedure, te weten *la sauvegarde*.[66] Voorts is een nieuwe procedure, getiteld *la conciliation*, geïntroduceerd.[67] Zij dient ter vervanging van de voormalige *règlement amiable*. Bovendien zijn wijzigingen doorgevoerd in de Franse reorganisatie- en faillissementsprocedures (*redressement et liquidation judiciaires*). Voor het onderhavige onderzoek is evenwel met name van belang dat artikel L624-5 C. com. (oud) is geschrapt.[68] De wettelijke mogelijkheid tot uitbreiding is daarmee vervallen. Daarvoor zijn in de plaats getreden de artikelen L652-1 tot en met L652-5 C. com. aangaande *l'obligation aux dettes sociales*. Deze artikelen introduceren een nieuwe regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement van de vennootschap.[69]

---

61 Guyon 2003, T.II, p. 442, nr. 1404 en Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T.II, p. 1276-1277, nr. 3301.

62 Zie: laatstelijk art. L624-5(2) C. com. (oud).

63 Ordonnance nr. 2000-912 van 18 september 2000.

64 Wet nr. 2005-845 van 26 juli 2005 *de sauvegarde des entreprises*.

65 Art. L611-1, L611-2 en L612-1-L612-4 C. com.

66 Zie: art. L620-1 C. com. e.v.

67 Zie: art. L611-4 C. com. e.v.

68 Zie voor het overgangsrecht de art. 190 en 192 van Wet nr. 2005-845 van 26 juli 2005 *de sauvegarde des entreprises* en Cass. com. 4 januari 2006, *Dr. soc.* april 2006, p. 20, m.nt. Legros ; Cass. com. 7 maart 2006, *Dr. soc.* juni 2006, p. 23, m.nt. Legros ; Cass. com. 30 mei 2006, nr. 05-12311 en Cass. com. 13 juni 2006, nr. 05-14081, beide laatste arresten zijn niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

69 Zie voor de tekst van kernbepaling L652-1 C. com. bijlage IIA.

Naast de aansprakelijkheidsregeling van artikel L652-1 C. com. e.v. blijft een aangepaste mogelijkheid bestaan om een bestuurder aansprakelijk te stellen voor het tekort in de boedel, zie voorheen artikel L624-3 C. com. (oud) en thans artikel L651-2 C. com.[70] Doet zich evenwel een van de omstandigheden voor die zijn opgesomd in de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling L652-1 C. com. dan kan artikel L651-2 C. com. niet worden toegepast.[71] De ratio achter de vervanging van de mogelijkheid tot oneigenlijke uitbreiding door de voornoemde aansprakelijkheidsregeling is dat oneigenlijke uitbreiding economisch bezien vaak niet op haar plaats was. Voor oneigenlijke uitbreiding was niet vereist dat de bestuurder waarnaar de procedure werd uitgebreid had opgehouden met betalen en derhalve in financiële moeilijkheden verkeerde.[72] Met de afschaffing van de mogelijkheid tot oneigenlijke uitbreiding wordt het lot van de bestuurder losgekoppeld van het lot van de vennootschap, terwijl de bestuurder zich nog steeds zal moeten verantwoorden voor zijn wandaden.[73]

Ten slotte moet erop worden gewezen dat in de gewijzigde C. com. een expliciete verwijzing is opgenomen naar de jurisprudentiële mogelijkheid tot uitbreiding annex consolidatie, ook wel bekend onder de noemer eigenlijke uitbreiding (*extension véritable*). Artikel L621-2(2) C. com. aangaande de competentie van de rechtbank bepaalt:

> 'La procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale. A cette fin, le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent.'

Dit artikel geldt in geval van een *sauvegarde*[74], een *redressement judiciaire*[75] en een *liquidation judiciaire*.[76] Het kan strikt genomen geen materiële grondslag bieden voor uitbreiding annex consolidatie, want het is een bevoegdheidsbepaling. Desalniettemin baseerde de *Cour de cassation* haar uitspraken aangaande eigenlijke uitbreiding van een insolventieprocedure doorgaans op de voorganger van deze bepaling, artikel L621-5(1) C. com. (oud), welke bepaling geen expliciete verwijzing naar eigenlijke uitbreiding bevatte.[77] De *Cour de cassation* deed dit met het oog op de rechtszekerheid.[78]

---

70 Zie voor de tekst van artikel L651-2 C. com. bijlage IIA.

71 L652-1(2) C. com. Zie eerder al: De Roux 2005, p. 432.

72 Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T.II, p. 1274, nr. 3297.

73 *Projet de loi de sauvegarde des enterprises. Exposé des motifs*, paragraaf VIII en Hyest 2005, p. 438.

74 Art. L621-2 C. com.

75 Art. L631-7 jo. art. L621-2 C. com.

76 Art. L641-1(I) jo. art. L621-2 C. com.

77 NB In veel van belang zijnde zaken wordt nog de voorganger van art. L621-5 C. com (oud). aangehaald: art. 7 Wet nr. 85-98 van 25 januari 1985, omdat zij betrekking hebben op het oude recht. De tekst van beide bepalingen was identiek: 'S'il se révèle que la procédure ouverte doit être étendue à une ou plusieurs autres personnes, le tribunal initialement saisi reste competent'.

78 Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T.II, p. 872, nr. 2862-1.

In de C. com. worden de begrippen 'vermogensvermenging' en 'fictieve vennootschap' overigens niet gedefinieerd, zodat voor de invulling daarvan nog steeds moet worden aangeknoopt bij de reeds bestaande jurisprudentie.[79]

Het mogelijk maken van uitbreiding annex consolidatie in geval van een *sauvegarde* kwam in Frankrijk als een verrassing, omdat die procedure tot uitgangspunt neemt het eigen initiatief van de debiteur, terwijl een uitbreiding annex consolidatie, zoals nog zal blijken in hoofdstuk 6, in Frankrijk in principe niet door een debiteur kan worden verzocht.[80]

3.1.2.2 Doelstellingen

De doelstellingen van de wettelijke en jurisprudentiële regelingen waren vergelijkbaar. De wettelijke regeling was ingevoerd met het oog op het aanpakken van misbruik van de rechtspersoonlijkheid[81] en misbruik van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid[82] ten detrimente van de crediteuren van de vennootschap. De bepaling voorzag in een sanctie op welomschreven onbehoorlijk gedrag van een (feitelijk) bestuurder van een rechtspersoon[83], die resulteerde in een uitgebreidere verhaalsmogelijkheid voor de crediteuren van laatstgenoemde.

Uit de jurisprudentie zijn diverse doelstellingen van en verklaringen voor uitbreiding annex consolidatie afgeleid, die verband houden met de in de jurisprudentie ontwikkelde grondslagen voor uitbreiding annex consolidatie. In Frankrijk is uitbreiding annex consolidatie mogelijk op twee verschillende gronden, te weten vermogensvermenging (*confusion des patrimoines*) en het bestaan van een fictieve vennootschap (*société fictive*).[84] Voor consolidatie op grond van vermogensvermenging worden in de literatuur verschillende verklaringen en doelstellingen aangetroffen. Traditioneel wordt betoogd dat een rechtssubject en zijn vermogen onverbrekelijk met elkaar zijn verbonden. Ieder rechtssubject heeft één ondeelbaar vermogen, dat enkel aan hem toebehoort. Wanneer vervolgens twee rechtssubjecten de scheiding tussen hun beider vermogens niet in acht nemen, verliezen zij hun juridische zelfstandigheid en mogen zij als één rechtssubject met één enkel vermogen worden aangemerkt.[85] Gisserot volgt deze benadering en merkt op dat de uitbreiding van het faillissement naar aanleiding van een vermogensvermenging in feite het gevolg is van een zoektocht naar de ware debiteur en

79 Le Corre 2006, p. 195, nr. 213.09 en Jacquemont 2007, p. 90, nr. 151.

80 Zie: Grelon & Dessus-Larrivé *Rev. soc.* 2006, p. 298-299; Roussel Galle, noot onder Cass. com. 10 januari 2006, *Rev. soc.* 2006, p. 631 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 207, nr. 382.

81 Barthélémy e.a. 1991, p. 544, nr. 12072; Ohl 1982, p. 309, nr. 421en Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T.II, p. 871, nr. 2862.

82 Vgl. Artz *RtDCom.* 1975, p. 8, nr. 6; Legeais *RtDCom.* 1957, p. 290, nr. 1 en Guyon 2003 T.II, p. 414-415, nr. 1370.

83 Artz *RtDCom.* 1975, p. 8-10, nr. 7 en Guyon 2003 T.II, p. 438, nr. 1399.

84 Zie hierover verder paragraaf 3.3.1.2.

85 Beaubrun *Rev. jur. com.* 1980 (I), p. 43-44, nr. 2 en Ohl 1982, p. 313, nr. 425.

volgt uit de door de debiteur zelf geschapen situatie.[86] Zij legt daarbij de nadruk op de relatie tussen het vermogen en de crediteur. Gisserot stelt dat van groot belang is dat een crediteur zich op een van andere vermogens afgescheiden vermogen kan verhalen. Wanneer nu de debiteur de afscheiding van zijn vermogen ten opzichte van andere vermogens niet in acht neemt, hoeft de crediteur dit ook niet te doen, omdat anders afbreuk wordt gedaan aan de zekerheid van deze crediteur.[87]

Vermogensvermenging leidt volgens deze traditionele opvatting tot het verlies van rechtssubjectiviteit.[88] Deze consequentie is mogelijk in geval het een rechtspersoon betreft, die zijn rechtspersoonlijkheid aan het recht ontleent. Hem kan deze rechtspersoonlijkheid ook weer worden ontnomen. De rechtspersoonlijkheid van een natuurlijk persoon wordt tegenwoordig echter geacht een 'met de waardigheid van de mens gegeven, onaantastbaar, prejuridisch gegeven'[89] te zijn, dat hem niet kan worden ontnomen. Gisserot betoogt daarom begrijpelijkerwijs dat werkelijke vermogensvermenging enkel kan plaatsvinden wanneer ten minste één van de betrokken rechtssubjecten een rechtspersoon is.[90] Desalniettemin wordt vermogensvermenging in de literatuur[91] en de jurisprudentie[92] als grondslag geaccepteerd voor uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedures betreffende natuurlijke personen naar andere natuurlijke personen. Mede gezien deze jurisprudentie wordt dan ook betoogd dat vermogensvermenging (in tegenstelling tot de fictiviteit van een vennootschap) niets afdoet aan het zijn van een afzonderlijk rechtssubject. Soms wordt zelfs betoogd dat het bestaan van vermogensvermenging juist het bestaan van afzonderlijke rechtssubjecten met ieder een eigen vermogen veronderstelt.[93] Degenen die de traditionele opvatting afwijzen, pleiten voor consolidatie omdat het praktisch onmogelijk is om de vermogens te scheiden.[94]

Daarnaast wordt in de Franse literatuur meer in het algemeen opgemerkt dat met het leerstuk van uitbreiding annex consolidatie wegens vermogensvermen-

86 Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 66, nr. 39.
87 Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 54-55, nr. 14 en 15.
88 Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 50, nr. 3.
89 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 476.
90 Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 51, nr. 6.
91 Bijvoorbeeld: Barbièri *PA* okt. 1996, nr. 129, p. 10; Barthélémy e.a., p. 551, nr. 12209 en Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales...), p. 13, nr. 87.
92 Bijvoorbeeld: Cass. com. 17 juni 1980, *Bull. civ.* IV, p. 209, nr. 258; *D.* 1981, IR, p. 202; *RtDCom.* 1981, p. 603, m.nt. Merle en Cass. com. 28 november 1978, *Bull. civ.* IV, p. 232, nr. 283, *D.* 1979, IR, p. 233.
93 Zie: Derrida, noot onder Cass. com. 9 april 1991, *D.* 1992, som., p. 4; Derrida, Godé & Sortais 1991, p. 57, nt. 317 en Honorat & Romani, noot onder Cass. com. 8 februari 1994, *Rev. soc.* 1995, p. 103.
94 Pétel, noot onder CA Versailles 29 maart 1990, *Bull. Joly.* 1990, p. 563 en idem, noot onder Cass. com. 11 mei 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1052. Zie ook: Diagre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales...), p. 13, nr. 89.

ging bestrijding van misbruik van de rechtspersoonlijkheid mogelijk wordt gemaakt.[95, 96]

Als verklaring voor de mogelijkheid van uitbreiding annex consolidatie wegens het bestaan van een fictieve vennootschap wordt voornamelijk genoemd dat dit leerstuk een mogelijkheid biedt om misbruik van de rechtspersoonlijkheid aan te pakken. Beoogd wordt de werkelijke debiteur verantwoordelijk te houden.[97] Vaak is dat de (enig) aandeelhouder die zich verschuilt achter de façade die de vennootschap blijkt te zijn. Daarnaast wordt in dit verband opgemerkt dat het leerstuk betreffende uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedures het aanpakken van misbruik van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid mogelijk maakt.[98]

---

95 Artz *RtDCom.* 1975, p. 6, nr. 5; p. 15 en 16, nr. 13; Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales...), p. 13, nr. 91; Ohl 1982, p. 309, nr. 421 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 208, nr. 383 en p. 209, nr. 384. Vgl. ook Houin, die spreekt over een leerstuk dat voortkomt uit het gemene recht betrekking hebbend op misbruik van de rechtspersoonlijkheid: noot onder CA Aix-en-Provence 24 november 1969, *RtDCom.* 1970, p. 506.

96 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs (1993, p. 510-511) betogen in hun dissertatie dat in dit verband onder misbruik van rechtspersoonlijkheid dient te worden begrepen 'het gebruik van de rechtspersoon op een wijze die niet in overeenstemming is met het doel en de functie van het instituut rechtspersoon'. Vervolgens merken zij – terecht – op dat het hier objectief misbruik betreft, in tegenstelling tot subjectief misbruik. Voor uitbreiding annex consolidatie ingevolge het gemene recht is in Frankrijk namelijk niet vereist dat de rechtspersoon is opgericht met het oog op het benadelen van derden of het omzeilen van wettelijke of contractuele verplichtingen (waarover hierna meer). Houwen e.a. betogen dat consolidatie (in hun woorden: 'terzijdestelling van de rechtspersoonlijkheid') in Frankrijk een sanctie vormt op de niet-naleving van bepaalde kernvoorwaarden voor rechtspersoonlijkheid. Ten eerste het vereiste dat elke rechtspersoon een zekere vermogensrechtelijke zelfstandigheid bezit, dat wil zeggen dat iedere rechtspersoon een afgescheiden vermogen heeft en zich bij het aangaan van transacties laat leiden door het principe van vermogensrechtelijke zelfstandigheid. In concernverhoudingen betekent dit volgens Houwen e.a. dat aansluiting moet worden gezocht bij hetgeen in concernverhoudingen gebruikelijk c.q. toelaatbaar is. Ten tweede is vereist dat de eigen beslissingsstructuur van de vennootschap niet opzij mag worden gezet. Met deze analyse kan ik niet anders dan instemmen, behalve voor wat betreft het toelaatbaarheidscriterium, zie daarover hoofdstuk 4, nt. 57. Opgemerkt moet bovendien worden dat uitbreiding annex consolidatie wegens vermogensvermenging of fictiviteit van de vennootschap niet steeds als een sanctie wordt beschouwd: zie o.m. Barthélémy e.a. 1991, p. 550, nr. 12205 en Béguin 1973, p. 326, nr. 219. Anders: Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales...), p. 13, nr. 91.

97 Artz *RtDCom.* 1975, p. 22, nr. 16; Bertrel, noot onder CA Parijs 28 september 1993 en 16 november 1993, *Dr. & Patr.* 1994, p. 86; Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales...), p. 11, nr. 76 en 77; Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7-40, p. 30, nr. 163; Ohl 1982, p. 309, nr. 421 en p. 316, nr. 430; Porteron, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 590 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 208, nr. 383. Zie ook Barthélémy e.a. 1991, p. 550, nr. 12205 en Béguin 1973, p. 326, nr. 219.

98 Vgl. Honorat en Romani, noot onder Cass. com. 8 februari 1994, *Rev. soc.* 1995, p. 104.

3.1.3 Nieuw-Zeeland

3.1.3.1 Achtergrond

In tegenstelling tot in Frankrijk en de Verenigde Staten, waar een jurisprudentiële regeling bestaat, is de mogelijkheid tot samengevoegde afwikkeling in Nieuw-Zeeland uitsluitend in de wet neergelegd. Zij is voor het eerst in de jaren vijftig van de vorige eeuw in de Nieuw-Zeelandse wetgeving opgenomen in de artikelen 24 en 25 van de *New Zealand Companies Special Investigations Act 1958* (hierna: CSIA 1958).[99] Deze wet was een onmiddellijke reactie op financiële problemen en verdenkingen van frauduleus handelen bij een specifieke groep onderling verbonden vennootschappen, te weten de Intercity Group. De wet werd van de ene op de andere dag aangenomen, omdat snel moest worden voorkomen dat de vennootschappen documenten zouden vernietigen en goederen zouden doen verdwijnen. Bovendien voorzag het geldende vennootschapsrecht niet in een mogelijkheid om snel en adequaat om te gaan met een groep onderling verbonden vennootschappen.[100] De CSIA 1958 had in eerste instantie dus slechts betrekking op een beperkt aantal vennootschappen. In 1963 werd haar reikwijdte echter uitgebreid, omdat voorkomen moest worden dat de wetgever wederom halsoverkop een wet moest aannemen om een einde te kunnen maken aan een acute crisissituatie bij een andere groep vennootschappen.[101] Desalniettemin werd in de jaren daarna nog een tweetal wetten aangenomen in reactie op déconfitures van groepen vennootschappen die niet onder de reikwijdte van de CSIA 1958 vielen.[102] Deze wetten hadden betrekking op déconfitures van grote groepen vennootschappen, die niet noodzakelijk (mede) veroorzaakt waren door frauduleus handelen. De CSIA 1958 is thans afgeschaft. Gedurende de periode dat deze wet van kracht was, zijn haar bepalingen 17 keren toegepast. Met name in gevallen waarin een groep vennootschappen had opgetreden als was slechts sprake van één vennootschap of waarin de aangelegenheden van de vennootschappen onlosmakelijk met elkaar waren verbonden, waardoor het volgen van de gewone weg van afzonder-

---

99 Zie voor de tekst van deze artikelen bijlage IIIC.

100 NZ Law Comm. 2001, p. 140.
NB De *New Zealand Law Commission* is een onafhankelijk, zij het door de overheid gefinancierd orgaan, dat rechtsgebieden onderzoekt die herziening behoeven of die erg in ontwikkeling zijn. In haar onderzoeksrapporten doet de commissie aanbevelingen aan het parlement omtrent via wetgeving door te voeren verbeteringen. De commissie onderzoekt zelf gekozen rechtsvragen, maar kan ook door de verantwoordelijke minister om advies worden gevraagd. In augustus 2000 is de commissie om advies gevraagd in verband met de herziening van het insolventierecht. Dit verzoek heeft geresulteerd in een rapport getiteld *Insolvency Law Reform: Promoting Trust and Confidence*. Naar dit rapport, dat op 1 mei 2001 is gepubliceerd, wordt hier verwezen.

101 NZ Law Comm. 2001, p. 141. Daarbij speelt een rol dat eerder in 1934 ook al in allerijl een tweetal wetten was aangenomen in reactie op financiële en fraudeproblemen bij een groep onderling verbonden vennootschappen. Welke wetten in 1935 werden gevolgd door een derde ad hoc wet, zie NZ Law Comm. 2001, p. 139-140.

102 Te weten de *Cornish Companies Management Act 1974* en de *Public Service Investment Society Management Act 1979*, waarover: NZ Law Comm. 2001, p. 142-143.

lijke faillietverklaringen of benoemingen van *receivers* per vennootschap onrealistisch, onredelijk, tijdrovend en lastig zou zijn geweest.[103]

Voor de CSIA 1958 is in 1989 de *Corporations (Investigations and Management) Act 1989* (hierna: CIMA 1989) in de plaats getreden. De CIMA 1989 heeft een ruimere reikwijdte dan haar voorgangster.[104] In deze wet zijn de bepalingen die consolidatie mogelijk maakten niet overgenomen, maar consolidatie is onder deze wet geenszins uitgesloten. In de CIMA 1989 is de zogenaamde *statutory management*procedure geregeld. De *statutory management*procedure is geen traditionele collectieve insolventieprocedure. Voor de instelling van de procedure is niet vereist dat een vennootschap insolvent is. De procedure is meer gericht op het aanpakken van frauduleus handelen en het beschermen van het algemeen belang. Evenwel ziet zij ook op het aanpakken van vennootschappen met ernstige (betalings)problemen c.q. het beschermen van crediteuren van vennootschappen, zie artikel 4 CIMA 1989.[105] De procedure lijkt bovendien qua inhoud sterk op een insolventieprocedure.[106]

Wanneer door de uitvoerende macht tot het instellen van een *statutory management*procedure wordt besloten, wordt er een *statutory manager* benoemd.[107] Deze heeft ruime bevoegdheden.[108] Voor dit onderzoek is met name van belang dat het instellen van een *statutory management*procedure bij een vennootschap zich in beginsel ook uitstrekt tot haar dochtervennootschappen.[109] Bovendien kan de *statutory manager* van een vennootschap tevens worden benoemd tot *statutory manager* van een *associated person*, onder meer wanneer

> '(t)he business and the affairs of the corporation are so closely connected with that associated person that the statutory manager (…) would be unable to exercise effectively the powers conferred by this Act in relation to the corporation unless the statutory manager (…) is (…) appointed as statutory manager (…) of the associated person'.[110]

---

103 NZ Law Comm. 2001, p. 142.

104 Waarover: NZ Law Comm. 2001, p. 146.

105 Zie ook: Brown 2000, p. 30. Zie voor de voorwaarden c.q. gronden voor het instellen van een *statutory management* procedure de art. 39 en 40 CIMA 1989.

106 Vgl. Brown 2000, p. 28-31. Zie ook: *Schedule 5*, artikel 2(i) bij de *Insolvency (Cross-Border) Act 2006*. In die bepaling wordt een *statutory management*procedure aangeduid als zijnde een *New Zealand insolvency proceeding*. Wanneer de genoemde wet in werking treedt is nog onbekend.

107 Art. 38(1) CIMA 1989.

108 Zie: art. 41 e.v. CIMA 1989.

109 Art. 38(2) CIMA 1989. Daarbij wordt 'dochtervennootschap' in art. 2(1) CIMA 1989 als volgt gedefinieerd: '(…) in relation to a company that is a company registered under the Companies Act 1955, a subsidiary within the meaning of sections 158 and 158A of that Act, and in all other cases, a subsidiary within the meaning of sections 5 and 6 of the Companies Act 1993.' Opgemerkt moet worden dat de CA 1955 grotendeels is vervangen door de CA 1993. Zie voor het begrip *subsidiary* in de CA 1993 (NZ) hierna paragraaf 3.2.1.

110 Art. 40(b) CIMA 1989.

Het begrip *associated person* is ruim gedefinieerd in artikel 2(2) en (3) CIMA 1989. Het betreft onder andere vennootschappen waarin de vennootschap die reeds is onderworpen aan het *statutory management* direct of indirect 20% of meer van de nominale waarde van de aandelen houdt, en vennootschappen die direct of indirect 20% of meer van de nominale waarde in haar aandelenkapitaal houden. Bovendien bepaalt artikel 52(3) CIMA 1989 dat een vennootschap die het voorwerp is van een *statutory management*procedure onder omstandigheden kan worden geliquideerd (*be wound up*) op de wijze zoals aangegeven in het daartoe strekkende bevel van de gouverneur-generaal. Deze bepalingen leiden – in samenhang gelezen – ertoe dat ook langs deze weg een geconsolideerd faillissement kan worden bewerkstelligd.[111]

De *statutory management*procedure wordt echter op diverse punten bekritiseerd. Meermaals is onderzocht of de procedure nog toegevoegde waarde heeft of dat zij kan worden afgeschaft.[112] Toegevoegde waarde wordt zij onder meer geacht te hebben, voorzover zij kan worden aangemerkt als een soort van buitengewone insolventieprocedure, die reorganisaties van ondernemingen en het als een geheel behandelen van insolventies van in een groep verbonden vennootschappen mogelijk maakt.[113] Ten tijde van de afronding van dit boek omvat het gemene Nieuw-Zeelandse vennootschapsrecht, dat tevens het insolventierecht omvat, namelijk geen specifieke reorganisatieprocedure.[114] Ingevolge het geldende insolventierecht is het in Nieuw-Zeeland niet mogelijk om één enkele (groep) bewindvoerder(s) te benoemen voor een groep vennootschappen die in financiële problemen verkeert. De *Securities Commission*[115] beschouwt deze omstandigheid als een tekortkoming in het Nieuw-Zeelandse insolventierecht, maar merkt op dat deze tekortkoming moeilijk zal zijn te verhelpen door de invoering van een algemene reorganisatieprocedure. Allereerst omdat het niet altijd makkelijk is te

111 Borrowdale 1998, p. 93.

112 Zie o.m. Securities Commission, *Statutory Management: Report to the Minister of Justice on Part III of the Corporations (Investigations and Management) Act 1989*, april 1992 en New Zealand Law Commission, *Insolvency Law reform: Promoting Trust and Confidence. Advisory Report to the Ministry of Economic Development*, Wellington, March 2001, Part IV, p. 135-163.

113 NZ Law Comm. 2001, p. 156.

114 Thans is wel de *Companies Amendment Act 2006* aangenomen die in de CA 1993 (NZ) een reorganisatieprocedure (de *voluntary administration procedure*; *Part 15A* CA 1993 (NZ)) introduceert. Deze procedure is gemodelleerd naar de Australische *voluntary administration procedure*. De *Companies Amendment Act 2006* zal naar verwachting in werking treden in oktober 2007, zie *Personal Insolvency and Companies (Voluntary Administration) Regulations – Cabinet Paper*, paragraaf 91-92, gepubliceerd op 3 juli 2007, <http://www.med.govt.nz>, geraadpleegd op 30 augustus 2007.

115 De *Securities Commission* is opgericht onder de *Securities Act 1978*. Zij treedt onafhankelijk van de Nieuw-Zeelandse overheid op. Haar doel is het versterken van het vertrouwen van beleggers in de kapitaalmarkten in Nieuw-Zeeland en elders. Zij houdt zich o.m. bezig met handhaving van effectenrechtelijke wetgeving. Als de handhavingswerkzaamheden aantonen dat veranderingen in het (effecten)recht aanbeveling verdienen, adviseert zij de minister dienovereenkomstig. Een van haar adviezen betreft het aangehaalde rapport inzake het *statutory management* dat in 1992 is gepubliceerd.

bepalen of een vennootschap tot een groep behoort. In een buitengewone procedure, zoals de *statutory management*procedure, is dit afbakeningsprobleem mogelijk niet zo ernstig als het zou zijn in een algemene insolventieprocedure, omdat het *statutory management* slechts onder uitzonderlijke omstandigheden wordt toegepast.[116] Het buitengewone karakter van deze procedure rechtvaardigt ook een beperkte bescherming van de rechten van crediteuren, bijvoorbeeld door hen slechts beperkte bezwaarrechten toe te kennen, hetgeen voorkomt dat de procedure ernstig wordt vertraagd door een reeks geschillen, aldus de *Securities Commission*. In een algemene reorganisatieprocedure zal dit niet goed mogelijk zijn en zal aan de bescherming van crediteuren en andere belanghebbenden meer aandacht moeten worden besteed.[117] Bovendien is de reikwijdte van de *statutory management*procedure erg ruim – er vallen bijvoorbeeld ook trusts en in het buitenland geïncorporeerde entiteiten onder[118] – hetgeen het aanpakken van op grote schaal door onderling verbonden vennootschappen, verenigingen en dergelijke gepleegde fraude mogelijk maakt. Of de reikwijdte van een algemene reorganisatieprocedure zo groot kan zijn, acht de *Securities Commission* twijfelachtig.[119] Naar aanleiding van deze en andere problemen heeft de *New Zealand Law Commission* de invoering van een nieuwe reorganisatieprocedure voorgesteld, speciaal voor grote ondernemingen *run by honest and competent management*.[120] Deze procedure zou zich vooral moeten richten op ondernemingen en niet zozeer op vennootschappen en andere geïncorporeerde entiteiten.[121] Door de invoering van een dergelijke procedure zou een – aangepaste – *statutory management*procedure voorbehouden kunnen blijven aan uitzonderlijke gevallen, waarvoor het gemene insolventierecht geen oplossing biedt of voor gevallen waarin het algemeen belang het gebruik van de procedure vereist.[122] In de ogen van de *New Zealand Law Commission* zou de *statutory management*procedure moeten fungeren als filter. Gedurende de procedure moet worden bepaald welke gemene insolventieprocedure op de vennootschappen en andere rechtssubjecten moet worden toegepast. Zo kunnen verbonden vennootschappen worden doorverwezen naar de hierna te bespreken geconsolideerde faillissementsprocedure of naar de voorgestelde reorganisatieprocedure voor ondernemingen.[123]

Onder andere het voorstel van de *New Zealand Law Commission* om een speciale procedure te creëren voor ondernemingen *run by honest and competent management* is op kritiek gestuit. Zo is de vraag opgeworpen hoe men genoemde personen wil identificeren en denkt te onderscheiden van personen die niet als

116 Securities Commission, april 1992, p. 22.
117 Securities Commission, april 1992, p. 21 en 22.
118 De CIMA 1989 is van toepassing op *corporations*, zie art. 4 CIMA 1989. Art. 2(1) CIMA 1989 bepaalt dat een *corporation* is: '(…) a body of persons, whether incorporated or not, and whether incorporated or established in New Zealand or elsewhere:'.
119 Securities Commission, april 1992, p. 23.
120 NZ Law Comm. 2001, p. 129-134 en 157-158.
121 NZ Law Comm. 2001, p. 119-121 en 157-158.
122 NZ Law Comm. 2001, p. 157-158 en 160-163.
123 NZ Law Comm. 2001, p. 162.

eerlijk en competent kunnen worden aangemerkt. Verwacht werd dat dit lastig zou zijn.[124] Mogelijk heeft deze kritiek er mede toe geleid dat in de (*Draft) Insolvency Law Reform Bill* en de daaruit afgeleide *Companies Amendment Act 2006* geen voorstellen dienaangaande zijn opgenomen.

In het algemene vennootschapsrecht werd de mogelijkheid tot consolidatie in 1980 geïntroduceerd door invoeging van de artikelen 315B en 315C in de *New Zealand Companies Act 1955* (hierna: CA 1955).[125] De regeling werd ingevoerd naar aanleiding van voorstellen gedaan in het zogenaamde MacArthur *Report* van 1977.[126] Het comité dat dit rapport had opgesteld en dat werd voorgezeten door MacArthur, was door de *New Zealand Society of Accountants* gewezen op misbruiken in concernverhoudingen. Meer precies op praktijken waarbij goederen van insolvente vennootschappen tegen een inadequate vergoeding werden overgedragen aan verbonden vennootschappen, waardoor de crediteuren van de overdragende vennootschappen werden benadeeld wanneer hun schuldenaar na enige tijd werd geliquideerd.[127]

Het huidige insolventierecht dat betrekking heeft op vennootschappen is neergelegd in de *Companies Act 1993* (hierna: CA 1993 (NZ)).[128] De mogelijkheid tot samengevoegde afwikkeling van faillissementen van onderling verbonden vennootschappen is enigszins gewijzigd ten opzichte van de regeling in de CA 1955 opgenomen in de artikelen 271(1)(b) en 272(2) en (3) CA 1993 (NZ).[129] In beginsel wordt in het hierna volgende enkel nog aandacht besteed aan deze algemene regeling.

3.1.3.2. Doelstellingen

Doel van de vennootschapsrechtelijke regeling is gezien de geschiedenis van de bepaling enerzijds het in concernverhoudingen tegengaan van misbruik van rechtspersoonlijkheid en misbruik van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid ten koste van de crediteuren van de vennootschappen. Anderzijds is tevens van belang dat consolidatie de afwikkeling van faillissementen van onderling verbonden vennootschappen kan vereenvoudigen. In de zaak *Re Pacific Syndicates (NZ) Ltd*. merkte Hardie Boys J. op dat artikel 315B CA 1955 een waardevolle

124 Charles River Associates 2001, p. 30, nr. 64.

125 Deze art. werden ingevoegd door art. 30 van de *Companies Amendment Act 1980*. Later zijn de bepalingen opgenomen in de art. 245 en 246 van de CA 1955. Vgl. de *Companies Amendment Act 1993*, die op 1 juli 1994 in werking is getreden.

126 Report on the Reform of Companies, 1977. Zie: Farrar & Darroch 1995, p. 241; Farrar *C.&S.L.J.* 1998, p. 195 en idem 2001, p. 242.

127 Ontleend aan Farrar & Darroch 1995, p. 241; Farrar *C.&S.L.J.* 1998, p. 195 en idem 2001, p. 242.

128 NB In de *Insolvency Act 1967*, welke wet naar verwachting in december 2007 wordt vervangen door de *Insolvency Act 2006*, is het insolventierecht neergelegd dat betrekking heeft op natuurlijke personen (Borrowdale (red.) 2000, p. 699-700). Brown stelt dat een harmonisatie tussen beide regelingen op zijn plaats is: Brown 2000, p. 58-59. Enkel wanneer een natuurlijk persoon failliet gaat spreekt men in Nieuw-Zeeland van *bankruptcy*.

129 Zie voor de tekst van deze bepalingen bijlage IIIA.

maatregel bood die was ontworpen om de liquidatie in het belang van alle betrokkenen te vereenvoudigen en waarvan de wetgever moet worden vermoed eerder een ruime dan een beperkte toepassing voor te staan.[130]

De *statutory management*procedure is, zoals eerder opgemerkt, gericht op het aanpakken van frauduleus handelen en het beschermen van het algemeen belang. Evenwel ziet zij ook op het aanpakken van ernstige (betalings)problemen bij groepen vennootschappen en het beschermen van crediteuren van vennootschappen, artikel 4 CIMA 1989.[131]

3.1.4 Ierland

3.1.4.1 Achtergrond

In Ierland is consolidatie van (failliete) boedels evenals in Nieuw-Zeeland wettelijk geregeld, zij het pas sinds 1991.[132] Artikel 141 van de *Companies Act 1990* (hierna: CA 1990 (IE)) regelt de zogenaamde *pooling of assets* van twee of meer verbonden vennootschappen (*related companies*[133]) die worden geliquideerd (*be wound up*). De Ierse regeling inzake consolidatie is geïnspireerd op de Nieuw-Zeelandse regeling, zoals die was neergelegd in de artikelen 315B en 315C CA 1955. Dit wordt met name duidelijk wanneer men kijkt naar de Ierse procedurele bepalingen en de bepalingen aangaande de rechten van de diverse crediteuren. In Nieuw-Zeeland zijn deze bepalingen in 1993 geschrapt.[134]

In Ierland is weinig over deze mogelijkheid tot samengevoegde afwikkeling geschreven. Evenmin heb ik gepubliceerde arresten kunnen vinden waarin artikel 141 CA 1990 (IE) is toegepast. Desalniettemin wordt af en toe van de bepaling gebruik gemaakt. Dit blijkt ook uit het Jaarverslag over 2004 van het *Office of the Director of Corporate Enforcement*[135], waarin op pagina 27 wordt gesproken over het effect van een *pooling order* op de toepassing van artikel 56 CA 1990. Kort

---

130 *Re Pacific Syndicates (NZ) Ltd*. (in liq.) (1989) 4 NZCLC 64, 757.

131 Brown 2000, p. 30. Zie voor de voorwaarden c.q. gronden voor het instellen van een *statutory management* procedure de art. 39 en 40 CIMA 1989.

132 De Companies Act 1990 stamt uit 1990, maar delen van de wet - waaronder de art. 140 en 141 - zijn pas op 1 augustus 1991 in werking getreden: S.I. No. 117/1991: Companies Act, 1990 (commencement) (no. 2) order, 1991.

133 Het begrip *related company* wordt gedefinieerd in art. 3 jo. art. 140(5) CA 1990. Zie over dit begrip verder paragraaf 3.2.1.

134 Zij het dat wel wordt betoogd dat het schrappen van deze bepalingen in de Nieuw-Zeelandse insolventiepraktijk geen verandering teweeg heeft gebracht, zie o.a. Borrowdale 1998, p. 93-94 en CASAC 2000, p. 168, nt. 610.

135 Het Office of the Director of Corporate Enforcement (ODCE) is onder de *Company Law Enforcement Act 2001* opgericht in november van dat jaar. Daartoe was besloten nadat onderzoek had aangetoond dat in Ierland onvoldoende mogelijkheden en middelen bestonden om toezicht te houden op de naleving van het Ierse vennootschapsrecht en om de naleving daarvan af te dwingen. Kerntaken van het ODCE zijn dan ook (1) bevordering van de naleving van het vennootschapsrecht en (2) handhaving van het vennootschapsrecht door overtredingen daarvan op te sporen en aan te pakken.

gezegd verplicht dit artikel – gelezen in samenhang met artikel 53 CA 1990 (IE) – bestuurders van een vennootschap tot mededeling aan de vennootschap van het feit dat zij aandelen of opties op aandelen in de vennootschap hebben of deze juist van de hand willen doen. Een *liquidator* had zich tot het *Office* gewend met de vraag hoe dit artikel moest worden toegepast ten aanzien van de vennootschappen waarvan hij de liquidaties samengevoegd aan het afwikkelen was. Gezien de voorwaarden die de rechter aan de samengevoegde afwikkeling had verbonden, was volgens het *Office* slechts één mededeling vereist.

In Ierland is men ten tijde van de afronding van dit proefschrift bezig om de verschillende *Companies Acts* samen te voegen in één wet, de zogenaamde *Consolidated Companies Act*. Voor zover thans te overzien wordt artikel 141 CA 1990 (IE) daarin opgenomen met enkele aanpassingen op ondergeschikte punten.[136]

3.1.4.2 Doelstellingen

Hoewel consolidatie een vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen met zich kan brengen, lijkt in Ierland het aanpakken van frauduleus handelen de centrale achterliggende doelstelling te zijn van artikel 141 CA 1990 (IE). Tijdens parlementaire debatten over de ontwerpwet merkte Mr. Lydon bijvoorbeeld op dat het latere artikel 141:

> '(…) should not be used where the liquidation arises as a result of misfortune or bad judgement, rather than fraudulent or improper dealings.'[137]

3.1.5 Afsluitende opmerkingen

In alle onderzochte landen blijkt de creatie van een mogelijkheid tot samengevoegde afwikkeling een reactie te zijn op ontwikkelingen in de praktijk. Daarbij kunnen grofweg twee soorten reacties worden onderscheiden. Aan de ene kant reacties op onbehoorlijk of zelfs frauduleus handelen van onderling verbonden vennootschappen en soms ook natuurlijke personen. Aan de andere kant reacties op het tussen vennootschappen en andere rechtssubjecten bestaan van zodanig nauwe organisatorische en financiële banden, dat in geval van faillissement hun vermogens en activiteiten niet of zeer moeilijk kunnen worden gescheiden. In het eerste geval kan consolidatie worden aangemerkt als een herstellende maatregel,

136 Zie het voorstel voor een *Companies Bill*, zoals opgenomen op de website van de *Company Law Review Group*, Deel A11, *Winding Up*, artikel 38, <http://www.clrg.org/>, geraadpleegd 6 mei 2007. De *Company Law Review Group* is een adviesorgaan dat is belast met het adviseren van de *Minister for Enterprise, Trade and Employment* aangaande de heroverweging en de ontwikkeling van het vennootschapsrecht in Ierland. De groep is als adviesorgaan aangewezen in de *Company Law Enforcement Act 2001* (deel 7). Iedere twee jaar ontvangt de groep een werkprogramma van de minister aangaande kwesties die bestudering verdienen.

137 Seanad Éireann – Volume 116 – 17 june 1987 – Companies (No. 2) Bill, 1987: Second Stage (Resumed).

zoals wel naar voren komt in Franse zaken aangaande fictieve vennootschappen. Beoogd wordt het frauduleus wegsluizen van activa ongedaan te maken en de verhaalsmogelijkheden van crediteuren te herstellen. In het tweede geval heeft consolidatie een meer praktische oorsprong met een billijkheidsinslag. Beoogd wordt hier een vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen mogelijk te maken en te voorkomen dat een arbitraire verdeling van vermogensbestanddelen plaatsvindt. Beide hiervoor omschreven reacties kunnen niet altijd strikt worden gescheiden. Zij gaan dikwijls hand in hand. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een geval waarin een vennootschap goederen via niet *at arm's length* plaatsvindende intercompany-transacties wegsluist naar haar dochtermaatschappij, zonder dat de transacties in hun boekhoudingen worden verwerkt. Wanneer beide vennootschappen vervolgens failliet worden verklaard, zal moeilijk te achterhalen zijn welke vennootschap recht heeft op welke aangetroffen activa. Consolidatie zou in dat geval een vereenvoudiging van de afwikkeling van beide faillissementen teweeg brengen en eveneens leiden tot ongedaanmaking van het op onbehoorlijke wijze verplaatsten van activa.

Uiteindelijk is het doel van consolidatie steeds het dienen van de belangen van de crediteuren van de gefailleerde(n).

3.2 Reikwijdte van samengevoegde afwikkeling

3.2.1 Aard van het rechtssubject

In een aantal van de onderzochte landen worden niet enkel boedels van failliete kapitaalvennootschappen samengevoegd afgewikkeld, maar soms ook de boedel van een kapitaalvennootschap en de boedel van een natuurlijk persoon. Ook komt het voor dat boedels van enkel natuurlijke personen geconsolideerd worden vereffend of boedels van personenvennootschappen met die van natuurlijke personen.

In Frankrijk kan uitbreiding annex consolidatie op basis van de in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen regeling in beginsel onder meer plaatsvinden tussen natuurlijke personen[138], vennootschappen[139], een natuurlijk persoon en een vennootschap[140], een maatschap (*société civile*) en een kapitaalvennootschap[141] en verenigingen (*associations*).[142]

Campana, Dizel & Fernandez betogen evenwel dat een natuurlijk persoon enkel bij een uitbreiding annex consolidatie van een insolventieprocedure betrok-

138 Bijvoorbeeld: Cass. com. 28 november 1978, *Bull. civ.* IV, p. 232, nr. 283; *D.* 1979, IR, p. 233.
139 Bijvoorbeeld: Cass. com. 8 februari 1994, *Rev. soc.* 1995, p. 100, m.nt. Honorat & Romani.
140 Bijvoorbeeld: Cass. com. 30 juni 1964, *Bull. civ*. III, p. 296, nr. 342; *RtDCom*. 1965, p. 167, m.nt. Houin en Cass. com. 26 maart 1985, *D.* 1985, IR, p. 491, m.nt. Honorat.
141 Bijvoorbeeld: Cass. com. 12 oktober 1993, *Rev. soc.* 1994, p. 326, m.nt. Saintourens.
142 Bijvoorbeeld: CA Parijs 10 maart 1987, *Rev. soc*. 1987, p. 276, m.nt. Honorat; *D.* 1987, som., p. 237, m.nt. Honorat.

ken moet kunnen worden wanneer deze actief heeft bijgedragen aan het ontstaan van de vermogensvermenging[143], zijnde een van de twee in Frankrijk geaccepteerde gronden voor consolidatie.[144] Deze eis wordt in de jurisprudentie evenwel niet genoemd en lijkt ook in de doctrine verder niet te worden erkend. Bovendien zij hier nogmaals gewezen op het betoog van Gisserot dat indien samengevoegd wordt afgewikkeld wegens het bestaan van vermogensvermenging er ten minste één rechtspersoon bij betrokken moet zijn.[145] Ook dit betoog vindt geen steun in de jurisprudentie[146] en bij andere Franse auteurs[147] en moet derhalve eveneens worden verworpen. Wel zij erop gewezen dat uitbreiding annex consolidatie wegens het bestaan van een fictieve vennootschap betrokkenheid vereist van een rechtspersoon.[148]

In de Verenigde Staten is de aard van de betrokken rechtssubjecten voor consolidatie in beginsel evenmin van belang. Natuurlijke personen, rechtspersonen, maatschappen (*partnerships*), etc. kunnen alle het voorwerp zijn van een samengevoegd afgewikkeld faillissement. Ook kunnen de boedels van verschillende typen rechtssubjecten samengevoegd worden afgewikkeld.[149] Zo kan de boedel van een natuurlijk persoon worden samengevoegd met de boedel van een verbonden vennootschap.[150]

Opgemerkt moet daarbij wel worden dat 11 U.S.C. § 302, voor zover kan worden aangenomen dat deze bepaling samengevoegde afwikkeling mogelijk maakt[151], enkel ziet op samengevoegde afwikkeling tussen echtelieden.

Een duidelijke afbakening van het type rechtssubjecten waarvan de boedels onder omstandigheden geconsolideerd kunnen worden, heeft in Frankrijk en de Verenigde Staten derhalve niet plaatsgevonden. Dit kan mogelijk worden verklaard door de omstandigheid dat consolidatie in beide landen een in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen oplossing is voor in de praktijk opgekomen problemen bij de afwikkeling van boedels van onderling verbonden rechtssubjecten. Deze problemen hebben met name betrekking op vermogensvermenging, mis-

143 Campana, Dizel & Fernandez 1996 Rép. soc. – Entreprise en difficulté, p. 25, nr. 254.

144 Zie over de grondslagen en voorwaarden voor consolidatie hierna hoofdstuk 4.

145 Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 51, nr. 6.

146 Bijvoorbeeld: Cass. com. 17 juni 1980, *Bull. civ.* 1980, p. 209, nr. 258; *D.* 1981, IR, p. 202, m.nt. Honorat; *RtDCom.* 1981, p. 603, m.nt. Merle.

147 Zie o.a. Pétel, noot onder CA Versailles, 29 maart 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 563.

148 Jacquemont 2007, p. 90, nr. 151.

149 *FDIC v. Colonial Realty Co*., 966 F.2d 57, 60 (2d Cir. 1992), onder verwijzing naar 5 Collier on Bankruptcy 1100-06[1], op 1100-34-1100-35 (15e ed. 1991): 'In substantive consolidation cases, the relationship between [the] entities … is far more important than the nature of such entities. Thus, the assets and liabilities of an individual debtor and an affiliated corporation can be consolidated as can assets and liabilities of (i) an individual and one or more partnerships, (ii) affiliated partnerships, (iii) affiliated partnerships and corporations, and (iv) affiliated corporations. … The result is that substantive consolidation cases are to a great degree *sui generis*.'

150 Bijvoorbeeld: *In re Manzey Land & Cattle Co*., 17 B.R. 332 (Bankr. D. S.D. 1982).

151 Zie: paragraaf 3.1.1.1.

bruik van rechtspersoonlijkheid en in beperkte mate misbruik van het beginsel van beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders. Vermogensvermenging kan ieder onzorgvuldig rechtssubject treffen dat een eigen vermogen in stand kan houden. De jurisprudentiële insteek maakt het relatief eenvoudig om op dit gegeven in te spelen. Anders is dit bij misbruik van rechtspersoonlijkheid en het beginsel van beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders. Wil daarvan sprake zijn dan is ten minste de betrokkenheid van één door de wet gecreëerde, geïncorporeerde entiteit vereist.

In Frankrijk en de Verenigde Staten heeft – zoals wij nog zullen zien – de opkomst van onderling in een groep verbonden vennootschappen wel een rol gespeeld bij de beoordeling van de gerechtvaardigdheid van consolidatie. Tot op heden heeft deze ontwikkeling evenwel niet de vraag opgeroepen of voor in een groep verbonden vennootschappen een speciale consolidatieregeling zou moeten gelden, waarvan de reikwijdte mede wordt bepaald door het gebruik en de definiëring van begrippen zoals 'dochtermaatschappij' en 'controlerende invloed'. Dit is anders in Nieuw-Zeeland en Ierland.

De Nieuw-Zeelandse en Ierse consolidatieregelingen hebben enkel betrekking op verbonden vennootschappen (*related companies*[152]). In Nieuw-Zeeland geeft artikel 2 CA 1993 (NZ) de volgende definitie:

> '(1) (…) "Related company" has the meaning set out in subsection (3) of this section: (…)
> (3) In this Act, a company is related to another company if-
> (a) The other company is its holding company or subsidiary; or
> (b) More than half of the issued shares of the company, other than shares that carry no right to participate beyond a specified amount in a distribution of either profits or capital is held by the other company and companies related to that other company (whether directly or indirectly, but other than in a fiduciary capacity); or
> (c) More than half of the issued shares, other than shares that carry no right to participate beyond a specified amount in a distribution of either profits or capital, of each of them is held by members of the other (whether directly or indirectly, but other than in a fiduciary capacity); or
> (d) The businesses of the companies have been so carried on that the separate business of each company, or a substantial part of it, is not readily identifiable; or
> (e) There is another company to which both companies are related; - and "related company" has a corresponding meaning.
> (4) For the purposes of subsection (3) of this section, a company within the meaning of section 2 of the Companies Act 1955 is related to another company if, were it a company within the meaning of subsection (1) of this section, it would be related to that other company.'

152 Nieuw-Zeeland: art. 271(1)(b) CA 1993 (NZ); Ierland: art. 141(1) CA 1990 (IE).

Voor een goed begrip van het in artikel 2(3)(a) CA 1993 (NZ) gestelde zijn de definities van *subsidiary* en *holding company* van belang; deze zijn opgenomen in artikel 5 CA 1993 (NZ):

> '(1) For the purposes of this Act, a company is a subsidiary of another company if, but only if,-
> (a) That other company-
> (i) Controls the composition of the board of the company; or
> (ii) Is in a position to exercise, or control the exercise of, more than one-half the maximum number of votes that can be exercised at a meeting of the company; or
> (iii) Holds more than one-half of the issued shares of the company, other than shares that carry no right to participate beyond a specified amount in a distribution of either profits or capital; or
> (iv) Is entitled to receive more than one-half of every dividend paid on shares issued by the company, other than shares that carry no right to participate beyond a specified amount in a distribution of either profits or capital; or
> (b) The company is a subsidiary of a company that is that other company's subsidiary.
> (2) For the purposes of this Act, a company is another company's holding company, if, but only if, that other company is its subsidiary.
> (3) In this section and sections 7 and 8 of this Act, the expression "company" includes a body corporate.'[153]

Voor de definiëring van het begrip 'verbonden vennootschap' wordt in Nieuw-Zeeland – via het begrip 'dochtervennootschap' – blijkens het bovenstaande aangeknoopt bij zeggenschaps- en stemrechten, vergelijkbaar met de definiëring van het begrip dochtervennootschap in het Nederlandse artikel 2:24a(1) BW. Daarnaast wordt aangeknoopt bij kapitaalverschaffing, een criterium dat men in Nederland heeft verlaten voor de definiëring van het begrip 'dochtervennootschap'[154], maar dat nog steeds wordt gebruikt voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een deelneming (artikel 2:24c(1) BW) of een afhankelijke maatschappij (artikel 2:152/262(a) BW). Verder wordt voor de definiëring van het begrip 'verbonden vennootschap' aangeknoopt bij het in Nederland op dit gebied onbekende criterium van winst- en uitkeringsrechten. Maar het meest opmerkelijk is toch wel dat vennootschappen als met elkaar verbonden worden aangemerkt wanneer hun ondernemingen zodanig zijn gedreven dat de activiteit van iedere afzonderlijke vennootschap niet meer eenvoudig kan worden aange-

153 Voorts geeft artikel 6 CA 1993 (NZ) een *extended meaning of 'subsidiairy'*: 'For the purposes of this Act, a company within the meaning of section 2 of the Companies Act 1955 is a subsidiary of another company if, were it a company within the meaning of section 2 of this Act, it would be a subsidiary of that other company.'

154 Dit, naar aanleiding van de Zevende Richtlijn inzake het vennootschapsrecht, nr. 83/349/EEG, *PbEG* 1983, L193/1.

wezen. Dit is een vage maatstaf. Hoeveel onderzoek mag bijvoorbeeld worden verricht alvorens kan worden aangenomen dat van een eenvoudige scheiding geen sprake meer is? In verband met de consolidatieregeling is dit criterium bovendien opmerkelijk, omdat de mate waarin de ondernemingen van de vennootschappen zijn samengevoegd een omstandigheid is waar de rechter in een later stadium ook rekening mee moet houden bij de beslissing of consolidatie op haar plaats is.[155]

De Nieuw-Zeelandse consolidatieregeling is thans derhalve beperkt tot onderling verbonden vennootschappen. In 2001 heeft de *NZ Law Commission* echter in het kader van de voorgestelde wijzigingen in de *statutory management*procedure opgemerkt dat – gezien het feit dat ook niet-geïncorporeerde entiteiten voorwerp van de *statutory management*procedure kunnen zijn – het noodzakelijk kan zijn om specifieke wetgeving te creëren die een geconsolideerde afwikkeling van faillissementen van deze entiteiten mogelijk maakt.[156]

In Ierland, waar de regeling inzake consolidatie is afgeleid van de Nieuw-Zeelandse regeling, blijkt ook de definiëring van het begrip 'verbonden vennootschap' en daarmee de reikwijdte van de bepaling nauw aan te sluiten bij de Nieuw-Zeelandse bepalingen.

Artikel 3 van de Ierse CA 1990 bepaalt dat *related company* overeenkomstig het bepaalde in artikel 140 CA 1990 (IE) moet worden gedefinieerd. Artikel 140 CA 1990 (IE) bepaalt in lid 5 het volgende:

> 'For the purposes of this Act, a company is related to another company if:
> (a) that other company is its holding company or subsidiary; or
> (b) more than half in nominal value of its equity share capital (as defined in section 155 (5) of the Principal Act[157]) is held by the other company and companies related to that other company (whether directly or indirectly, but other than in a fiduciary capacity); or
> (c) more than half in nominal value of the equity share capital (as defined in section 155 (5) of the Principal Act) of each of them is held by members of the other (whether directly or indirectly, but other than in a fiduciary capacity); or
> (d) that other company or a company or companies related to that other company or that other company together with a company or companies related to it are entitled to exercise or control the exercise of more than one half of the voting power at any general meeting of the company; or
> (e) the business of the companies have been so carried on that the separate business of each company, or a substantial part thereof, is not readily identifiable; or

155 Zie: art. 272(2)(d) CA 1993 (NZ).

156 NZ Law Comm. 2001, p. 162.

157 Dat is de Companies Act 1963; zie art. 3 CA 1990 (IE). Art. 155 (5) CA 1963 bepaalt: '(…)"equity share capital" means, in relation to a company, its issued share capital excluding any part thereof which, neither as respects dividends nor as respects capital, carries any right to participate beyond a specified amount in a distribution.'

(f) there is another company to which both companies are related; and "related company" has a corresponding meaning.'

Voorts bepaalt lid 6 van dit artikel:

'For the purpose of this section "company" includes any body which is liable to be wound up under the Companies Acts (…).'

De begrippen *subsidiary* en *holding company* (vergelijk hiervóór artikel 140(5)(a) CA 1990 (IE)) worden niet gedefinieerd in de CA 1990 (IE). Wél is een definitie opgenomen in artikel 155 CA 1963. Omdat artikel 1 CA 1990 (IE) bepaalt dat de CA 1963 tot en met 1986 en de CA 1990 (IE) als één wet moeten worden aangemerkt, gelden hier nog de in artikel 155 CA 1963 opgenomen definities. Artikel 155 CA 1963 bepaalt dat:

'(1) For the purposes of this Act, a company shall, subject to subsection (3), be deemed to be a subsidiary of another if, but only if-
(a) that other-
(i) is a member of it and controls the composition of its board of directors, or
(ii) holds more than half in nominal value of its equity share capital, or
(iii) holds more than half in nominal value of its shares carrying voting rights (other than voting rights which arise only in specified circumstances); or
(b) the first-mentioned company is a subsidiary of any company which is that other's subsidiary.
(2) For the purposes of subsection (1), the composition of a company's board of directors shall be deemed to be controlled by another company if, but only if, that other company by the exercise of some power exercisable by it without the consent or concurrence of any other person can appoint or remove the holders of all or a majority of the directorships; but for the purposes of this provision that other company shall be deemed to have power to appoint to a directorship in relation to which any of the following conditions is satisfied-
(a) that a person cannot be appointed thereto without the exercise in his favour by that other company of such power as aforesaid; or
(b) that a person's appointment thereto follows necessarily from his appointment as director of that other company.
(3) In determining whether one company is a subsidiary of another-
(a) any shares held or power exercisable by that other in a fiduciary capacity shall be treated as not held or exercisable by it;
(b) subject to paragraphs (c) and (d), any shares held or power exercisable-
(i) by any person as a nominee for that other (except where that other is concerned only in a fiduciary capacity); or
(ii) by, or by a nominee for, a subsidiary of that other, not being a subsidiary which is concerned only in a fiduciary capacity; shall be treated as held or exercisable by that other;

(c) any shares held or power exercisable by any person by virtue of the provisions of any debentures of the first-mentioned company or of a trust deed for securing any issue of such debentures shall be disregarded;
(d) any shares held or power exercisable by, or by a nominee for, that other or its subsidiary (not being held or exercisable as mentioned in paragraph (c)) shall be treated as not held or exercisable by that other if the ordinary business of that other or its subsidiary, as the case may be, includes the lending of money and the shares are held or power is exercisable as aforesaid by way of security only for the purposes of a transaction entered into in the ordinary course of that business.
(4) For the purposes of this Act, a company shall be deemed to be another's holding company if, but only if, that other is its subsidiary.
(5) In this section "company" includes any body corporate (…).'

De definities van het begrip 'verbonden vennootschap' zijn in Ierland en Nieuw-Zeeland vrijwel identiek. Het verschil zit vooral in artikel 140(5)(d) CA 1990 (IE), dat een stemrechtcriterium kent voor het begrip 'verbonden vennootschap'. Deze bepaling is vergelijkbaar, doch ruimer dan het Nieuw-Zeelandse artikel 5(1)(a)(ii) CA 1993, welke artikel bovendien een concretisering is van het begrip 'dochtervennootschap', welk begrip op zijn beurt een concretisering is van het begrip 'verbonden vennootschap'. Daarnaast moet worden gewezen op artikel 140(5)(a) CA 1990 (IE) dat evenals artikel 2(3)(a) CA 1993 (NZ) bepaalt dat dochter- en holdingmaatschappijen worden aangemerkt als met elkaar verbonden vennootschappen. Echter, het begrip dochtervennootschap is in Ierland enigszins anders gedefinieerd dan in Nieuw-Zeeland. Met name valt op dat het criterium van winst- en uitkeringsrechten in Ierland ontbreekt, vergelijk artikel 5(1)(a)(iv) CA 1993 (NZ).

Uit het voorgaande volgt dat in de Verenigde Staten en Frankrijk waar jurisprudentiële regelingen gelden de aard van de bij een consolidatie betrokken rechtssubjecten en de vraag of zij tot een en dezelfde groep behoren geen bepalende rol speelt bij beoordeling van een consolidatie verzoek. In Nieuw-Zeeland en Ierland waar dienaangaande wettelijke bepalingen gelden, is dit anders. Daar is slechts samengevoegde afwikkeling mogelijk van faillissementen die zijn geopend ten aanzien van onderling verbonden vennootschappen. De vraag of een dergelijke groepseis moet worden opgenomen in een Nederlandse regeling aangaande samengevoegde afwikkeling, wordt beantwoord in hoofdstuk 8.

In de hierna volgende hoofdstukken zal in beginsel enkel aandacht worden besteed aan consolidatie tussen kapitaalvennootschappen. Zij het dat in de Verenigde Staten en Frankrijk voor wat betreft de voorwaarden en de gevolgen van consolidatie doorgaans geen wezenlijk onderscheid wordt gemaakt tussen consolidaties aangaande natuurlijke personen, rechtspersonen of personenvennootschappen. Daardoor kunnen de Amerikaanse en Franse literatuur en jurisprudentie die in dit boek worden aangehaald ook betrekking hebben op consolidaties waarbij natuurlijke personen, personenvennootschappen en/of andere rechtspersonen dan

kapitaalvennootschappen zijn betrokken. Indien dit voor een juist begrip noodzakelijk is, zal worden aangegeven wanneer (naast kapitaalvennootschappen) andere rechtssubjecten het voorwerp zijn van de consolidatie.

3.2.2 Faillissements- versus reorganisatieprocedure

In Nieuw-Zeeland heeft de in de wet neergelegde consolidatieprocedure van oudsher enkel betrekking op liquidaties (*liquidations*). Evenwel betreft het dan niet enkel faillissementen. Ook liquidaties die een andere oorzaak hebben dan insolventie vallen onder de regeling.[158] In het kader van een herziening van het Nieuw-Zeelandse insolventierecht is meer recent bovendien besloten om samengevoegde afwikkeling van de nieuw in te voeren *voluntary administration procedure* mogelijk te maken.[159]

De Ierse regeling, die is gebaseerd op de Nieuw-Zeelandse regeling terzake, heeft eveneens enkel betrekking op liquidaties (*companies being wound up*). Ook deze regeling heeft als ik het goed zie niet alleen betrekking op faillissementen, maar tevens op liquidaties die een andere oorzaak hebben dan insolventie van de vennootschap.[160]

In de Verenigde Staten en Frankrijk is dit alles anders en zijn bij een consolidatie regelmatig vennootschappen betrokken die het voorwerp zijn van een reorganisatieprocedure. In de Verenigde Staten wordt in het kader van samengevoegde afwikkeling weinig waarde gehecht aan het onderscheid tussen reorganisatieprocedures (*chapter 11 procedures*) en faillissementsprocedures (*chapter 7 procedures*). Voor consolidatie is niet vereist dat rechtssubjecten waarvan de boedels worden geconsolideerd onderworpen zijn aan hetzelfde type insolventieprocedure. Het is daarom mogelijk de boedel van een in faillissement verkerende vennootschap te consolideren met de boedel van een reorganiserende vennootschap, zij het dat dit tot zeer veel praktische moeilijkheden kan leiden.[161]

Naast uitbreiding van een insolventieprocedure naar een vennootschap die zelf niet het voorwerp is van een dergelijke procedure, kan in Frankrijk een reorganisatieprocedure (*redressement judiciaire*) worden uitgebreid naar een vennootschap die reeds het voorwerp is van een reorganisatieprocedure, waarna beide procedures samengevoegd worden afgewikkeld.[162] Tevens kan een faillissementsprocedure (*liquidation judiciaire*) worden uitgebreid naar een vennootschap die reeds het voorwerp is van een reorganisatie- of faillissementsprocedure om

158 Zie aangaande de opening van een liquidatieprocedure art. 241 CA 1993 (NZ).

159 Zie *Part 15A – Voluntary Administration, Subpart 21* dat in de CA 1993 (NZ) is geïntroduceerd door de *Companies Amendment Act 2006*, welke wet naar verwachting in oktober 2007 in werking treedt, zie *Personal Insolvency and Companies (Voluntary Administration) Regulations – Cabinet Paper*, paragraaf 91-92, gepubliceerd op 3 juli 2007, <http://www.med.govt.nz>, geraadpleegd op 30 augustus 2007.

160 Zie art. 1(3) CA 1990 (IE) jo. art. 206 CA 1963 en de art. 213 en 251 CA 1963.

161 18 Alaska Bar Rag. No. 2 (Mar/April 1994), <http://touchngo.com/lglcntr/usdc/bnkrptcy/briefs/bnk24.htm>, laatstelijk geraadpleegd op 3 maart 2006.

162 Cass. com. 4 januari 2000, *Bull. civ.* IV, p. 2, nr. 3; *D.* 2000, AJ, p. 72, m.nt. Lienhard.

deze vervolgens samengevoegd af te wikkelen.[163] Het is echter niet mogelijk om een reorganisatieprocedure uit te breiden naar een vennootschap die reeds het voorwerp is van een faillissementsprocedure. Hetzelfde lijkt te gelden voor wat betreft uitbreiding van een *sauvegarde* naar een vennootschap die het voorwerp is van een faillissementsprocedure. Evenmin lijkt het mogelijk een *sauvegarde* uit te breiden naar een vennootschap die is betrokken in een reorganisatieprocedure.[164]

Ik zal mij in het hierna volgende concentreren op het samengevoegd afwikkelen van faillissementen. Maar omdat in de Amerikaanse en Franse consolidatieregelingen geen wezenlijk belang wordt gehecht aan de omstandigheid dat een vennootschap failliet is verklaard of juist in een reorganisatieprocedure is betrokken, zal hierna aangehaalde jurisprudentie soms toch betrekking hebben op reorganisatieprocedures.

3.3 Systematiek

3.3.1 Jurisprudentiële regelingen

3.3.1.1 Verenigde Staten

In de Verenigde Staten is samengevoegde afwikkeling opgekomen en ontwikkeld in de rechtspraak. De bevoegde rechter in insolventiezaken is in eerste aanleg de *Bankruptcy Court*. De *Bankruptcy Court* is een *court of equity*.[165] Zij is een onderdeel van de *United States District Court*, maar zij functioneert doorgaans geheel zelfstandig en wordt feitelijk van de *United States District Court* onderscheiden. Tegen uitspraken van de *Bankruptcy Court* kan men in beroep bij de *District Court* en vervolgens bij de *Circuit Court of Appeals* of de daaraan verbonden *Bankruptcy Appellate Panels*.[166] Tenslotte kan men zich nog tot de *Supreme Court* wenden.

In de Verenigde Staten zijn 94 judiciële districten. Ieder district is vervolgens ondergebracht in een van de 12 regionale circuits. Het is van belang te beseffen dat de interpretatie van het materiële insolventierecht, ondanks dat het federaal recht is, nog wel eens per circuit of zelfs per *Bankruptcy Court* of *District Court* verschilt. Het is in de praktijk derhalve van belang om per rechtsvraag na te gaan hoe het bevoegde rechtscollege en de *Court of Appeals* van het circuit waartoe dit behoort daarover oordelen. Wat betreft samengevoegde afwikkeling bestaat er

163 Cass. com. 4 januari 2000, *Bull. civ.* IV, p. 2, nr. 3; *D.* 2000, AJ, p. 72, m.nt. Lienhard. Zie bijvoorbeeld hetgeen zich afspeelde in Cass. com. 14 november 2000, *D.* 2000, AJ, p. 437.

164 Le Corre 2006, p. 196, nr. 213.21.

165 *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295, 303-304 (1939).

166 De *Circuit Courts of Appeals* kunnen specifieke panels instellen om faillissementsrechtelijke beroepszaken te behandelen: 28 U.S.C. § 158(b).

tussen de rechtscolleges een redelijke consensus. Er worden wel verschillende toetsen gebruikt, maar deze hebben dikwijls onderdelen gemeenschappelijk. Voor zover de interpretatieverschillen opmerkelijk zijn, worden zij in de hierna volgende hoofdstukken vermeld.

In de Verenigde Staten bestaat ten aanzien van de criteria op grond waarvan tot consolidatie kan worden overgegaan derhalve geen absolute consensus. Niet in de jurisprudentie en niet in de literatuur.[167] Toch wordt een aantal toetsen steeds weer gebruikt c.q. keren een aantal criteria steeds weer terug. Soms worden diverse toetsen en criteria zelfs gecombineerd.[168]

Regelmatig gebruiken rechters een factoranalyse, waarbij door de rechter een set factoren in ogenschouw wordt genomen die de onderlinge verbondenheid tussen de vennootschappen weergeeft. Doorgaans geschiedt dit in het kader van een van de hierna nog te bespreken meer concrete toetsen. Deze factoranalyse is geëvolueerd uit oudere jurisprudentie waarin werd onderzocht of de ene vennootschap het alter ego was van de andere vennootschap. Daarbij werden factoren in ogenschouw genomen die vergelijkbaar waren met factoren die in *piercing the veil*-zaken worden onderzocht.[169] Een veel aangehaalde set factoren wordt gevormd door de zogenaamde *Vecco*-factoren. In *In re Vecco Construction Industries, Inc.*[170] was de vraag aan de orde of consolidatie van de reorganisatieprocedures van moedermaatschappij Vecco Construction Industries, Inc. en haar vier dochtermaatschappijen geoorloofd was. De *Bankruptcy Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division* merkte dienaangaande op dat rechters steeds vaker besluiten tot consolidatie omdat ondernemingen in toenemende mate worden ondergebracht in groepen vennootschappen.[171] Uit destijds bestaande jurisprudentie inzake consolidatie leidde de *Bankruptcy Court* vervolgens zeven factoren af die regelmatig als maatstaf worden gebruikt bij de beoordeling van de geoorloofdheid van consolidatie:

> '(…) First, the degree of difficulty in segragating and ascertaining individual assets and liability. Second, the presence or absence of consolidated financial

167 *In re Murray Industries*, 119 B.R. 820, 829 (Bankr. M.D. Fla. 1990).

168 Bijvoorbeeld: *In re D.A. Crabtree*, 39 B.R. 718, 723-725 (Bankr. E.D. Tenn. 1984) (alter ego-toets, factoren genoemd in *In re Vecco Construction Industries, Inc.,* 4 B.R. 407 (Bankr. E.D. Va. 1980) en aanhalen van o.m. de zaken *Soviero v. Franklin National Bank* en *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845 (2d Cir. 845) (met betrekking tot vermogensvermenging)); *In re Murray Industries*, 119 B.R. 820, 828-830 (Bankr. M.D. Fla. 1990) (*balancing test*, factoren genoemd in *In re Vecco Construction Industries, Inc.* en beginselen van diverse andere zaken); *In re Standard Brands Paint Co*., 154 B.R. 563, 571-573 (Bankr. C.D. Cal. 1993) (*Augie/Restivo*- en *Auto-train*-toets, zie hierna) en *In re Eagle-Picher Industries, Inc*., 192 B.R. 903, 905-908 (Bankr. S.D. Ohio 1996) (*Augie/Restivo*- en *Auto-train*-toets, zie hierna).

169 Zie bijvoorbeeld: *In re Gulfco Inv. Corp.*, 593 F.2d 921, 928-929 (10th Cir. 1979) en *In re Tureaud*, 59 B.R. 973, 976 (Bankr. N.D. Okla 1986).

170 *In re Vecco Construction Industries, Inc.*, 4 B.R. 407 (Bankr. E.D. Va. 1980).

171 *In re Vecco Construction Industries, Inc.*, 4 B.R. 407, 409 (Bankr. E.D. Va. 1980).

> statements. Third, the profitability of consolidation at a single physical location. Fourth, the commingling of assets and business functions. Fifth, the unity of interests and ownership between the various corporate entities. Sixth, the existence of parent and inter-corporate guarantees on loans. Seventh, the transfer of assets without formal observance of corporate formalities.'[172]

Deze factoren zijn nadien veelvuldig geciteerd door verschillende rechtscolleges[173], maar zij zijn niet de enige factoren die in ogenschouw worden genomen. Uit de jurisprudentie kunnen ten minste twee andere factoren worden onderscheiden waaraan regelmatig belang wordt gehecht. Ten eerste het vertrouwen van crediteuren op de kredietwaardigheid van de afzonderlijke vennootschappen of het concern als zodanig[174] en ten tweede de integratie van vennootschappen in een economische eenheid.[175] Daarnaast hebben diverse variaties op de *Vecco*-factoren hun intrede gedaan, bijvoorbeeld zes-[176] en tien[177] factoren-testen. Aan een aantal van deze factoren zal in het volgende hoofdstuk afzonderlijk aandacht worden besteed.

In het merendeel van de zaken worden thans zogenaamde *balancing tests* gebruikt om te beoordelen of consolidatie op haar plaats is. Centraal bij deze beoordeling staat dan de vraag of de door de consolidatie optredende voordelen opwegen tegen de ermee gepaard gaande nadelen voor de schuldenaren en de bezwaarmakende crediteuren.[178] Over de vraag *hoe* de diverse van belang zijnde voor- en nadelen tegen elkaar moeten worden afgewogen, bestaat weinig duidelijkheid. De ene keer wordt vereist dat de voordelen verbonden aan consolidatie *heavily outweigh the harm*[179], terwijl de andere keer enkel vereist is dat de voordelen opwegen tegen de nadelen.[180]

---

172 *In re Vecco Construction Industries, Inc.*, 4 B.R. 407, 410 (Bankr. E.D. Va. 1980).

173 O.m. in: *In re Richton Int'l. Corp.,* 12 B.R. 555, 557-558 (Bankr. S.D. N.Y. 1981) en *In re Donut Queen*, 41 B.R. 706, 709 (Bankr. E.D. N.Y. 1984).

174 Bijvoorbeeld: *In re Flora Mir Candy Corp*., 432 F.2d 1060 (2d Cir. 1970).

175 Blumberg e.a. (losbl.), 88-15– 88-18.

176 Bijvoorbeeld: *In re Cooper*, 147 B.R. 678, 684 (Bankr. D. N.J. 1992). Hierin worden zes *Vecco*-factoren genoemd. Niet genoemd wordt: *the profitability of consolidation at a single physical location*-factor.

177 Bijvoorbeeld: *In re Gainesville P-H Properties, Inc.*, 106 B.R. 304, 305-306 (Bankr. M.D. Fla. 1989), waarin de zeven *Vecco*-factoren worden genoemd en daarnaast drie factoren uit de zaak *Pension Benefit Guaranty Corp. v. Ouimet Corp*., 711 F.2d 1085, 1093 (1st Cir. 1983), te weten: (1) de rechtssubjecten hebben dezelfde functionarissen en bestuurders; (2) de dochter doet alleen zaken met haar moeder en (3) beide rechtssubjecten negeren de vereisten voor het afzonderlijke vennootschappelijk bestaan van de dochter.

178 O.m.: *In re Snider Bros., Inc*., 18 B.R. 230, 234 (Bankr. D. Mass. 1982); *In re Auto-train Corp*., 810 F.2d 270, 276 (D.C. Cir. 1987); *In re Murray Industries*, 119 B.R. 820, 829 en 832 (Bankr. M.D. Fla. 1990) en *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd*., 935 F.2d 245, 249 (11th Cir. 1991).

179 Bijvoorbeeld: *Continental Vending Machine Corp.*, 517 F.2d 997, 1001 (2d Cir. 1975), *cert. denied sub nom, James Talcott, Inc. v. Wharton*, 424 U.S. 913 (1976).

180 Bijvoorbeeld: *In re Donut Queen*, 41 B.R. 706, 709 en 711 (Bankr. E.D. N.Y. 1984) en *In re Crown Machine & Welding, Inc*., 100 B.R. 25, 27 (Bankr. D. Mont. 1989).

Regelmatig worden naast deze *balancing tests* op enig moment de *Vecco*-factoren in ogenschouw genomen, waarbij niet kan worden gezegd dat één bepaalde (combinatie van) factor(en) steeds van doorslaggevend belang is. Ieder geval moet afzonderlijk, op zijn eigen merites worden beoordeeld.[181] Ook is niet vereist dat alle factoren kunnen worden teruggevonden in de omstandigheden van het specifieke geval.[182] Wanneer een *balancing test* wordt toegepast, vindt in ieder geval afzonderlijk een afweging plaats, waarbij steeds – afhankelijk van het feitencomplex – andere factoren worden benadrukt.[183, 184]

Er zijn diverse rechtscollege's die een meer concrete consolidatietoets hebben ontwikkeld waarbij op enig moment een *balancing test* wordt toegepast. Daarvan zijn de drie bekendste de *Auto-train*-toets, de *Silver Falls*-toets en de *Reider*-toets. Deze drie toetsen worden hierna kort beschreven, waarna ten slotte aandacht wordt besteed aan een andere bekende Amerikaanse consolidatietoets, te weten de *Augie/Restivo*-toets.

De Auto-train-toets van de U.S. Court of Appeals for the District of Columbia
In de bekende *Auto-train*-zaak[185] heeft de *Court of Appeals for the District of Columbia* in 1987 de volgende toets gehanteerd:

1. Er moet sprake zijn van een wezenlijke identiteit tussen de te consolideren rechtssubjecten, en
2. Consolidatie is noodzakelijk om enig nadeel te voorkomen of om enig voordeel te genereren.
3. Wanneer degene die om consolidatie verzoekt bovengenoemde twee factoren *prima facie*[186] kan aantonen, rijst het vermoeden dat de crediteuren niet hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van één der betrokken rechtssubjecten.[187] Een crediteur, die zich tegen consolidatie wil verzetten mag vervolgens nog aantonen (a) dat hij heeft vertrouwd op de kredietwaardigheid van één van de rechtssubjecten afzonderlijk en (b) dat hij nadeel zal ondervinden van de consolidatie. Slaagt de crediteur daarin, dan kan de rechter enkel tot consolidatie overgaan, indien hij vaststelt dat de aangetoonde met de consolidatie

181 Men pleegt wel te spreken over een *sui generis* beoordeling. Vgl. *In re Cooper*, 147 B.R. 678, 682 (Bankr. D. N.J. 1992); *In re Snider Bros., Inc*., 18 B.R. 230, 234 (Bankr. D. Mass. 1982) en *In re Augie/Restivo Baking Co., Ltd*., 84 B.R. 315, 321 (Bankr. E.D. N.Y. 1988), waarin wordt aangehaald: 5 Collier on Bankruptcy, paragraaf 1100.06, p. 1100-33 (15e ed. 1985).

182 Zie o.m.: *In re Snider Bros*., Inc., 18 B.R. 230, 234 (Bankr. D. Mass. 1982) en *Holywell Corp. v. Bank of N.Y.*, 59 B.R. 340, 347 (Bankr. S.D. Fla. 1986).

183 *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd*., 935 F.2d 245, 250 (11th Cir. 1991).

184 Tegen *balancing tests* waarbij op enig moment genoemde factoren in ogenschouw worden genomen keert zich Graulich *Am. Bankr. Inst. L.Rev.* winter 2006, p. 545 e.v. Dit, m.n. omdat de uitkomsten van die toetsen onvoorspelbaar zijn.

185 *In re Auto-train Corp*., 810 F.2d 270 (D.C. Cir. 1987).

186 In gevolge *Black's Law Dictionary* (2004) houdt *prima facie evidence* in 'evidence that will establish a fact or sustain a judgement unless contradictory evidence is produced.'

187 *In re Lewellyn*, 26 B.R. 246, 251-252 (Bankr. S.D. Iowa 1982).

gepaard gaande voordelen aanzienlijk zwaarder wegen dan de ermee gepaard gaande nadelen (*benefits heavily outweigh the harm*).[188]

Echter, soms zal het bewijs van de zich tegen consolidatie verzettende crediteur niet worden toegelaten, namelijk wanneer een redelijk oordelende crediteur in een vergelijkbare situatie niet zou hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van één van de rechtssubjecten afzonderlijk (*estoppel*).[189]

Deze toets is regelmatig door andere rechters overgenomen.[190]

Met betrekking tot het eerste onderdeel van de toets is door sommige rechters wel overwogen dat hiermee een vraag wordt opgeworpen vergelijkbaar met de in *piercing the corporate veil*-zaken regelmatig gestelde vraag of de ene vennootschap al dan niet het alter ego is van de andere vennootschap.[191] Maar er zijn ook rechters die juist betogen dat de in het kader van de traditionele alter ego-benadering vereiste identiteit tussen de betrokken vennootschappen hier niet vereist is. Zij achten voldoende dat de vennootschappen optraden als een economische eenheid, ook al werden alle vennootschapsrechtelijke formaliteiten in acht genomen, werden afzonderlijke boekhoudingen bijgehouden, etc.[192]

De factoren genoemd in *In re Vecco Construction Industries, Inc*.[193] kunnen worden gebruikt om *prima facie* aan te tonen dat aan het eerste onderdeel van de toets is voldaan. Daarbij geldt dat niet op voorhand kan worden gezegd dat een bepaalde factor van doorslaggevend belang is.[194] Bij het tweede onderdeel kunnen omstandigheden zoals het (on)mogelijk zijn van een vermogensscheiding en het door consolidatie optreden van een administratieve vereenvoudiging een rol spelen.[195] In het kader van het derde onderdeel kan ten slotte het vertrouwen van crediteuren op de gegoedheid van het concern als zodanig of juist één afzonderlijke vennootschap aan de orde komen.[196]

De Silver Falls-toets van de U.S. Bankruptcy Court for the Southern District of Ohio, Western Division

Een tweede regelmatig gebezigde toets is de zogenaamde *Silver Falls*-toets, die bestaat uit drie vragen:

---

188 *In re Auto-train Corp*., 810 F.2d 270, 276 (D.C. Cir. 1987).

189 *In re Snider Bros., Inc*., 18 B.R. 230, 235, 237, 238 (Bankr. D. Mass. 1982) en *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd*., 935 F.2d 245, 249, nt. 11 (11th Cir. 1991).

190 O.m. in: *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd*., 935 F.2d 245, 249 (11th Cir. 1991) en *In re Limited Gaming of America*, 228 B.R. 275, 287 (Bankr. N.D. Okla. 1998). In deze laatste zaak wordt tevens de *Silver Falls*-toets gebezigd. Zie hierna.

191 Bijvoorbeeld: *In re New Center Hospital*, 179 B.R. 848, 854 (Bankr. E.D. Mich. 1995), *aff'd in part, rev'd in part*, 187 B.R. 560, 568 (Bankr. E.D. Mich. 1995).

192 Bijvoorbeeld: *In re Standard Brands Paint Co*., 154 B.R. 563, 572-573 (Bankr. C.D. Cal. 1993).

193 *In re Vecco Construction Industries, Inc*., 4 B.R. 407, 410 (Bankr. E.D. Va. 1980).

194 *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd*., 935 F.2d 245, 249-250 (11th Cir. 1991).

195 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 405.

196 *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd*., 935 F.2d 245, 249 (11th Cir. 1991).

1. Hoe groot is de noodzaak om over te gaan tot consolidatie gezien de relaties tussen de betrokken schuldenaren?
2. Wegen de met de consolidatie gepaard gaande voordelen op tegen de met consolidatie gepaard gaande nadelen voor crediteuren?, en
3. Hoe groot is de schade, die het gevolg zou zijn van het niet overgaan tot consolidatie?[197]

Daarbij benadrukt de *Bankruptcy Court for the Southern District of Ohio* dat de bewijslast voor de om consolidatie verzoekende personen aanzienlijk (*substantial*) is.

Ook deze toets is regelmatig gebruikt door andere rechters, onder meer door de *Court of Appeals for the Eigth Circuit*.[198]

Kors onderscheidt naast de twee genoemde toetsen nog een derde toets, te weten de *Reider*-toets.[199] Vooraf zij echter opgemerkt dat deze toets is afgeleid van de toets die is gebruikt in *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd*.[200], welke toets op haar beurt is overgenomen uit *In re Auto-train Corp*.[201]

De Reider-toets van de U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit
Deze toets is geformuleerd in het kader van een consolidatie tussen echtgenoten ex 11 U.S.C. § 302(b). De BC maakt – zo wordt betoogd – een beperkte consolidatie mogelijk van de faillissementen van echtgenoten die tezamen een verzoek tot het starten van een insolventieprocedure hebben gedaan.[202] Kors overweegt dat

197 *In re Silver Falls Petroleum Corp*., 55 B.R. 495, 498 (Bankr. S.D. Ohio 1985). De *Bankruptcy Court for the Southern District of Ohio* leidt deze toets af uit: *In re N.S. Garrott & Sons*, 48 B.R. 13, 18 (Bankr. E.D. Ark. 1984). De *Bankruptcy Court for the Eastern District of Arkansas* verwijst voorts o.m. naar *In re Snider Bros., Inc*., 18 B.R. 230 (Bankr. D. Mass. 1982). Er wordt in de literatuur dienaangaande dan ook wel gesproken van de *Snider*-toets. Zie bijvoorbeeld: Predko *Wayne L.Rev*. 1995, p. 1750.
Vgl. verder Conti (*Bus. Law*. 1983, p. 855-865), die reeds in 1983 uit de jurisprudentie de volgende toets afleidde: onderzoek naar (1) de voorafgaand aan de insolventieprocedure(s) tussen de rechtssubjecten bestaande relaties, (2) de relaties tussen crediteuren, met name bezwaarmakende crediteuren enerzijds, en de afzonderlijke en gezamenlijke rechtssubjecten anderzijds, en (3) de gevolgen van de consolidatie voor de betrokken boedels (p. 857).

198 *In re Giller*, 962 F.2d 796, 799 (8th Cir. 1992). De *Court of Appeals for the Eight Circuit* verwijst in deze zaak rechtstreeks naar *In re N.S. Garrott & Sons*, 48 B.R. 13 (Bankr. E.D. Ark. 1984). Zie voorts: *In re Limited Gaming of America*, 228 B.R. 275, 287 (Bankr. N.D. Okla. 1998) en *In re Affiliated Foods, Inc*., 249 B.R. 770, 777-784 (Bankr. W.D. Mo. 2000).

199 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 405-406.

200 *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd*., 935 F.2d 245, 249 (11th Cir. 1991).

201 *In re Auto-train Corp*., 810 F.2d 270, 276 (D.C. Cir. 1987).

202 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 382, nt. 11 en Chapman *Bank.Dev.J.* 2000, p. 142-144. Vgl. ook: *In re Reider v. FDIC*, 31 F.3d 1102, 1105, nt. 3 (11th Cir. 1994). Anders: *FDIC v. Colonial Realty Co*., 966 F.2d 57, 59-60 (2d Cir. 1992), waarin the *Court of Appeals for the Second Circuit* uit de *Advisory Committee Note to Bankruptcy Rule* 1015 afleidde dat 11 U.S.C. § 302 en *Bankruptcy Rule* 1015 niet zien op *substantive consolidation*, maar op *joint administration*.

deze toets, wanneer men het woord 'echtgenoten' (*spouses*) wegdenkt, ook in gevallen betreffende consolidatie van vennootschappen kan worden toegepast.[203]

De *Reider*-toets houdt het volgende in:

1. Bestaat er een wezenlijke identiteit tussen de activa, passiva en de afhandeling van de financiële zaken van de betrokken echtgenoten?
2. Zal er ten gevolge van het toestaan of uitblijven van consolidatie nadeel ontstaan (voor crediteuren en/of debiteuren)?[204]

In het kader van het eerste onderdeel wordt aandacht besteed aan gemeenschappelijke activa en passiva van de betrokken rechtssubjecten.[205]

Met betrekking tot het tweede onderdeel wijst de *Court of Appeals for the Eleventh Circuit* op het geval waarin sprake is van dusdanige vermogensvermenging dat het uiteenrafelen van de verhoudingen met ongelooflijk hoge kosten of andere praktische bezwaren gepaard zou gaan. In dat geval is samengevoegde afwikkeling normaliter op haar plaats, aldus de *Court of Appeals*. In dit kader dient ook het vertrouwen van de crediteuren aan de orde te komen, ongeacht of het ziet op de gegoedheid van het echtpaar (of het concern) dan wel de afzonderlijke echtgenoten (of de afzonderlijke concernvennootschappen).

De bewijslast rust op de persoon die het verzoek tot consolidatie doet. Hij of zij dient de rechter er uiteindelijk van te overtuigen dat de crediteuren bij het achterwege blijven van consolidatie meer nadeel zullen ondervinden dan de debiteuren en eventueel bezwaarmakende crediteuren zullen ondervinden bij consolidatie.[206]

De Augie/Restivo-toets van de U.S. Court of Appeals of the Second Circuit

Naast de genoemde toetsen worden in de Verenigde Staten nog enkele andere, beknoptere toetsen onderscheiden. Vermelding verdient hier de *Augie/Restivo*-toets. In *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co*.[207] concludeerde de *Court of Appeals for the Second Circuit* na bestudering van enkele oudere consolidatiezaken dat de verschillende rechtscollege's steeds varianten van twee omstandigheden aanhalen om te bepalen of samengevoegde afwikkeling gerechtvaardigd is. De eerste omstandigheid is of crediteuren met de entiteiten hebben gehandeld als vormden deze een economische eenheid en zij bij het verstrekken van krediet niet hebben vertrouwd op de afzonderlijke identiteit van de entiteiten. De tweede veelvuldig aangehaalde omstandigheid ziet op de vraag of de zaken (*affairs*) van de schuldenaren zo zijn verstrengeld dat alle crediteuren bij samengevoegde afwik-

203 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 406.
204 *In re Reider v. FDIC*, 31 F.3d 1102, 1108 (11th Cir. 1994).
205 *In re Reider v. FDIC*, 31 F.3d 1102, 1108-1109 (11th Cir. 1994).
206 *In re Reider v. FDIC*, 31 F.3d 1102, 1109 (11th Cir. 1994).
207 *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515 (2d Cir. 1988).

keling gebaat zullen zijn.[208] Is één van beide omstandigheden aanwezig, dan is samengevoegde afwikkeling gerechtvaardigd.

De *Court of Appeals* merkte op dat de eerste omstandigheid erop ziet de gerechtvaardigde verwachtingen van crediteuren te respecteren. Dit is volgens de *Court of Appeals* op zichzelf een na te streven doel, maar is bovendien van belang in verband met de efficiency van de kredietmarkten, omdat de verwachtingen van crediteuren een cruciale rol spelen bij de vaststelling van het te bedingen rentepercentage en andere leenvoorwaarden. Worden de verwachtingen van crediteuren niet gehonoreerd dan kan dit nadelige gevolgen hebben voor de efficiency van de kredietmarkten. Ten aanzien van de tweede omstandigheid wees de *Court of Appeals* erop dat deze ziet op gevallen waarin de activa en ondernemingsactiviteiten van de vennootschappen zijn vermengd. Daarbij geldt dat consolidatie alleen mag plaatsvinden wanneer is vastgesteld dat daarbij alle crediteuren zullen zijn gebaat omdat het uiteenrafelen van de eigendomsverhoudingen onmogelijk is of zo kostbaar dat daarvoor alle actief moet worden aangewend.[209]

In de recente en spraakmakende *Owens Corning*-zaak[210] knoopte de *Court of Appeals for the Third Circuit* aan bij de *Augie/Restivo*-toets. Het hof bepaalde dat de verzoeker tot consolidatie moet bewijzen dat (1) *prepetition* de te consolideren rechtspersonen hun afgescheidenheid zodanig hebben veronachtzaamd dat hun crediteuren hebben vertrouwd op de afbraak van de rechtspersoonlijke grenzen en de vennootschappen hebben behandeld als één enkel rechtssubject of (2) *postpetition* de activa en passiva van de rechtspersonen zodanig zijn vermengd dat een scheiding niet meer mogelijk is en alle crediteuren zou benadelen. Daarbij merkte het hof op dat aan de eerste voorwaarde *prima facie* is voldaan wanneer de verzoeker bewijst dat de rechtspersoonlijke grenzen zodanig zijn veronachtzaamd dat bij crediteuren de contractuele verwachting is opgetreden dat zij met de schuldenaren hebben gehandeld als een eenheid. Voorts moeten de verzoekers tot consolidatie aantonen dat zij daadwerkelijk en redelijkerwijs hebben vertrouwd op het bestaan van een eenheid. Crediteuren die zich tegen consolidatie wensen te verzetten, kunnen dit bewijs weerleggen door aan te tonen dat zij door de consolidatie worden benadeeld en zij daadwerkelijk hebben vertrouwd op het bestaan van afzonderlijke rechtssubjecten.[211]

Deze uiteenzetting is weinig opmerkelijk. In de Verenigde Staten heeft deze zaak met name opschudding veroorzaakt, omdat de *Court of Appeals for the Third Circuit* tevens een aantal beginselen heeft neergeschreven die volgens dit hof aan consolidatie ten grondslag liggen en die de grenzen van het leerstuk strakker trekken. Deze beginselen zijn kort gezegd:

---

208 *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 518 (2d Cir. 1988).

209 *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 519 (2d Cir. 1988).

210 *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195 (3rd Cir. 2005). De *Supreme Court* heeft een beroepschrift tegen deze beslissing geweigerd: *James J. McMonagle, Petitioner v. Credit Suisse First Boston*, 126 S. Ct 1910 (2006).

211 Fel gekant tegen deze toets zijn Amera & Kolod: *Am. Bankr. Inst. L.Rev.* lente 2006, p. 31-38. Voorstander ervan is Graulich *Am. Bankr. Inst. L.Rev.* winter 2006, p. 527 e.v.

- het is de algemene verwachting van *state law* en de BC, en derhalve de commerciële markten, dat rechters de grenzen tussen rechtspersonen respecteren, tenzij dwingende omstandigheden de redelijkheid (eventueel in de vorm van consolidatie) een rol doen spelen;
- consolidatie wordt vrijwel steeds ingezet om nadelen te herstellen die zijn veroorzaakt door debiteuren die de rechtspersoonlijke grenzen hebben veronachtzaamd (en door hen gecontroleerde entiteiten) en niet om door crediteuren veroorzaakte nadelen te herstellen;
- vereenvoudiging van de afwikkeling van een insolventieprocedure kan consolidatie eigenlijk niet rechtvaardigen;
- omdat consolidatie een ingrijpende en onnauwkeurige actie is, moet daarvan spaarzaam gebruik worden gemaakt. Consolidatie moet een ultimum remedium zijn;
- consolidatie mag enkel als defensief worden gebruikt en niet als offensief om bijvoorbeeld tactisch nadeel toe te brengen aan een groep crediteuren in een akkoordprocedure of om rechten van crediteuren te veranderen.

3.3.1.2 Frankrijk

Uitbreiding annex consolidatie vindt in Frankrijk haar grondslag in het leerstuk van de vermogensvermenging (*confusion des patrimoines*) en het leerstuk van de fictieve vennootschap (*société fictive*). Beide leerstukken zijn in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen. In het verleden werd niet altijd een strikt onderscheid gemaakt tussen beide leerstukken. Enerzijds werd vermogensvermenging wel genoemd als aanwijzing voor het bestaan van een fictieve vennootschap.[212] De gedachte was dan als volgt: vermogensvermenging leidt feitelijk tot de vorming van één vermogen ten aanzien waarvan ingevolge het Franse recht slechts één rechtssubject rechthebbende kan zijn. Het andere rechtssubject kan dan niet anders als zijnde fictief worden aangemerkt. Anderzijds werd het leerstuk der fictieve vennootschap wel in dienst gesteld van de vermogensvermenging.[213] In het

212 Zie bijvoorbeeld: Cass. com. 11 juli 1955, *Gaz. Pal*. 1955, 2, 199; Cass. com. 18 juli 1989, *D.* 1989, IR, p. 247 en Cass. com. 15 januari 1991, *D*. 1991, som., p. 240, m.nt. Honorat. Zie ook: Gisserot *RtDCom*. 1979, p. 49 e.v. En voorts Ripert/Roblot/Germain 1993, T.I, p. 591, nr. 723 en Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 1994, T.II, p. 897-898, nr. 2862. Zij stellen vermogensvermenging in dienst van het leerstuk der fictieve vennootschappen, maar signaleren wel dat de *Cour de Cassation* beide (doorgaans) als zijnde aparte grondslagen voor uitbreiding annex consolidatie aanmerkt (1994, T. II, p. 898). In de 17e druk van dit boek, wordt expliciet opgemerkt dat de *Cour de cassation* de twee grondslagen onderscheidt, maar dat Doyen Roblot geloofde dat beide grondslagen vergelijkbaar waren. Opgemerkt wordt daarbij dat de jurisprudentie van de *Cour de cassation* daartoe een argument biedt nu de consequenties in beide gevallen gelijk zijn: Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T.II, p. 872, nr. 2862-1. (Evenzo reeds in de 16e druk uit 2000, T.II, p. 874, nr. 2862).

213 Artz *RtDCom.* 1975, p. 16, nr.13; p. 20-22, nr. 16 en Campana, Dizel & Fernandez 1996 Rép. soc. – Entreprise en difficulté, p. 24-25, nr. 241-244. Vgl. ook: CA Nîmes 27 oktober 1976, *JCP- G* IV 1977, p. 265.

algemeen ging en gaat men er in de doctrine echter van uit dat beide leerstukken een aparte grondslag voor uitbreiding annex consolidatie bieden.[214] Zo betoogt Daigre dat vermogensvermenging geleidelijk is verworden tot een zelfstandig criterium voor uitbreiding annex consolidatie, omdat het bewijzen van het bestaan van een fictieve vennootschap moeilijk is.[215] En onder meer Derrida, Honorat en Romani betogen zelfs dat beide leerstukken niet tegelijkertijd kunnen worden toegepast, omdat vermogensvermenging het bestaan van twee aparte rechtssubjecten met een eigen vermogen veronderstelt, terwijl het leerstuk van de fictieve vennootschap juist uitgaat van het feitelijk slechts bestaan van één enkel rechtssubject met één enkel vermogen.[216]

Ook uit de jurisprudentie van de *Cour de Cassation* kan worden afgeleid dat vermogensvermenging en het bestaan van een fictieve vennootschap tegenwoordig afzonderlijke grondslagen zijn voor consolidatie.[217]

Met name in de lagere rechtsspraak[218], maar ook door een enkele Franse auteur[219] is daarnaast gezocht naar een derde grondslag voor uitbreiding annex consolidatie tussen in een groep verbonden vennootschappen. De meeste voorgestelde grondslagen hielden verband met het bestaan van economische en financiële verwevenheid en afhankelijkheid tussen twee of meer rechtssubjecten (*groupe économique*, *d'entité économique* of *interdependance économique*) of met de omstandigheid dat deze rechtssubjecten samen één onderneming exploiteren.

214 O.a. Barthélémy e.a. 1991, p. 549-550, nr. 12203; Brunet, noot onder CA Parijs 5 februari 1979, *Rev. jur. com.*, 1979, p. 226; Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 5-6, nr. 25-28; Derrida, Godé & Sortais 1991, p. 57, nr. 64; Guyon 2003, T.II, p. 442, nr. 1405; Ohl 1982, p. 313, nr. 425; Sortais *Rev. jur. com* .1977 (II), p. 135 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 207 e.v.

215 Daigre 1996 Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales...), p. 13, nr. 86.

216 Derrida, noot onder Cass. com. 9 april 1991, *D.* 1992, som., p. 4; Derrida, Godé & Sortais 1991, p. 57, nt. 316 en 317, en Honorat & Romani, noot onder Cass. com. 8 februari 1994, *Rev. soc.* 1995, p. 103. Vgl. ook Porteron, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 593-594. En: CA Parijs 29 mei 1978, *Rev. soc.* 1979, p. 375, m.nt. Sortais en CA Parijs 26 november 1979, *D.* 1980, IR, p. 323, m.nt. Honorat; *Rev. soc.* 1980, p. 323, m.nt. Honorat.

217 O.m. Cass. com. 9 april 1991, *D.* 1991, IR, p. 128, m.nt. Honorat; *D.* 1992, som., p. 3, m.nt. Derrida; Cass. com. 20 oktober 1992, *Rev. soc.* 1993, p. 449 en Cass. com. 5 april 1994, *Rev. soc.* 1994, p. 318, m.nt. van Guyon. Zie echter ook Cass. com. 3 november 1980, *Bull. civ.* IV, p. 288, nr. 358; Cass. com. 18 juli 1989, *D.* 1989, IR, p. 247 en Cass. com. 15 januari 1991, *D.* 1991, som. 240, m.nt. Honorat. In deze zaken worden nog wel beide grondslagen gecombineerd genoemd ter motivering van de beslissing tot consolidatie.

218 Bijvoorbeeld: Trib. com. Parijs 4 juni 1984, *JCP* 1984, II, 20273 (wél uitbreiding, geen consolidatie); Trib. com. Parijs 13 februari 1986, *Gaz. Pal.* 1986, som., p. 220, m.nt. Marchi; CA Parijs 20 maart 1986, *Rev soc.* 1987, p. 98; Trib. com. Aix-en-Provence 5 november 1986, *PA* 8 april 1987, nr. 42, p. 29 en CA Parijs 12 mei 1987, *D.* 1989, som., p. 5, m.nt. Derrida. Anders: CA Aix-en-Provence 10 maart 1987, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 348, m.nt. Didier en CA Montpellier 11 januari 1990, niet gepubliceerd, aangetroffen bij Derrida 1991, p. 35-36.

219 Pariente, noot onder CA Parijs 11 januari 1994, *Bull. Joly* 1994, 323 en meer recent Vidal *Dr. soc.* okt. 2001, p. 3.

Maar wat ook wel gebeurde, was dat een beroep op voornoemde verwevenheid plaatsvond in het kader van een beroep op vermogensvermenging.[220]

De *Cour de cassation* houdt evenwel vast aan de opvatting dat enkel op grond van daadwerkelijke vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap tot uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedures kan worden overgegaan.[221] Aanvaard is in Frankrijk dat vennootschappen deel kunnen uitmaken van een centraal geleid concern, waardoor zij – hoewel juridisch volledig onafhankelijk – onderling personeel, organisatorisch, economisch en financieel kunnen zijn verbonden. Deze verbondenheid rechtvaardigt op zichzelf niet dat in geval van insolventie alle tot het concern behorende vennootschappen steeds als een geheel worden behandeld. Daarvoor is meer vereist, te weten vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap.[222] Aan deze beide grondslagen wordt in het volgende hoofdstuk uitgebreid aandacht besteed.

Ten slotte moet hier erop worden gewezen dat wordt aangenomen dat indien de rechter vaststelt dat sprake is van vermogensvermenging of een fictieve vennootschap, hij moet overgegaan tot uitbreiding annex consolidatie – hij beschikt terzake niet over een discretionaire bevoegdheid.[223, 224]

3.3.2 Wettelijke regelingen

3.3.2.1 Nieuw-Zeeland

De mogelijkheid tot consolidatie is in Nieuw-Zeeland neergelegd in artikel 271(1)(b) CA 1993 (NZ). Dit artikel bepaalt dat de rechter, op verzoek van de *liquidator*, een crediteur of een aandeelhouder, wanneer hij dit *just and equitable* acht en wanneer twee of meer met elkaar verbonden vennootschappen in staat van liquidatie (*liquidation*) verkeren, kan bepalen dat de liquidaties van de vennoot-

220 Zie bijvoorbeeld CA Aix-en-Provence 7 mei 1992, *Dr. Soc*. dec. 1992, nr. 252 en de uitspraak van het appèlhof van Riom, zoals weergegeven in Cass. com. 31 januari 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 440, m.nt. Pétel; *Rev. soc.* 1995, p. 759, m.nt. Randoux en Trib. com. Corbeil 29 mei 1986, *Gaz. Pal.* 1986, jur., p. 647 en CA Versailles 16 december 1987, *D.* 1988, som. p. 383-384, m.nt. Honorat; *Rev. soc.* 1988, p. 434, m.nt. Honorat.

221 Zie bijvoorbeeld: Cass. com. 20 juni 1984, *Bull. civ*. IV, p. 169, nr. 203; Cass. com. 8 november 1988, *D.* 1989, som. p. 372, m.nt. Honorat; Cass. com. 9 april 1991, *D.* 1991, IR, p. 128, m.nt. Honorat; *D.* 1992, som., p. 3, m.nt. Derrida; Cass. com. 20 oktober 1992, *Rev. soc.* 1993, p. 449.

222 Zie recent: Cass. com. 19 april 2005, *D.* 2005, AJ, p. 1225, m.nt. Lienhard; *Bull. Joly* 2005, p. 690, m.nt. Saint-Alary-Houin. Zie over deze zaak ook: Lucas & Le Corre, *D.* 2005, pan., p. 2013-2014.

223 Campana, Dizel & Fernandez 1996 Rép. soc. – Entreprise en difficulté, p. 26, nr. 262; Diagre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales...), p. 15, nr. 104 en Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 66, nr. 40 en 41.

224 Mijns inziens heeft deze regel een beperkte relevantie, gezien de relatieve vrijheid die de rechter heeft bij de beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is van vermogensvermenging of een fictieve vennootschap (vgl. Artz 1975 *RtDC*, p. 20 en Ohl 1982, p. 326). Zie over de interpretatie van beide begrippen hoofdstuk 4.

schappen, voorzover de rechter bepaalt, verder moeten worden afgewikkeld als was sprake van één vennootschap. De rechter kan aan de consolidatie voorwaarden verbinden en hij kan naar believen aanwijzingen geven, artikel 271(1) en (2) CA 1993 (NZ).[225] De vraag wat moet worden verstaan onder 'verbonden vennootschap' is reeds beantwoord in paragraaf 3.2.1. In deze paragraaf zal worden ingegaan op het begrip *just and equitable*.

Artikel 272(2) CA 1993 (NZ) bepaalt dat de rechter bij de beoordeling of samengevoegde afwikkeling in een gegeven geval *just and equitable* is, rekening moet houden met de volgende factoren:

a. de mate waarin de vennootschappen deelnamen in het management van een van de andere betrokken vennootschappen;
b. het gedrag van de vennootschappen ten opzichte van de crediteuren van de andere betrokken vennootschappen;
c. de mate waarin de omstandigheden, die de aanleiding vormden voor het faillissement van een van de vennootschappen, kunnen worden toegerekend aan het handelen van een van de verbonden vennootschappen;
d. de mate waarin de ondernemingen van de betrokken vennootschappen zijn verbonden[226], en
e. andere factoren die de rechter van belang acht.[227]

Het feit dat de crediteuren van de failliete vennootschap hebben vertrouwd op het feit dat deze vennootschap is of was verbonden met een andere vennootschap, kan geen grondslag zijn voor een samengevoegde afwikkeling, artikel 272(3) CA 1993 (NZ).

In eerste instantie bevatte het wetsontwerp van de Companies Amendment Bill 1980 geen nadere uitwerking van het *just and equitable*-criterium, waardoor het discretionaire karakter van de voor de rechter voorziene bevoegdheid zeer ruim was. Tijdens de parlementaire behandeling van het ontwerp werd dienaangaande evenwel veel kritiek geuit. Met name vreesde men dat veel crediteuren ter rechtvaardiging van consolidatie zouden aanvoeren dat zij juist met een bepaalde vennootschap hadden gehandeld omdat zij een dochter was van een andere vennootschap, welke argumentatie in de ogen van het parlement onvoldoende reden is voor consolidatie. Deze kritiek heeft uiteindelijk geleid tot invoering van artikel 315C CA 1955. De daarin opgenomen bepalingen zijn op dit moment neergelegd in artikel 272 CA 1993 (NZ).[228]

Desondanks is de discretionaire bevoegdheid van de rechter ook nu nog groot, omdat de genoemde factoren vaag zijn geformuleerd en daardoor weinig houvast bieden.[229] De factoren worden wel als *suprisingly broad* bestempeld.[230] Boven-

225 Zie voor de originele tekst van deze bepaling bijlage IIIA.
226 Art. 315C(2)(d) CA 1955 bepaalde dat de rechter rekening moest houden met de mate waarin de ondernemingen van de vennootschappen zijn *vermengd* (*intermingled*). In latere bepalingen is de tekst gewijzigd in *verbonden* (*combined*).
227 Vertaling van eigen hand, MLHR. Zie voor de originele tekst van deze bepaling bijlage IIIA.
228 Farrar & Darroch 1995, p. 242; Farrar *C.&S.L.J.* 1998, p. 195 en idem 2001, p. 242.
229 Vgl. Austin 1998, p. 86, nt. 42.
230 Goddard 1998, p. 57.

dien kan niet worden gezegd dat aan de ene factor meer gewicht toekomt dan aan de andere factor.[231] Evenmin dat steeds alle genoemde factoren in een concreet geval aanwezig moeten zijn.[232] Tegenover de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid staat echter een grote flexibiliteit[233], die evenwel ook haar grenzen kent. Zo overwoog de *High Court* van Auckland recentelijk dat artikel 272(2) CA 1993 (NZ) moet worden gelezen in het licht van de fundamentele beginselen die aan de CA 1993 (NZ) ten grondslag liggen. Artikel 15 CA 1993 (NZ) dat aan vennootschappen rechtspersoonlijkheid toekent, bevat zo'n beginsel. Dit artikel kan enkel door middel van consolidatie opzij worden gezet wanneer daarvoor een goede grond bestaat, zoals *insolvent trading*.[234]

Tot op heden zijn artikel 271(1)(b) CA 1993 (NZ) en zijn voorgangers nog niet vaak toegepast.[235] De meest toonaangevende zaak is in dit verband *Re Dalhoff & King Holdings Ltd (in liq)*.[236] In deze zaak volgde Justice Gallen de systematiek van het oude artikel 315C(2) CA 1955 (thans artikel 272(2) CA 1993 (NZ)) op de voet. Helder wordt uiteengezet welke feiten een rol spelen in het kader van elke in dat artikel genoemde factor. Het betrof een geval waarin zowel een holding als twee van haar dochters in staat van faillissement waren geraakt. Met succes verzochten de curatoren van de drie vennootschappen de rechtbank om een opdracht tot consolidatie ingevolge het oude artikel 315B CA 1955 (thans artikel 271(1)(b) CA 1993 (NZ)). Aan deze veel besproken zaak wordt nader aandacht besteed in hoofdstuk 4, waar wordt ingegaan op de omstandigheden die in de jurisprudentie een rol spelen bij verzoeken om samengevoegde afwikkeling.

3.3.2.2 Ierland

In Ierland is de mogelijkheid tot consolidatie neergelegd in artikel 141 CA 1990 (IE). De Ierse regeling terzake is geïnspireerd door de Nieuw-Zeelandse. Er bestaan echter enkele opvallende verschillen tussen beide regelingen. Deze ver-

---

231 Farrar & Darroch 1995, p. 249; Farrar *C.&S.L.J.* 1998, p. 200 en idem 2001, p. 250.

232 Zie *Re Pacific Syndicates (NZ) Ltd. (in liq)* (1989) 4 NZCLC 64, 757, waarin Hardie Boys J zijn besluit tot consolidatie motiveerde met een opsomming van omstandigheden die allemaal verband hielden met vermogensvermenging, en de opmerking dat het verzoek tot consolidatie werd gesteund door de raadslieden van alle groepen crediteuren, de *liquidator* en de accountant die was belast met een onderzoek naar de financiële situatie van de vennootschappen. Zie ook: Farrar & Darroch (1995, p. 243; Farrar *C.&S.L.J.* 1998, p. 196 en idem 2001, p. 244), die ten aanzien van art. 271(1)(a) jo. 272(1) CA 1993 (NZ) aangaande *contribution orders* opmerken dat '(t)he presence or absence of any of these factors is not decisive.' De *contribution*- en *pooling*bepalingen zijn verwant; zij zijn gelijktijdig ingevoerd. Voorts zijn de factoren die de rechter in geval van *contribution orders* in aanmerking moet nemen, vergelijkbaar met de factoren die de rechter in de beoordeling van een consolidatieverzoek moet betrekken. Zie bijlage IIIA.

233 Vgl. Farrar & Darroch 1995, p. 257; Farrar *C.&S.L.J.* 1998, p. 200; idem 2001, p. 250 en Borrowdale 1998, p. 95.

234 *Mountfort v Tasman Pacific Airlines of NZ Ltd* [2006] 1 NZLR 104, § 80.

235 Zie ook: Borrowdale 1998, p. 93.

236 *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)* [1991] 2 NZLR 296.

schillen zullen steeds aan bod komen wanneer het desbetreffende onderwerp in dit boek wordt behandeld.

Uit het eerste lid van artikel 141 CA 1990 (IE) volgt dat een rechter wanneer hij dat *just and equitable* acht op verzoek van de *liquidator* van een van de vennootschappen bevoegd is te bepalen dat twee of meer in liquidatie verkerende (*be wound up*) verbonden vennootschappen, voor zover de rechter bepaalt, moeten worden geliquideerd als was er slechts sprake van één vennootschap. De rechter kan aan deze opdracht voorwaarden verbinden en mag aanwijzingen geven die hij voor de uitvoering van de opdracht goeddunkt, artikel 141(1) en (3)(b) CA 1990 (IE).

Omdat eerder in paragraaf 3.2.1 reeds is uiteengezet wat in dit verband moet worden begrepen onder 'verbonden vennootschap', wordt hier volstaan met een verwijzing naar deze paragraaf. Thans wordt nader ingegaan op het begrip *just and equitable*, zoals dat in de Ierse regeling wordt uitgelegd. Ook hier zal blijken dat nauw aansluiting is gezocht bij de Nieuw-Zeelandse bepalingen terzake.

Het begrip *just and equitable* heeft nadere invulling gekregen in de leden 4 en 5 van artikel 141 CA 1990 (IE). Met name lid 5 is opgenomen ter voorkoming van automatische aansprakelijkheid in concernverhoudingen, doorgaans aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor de schulden van haar dochtervennootschappen.[237]

Bij de bepaling van het antwoord op de vraag of consolidatie in een concreet geval *just and equitable* is, moet de Ierse rechter aandacht besteden aan de volgende factoren:

a. de mate waarin de betrokken vennootschappen deelnamen in elkaars management;
b. het gedrag van iedere betrokken vennootschap ten opzichte van de crediteuren van de andere betrokken vennootschap(pen);
c. de mate waarin de omstandigheden, die de aanleiding waren voor de liquidatie van een van de vennootschappen, zijn toe te rekenen aan het handelen of nalaten van een van de andere betrokken vennootschappen, en
d. de mate waarin de ondernemingen van de betrokken vennootschappen zijn vermengd, artikel 141(4) CA 1990 (IE).[238]

*On*voldoende voor consolidatie is de *enkele* omstandigheid dat (a) de betrokken vennootschappen met elkaar zijn verbonden of (b) de crediteuren van een vennootschap die wordt geliquideerd hebben vertrouwd op het feit dat een andere vennootschap met de eerstgenoemde vennootschap is of was verbonden, artikel 141(5) CA 1990 (IE). Keane[239] betoogt dat deze bepaling enigszins opmerkelijk is, omdat men juist zou denken dat in deze gevallen, waarin crediteuren de vennootschappen redelijkerwijs als een groep hebben behandeld, het *just and equita-*

237 Zie het debat tussen Mr. S. Brennan, Mr. Mulroy en Mr. J. O'Toole: Seanad Éireann – Volume 120 – 12 July 1988 – Companies (No. 2) Bill, 1987: Committee Stage (Resumed).

238 Deze vertaling van art. 141 CA 1990 is van mijn hand, MLHR. Zie voor de originele Engelse tekst bijlage IV.

239 Keane 2000, p. 500.

ble is om de boedels gezamenlijk af te wikkelen. Mijns inziens moet hier evenwel goed voor ogen worden gehouden dat het vertrouwd hebben op de omstandigheid dat een vennootschap is verbonden met een andere vennootschap, iets anders is dan het vertrouwd hebben op het bestaan van een eenheid. In het eerste geval weet men dat men van doen heeft met twee afzonderlijke vennootschappen, die weliswaar onderling zijn verbonden, terwijl men in het tweede geval gelooft dat er slechts één entiteit bestaat. Volgens mij ziet de Ierse bepaling op het eerste geval en is het helemaal niet zo opmerkelijk dat daaraan geen doorslaggevend belang mag worden gehecht. De crediteur was op de hoogte van het bestaan van afzonderlijke vennootschappen. Indien hij beide had willen binden had hij daartoe de nodige stappen moeten (trachten te) nemen.[240]

De Ierse regeling is gebaseerd op de oude Nieuw-Zeelandse regeling, die was neergelegd in de artikelen 315B en 315C CA 1955. De Ierse regeling en de oude zowel als de nieuwe Nieuw-Zeelandse regelingen zijn evenwel niet identiek. In tegenstelling tot zowel de oude als de nieuwe Nieuw-Zeelandse bepaling terzake, vermeldt de Ierse bepaling niet dat de rechter iedere andere omstandigheid die hij van belang acht in ogenschouw moet nemen bij de beoordeling van de vraag of consolidatie *just and equitable* zal zijn. Ten tweede bepaalt de Ierse bepaling nog steeds dat bij de beoordeling of consolidatie *just and equitable* is de mate waarin de ondernemingen van de betrokken vennootschappen zijn *vermengd* in ogenschouw moet worden genomen, terwijl de huidige Nieuw-Zeelandse regeling – anders dan de oude regeling – bepaalt dat de mate waarin de ondernemingen zijn *verbonden* van belang is. In hoeverre de interpretatie van beide uitdrukkingen in de praktijk daadwerkelijk tot verschillen in de beoordeling van het *just and equitable*-zijn van een consolidatie kan leiden, is bij gebrek aan gepubliceerde jurisprudentie terzake echter onduidelijk. Ten derde speelt in Ierland, in tegenstelling tot in Nieuw-Zeeland, naast het handelen tevens het nalaten van een vennootschap een rol bij de bepaling van de mate waarin de omstandigheden die bij een verbonden vennootschap de aanleiding zijn geweest tot de liquidatie, aan haar zijn toe te rekenen. Ten vierde verschilt de Ierse van de Nieuw-Zeelandse regeling waar zij bepaalt dat de tussen de vennootschappen bestaande verbondenheid op zichzelf onvoldoende grond is voor consolidatie, artikel 141(5)(a) CA 1990 (IE). De huidige Nieuw-Zeelandse regeling kent deze bepaling niet, evenmin als het oude artikel 315C CA 1955. Een vijfde en laatste verschil ten aanzien van de uitleg van het begrip *just and equitable* is gelegen in artikel 141(5)(b) CA 1990 (IE). In dit artikellid is bepaald dat de enkele omstandigheid dat de crediteuren van een vennootschap die wordt geliquideerd hebben vertrouwd op het feit dat een andere vennootschap met deze vennootschap is of was verbonden, onvoldoende grond is voor consolidatie. Deze bepaling is identiek aan het oude artikel 315C(3) CA

240 Zie hierover ook paragraaf 4.4.2. NB Iets anders is de kwestie die in paragraaf 2.1 aan de orde was, te weten de omstandigheid dat niet alle crediteuren in staat zullen zijn om zekerheden te bedingen en derhalve mogelijk nadere bescherming verdienen. Zoals in die paragraaf opgemerkt, is samengevoegde afwikkeling daartoe volgens mij slechts onder omstandigheden een geschikt middel.

1955 (NZ). Artikel 272(3) CA 1993 (NZ) bepaalt thans echter dat de genoemde omstandigheid geen grond is voor consolidatie en lijkt daarmee – anders dan de oude Nieuw-Zeelandse en de Ierse bepalingen – in het geheel uit te sluiten dat deze omstandigheid wordt meegenomen in de beantwoording van de vraag of consolidatie *just and equitable* is.

Hoe artikel 141 CA 1990 (IE) precies moet worden uitgelegd is onduidelijk, omdat beslissingen inzake samengevoegde afwikkeling in Ierland bij mijn weten niet zijn gepubliceerd. Bovendien wordt van deze mogelijkheid niet vaak gebruik gemaakt. Navraag leverde de verklaring op dat artikel 141 CA 1990 (IE) feitelijk een uitwerking is van het *common law* leerstuk van terzijdestelling van de rechtspersoonlijkheid, welk leerstuk in het Ierse recht is opgenomen, maar slechts beperkt wordt toegepast. In de Ierse rechtspraak is het leerstuk van de terzijdestelling van de rechtspersoonlijkheid onder andere terug te vinden in de zaak *Power Supermarkets Ltd. v. Crumlin Investments Ltd.*[241] Opgemerkt is wel dat in artikel 141 CA 1990 (IE) het oordeel van Costello J in *Power Supermarkets* weerklinkt.[242] Na te hebben verwezen naar een tweetal Engelse zaken waarin moeder- en dochtervennootschappen waren vereenzelvigd,[243] overwoog Costello J in die zaak dat:

> 'It seems to me to be well established from these as well as from other authorities (…) that a court may, if the justice of the case so requires, treat two or more related companies as a single entity so that the business notionally carried on by one will be regarded as the business of the group, or another member of the group, if this conforms to the economic and commercial realities of the situation.'[244]

Deze overweging is daarna in diverse zaken, die verband houden met het leerstuk van de terzijdestelling van de rechtspersoonlijkheid, aangehaald. Bijvoorbeeld in *Allied Irish Coal Supplies Ltd. v. Powell Duffryn International Fuels Ltd.* In die zaak vorderde Allied Irish Coal Supplies Limited (Allied) in eerste instantie veroordeling van Powell Duffryn International Fuels Limited (Powell Ltd.) tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van een tussen hen gesloten overeenkomst waarbij Powell Ltd. zich had verplicht tot levering van een bepaalde hoeveelheid industriële kolen van een bepaalde kwaliteit. Vervolgens vorderde Allied dat Powell Duffryn Public Limited Company (Powell plc.) als tweede gedaagde in de zaak zou worden geroepen, omdat Powell Ltd. en Powell plc. een economische eenheid zouden vormen. Met dit verzoek probeerde Allied in feite doorbraak van aansprakelijkheid te bewerkstelligen. Ter ondersteuning van haar verzoek ver-

241 *Power Supermarkets Ltd. v. Crumlin Investments Ltd.*, High Court, 22 juni 1981, unreported.
242 MacCann 1993, p. 1000.
243 *Smith, Stone & Knight Ltd. v. Birmingham Corp.* [1939] 4 All ER 116 en *D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets London Borough Council* [1976] 1 W.L.R. 852.
244 Af te leiden uit: *Allied Irish Coal Supplies Ltd. v. Powell Duffryn International Fuels Ltd.* [1998] 2 IR 519 (HC) en Ellis 2001, p. 63.

wees zij naar *Power Supermarkets*. De *High Court* wees het verzoek van Allied af. Zij overwoog daartoe:

> 'While not expressing any general view on the scope of the principle on which the Plaintiff relies (de regel van Costello J, zoals uiteengezet in Power Supermarkets, MLHR), in my view, it cannot be utilised to render the assets of a parent company available to meet the liabilities of a trading subsidiary, to a party with whom it has traded. The proposition advanced by the plaintiff seems to me to be so fundamentally at variance with the principle of separate corporate legal personality laid down in Salomon v Salomon & Co [1897] AC 22, and the concept of limited liability, that it is wholly unstateable.'[245]

Allied ging daarop in beroep bij de *Supreme Court*, maar ook dit mocht haar niet baten. Murphy J, die de opinie schreef namens de *Supreme Court*, merkte op het volledig eens te zijn met hetgeen de *High Court* aangaande de eventuele aansprakelijkheid van een moedervennootschap voor de schulden van een dochtervennootschap had overwogen. Daarnaast moest de onderhavige zaak op de feiten worden onderscheiden van *Power Supermarkets*. In de laatstgenoemde zaak oefende een der vennootschappen niet zelfstandig bedrijfsactiviteiten uit. Dit in tegenstelling tot hetgeen aan de orde was in de onderhavige zaak. Daarin verrichtten de werknemers van Powell Ltd. zelfstandig bedrijfsactiviteiten, waarvan maandelijks verslag werd gedaan aan het bestuur van de vennootschap. Voorts kon, volgens Murphy J, ook meer in het algemeen niet worden gezegd dat Costello J in *Power Supermarkets* een principiële afwijking van *Salomon v Salomon & Co.* had beoogd. En hoewel het jaarrekeningenrecht moeder- en dochtervennootschappen onder omstandigheden als een economische eenheid beschouwt, kan daaruit niet worden afgeleid dat activa van de ene vennootschap kunnen worden aangewend ter voldoening van schulden van een andere vennootschap.

Vervolgens merkte Murphy J echter op dat:

> 'Whilst it would be impossible to say that there are no circumstances in which the members of a company, whether corporate or individual, could not conduct, or purport to conduct the business of a company in such a way as to render their assets liable to meet claims in respect of the business nominally carried on by the company, I believe that this would be an altogether exceptional state of affairs and difficult to reconcile with the seminal judgement in Salomon v Salomon & Co. [1897] AC 22. Moreover if it were sought to make this case, it would have to be presented in circumstances in which creditors having conflicting claims on the assets of the different companies involved would have an opportunity of being heard.'[246]

---

245 *Allied Irish Coal Supplies Ltd. v. Powell Duffryn International Fuels Ltd.* [1998] 2 IR 519 (HC).

246 *Allied Irish Coal Supplies Limited v. Powell Duffryn International Fuels Limited* [1998] 2 IR 529 (SC). De twee overige leden van de *Supreme Court*, Lynch J en Barron J, stemmen in met het oordeel van Murphy J.

Beperkte aansprakelijkheid is en blijft derhalve de regel in Ierland. Slechts onder bijzondere omstandigheden is afwijken van de regel op grond van het leerstuk van terzijdestelling van de rechtspersoonlijkheid mogelijk. Wanneer dan wordt aangenomen dat artikel 141 CA 1990 (IE) een uitwerking is van dit laatstgenoemde leerstuk, wordt het beperkte gebruik van deze bepaling begrijpelijker. Zij zal slechts in uitzonderlijke gevallen toepasselijk zijn, dat wil zeggen in gevallen waarin de zelfstandigheid van de vennootschap door de achterman niet wordt gerespecteerd.

Bovendien is betoogd dat de toepassing van artikel 141 CA 1990 (IE) kan resulteren in een 'unjust and unconstitutional attack on the property rights of (…) ordinary unsecured creditors (…)', omdat consolidatie tussen vennootschappen met verschillende activa/passiva-verhoudingen ertoe leidt dat de niet verzekerde crediteuren van de vennootschap met de gunstigste activa/passiva- verhouding, hun verhaalsobjecten moeten gaan delen met de crediteuren van de 'armere' vennootschap.[247]

De Ierse regeling zal vanwege het ontbreken van uitgebreide literatuur en jurisprudentie dienaangaande in het hierna volgende nog slechts sporadisch aan bod komen.

3.3.3 Afsluitende opmerkingen

In alle onderzochte rechtstelsels is het fenomeen samengevoegde afwikkeling een reactie op in de praktijk opgekomen problemen bij het afwikkelen van insolventieprocedures. Het betreft dan met name insolventieprocedures van onderling verbonden vennootschappen. Deze praktijkgerichtheid ziet men ook terug in de uiteindelijke regelingen die in deze landen zijn ontwikkeld. Ongeacht of sprake is van een jurisprudentiële of wettelijke regeling, spelen steeds de omstandigheden van het geval een doorslaggevende rol. In alle onderzochte rechtsstelsels geldt dat geen abstracte regel bestaat die zonder meer aangeeft wanneer samengevoegde afwikkeling in die rechtsstelsels als redelijk wordt aangemerkt. In Frankrijk geldt weliswaar dat het bestaan van vermogensvermenging of een fictieve vennootschap een consolidatie rechtvaardigt, maar daarmee is weinig gezegd. Nadere bestudering zal ons leren dat het niet eenvoudig is vast te stellen wanneer voldaan is aan het vereiste van vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap. Daarbij spelen de omstandigheden van het geval een cruciale rol.

Zoals wij nog zullen zien is het ook niet goed mogelijk om bepaalde feitencomplexen aan te wijzen die consolidatie kunnen rechtvaardigen. Dit geldt vooral voor de Amerikaanse rechtspraak en in mindere mate ook voor de Franse. De Nieuw-Zeelandse rechtspraak is te beperkt om hier strakke uitspraken over te doen. Wel kunnen omstandigheden worden aangewezen die vaak een rol spelen in consolidatieprocedures of die juist worden geacht geen invloed te hebben op

247 MacCann 1993, p. 1000-1001.

de besluitvorming tot consolidatie. Echter, de mate waarin de verschillende omstandigheden een rol spelen is niet steeds gelijk, waardoor eigenlijk steeds sprake is van *sui generis*-beslissingen. Over de Ierse consolidatiepraktijk kunnen bij gebrek aan gepubliceerde jurisprudentie geen uitspraken worden gedaan.

Het bestaan van weinig concrete normen betekent dat de bewijslast die op de verzoeker tot consolidatie rust[248] zwaar is. Zeer veel verschillende omstandigheden kunnen een rol kunnen spelen. Deze zijn bovendien vaak lastig te achterhalen als de verzoeker geen nauwe band heeft met de betrokken schuldenaren.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat, hoewel in de Verenigde Staten en Frankrijk al vele jaren faillissementen (en reorganisaties) samengevoegd worden afgewikkeld, deze wijze van afwikkeling geen gangbaar afwikkelingsmechanisme kan worden genoemd. Samengevoegde afwikkeling is en blijft de uitzondering op de regel van de enkelvoudige afwikkeling. In de Verenigde Staten heeft nog steeds de mening de overhand dat de bevoegdheid tot consolidatie *should be used sparingly*, vanwege de ingrijpende gevolgen die consolidatie kan hebben voor crediteuren.[249] Dit, ondanks dat sommige rechterlijke colleges een meer liberale aanpak voorstaan, waarmee zij willen aansluiten bij de tendens dat steeds meer ondernemingen worden georganiseerd in de vorm van een concern. Consolidatie wordt dan wel toegestaan wanneer de boedels van de schuldenaren daarbij zijn gebaat en de legitieme verwachtingen van de schuldenaren en hun crediteuren niet worden geschaad.[250] In Frankrijk houdt de *Cour de Cassation* voorts vast aan een (redelijk) strikte interpretatie van de begrippen 'vermogensvermenging' en 'fictieve vennootschap'.[251] En uit het voorgaande volgt bovendien dat samengevoegde afwikkeling ook in Nieuw-Zeeland en Ierland slechts af en toe plaatsvindt. Dit betekent dat in alle onderzochte buitenlandse rechtsstelsels samengevoegde afwikkeling thans de uitzondering is op de regel van enkelvoudige afwikkeling van faillissementen.

---

248 Zie voor de regel dat de bewijslast op de verzoeker rust ten aanzien van de Verenigde Staten o.m.: *In re Steury*, 94 B.R. 553, 554 (Bankr. N.D. Ind. 1988). Zie voor Frankrijk o.a. Le Corre 2006, p. 202, nr. 213.32 en de noot van Legros, onder CA Lyon 27 november 2003, *Dr. soc.* okt. 2004, p. 18, nr. 170. Navraag leerde mij dat deze regel ook geacht wordt te gelden in Nieuw-Zeeland en Ierland. Een aanwijzing daarvoor kan in Ierland worden gevonden in *In Re Tuskar Resources* [2001] 1 IR 668 .

249 Zie reeds: *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845, 847 (2d Cir. 1966). En verder o.a. *In re Donut Queen Ltd.*, 41 B.R. 706, 709 (Bankr. E.D. N.Y. 1984) en *In re United Stairs Corp.*, 176 B.R. 359, 368-369 (Bankr. D. N.J. 1995). Een recente zaak die in de VS opzien baarde vanwege de erin opgenomen beperkte interpretatie van de mogelijkheid tot consolidatie is voorts *In re Owens Corning*, 419 F3d 195 (3rd Cir. 2005).

250 O.a. *In re Murray Industries Inc.*, 119 B.R. 820, 828, 829 (Bankr. M.D. Fla. 1990) en *In re Affiliated Foods, Inc.*, 249 B.R. 770, 776 (Bankr. W.D. Miss. 2000).

251 Zie hierna hoofdstuk 4.

Hoofdstuk 4 Feitelijke bases voor samengevoegde afwikkeling

4.1 Vermogensvermenging[1]

4.1.1 Afzonderlijke grondslag of factoranalyse

Vermogensvermenging speelt in alle onderzochte rechtsstelsels een rol bij de beoordeling of samengevoegde afwikkeling op haar plaats is. Soms biedt vermogensvermenging zonder meer een toereikende basis om over te gaan tot samengevoegde afwikkeling en andere keren is dit slechts één van meer in ogenschouw te nemen factoren.

In de Verenigde Staten biedt ernstige vermogensvermenging al enkele decennia een voldoende grondslag om te besluiten tot consolidatie. In *Chemical Bank New York Trust. Co. v. Kheel* overwoog de *Court of Appeals for the Second Circuit*:

> 'Yet in the rare case such as this, where the interrelationships of the group are hopelessly obscured and the time and expense necessary even to attempt to unscramble them so substantial as to threaten the realization of any net assets for all the creditors, equity is not helpless to reach a rough approximation of justice to some rather than to deny any to all.'[2]

Ruim twintig jaren later bevestigde de *Court of Appeals for the Second Circuit* in de zaak *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.* uitdrukkelijk dat vermogensvermenging een zelfstandige grondslag kan zijn voor samengevoegde afwikkeling.[3] In deze zaak bepaalde de *Court of Appeals* dat samengevoegde afwikkeling onder meer op haar plaats is wanneer de zaken van de betrokken schuldenaren zodanig zijn vermengd dat consolidatie ten goede komt aan alle crediteuren.[4]

---

1 'Vermogen' moet hier worden begrepen in de bedrijfseconomische betekenis van het woord. Dat wil zeggen dat zowel aan een rechtssubject op een bepaald moment toekomende rechten als plichten (activa en passiva) daaronder worden begrepen. Men zij erop bedacht dat in de faillissementswet in artikel 20 'vermogen' slechts alle actieve vermogensbestanddelen van de failliet omvat.

2 *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845, 847 (2d Cir. 1966).

3 *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 518 (2d Cir. 1988), onder verwijzing naar *Chemical Bank*.

4 Dat is het tweede onderdeel van de *Augie/Restivo*-toets, zie paragraaf 3.3.1.1.

Daarnaast wordt met het bestaan van vermogensvermenging in de Verenigde Staten rekening gehouden in het kader van de in hoofdstuk 3 genoemde, meer uitgebreide consolidatietoetsen. In dat geval worden verschillende omstandigheden in aanmerking genomen, waarbij uiteindelijk de vraag centraal staat of de met de consolidatie gepaard gaande voordelen voor crediteuren en andere belanghebbenden opwegen tegen de ermee gepaard gaande nadelen voor sommigen van hen. Zoals eerder opgemerkt zijn de *Vecco*-factoren omstandigheden die regelmatig in aanmerking worden genomen. In het kader van deze factoren moet onder meer worden onderzocht (1) in hoeverre het moeilijk is om de eigendomsverhoudingen ten aanzien van de activa en passiva vast te stellen en deze te scheiden, en (2) of sprake is van vermenging van activa en ondernemingsactiviteiten.[5] De eerst genoemde factor betreft voornamelijk het al dan niet bestaan van gescheiden boekhoudingen bij de betrokken vennootschappen. Het niet of in onvoldoende mate bijhouden van een eigen boekhouding gaat vaak gepaard met vermogensvermenging, omdat het daardoor onmogelijk wordt de eigendomsverhoudingen ten aanzien van de aangetroffen activa en passiva vast te stellen.[6] De tweede hier vermelde *Vecco*-factor noemt met zoveel woorden de vermenging van activa. Verder wordt vermenging van ondernemingsactiviteiten genoemd. Dit laatste kan eveneens bijdragen aan het ontstaan van vermogensvermenging, maar speelt voornamelijk een rol bij een factor die later uitgebreid aan bod komt, namelijk het vertrouwen van crediteuren op de kredietwaardigheid van de afzonderlijke vennootschappen of het concern als zodanig.[7] Ten slotte moet erop worden gewezen dat in de Verenigde Staten de omstandigheid dat het níet onmogelijk is de eigendomsverhoudingen vast te stellen wel wordt aangevoerd als een argument tegen consolidatie.[8]

In Nieuw-Zeeland is vermogensvermenging in principe een van meer in ogenschouw te nemen omstandigheden. Vermogensvermenging wordt niet met zoveel woorden genoemd in het Nieuw-Zeelandse artikel 272(2) CA 1993 (NZ) dat aangeeft welke omstandigheden de rechter moet betrekken in zijn beoordeling van het *just and equitable*-zijn van een consolidatie. Maar deze omstandigheid wordt wel in de jurisprudentie teruggevonden.[9] Dat het de rechter is toegestaan het bestaan van vermogensvermenging in zijn beschouwingen te betrekken volgt in ieder geval uit artikel 272(2)(e) CA 1993 (NZ). Daarin is bepaald dat de rechter, naast de eerder in het artikel genoemde omstandigheden, andere omstandigheden die hij van belang acht in de beoordeling mag betrekken. Vervolgens kan men zich afvragen wat dan de rol is van de in artikel 272(2)(d) CA 1993 (NZ) genoemde omstandigheid dat de ondernemingen van de betrokken vennootschappen zijn

5 *In re Vecco Construction Industries, Inc*, 4 B.R. 407, 410 (Bankr. E.D. Va. 1980).
6 Vgl. Blumberg 1985, p. 425-427.
7 Zie: paragraaf 4.4.2.
8 Bijvoorbeeld: *In re Snider Bros., Inc*., 18 B.R. 230, 239 (Bankr. D. Mass. 1982) en *In re Reider v. FDIC*, 31 F.3d 1102, 1109-1110 (11th Cir. 1994).
9 Bijvoorbeeld: *Re Pacific Syndicates (NZ) Ltd (in liq)* (1989) 4 NZCLC 64, 757. Deze zaak speelde nog onder de oude regeling van de art. 315B en 315C CA 1955.

verbonden (*combined*). Uit rechtspraak gebaseerd op het oude artikel 315C CA 1955, dat aanknoopte bij de mate waarin de ondernemingen van beide vennootschappen zijn vermengd (*intermingled*), kan worden afgeleid dat bij de beoordeling van de vermenging van de ondernemingen tevens aandacht kan worden besteed aan de vermenging van activa en passiva.[10] De eerder genoemde terminologische wijziging lijkt hierin geen verandering te hebben gebracht.[11] Voor de praktijk zal het overigens geen verschil maken of de vermenging van activa en passiva in het kader van de vermenging van de ondernemingen of als een overigens relevante omstandigheid in de beoordeling wordt betrokken, omdat daarna steeds de vraag moet worden beantwoord of samengevoegde afwikkeling gezien de relevante omstandigheden *just and equitable* is.
Dat vermogensvermenging in Nieuw-Zeeland in principe een van meer in aanmerking te nemen omstandigheden is, lijkt niet te impliceren dat een ernstige vermogensvermenging op zichzelf nooit een consolidatie kan rechtvaardigen. Niet kan worden gezegd dat aan de ene factor meer gewicht toekomt dan aan de andere factor[12] en evenmin dat steeds alle genoemde factoren in een concreet geval aanwezig moeten zijn.[13]

Hoewel de Ierse regeling terzake nauw aansluit bij de Nieuw-Zeelandse regeling, kunnen – bij gebrek aan gepubliceerde jurisprudentie – geen uitspraken worden gedaan over de rol van vermogensvermenging in dat regime. Enkel kan worden opgemerkt dat met de omstandigheid dat de vermogens van de schuldenaren zijn vermengd, mogelijk rekening kan worden gehouden bij de beoordeling van de factor genoemd in artikel 141(4)(d) CA 1990 (IE): de mate waarin de ondernemingen van de vennootschappen zijn vermengd. De Ierse bepaling verleent de rechter niet de bevoegdheid om andere omstandigheden dan die genoemd in dat artikel in de beoordeling te betrekken.

In het vorige hoofdstuk is reeds uiteengezet dat vermogensvermenging in Frankrijk één van de twee mogelijke grondslagen is voor samengevoegde afwikkeling. Het is een zelfstandige grondslag voor consolidatie en vormt geen onderdeel van enige factoranalyse.

---

10 Zie bijvoorbeeld: *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)* [1991] 2 NZLR 296.

11 Vgl. *Mountfort v. Tasman Pacific Airlines of NZ Ltd* [2006] 1 NZLR 104, §§ 70-73.

12 Farrar & Darroch 1995, p. 249; Farrar *C.&S.L.J.* 1998, p. 200 en idem 2001, p. 250.

13 Zie *Re Pacific Syndicates (NZ) Ltd. (in liq)* (1989) 4 NZCLC 64, 757, waarin Hardie Boys J zijn besluit tot consolidatie motiveerde met een opsomming van omstandigheden die allen verband hielden met vermogensvermenging, en de opmerking dat het verzoek tot consolidatie werd gesteund door de raadslieden van alle groepen crediteuren, de *liquidator* en de accountant die was belast met een onderzoek naar de financiële situatie van de vennootschappen. Vgl. ook: Farrar & Darroch (1995, p. 243; Farrar *C.&S.L.J.* 1998, p. 196 en idem 2001, p. 244), die ten aanzien van art. 271(1)(a) jo. 272(1) CA 1993 (NZ) aangaande *contribution orders* opmerken dat 'The presence or absence of any of these factors is not decisive.' De *contribution*- en *pooling*bepalingen zijn verwant. Zo zijn de factoren die de rechter in geval van *contribution orders* in aanmerking moet nemen, vergelijkbaar met de factoren die de rechter in de beoordeling van een consolidatieverzoek moet betrekken. Zie: bijlage IIIA.

Ook in Nederland vormt vermogensvermenging thans voldoende grond om over te gaan tot samengevoegde afwikkeling.[14] Daarnaast wordt hier soms (mede) op andere gronden tot samengevoegde afwikkeling besloten.[15] Toch kan mijns inziens op dit moment niet worden gesproken van een algemeen aanvaard gebruik van een factoranalyse in Nederland. Een aanzet tot het gebruik van een factoranalyse kan wel worden gevonden in *Infotheek*.[16] In deze zaak had de R-C op voordracht van de curatoren bij beschikking besloten tot samengevoegde afwikkeling van de faillissementen van vennootschappen die behoorden tot de Infotheek-Groep. Diverse crediteuren van de groep verzochten daarop de rechtbank deze beschikking van de R-C te vernietigen. De crediteuren werden niet-ontvankelijk verklaard in hun verzoek, maar de rechtbank merkte in een overweging ten overvloede op dat ook een materiële beoordeling niet tot vernietiging van de beschikking had kunnen leiden. Zij baseerde dit oordeel op door curatoren in het achtste openbare verslag genoemde omstandigheden, te weten:

‘a. de Infotheek-groep heeft geen administratieve invulling van de juridische structuur gegeven;
b. het grote aantal onderling onduidelijk gedocumenteerde transacties;
c. de ontoereikende onderlinge kostendoorbelasting;
d. de hoofdelijke aansprakelijkheid van alle vennootschappen jegens de financiers, welke potentieel tot een volledige verdringing van de concurrente schuldeisers in afzonderlijke boedels zou leiden;
e. het ontbreken van afzonderlijke jaarrekeningen en de onmogelijkheid deze samen te stellen, waar geconsolideerde jaarrekeningpublicatie door de Infotheek-groep, gecombineerd met een beroep op artikel 2:403 van het Burgerlijk Wetboek werd verricht;
f. het ontbreken van niet-arbitraire maatstaven voor het toewijzen van een belangrijk gedeelte van de activa, terwijl bij hetgeen curatoren nog toe-

14 Zie: HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

15 Zo werd het faillissement van Goossens, Lokerman & Pauli BV (Amsterdam, faill. nr. 04/399F) samengevoegd afgewikkeld met de faillissementen van drie met haar verbonden vennootschappen. Daartoe werd in het Tweede openbare verslag ex art. 73a Fw, d.d. 1 oktober 2004 opgemerkt: ‘De vier vennootschappen vormen samen een fiscale eenheid. De administraties zijn mede hierdoor voor een groot deel met elkaar verweven. Om deze redenen heeft de rechter-commissaris de curator op 7 september 2004 toestemming gegeven deze vier faillissementen geconsolideerd af te wikkelen.’ En de faillissementen van Verolme Machinefabriek (Rotterdam, faill.nr. F02/225) en twee van haar zustervennootschappen zijn samengevoegd afgewikkeld, vanwege ‘(…) de financiële verwevenheid van de thans in staat van faillissement verkerende vennootschappen en het feit dat er in het verleden ook telkenmale geconsolideerde jaarrekeningen werden opgesteld (…).’ Zie: Informatie memorandum inzake de faillissementen van Verolme Machinefabriek Ijselmonde BV, Verolme Pressure Vessels & Heat Exchangers BV en Verolme Trade and Service Company BV, voorheen gevestigd aan de Oostzeedijk 29 te Rotterdam, d.d. 15 september 2003.

16 Rb. ’s-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87 (Infotheek).

> wijsbaar noemen in het licht van het bovenstaande vraagtekens dienen te worden geplaatst.'[17]

Diverse van deze omstandigheden vormen aanwijzingen voor het tussen de betrokken vennootschappen bestaan van vermogensvermenging. De onder (a) genoemde omstandigheid ziet op de feitelijke eenheid die de betrokken vennootschappen vormen. Zo was er slechts sprake van een gedeeltelijke activaregistratie per vennootschap en werd de administratie grotendeels centraal gevoerd.[18] Daarmee houdt verband de tweede omstandigheid (b), dat een groot aantal onderlinge transacties niet duidelijk was gedocumenteerd. Dit alles kan een vermogensvermenging in de hand werken, omdat men dan eenvoudig uit het oog verliest welk goed op welk moment en tegen welke prijs door een bepaalde vennootschap aan een andere vennootschap is overgedragen. Ook de ontoereikende kostendoorbelasting (c) werkt een vermogensvermenging in de hand. Zij resulteert feitelijk erin dat de vennootschap die de kosten had moeten doorbelasten, alsmede in geval van insolventie haar crediteuren, thans daarvoor opdraait. De vennootschap aan wie de kosten hadden moeten worden doorbelast, alsmede háár crediteuren, wordt daardoor een (dubbel) voordeel in de schoot geworpen. Zij profiteren van de ten behoeve van de vennootschap uitgeoefende werkzaamheden waarvoor de kosten zijn gemaakt én hoeven daarvoor niets te betalen. Daardoor vloeien de vermogensbestanddelen waarop de vennootschap recht heeft die de kosten heeft gemaakt, niet in haar vermogen, maar blijven zij in het vermogen van een vennootschap die daarop eigenlijk geen rechten meer kan doen gelden, waardoor feitelijk vermogensvermenging optreedt.[19]

Dat in de *Infotheek*-zaak ten minste een gedeelte van de vermogens van de betrokken vennootschappen daadwerkelijk was vermengd, volgt tenslotte uit de onder (f) genoemde omstandigheid dat niet-arbitraire maatstaven ontbraken voor het toewijzen van een belangrijk deel van de activa. Gezien de overige genoemde omstandigheden betwijfelde de rechtbank voorts of het resterende deel van de activa dat curatoren toewijsbaar noemden überhaupt wel toewijsbaar was aan de verschillende vennootschappen.

De rechtbank die deze omstandigheden, die feitelijk allemaal relateren aan vermogensvermenging, én de omstandigheden genoemd onder (d) en (e) in haar overweging betrekt, laat zo een beperkte factoranalyse zien.

---

17 Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87 (Infotheek), overweging 3.7.

18 Achtste openbare verslag ex artikel 73a Fw in de faillissementen van de vennootschappen van de Infotheek Groep, d.d. 21 september 1995, p. 7.

19 Vgl. ook de Franse jurisprudentie waarin het overdragen van goederen of het verrichten van diensten zonder reële tegenprestatie een argument is voor het aannemen van vermogensvermenging. Bijvoorbeeld Cass. com. 12 juni 2001, nr. 98-18835 en Cass. com. 15 februari 2005, nr. 03-13224, beide arresten zijn niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation; <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie ook: Cass. com. 14 april 1992, nr. 90.15218, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>, *JCP-E* 1992, I, 166, m.nt. P.P. (vermogensvermenging niet aangenomen bij het ontbreken van vermogensverschuivingen zonder tegenprestatie). Over deze kwestie meer in de volgende paragraaf.

4.1.2 Wat is vermogensvermenging?

4.1.2.1 De kern van het begrip

Vermogensvermenging doet zich kort gezegd voor wanneer ten aanzien van de aangetroffen activa en passiva niet meer kan worden vastgesteld wie de eigenaar is. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat in het geheel niet meer is vast te stellen wie de eigenaar is en de situatie waarin dit nog wel mogelijk is maar gepaard zou gaan met veel kostbaar uitzoekwerk. In beide gevallen zou een toedeling van vermogensbestanddelen op basis van bijvoorbeeld omzet of personeel kunnen worden overwogen, maar mijns inziens is het beter om daarvan af te zien, gezien de willekeurige uitkomsten die een dergelijke toedeling vaak met zich zal brengen.[20] In de Verenigde Staten, zo blijkt uit *Chemical Bank New York Trust. Co. v. Kheel*[21], is voor consolidatie niet vereist dat het uiteenrafelen van de eigendomsverhoudingen in het geheel niet meer mogelijk is. Consolidatie is al mogelijk wanneer de eigendomsverhoudingen nog kunnen worden vastgesteld, maar de daarmee gepaard gaande tijd en kosten zodanig omvangrijk zijn dat daardoor de realisatie van een netto-opbrengst die kan worden uitgekeerd aan crediteuren, in gevaar komt. Toch is ook dit een zeer strikte norm.[22] Een beroep hierop heeft doorgaans weinig kans van slagen.[23] In de loop der tijd is de invulling van het begrip vermogensvermenging dan ook door sommige rechters aangepast. Zo ging de *Bankruptcy Court for the Central District of California* in *In re Standard Brands Paint Co*. aan de strikte interpretatie van het begrip vermogensvermenging voorbij. De *Bankruptcy Court* paste in deze zaak de *Augie/Restivo*-toets toe, waarbij in het kader van de tweede voorwaarde wordt onderzocht of de zaken van de betrokken schuldenaren zodanig zijn vermengd dat consolidatie ten goede komt aan alle crediteuren. De *Bankruptcy Court* oordeelde in dat verband dat consolidatie in casu op haar plaats was, ondanks dat de boekhoudingen van de betrokken vennootschappen waren te (onder)scheiden, waardoor de onderlinge financiële verhoudingen konden worden uitgezocht. Zij oordeelde de voor-

---

20 Zie: paragraaf 1.1.3.2.

21 *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845, 847 (2d Cir. 1966). Zie ook: *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 518 (2d Cir. 1988). De norm van *Chemical Bank* vormt één van de twee onderdelen van de *Augie/Restivo*-toets, zie paragraaf 3.3.1.1.

22 Vgl. *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 519 (2d Cir. 1988). Eerder in vergelijkbare zin: *Continental Vending Machine Corp*., 517 F.2d 997, 1001 (2d Cir. 1975) ('because consolidation in bankruptcy is "a measure vitally affecting substantive rights", the inequities it involves must be heavily outweighed by practical considerations such as the accounting difficulties (and expense) which may occur where the interrelationships of the corporate group are highly complex, or perhaps untraceable.').

23 Vgl. bijvoorbeeld: *In re DRW Property Co*., 54 B.R. 489, 496 (Bankr. N.D. Tex. 1985). Hier overwoog de rechter dat ondanks het feit dat het uitpluizen van de eigendomsverhoudingen $2.000.000,- zou kosten, dit geen hopeloze opgave zou zijn. Zou dit niet gebeuren en zou geconsolideerd worden afgewikkeld dan zouden de ten gevolge daarvan optredende nadelen groter zijn dan de ermee gepaard gaande voordelen.

waarde vervuld vanwege de tussen de vennootschappen bestaande verwarring op functioneel niveau, inhoudende dat de vennootschappen naar buiten toe hadden opgetreden als een geconsolideerde eenheid, zij elkaars schulden garandeerden en zij over en weer gelden te vorderen hadden. Crediteuren waren bij een samengevoegde afwikkeling gebaat, omdat deze intercompany-verhoudingen dan niet precies hoefden te worden uitgezocht, aldus de *Bankruptcy Court*.[24]

Voorts heeft de strikte norm van *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel* verder aan kracht ingeboet doordat vermogensvermenging een rol is gaan spelen in het kader van meer uitgebreide consolidatie-toetsen. Zo merkte de *Bankruptcy Court for the Middle District of Florida, Tampa Division* in 1990, ongeveer 24 jaar na *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, op dat:

> 'It appears that (…) under the modern trend, mechanical application of the test in Chemical Bank (…) no longer represents the currently prevailing view on the subject.'[25]

Consolidatie kan ook wenselijk zijn wanneer de vermengde vermogens nog (eenvoudig) te scheiden zijn, maar er andere factoren zijn die vóór consolidatie pleiten, zoals het optreden als een economische eenheid, het bestaan van personele banden en kruislings verstrekte zekerheden, en consolidatie bovendien zal leiden tot een billijke behandeling van de crediteuren.[26] Vermogensvermenging *sec*, daargelaten of scheiding van de vermogens mogelijk is, is dan slechts een van meer van belang zijnde factoren. Daarbij kan niet worden gezegd dat één bepaalde factor steeds van doorslaggevend belang is.

In Nederland is vermogensvermenging en de vraag naar toedeling van vermogensbestanddelen aan de verschillende boedels in diverse zaken aan de orde geweest. Steeds was een scheiding van de aangetroffen vermogensbestanddelen niet meer mogelijk doordat deugdelijke, afzonderlijke administraties ontbraken. Ook kon geen aanvaardbare maatstaf voor toedeling van de vermengde vermogensbestanddelen worden gevonden.[27]

De vraag of toerekening van vermogensbestanddelen mogelijk is, is van fundamenteel belang. Immers, wanneer een aanvaardbare toerekeningsmaatstaf kan worden gevonden, kan het systeem van de Faillissementswet worden gevolgd en kunnen de boedels afzonderlijk worden afgewikkeld. In hoofdstuk 1 is het pro-

---

24 *In re Standard Brands Paint Co*., 154 B.R. 563, 572 (Bankr. C.D. Cal. 1993). De *Bankruptcy Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division* sluit zich bij deze interpretatie aan: *In re New Center Hospital*, 179 B.R. 848, 856 (Bankr. E.D. Mich. 1995), *aff'd in part, rev'd in part*, 187 B.R. 560, 569 (Bankr. E.D. Mich. 1995).

25 *In re Murray Industries*, 119 B.R. 820, 830 (Bankr. M.D.Fla. 1990).

26 Bijvoorbeeld: *In re Richton Int'l Corp.,* 12 B.R. 555, 558 (Bankr. S.D. N.Y. 1981) en *In re Monark Egg Corp.,* 1987 U.S. Dist. LEXIS 9997, m.n. nt. 7 (D. Mo. 1987).

27 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW), zie het principaal cassatiemiddel, onder deel 1 en overweging 3.2 van de HR, en Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87 (Infotheek), overweging 3.2, onder f.

bleem van de toerekening reeds aan de orde gesteld en daar kwam naar voren dat alle voorgestelde verdelingsmaatstaven iets willekeurigs in zich dragen, waardoor consolidatie in geval van vermogensvermenging is te verkiezen boven toerekening gevolgd door enkelvoudige afwikkeling.

> Toch werd toerekening van vermogensbestanddelen door een aantal respondenten van de enquête gehouden onder Insolad-leden soms beter op haar plaats geacht dan consolidatie. Aan de geënquêteerden waren door mij diverse casus voorgelegd met de vraag of zij consolidatie onder daarin genoemde omstandigheden gerechtvaardigd achtten. Eén casus betrof een gedeeltelijke vermogensvermenging tussen de vermogens van een moedervennootschap en haar 100%-dochter. Voorzover de vermogens van de twee vennootschappen vermengd waren, konden zij niet meer op een reële basis worden gescheiden. Daarnaast was gegeven dat de vennootschappen diverse onroerende goederen op eigen naam hadden staan, waarvan er slechts enkele waren verhypothekeerd. Het merendeel van de 67 respondenten (35) achtte consolidatie in dit geval niet op haar plaats en betoogde daartoe onder meer dat slechts sprake was van een gedeeltelijke vermenging (7 keer) en dat het mogelijk is het vermengde gedeelte toe te delen aan de beide boedels (11 keer). Slechts twee respondenten noemden vervolgens een concrete toedelingsmaatstaf, namelijk: redelijkheid en 50/50-verdelen. Anderzijds betoogde een vijftal van in totaal 19 respondenten die consolidatie in dit geval wel geoorloofd achtten juist dat een reële verdeling van het actief en passief niet meer mogelijk is. Weer andere respondenten lieten de geoorloofdheid van consolidatie afhangen van nadere omstandigheden (8 keer), waaronder de omvang van het vermengde gedeelte (4 keer).[28]

Ook in Nieuw-Zeeland staat bij vermogensvermenging centraal dat de eigendomsverhoudingen ten aanzien van de aangetroffen vermogensbestanddelen onduidelijk zijn en dat toedeling van deze vermogensbestanddelen volgens een aanvaardbare maatstaf niet mogelijk is. Een voorbeeld biedt *Re Pacific Syndicates (NZ) Ltd (in liq)*.[29] Het betrof een verzoek van de curator om consolidatie van de liquidaties van Pacific Syndicates (NZ) Ltd en Continental Cattle Ltd onder het oude artikel 315B CA 1955. Pacific Syndicates exploiteerde een aantal verschillende beleggingsfondsen in onroerende goederen. Daarnaast bestond er een zogenaamd Cattle Syndicate Fund, waaronder diverse investeringsprojecten van Pacific Syndicates en/of Continental Cattle vielen. Deze projecten betroffen hoofdzakelijk het aantrekken van investeringen voor het aankopen en fokken van vee. Evenwel verliep geen van de projecten volgens plan en de beide vennoot-

28 NB Deze vraag (nr. 14, zie: bijlage I) is door 65 van de 67 respondenten beantwoord. 2 respondenten oordeelden gedeeltelijke consolidatie geoorloofd en 1 respondent gaf aan over het gevraagde geen mening te hebben.

29 *Re Pacific Syndicates (NZ) Ltd (in liq)* (1989) 4 NZCLC 64, 757.

schappen werden geliquideerd. De curator in beide faillissementen verzette zich vervolgens tegen de handelswijze van een financieringsmaatschappij, die bij het uitblijven van betaling beslag had gelegd op het vee, het had verkocht en zich had verhaald op de opbrengst, waardoor de investeerders met lege handen achterbleven. Dit optreden van de curator resulteerde in een schikking. Bovendien had de curator namens de twee vennootschappen vorderingen ingesteld tegen Williams, aandeelhouder en bestuurder van beide vennootschappen, en tegen Holt, aandeelhouder en bestuurder van Continental Cattle vanwege nalatig en onbehoorlijk handelen in het kader van de veeprojecten. Nog voor de terechtzitting kwamen partijen tot een schikking. De beide heren werden hoofdelijk verbonden om aan de curator NZ $ 400.000,- uit te keren. Echter, onduidelijk was welke vennootschap recht had op welke deel van het schikkingsbedrag. Vast stond enkel dat een gedeelte in verband met een niet terugbetaalde lening toekwam aan Continental Cattle. In deze zaak is uiteindelijk op verzoek van de curator besloten tot samengevoegde afwikkeling van de faillissementen van de beide vennootschappen. Ten aanzien van het verzoek tot consolidatie merkte de rechter allereerst op dat het verzoek door alle raadslieden werd gesteund. Vervolgens noemde hij ter rechtvaardiging van consolidatie in deze zaak zes omstandigheden die allemaal linken aan vermogensvermenging. Daarbij knoopte hij niet specifiek aan bij één van de in artikel 315C(2) CA 1955 genoemde omstandigheden. Ten eerste noemde de rechter het feit dat de van de beleggers ontvangen gelden op één enkele rekening waren gestort, waarmee vervolgens willekeurig betalingen waren verricht door beide vennootschappen op een manier dat het onmogelijk was na te gaan waar een bepaalde investering was gebleven; ten tweede bestonden complexe en mogelijk aanvechtbare intercompany-vorderingen; ten derde bestond er een ineengestrengelde aansprakelijkheid van de vennootschappen jegens de investeerders in de vee-projecten, terwijl de investeerders hun vorderingen op voorstaan van de curator enkel hadden ingediend in het faillissement van Continental Cattle; ten vierde was het onmogelijk om de resterende opbrengst van het veefonds op een niet-arbitraire wijze te verdelen tussen de twee vennootschappen; ten vijfde was er het probleem aan welke vennootschap de opbrengst van de door de curator met de eerder genoemde financier overeengekomen schikking toekwam. De curator was niet in staat te bepalen welke vennootschap rechthebbende was van de opbrengst en of enige van de verkochte dieren eigendom waren van een bepaalde investeerder. Hij zag geen andere praktische oplossing dan te bepalen dat de opbrengst aan beide vennootschappen toekwam. De laatste en zesde door de rechter genoemde omstandigheid was dat de accountant te kennen had geven dat het billijk (*equitable*) zou zijn om een eventueel overblijvend dividend *pro rata* te verdelen onder alle crediteuren van beide vennootschappen. Daarmee zou een snelle oplossing worden bereikt, zonder dat verdere kosten moesten worden gemaakt voor onbeduidende boekhoudkundige en juridische werkzaamheden.

Omdat over het belang van het bestaan van vermogensvermenging in de Ierse consolidatieregeling – bij gebrek aan gepubliceerde jurisprudentie – geen definitieve uitspraken kunnen worden gedaan, kan evenmin iets zinnigs worden gezegd over de invulling van het begrip vermogensvermenging in dat verband.

Uit het voorgaande volgt dat in de drie onderzochte rechtsstelsels de invulling van het begrip 'vermogensvermenging' vergelijkbaar is voor zover daaronder wordt begrepen dat de eigendomsverhoudingen ten aanzien van de aangetroffen activa en passiva niet meer (eenvoudig) kunnen worden vastgesteld. Vooral in Nederland en Nieuw-Zeeland betreft het dan vaak gevallen waarin enkel nog een arbitraire verdeling van vermogensbestanddelen mogelijk is. In die gevallen wordt mijns inziens terecht tot samengevoegde afwikkeling besloten. In de Verenigde Staten wordt onder vermogensvermenging voorts begrepen de situatie waarin de eigendomsverhoudingen met veel uitzoekwerk nog wel kunnen worden vastgesteld, maar daardoor alle crediteuren zouden worden benadeeld, omdat de kosten die gepaard gaan met de uitzoekwerkzaamheden de netto-uitkeerbare opbrengst in gevaar brengen. Dat aan deze omstandigheid belang wordt gehecht is niet verwonderlijk, omdat op die manier recht wordt gedaan aan een van de doelstellingen van het Amerikaanse insolventierecht, namelijk het vergroten van het actieve bestanddeel van het vermogen van de debiteur ten behoeve van diens schuldeisers.[30] Aldus spelen efficiency-overwegingen een rol. Ik pleit ervoor om ook in Nederland in dat soort gevallen samengevoegde afwikkeling toe te staan. In Nederland staan in faillissementssituaties eveneens de belangen van de crediteuren voorop, hetgeen rechtvaardigt dat handelswijzen die de uitkeringen aan crediteuren kunnen vergroten, waaronder begrepen consolidatie, niet moeten worden geschuwd.[31] Ik zou zelfs nog een stap verder willen gaan en willen betogen dat consolidatie op haar plaats is indien de daardoor optredende (kosten)voordelen voor de crediteuren van de betrokken vennootschappen aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen daarmee gepaard gaande nadelen.[32]

4.1.2.2 Frankrijk: een verruiming

In Frankrijk is vermogensvermenging de belangrijkste grondslag om over te gaan tot consolidatie. Desalniettemin is de invulling van het begrip 'vermogensvermenging' in dit rechtsstelsel verre van eenduidig. Dit heeft een aantal oorzaken. Ten eerste is de rechtsvormende rol van de *Cour de cassation* beperkt, omdat hij het oordeel van de lagere rechter dat er al dan niet sprake is van vermogensvermenging – hetgeen een oordeel inhoudt over de feiten – slechts marginaal toetst. De *Cour de cassation* casseert een oordeel enkel wanneer sprake is van een

30 Kors *U. Pitt.L.Rev.*1998, p. 417.

31 In vergelijkbare zin: Van der Schee & Knol 2006, p. 15. Een andere mening is de rechtbank in *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW* toegedaan, nu zij enkel van belang acht of de scheiding mogelijk is en niet of 'die scheiding voor schuldeisers van de ene vennootschap voordelig en/of voor de schuldeisers van de andere vennootschap nadelig is (…).' Af te leiden uit: HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

32 Zie over deze afweging verder paragraaf 4.4.1.

onvoldoende of tegenstrijdige motivering.[33] Ten tweede motiveert de lagere rechter zijn oordeel dat sprake is van vermogensvermenging vaak met een beperkt aantal naar zijn mening met name van belang zijnde feiten. Daardoor is het onmogelijk een helder beeld te krijgen van het gehele aan het oordeel ten grondslag liggende feitencomplex.[34] Toch keren een aantal overwegingen en invullingen van dit begrip steeds weer terug.

Het bewijs dat sprake is van vermogensvermenging kan met alle middelen worden geleverd, dus niet alleen schriftelijk, maar bijvoorbeeld ook met vermoedens.[35] Een bewijsmiddel kan bijvoorbeeld zijn een rapport van een door de R-C ex artikel L621-9 C. com. aangewezen deskundige, wanneer dit rechtsgeldig in het geding is gebracht en aan de tegenspraak van partijen is onderworpen.[36]

Een belangrijke categorie gevallen betreft de zaken waarin de *Cour de cassation* vereist dat daadwerkelijke vermogensvermenging heeft plaatsgevonden, dat wil zeggen dat zich een vervlechting van activa en passiva heeft voorgedaan.[37] Vereist is dat de vermogensvermenging tot gevolg heeft dat het onmogelijk is te bepalen welke vermogensbestanddelen aan welk rechtssubject toebehoren.[38, 39]

---

33 Zie o.m. Cass. com. 28 maart 1977, *Rev. soc.* 1978, p. 119, m.nt. Sortais; Cass. com. 5 mei 1982, *Bull. civ.* IV, nr. 159; Cass. com. 20 juni 1984, *Bull. civ.* IV, p. 169, nr. 203 en Cass. com. 12 december 1989, nr. 87-16405, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

34 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 492.

35 CA Parijs 5 februari 1979, *Rev. jurp. com.* 1979, p. 226, m.nt. Brunet. Zie ook: Saint-Alary-Houin 2006, p. 212, nr. 385.

36 CA Lyon 27 november 2003, *Dr. soc.* okt. 2004, p. 18, m.nt. Legros. Zie ook: Cass. com. 24 november 1998, nr. 14755, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

37 Bijvoorbeeld: Cass. com. 31 januari 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 441, m.nt. Pétel; *Rev. soc.* 1995, p. 759, m.nt. Randoux (geen vermogensvermenging bij gebrek aan bewijs van een vervlechting van activa en passiva) en Cass. com. 14 maart 1995, *Bull. civ.* IV, p. 74, nr. 82; *D.* 1995, IR, p. 115 (idem).

38 Zie: Cass. com. 24 oktober 1995, nr. 93-11322, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie ook: Barthélémy e.a 1992, p. 552, nr. 12211; Guyon, noot onder CA Parijs 13 september 2002, *Rev. soc.* 2002, p. 769; Guyon, noot onder Cass. com. 10 december 2002, *Rev. soc.* 2003, p. 153; Pétel, noot onder CA Versailles 29 maart 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 563; idem, noot onder Cass. com. 31 januari 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 441, en Jacquemont 2007, p. 91, nr. 154.

39 Een enkele schrijver en lagere rechter gaan ervan uit dat voor vermogensvermenging niet vereist is dat niet kan worden bepaald welke vermogensbestanddelen aan welk rechtssubject toebehoren. Zie: Randoux, noot onder Cass. com. 31 januari 1995, *Rev. soc*. 1995, p. 761 en CA Toulouse 21 februari 2001, nr. 1999/04183, <http://www.legifrance.gouv.fr/>: het bestaan van een vermogensvermenging die een uitbreiding van een insolventieprocedure kan rechtvaardigen vereist ten minste dat aan de ene of de andere betrokkene vorderingen of schulden zijn toebedeeld die deze (rechts)persoon niet toebehoren. Dit uitganspunt impliceert dat van daadwerkelijke vermogensvermenging geen sprake is. Vgl. ook het Hof Parijs dat voor het aannemen van vermogensvermenging vereist dat de vermogensbestanddelen van vennootschap A in het vermogen van vennootschap B zijn gevloeid en vice versa: bijvoorbeeld: CA Parijs 1 december 1976, *D.* 1977, som., p. 120, m.nt. Honorat; CA Parijs 22 november 1977, *Gaz. Pal*. 1978, jur. 251, m.nt. Fangain; CA Parijs 29 mei 1978, *Rev. soc.* 1979, p. 375, m.nt. Sortais; CA Parijs 17 december 1986, *Gaz. Pal.* 1987, jur. p. 256 en CA Parijs 25 september 1990, *Gaz. Pal.* 1990, jur., p. 689, m.nt. Marchi.

De oorzaak daarvan is nogal eens het ontbreken van adequate boekhoudingen bij de betrokken rechtssubjecten.[40]

In Frankrijk is gepoogd om de grondslag voor consolidatie te verruimen door onder de noemer vermogensvermenging niet slechts een daadwerkelijke vermenging van vermogensbestanddelen te brengen, maar tevens een vermenging van bedrijfsactiviteiten, die het ontstaan van een economische eenheid, één onderneming tot gevolg heeft. Argumenten daarvoor worden onder meer geput uit Cass. com. 11 mei 1993.[41] De *Cour de cassation* volgde in deze zaak het oordeel van het appelhof en merkte op dat de personele, organisatorische en economische banden, die in dat geval tussen de vennootschappen bestonden, onvoldoende waren om vermogensvermenging aan te nemen, *dés lors qu'elles conservaient une activité indépendante, un actif et un passif propre et qu'aucune flux financier anormal n'existait entre elles (…)*. Deze zinsnede is door een enkeling zo geïnterpreteerd dat daaruit zou voortvloeien dat sprake is van vermogensvermenging wanneer de activa en passiva van twee rechtssubjecten zijn vermengd, wanneer hun beider activiteiten zijn vermengd *of* wanneer tussen hen ongebruikelijke vermogensverschuivingen hebben plaatsgevonden.[42] Mijns inziens is deze uitleg op zijn zachtst gezegd niet evident. Door de jaren heen heeft de *Cour de cassation* een steeds duidelijkere en vooral strengere lijn uitgezet in haar arresten betreffende uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedures. Waar zij in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw soms wel vermogensvermenging aannam wanneer de ondernemingen van de vennootschappen samenvielen en zij hetzelfde personeel en dezelfde cliëntèle hadden[43], vereist zij sinds de jaren '80-'90 steeds duidelijker dat de vermogens van de vennootschappen daadwerkelijk zijn vermengd; dat de activa en passiva van de vennootschappen zijn vervlochten.[44]

---

40 Bijvoorbeeld: Cass. com. 16 februari 1999, nr. 96-10087, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. En zie voor een afwijzing van het verzoek om consolidatie wegens het bestaan van gescheiden boekhoudingen waardoor van een onontwarbare vermogensvermenging geen sprake was: Cass. com. 8 januari 2002, nr. 98-23177, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

41 Cass. 11 mei 1993, *Bull.civ.* IV, p. 133, nr. 187; *Bull. Joly* 1993, p. 1050, m.nt. Pétel; *D.* 1993, IR, p. 195.

42 Daigre 1996, Rép. soc – Entreprise en difficulté (Personnes morales ...), p. 13, nr. 91 en p. 16, nr. 117.

43 Bijvoorbeeld: Cass. com. 9 oktober 1967, *Bull. civ.* III, p. 297, nr. 310; *D.* 1968, jur., p. 137.

44 Bijvoorbeeld: Cass. com. 9 april 1991, *Bull. civ.* IV, p. 92, nr. 128, *D.* 1992, som., p. 3, m.nt. Derrida; Cass. com. 20 oktober 1992, *Rev. soc.* 1993, p. 449; Cass. com. 31 januari 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 439, m.nt. Pétel; *Rev. soc.* 1995, p. 757, m.nt. Randoux en Cass. com. 12 juni 2001, nr. 98-18835, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.
Desalniettemin besloten lagere rechters in het vierde kwart van de vorige eeuw nog al eens tot uitbreiding annex consolidatie wegens vermogensvermenging wanneer de vennootschappen nauwe economische en financiële banden hadden, zij eenzelfde vennootschappelijk doel en eenzelfde zetel hadden en hun organen waren samengesteld uit dezelfde personen. Bijvoorbeeld: CA Versailles, 16 december 1987, *D.* 1988, p. 383, m.nt. Honorat, *Rev. soc.* →

Onderlinge financiële afhankelijkheid die een vervlechting van belangen tot gevolg heeft, is onvoldoende voor het aannemen van vermogensvermenging.[45] Evenals de combinatie van het hebben van dezelfde bestuurders of vennoten, eenzelfde vennootschappelijk doel, gecentraliseerd beheer, voortdurende onderlinge commerciële betrekkingen en de afhankelijkheid van eenzelfde cliëntèle[46] of de omstandigheid dat de betrokken vennootschappen dezelfde zetel en dezelfde aandeelhouders en bestuurders hebben en zij elkaar aanvullende activiteiten uitoefenen op eenzelfde locatie.[47] Het bestaan van vermogensvermenging wordt slechts onder bijzondere omstandigheden aangenomen, omdat de daarop volgende uitbreiding annex consolidatie de rechten van de crediteuren ernstig kan beperken.[48]

Tegenover deze strikte interpretatie van het begrip 'vermogensvermenging' staat een andere meer flexibele lijn in de jurisprudentie van de *Cour de cassation*, namelijk het aanwezig achten van vermogensvermenging wanneer zich ongebruikelijke vermogensverschuivingen tussen de vennootschappen hebben voorgedaan. Reeds vroeg werd deze tendens gesignaleerd door onder meer Artz en Ohl.[49] In zaken betreffende ongebruikelijke vermogensverschuivingen is vaak geen sprake van de onmogelijkheid vast te stellen welke vermogensbestanddelen aan welke vennootschap toebehoren. Het betreft dikwijls gevallen waarin de ene vennootschap is bevoordeeld ten koste van de (crediteuren van de) andere vennootschap.[50]

Het ongebruikelijkheidscriterium was in eerste instantie vooral een belangrijke aanwijzing voor het bestaan van vermogensvermenging, maar is uiteindelijk verworden tot een min of meer zelfstandige categorie naast die waarin de aangetroffen boedels niet meer zijn te scheiden. Regelmatig worden uitspraken tegenwoordig gemotiveerd met de vaststelling dat de financiële stromen tussen de ven-

1988, p. 434, m.nt. Honorat en CA Riom 10 juni 1992, af te leiden uit Cass. com. 31 januari 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 439, m.nt. Pétel; *Rev. soc.* 1995, p. 757, m.nt. Randoux. Maar, ook hierin is een kentering waarneembaar. Zie bijvoorbeeld: CA Parijs 14 december 2001, nr. 2000/23665, <http://www.legifrance.gouv.fr/> en CA Parijs 13 september 2002, *Rev. soc.* 2002, p. 769, m.nt. Guyon.

45 Cass. com. 20 oktober 1992, *Rev. soc*. 1993, p. 449. Zie ook: Cass. com. 10 december 2002, *Rev. soc.* 2003, p. 151, m.nt. Guyon; NDLR *D.* 2003, AJ, p. 348.

46 Cass. com. 11 mei 1993, *Bull.civ.* IV, p. 133, nr. 187; *Bull. Joly* 1993, p. 1050, m.nt. Pétel; *D.* 1993, IR, p. 195. In vergelijkbare zin reeds: CA Parijs 21 december 1982, *Gaz. Pal.* 1983, p. 125.

47 Cass. com. 31 januari 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 439, m.nt. Pétel; *Rev. soc.* 1995, p. 759, m.nt. Randoux.

48 Guyon, noot onder Cass. com. 10 december 2002, *Rev. soc.* 2003, p. 152-153.

49 Artz *RtDCom.* 1975, p. 20 en Ohl. 1982, p. 322-325, nr. 437-440. Zie ook: Barthélémy e.a. 1991, p. 552, nr. 12212 en Daigre 1996 Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales ...), p. 13, nr. 91 en p. 16, nr. 117.

50 Bijvoorbeeld: Cass. com. 1 oktober 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1089, § 392, m.nt. Daigre en Cass. com. 7 december 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 579, m.nt. Pétel. Zie ook: Cabrillac & Pétel, noot onder Cass. com. 4 juli 2000, *JCP-E* 2001, p. 173 en Rolland *JCP-E* 2005, p. 799.

nootschappen ongebruikelijk waren (*flux financier anormaux*).[51] Of wordt een afwijzing van een verzoek om uitbreiding annex consolidatie mede gemotiveerd met de vaststelling dat niet is gebleken dat ongebruikelijke financiële stromen hebben plaatsgevonden.[52]

Traditioneel spreekt de *Cour de cassation* over *flux financiers anormaux* of *mouvements de fonds anormaux* (ongebruikelijke financiële stromen/vermogensverschuivingen).[53] Thans bezigt zij (tevens) de term *relations financières anormales* (ongebruikelijke financiële relaties).[54] Deze verruiming van de terminologie geeft een zekere verruiming van de grondslag voor uitbreiding annex consolidatie weer. Onder de oude term zou een verzoek om uitbreiding annex consolidatie strikt genomen moeten worden afgewezen, wanneer aan dat verzoek bijvoorbeeld ten grondslag werd gelegd dat een onroerendgoedmaatschappij sinds jaar en dag de door een met haar verbonden werkmaatschappij, die een pand van haar huurde, aan haar verschuldigde huursommen niet meer inde. Van vermogensverschuivingen tussen de betrokken vennootschappen kan dan moeilijk worden gesproken, terwijl vermogensvermenging desalniettemin kan worden aangenomen: De onroerendgoedmaatschappij stelt haar actief zonder tegenprestatie ter beschikking van de werkmaatschappij. Door niet meer te spreken over ongebruikelijke vermogensverschuivingen, maar over ongebruikelijke financiële relaties, kan ook in deze situatie een aanwijzing worden gevonden voor het bestaan van vermogensvermenging.[55]

Welke vermogensverschuivingen c.q. relaties als ongebruikelijk kunnen worden aangemerkt is niet in een aantal zinnen te omschrijven.[56] Bovendien kan het-

51 Bijvoorbeeld: Cass. com. 17 juli 2001, nr. 00-12396 en Cass. com. 15 februari 2005, nr. 03-13224, beide arresten zijn niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie ook reeds: Trib. com. Corbeil 29 mei 1986, *Gaz. Pal.* 1986, jur., p. 647 en CA Parijs 15 april 1988, *Rev. soc.* 1988, p. 436, m.nt. Honorat; *D.* 1988, som., p. 385, m.nt. Derrida.

52 Bijvoorbeeld Cass. 11 mei 1993, *Bull.civ.* IV, p. 133, nr. 187; *Bull. Joly* 1993, p. 1050, m.nt. Pétel; *D.* 1993, IR, p. 195.

53 O.a. Cass. com. 28 maart 1995, *Bull. civ.* IV, p. 90, nr. 102; *D.* 1995, IR, p. 140 en Cass. com. 13 november 2002, *Dr. soc.*, aug.-sept. 2003, p. 16, nr. 142, m.nt. Legros.

54 O.a. Cass. com. 7 januari 2003, *Bull. civ.* IV, p. 4, nr. 3; *D.* 2003, AJ, p. 347, 3e esp. en Cass. com. 14 januari 2004, *Rev. soc.* 2004, p. 948, m.nt. Saintourens.

55 NDLR, onder Cass. com. 7 januari 2003, *D.* 2003, AJ, p. 347, 3e esp.; Grelon & Dessus-Larrivé *Rev. soc.* 2006, p. 285-286, nr. 8-10 en Saintourens, noot onder Cass. com. 14 januari 2004, *Rev. soc.* 2004, p. 950-951. Zie ook: Saint-Alary-Houin, noot onder CA Douai 16 december 2004 en Cass. com. 19 april 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 697-698, nr. 16.

56 Zie ook Guyon, noot onder Cass. com. 10 december 2002, *Rev. soc.* 2003, p. 154. Hij merkt op dat het nogal eens moeilijk is vast te stellen wat gebruikelijk is. Ook de *Cour de cassation* geeft niet altijd een duidelijke lijn aan. Zo is het becommentarieerde arrest moeilijk verenigbaar met de uitspraak van de *Cour de cassation* in Cass. com. 7 januari 2003, *D.* 2003, AJ, p. 347, 3e esp.

geen gebruikelijk of ongebruikelijk is door de jaren heen nogal eens veranderen.[57] Een voorbeeld uit de Franse rechtspraak is onder meer het in rekening brengen van prijzen die niet overeenkomen met de marktwaarde van het geleverde goed of de geleverde dienst. Denk aan het in rekening brengen van buitensporig hoge huurprijzen[58] of juist het achterwege laten van het in rekening brengen van een vergoeding voor het geleverde huurgenot.[59] Een ander voorbeeld biedt het uitbetalen van gelden door de ene vennootschap zonder dat daar een tegenprestatie van de andere vennootschap tegenover staat.[60] Weer een ander voorbeeld is het verrichten van diensten zonder dat daarvoor een rechtsgrond bestaat[61] of het achterhouden van vergoedingen en andere geldbedragen. Een concreet voorbeeld biedt Cass. com. 14 oktober 1997.[62] De bestuursvoorzitter/meederheidsaandeelhouder van de vennootschap IMC richtte op een bepaald moment de vennootschap Pechex op, waarvan hij eveneens bestuursvoorzitter en meederheidsaandeelhouder werd. Pechex was opgericht om IMC in staat te stellen een drietal boten voor

57 Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs betwijfelen in hun proefschrift of het ongebruikelijkheidscriterium een juiste maatstaf is voor samengevoegde afwikkeling (in hun woorden: doorbraak van de aansprakelijkheid in concernverhoudingen). Zij betogen terecht dat hetgeen gebruikelijk is, niet altijd zal zijn toegestaan en dat hetgeen ongebruikelijk is niet steeds ook ongeoorloofd is. Een betere maatstaf achten zij de vraag wat gelet op het principe van vermogensrechtelijke zelfstandigheid van de rechtspersoon is toegestaan (hierna: toelaatbaarheidscriterium). Daarbij erkennen zij dat ook dit een vage norm is. Het ongebruikelijkheidscriterium kan, gezien het concretere karakter van dit criterium, wel dienst doen als een hulpcriterium: Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 509. Ter ondersteuning van hun keuze voor het toelaatbaarheidscriterium verwijzen zij naar een aantal zaken van het hof van Parijs, waaronder de volgende: In 1969 overwoog het hof van Parijs dat de tussen een aantal vennootschappen aangegane financiële betrekkingen *les facilités que peuvent se consentir deux sociétés d'un même groupe* hadden overschreden: CA Parijs 13 december 1969, *RtDCom.* 1970, p. 505, m.nt. Houin. En in 1988 overwoog dit hof dat voor het bestaan van vermogensvermenging vereist is '(...) d'immixtion de certain sociétés dans les gestion des autres, l'éventuelle fictivité de certaines sociétés de holding, le passage injustifié d'éléments d'actifs et de passif des unes aux autres': CA Parijs 2 februari 1988, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 348.
Mijns inziens is de vraag naar wat toelaatbaar is vaak echter even moeilijk te beantwoorden als de vraag naar hetgeen ongebruikelijk is. Houwen e.a. geven dit ook toe en betogen daarom dat het ongebruikelijkheidscriterium toch als hulpcriterium kan worden gebruikt. Ik zie dan evenwel de toegevoegde waarde van het toelaatbaarheidscriterium niet. Mogelijk hangt hun keuze voor een toelaatbaarheidscriterium samen met het thema van hun proefschrift: aansprakelijkheid. Aansprakelijkheid is in beginsel pas op haar plaats wanneer de aansprakelijk gestelde persoon iets onbehoorlijks, ontoelaatbaars heeft gedaan.

58 Cass. com. 7 januari 2003, *Bull. civ.* IV, p. 4, nr. 3; *D.* 2003, AJ, p. 347, 3e esp. Zie ook: CA Parijs 8 juli 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1216.

59 Cass. com. 15 februari 2005, nr. 03-13224, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

60 Cass. com. 19 november 2003, nr. 00-21027, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

61 Cass. com. 19 november 1996, nr. 94-19738, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

62 Cass. com. 14 oktober 1997, nr. 95-13780, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

de tonijnvangst te kopen van de republiek Congo. IMC was zelf namelijk niet in staat om de financiering voor deze transactie rond te krijgen. Pechex kocht uiteindelijk de drie boten, maar het was IMC die zich tot de Congolese regering wendde en een korting op de aankoopprijs bedong om deze vervolgens in haar eigen boekhouding te verwerken. De korting kwam derhalve niet ten goede aan Pechex. Bovendien ontving IMC van Pechex bedragen die geen verband hielden met enige tussen hen bestaande contractuele relatie en waarvoor Pechex geen tegenprestatie ontving. IMC gebruikte deze bedragen om haar kas te spekken, zodat zij haar activiteiten kon blijven uitoefenen en haar schulden kon maskeren. Het hof had volgens de *Cour de cassation* terecht uit deze omstandigheden afgeleid dat hier sprake was van ongebruikelijke vermogensverschuivingen waardoor de vermogens van de beide vennootschappen waren vermengd.

Anderzijds is van ongebruikelijk vermogensverschuivingen geen sprake wanneer in het kader van een ruimere overeenkomst tot centraal beheer van liquide middelen gelden van de ene dochtervennootschap via de holding toekomen aan een andere dochtervennootschap, dit wordt verwerkt in de boekhouding en er een tegenprestatie in de vorm van te betalen rente tegenover staat. Daarbij is van belang dat deze vermogensverschuiving de financiële kracht van de betrokken vennootschappen niet te boven gaat.[63] Evenmin is ongebruikelijk dat een holding tijdelijk afstand doet van haar recht op inning van een vordering op haar dochter, dat wil zeggen dat deze vordering pas hoeft te worden betaald wanneer de dochter weer in betere doen verkeert, dit op schrift is gesteld en het bestaan van de holding daardoor niet in gevaar wordt gebracht.[64]

Genoemde voorbeelden van ongebruikelijke vermogensverschuivingen worden ook in de Verenigde Staten soms als argument voor consolidatie aangedragen. Zo wordt daar wel aandacht besteed aan het feit dat diensten of leveringen door de ene vennootschap zijn verricht zonder reële tegenprestatie van de andere vennootschap.[65] Dit soort omstandigheden vormt dan een factor bij de beoordeling van de vraag of consolidatie noodzakelijk is om enig nadeel te voorkomen of enig voordeel te genereren.[66] Op deze tendens bestaat echter kritiek. Betoogd is wel dat dergelijke vermogensverschuivingen beter kunnen worden aangepakt met meer gangbare acties zoals een *fraudulent preference* actie ex 11 U.S.C. § 547.[67]

---

63 CA Versailles 2 april 2002, *D.* 2002, som., p. 3266; *Bull. Joly* 2002, p. 923, m.nt. Le Nabasque; *JCP-E* 2002, jur., p. 1627, m.nt. Couret.

64 CA Parijs 7 september 2004, *D.* 2004, AJ, p. 2500, m.nt. Lienhard; *Bull Joly* 2004, p. 358, m.nt. Souleau-Travers & De Sentenac.

65 Bijvoorbeeld: *In re Giller*, 962 F.2d 796, 798 (8th Cir. 1992) (onbetaalde diensten (o.m. het verschaffen van huurgenot) verricht door de ene vennootschap voor de andere). Zie ook: *In re Baker & Getty Fin. Servs., Inc.*, 78 B.R. 139, 142 (Bankr. N.D. Ohio 1987) (met geld van het ene rechtssubject worden goederen voor het andere gekocht).

66 Bijvoorbeeld: *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd.*, 935 F.2d 245, 251 (11th Cir. 1991), waarin de *Auto-train*-toets werd gebruikt: 'Consolidation will help see to it that GPH's creditors are not harmed by such transactions for which GPH received no consideration.'

67 Bijvoorbeeld: Kors *U.Pitt.L.Rev.* 1998, p. 420-423 en 430-431 en Wes *Cal.L.Rev.* 1977, p. 736-737 en 743.

In Nederland lijkt de omstandigheid dat diensten worden verricht zonder reële tegenprestatie van belang waar af en toe met het oog op consolidatie wordt aangevoerd dat de kostendoorbelasting onvoldoende was.[68] Ook in Nieuw-Zeeland wordt aan de genoemde ongebruikelijke vermogensverschuivingen wel aandacht besteed bij de beoordeling van een consolidatieverzoek. Het is dan een van meer in aanmerking te nemen omstandigheden bij bijvoorbeeld het onderzoek naar de verbondenheid tussen de ondernemingen van de vennootschappen of het onderzoek naar het gedrag van een bij de consolidatie betrokken vennootschap ten opzichte van de crediteuren van een andere daarbij betrokken vennootschap.[69]

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat vermogensvermenging in Frankrijk vereist dat een vervlechting van vermogensbestanddelen heeft plaatsgevonden of dat ongebruikelijke financiële relaties bestonden tussen de vennootschappen, zoals het verrichten van diensten zonder dat daarvoor een reële tegenprestatie is ontvangen. Men moet echter voorzichtig zijn met het trekken van dergelijke algemene conclusies. Het niet aanwezig zijn van een reële tegenprestatie kán duiden op ongebruikelijke vermogensverschuivingen en daarmee op vermogensvermenging, maar leidt niet steeds tot die conclusie. Cass. com. 8 januari 2002 betrof een zaak waarin drie vennootschappen afzonderlijk failliet waren verklaard.[70] De curator van de drie vennootschappen had verzocht om consolidatie, doch dit verzoek werd afgewezen. Het appelhof had daartoe overwogen dat de vennootschappen, die alledrie dezelfde naam droegen, weliswaar dezelfde bestuurders hadden, onderling deelnamen in elkaars aandelenkapitaal, en dat één van de drie vennootschappen aan de andere twee geldsommen had betaald zonder dat daar een tegenprestatie tegenover stond, maar dat er geen sprake was van een onontwarbare onderlinge financiële vervlechting die kon duiden op vermogensvermenging. De *Cour de cassation* stemde in met deze beslissing van het hof, nu er geen financiële verstrengeling had plaatsgevonden tussen de vennootschappen en de vermogensverschuivingen waren opgenomen in de boekhouding.

Door (mede) de nadruk te leggen op de boekhoudkundige verantwoording van de plaatsgevonden vermogensverschuivingen sluit de *Cour de cassation* met deze zaak aan bij het eerder genoemde vereiste dat wel uit de jurisprudentie wordt afgeleid, te weten dat pas sprake is van vermogensvermenging wanneer niet meer kan worden vastgesteld welke vermogensbestanddelen aan welke vennootschap toebehoren.

---

68 Bijvoorbeeld: Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87 (Infotheek), overweging 3.7 en de resultaten van het ingeschakelde onderzoeksbureau d.d. 14 oktober 2002, p. 6, bijlage bij het Veertiende verslag ex artikel 173 Fw in het faillissement van NV Habo c.s. d.d. 15 oktober 2003.

69 Zie: *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*, [1991] 2 NZLR 296. In deze zaak werd in het kader van een onderzoek naar het gedrag van een vennootschap tegenover de crediteuren van een andere vennootschap o.m. aandacht besteed aan het feit dat schulden van de ene vennootschap waren betaald door de andere vennootschap.

70 Cass. com. 8 januari 2002, nr. 98-23177, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

Aan het in de boekhouding afleggen van verantwoording voor bepaalde vermogensverschuivingen wordt ook in andere zaken belang gehecht voor wat betreft de beantwoording van de vraag of sprake is van vermogensvermenging. Indien in de boekhouding een verklaring voor een bepaalde vermogensverschuiving ontbreekt, kan dit een aanwijzing zijn voor het bestaan van ongebruikelijke vermogensverschuivingen en daarmee vermogensvermenging.[71] Wordt wel verantwoording afgelegd, dan kan dit duiden op de afwezigheid van vermogensvermenging.[72]

Waar in Frankrijk wordt aangeknoopt bij de onmogelijkheid om de vermogens te scheiden, sluit de invulling van het begrip 'vermogensvermenging' aan bij de invulling die daaraan in met name Nederland en Nieuw-Zeeland wordt gegeven. Voor zover wordt aangeknoopt bij de ongebruikelijke financiële betrekkingen die traceerbaar zijn, is sprake van een geheel eigen definitie. Het element van de vermenging kan dan worden gevonden in de omstandigheid dat bepaalde vermogensbestanddelen onderdeel uitmaken van een vermogen, terwijl deze daar eigenlijk niet (meer) in thuis horen. Ook in de andere rechtsstelsels wordt aandacht besteed aan ongebruikelijke financiële betrekkingen, maar dan niet steeds in het kader van een onderzoek naar het al dan niet bestaan van vermogensvermenging. Naar mijn oordeel behoort in Nederland aan traceerbare ongebruikelijke financiële betrekkingen in beginsel geen aandacht te worden besteed in het kader van een vermogensvermenging en verdient het ook overigens de voorkeur om de betrekkingen voor zover zij benadelend zijn geweest voor de schuldeisers van de failliet met andere middelen, waaronder de actio Pauliana, aan te pakken.[73] Door middel van een actio Pauliana kunnen specifiek die rechtshandelingen worden aangepakt die benadelend zijn geweest. Zonder nadere reden is een consolidatie, die veel ingrijpendere consequenties heeft, niet gerechtvaardigd. Door een consolidatie kunnen de benadeelde crediteuren overgecompenseerd worden of juist te weinig ontvangen. Worden de crediteuren overgecompenseerd, dan worden de crediteuren van de andere vennootschap benadeeld. Ontvangen zij minder dan het geval zou zijn bij de toepassing van een actio Pauliana of een onrechtmatige-daadactie dan wordt laatstgenoemde crediteuren een voordeel in de schoot geworpen. Daarbij zou ik – overeenkomstig hetgeen ik hiervoor heb betoogd – wel willen aannemen dat de kostenbesparing die bij een consolidatie kan optreden, omdat een actio Pauliana ten aanzien van een intercompany-transactie achterwege kan blijven, een voordeel is dat mag worden meegnomen in een ruimere afweging van voor- en nadelen die een consolidatie voor crediteuren met zich kan brengen.[74]

---

71 Bijvoorbeeld: Cass. com. 2 februari 1999, nr. 96-13678, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

72 Vgl. Cass. com. 11 juni 2002 , nr. 99-13544, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

73 Vgl. hetgeen Kors (*U.Pitt.L.Rev.*1998, p. 420-423 en 430-431) en Wes (*Cal.L.Rev.* 1977, p. 736-737 en 743) betogen ten aanzien van *substantive consolidation* in de Verenigde Staten.

74 Zie over het afwegen van voor- en nadelen verder paragraaf 4.4.1 en zie over de verhouding actio Pauliana/onrechtmatige-daadactie en enkelvoudige afwikkeling enerzijds en samengevoegde afwikkeling anderzijds: paragraaf 4.6.

4.1.3 Partiële versus algehele vermogensvermenging

Het is heel goed denkbaar dat niet alle vermogensbestanddelen zijn vermengd, maar slechts een gedeelte daarvan. Dit zal zelfs in de regel het geval zijn. Bijvoorbeeld wanneer twee vennootschappen, die vergelijkbare activiteiten uitoefenen, hun zetel hebben op dezelfde plek en zij samen één kantoorpand huren en ieder afzonderlijk een pakhuis in eigendom heeft. De inventaris van het kantoorpand is dan mogelijk vermengd, maar wie eigenaar is van de pakhuizen zal doorgaans eenvoudig zijn vast te stellen door de registers te raadplegen.

De vraag die dan opkomt is of slechts een algehele vermogensvermenging samengevoegde afwikkeling kan rechtvaardigen. In de onderzochte, buitenlandse rechtsstelsels is aan deze vraag bij mijn weten slechts aandacht besteed in Frankrijk. Dat deze vraag in de Verenigde Staten niet met zoveel worden is gesteld is weinig verwonderlijk, omdat daar vooral van belang is wat voor een effect het uiteenrafelen van de vermengde vermogens heeft op de realisatie van de uitkeerbare netto-opbrengst. Daarbij speelt de omvang van de vermenging slechts een rol voorzover deze invloed heeft op de tijd en kosten die gepaard gaan met het uitzoeken van de eigendomsverhoudingen. Ook een gedeeltelijke vermenging kan zoveel uitzoekwerkzaamheden vergen dat daartoe al het aangetroffen actief moet worden aangewend. Voorts is vermogensvermenging in de Verenigde Staten thans vaak maar een van meer in ogenschouw te nemen factoren en kan niet worden gezegd dat deze factor (steeds) van doorslaggevend belang is. Dit laatste geldt eveneens voor de analyse die het Nieuw-Zeelandse artikel 271(1)(b) jo. 272(2) CA 1993 (NZ) voorschrijft. Naast (gedeeltelijke) vermogensvermenging spelen ook hier andere factoren een rol.

In Frankrijk was lange tijd enigszins onduidelijk of zowel algehele als partiële vermogensvermenging samengevoegde afwikkeling kan rechtvaardigen. Gezien het in Frankrijk geldende uitgangspunt dat alle vennootschappen afzonderlijke rechtssubjecten met een eigen vermogen zijn en daarom aan afzonderlijke insolventieprocedures moeten worden onderworpen, wordt wel betoogd dat enkel algehele vermogensvermenging tot uitbreiding annex consolidatie aanleiding behoort te geven.[75] In de praktijk zal echter nooit sprake zal zijn van algehele vermogensvermenging.[76] Dit zou in bovenstaande opvatting impliceren dat vermogensvermenging nooit samengevoegde afwikkeling zou kunnen rechtvaardigen. Niet vreemd is dan ook de beslissing van de *Cour de cassation* in Cass. com. 3 april 2001 dat niet alle elementen van de betrokken vermogens hoeven te zijn vermengd om van vermogensvermenging te kunnen spreken.[77] In lagere

75 Zie bijvoorbeeld: Derrida, noot onder Cass. com. 15 maart 1982, *D.* 1982, p. 405-406 en Honorat, noot onder Cass. com. 12 februari 1985, *D.* 1985, IR, p. 491.

76 Daigre 1996, Rép. soc – Entreprise en difficulté (Personnes morales ...), p. 13, nr. 90.

77 Cass. com. 3 april 2001, nr. 98-12676, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie ook: Cass. com. 22 februari 1994, nr. 89-17235, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

instantie was de ten aanzien van de SA Chevance geopende reorganisatieprocedure wegens het bestaan van vermogensvermenging met een personenvennootschap (*société civile*) naar laatstgenoemde uitgebreid. In cassatie was de vraag aan de orde of het feit dat de rechtbank de *administrateur judiciaire* van de vennootschap Chevance had toegestaan de aan deze vennootschap toebehorende zalmrokerij te verhuren, erop duidde dat de vermogens van beide vennootschappen gescheiden waren gebleven. De *Cour de cassation* beantwoordde deze vraag ontkennend met de overweging dat de toestemming om een deel van het bedrijf van Chevance te verhuren niet aan het bestaan van vermogensvermenging in de weg stond, omdat de zalmrokerij slechts een element was van het vermogen van Chevance.

Deze opvatting verdient mijns inziens navolging in Nederland. Vaak bezitten vennootschappen registergoederen, waarvan de eigendomsrechten eenvoudig kunnen worden achterhaald door de registers te raadplegen. Het is zoals gezegd niet ondenkbaar dat ten aanzien van andere vermogensbestanddelen niet kan worden vastgesteld aan welke vennootschap zij toebehoren. In een dergelijk geval consolidatie steeds uitgesloten te achten, gaat mijns inziens te ver. Wanneer de overige vermogensbestanddelen zodanig zijn vermengd dat zij enkel kunnen worden verdeeld op grond van niet-objectieve toedelingsmaatstaven, is de kans groot dat crediteuren zich gaan verweren. Denkbaar is bovendien dat slechts tegen een zeer hoge prijs kan worden vastgesteld welke van de vermengde vermogensbestanddelen aan welke vennootschap toebehoren, waardoor consolidatie voor de crediteuren aanzienlijk voordeliger kan zijn. De met het uitpluizen van de eigendomsverhoudingen gepaard gaande kosten kunnen namelijk zo hoog zijn dat de uitkering aan crediteuren in gevaar komt. Zoals in de vorige paragraaf opgemerkt moet consolidatie volgens mij in dat geval worden toegestaan.

Blijft echter de vraag bestaan *in hoeverre* de vermogens moeten zijn vermengd om uitbreiding of consolidatie te kunnen rechtvaardigen. Is vereist dat activa én passiva zijn vermengd? In Frankrijk heeft de *Cour de cassation* in diverse arresten met zoveel woorden overwogen dat een vervlechting van activa en passiva vereist was of dat bij afwezigheid daarvan van een vermogensvermenging niet kon worden gesproken.[78] Zo overwoog zij in een arrest uit 1995:[79]

> 'Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs qui, en l'absence de toute constatation révélant *l'imbrication des éléments d'actif et de passif* composant les patrimoines des trois personnes morales, sont impropres à établir que ces patrimoines étaient confondus, la cour d'appel (die tot uitbreiding wegens het

78 Zie o.m.: Cass. com. 3 november 1992, nr. 90-17171, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>; Cass. com. 14 maart 1995, *Bull. civ.* IV, p. 74, nr. 82; *D.* 1995, IR, p. 115 en Cass. com. 12 juni 2001, 98-18835, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

79 Cass. com. 31 januari 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 439, m.nt. Pétel; *Rev. soc.* 1995, p. 757, m.nt. Randoux.

bestaan van vermogensvermenging had besloten, MLHR) n'a pas donné de base légale à sa décision.'[80] Cursivering, MLHR.

Een vermenging van activa én passiva lijkt derhalve vereist. In de praktijk zal ook dit zich echter niet altijd voordoen. Het kan heel goed zijn dat bijvoorbeeld door het aanhouden van een gezamenlijke debiteuren- of crediteurenadministratie met een gemeenschappelijke bankrekening enkel (een deel van de) activa of passiva van de vennootschappen zodanig (is) zijn vermengd dat niet meer kan worden vastgesteld welke activa of passiva aan welke vennootschap toebehoren. Ondanks de standaardoverweging dat vermogensvermenging een vermenging van activa en passiva vereist, lijkt in Frankrijk te moeten worden aangenomen dat een vermenging van enkel activa of enkel passiva voldoende grondslag kan bieden voor uitbreiding annex consolidatie. Uit de jurisprudentie zijn gevallen bekend waarin wegens het bestaan van vermogensvermenging wordt besloten tot uitbreiding annex consolidatie tussen twee vennootschappen wanneer de ene vennootschap wordt leeggeroofd door middel van ongebruikelijke, schijnbaar herleidbare verschuivingen van haar activa naar de andere vennootschap. In dit geval zijn enkel de activa van de vennootschappen vermengd.[81] Naar mijn oordeel moet in Nederland in ieder geval worden aangenomen dat een vermenging van enkel activa of enkel passiva een consolidatie kan rechtvaardigen, omdat ook in die gevallen toedeling op grond van objectieve maatstaven onmogelijk kan zijn.

Vervolgens rijst de vraag in welke mate de activa of passiva moeten zijn vermengd. Is het voldoende dat alle kasgeld van beide vennootschappen is vermengd of dient ook ten aanzien van roerende (niet-register)goederen onduidelijkheid te bestaan omtrent de eigendomsverhoudingen? En zo ja, geldt dit dan voor alle roerende goederen of is het voldoende als ten aanzien van de meest waardevolle roerende goederen de eigenaar niet zonder meer kan worden aangewezen? Vergelijkbare vragen kunnen worden gesteld voor wat betreft de passiva. Mij is niet bekend dat over deze kwestie in Frankrijk literatuur of jurisprudentie is verschenen. Wat hier ook van zij, ik ben van mening dat aan deze kwestie in Nederland niet veel waarde moet worden gehecht. Ik zie geen reden om te bepalen dat steeds ten minste een bepaald percentage van het actief of nog specifieker het kasgeld van de vennootschappen moet zijn vermengd. Het opwerpen van zo'n drempel komt mij willekeurig voor. Bovendien blijft men in de gevallen waar de drempel niet wordt gehaald, kampen met het probleem welke maatstaf moet worden gekozen voor de verdeling van het vermengde gedeelte over de verschillende betrokken boedels. In hoofdstuk 1 heb ik reeds opgemerkt dat alle mogelijke verdelingsmaatstaven enigszins arbitrair zijn, waardoor de keuze voor een bepaalde maatstaf nooit helemaal kan worden verantwoord tegenover de crediteuren van de

80 Italics, MLHR.

81 Bijvoorbeeld: Cass. com. 8 oktober 1996, nr. 94-18874, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

betrokken schuldenaren. Dit laat echter onverlet dat het in voorkomend geval redelijk kan zijn om de opbrengst van een aantal vermengde vermogensbestanddelen te verdelen, bijvoorbeeld wanneer deze nauwelijks waarde hebben (denk aan verouderd meubilair dat in een gemeenschappelijk gehuurde ruimte stond). Ook kan enkelvoudige afwikkeling op haar plaats zijn wanneer slechts een partij goederen van dezelfde soort is vermengd en het probleem van de vermengde goederen kan worden opgelost met behulp van het leerstuk van de oneigenlijke vermenging.[82] Steeds moet die oplossing worden gekozen die tegenover de crediteuren het beste te verantwoorden is. Daarbij zal veel afhangen van de omstandigheden van het geval. Zo zal consolidatie op haar plaats zijn wanneer het uitpluizen van de eigendomsverhoudingen ten aanzien van de aangetroffen, vermengde vermogensbestanddelen naar verwachting zoveel kost dat daarvoor de totale opbrengst van het aangetroffen actief zal moeten worden aangewend, waardoor niets meer ter verdeling onder de crediteuren zal over blijven.

4.2 Financiële, economische, organisatorische en personele verbondenheid

4.2.1 Financiële verbondenheid

Aan financiële verwevenheid wordt in de onderzochte rechtsstelsels soms aandacht besteed in het kader van een onderzoek naar de vermenging van de vermogens van de vennootschappen, maar meestal speelt zij als zelfstandige factor een rol in de beoordeling van een consolidatieverzoek. Er moet dan vooral gedacht worden aan concernfinanciering, waarbij het onderling verstrekken van leningen en het verschaffen van zekerheden voor de totale concernschuld aan de bank of voor specifieke schulden van andere in de groep verbonden vennootschappen regel is. Uit de Amerikaanse en Franse rechtspraak blijkt dat het verstrekken van zekerheden voor elkaars schulden aan derden verschillende signalen kan afgeven. Enerzijds – en mijns inziens terecht – wordt geoordeeld dat het bestaan van afzonderlijke rechtssubjecten met eigen vermogens erdoor wordt onderstreept. Twee rechtssubjecten, ieder met hun eigen vermogen worden verbonden voor één en dezelfde schuld. Hiermee beoogt de kredietverschaffer zich een versterkte verhaalspositie te verschaffen. Wanneer hij reeds van mening zou zijn dat beide vennootschappen een geheel vormen, zou hij, afgaande op het bestaan van een eenheid, geen mogelijkheden zien om verscheidene vennootschappen voor dezelfde schuld te verbinden. In deze opvatting wordt het verstrekken van zekerheden voor elkaars schulden aan derden gebezigd als argument dat pleit tegen consolidatie en vóór het onafhankelijk optreden van de betrokken vennootschappen naar buiten

82 Zie over oneigenlijke vermenging o.m.: Fikkers 1999, p. 56-61; Smelt *AA* 2003, p. 348-351 en Vriesendorp, *TvI* 1999 (I), p. 3-12.

toe.[83] De kredietverschaffer heeft in een dergelijk geval de vennootschappen overduidelijk als afzonderlijke rechtssubjecten gezien met eigen rechten en plichten en een eigen vermogen.[84] Hij heeft vertrouwd op de kredietwaardigheid van de afzonderlijke rechtssubjecten. Waar hier belang wordt gehecht aan de beleving van de crediteur, wordt aangeknoopt bij het crediteurenvertrouwen. Het is soms lastig de diverse factoren die in de beoordeling worden betrokken nauwkeurig van elkaar te onderscheiden, omdat ze elkaar veelvuldig beïnvloeden. Toch wil ik aan het crediteurenvertrouwen afzonderlijke aandacht schenken in paragraaf 4.4.2.

Anderzijds kan uit Amerikaanse en Franse jurisprudentie worden afgeleid dat de verstrekking van zekerheden en garanties voor elkaars schulden aan derden de band die tussen de vennootschappen bestaat onderstreept en verder versterkt.[85] De zekerheidverstrekking kan zo bezien een argument vóór samengevoegde afwikkeling zijn. Zeker wanneer de wederpartij van de kredietverschaffer er weinig rooskleurig voorstaat, zal er doorgaans weinig bereidheid bestaan bij onafhankelijke derden om zekerheden en garanties te verstrekken voor de terugbetaling van het krediet. Enkel bekenden van de wederpartij, zoals mede in het concern verbonden vennootschappen die mogelijk zelf indirect profiteren van het krediet, zullen daartoe bereid zijn.

In de Verenigde Staten is het verstrekken van zekerheden voor elkaars schulden aan derden een van meer in aanmerking te nemen factoren.[86] Daarnaast speelt soms meer in het algemeen het bestaan van een systeem van centrale concernfinanciering een rol[87], alsook het bestaan van een uitgebreid centraal cash-managementsysteem.[88]

In Frankrijk levert financiële verbondenheid geen zelfstandige grondslag op voor uitbreiding annex consolidatie, maar de *Cour de cassation* wil nog wel eens

---

83 Zie bijvoorbeeld de Amerikaanse zaken *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 519 (2d Cir. 1988) en *In re Lease-a-fleet, Inc.*, 141 B.R. 869, 876 (Bankr. E.D. Pa. 1992). En zie voor Frankrijk bijvoorbeeld: CA Parijs 16 januari 1986 *Rev. soc.*, 1986, p. 445, m.nt. Calendini: het verstrekken van zekerheden voor elkaars schulden aan derden wijst op het bestaan van twee afzonderlijke rechtssubjecten met een eigen vermogen en bewijst niet het bestaan van vermogensvermenging. Vergelijk ook: CA Colmar 21 maart 1972, *RtDCom.* 1973, p. 357 en voorts CA Versailles 3 februari 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 535, 536: 'Considérant qu'il est exact également que les cautions accordées par la SCI BFL à la BNP (…) pour le prêt accordé à la SARL Floralies du Val'd'Oise et (…) pour le prêt accordé à la SARL FVO ne constituent qu'un indice secondaire de la confusion des patrimoines.'

84 Vgl. *In re Donut Queen*, 41 B.R. 706, 711 (Bankr. E.D. N.Y. 1984).

85 Zie bijvoorbeeld de Amerikaanse zaken: *In re Vecco Construction Industries, Inc.*, 4 B.R. 407, 410-411 (Bankr. E.D. Va. 1980); *In re Richton Int'l Corp.*, 12 B.R. 555, 558 (Bankr. S.D. N.Y. 1981) en de Franse zaken: Cass. com. 2 maart 1999, nr. 95-14007 en Cass. com. 7 december 1999, nr. 97-14119 beide arresten zijn niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zij hebben betrekking op uitbreiding annex consolidatie wegens vermogensvermenging.

86 Bijvoorbeeld: *In re Commercial Envelope Manufacturing Co. Inc.*, 1977 Bankr. LEXIS 15 (Bankr. S.D. N.Y. 1977), p. 13-16 (Lexis-Nexis).

87 *In re Richton Int'l. Corp.*, 12 B.R. 555, 557-558 (Bankr. S.D. N.Y. 1981).

88 *In re GC Companies, Inc.*, 274 B.R. 663 (Bankr. D. Del. 2002).

uit het (zonder tegenprestatie) verstrekken van garanties en zekerheden voor elkaars schulden aan derden een aanwijzing afleiden voor het bestaan van (ongebruikelijke vermogensverschuivingen die duiden op) vermogensvermenging.[89] Het aan derden verstrekken van zekerheden voor schulden van een andere in de groep verbonden vennootschap is in Frankrijk echter op zichzelf onvoldoende bewijs om vermogensvermenging aan te nemen.[90] Evenmin duidt het inrichten van één van de tot een concern behorende vennootschappen als financieringsmaatschappij[91] of een gecentraliseerd wisselkoersbeleid[92] zonder meer op het bestaan van vermogensvermenging. Dit soort omstandigheden spelen in Frankrijk slechts een rol wanneer zij aard en hoeveelheid van de tussen concernvennootschappen gebruikelijke banden overschrijden.[93] Zoals eerder opgemerkt, is het echter niet eenvoudig te bepalen wat gebruikelijk is en wat niet.[94]

Ten slotte wil ik nog opmerken dat het feit dat een dochtervennootschap voor een (groot) gedeelte van haar financiering afhankelijk is van haar moedermaatschappij of een andere maatschappij in de groep, in Frankrijk ook niet zonder meer het fictieve karakter van de dochtervennootschap aantoont. Daartoe is zoals wij in de volgende paragraaf zullen zien meer vereist.

Ook in Nieuw-Zeeland wordt belang gehecht aan de omstandigheid dat vennootschappen, ten aanzien van wier boedels samengevoegde afwikkeling is verzocht, financieel nauw zijn verbonden. Artikel 272(2) CA 1993 (NZ) spreekt weliswaar niet met zoveel woorden over financiële banden tussen de betrokken vennootschappen, maar de rechter mag – naast de in het artikel genoemde factoren – andere factoren die hij van belang acht in ogenschouw nemen bij de beoordeling of consolidatie *just and equitable* is. In de jurisprudentie treft men in dat verband verwijzingen aan naar tussen de vennootschapen bestaande financiële banden. In de eerder genoemde zaak *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*[95] waarin werd besloten tot samengevoegde afwikkeling van de faillissementen van een holding en haar twee dochters, werd onder meer belang gehecht aan het feit dat de vennootschappen leningen aan elkaar hadden verstrekt en het feit dat zij beschikten over een gezamenlijke bankrekening en gebruik maakten van hetzelfde chequeboek.

---

89 Bijvoorbeeld: Cass. com. 2 maart 1999, nr. 95-14007 en Cass. com. 7 december 1999, nr. 97-14119, beide niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

90 Ohl 1982, p. 315, nr. 427.

91 Ohl 1982, p. 323, nr. 437

92 Cass. com. 19 april 2005, *D.* 2005, AJ, p. 1225, m.nt. Lienhard; *Bull. Joly* 2005, p. 690, m.nt. Saint-Alary-Houin; *Dr. & Patr.* 2005, p. 105, m.nt. Monsèrié-Bon; *Dr. soc.* juli 2005, p. 26, m.nt. Legros, en waarover ook Lucas en Le Corre, *D.* 2005, pan., p. 2013-2014.

93 Ohl 1982, p. 322-326, nr. 438 e.v. Vgl. ook: Grelon & Dessus-Larrivé *Rev. soc.* 2006, p. 291-292, nr. 21 en 22; Saintourens, noot onder Cass. com. 12 oktober 1993, *Rev. soc.* 1994, p. 329 en Legros, noot onder Cass. com. 19 april 2005, *Dr. soc.* juli 2005, p. 29, welke laatste opmerkt dat de ongebruikelijke financiële stromen systematisch moeten plaatsvinden.

94 Grelon & Dessus-Larrivé (*Rev. soc.* 2006, p. 286-291, nr. 12-20) constateren kort gezegd dat het bestaan van een groep ertoe leidt dat minder snel sprake is van ongebruikelijke financiële relaties tussen de vennootschappen, omdat binnen een groep nauw banden gebruikelijk zijn.

95 *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)* [1991] 2 NZLR 296.

In Nederland speelt het tussen vennootschappen bestaan van financiële verbanden thans vooral een rol in het kader van de vraag naar het bestaan van vermogensvermenging. Wanneer de vennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld voor elkaars schulden aan derden en uit dien hoofde zakelijke zekerheden hebben verstrekt, kunnen vervelende uitzoekproblemen optreden wanneer de boekhouding niet (goed) is bijgehouden. Het kan dan moeilijk zijn om vast te stellen of rechtsgeldig zekerheden zijn verstrekt door de vennootschappen. Dit laat zich bijvoorbeeld denken wanneer de pandgeefsters allemaal dezelfde of vergelijkbare handelsnamen hebben, zij zetelen op hetzelfde adres, zij dezelfde bestuurders hebben die bevoegd zijn om hen te binden en zij hun vermogens hebben vermengd. Van een rechtsgeldig pandrecht op bijvoorbeeld de inventaris is in dat geval sprake wanneer alle vennootschappen de pandakte hebben ondertekent, dan zit de beschikkingsbevoegde er altijd bij. Evenwel zal dan na uitwinning van de pandrechten vaak onduidelijk zijn of, en zo ja, welke vennootschap een regresvordering heeft op welke vennootschap. Hebben niet alle vennootschappen ondertekent dan rijst de vraag of de beschikkingsbevoegde de pandakte heeft ondertekent. Het antwoord op deze vraag zal naar mijn verwachting niet of nauwelijks te achterhalen zijn en artikel 3:238 BW biedt de pandhouder in dit geval van stille verpanding geen uitkomst.[96] Voorts zal het in het kader van de hoofdelijke verbondenheid vaak lastig zijn te bepalen welke vennootschap de schuld mede-aangaat, waardoor onduidelijk zal zijn welke vennootschap na uitwinning van de zekerheden een regresvordering heeft op welke andere in de groep verbonden vennootschap.[97] Deze gang van zaken onderstreept op zijn beurt het bestaan van vermogensvermenging.[98]

Ook uit de enquête volgt dat in de praktijk financiële banden bestaan tussen vennootschappen die zijn betrokken bij een consolidatie. Eerder is opgemerkt dat 50 van de 67 Insolad-respondenten hebben aangegeven dat zij al eens met consolidatie te maken hebben gehad.[99] Op de vraag onder welke omstandigheden consolidatie had plaatsgevonden in de bij deze 50 respondenten bekende gevallen, antwoordden 14 respondenten dat (onder meer) sprake was van financiële verbondenheid. Daarbij werd 7 keer gewezen op het bestaan van een 2:403-verklaring of een andere vorm van hoofdelijke verbondenheid. Daarnaast wezen respondenten onder meer op het tussen de te consolideren vennootschappen bestaan van een fiscale eenheid (5 keer).[100]

96 In heel uitzonderlijke gevallen zou een beroep op 3:36 BW de pandhouder kunnen baten.

97 Zie over deze problematiek: paragraaf 2.3.2.

98 Zie voor een illustratie van dit soort problemen: Het Veertiende verslag ex artikel 73a Fw in het faillissement van NV Habo c.s. d.d. 15 oktober 2003 en de bijlage bij dit verslag inhoudende de onderzoeksresultaten van een ingeschakeld onderzoeksbureau d.d. 14 oktober 2002.

99 Zie: bijlage 1, vraag 2.

100 Zie: bijlage 1, vraag 10. NB Dit zegt niets over het aantal gevallen waarin wegens vermogensvermenging tot consolidatie is besloten. Enkel kan hieruit worden afgeleid dat vermogensvermenging geregeld voorkwam wanneer tot consolidatie werd besloten.

Naar mijn mening verdient de financiële verbondenheid tussen de vennootschappen waarvan men de faillissementen samengevoegd wil afwikkelen, zeker aandacht bij de beoordeling of samengevoegde afwikkeling op haar plaats is, omdat het faillissement het vermogen van het betrokken rechtssubject raakt.[101] Maar financiële verbondenheid kan door de bank genomen volgens mij geen consolidatie rechtvaardigen. Het bestaan van bijvoorbeeld een cash-management-systeem biedt op zichzelf geen rechtvaardiging voor consolidatie. Zelfs niet wanneer het een zero-balance cash-management-systeem betreft.[102] Dergelijke systemen leiden er weliswaar toe dat dochters over weinig tot geen conctant geld beschikken, omdat zij dit geld hebben geleend aan de moeder, maar daarvoor in de plaats beschikken zij over vorderingen op de moeder. Blijken de leningen van de dochters aan de moeder paulianeus te zijn of blijkt het stelsel van leningen de crediteuren van de dochter te hebben benadeeld dan moet de curator daartegen actie ondernemen.[103] Is dit niet mogelijk, omdat bijvoorbeeld blijkt dat een actio Pauliana geen kans van slagen heeft, want niet kan worden vastgesteld welke rechtshandeling benadelend was[104], dan kan dit een aanwijzing zijn dat consolidatie op haar plaats is wegens vermogensvermenging. Is instelling van aan actio Pauliana of een onrechtmatige-daadactie wel mogelijk, maar bedreigen de daarmee gepaard gaande kosten de uitkering aan bevoorrechte en concurrente crediteuren, dan zal consolidatie eveneens op haar plaats zijn. Steeds moet worden bezien of de met een consolidatie voor de verschillende crediteuren gepaard gaande voordelen aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen.

Het bestaan van een 2:403-verklaring toont voorts de onderlinge verbondenheid tussen concernvennootschappen aan, omdat een 2:403-verklaring slechts mogelijk is ten aanzien van vennootschappen die tot dezelfde groep behoren, zie artikel 2:403(1) BW. Maar het bestaan van een dergelijke verklaring doet geen afbreuk aan het zijn van afzonderlijke rechtssubjecten met eigen rechten en plichten. Het door vennootschappen verstrekken van zekerheden en garanties voor elkaars schulden aan derden toont mijns inziens in beginsel juist aan dat de vennootschappen naar buiten toe optreden als aparte rechtssubjecten met een eigen

101 Vgl. Van der Feltz I, MvT, p. 7 en MvT bij art. 20, p. 339-340.

102 Zie over cash-management paragraaf 1.1.1.4.

103 Dat het opleggen van een zero-balance-systeem een onrechtmatige daad van de moeder jegens de crediteuren van de dochter kan inhouden betoogde eerder Winter 1992, p.274-276. Eveneens merkte hij op dat dit onbehoorlijk bestuur van de moeder bij de dochter kan opleveren: Winter 1992, p. 267-268. Het is overigens interessant om op te merken dat de weerzin tegen het zero-balance-systeem in de Verenigde Staten beperkter is. Zie bijvoorbeeld *In re World Access, Inc*., 301 B.R. 217, 271 (Bankr. N.D. Ill. 2003), waar de *Bankruptcy Court for the Northern District of Illinios, Eastern Division* opmerkte dat '(n)othing in the operation of the Cash Management System, including the daily sweeping of the zero balance accounts of the subsidiaries, amounted to breach of a confidential relationship or "misbehavior" of any kind, much less fraud or wrongdoing.'

104 Zie echter hetgeen in paragraaf 2.2.2 is opgemerkt ten aanzien van het paulianeus zijn van een samenstel van transacties.

vermogen. De crediteur die de zekerheden bedingt, beseft dit maar al te goed. Hij ziet de beperkte kredietwaardigheid van zijn wederpartij en verbindt daarom nog een andere vennootschap tot betaling van dezelfde schuld. Het hebben bedongen van zekerheden van een met de wederpartij verbonden vennootschap kan zo bezien geen argument zijn voor consolidatie.

Men ziet soms dat in de praktijk een consolidatie (mede) wordt gerechtvaardigd met een beroep op het bestaan van een fiscale eenheid.[105] Naar mijn oordeel is dit in zijn algemeenheid niet juist. De omstandigheid dat de vennootschappen voor de betaling van bepaalde belastingen als één belastingplichtige worden aangemerkt, kan de vergaande consequenties van een consolidatie mijns inziens niet rechtvaardigen. Zeker niet wanneer het een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting (hierna: vpb) betreft. Het bestaan van een fiscale eenheid voor de vpb zegt niet meer dan dat er een moedermaatschappij is die, eventueel middellijk, de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestort kapitaal van de dochtervennootschap[106] en dat de vpb wordt geheven over hun gezamenlijk resultaat. Ook een fiscale eenheid voor de omzetbelasting (hierna: ob) kan een consolidatie niet rechtvaardigen; zij het dat de onderlinge verbondenheid die daartoe vereist is aanleiding kan geven tot een nader onderzoek naar het op haar plaats zijn van een consolidatie. Een fiscale eenheid voor de ob bestaat kort gezegd wanneer de vennootschappen in Nederland zijn gevestigd, zij ondernemer zijn en zij in financieel, organisatorisch en economisch opzicht zodanig zijn verweven dat zij een eenheid vormen.[107] De Hoge Raad heeft bepaald dat voor financiële, organisatorische en economische verbondenheid zoals hier bedoeld de volgende eisen gelden:

> 'Voor verwevenheid in financieel opzicht geldt de voorwaarde dat ten minste de meerderheid van de aandelen in elk van de vennootschappen – daaronder begrepen de zeggenschap – middellijk of onmiddellijk in dezelfde handen is. Voor verwevenheid in organisatorisch opzicht is vereist dat de vennootschappen onder een gezamenlijke, althans als een eenheid functionerende, leiding staan, dan wel de leiding van de ene vennootschap ten opzichte van die van de andere vennootschap in een positie van feitelijke ondergeschiktheid verkeert. Van verwevenheid in economisch opzicht is sprake indien de activiteiten van de vennootschappen in hoofdzaak strekken tot verwezenlijking van hetzelfde economisch doel, zoals de bediening van een gemeenschappelijke klanten-

105 Zo werd het faillissement van Goossens, Lokerman & Pauli BV (Amsterdam, faill. nr. 04/399F) samengevoegd afgewikkeld met de faillissementen van drie met haar verbonden vennootschappen. Daartoe werd in het Tweede openbare verslag ex art. 73a Fw, d.d. 1 oktober 2004 opgemerkt: 'De vier vennootschappen vormen samen een fiscale eenheid. De administraties zijn mede hierdoor voor een groot deel met elkaar verweven. Om deze redenen heeft de rechter-commissaris de curator op 7 september 2004 toestemming gegeven deze vier faillissementen geconsolideerd af te wikkelen.'

106 Art. 15(1) Wet Vpb 1969.

107 Art. 7(4) Wet OB 1968.

kring, dan wel de activiteiten van de ene vennootschap in hoofdzaak ten behoeve van de andere vennootschap worden uitgeoefend.'[108]

Zijn deze eisen vervuld dan is de kans aanwezig dat crediteuren de vennootschappen als een eenheid hebben beschouwd, waardoor consolidatie zou voldoen aan hun verwachtingen. Om dit aan te tonen is evenwel nader onderzoek vereist.

4.2.1.1 Geconsolideerde jaarrekening

In onder meer de reeds genoemde, Nederlandse zaken betreffende Zilfa en DCW[109] en de Infotheek-groep[110], waar samengevoegde afwikkeling plaatsvindt omdat vermogensvermenging was opgetreden, wordt ter rechtvaardiging van consolidatie (mede) gewezen op het feit dat afzonderlijke jaarstukken van de betrokken vennootschappen ontbraken, maar wel een geconsolideerde jaarrekening werd gepubliceerd voor de groep. Ook in de Verenigde Staten wordt met de aanwezigheid van geconsolideerde financiële cijfers (geconsolideerde jaarrekening, geconsolideerde belastingaangiftes) regelmatig rekening gehouden. Dit is dan een van meer omstandigheden die bij de beoordeling van een consolidatieverzoek in ogenschouw worden genomen in het kader van een factoranalyse. Reeds in *In re Vecco Construction Industries Inc.*[111] stelde de *Bankruptcy Court for the Eastern Division of Virginia* vast dat het al dan niet aanwezig zijn van geconsolideerde financiële cijfers een regelmatig gebruikte maatstaf was die de geoorloofdheid van consolidatie mede bepaalde. Ook daarna wordt het aanwezig zijn van geconsolideerde stukken geregeld genoemd in de motivering van de beslissing tot consolidatie, maar steeds zonder precies aan te geven waarom het bestaan daarvan een factor vormt die pleit vóór consolidatie.[112]

Mijns inziens vormt het ontbreken van een eigen jaarrekening of het bestaan van een geconsolideerde jaarrekening geen aanwijzing voor het bestaan van vermogensvermenging en biedt deze omstandigheid op zichzelf evenmin een argument voor samengevoegde afwikkeling. Het ontbreken van een eigen jaarrekening kan veel oorzaken hebben waaronder laksheid van het bestuur, daaraan hoeft niet steeds ten grondslag te liggen de onmogelijkheid deze op te stellen wegens het gedurende het boekjaar niet in voldoende mate bijhouden van de administraties c.q. het bestaan van vermogensvermenging. Het opmaken van een geconsolideerde jaarrekening zegt evenmin iets over het al dan niet bestaan van vermo-

108 HR 22 februari 1989, *BNB* 1989, 112, overweging 4.5.

109 Zie de overwegingen van de Rechtbank te 's-Gravenhage in deze zaak, af te leiden uit HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

110 Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87 (Infotheek), overweging 3.7 en Achtste openbare verslag ex art. 73a Fw in de faillissementen van de vennootschappen van de Infotheek-Groep, d.d. 21 september 1995, p. 7.

111 *In re Vecco Construction Industries Inc.*, 4 B.R. 407, 410 (Bankr. E.D. Va. 1980).

112 Bijvoorbeeld: *In re Food Fair, Inc.*, 10 B.R. 123, 126 (Bankr. S.D. N.Y. 1981) en *Holywell Corp. v. Bank of N.Y.*, 59 B.R. 340, 347 (S.D. Fla 1986).

gensvermenging tussen de vennootschappen wier jaarrekeningen zijn geconsolideerd. In principe moeten al deze vennootschappen nog steeds een eigen jaarrekening opmaken, hetgeen enkel mogelijk zal zijn wanneer zij gedurende het boekjaar een deugdelijke administratie hebben gevoerd. Ook wanneer een 403-verklaring is afgegeven door de moedermaatschappij dienen de betrokken vennootschappen in Nederland nog steeds een eigen jaarrekening op te maken, zij het, dat deze slechts moet voldoen aan de summiere eisen van artikel 2:403(1)(a) BW en zij niet hoeft te worden gepubliceerd.

Het bestaan van een geconsolideerde jaarrekening doet niets af aan het zijn van een afzonderlijk rechtssubject met eigen rechten en plichten. Het bestaan van een dergelijke jaarrekening geeft slechts blijkt van het bestaan van verwevenheid, daar waar artikel 2:406 BW bepaalt dat de rechtspersoon die aan het hoofd van een groep staat een geconsolideerde jaarrekening moet opstellen waarin de eigen financiële gegevens met die van zijn dochtermaatschappijen in de groep, andere groepsmaatschappijen en andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft, zijn opgenomen. Deze verwevenheid is mijns inziens op zichzelf onvoldoende voor consolidatie.

Wel lijkt het bestaan van een geconsolideerde jaarrekening een rol te kunnen spelen bij een andere regelmatig bij de beoordeling van een consolidatieverzoek betrokken omstandigheid, namelijk de vraag of crediteuren hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van de afzonderlijke vennootschappen of de groep als zodanig.[113] Maar ook dit is twijfelachtig, omdat indien crediteuren weet hebben van het bestaan van een *geconsolideerde* jaarrekening, zij erop bedacht zouden moeten zijn dat er verschillende rechtssubjecten in het spel zijn, die nog steeds hun eigen jaarrekening moeten opmaken en publiceren. Dit is slechts anders wanneer gebruik is gemaakt van de vrijstellingsmogelijkheid die artikel 2:403 BW vennootschappen biedt. Dan worden slechts zeer summiere jaarrekeningen opgemaakt die niet hoeven te worden gepubliceerd. In dat geval en wanneer afzonderlijke jaarrekeningen ontbreken, kunnen crediteuren ondanks dat zij weten van het bestaan van een groep zelfstandige rechtssubjecten, slechts afgaan op de kredietwaardigheid van de eenheid.

4.2.2 Economische verbondenheid

Het begrip economische verwevenheid ziet voornamelijk op de omstandigheid dat de vennootschappen samen feitelijk één onderneming drijven, doordat zij complementaire activiteiten uitoefenen en diverse werkzaamheden, zoals het inkopen van grondstoffen en marketing centraliseren.

Vooral in de Verenigde Staten wordt in consolidatiebeslissingen nogal eens aandacht besteed aan de omstandigheid dat vennootschappen een economische eenheid vormen. Het eerste onderdeel van de *Augie/Restivo*-toets vereist bijvoor-

113 Zie daarover uitgebreid paragraaf 4.4.2.

beeld expliciet dat wordt onderzocht of de crediteuren met de betrokken rechtssubjecten hebben gehandeld als vormden zij een economische eenheid en zij niet hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van een afzonderlijke vennootschap.[114] Is dit het geval dan is consolidatie gerechtvaardigd. En het eerste onderdeel van de *Auto-train*-toets houdt de vraag in of tussen de betrokken rechtssubjecten een wezenlijke identiteit bestaat.[115] Ook in dit verband wordt nogal eens aandacht besteed aan de tussen de schuldenaren bestaande economische verwevenheid.[116] Hetzelfde geldt voor *Vecco*-factor vijf die aandacht vraagt voor *the unity of interest (…) between the various corporate entities*.[117] Toch bepaalt de economische en daarmee doorgaans gepaard gaande organisatorische verbondenheid niet alles. Er hebben zich ook zaken voorgedaan waarin het verzoek om consolidatie ondanks de zich voordoende economische integratie is afgewezen. Een voorbeeld biedt *In re Snider Bros., Inc*. [118] In deze zaak werd het verzoek om consolidatie afgewezen, ook al betrof het een *family-run* 'integrated business operation for the purchasing, slaughtering, processing, packaging and sale, both at wholesale and retail, of meat and meat products'. Er was namelijk niet komen vast te staan dat de financiële structuren van de vennootschappen zodanig vervlochten waren dat scheiding onmogelijk was en dat verzoekers (crediteuren) door het voortdurende onafhankelijke optreden van de vennootschappen zouden worden geschaad.

Ook in Nieuw-Zeeland wordt de economische verwevenheid die tussen de schuldenaren kan bestaan, in aanmerking genomen bij de beoordeling van een verzoek om consolidatie. Dat de economische verbondenheid tussen de vennootschappen van belang is, lijkt te volgen uit artikel 272(2)(d) CA 1993 (NZ), dat belang hecht aan de mate waarin de ondernemingen van de vennootschappen zijn vermengd (*combined*). In *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*[119] werd in dat verband aandacht besteed aan de omstandigheid dat door het management van de vennootschappen steeds die vennootschap werd ingezet die op dat moment het best in staat was de betreffende activiteiten uit te voeren. De besturen zagen de vennootschappen als één onderneming en handelden daarnaar. Desalniettemin merkt Baragwanath J in *Mountfort v Tasman Pacific Airlines of NZ Ltd* op dat de ondernemingen in deze laatste zaak niet vermengd waren, *except economically*. Anders dan in andere zaken waren de activiteiten in *Mountfort* niet zodanig vermengd dat

114 *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co*., 860 F.2d 515, 518 (2d Cir. 1988).

115 *In re Auto-train Corp.*, 810 F.2d 270, 276 (D.C. Cir. 1987).

116 Bijvoorbeeld: *In re GC Companies, Inc.*, 274 B.R. 663 (Bankr. D. Del. 2002). De *Bankruptcy Court for the District of Delaware* bezigde zowel de *Auto-train*- als de *Augie/Restivo*-toets om te bepalen of consolidatie op haar plaats was. In het kader van de eerste onderdelen van beide toetsen besteedde zij aandacht aan de economische verbondenheid tussen de vennootschappen die gezamenlijk een keten bioscopen exploiteerden.

117 *In re Vecco Construction Industries, Inc.*, 4 B.R. 407, 410-411 (Bankr. E.D. Va. 1980).

118 *In re Snider Bros., Inc*., 18 B.R. 230 (Bankr. D. Mass. 1982).

119 *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)* [1991] 2 NZLR 296. Deze zaak is beslist ex de artikelen 315B en 315C CA 1955 (NZ). Artikel 315C hanteerde nog de term *intermingled* in plaats van *combined*.

zij niet vlug uit elkaar konden worden gehaald. Deze overwegingen duiden erop dat de rechter in deze zaak onder vermenging een volledige samenvoeging begrijpt en niet slechts economische verbondenheid.[120]

In Ierland lijkt economische verbondenheid een rol te kunnen spelen in het kader van de in artikel 141(4)(d) CA 1990 (IE) genoemde omstandigheid, te weten de mate waarin de ondernemingen van de vennootschappen zijn vermengd.

In Nederland speelt economische verbondenheid thans een beperkte rol. Economische verwevenheid is vaak wel aanwezig, maar wordt meestal niet gezien als expliciet argument dat pleit vóór consolidatie. Het al dan niet bestaan van vermogensvermenging lijkt veelal de doorslag te geven. Een uitzonderlijk geval van economische en organisatorische vermenging biedt de zaak HR *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*.[121] De activiteiten en activa van Zilfa en DCW waren in 1981 samengevoegd in Zilfa en vanaf 1 januari 1982 was ook al het personeel in dienst van Zilfa. DCW bleef achter als lege vennootschap, waarvan enkel de naam nog voor commerciële doeleinden werd gebruikt. Een verdergaande verbondenheid is nauwelijks voorstelbaar. Toch lag deze verbondenheid niet direct ten grondslag aan de beslissing tot consolidatie. Er werd tot consolidatie besloten vanwege de onmogelijkheid de boedels op een reële basis te scheiden. Welke scheiding onder andere niet meer mogelijk was, omdat door de genoemde samenvoeging één organisatie was ontstaan met één centrale administratie.

Ook de enquête onder Insolad-leden laat zien dat economische verbondenheid tussen de vennootschappen waarvan de boedels worden geconsolideerd wel eens voorkomt. Van de 50 Insolad-respondenten die reeds bij een consolidatie betrokken waren geweest[122], gaven er 5 aan dat wel eens sprake was van een economische eenheid. Echter, 29 keer werd vermogensvermenging genoemd als omstandigheid waaronder consolidatie had plaatsgevonden.[123]

Illustratief in dit verband is bovendien het resultaat van vraag 18. In vraag 18 was een casus opgenomen met daarbij de vraag of de respondenten samengevoegde afwikkeling op haar plaats achtten onder de in die casus genoemde omstandigheden. De casus was als volgt:

Vennootschap A is een holdingmaatschappij. De vennootschappen B en C zijn haar 90%-dochtervennootschappen. De overige 10% van de aandelen zijn in handen van X, de aandeelhouder van A. Ook is er nog een kleindochter D. Haar aandelen worden allen gehouden door B. X is de enig bestuurder van A. X en zijn vrouw Y vormen samen het bestuur van de vennootschappen B en C. Vennootschap A is de bestuurder van vennootschap D. B en D verzorgen

120 *Mountfort v Tasman Pacific Airlines of NZ Ltd* [2006] 1 NZLR 204, paragraaf 73.

121 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136, m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

122 Zie: bijlage I, vraag 2.

123 Zie: bijlage I, vraag 10. NB Dit zegt niets over het aantal gevallen waarin wegens vermogensvermenging tot consolidatie is besloten. Enkel kan hieruit worden afgeleid dat vermogensvermenging geregeld voorkwam wanneer tot consolidatie werd besloten.

tezamen de productie en distributie van racefietsen en mountainbikes. C treedt op als financieringsmaatschappij.
Dan loopt de vraag naar racefietsen en mountainbikes sterk terug, mede door reputatieschade die voortvloeit uit het wegens een productiefout uit de verkoop hebben moeten halen van een partij racefietsen. Stuk voor stuk worden alle vennootschappen failliet verklaard. De vraag was vervolgens dus of de respondenten consolidatie in dit geval op haar plaats achtten.
64 van de 67 respondenten hebben vraag 18 beantwoord. 41 van de 67 respondenten (61,2%) achtten consolidatie in dit geval niet geoorloofd, 19 respondenten (28,4%) vonden consolidatie wel acceptabel[124] en 5 respondenten (7,5%) stelden consolidatie afhankelijk van nadere omstandigheden.
De respondenten die consolidatie in dit geval afwezen, motiveerden hun antwoord onder meer door erop te wijzen dat uit de casus van het bestaan van vermogensvermenging en boekhoudkundige verstrengeling niets blijkt (20 keer) en evenmin van verwijtbaar of willekeurig handelen (2 keer), en dat het aandeelhoudersverband c.q. de concernverhouding alleen onvoldoende grond vormt voor consolidatie (3 keer).
De respondenten die consolidatie wel geoorloofd achtten, droegen verschillende argumenten aan om deze stellingname te onderbouwen. Bijvoorbeeld: dat tussen de vennootschappen een grote verwevenheid bestaat (4 keer); dat de vennootschappen een feitelijke of economische eenheid vormen (2 keer); dat in dit soort gevallen vaak een 403-verklaring is afgegeven, er een fiscale eenheid bestaat en tevens hoofdelijkheid tegenover de bank (1 keer).
De 5 respondenten die consolidatie afhankelijk stelden van nadere omstandigheden, noemden als belangrijke factoren: zijn de vermogens nog te scheiden?; zijn er gescheiden boekhoudingen?; hebben de intercompany-transacties op *arm's length* basis plaatsgevonden?, en wat zijn de vooruitzichten voor de crediteuren?

In Frankrijk speelt economische verbondenheid van oudsher een beperkte rol bij de beoordeling of samengevoegde afwikkeling op haar plaats is. Eerder is al opgemerkt dat lagere rechters[125] en een enkele Franse auteur[126] hebben geprobeerd een derde grondslag voor uitbreiding annex consolidatie te creëren, die verband hield met de vaak tussen vennootschappen bestaande economische verwevenheid, maar dat dit initiatief geen navolging heeft gevonden. Ondanks deze pogingen tot verruiming van de mogelijkheden tot samengevoegde afwikkeling houdt de *Cour de cassation* vast aan de opvatting dat enkel op grond van vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap tot consolidatie of uitbreiding van

124 Eén respondent gaf een tweeledig antwoord (ja en nee).
125 Bijvoorbeeld: Trib. com. Parijs 13 februari 1986,*Gaz. Pal.* 1986, som., p. 220, m.nt. Marchi; CA Parijs 20 maart 1986, *Rev soc*. 1987, p. 98, m.nt. Guyon; Trib. com. Aix-en-Provence 5 november 1986, *PA* 8 april 1987, nr. 42, p. 29. Zie ook: Trib. com Marseille, 6 september 1977, *Rev. soc.* 1978, p. 313, met kritische nt. Oppetit.
126 Pariente, noot onder CA Parijs 11 januari 1994, *Bull. Joly* 1994, 323.

insolventieprocedures kan worden overgegaan.[127] Ook het merendeel van de Franse auteurs acht het bestaan van economische verwevenheid onvoldoende om over te gaan tot uitbreiding annex consolidatie.[128] Desalniettemin wordt in de Franse literatuur soms erkend dat aan uitbreiding annex consolidatie op grond van het enkele bestaan van (nauwe) financiële en economische verbondenheid praktische voordelen verbonden zijn, zoals de mogelijkheid om een oplossing te zoeken voor de gehele door de groep gedreven onderneming en niet slechts voor de delen van de onderneming die door de diverse insolvente vennootschappen afzonderlijk worden beheerd.[129] Welk voordeel tevens ten goede komt aan één van de doelstellingen van de Franse insolventiewetgeving, namelijk het bewerkstelligen van het herstel van een onderneming.[130]

Tegenover deze afwijzing van nauwe economische verbondenheid als afzonderlijke grondslag voor consolidatie, staat evenwel de tendens dat met het voorbij gaan van de jaren een ruimere, meer economische invulling is gegeven aan het begrip 'fictieve vennootschap'. Daardoor kan ook in Frankrijk bij de beoordeling of samengevoegde afwikkeling gerechtvaardigd is niet zomaar aan de economische verbondenheid tussen vennootschappen worden voorbij gegaan. Voor een uiteenzetting over invulling van het begrip 'fictieve vennootschap' wordt verder verwezen naar paragraaf 4.3.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat de omstandigheid dat sprake is van één onderneming in Frankrijk soms in dienst wordt gesteld van de vermogensvermenging. Zo zou vermogensvermenging kunnen worden afgeleid uit het bestaan van slechts één onderneming, hetgeen op zijn beurt kan worden afgeleid uit de afwezigheid van gescheiden boekhoudingen, de economische afhankelijkheid tussen de ondernemingen, etc.[131] Wat hier ook van zij, uit de Franse jurisprudentie blijkt ten minste dat wanneer samengevoegde afwikkeling plaatsvindt wegens het bestaan van vermogensvermenging, net als in Nederland, dikwijls sprake is van economische verbondenheid tussen de betrokken schuldenaren.

---

127 Zie o.m.: Cass. com. 9 april 1991, *Bull.civ.* IV, p. 92, nr. 128; *D*. 1992, som., p. 3, m.nt. Derrida; Cass. com. 20 oktober 1992, *Rev. soc*. 1993, p. 449 en Cass. com. 4 januari 2000, nr. 97-15867, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

128 Bijvoorbeeld: Le Cannu e.a. 1994, p. 167-168; Derrida, Godé & Sortais 1991, p. 446, nr. 586; Derrida 1991, p. 29-36; Guyon, noot onder Cass. com. 10 december 2002, *Rev. soc.* 2003, p. 153 en Honorat, noot onder CA Versailles 16 december 1987, *D.* 1988, som., p. 384 en *Rev. soc.* 1988, p. 436.

129 Barthélémy e.a. 1991, p. 555, nr. 12218-12219 en Marchi, noot onder Trib. com. Parijs 13 februari 1986, *Gaz. Pal*. 1986, som., p. 220-221.

130 Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales ...), p. 17, nr. 121 en 125. Zie: art. L620-1 C. com. met betrekking tot *la sauvegarde* en art. L631-1 C. com. met betrekking tot *le redressement judiciaire* (zie voorheen: L620-1 C. com. (oud)). En voorts art. L640-1(1) C. com. Dit artikel bepaalt dat een faillissement slechts mag worden geopend wanneer een herstel *manifestement impossible* is.

131 Zie bijvoorbeeld: Artz *RtDCom*. 1975, p. 16-17, nr. 14 en Ohl 1982, p. 322-327.

Mijns inziens is voor economische verbondenheid zeker een rol weggelegd bij de beoordeling of samengevoegde afwikkeling van faillissementen op haar plaats is, omdat juist deze band tussen vennootschappen vaak naar buiten toe, dus voor crediteuren kenbaar is. Maar deze omstandigheid is op zichzelf onvoldoende om een consolidatie te rechtvaardigen.[132] Vennootschappen die een economische eenheid vormen, zijn juridisch grotendeels onafhankelijk van elkaar.[133] Het zijn zelfstandige rechtssubjecten met een eigen vermogen en derhalve eigen rechten en plichten. Dat de vennootschappen hun bedrijfsvoering op elkaar afstemmen en zij elkaar aanvullende activiteiten uitvoeren of een inkooppool oprichten doet hieraan niets af. Dit soort omstandigheden kunnen op zichzelf in het geheel niet de vergaande consequenties rechtvaardigen die consolidatie voor de crediteuren kan hebben. Wel kan economische verbondenheid een eerste aanwijzing zijn, dat consolidatie mogelijk op haar plaats is. Maar alvorens een beslissing daaromtrtent wordt genomen is nader onderzoek vereist naar onder meer de toestand van de vermogens van de vennootschappen en de gevolgen van een eventuele consolidatie.

4.2.2.1 Economische verbondenheid en de reikwijdte van samengevoegde afwikkeling

Economische verbondenheid is soms niet alleen een argument om te besluiten tot consolidatie, maar kan mede de reikwijdte van deze maatregel bepalen, zo blijkt uit Nieuw-Zeelandse en Ierse wetgeving en uit een enkele Amerikaanse[134] en Nederlandse zaak.

Dat economische verbondenheid in de zin van het bestaan van nauwe banden tussen ondernemingen van de vennootschappen in Nieuw-Zeeland een rol vervult bij de reikwijdte van de consolidatieregeling volgt uit het feit dat consolidatie daar enkel kan plaatsvinden tussen *related companies*. Daarvan is onder meer sprake wanneer de ondernemingsactiviteiten van de betrokken vennootschappen zodanig hebben plaatsgevonden dat de ondernemingen van de beide vennootschappen of een aanzienlijk deel daarvan, niet makkelijk zijn te onderscheiden, artikel 2(3)(d) CA 1993 (NZ). Dit geldt ook voor Ierland, zie artikel 140(5)(e) CA 1990 (IE).

In de Verenigde Staten en Nederland treedt een vergelijkbaar effect op daar waar de vennootschappen afhankelijk van de aard van de uitgeoefende activiteiten worden opgedeeld in twee of meer groepen, waarna de boedels van iedere

---

132 In vergelijkbare zin: Kors *U.Pitt.L.Rev.* 1998, p. 433-438. Sommige auteurs zijn een andere mening toegedaan: Wanneer er geen blijk is van enig vertrouwen op de kredietwaardigheid van een bepaalde concernvennootschap of het concern als zodanig en er in economisch opzicht duidelijk sprake is van een eenheid, ligt consolidatie volgens Landers en Gilbert voor de hand. Afzonderlijke afwikkeling van de diverse failliete boedels zou in dergelijke gevallen artificieel zijn: Landers *U.Chi.L.Rev*. 1975, p. 630-631 en Gilbert *Vand.L.Rev*. 1990, p. 220.

133 Vaak niet volledig, bijvoorbeeld niet wanneer de moedermaatschappij bestuurder is bij haar dochter.

134 *In re Interstate Stores, Inc*., 1978 Bankr. LEXIS 11 (Bankr. S.D. N.Y. 1978).

groep samengevoegd, doch los van die van de andere groep(en) worden afgewikkeld. Dit gebeurde onder meer in de Nederlandse zaak *Verzekerd Keur*. In 1987 had dhr. Van Keulen de besloten vennootschap Verzekerd Keur opgericht, waarvan hij grootaandeelhouder en bestuurder was. Naar aanleiding van een uitbreiding van de activiteiten vond een structuurwijziging plaats. De oorspronkelijke vennootschap werd holdingmaatschappij en kreeg de handelsnaam Ronald van Keulen Holding BV (hierna: de holding), daaronder werd een tussenholding opgericht met de naam Verzekerd Keur BV en daar weer onder werden twee dochtermaatschappijen opgericht, te weten VK Nederland BV, die zich ging bezighouden met de oorspronkelijke bouwgarantie-activiteiten en VK Finance BV, die zich ging bezig houden met cashbackactiviteiten en het verstrekken van financiële garanties. Begin jaren '90 van de vorige eeuw startte de Pensioen- en Verzekeringskamer (PVK) een onderzoek naar de activiteiten van de vier vennootschappen, hetgeen uiteindelijk ertoe leidde dat de PVK van alle vier de vennootschappen het faillissement aanvroeg. Dit resulteerde in faillietverklaring van de holding en VK Nederland BV.[135] De PVK werd niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek ten aanzien van Verzekerd Keur BV en VK Finance BV, omdat deze vennootschappen volgens de rechtbank niet als verzekeraar in de zin van de Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf 1993 konden worden aangemerkt. In hoger beroep werden echter ook deze vennootschappen failliet verklaard.[136] Voor dit onderzoek is met name van belang dat het hof daartoe overwoog dat voldoende was gebleken van verwevenheid van de vier vennootschappen, in de zin dat zij financieel, juridisch en organisatorisch in feite één bedrijf vormden waarin onder meer het verzekeringsbedrijf werd uitgeoefend, hetgeen met zich bracht dat ook Verzekerd Keur BV en VK Finance BV als verzekeraars in de zin van voornoemde wet moesten worden aangemerkt. Maar, zo oordeelde het hof, Verzekerd Keur BV en VK Finance BV konden ook zelf als verzekeraars worden aangemerkt, omdat zij beide naar het hof aannam bedrijfsmatig, financiële garanties hadden verstrekt.[137] Onder verwijzing naar deze overwegingen van het hof en naar HR *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW* gaf de curator vervolgens in de tweede faillissementsverslagen[138] aan over te gaan tot consolidatie van de faillissementen van de holding en VK Nederland BV enerzijds en Verzekerd Keur BV en VK Finance BV anderzijds. Deze tweedeling vond haar grondslag in de door de diverse vennoot-

135 Bij vonnis van de rb. Arnhem d.d. 20 juni 2001, faill.nr. F 180/2001 en F 181/2001. Zie: <http://www.faillissementverzekerdkeur.nl/vonnisenarrest>; voor het laatst geraadpleegd op 18 december 2002.

136 Arrest van het hof Arnhem d.d. 17 juli 2001 (Stichting PVK/Verzekerd Keur BV en VK Finance BV); zie <http://www.faillissementverzekerdkeur.nl/vonnisenarrest>; voor het laatst geraadpleegd op 18 december 2002.

137 Arrest van het hof Arnhem d.d. 17 juli 2001 (Stichting PVK/Verzekerd Keur BV en VK Finance BV); zie <http://www.faillissementverzekerdkeur.nl/vonnisenarrest>; voor het laatst geraadpleegd op 18 december 2002.

138 Tweede verslag Faillissement Van Keulen Holding BV en VK Nederland BV, d.d. 18 januari 2002 en Tweede faillissementsverslag Faillissement Verzekerd Keur BV en VK Finance BV, d.d. 15 maart 2002.

schappen uitgeoefende activiteiten. De aanvankelijk door de holding uitgeoefende bouwgarantie-activiteiten werden na de structuurwijziging voortgezet door VK Nederland BV, terwijl VK Finance BV cashbackactiviteiten ging ontplooien en financiële garanties ging verstrekken De curator gaf daarbij uitdrukkelijk aan dat in casu geen sprake was van niet te scheiden boedels, zoals in *Van Kempen en Begeer*, maar dat hij gezien de omstandigheden van het geval consolidatie desalniettemin gerechtvaardigd achtte. Een verdergaande consolidatie tussen alle vier de vennootschappen, zou volgens de curator evenwel te ver gaan, en zou zonder noodzaak daartoe een benadeling kunnen betekenen van crediteuren die in het ene faillissement mogelijk aanspraak kunnen maken op een uitkering, terwijl daar in het andere faillissement geen vooruitzicht op bestaat.[139]

Een onderverdeling zoals heeft plaatsgevonden in deze zaak is naar mijn mening zeker gerechtvaardigd. De terechte reden voor opsplitsing is al naar voren gekomen. Soms kan het tegenover crediteuren gewoonweg niet worden verantwoord om een reeks onderling verbonden vennootschappen op één hoop te vegen. Zeker niet wanneer zij in verschillende bedrijfstakken hebben geopereerd en daardoor verschillende groepen crediteuren hebben. Crediteuren zullen in dat geval overigens ook moeilijk kunnen volhouden dat zij de vennootschappen als een eenheid hebben beschouwd. De enkele omstandigheid dat men op de hoogte is van het feit dat de vennootschappen deel uitmaken van een groep (in deze gevallen vaak een conglomeraat) speelt in dat verband geen rol. Een groep veronderstelt het bestaan van afzonderlijke vennootschappen; had men die willen binden dan had men daartoe zekerheden, zoals hoofdelijke aansprakelijkheid of een derdepand of –hypotheek, kunnen (trachten te) bedingen.[140]

4.2.3 Organisatorische en personele verbondenheid

De in de vorige paragraaf behandelde economische verbondenheid gaat in de praktijk dikwijls gepaard met organisatorische verbondenheid. Of beter: organisatorische verbondenheid mondt vaak uit in economische verbondenheid. In hoofdstuk 1 is behandeld dat organisatorische verbondenheid ziet op de coördinatie van het beleid van een groep vennootschappen. De strategische doelstellingen van de groep worden bepaald en er wordt bekeken hoe de afzonderlijke vennootschappen aan de verwezenlijking daarvan kunnen bijdragen. Er worden cen-

139 Zie ook de Amerikaanse zaak *In re Interstate Stores, Inc*., 1978 Bankr. LEXIS 11 (Bankr. S.D. N.Y. 1978). Samengevoegde afwikkeling van álle reorganisaties ging de *Bankruptcy Court for the Southern District of New York* in die zaak eveneens te ver, omdat daardoor de crediteuren van de ene groep, die er beter voorstond dan de andere groep, zouden worden benadeeld. De crediteuren van de laatstgenoemde groep konden geen aanspraak maken op een verbetering van hun positie die door de consolidatie zou ontstaan, omdat zij nooit zaken hadden gedaan met de vennootschappen uit de eerstgenoemde groep, die los van de vennootschappen uit de laatstgenoemde groep op de markt opereerden.

140 In paragraaf 2.1 heb ik aangegeven dat niet iedere crediteur die zekerheden wil hebben deze zal kunnen verkrijgen, maar dat dit gegeven op zichzelf een consolidatie niet kan rechtvaardigen.

traal plannen opgesteld om de doelstellingen uit te voeren en de uitvoering van deze plannen wordt (meestal vanuit het hoofdkantoor van de holding) gecontroleerd. Deze coördinatie van het beleid wordt vereenvoudigd wanneer tussen de vennootschappen personele banden bestaan, zoals het hebben van dezelfde bestuurders of aandeelhouders (personele unie) of bestuurders waartussen familierechtelijke banden bestaan. Men ziet dan ook dat organisatorische en personele verbondenheid vaak samen voorkomen. Zij zullen daarom gezamenlijk in de onderhavige paragraaf worden behandeld.

In de Verenigde Staten wordt bij de beoordeling of consolidatie op haar plaats is regelmatig aandacht besteed aan de organisatorische en personele verbondenheid tussen de vennootschappen. De relevantie van deze omstandigheden blijkt al uit het feit dat personele verbondenheid terugkomt in één van de *Vecco*-factoren. *Vecco*-factor vijf betreft *the unity of (…) ownership between the various corporate entities*.[141] Maar ook wanneer andere consolidatietoetsen, zoals de *Autotrain*-toets, worden toegepast, wordt vooral aan het bestaan van personele unies wel aandacht besteed. Toch lijkt het hebben van dezelfde aandeelhouders nooit van doorslaggevend belang. De omstandigheid dat de vennootschappen dezelfde bestuursleden of managers hebben lijkt iets meer gewicht in de schaal te leggen, maar mij is ook niet gebleken dat dit ooit een doorslaggevende factor is geweest. Dat het hebben van dezelfde bestuurders of managers iets meer gewicht in de schaal legt dan het hebben van dezelfde aandeelhouders, kan worden verklaard door het feit dat het doorgaans deze personen zijn die de dagelijkse gang van zaken bij de vennootschap bepalen en daarmee hun stempel drukken op de organisatie en de deelname van de vennootschap in het economisch verkeer. Desalniettemin weegt het bestaan van een personele unie tussen bestuurders nooit heel zwaar. Het is slechts een van meer in aanmerking te nemen factoren.[142]

Aan de organisatorische en personele verbondenheid die tussen vennootschappen kan bestaan, wordt in Nieuw-Zeeland eveneens aandacht besteed wanneer wordt onderzocht of consolidatie *just and equitable* is. Artikel 272(2)(a) CA 1993 (NZ) vereist dat de rechter de mate waarin de vennootschappen deelnemen in het management van de andere betrokken vennootschappen meeneemt in zijn beoordeling. Onder deze noemer besteedde Gallen J in *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*[143] aandacht aan het feit dat de bestuurders en secretarissen van de vennootschappen grotendeels dezelfde waren en dat deze bestuurders geen afzonderlijke vergaderingen belegden voor de verschillende vennootschappen, maar steeds één

141 *In re Vecco Construction Industries, Inc.*, 4 B.R. 407, 410 (Bankr. E.D. Va. 1980).

142 Zie bijvoorbeeld: *In re The Leslie Fay Companies, Inc*., 207 B.R. 764, 771 en 779-780 (Bankr. S.D. N.Y. 1997). In het kader van de tweede factor van de *Augie/Restivo*-toets werd aandacht geschonken aan de personele en organisatorische verbondenheid. Zie ook: *In re Affiliated Foods, Inc.*, 249 B.R. 770, 777-778 (Bankr. W.D. Miss. 2000). In het kader van het eerste element van de *Silver Falls*-toets werd aandacht besteed aan de tussen de vennootschappen bestaande personele en organisatorische banden. Zie over de genoemde toetsen paragraaf 3.3.1.1.

143 *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)* [1991] 2 NZLR 296.

jubilee meeting organiseerden. Tijdens die vergadering wisten zij soms niet van welke vennootschap zij het management bespraken.

Bovendien is personele verbondenheid in dit land, net als economische verbondenheid, tevens van belang bij het toepassingsgebied van de consolidatieregeling. Samengevoegde afwikkeling kan in Nieuw-Zeeland enkel plaatsvinden tussen faillissementen van *related companies* en daarvan is onder meer sprake wanneer beide vennootschappen dochtermaatschappij zijn van dezelfde moeder, dat wil zeggen dat zij dezelfde aandeelhouder hebben, artikel 2(3)(b) en (e) CA 1993 (NZ).

In Ierland geldt eveneens dat personele verbondenheid tussen de vennootschappen van belang kan zijn bij het toepassingsgebied van de consolidatie. Immers, ook in Ierland is consolidatie enkel mogelijk tussen *related companies*, waartoe onder meer worden gerekend zustervennootschappen, dat wil zeggen vennootschappen met dezelfde aandeelhouder, zie onder meer artikel 140(5)(c) en (b) jo. (f) CA 1990 (IE). Mogelijk speelt personele verbondenheid net als in Nieuw-Zeeland tevens een rol in het kader van de in artikel 141(4)(a) CA 1990 (IE) genoemde factor, te weten de mate waarin het management van een van de vennootschappen deelnam in het management van een van de andere vennootschappen, maar daarover kan bij gebrek aan gepubliceerde jurisprudentie geen definitieve uitspraak worden gedaan.

In Frankrijk speelt het bestaan van organisatorische en personele verbondenheid geen rol bij samengevoegde afwikkeling wegens het bestaan van vermogensvermenging.[144] Dit is begrijpelijk, omdat bijvoorbeeld de omstandigheid dat de ene vennootschap wordt bestuurd door de echtgenote van de bestuurder van de andere vennootschap en deze vennootschappen hun beleid coördineren, op zichzelf niets zegt over de toestand van hun vermogens en de tussen hen bestaande financiële betrekkingen. In de praktijk is echter wel regelmatig sprake van personele en organisatorische verbondenheid in die gevallen waarin wegens het bestaan van vermogensvermenging tot consolidatie wordt besloten. Wél speelt in Frankrijk de organisatorische en personele verbondenheid die tussen vennootschappen kan bestaan nogal eens een rol bij de tweede, nog te behandelen grondslag voor consolidatie: het bestaan van een fictieve vennootschap.[145]

Voor organisatorische en personele verbondenheid lijkt in Nederland thans een beperkte rol weggelegd, dat wil zeggen dat het bestaan van deze vormen van verbondenheid doorgaans niet als argument dat pleit vóór samengevoegde afwikkeling wordt aangemerkt. Als gezegd lijkt vermogensvermenging in Nederland op dit moment de meest gebruikte reden om over te gaan tot samengevoegde

---

144 Zie: Cass. com. 6 mei 1997, nr. 95-10626, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv. fr/>. Zie ook: Cass. com. 11 juni 1996, nr. 93-18542, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www/legifrance.gouv.fr/>: beroep op vermenging van de vermogens van twee vennootschappen tussen wier aandeelhouders familierechtelijke betrekkingen bestonden, afgewezen. En verder: CA Versailles 3 februari 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 535, 536: 'Considérant que le fait que Mme Lison soit gérante et associée majoritaire des trois sociétés est certes inopérant pour caractériser la confusion des patrimoines.'

145 Zie hierna paragraaf 4.3.2.

afwikkeling. Wél is in die gevallen waarin in de praktijk tot samengevoegde afwikkeling is besloten, net als in Frankrijk, nogal eens sprake van organisatorische en personele verbondenheid. In de meermaals aangehaalde zaak HR *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*, waarin was besloten tot consolidatie omdat de voorafgaande aan de faillissementen samengevoegde boedels van Zilfa en DCW niet meer konden worden gescheiden, hadden deze vennootschappen bijvoorbeeld dezelfde aandeelhouder, te weten tussenholding NEB, en hadden zij vergelijkbare statutaire doelstellingen. Hun ondernemingen waren beide gericht op het vervaardigen en verkopen van (edel)metaalproducten. Zij het, dat DCW zich oorspronkelijk richtte op het vervaardigen van kettingwerk en sierraden, terwijl Zilfa onder meer zilveren bestek en serviesgoed, alsmede penningen en geschenkartikelen vervaardigde. Deze ondernemingsactiviteiten verrichtten de vennootschappen, gelijk bijna alle overige vennootschappen van de groep, vanuit dezelfde fabriek. Uiteindelijk leidde een reorganisatie ertoe dat de bedrijven van Zilfa en DCW volledig werden samengevoegd in Zilfa tot één unit onder centrale leiding. DCW bleef achter als lege vennootschap.

> Illustratief is voorts dat van de 50 Insolad-respondenten die eerder hadden aangegeven reeds bij een consolidatie betrokken te zijn geweest[146], er 4 aangaven dat sprake was van een organisatorische eenheid in de bij hen bekende gevallen.[147] Van de 50 genoemde Insolad-respondenten gaven er voorts 11 aan dat wel eens sprake was van personele verbondenheid.[148, 149] Toch lijkt de waarde die de respondenten aan deze factor hechten beperkt. Uit de antwoorden die respondenten hebben gegeven op de vraag of zij onder de in diverse casus omschreven omstandigheden consolidatie op haar plaats achten,[150] kan worden afgeleid dat de meeste respondenten het bestaan van aandeelhoudersrelaties, zoals moeder-dochterverhoudingen of het zijn van zustervennootschappen, en het hebben van dezelfde bestuurders onvoldoende argument vinden voor consolidatie. Zij wijzen consolidatie regelmatig af, omdat uit de casus niet het bestaan van enige vermogensvermenging en boekhoudkundige verstrengeling blijkt.

Personele en organisatorische verbondenheid zijn – voor zover te achterhalen – in alle onderzochte rechtsstelsels derhalve van ondergeschikt belang bij de beoordeling van de gerechtvaardigheid van een verzoek tot consolidatie. Mijns inziens is de beperkte rol die personele en organisatorische verbondenheid spelen geheel terecht. De enkele omstandigheid dat een persoon twee of meer vennootschappen

146 Zie: bijlage I, vraag 2.
147 Zie: bijlage I, vraag 10.
148 NB: Dit zegt niets over het precieze aantal gevallen waarin sprake was van organisatorische en/of personele verbondenheid, omdat respondenten slechts meer in het algemeen werd gevraagd onder welke omstandigheden tot samengevoegd afwikkeling was besloten in de hen bekende zaken. Niet werd gevraagd naar de omstandigheden per geval.
149 Zie: bijlage I, vraag 10.
150 Zie: bijlage I, vragen 14 tot en met 19.

opricht, waarvan hij aandeelhouder/bestuurder is, zegt niets over de vermogenstoestand van de vennootschappen die in faillissementssituaties toch centraal staat en evenmin iets over de wijze waarop deze vennootschappen op de markt optreden. Noch zegt deze omstandigheid iets over het vennootschappelijk leven dat de vennootschappen leiden. De omstandigheid dat het beleid van de vennootschappen door de aandeelhouder/bestuurder op elkaar wordt afgestemd en de uitvoering daarvan door hem wordt gecontroleerd, hoeft aan hun onafhankelijk optreden op de markt ook niets af te doen. Een aanzet tot het doen van nader onderzoek naar de vraag of consolidatie op haar plaats is, is er mijns inziens pas wanneer de vennootschappen daadwerkelijk hebben opgetreden als een eenheid onder eenzelfde leiding. In dat geval moet worden onderzocht of de respectievelijke vermogens van de vennootschappen nog zijn te onderscheiden of niet, of crediteuren hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van de eenheid of van de afzonderlijke vennootschappen en wat het effect zal zijn van een consolidatie op de verhaalspositie van de verschillende crediteuren.

4.3 Fictiviteit van de vennootschap. Oneigenlijk gebruik van vennootschappen

Het gebeurt met enige regelmaat dat een vennootschap besluit een gedeelte van haar bedrijfsactiviteiten onder te brengen in een andere vennootschap waarvan zijzelf of een van haar dochtervennootschappen alle aandelen houdt. Veelal liggen hier belastingtechnische redenen of redenen van regelgevende aard, bijvoorbeeld in verband met het verstrekken van vergunningen, aan ten grondslag. De opgerichte vennootschap gaat in beginsel haar eigen leven leiden, maar soms houdt de moedervennootschap een vinger in de pap doordat zij bijvoorbeeld het beleid van de verschillende tot het concern behorende vennootschappen coördineert. Deze gang van zaken is algemeen geaccepteerd zolang derden hiervan geen ongerechtvaardigd nadeel ondervinden. De vraag of derden nadeel ondervinden van deze constructie komt meestal pas op wanneer de opgerichte vennootschap in financiële problemen raakt en zij bijvoorbeeld failliet gaat. Derden waarvoor de vennootschap geen verhaal meer biedt, zoeken dan regelmatig heil bij de moedervennootschap door te betogen dat de moeder aansprakelijk is voor de schulden van de dochter. Soms betogen zij zelfs dat de dochter geen eigen bestaansrecht heeft los van de moeder; dat de dochter slechts een instrument is in handen van de moeder; of dat zij slechts een verschijningsvorm, een alter ego is van de moeder. Dergelijke *instrumentality*- en alter ego-overwegingen worden in de Verenigde Staten soms opgenomen in de motivering van een besluit tot consolidatie. Ook in Frankrijk worden dit soort overwegingen wel gebruikt, namelijk in het kader van de tweede voor uitbreiding annex consolidatie gebezigde grondslag: het bestaan van een fictieve vennootschap (*société fictive*). Aan die tendens wordt in deze paragraaf aandacht besteed.

In Nederland spelen dit soort overwegingen bij consolidaties bij mijn weten op dit moment geen (expliciete) rol. Wel staat het ontbreken van een wezenlijk

identiteitsverschil tussen twee vennootschappen centraal bij het leerstuk van de vereenzelviging. Omdat tussen vereenzelviging en consolidatie diverse overeenkomsten bestaan, zal in deze paragraaf ook aandacht worden besteed aan het Nederlandse leerstuk van de vereenzelviging.

In Nieuw-Zeeland wordt bij consolidatie bij mijn weten niet of nauwelijks aandacht besteed aan alter ego- en *instrumentality*-achtige overwegingen. Wat betreft de Ierse consolidatieregeling kunnen hierover bij gebrek aan literatuur en gepubliceerde jurisprudentie op dit gebied geen uitspraken worden gedaan. Aan de ontwikkelingen in deze landen wordt daarom in deze paragraaf voorbij gegaan.

4.3.1 Instrumentality- en alter ego-overwegingen

In de Verenigde Staten is vooral in oudere zaken teruggegrepen naar alter ego- of *instrumentality*-overwegingen. Reeds bij de voorloper van het huidige leerstuk van *substantive consolidation in bankruptcy*, de *turnover of assets*-vorderingen, werden *instrumentality*-overwegingen aangevoerd. Wanneer bijvoorbeeld de moedervennootschap failliet werd verklaard, verzocht de curator in het faillissement overdracht van de activa van de dochtervennootschap, omdat de dochter louter een werktuig was in handen van de moeder.[151] Maar ook in latere zaken waarin steeds meer afstand werd genomen van *turnover of assets*-vorderingen, komen *instrumentality*- en alter ego-overwegingen terug.[152] Diverse factoren, die in deze gevallen belangrijk worden geacht voor het antwoord op de vraag of sprake is van een alter ego-situatie, sluiten nauw aan bij de criteria die in *piercing the corporate veil*-rechtspraak zijn terug te vinden. Er zijn zelfs rechters die direct verwijzen naar *piercing the corporate veil*-jurisprudentie.[153, 154] Factoren, die in

151 Bijvoorbeeld: *Fish v. East*, 114 F.2d 177, 191 (10th Cir. 1940).

152 Een vroeg voorbeeld biedt *Stone v. Eacho*, 127 F.2d 284 (4th Cir. 1942), *reh'g denied*, 128 F.2d 16 (4th. Cir. 1942), *cert. denied*, 317 U.S. 635 (1942). Zie voort onder meer: *In re Gulfco Inv. Corp*., 593 F.2d 921 (10th Cir. 1979) (samengevoegde afwikkeling afgewezen). En in vergelijkbare zin: *In re Tito Castro Constr., Inc*., 14 B.R. 569, 571 (Bankr. D. P.R. 1981).

153 Bijvoorbeeld: *In re Lewellyn*, 26 B.R. 246, 251-253 (Bankr. S.D. Iowa 1982). Zie ook: *In re 1438 Meridian Place,* 15 B.R. 89, 97 (Bankr. D.D.C. 1981) en *In re Stop & Go of America, Inc*., 49 B.R. 743, 747-748 (Bankr. D. Mass. 1985). En verder: *In re DRW Property Co*. 54 B.R. 489, 496, nt. 2 (Bankr. N.D. Tex. 1985). In deze zaak betoogde de verzoeker tot consolidatie dat consolidatie op haar plaats is wanneer de voorwaarden voor *piercing the corporate veil* zijn vervuld. De *Bankruptcy Court for the Northern District of Texas, Fort Worth Division* wees deze redenering niet zonder meer van de hand, maar merkte op dat de verzoeker niet had bewezen dat de voorwaarden die destijds in Texas voor *piercing* golden, waren vervuld. Zie echter ook: *In re Wm Gluckin Co.*, 457 F. Supp. 379, 384 (S.D. N.Y. 1978) en *In re Lewellyn*, 26 B.R. 246, 253 (Bankr. S.D. Iowa 1982) waarin met zoveel woorden wordt opgemerkt dat voor consolidatie niet noodzakelijk is dat *piercing of the corporate veil* mogelijk is.

154 Opgemerkt moet worden dat *piercing the veil* een vennootschapsrechtelijk leerstuk is dat op het niveau van de afzonderlijke staten wordt geregeld, terwijl consolidatie, zijnde een faillissementsrechtelijk leerstuk, een federale aangelegenheid is. Maar uit de jurisprudentie blijkt dat ook de grondslagen voor consolidatie per *circuit* en soms zelfs per *Bankruptcy Court* kunnen verschillen.

aanmerking worden genomen zijn onder meer onderkapitalisatie, optreden als één onderneming, het niet-naleven van wettelijke formaliteiten, en instructies van de moeder aan de dochter betreffende de dagelijkse gang van zaken bij de dochter. Evenwel lijken deze factoren in gevallen betreffende consolidatie een minder belangrijke rol te spelen dan in de traditionele *piercing the corporate veil*-zaken.[155] Doorgaans worden in gevallen betreffende consolidatie iets andere factoren in de beoordeling betrokken, vergelijkbaar met de factoren genoemd in *In re Vecco Construction Industries, Inc*.[156]

Deze op *piercing the corporate veil* geënte aanpak is wel als *unfortunate* bestempeld, omdat daarbij regelmatig wordt teruggevallen op *piercing the veil*-zaken die spelen in hele andere rechtsgebieden dan het insolventierecht waardoor de grondslagen van het insolventierecht in het gedrang dreigen te komen. Rechters die consolidatie aanmerken als een vorm van *piercing the veil* zien consolidatie als een middel om *fraud or injustice* te voorkomen. Dit in tegenstelling tot hetgeen meer in het algemeen wordt aangenomen, namelijk dat consolidatie erop ziet een billijke verdeling van de resterende activa onder crediteuren te bewerkstelligen.[157] Bij *piercing* geldt immers de voorwaarde dat sprake moet zijn geweest van onbillijk of frauduleus handelen[158], hetgeen, zoals ook van oudsher doorgaans in de jurisprudentie wordt erkend[159], bij consolidatie niet vereist is.[160] Blijkt er evenwel sprake te zijn van frauduleus handelen of opzettelijke benadeling van crediteuren dan kan dit wel een argument zijn dat pleit voor consolidatie.[161]

Voorts is opgemerkt dat alter ego-overwegingen geen antwoord geven op het waarom van de consolidatie.[162] De factoren die worden onderzocht bij de beantwoording van de vraag of de vennootschappen elkaars alter ego zijn, zijn niet van belang voor de beantwoording van de vraag of consolidatie gerechtvaardigd is. Zo kan het niet-naleven van vennootschapsrechtelijke formaliteiten soms optreden tegen de aandeelhouders rechtvaardigen, maar biedt dit geen rechtvaardiging voor de benadeling die door consolidatie kan optreden bij crediteuren die geen

155 Blumberg 1985, p. 430-431.

156 Bijvoorbeeld: *In re D.A. Crabtree*, 39 B.R. 718, 723-725 (Bankr. E.D. Tenn. 1984). (*In re Vecco Construction Industries, Inc.*, 4 B.R. 407, 410 (Bankr. E.D. Va. 1980). Zie over het belang van die factoren paragraaf 3.3.1.1).

157 Blumberg 1985, p. 430-431 en 433-434 en vgl. Blumberg & Evans 1993 Supplement, p. 187.

158 *Veil piercing law* verschilt per staat, maar zie over de traditioneel in veel staten geldende voorwaarden en gebruikte argumenten voor *piercing* o.a.: Bainbridge *J.Corp.L.* 2001 p. 506 e.v.; Blumberg *Hastings Int'l. & Comp.L.Rev*. 2001, p. 304-307; Miller *Am.Bus.L.J.* 1998, p. 88-94; Thompson *Cornell L.Rev.* 1991, p. 1036 e.v. en idem *Conneticut J.Int'l.L.* 1999, p. 379 e.v.

159 Vgl. o.m. *Stone v. Eacho*, 127 F.2d 284 (4th Cir. 1942) en *Soviero v. Franklin National Bank*, 328 F.2d 446, 448-449 (2d Cir. 1964) (*turnover*-zaak). En recent uitdrukkelijk: *In re Alico Mining, Inc.*, 278 B.R. 586, 588 (Bankr. M.D. Fla. 2002). Anders: *Maule Industries, Inc. v. Gerstel*, 232 F.2d 294, 297 (5th Cir. 1956).

160 Predko *Wayne L.Rev*. 1995, p. 1742, nt. 4. Zie ook: Landers *U.Chi. L.Rev.* 1975, p. 640-643.

161 Sargent *Bus.Law*. 1989, p. 1225 en 1227-1229.

162 Kors *U.Pitt.L.Rev.* 1998, p. 424.

hand hebben gehad in het niet naleven van die formaliteiten.[163] Enkel wanneer in een zeldzaam geval consolidatie plaatsvindt tussen solvente vennootschappen[164], waardoor consolidatie louter negatieve gevolgen kan hebben voor aandeelhouders, zouden alter ego-overwegingen aan de consolidatie ten grondslag mogen liggen.[165] Aldus wordt hier betoogd dat bij een samengevoegde afwikkeling niet het handelen van de achterman centraal moet staan, maar de belangen van de (diverse groepen) crediteuren.

Ondanks deze in de literatuur wel geuite kritiek blijven *instrumentality*- en alter ego-overwegingen opduiken in consolidatiebeslissingen. Vooral in beslissingen betreffende een *debtor* en een *non-debtor*, of in mijn terminologie, gevallen betreffende een uitbreiding van een insolventieprocedure, die direct wordt gevolgd door consolidatie.[166] Onder meer in het kader van de *Auto-train*-toets duiken dit soort overwegingen nog wel eens op. Het eerste onderdeel van deze toets vereist voor consolidatie dat sprake is van een wezenlijke identiteit tussen de te consolideren rechtssubjecten. Met betrekking tot dit onderdeel is door sommige rechters wel overwogen dat hiermee een vraag wordt opgeworpen vergelijkbaar met de vraag of de ene vennootschap al dan niet het alter ego is van de andere vennootschap.[167] Maar er zijn ook rechters die juist betogen dat de in het kader van de alter ego-benadering vereiste wezenlijke identiteit tussen de betrokken vennootschappen niet vereist is. Voldoende achten zij dat de vennootschappen naar buiten toe optraden als een economische eenheid, ook al werden alle vennootschapsrechtelijke formaliteiten in acht genomen, werden afzonderlijke boekhoudingen bijgehouden, etc.[168]

Verder zij gewezen op de eerder genoemde *Augie/Restivo*-toets, die twee alternatieve criteria inhoudt voor consolidatie waarvan de eerste is of crediteuren met de debiteuren hebben gehandeld als vormden deze laatste een economische eenheid en zij niet hebben niet vertrouwd op de kredietwaardigheid van de afzonderlijke vennootschappen. In het kader van deze vraag spelen alter ego-overwegingen soms een rol. In die zin dat wanneer een vennootschap als het alter ego van een andere vennootschap of haar aandeelhouder of bestuurder kan worden aangemerkt, dit een aanwijzing kan vormen voor het feit dat de vennootschappen of de vennootschap en de natuurlijk persoon naar buiten toe als een eenheid zijn

163 Kors *U.Pitt.L.Rev.* 1998, p. 431-433.

164 NB Voor het starten van een vrijwillige Chapter 7 of 11-procedure is in de Verenigde Staten insolventie van de betrokken vennootschap niet vereist. Zie met betrekking tot de start van een onvrijwillige procedure: 11 U.S.C. § 303. Daarvoor is onder omstandigheden *cash flow insolvency* vereist.

165 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 440-441 en 445-446.

166 Zie hierover verder hoofdstuk 7.

167 Bijvoorbeeld: *In re New Center Hospital*, 179 B.R. 848, 854 (Bankr. E.D. Mich. 1995), *aff'd in part, rev'd in part*, 187 B.R. 560, 568 (Bankr. E.D. Mich. 1995) (deze zaak betreft een uitbreiding annex consolidatie).

168 Bijvoorbeeld: *In re Standard Brands Paint Co*., 154 B.R. 563, 572-573 (Bankr. C.D. Cal. 1993).

opgetreden.[169] Dit kan vervolgens bijdragen aan het oordeel dat de crediteuren hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van de vennootschappen of de vennootschap en de natuurlijk persoon gezamenlijk.[170]

4.3.2 Fictieve vennootschap

4.3.2.1 Algemeen

Vermogensvermenging is in Frankrijk de meest gebruikte grondslag voor uitbreiding annex consolidatie van faillissements- of reorganisatieprocedures. Daarnaast wordt soms een beroep gedaan op het bestaan van een fictieve vennootschap.[171] Zowel om uitbreiding te bewerkstelligen van een insolventieprocedure van een 'reële' vennootschap naar een fictieve vennootschap, als omgekeerd. Dat een vennootschap fictief is, kan worden bewezen met alle middelen, derhalve ook met aanwijzingen en vermoedens.[172]

De invulling van het begrip 'fictieve vennootschap' is niet eenduidig. Ook hier kampt men met het probleem dat een oordeel omtrent de fictiviteit van de vennootschap, een oordeel is omtrent de feiten, dat slechts marginaal wordt getoetst door de *Cour de cassation*, terwijl de lagere rechters hun oordeel bovendien vaak beperkt motiveren.[173] Desalniettemin kunnen twee situaties worden onderscheiden die beide onder de noemer 'fictieve vennootschap' worden gebracht. In de eerste plaats wordt gesproken van een fictieve vennootschap wanneer bij de vennoten of aandeelhouders de *affectio societatis* ontbreekt.[174] Dit is de traditionele,

---

169 Zie bijvoorbeeld: *In re New Center Hospital*, 179 B.R. 848, 854 (Bankr. E.D. Mich. 1995), *aff'd in part, rev'd in part*, 187 B.R. 560, 568 (Bankr. E.D. Mich. 1995).

170 Vgl. *In re Gucci*, 174 B.R. 401, 413-414 (Bankr. S.D. N.Y. 1994).

171 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs (1993, p. 472) spreken liever van het leerstuk van de fictieve rechtspersoon, omdat het leerstuk ook analoog wordt toegepast op verenigingen: bijvoorbeeld CA Parijs 18 november 1986, *D.* 1986, IR, p. 487; *RtDCom.* 1987, p. 78, nr. 10 en CA Parijs 10 maart 1987, *Rev. soc*. 1987, p. 276, m.nt. Honorat; *D.* 1987, som., p. 237, m.nt. Honorat. In lijn met de Franse praktijk zal ik spreken van het leerstuk van de fictieve vennootschap.

172 Cass. com. 19 mei 1969, *Bull. civ.* IV, nr. 182; Cass. com. 21 maart 1977, *Bull. civ.* IV, p. 77, nr. 90 en CA Parijs 5 februari 1979, *Rev. jurp. com.* 1979, p. 226, m.nt. Brunet. Zie ook: Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 10, nr. 63 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 212, nr. 385.

173 Vgl. Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 3, nr. 9 en Martin-Serf, Juris-Classeur 2004, Fasc. 7-40, p. 4, nr. 8. En verder: Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 492. Zie ook: Cass. com. 19 mei 1969, *Bull. civ.* IV, nr. 182.

174 Zie o.m.: Artz *RtDCom*. 1975, p. 21-22, nr. 16; Le Corre 2006, p. 196, nr. 213.20; Daigre 1999, Rép. Soc. – Société fictive, p. 2-3, nr. 4-5 en 8-16 ; Martin-Serf, Juris-Classeur 2004, Fasc. 7-40, p. 3-4, nr. 4-9 en Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T. II, p. 872, nr. 2862-1. Zie voorts: Cass. civ. 22 juni 1976, *D.* 1977, jur., p. 619, m.nt Diener. Rouast-Bertier (*Rev. soc*. 1993, p. 732, nr. 13) betoogt evenwel dat het al dan niet aanwezig zijn van de *affectio societatis* geen goed criterium is, omdat de invulling ervan niet eenduidig is en omdat wanneer de norm strikt wordt toegepast alle 100%-dochtervennootschappen fictief zouden zijn.

meest gebezigde uitleg van het begrip 'fictieve vennootschap'. Wanneer bij de vennoten of aandeelhouders de wil ontbreekt om op voet van gelijkheid samen te werken is de vennootschap fictief. Maar ook wanneer niet is voldaan aan één van de overige constitutieve vereisten voor de totstandkoming van het vennootschapscontract, zoals pluraliteit van vennoten of een bijdrage in de verliezen en dit uitmondt in het ontbreken van de *affectio societatis* is de vennootschap fictief.[175, 176] In deze traditionele opvatting kan enkel een gebrek dat bestaat vanaf de oprichting van de vennootschap door middel van het leerstuk van de fictieve vennootschap worden aangepakt. Problemen die na de oprichting optreden doordat bestuurders of grootaandeelhouders misbruik maken van de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap door haar autonomie met de voeten te treden, kunnen volgens deze opvatting niet met een beroep op het fictieve karakter van de vennootschap worden opgelost. Om die problemen op te lossen maakten rechters traditioneel gebruik van bijvoorbeeld de zogeheten *action en comblement du passif*, die thans is neergelegd in artikel L651-2 C. com. onder de noemer *la responsabilité pour insuffisance d'actif*. Maar aan deze actie kleven eveneens enkele moeilijkheden: zij kan alleen jegens (feitelijke) bestuurders worden ingesteld en bewijs is vereist van een door de bestuurders begane fout, hetgeen niet eenvoudig is te leveren. Op den duur werden deze moeilijkheden steeds vaker omzeilt door het faillissement van de vennootschap wegens het bestaan van een fictieve vennootschap uit te breiden naar de onbehoorlijk handelende achterman, waardoor een tweede vorm van fictiviteit opgeld deed en een ruimere invulling ontstond van het begrip 'fictieve vennootschap'.[177]

Thans is derhalve enerzijds sprake van fictiviteit wanneer niet is voldaan aan een van de constitutieve vereisten voor de totstandkoming van het vennootschapscontract en dit uitmondt in het ontbreken van de *affectio societatis*. Dit wordt wel 'juridische fictiviteit' genoemd. Anderzijds is sprake van een fictieve vennootschap wanneer na de rechtsgeldige oprichting de autonomie van de vennootschap met de voeten wordt getreden, waardoor misbruik wordt gemaakt van

175 Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 2-3, nr. 5 en 8-16 en Jacquemont 2007, p. 91, nr. 153. Zie ook : Ohl 1982, p. 316, nr. 430. Hij betoogt dat een vennootschap fictief is wanneer een van de voorwaarden voor het oprichten van een vennootschap afwezig is, hetgeen niet noodzakelijk de afwezigheid van de *affectio societatis* lijkt te hoeven inhouden. Zie in dat verband ook: Merle 2005, p. 77-78, nr. 46 en Ripert/Roblot/Germain 2002, T.I., p. 24, nr. 1056-37.

176 Vgl. Art. 1832 C. civ. Het vereist zijn van een *affectio societatis* wordt niet met zoveel woorden in dit artikel genoemd, maar volgens de heersende leer moet dit vereiste nog steeds zijn vervuld, wil men rechtsgeldig een vennootschap oprichten. Zie o.m. Cozian, Viandier & Deboissy 2005, p. 64, nr. 141; Guyon 2003, T.I, p. 97-98, nr. 97 en Merle 2005, p. 47, nr. 25 en p. 73, nr. 43.

177 Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 2, nr. 6 en 7.

de rechtspersoonlijkheid.[178] Deze vorm van fictiviteit wordt wel 'economische fictiviteit' genoemd.[179] Zij wordt echter niet door alle Franse auteurs erkend.[180] Niet-erkenning van economische fictiviteit, leidt er evenwel toe dat een groot aantal rechterlijke uitspraken zich moeilijk laat verklaren.

4.3.2.2 Juridische fictiviteit

In de traditionele opvatting, die thans ook wel bekend is onder de noemer juridische fictiviteit, staat het vanaf de oprichting ontbreken van de *affectio societatis* centraal. In Frankrijk wordt het begrip *affectio societatis* doorgaans gedefinieerd als *l'intention d'être en société*, *la volonté de créer une société* of *l'intention de s'associer*.[181] Bij eenpersoonsvennootschappen, zoals de *entreprise unipersonelle à résponsabilité limitée* (EURL), wordt aan deze kreten een iets andere invulling gegeven, dan bij meerpersonenvennootschappen. In geval van eenpersoonsvennootschappen wordt de *affectio societatis* omschreven als: 'l'intention de créer une société; c'est-à-dire que l'associé unique doit avoir la volonté de faire vivre la société, de se comporter comme un associé.'[182] Voor meerpersonenvennootschappen moet onder *l'intention de s'associer* worden begrepen *l'intention de collaborer à une oeuvre commune*.[183] Dit betekent dat deze vennootschappen fictief zijn wanneer bij de vennoten of aandeelhouders de wil ontbreekt om samen

178 Dagot 1967, p. 67-68, nr. 78; Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 2, nr. 7; Gastaud, noot onder Cass. civ. 20 januari 1976, *Rev. soc.* 1976, p. 675-676 en Sortais *Rev. jur. com.* 1977 (I), p. 91.

179 Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 2, nr. 7. Ten aanzien van de economische fictiviteit wordt wel gezegd dat deze enigszins lijkt op hetgeen geschiedt in het kader van het Amerikaanse fenomeen *piercing the corporate veil* (Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 4, nr. 17). Maar waar het uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedures betreft zij erop gewezen dat dit in Amerika geschiedt in gevolge een ander leerstuk, namelijk *substantive consolidation in bankruptcy*. Aan consolidatiebeslissingen liggen in de Verenigde Staten soms wel vergelijkbare overwegingen ten grondslag als aan *piercing the veil*-beslissingen, met name wanneer het een consolidatie van een *debtor* en een *non-debtor* betreft, zie paragraaf 4.3.1 en hoofdstuk 7.

180 Bijvoorbeeld niet door Saint-Alary-Houin, noot onder CA Douai 16 december 2004 en Cass. com. 19 april 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 695; idem 2006, p. 211, nr. 385. Zij merkt op dat fictiviteit '(…) est une négation *ab initio* de la personnalité morale.'

181 Dagot 1967, p. 66, nr. 77; Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 3, nr. 10-12; Merle 2005, p. 73, nr. 43 en Serlooten feb. 2001, Rép. soc. – Entreprise unipersonelle à responsabilité limitée, p. 8, nr. 46-49. Vgl. ook: De Juglart e.a. 1980, p. 234, nr. 388; Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T.II, p. 872, nr. 2862-1 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 211, nr. 385. Zie ook: Cass. com. 14 juni 1983, *D.* 1985, p. 125, m.nt. Chartier en CA Parijs 1er ch. urg. 16 maart 1988, *D.* 1988, IR, p. 120.

182 Serlooten feb. 2001, Rép. soc. – Entreprise unipersonelle à responsabilité limitée, p. 8, nr. 48. Zie ook: Martin-Serf, Juris-Classeur 2004, Fasc. 7-40, p. 4, nr. 10.

183 Serlooten feb. 2001, Rép. soc. – Entreprise unipersonelle à responsabilité limitée, p. 8, nr. 46.

te werken in de vennootschap.[184, 185] Veelal heeft één van de vennoten dan stromannen ingeschakeld en is er in feite sprake van een eenmanszaak.[186] Eenpersoonsvennootschappen zijn fictief wanneer bij de enig aandeelhouder niet wil bestaat om zich als een aandeelhouder te gedragen en de vennootschap een eigen vennootschappelijk bestaan te laten leiden. Ook hier is in feite sprake van een eenmanszaak.[187]

Omdat de *affectio societatis* een geestesgesteldheid is, is het bewijs terzake moeilijk te leveren. Uit de jurisprudentie kan wel worden afgeleid dat de *affectio societatis* niet enkel met subjectief getinte vermoedens wordt bewezen. Veelvuldig wordt ook gekeken naar de wijze waarop de vennootschap in de praktijk is georganiseerd en functioneert. Bekeken wordt dan of de vennootschap de regels inzake de inrichting en de organisatie van vennootschappen naleeft. Er heeft daardoor een objectivering van de *affectio societatis* plaatsgevonden.[188]

Meest eenvoudig is de zeldzame zaak waarin de aandeelhouders of vennoten verklaren dat ten tijde van de oprichting bij hen de wil ontbrak om in de vennootschap samen te werken[189] of dat zij de aandelen voor rekening en risico van één van hen houden en derhalve als stromannen moeten worden aangemerkt.[190]

---

184 NB In Frankrijk vereist de oprichting en het rechtsgeldige voortbestaan van een SA deelname van ten minste zeven vennoten (art. L225-1 C. com.). Blijkt dat er op een bepaald moment al meer dan een jaar minder dan zeven vennoten zijn dan kan door iedere belanghebbende ontbinding van de vennootschap worden verzocht (L225-247 C. com.). Een SARL kan daarentegen ook door slechts één vennoot worden opgericht (L223-1(1) C. com.; de EURL). Heeft een SARL op een bepaald moment meer dan 100 vennoten dan zal binnen één jaar omzetting naar een SA moeten plaatsvinden. Gebeurt dit niet, dan is de vennootschap opgeheven (*dissoute*), tenzij het aantal vennoten binnen het genoemde jaar wordt teruggebracht tot 100 of minder (L223-3 C. com.). Worden alle aandelen van een SARL na de oprichting in één hand verenigd dan gelden de ontbindingsbepalingen van de C. civ. niet (L223-4).

185 NB In Frankrijk wordt erkend dat de gedachte dat de *affectio societatis* voor meerpersonenvennootschappen de wil inhoudt om *op voet van gelijkheid* samen te werken (*sur un pied d'égalité*) in de praktijk vaak niet opgaat. Deze gedachte is ook moeilijk te plaatsen in concernverhoudingen, waar minderheidsaandeelhouders vaak slechts geïnteresseerd zijn in de gang van zaken binnen de vennootschap voor zover dit hun dividenduitkering kan beïnvloeden, er prioriteitsaandeelhouders zijn, etc. Vgl. Guyon 2003, T. I, p. 130-131, nr. 124 en voorts Hassler *RtDCom.* 1984, p. 632. De *Cour de cassation* houdt echter vast aan een veeleisende definitie: Cass. com. 3 juni 1986, *Rev. soc.* 1986, p. 585, m.nt. Guyon. Het hof had overwogen dat bij Reynaud de *affectio societatis* bestond. De *Cour de cassation* ging daar niet in mee. Zij overwoog : 'la cour d'appel, qui n'a pas recherché si (…) M. Reynaud avait collaboré de façon effective à l'exploitation de ce fonds [de commerce] dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité avec son associé pour participer aux bénéfices comme aux pertes n'a pas donné de base légale à sa décision.'

186 Bijvoorbeeld: Cass. civ. 22 juni 1976, *D.* 1977, jur., p. 619, m.nt. Diener.

187 In dezelfde zin: Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 473.

188 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 493. Vgl. ook: Barthélémy e.a. 1991, p. 551, nr. 12206.

189 Bijvoorbeeld: Cass. civ. 22 juni 1976, *D*. 1977, jur. p. 619, m.nt. Diener.

190 Bijvoorbeeld: Cass. com. 30 oktober 1967, *Bull. civ.* III, p. 329, nr. 346; *RtDCom*. 1968, p. 131, m.nt. Houin.

Meestal wordt het ontbreken van de *affectio societatis* en daarmee het bestaan van een fictieve vennootschap evenwel afgeleid uit een samenstel van feiten en omstandigheden betreffende de organisatie en het functioneren van de vennootschap. Daarbij kan niet worden gezegd dat een bepaalde (reeks) omstandighe(i)d(en) steeds van doorslaggevend belang is. Zo zijn familierechtelijke betrekkingen tussen aandeelhouders of tussen aandeelhouders en bestuurders op zichzelf onvoldoende voor het aannemen van het bestaan van een fictieve vennootschap.[191] Evenals het enkele feit dat beide vennootschappen dezelfde bestuurders hebben.[192] Al deze omstandigheden zijn slechts aanwijzingen voor het bestaan van een fictieve vennootschap. Ook vormt het feit dat één persoon de meerderheid van de aandelen houdt en de minderheidsaandeelhouders werknemers zijn van de meerderheidsaandeelhouder, die in rechte verklaren niet op de hoogte te zijn van de door hen gehouden hoeveelheid aandelen en de gang van zaken binnen de vennootschap, een belangrijke aanwijzing voor het bestaan van een fictieve vennootschap.[193] Voorts levert de omstandigheid dat alle aandelen door één aandeelhouder zijn volgestort een aanwijzing op voor het bestaan van een fictieve vennootschap.[194] Daarnaast worden een gebrekkige inbreng[195], het feit dat diverse vennoten stromannen van één van hen blijken te zijn[196] of het feit dat de aandeelhoudersvergadering en/of het bestuur van de vennootschap nooit zijn bijeengeroepen[197] wel gezien als belangrijke aanwijzingen voor het bestaan van een fictieve vennootschap. Evenals de afwezigheid van een onderscheid tussen de eigen belangen van de bestuurder en die van de vennootschap.[198]

---

191 CA Aix-en-Provence 23 mei 1974, *RtDCom.* 1974, p. 526; Cass. com. 21 december 1982, *RtDCom.* 1983, p. 476.

192 CA Parijs 21 november 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 186, m.nt. Pétel.

193 Cass. com. 23 maart 1955, *Bull. civ.* III, p. 92, nr. 114; *RtDCom.* 1955, p. 660, m.nt. Houin; Cass. civ. 10 december 1965, *RtDCom.* 1966, p. 614, m.nt. Houin; Cass. com. 22 juni 1999, *Bull. civ.* IV, p. 113, nr. 136; *D.* 1999, IR, p. 195.

194 Cass. com. 30 oktober 1967, *Bull. civ*. III 1967, p. 329, nr. 346; *RtDCom.* 1968, p. 131, m.nt. Houin. Zie ook: Cass. com. 23 januari 1963, *RtDCom.* 1963, p. 891, waar de meerderheidsaandeelhouder de twee minderheidsaandeelhouders geld had geleend zodat zij hun aandelen konden volstorten. De twee minderheidsaandeelhouders waren slechts stromannen van de meerderheidsaandeelhouder. Deze en andere omstandigheden leidden de *Cour de cassation* in deze zaak tot de conclusie dat de vennootschap fictief was.

195 CA Parijs 26 februari 1981, *Gaz. Pal.* 1981, jur., p. 668.

196 Cass. com 23 juni 1954, *RtDCom.* 1954, p. 874, m.nt. Houin. Vgl. ook: Cass. com. 8 februari 1994, *Rev. soc.* 1995, p. 100, m.nt. Honorat & Romani. Echter, het enkele feit dat een vennoot stromannen inschakelt om aan het vereiste aantal vennoten te komen brengt op zichzelf niet mee dat de vennootschap fictief is. Zie: Cass. com. 3 januari 1961, *RtDCom.* 1974, p. 526. Let wel, ten tijde van het wijzen van dit arrest bestond in Frankrijk nog niet de mogelijkheid om een eenpersoonsvennootschap op te richten, mogelijk moet daarom thans aan het inschakelen van stromannen meer gewicht worden toegekend.

197 Cass. com. 21 mei 1963, *RtDCom.* 1963, p. 891; Cass. com 23 januari 1963, *RtDCom.* 1963, p. 891; Cass. com. 30 oktober 1967, *Bull. civ.* III 1967, p. 329, nr. 346; *RtDCom.* 1968, p. 131, m.nt. Houin; CA Aix-en-Provence 28 mei 1974, *D.* 1974, som., p. 106 en CA Parijs 23 december 1975, *Gaz. Pal.* 1976, jur., p. 361, m.nt. L.C.

198 Merle *RtDCom.* 1983, p. 477, onder verwijzing naar Cass. com. 5 januari 1983, *Bull. Joly* 1983, p. 193.

Naast deze omstandigheden werd voorheen ook de omstandigheid dat er vermogensvermenging en vermenging van bedrijfsactiviteiten had plaatsgevonden, bij de beoordeling van het fictieve karakter van een vennootschap in aanmerking genomen.[199] Dit geschiedt tegenwoordig nog maar zelden in gevallen betreffende uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedures. Vrijwel algemeen wordt aanvaard dat vermogensvermenging, naast het bestaan van een fictieve vennootschap, een afzonderlijke basis vormt voor uitbreiding annex consolidatie.[200] Zelfs wordt, zoals reeds opgemerkt, betoogd dat beide gronden zich niet tegelijkertijd kunnen voordoen.[201]

4.3.2.3 Economische fictiviteit

Economische fictiviteit moet worden onderscheiden van de juridische fictiviteit, maar kan daarvan in de praktijk niet strikt worden gescheiden. Zoals nog zal blijken worden diverse feiten en omstandigheden zowel beschouwd als aanwijzingen voor het bestaan van juridische als economische fictiviteit. Denk bijvoorbeeld aan het feit dat de beide vennootschappen dezelfde bestuurders hebben.

Bij economische fictiviteit staat het ontbreken van de autonomie van de vennootschappen centraal.[202] Onderzocht moet worden of de vennootschap een eigen vennootschappelijk bestaan leidt en zij een eigen onderneming drijft. Is dit het geval dan is zijn niet fictief. Daartoe dient allereerst de organisatie en de inrichting van de vennootschap te worden onderzocht: indien de betrokken (concern)-vennootschappen dezelfde zetel, vergelijkbare namen, dezelfde vennoten, bestuurders en/of hetzelfde personeel hebben, zij gebruik maken van hetzelfde postadres en hetzelfde telefoonnummer, bij hen een eigen boekhouding ontbreekt, zij geen aandeelhoudersvergadering beleggen, etc. is dit een duidelijke aanwijzing voor het bestaan van een fictieve vennootschap.[203] De genoemde omstandigheden dragen op zichzelf doorgaans weinig bij aan de conclusie dat sprake is van een

199 Cass. com. 21 mei 1963, *RtDCom.* 1963, p. 891; Cass. com. 30 oktober 1967, *Bull. civ*. III, p. 329, nr. 346; *RtDCom.* 1968, p. 131, m.nt. Houin; Cass. com. 3 november 1980, *Bull. civ.* IV, p. 288, nr. 358; Cass. com. 18 juli 1989, *Bull. civ.* IV, p. 150, nr. 223; *D.* 1989, IR, p. 247 en Cass. com. 29 januari 1991, nr. 89-13189, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

200 Zie o.m.: Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 5-6, nr. 25-28; Derrida, noot onder Cass. 15 maart 1982, *D*. 1982, p. 405-406 en Guyon 2003, T.II, p. 442, nr. 1405.

201 Zie: paragraaf 3.3.1.2.

202 Gastaud, noot onder Cass. civ. 20 januari 1976, *Rev. soc.* 1976, p. 675-676. Zie ook: Daigre 1996 Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales …), p. 12, nr. 82, en verder Cass. com 24 mei 1982, *Rev. soc*. 1983, p. 361, m.nt. Béguin.

203 Béguin, noot onder Cass. com. 24 mei 1982, *Rev. soc*. 1983, p. 365-366; Pariente, noot onder CA Parijs 11 januari 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 321 en Guyon, noot onder Cass. com. 5 april 1994, *Rev. soc.* 1994, p. 320. Zie ook: Rouast-Bertier *Rev. soc.* 1993, p. 729-732, nr. 8-11.

fictieve vennootschap. Het is het samenstel van omstandigheden dat in ieder afzonderlijk geval moet worden beoordeeld.[204]

Daarnaast is tevens van belang dat de vennootschappen eigen activiteiten ontplooien en vrij zijn hun (commerciële) beleid ten minste gedeeltelijk zelfstandig uit te stippelen. Bepaalt de moedervennootschap in concreto het gehele beleid van de dochter en heeft deze laatste derhalve zelf geen beslissingsruimte, dan verhoudt de moeder zich in beginsel als een *maître d'affaire* tot de dochter (de fictieve vennootschap).[205]

4.3.2.4 De praktijk

Een illustratie van consolidatie wegens het bestaan van een fictieve vennootschap biedt Cass. com. 8 februari 1994.[206] Cancel was formeel bestuurder van drie vennootschappen, waarvan er twee waren onderworpen aan een reorganisatieprocedure en de derde reeds failliet was verklaard. Daarnaast was hij feitelijk bestuurder van een vierde vennootschap, die eveneens het voorwerp was van een reorganisatieprocedure. De vennootschappen hadden niet dezelfde vennoten, maar zij hadden wel hetzelfde doel. In cassatie verzette Cancel zich tegen de beslissing van beide lagere instanties om deze insolventieprocedures samengevoegd af te wikkelen. De genoemde omstandigheden zouden daartoe onvoldoende grondslag bieden. De *Cour de cassation* verwierp het betoog van Cancel en merkte op dat het hof met de overweging dat Cancel onder de dekmantel van de vier vennootschappen, zijnde vier verschillende juridische, doch fictieve kaders, een en dezelfde activiteit had ontplooit, haar beslissing dat de vennootschappen fictief waren voldoende had gemotiveerd. Van belang is dus dat de vennootschap een eigen belang heeft; dat zij eigen activiteiten uitoefent.[207] Deze zaak is een uitzondering. Tegenwoordig wordt een beroep op het bestaan van een fictieve vennootschap veel vaker afgewezen dan gehonoreerd. Wat betreft concernverhoudin-

---

204 Zie bijvoorbeeld: Cass .com. 6 februari 1962, *Bull. civ.* III , p. 64, nr. 79; Cass. com. 6 maart 1978, *Gaz. Pal.*, 1978, I, som., p. 204; Cass. com. 4 december 1979, 1e esp. , *D.* 1980, IR, p. 322, m.nt. Honorat, *Rev, soc.* 1980, p. 323, m.nt. Honorat; Cass. com. 28 november 1989, *Rev. soc.* 1990, p. 240 en Cass. com. 29 mei 1990, nr. 88-16816, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

205 Béguin, noot onder Cass. com. 24 mei 1982, *Rev. soc*. 1983, p. 366-367; Pariente, noot onder CA Parijs 11 januari 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 321 en Guyon, noot onder Cass. com. 5 april 1994, *Rev. soc.* 1994, p. 320. Zie ook: Rouast-Bertier *Rev. soc.* 1993, p. 729-732, nr. 8-11. Zie voorts: CA Parijs 21 november 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 186, m.nt. Pétel. In dit arrest werd beslist dat tussen een moedervennootschap enerzijds en haar vier dochters anderzijds geen vermogensvermenging was opgetreden en dat de vennootschappen niet fictief waren. Deze beslissing werd onder meer gemotiveerd met het feit dat onderzoek had uitgewezen dat regelmatig algemene vergaderingen werden gehouden en het feit dat de raden van bestuur, en dan met name die van de moedervennootschap, regelmatig bijeen waren gekomen en goed waren geïnformeerd.

206 Cass. com. 8 februari 1994, *Rev. soc.* 1995, p. 100, m.nt. Honorat & Romani.

207 Zie ook: Cass. com. 21 november 1995, nr. 93-20054, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

gen heeft de *Cour de cassation* overwogen dat ook in dergelijke verhoudingen de onafhankelijkheid van de diverse vennootschappen en het behoud van ieders rechtspersoonlijkheid voorop staan.[208] Daarbij wordt aanvaard dat tussen concernvennootschappen geprivilegieerde betrekkingen bestaan.[209] Onderlinge financiële afhankelijkheid tussen vennootschappen is onvoldoende voor het vaststellen van het fictieve karakter van één van de betrokkenen.[210] Zelfs een zekere onderkapitalisatie van een dochter om haar afhankelijkheid van de moeder te waarborgen, kan het aannemen van fictiviteit niet zonder meer rechtvaardigen. Daarvoor is meer vereist, zoals het hebben van dezelfde directieleden, niet-gescheiden boekhoudingen en het feit dat de (eventuele) overige aandeelhouders in de dochter stromannen zijn.[211] Wordt een vennootschap echter specifiek opgericht of van de plank gehaald om zeer risicovolle activiteiten van de moeder in onder te brengen, dan moet zij doorgaans als een fictieve vennootschap worden aangemerkt. Veelvuldig worden dan door de moeder stromannen ingeschakeld waardoor een *affectio societatis* ontbreekt, heeft de dochtervennootschap dezelfde zetel als haar moeder, zijn hun beider besturen identiek en leidt de dochtervennootschap geen zelfstandig vennootschappelijk leven, mede doordat zij voor haar financiering volledig afhankelijk is van haar moeder.[212]

---

208 Cass. com. 29 november 1982, *Rev. soc.* 1983, p. 615, m.nt. Sibon en Cass. com. 24 mei 1982, *Rev. soc.* 1983, p. 361, m.nt. Béguin. Zie ook: CA Parijs 31 mei 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, p. 603, m.nt. Marchi.

209 Zie voor een afwijzing van een beroep op fictiviteit van een vennootschap in concernverhoudingen o.m. Cass. com. 27 oktober 1998, *Bull. civ.* IV, p. 219, nr. 265; *D.* 1998, IR, p. 260. Vgl. ook reeds: CA Colmar 21 maart 1972, *RtDCom.* 1973, p. 357. Het hof overwoog in deze laatste zaak dat van fictiviteit, noch vermogensvermenging sprake was, ondanks dat de besturen van de moeder en haar 90%-dochtervennootschap grotendeels identiek waren en de dochter een deel van haar vermogen ter beschikking had gesteld voor de financiering van haar moeder. Ook kon het feit dat de dochter zich borg had gesteld voor de moeder, de conclusie dat de dochter juridisch en economisch afhankelijk was van haar moeder niet rechtvaardigen. Er waren namelijk contra-indicaties aanwezig: beide vennootschappen hadden verschillende aandeelhouders, leidden een eigen vennootschappelijk bestaan en hadden eigen boekhoudingen en verschillende statutaire zetels. En: Trib. com. Marseille 8 september 1983, *Rev. soc.* 1984, p. 80, m.nt. Mestre. In deze zaak, die buiten faillissement speelde, werd aangenomen dat een holdingmaatschappij die was opgericht door twee vennootschappen met het oog op de verzekering van een gemeenschappelijk beleid van deze vennootschappen en hun dochtermaatschappijen een eigen bestaansrecht had. De holding had voorafgaande aan deze procedure al jaren gefunctioneerd. Zij had een eigen zetel, haar organen kwamen regelmatig bij elkaar en zij had een eigen activiteit, namelijk het coördineren van de activiteiten van twee pasteifabrieken en het geven van richtlijnen aan buitenlandse (klein)dochters. Deze activiteit was ook conform haar statutaire doel. Dat het uitoefenen van 'holdingactiviteiten' de vennootschap een bestaansrecht geeft, is meer recent nogmaals uitgesproken door de CA Parijs: CA Parijs 7 september 2004, *D.* 2004, AJ, p. 2500, m.nt. Lienhard; *Bull. Joly* 2004, p. 1358, m.nt. Souleau-Travers & De Sentenac.

210 Ohl 1982, p. 318-319, nr. 433.

211 Ohl 1982, p. 318-319, nr. 433.

212 Ohl 1982, p. 319-321, nr. 434-435. Zie bijvoorbeeld: CA Parijs 28 september 1993, *Dr. & Patr.* 1994, p. 85, m.nt. Bertrel.

Daarbij wordt in de jurisprudentie soms overwogen dat de verwevenheid tussen de vennootschappen verder gaat dan hetgeen gebruikelijk is. Waarmee ook hier het eerder in het kader van het leerstuk der vermogensvermenging gesignaleerde ongebruikelijkheidscriterium wordt toegepast.[213]

Ten slotte kan naar mijn mening uit de Franse jurisprudentie niet worden afgeleid dat voor de constatering dat sprake is van een fictieve vennootschap vereist is dat zij is opgericht met een bedrieglijk oogmerk, zoals de bedoeling om schuldeisers te benadelen.[214] Uit de jurisprudentie kan wel worden afgeleid dat wanneer komt vast te staan dat een rechtssubject met een bedrieglijk oogmerk een vennootschap opricht, dit een belangrijke aanwijzing biedt voor het bestaan van een fictieve vennootschap.[215] Deze tendens is vergelijkbaar met die gesignaleerd in de Verenigde Staten inhoudende dat fraude niet vereist is om over te gaan tot consolidatie, maar daartoe wel een argument kan zijn. Meer recent heeft de *Cour de cassation* voorts beslist dat het enkele feit dat sprake is van frauduleus handelen een uitbreiding annex consolidatie niet rechtvaardigt.[216]

4.3.2.5 Fictiviteit en simulatie

Volledigheidshalve wijs ik erop dat sommige Franse auteurs het leerstuk der (juridisch[217]) fictieve vennootschap in verband brengen met de simulatiethe-

---

213 Zie: CA Douai 16 december 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 681, m.nt. Saint-Alary-Houin. In deze zaak overwoog het appelhof dat hoewel de holding van de groep bepaalde beleidsfuncties had gecentraliseerd, de dochter essentiële functies zelf had uitgeoefend en haar autonomie had behouden. De inmenging van de holding ging niet verder dan 'le degré d'organisation inherent à un tel ensemble economique (…).' De dochter was derhalve niet fictief. Zie over het ongebruikelijkheidscriterium bij vermogensvermenging paragraaf 4.1.2.2.

214 Ook de meeste Franse auteurs eisen voor het aannemen van een fictieve vennootschap niet dat zij een frauduleus karakter heeft. Vgl.: Mestre, noot onder Trib. com. Marseille 8 september 1983, *Rev. soc.* 1984, p. 87-88 en Rolland *JCP-E* 2005, p. 798. Dezelfde mening zijn Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs (1993, p. 500) toegedaan. Anders: Sortais, die een fraudevereiste lijkt voor te staan: *Rev. jur. com.* 1977 (I), p. 91. En vgl. Barthélémy e.a. (1991, p. 550), die opmerken dat de fictieve vennootschap een toepassing is van *des notions de simulation et de fraude*.

215 Bijvoorbeeld: Cass. Req. 13 mei 1929, S. 1929, I, p. 289; Cass. com. 19 april 1972, *Bull. civ.* IV, p. 113, nr. 112; Trib. com. Parijs 8 juni 1984, *Gaz. Pal*. 1985, jur., p. 77, m.nt. Mauro & Ploquin; Cass. com. 2 juni 1987, *Bull. civ.* IV, p. 101, nr. 132; *Rev.soc.* 1987, som., p. 629. Zie ook: Guyon (2003, T.II, p. 443, nr. 1405), die opmerkt dat een frauduleuze vennootschap gelijkgesteld wordt aan een fictieve vennootschap, en Rolland (*JCP-E* 2005, p. 798) die het bestaan van een bedrieglijk oogmerk een aanwijzing voor het bestaan van een fictieve vennootschap noemt.

216 Cass. com. 10 januari 2006, *Rev. soc.* 2006, p. 629, m.nt. Roussel Galle.

217 Ten aanzien van de door haar in de jurisprudentie gesignaleerde tendens dat rechters het bestaan van een fictieve vennootschap afleiden uit omstandigheden verband houdende met de uitvoering van het vennootschapscontract (vgl. de economische fictiviteit, *MLHR*), merkt Rouast-Bertier (*Rev. soc.* 1993, p. 738, nr. 18) terecht op dat dit moeilijk is te verenigen met de simulatietheorie, omdat de simulatietheorie in principe aanknoopt bij de totstandkoming van de (vennootschaps)overeenkomst.

orie.[218] Simulatie ziet kort gezegd op de situatie waarin partijen bij een afspraak derden iets anders voorhouden dan daadwerkelijk tussen hen is afgesproken. De simulatietheorie is in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen, maar vindt haar grondslag in artikel 1321 C. civ.[219] Dit artikel bepaalt dat geheime, onderliggende afspraken (*contre-lettres*) enkel effect hebben voor de contracterende partijen en niet jegens derden. Die afspraken kunnen niet aan derden worden tegengeworpen.

Een eenduidige definitie van het begrip simulatie kent men in Frankrijk niet. Grofweg worden twee definities onderscheiden. Allereerst de zogenaamde ruime definitie, die simulatie omschrijft als het creëren van een schijnwerkelijkheid, een situatie die afwijkt van de werkelijke situatie. Daarbij staat centraal dat de handelende persoon met zijn handeling zijn werkelijke intenties versluiert. Dit hoeft niet steeds plaats te vinden door middel van het opstellen van een onderliggende geheime afspraak, maar kan bijvoorbeeld ook geschieden door het tussenschuiven van een persoon.[220]

De tweede definitie zoekt aansluiting bij artikel 1321 C. civ., hetgeen uitmondt in een beperktere omschrijving van het begrip simulatie. Van simulatie is dan sprake wanneer partijen openlijk een overeenkomst hebben gesloten die geheel of gedeeltelijk wordt herroepen of aangepast door een eerdere of op hetzelfde tijdstip tussen deze partijen gesloten tweede, geheime overeenkomst. Steeds is derhalve een onderliggende, geheime overeenkomst vereist.[221] Deze onderliggende overeenkomst moet bovendien zodanig zijn vormgegeven dat zij (de effecten van) de openlijke overeenkomst ongedaan maakt.[222]

Auteurs die het leerstuk der fictieve vennootschap in verband brengen met simulatie betogen dat een fictieve vennootschap steeds[223] of met enige regelmaat[224] een vennootschap is die gebaseerd is op een gesimuleerde oprichtingsovereenkomst. Deze schijnvertoning houdt niet noodzakelijk frauduleus handelen in. Maar in de gevallen waarin de fictieve vennootschap dient om vermogensafscheiding te bewerkstelligen en zodoende de achterman te beschermen, kan wor-

218 O.a.: Barthélémy e.a. 1991, p. 550, nr. 12204; Le Corre 2006, p. 195, nr. 213.11; Cozian, Viandier & Deboissy 2005, p. 44, nr. 99; Dagot 1967, p. 64-76, nr. 76-84; Martin-Serf, Juris-Classeur 2004, Fasc. 7-40, p. 3, nr. 4 en p. 9, nr. 32 e.v. (Zij merkt op dat fictiviteit meestal niet samengaat met simulatie, maar dat dit zich wel kan voordoen); Merle 2005, p. 77-78, nr. 46; Pic *D.H.* 1935, chron., p. 33 e.v. en Sortais, noot onder Cass. com. 28 maart 1977, *Rev. soc*. 1978, p. 121.

219 Bredin *RtDCiv*. 1956, p. 262, nr. 1.

220 Bredin *RtDCiv*. 1956, p. 265, nr.7. Zie ook: Mazeaud e.a. 1998, T. II, 1e Vol., p. 923-924, nr. 807.

221 Bredin *RtDCiv*. 1956, p. 265-266, nr. 8. Bredin sluit zich aan bij deze beperkte definitie.

222 Bredin *RtDCiv*. 1956, p. 266, nr. 9 e.v.

223 Bijvoorbeeld Brunet, noot onder Cass. com. 5 februari 1979, *Rev. jur. com.* 1979, p. 230 e.v.; Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 53, nr. 10 en Sortais, noot onder Cass. com. 28 maart 1977, *Rev. soc.* 1978, p. 121.

224 Bijvoorbeeld Gastaud, noot onder Cass. civ. 20 januari 1976, *Rev. soc*., p. 675 en Martin-Serf, Juris-Classeur 2004, Fasc. 7-40, m.n. p. 9-10, nr. 32 e.v.

den gesproken van wetsontduiking (*fraude à la loi*)[225], omdat de wet voorstaat dat één rechtssubject met zijn gehele vermogen aansprakelijk is voor zijn schulden (*l'unité du patrimoine*).[226]

Anderzijds zijn er auteurs die betogen dat het leerstuk der fictieve vennootschap gewoonlijk geen vorm van simulatie is, omdat meestal geen sprake is van een onderliggende, geheime overeenkomst en de vennootschapsovereenkomst nietig is wegens het ontbreken van toestemming/instemming van de contractspartijen en de wil om op voet van gelijkheid samen te werken.[227] Voorts doet zich het probleem voor dat derden in geval van simulatie ervoor kunnen kiezen zich te beroepen op de schijn die is gewekt door het openlijk tussen partijen gesloten contract, maar dat zij ook kunnen beslissen vast te houden aan de effecten van de onderliggende, geheime overeenkomst. Ontstaat er een conflict tussen derden te goeder trouw die zich beroepen op het openlijk gesloten contract en derden te goeder trouw die zich beroepen op de onderliggende overeenkomst, dan prevaleert met het oog op de rechtszekerheid en de billijkheid het beroep op het openlijk gesloten contract, dat wil zeggen de schijnwerkelijkheid.[228] Tussen partijen geldt daarentegen in principe enkel en alleen de onderliggende, geheime overeenkomst, mits deze rechtsgeldig is.[229] In geval van uitbreiding annex consolidatie van een insolventieprocedure zal het laten prevaleren van een beroep op de schijnwerkelijkheid echter moeilijk mogelijk zijn. Dit verhoudt zich namelijk niet met het feit dat door uitbreiding annex consolidatie één samengevoegde boedel is ontstaan die wordt afgewikkeld in één procedure. Honorering van een beroep op de schijnwerkelijkheid strookt niet met het in Frankrijk aanvaarde beginsel van ondeelbaarheid van het faillissement en de boedel.[230]

Voor de goede orde wijs ik erop dat een verband tussen vermogensvermenging, als grondslag voor uitbreiding van een insolventieprocedure en simulatie door de *Cour de cassation* is afgewezen. Reeds in 1967 oordeelde de *Cour de cassation* dat het appèlhof van Aix-en-Provence zijn beslissing tot uitbreiding van een faillissement van een koopman naar een SARL heeft kunnen doen steunen op de vaststelling dat sprake was van vermogensvermenging. Niet tevens behoefde te worden onderzocht of de voorwaarden voor simulatie waren vervuld.[231]

---

225 Rouast-Bertier *Rev. soc.* 1993, p. 729, nr. 9. En vgl. Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 53, nr. 11.

226 Art. 2092 en 2093 C. civ.

227 Bredin, *RtDCiv.* 1956, p. 270, nr. 16 e.v.; Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales ...), p. 12, nr. 80 en p. 15, nr. 106 en Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 5, nr. 24. Zie ook: Martin-Serf, Juris-Classeur 2004, Fasc. 7-40, p. 3, nr. 4.

228 Een derde is te goeder trouw wanneer hij is misleid, dat wil zeggen wanneer hij geen weet had van het bestaan van een fictieve vennootschap: Mazeaud e.a. 1998, T. II, 1e Vol., p. 931-932, nr. 822.

229 Cozian, Viandier & Deboissy 2005, p. 45, nr. 100; Martin-Serf, Juris-Classeur 2004, Fasc. 7-40, p. 15, nr. 76 en p. 16, nr. 79-80 en 83; Mazeaud e.a. 1998, T. II, 1e Vol., p. 926-932, nr. 812-824 en Merle 2005, p. 77, nr. 46.

230 Zie: Rouast-Bertier *Rev. soc.* 1993, p. 745, nr. 33.

231 Cass. com. 9 oktober 1967, *Bull. civ.* III, p. 297, nr. 310.

In de volgende paragraaf wordt aandacht geschonken aan het in Nederland opgekomen verschijnsel vereenzelviging, dat wil zeggen dat het identiteitsverschil tussen twee (rechts)personen wordt weggedacht. Af en toe wordt vereenzelviging in verband gebracht met schijnhandelen oftewel simulatie. In het hierna nog te bespreken arrest HR *Krijger/Citco* werd bijvoorbeeld door middel van schijnhandelen misbruik gemaakt van het identiteitsverschil tussen twee door dezelfde persoon beheerste rechtspersonen om zo een beslag van de Ontvanger te frustreren. De Hoge Raad volgde in deze zaak het hof en oordeelde dat sprake was van uitzonderlijke omstandigheden die vereenzelviging van de beide rechtspersonen konden rechtvaardigen. Echter, niet kan worden gezegd dat simulatie in Nederland een voorwaarde is voor vereenzelviging.

4.3.3 Vereenzelviging

4.3.3.1 Vereenzelviging versus samengevoegde afwikkeling

Artikel 2:5 van het Nederlandse BW bepaalt: 'Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.' Uit deze bepaling wordt afgeleid dat kapitaalvennootschappen, zijnde rechtspersonen, zelfstandige rechtssubjecten zijn met eigen rechten en plichten. Dit heeft onder andere tot gevolg dat een schuldeiser van een rechtspersoon zijn vordering in beginsel enkel en alleen op de rechtspersoonschuldenaar kan verhalen en wel op alle aan de rechtspersoon toebehorende goederen, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt, artikel 3:276 BW. In het bijzonder is van belang dat een schuldeiser zijn vordering niet kan verhalen op de aandeelhouder(s) van de vennootschap. Aandeelhouders zijn niet gehouden boven het bedrag dat op hun aandelen moet worden gestort bij te dragen in de verliezen van de vennootschap, artikel 2:64/175(1) BW. Dit alles geldt ook voor de moedervennootschap in concernverhoudingen.

Deze zelfstandigheid van rechtspersonen wordt in de praktijk nogal eens uitgebuit, hetgeen tot allerlei problemen aanleiding kan geven. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin een vennootschap met het inzetten van een dochtervennootschap bepaalde door haar zelf met derden gemaakte afspraken probeert te omzeilen. In de rechtspraak is wel geprobeerd aan dit soort misstanden een einde te maken met een beroep op vereenzelviging. Van vereenzelviging is sprake wanneer formeel te onderscheiden rechtspersonen rechtens gelijk worden gesteld en worden behandeld als ware zij één.[232] Of, in de woorden van de Hoge Raad, wanneer sprake is van 'het volledig wegdenken van het identiteitsverschil' tussen (rechts)personen.[233] Volgens de heersende leer is het gevolg van vereenzelviging

232 Klik, noot onder HR 16 juni 1995, *JutD* 1995, nr. 15, p. 4 (Bato's Erf). Vgl. voorts Timmerman *OR* 2001, p. 294-295; idem 2002, p. 15.

233 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Ma; *OR* 2000, p. 442, m.nt. Lennarts (Rainbow), r.o 3.5. In dezelfde zin Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 958, nr. 621 en Van Dongen 1995, p. 11. Laatstgenoemde pleegt vereenzelviging aan te duiden als 'identificatie', en verstaat daaronder het opheffen van het identiteitsverschil tussen een rechtspersoon en anderen.

dat een bepaalde eigenschap, wetenschap of gedraging van een (rechts)persoon wordt toegerekend aan een andere (rechts)persoon.[234] Wanneer men evenwel aanneemt dat vereenzelviging inbreuk maakt op de zelfstandige identiteit van de rechtspersoon en de betrokken rechtspersonen moeten worden behandeld als ware zij één, is naar mijn mening geen plaats meer voor toerekening en is het zuiverder de handelingen van de ene rechtspersoon vanwege de vereenzelviging aan te merken als zijnde handelingen van de andere rechtspersoon.[235]

Vereenzelviging kan leiden tot doorbraak van aansprakelijkheid, dat wil in de praktijk meestal zeggen onvrijwillige terzijdestelling van het beginsel der beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een moedervennootschap wordt vereenzelvigd met haar dochtervennootschap op grond waarvan eerstgenoemde aansprakelijk wordt gehouden voor bepaalde schulden van laatstgenoemde. Vereenzelviging kan ook andere gevolgen hebben, zoals het toepassen van de wet overeenkomstig de bedoeling van de wetgever of een contract overeenkomstig de bedoeling van partijen.[236]

Ook bij consolidatie van twee of meer failliete ondernemingen is in feite sprake van vereenzelviging en onder omstandigheden wordt zelfs een effect bereikt vergelijkbaar met het effect van doorbraak van aansprakelijkheid op grond van vereenzelviging. In geval van consolidatie worden immers de boedels van de failliete vennootschappen samengevoegd en afgewikkeld als was er slechts één failliete entiteit met één enkele boedel, waarop de schuldeisers van de betrokken vennootschappen zich allen overeenkomstig hun rang kunnen verhalen. Verschil is er evenwel ook: Vereenzelviging houdt meestal een terzijdestelling van het identiteitsverschil in ten behoeve van een bepaald, beperkt doel. Zij raakt daarmee in de regel veel minder personen dan een consolidatie.

Vergelijkbare gevolgen hebben doorbraak van aansprakelijkheid en consolidatie in zoverre het vermogen van de rijkere moedervennootschap A door de con-

---

234 O.a. Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 958, nr. 621; Bartman *WPNR* 1996, p. 877; Van Dongen 1995, p. 5-6; Pitlo/Löwensteyn/Raaijmakers 1994, p. 61-62; Raaijmakers 1977, p. 35-36; Timmerman *OR* 2001, p. 295; idem 2002, p. 15. Deze laatste verwijst naar HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215, m.nt. Ma (Roco/Staat), waarin de Hoge Raad spreekt over het voorbijgaan aan het identiteitsverschil tussen twee (rechts)personen, in die zin dat de gedragingen van de een aan de ander worden toegerekend (overweging 4.4.2). Vgl. ook Maeijers noot onder HR 26 januari 1994, *NJ* 1994, 545 (Heuga).

235 Vgl. De Witt Wijnen in zijn noot onder Hof Amsterdam 1 oktober 1998, *JOR* 1999, 136 (Rainbow Products/Ontvanger), punten 8-9, waar hij met betrekking tot vereenzelviging het volgende opmerkt: 'Maar als men, op grond van feitelijke omstandigheden die dit rechtvaardigen, een afwijking van dat uitgangspunt (van de zelfstandige identiteit van de rechtspersoon, MLHR) aanvaardt, waarom dan omwegen volgen (…) als die van toerekening.' Hij lijkt beide begrippen volledig los te koppelen, zij het, dat hij eveneens opmerkt dat 'het verschil tussen vereenzelviging en toerekening (…) ook nogal dun (lijkt).'

236 Van Dongen (1995, p. 6 en 259-260) maakt in deze een onderscheid tussen aansprakelijkheidsrechtelijke identificatie enerzijds en algemene identificatie anderzijds. Aansprakelijkheidsrechtelijke identificatie ziet op vereenzelviging in het aansprakelijkheidsrecht, terwijl algemene identificatie ziet op vereenzelvigingssituaties waarin een contractuele of wettelijke norm centraal staat.

solidatie ook ter beschikking staat van de crediteuren van de armere dochtervennootschap B. De crediteuren van B kunnen zich aldus verhalen op het vermogen van de aandeelhouder van B, hetgeen een inbreuk inhoudt op het beginsel dat men niet gehouden is andermans schulden te voldoen en de regel dat aandeelhouders niet gehouden zijn om meer bij te dragen dan de storting op het aandeel en een eventueel overeengekomen dividend. Gaan meer concernmaatschappijen, doch niet de moedervennootschap maar bijvoorbeeld twee zustervennootschappen failliet en wordt vervolgens besloten tot consolidatie, dan verandert feitelijk niets voor de aandeelhoudster-moeder. De kans dat zij na uitkering aan de crediteuren nog een bedrag zou ontvangen, was hoogstwaarschijnlijk reeds voorafgaande aan de consolidatie nihil. In de verhouding tussen de zustervennootschappen onderling zal de omstandigheid dat de crediteuren van de vennootschap met de minst gunstige activa/passiva-verhouding er door de consolidatie op vooruitgaan, terwijl de crediteuren van de maatschappij met de gunstigste activa/passiva-verhouding erop achteruitgaan, betekenen dat het vermogen van de laatstgenoemde vennootschap mede verhaal biedt voor de schulden van de eerstgenoemde.

Een aantal reacties op de door mij onder de leden van Insolad verspreide enquête maakt eveneens melding van een parallel tussen consolidatie en vereenzelviging.[237] De geënquêteerden was de vraag gesteld of zij consolidatie op haar plaats achten wanneer failliete vennootschap A de moedervennootschap is van failliete vennootschap B en zij dezelfde naam dragen, dezelfde bestuurders hebben, kantoor houden op hetzelfde adres, dezelfde bedrijfsactiviteiten uitoefenen en veelvuldig contracteren met dezelfde wederpartijen, maar zij duidelijk gescheiden boekhoudingen voeren.[238] Het merendeel van de respondenten[239] achtte consolidatie hier niet op haar plaats en wees erop dat de activa en passiva van de vennootschappen kunnen worden gescheiden, omdat de boekhoudingen gescheiden zijn bijgehouden (24 keer). Een ander argument dat werd genoemd is dat consolidatie in dit geval vereenzelviging zou inhouden, hetgeen echter in Nederland slechts onder strikte voorwaarden geoorloofd is (3 keer). Ook een drietal respondenten dat consolidatie in dit geval wel geoorloofd achtte, zag een verband met de vereenzelvigingsrechtspraak van de Hoge Raad. Een van hen zou zelfs voor wat betreft de voorwaarden voor consolidatie willen aanknopen bij de voorwaarden die de Hoge Raad aan vereenzelviging verbindt. Daarnaast werd als argument pleitend voor consolidatie onder meer genoemd dat crediteuren de vennootschappen als een eenheid zullen hebben beschouwd en niet zullen weten met welke vennootschappen zij hebben gecontracteerd (7 keer).

237 Evenzo: Van der Schee & Knol 2006, p. 15; Lennarts 1999, p. 240-242 en Schoonbrood-Wessels *De NV* 1996, p. 45-47.

238 Zie: bijlage I, vraag 16.

239 Deze vraag is door 66 van de 67 respondenten beantwoord. 37 van hen achtten consolidatie niet op haar plaats. 23 respondenten vonden consolidatie in dit geval wel geoorloofd, terwijl 6 respondenten consolidatie afhankelijk stelden van nadere voorwaarden.

4.3.3.2 Vereenzelviging in de Nederlandse praktijk

In Nederland is vereenzelviging blijkens nog te bespreken jurisprudentie van de Hoge Raad slechts onder uitzonderlijke omstandigheden toegestaan. Deze jurisprudentie heeft aanleiding gegeven tot een levendige discussie omtrent de toepassing van vereenzelviging, waarbij diverse vragen en problemen zijn opgeworpen die ook bij consolidatie van failliete boedels opkomen. Daarom wordt hierna aan die jurisprudentie aandacht besteed.

De lagere rechtspraak neemt van oudsher ten aanzien van vereenzelviging een soepeler houding aan dan de Hoge Raad. Dit blijkt niet alleen uit het feit dat lagere rechters eerder geneigd lijken vereenzelviging als grond voor doorbraak van aansprakelijkheid te aanvaarden[240], maar ook reeds uit het enkele feit dat de stellingen van de eisers doorgaans direct in het kader van de vereenzelvigingsproblematiek worden behandeld, zonder (eerst) aan te knopen bij bijvoorbeeld onrechtmatig of paulianeus handelen.[241] De Hoge Raad is terughoudender, maar heeft in het *Rainbow*-arrest[242] aangegeven dat vereenzelviging onder uitzonderlijke omstandigheden de meest aangewezen vorm van redres kan zijn. Hij overwoog dat:

> '(…) het hof kennelijk en terecht tot uitgangspunt heeft genomen, [dat] door degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, en dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd, in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Het maken van zodanig misbruik zal in de regel moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. (…) De omstandigheden van het geval kunnen evenwel ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen (…) de meest aangewezen vorm van redres is (…).'[243]

De Hoge Raad geeft daarmee aan de voorkeur te geven aan de klassieke onrechtmatige-daadactie. Slechts onder uitzonderlijke omstandigheden is plaats voor vereenzelviging. Men kan zich afvragen wanneer dergelijke uitzonderlijke omstandigheden zich voordoen. Volgens de Hoge Raad was in de *Rainbow*-casus geen plaats voor vereenzelviging. In deze zaak was de vraag aan de orde of de Ontvanger ter invordering van belastingschulden van Démarrage met een beroep op vereenzelviging derdenbeslagen mocht leggen onder de schuldenaren van

---

240 Bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 27 mei 1981, *NJ* 1985, 124 (Theal); Hof Arnhem, 10 mei 1994, *TMA* 1994, p. 155 (Roco) en Rb. Zwolle 24 juli 2002, *NJ* 2002, 593 (Van de Wetering/Zevenster).

241 Huiskes in zijn noot onder HR 15 januari 1999, *JOR* 1999, 57, p. 396 (Gipstein/Erato).

242 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Ma; *OR* 2000, p. 442, m.nt. Lennarts (Rainbow).

243 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Ma; *OR* 2000, p. 442, m.nt. Lennarts (Rainbow), overweging 3.5.

Rainbow. Rainbow had dezelfde aandeelhouder/bestuurder als Démarrage en had de koeriersdiensten die Démarrage tot voor kort had ontplooid, voortgezet onder dezelfde handelsnaam en met grotendeels dezelfde bedrijfsmiddelen en werknemers als eerder door Démarrage waren ingezet. De Hoge Raad oordeelde dat vereenzelviging in dit geval te ver zou gaan. Weliswaar had het hof vastgesteld dat het door Rainbow voortzetten van de activiteiten van Démarrage enkel erop gericht was het verhaal van de Ontvanger te frustreren, hetgeen in beginsel onrechtmatig was jegens de Ontvanger die daardoor gerechtigd was tot een schadevergoeding, maar dit betekende niet dat de omvang van de schade zonder meer gelijk was aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal probeerde te verhinderen. Reeds daarom was de vereenzelviging, die het hof in dit geval voor mogelijk had gehouden, een vorm van redres die te ver ging, aldus de Hoge Raad.[244]

Er zijn evenwel ook zaken waarin de Hoge Raad vereenzelviging wel geoorloofd achtte. Een bekende illustratie biedt HR *Krijger/Citco*[245], een zaak die speelde buiten de context van doorbraak van de aansprakelijkheid. In deze zaak liet Krijger een huis bouwen door Lorimar Construction NV (hierna: Lorimar). Toen halverwege de bouw door Citco Bank onder Krijger conservatoir derdenbeslag werd gelegd op de door Krijger aan Lorimar te betalen aanneemsom, begon Krijger te vrezen dat zijn huis niet zou worden afgebouwd en zei hij de aanneemovereenkomst met Lorimar op. Vervolgens sloot Krijger een nieuwe overeenkomst met Interieur Vormgeving NV (Intervorm), een vennootschap die dezelfde aandeelhouder/bestuurder had als Lorimar. Eén week voor de beslagdatum had deze aandeelhouder/bestuurder de statutaire doelomschrijving van Intervorm zodanig gewijzigd dat daaronder voortaan behalve verbouwings- en inrichtingsactiviteiten ook bouwactiviteiten waren begrepen. Intervorm voltooide daarop de bouw van het huis met hetzelfde materiaal en personeel als door Lorimar was gebruikt.

Citco Bank betoogde vervolgens dat het onder Krijger gelegde derdenbeslag niet alleen kleefde op hetgeen Krijger aan Lorimar was verschuldigd, maar eveneens op hetgeen Krijger aan Intervorm was verschuldigd. Daarmee bepleitte de bank dat Lorimar en Intervorm vereenzelvigd moesten worden.

Het hof[246] oordeelde dat de aanneemsom slechts onder het beslag kan vallen indien hetgeen Krijger aan Intervorm verschuldigd is, zijn grondslag vindt in de rechtsverhouding tussen Krijger en Lorimar. Het hof knoopte met deze overweging aan bij artikel 475(1) Rv. Dit artikel bepaalt dat een derdenbeslag niet alleen betrekking heeft op vorderingen die de geëxecuteerde op derden mocht hebben, maar tevens op toekomstige vorderingen, voorzover die rechtstreeks voortvloeien uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding.[247] Het over-

244 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Ma; *OR* 2000, p. 442, m.nt. Lennarts (Rainbow), overweging 3.5.

245 HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213; *TvI* 1997, p. 124, m.nt. Huizink (Krijger/Citco).

246 Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba.

247 Zie hierover Huizink, noot onder HR 9 juni 1995 (Krijger/Citco), *TvI* 1997, p. 125-127.

woog vervolgens dat slechts onder bijzondere omstandigheden kan worden aangenomen dat schulden aan de ene rechtspersoon hun grondslag vinden in een rechtsverhouding met een andere rechtspersoon. In casu was de rechtsverhouding door Krijger in feite voortgezet met dezelfde contractspartner en had het opzeggen van het contract met Lorimar en het vervolgens afsluiten van een nieuwe overeenkomst met Intervorm enkel tot doel het derdenbeslag van Citco Bank te omzeilen. Daarom moesten deze handelingen worden gekwalificeerd als schijnhandelingen. Het hof oordeelde dat de door Krijger aan Intervorm verschuldigde aanneemsom zo bezien haar grondslag vond in de rechtsverhouding tussen Krijger en Lorimar en concludeerde tot vereenzelviging van de beide contractpartners van Krijger. Krijger werd veroordeeld de betrokken bedragen alsnog aan Citco Bank te betalen.[248] De Hoge Raad merkte over dit oordeel van het hof op dat:

> 'Deze gedachtengang berust op het juiste uitgangspunt dat van het identiteitsverschil tussen twee door dezelfde persoon beheerste rechtspersonen misbruik kan worden gemaakt, en op de eveneens juiste gedachtengang dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd (…) in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd.'[249]

De vraag is opgeworpen waarom de Hoge Raad in het arrest *Krijger/Citco* vereenzelviging toeliet, terwijl hij in het *Rainbow*-arrest vereenzelviging 'te ver' vond gaan.[250] In beide gevallen werd immers door de aandeelhouder/bestuurder van een vennootschap een andere vennootschap ingezet ten einde verhaal te frustreren en bestond tussen de vennootschappen een vergelijkbare verwevenheid. Timmerman[251] stelt dat wellicht moet worden aangenomen dat de redelijkheid en billijkheid met zich brengt dat zwaarder geschut, in de zin van vereenzelviging, geëigend kan zijn om zich te verdedigen (in HR *Krijger/Citco* werd een beroep gedaan op vereenzelviging om uitholling van een legaal gelegd derdenbeslag te voorkomen), dan bij het opzetten van een offensief (in HR *Rainbow* poogde de Ontvanger een nieuwe verhaalsmogelijkheid te creëren).[252] Deze opvatting zou

---

248 Krijger had de aanneemsommen reeds aan Intervorm betaald en moest door de veroordeling van het hof nog een keer betalen. Merk op dat hierdoor in dit geval – in tegenstelling tot hetgeen zich doorgaans voordoet – de vereenzelviging niet plaatsvindt ten nadele van degene die de rechtspersonen beheerst, doch van een derde die bij de 'constructie' betrokken was. Zie hierover: Huizink, noot onder HR 9 juni 1995 (Krijger/Citco) *TvI* 1997, p. 124-127.

249 HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213; *TvI* 1997, p. 124, m.nt. Huizink (Krijger/Citco), overweging 3.3.

250 Bijvoorbeeld: Elbers *WFR* 2001, p. 97-99.

251 Timmerman *OR* 2001, p. 299 en idem 2002, p. 26-27. Zie ook: Lennarts, noot onder het *Rainbow*-arrest, *OR* 2000, p. 443-444.

252 Vgl. de opmerking van de *Court of Appeals for the Third Circuit* in *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195, 211 (3rd Cir. 2005): 'While substantive consolidation may be used defensively to remedy the identifiable harms caused by entangled affairs, it may not be used offensively (for example, having a primary purpose to disadvantage tactically a group of creditors in the plan process or to alter creditor rights).'

ook een meer recente beslissing van de rechtbank Arnhem kunnen verklaren, waarin een poging van een curator om door middel van vereenzelviging activa toe te voegen aan de failliete boedel en zo de verhaalsmogelijkheden voor de crediteuren te vergroten, mislukte. Wel werd de subsidiaire vordering wegens onrechtmatige daad toegewezen.[253] Het eerder gerechtvaardigd achten van vereenzelviging met een defensief karakter, dat wil zeggen dat wordt geprobeerd uitholling van het vermogen van de oorspronkelijke debiteur te voorkomen, dan een beroep op vereenzelviging waarmee wordt geprobeerd de verhaalsmogelijkheden uit te breiden is vanuit het perspectief van crediteuren ook beter te rechtvaardigen, omdat de crediteuren van de vennootschap waarnaar wordt doorgebroken in geval van een defensief karakter doorgaans[254] enkel een voordeel ontgaat. Deze crediteuren wordt geen nadeel toegebracht, terwijl de crediteuren van de oorspronkelijk debiteur krijgen wat hun toekomt.

Een andere, eveneens plausibele verklaring voor de uitspraak van de Hoge Raad in HR *Krijger/Citco* wordt gegeven door Bartman die deze uitspraak ziet als een vorm van procesrisico-allocatie.[255] Krijger was nauw betrokken geweest bij de opzet waarmee werd gepoogd het beslag van de bank te frustreren, maar (nog) niet stond vast dat Krijger een onrechtmatige daad had gepleegd jegens de bank. Krijger zou, indien tegen hem een onrechtmatige-daadactie zou worden ingesteld, een aantal argumenten kunnen aanvoeren die zijn handelswijze mogelijk zouden rechtvaardigen. De vraag is dan wie de ten gevolge van de genoemde opzet opgekomen schade moet dragen: de bank of Krijger? De Hoge Raad legt met zijn oordeel dat vereenzelviging in dit geval gerechtvaardigd is het risico bij Krijger. A-G Vranken wijst er in zijn conclusie op dat Krijger zich ook had kunnen indekken tegen het risico dat hij na betaling aan Intervorm alsnog door de bank zou worden aangesproken omdat het beslag ook op die betaling kleefde en niet enkel op de aan Lorimar betaalde bedragen.[256] Is Krijger van mening dat hij door het oordeel van de Hoge Raad ten onrechte schade heeft geleden dan moet hij zich wenden tot de mede-bedenkers van de opzet. Van de benadeelde (in casu Citco bank) kan niet worden gevergd dat hij de lange onzekere weg van een actie uit

253 Rb. Arnhem 18 februari 2004, *JOR* 2004, 120, m.nt. De Bie Leuveling Tjeenk.

254 Problemen kunnen ontstaan wanneer de crediteuren van de vennootschap waarnaar wordt doorgebroken erop hebben vertrouwd dat deze vennootschap de door haar gehouden activa, die zij eerder van de oorspronkelijk debiteur heeft verkregen, gerechtvaardigd houdt. Derhalve dat zij gerechtvaardigd hebben vertrouwd op een hogere kredietwaardigheid dan werkelijk bestaat. Wes (*Cal.L.Rev.* 1977, p. 731) merkt op dat bescherming van crediteuren die een vordering verkrijgen op de schuldenaar ten tijde van of nadat de vermogensbestanddelen zijn verschoven, meestal niet redelijk is, omdat zij door een *thorough credit check* beter hadden kunnen weten. Ik zet echter vraagtekens bij de mogelijkheid voor een crediteur om te achterhalen of alle vermogensbestanddelen die zijn potentiële schuldenaar onder zich heeft ook daadwerkelijk van hem zijn en vraag mij af of het überhaupt reëel is om een dergelijk onderzoek van een crediteur te vereisen.

255 Bartman *WPNR* 1996, p. 878-879. En vgl. A-G Vranken conclusie voor HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213 (Krijger/Citco), nr. 13-18 en de noot van Maeijer onder HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698 (Rainbow), nr. 2 en 4.

256 A-G Vranken conclusie voor HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213 (Krijger/Citco), nr. 13-15.

onrechtmatige daad bewandelt; 'de "booswichten" moeten het maar onderling uitvechten', aldus Bartman.[257]

De Hoge Raad is streng, alleen onder uitzonderlijke omstandigheden is vereenzelviging de geëigende vorm van redres. In alle andere gevallen moet gebruik worden gemaakt van de klassieke onrechtmatige-daadactie. Daarmee schaart de Hoge Raad zich achter het merendeel der Nederlandse auteurs.[258] Timmerman wijst erop dat zich zelfs gevallen kunnen voordoen waarin goede argumenten voor vereenzelviging bestaan, terwijl niettemin nader moet worden bekeken of vereenzelviging op haar plaats is omdat daaraan tevens bezwaren kunnen kleven.[259] Zo merkt hij op dat vereenzelviging ertoe kan leiden dat belangen van bij de rechtspersoon betrokkenen worden benadeeld. Denk aan crediteuren van de (rechts)persoon waartegen door de vereenzelviging een vordering ontstaat.[260] Hetzelfde geldt bij een consolidatie voor de crediteuren van de 'rijkste' vennootschap. Voorts is het volgens hem voorstelbaar dat het doel dat met vereenzelviging wordt nagestreefd beter, evenwichtiger en met minder schade voor derde-belanghebbenden kan worden verwezenlijkt met een ander juridisch instrument.[261] Dit bezwaar knoopt aan bij het oordeel van de Hoge Raad in HR *Rainbow* dat vereenzelviging niet op haar plaats is, omdat de omvang van de door de eiser geleden schade niet zonder meer gelijk is aan het bedrag waarvoor men verhaal probeerde te verhinderen. De schade kan lager zijn de het bedrag van de vordering, waardoor vergoeding van het laatst genoemde bedrag overcompensatie ten koste van de crediteuren van de aangesproken rechtspersoon kan inhouden. Een vergelijkbaar probleem treedt op bij consolidatie. Denk aan het geval waarin tussen de failliete vennootschappen A en B voorafgaande aan hun faillissementen ongeoorloofde, bijvoorbeeld onrechtmatige of paulianeuse vermogensverschuivingen van A naar B hebben plaatsgevonden, die (eventueel na enige onderzoek) herleidbaar zijn. Er wordt wel betoogd dat consolidatie in deze omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn vanwege de (bewijs)problemen verbonden aan het instellen van onrechtmatige-daadacties en de actio Pauliana, alsmede de kosten verbonden aan

257 Bartman *WPNR* 2001, p. 202.

258 Zie o.m.: Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 961, nr. 621; Huiskes, noot onder HR 15 januari 1999 (Gipstein/Erato), *JOR* 1999, 57, nr. 6; Legters *Bb* 2001, p. 3-4; Lennarts 1999, p. 242-243; Maeijer 1977, p. 77; Mohr *WPNR* 1996, p. 789-790; Roelvink 1977, 160-162 en p. 174-175; idem 1988, p. 221; idem *WPNR* 1996, p. 112; Timmerman 2000, p. 151-158; idem 2002, p. 15-28 en Westbroek 1969, p. 76-82. Anders o.m.: Bartman *WPNR* 1996, p. 877-879; idem *WPNR* 2000, p. 795-797; Elbers *WFR* 2001, p. 97-99 en Klik *TMA* 1991, p. 105-119; idem *TMA* 1994, p. 145-149.

259 Timmerman *OR* 2001, p. 295; idem 2002, p. 16-17.

260 Zie ook: Timmerman, noot onder HR 4 oktober 1991 (Glorywave), *TVVS* 1992, p. 18, nr. 3 en Van Schilfgaarde in zijn noot onder hetzelfde arrest: *NJ* 1992, 247. Vgl. voorts Rb. Zwolle 16 januari 1996, *KG* 1996, 105. Waar de rechtbank overweegt dat vereenzelviging in casu onder meer niet bezwaarlijk is, omdat niet is gebleken dat de continuïteit van de onderneming van de vennootschap die men met een beroep op vereenzelviging aansprakelijk wil stellen in betalingsmoeilijkheden zal geraken wanneer zij de vordering van de energieleverancier moet voldoen.

261 Vgl. ook: Huiskes, noot onder HR 15 januari 1999 (Gipstein/Erato), *JOR* 1999, 57, nr. 6.

het eventueel uitpluizen van de intercompany-verhoudingen.[262] Mijns inziens is consolidatie in dit soort gevallen in beginsel slechts op haar plaats wanneer deze kosten (tezamen met andere kosten) zo hoog zijn dat de kostenbesparing die optreedt door de consolidatie een voordeel inhoudt voor de crediteuren van de betrokken vennootschappen dat aanzienlijk zwaarder weegt dan de voor sommigen van hen daarmee gepaard gaande nadelen. Het risico is namelijk aanwezig dat de crediteuren van vennootschap A worden bevoordeeld ten koste van de crediteuren van B ten opzichte van de situatie waarin enkelvoudige afwikkeling gecombineerd met bijvoorbeeld een actio Pauliana plaatsvindt. Immers, de crediteuren van vennootschap A kunnen zich nu, zij het tezamen met de crediteuren van vennootschap B, tevens verhalen op álle boedelactief van B en niet alleen de paulianeus overgedragen vermogensbestanddelen, hetgeen voordelig kan zijn wanneer vennootschap B evident de rijkste van de twee vennootschappen is. De crediteuren van A krijgen zo een voordeel in de schoot geworpen ten nadele van de crediteuren van B.

4.3.3.3 Samengevoegde afwikkeling: een eigen koers

Ondanks de parallelen die blijkens het voorgaande bestaan tussen vereenzelviging en consolidatie en ondanks de omstandigheid dat de feitenconstellaties die doorgaans aan de toepassing van deze leerstukken ten grondslag liggen erg op elkaar lijken, moet in Nederland naar mijn oordeel voor wat betreft de normstelling inzake samengevoegde afwikkeling niet worden aangeknoopt bij de jurisprudentie inzake vereenzelviging. Zou bij deze jurisprudentie worden aangeknoopt dan treedt het handelen van de achterman op de voorgrond nu bij vereenzelviging doorgaans dit handelen (ten opzichte van een bepaalde (groep) crediteur(en)) centraal staat – vaak in de vorm van de vraag of door de achterman misbruik is gemaakt van het identiteitsverschil dat tussen de (rechts)personen bestaat.[263] Terecht is in de Verenigde Staten evenwel opgemerkt dat de nadruk in gevallen betreffende consolidatie niet moet worden gelegd op het handelen van de achterman, maar op het belang van de crediteuren van alle betrokken vennootschappen. Het belang van de gezamenlijke crediteuren van ieder der gefailleerde vennootschappen staat na faillietverklaring centraal en kan in het gedrang komen wanneer de nadruk wordt gelegd op het handelen van de achterman. Zie het hier-

262 Winter 1993, p. 6-7 en 12; idem *TvI* 1995, p. 5-6. Zie hierover verder paragraaf 2.2 en 4.5.1.

263 NB Misbruik van het identiteitsverschil is geen absolute voorwaarde voor vereenzelviging. Zie bijvoorbeeld: HR 26 januari 1994, 545 (Heuga): Om te verijdelen dat de ondernemingsraad van de dochter zijn adviesbevoegdheid ex art. 25 WOR niet zou kunnen uitoefenen, werd de moeder, die tevens bestuurder was van de dochter, voor de toepassing van deze bepaling vereenzelvigd met haar dochter. En meer recent: HR 4 februari 2005, *JOR* 2005, 58, m.nt. Van den Ingh (Landis): aandeelhouders in een moedermaatschappij kunnen onder omstandigheden een enquête verzoeken die mede gericht is op het beleid en de gang van zaken van nauw met de moeder verbonden dochters. Moeder en dochters worden dan vereenzelvigd voor de toepassing van art. 2:346 BW. Zie over deze zaak o.m.: Van den Ingh in genoemde noot en Bartman *WPNR* 2005 (II), p. 553.

voor genoemde voorbeeld. Ik pleit daarom voor een norm die meer aandacht besteed aan de positie van alle betrokken crediteuren en niet alleen die van de eerder benadeelde vennootschap. Rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat er crediteuren kunnen zijn die er door een consolidatie niet op vooruit gaan, maar die daardoor juist worden benadeeld.

4.4 Positie van crediteuren[264]

4.4.1 Benadeling van crediteuren

4.4.1.1 Aandachtspunt?

Samengevoegde afwikkeling heeft een benadeling van crediteuren van een of meer daarbij betrokken vennootschappen tot gevolg wanneer de activa/passiva-verhoudingen van de vennootschappen niet identiek zijn. Dit zal meestal het geval zijn. De crediteuren van de rijkste der vennootschappen moeten in dat geval het actief van hun schuldenaar delen met de crediteuren van met hun schuldenaar verbonden vennootschappen. Daartoe zullen zij niet graag bereid zijn. Men ziet dan ook dat deze crediteuren wel eens in opstand komen tegen een voornemen of verzoek tot consolidatie. Deze paragraaf behandelt de wijze waarop en de mate waarin aan de bezwaren van deze crediteuren aandacht wordt geschonken in de onderzochte rechtsstelsels. Daarbij moet worden aangetekend dat dit probleem zich natuurlijk enkel voordoet wanneer geen sprake is van een algehele vermogensvermenging. Voorts kunnen crediteuren op andere wijzen dan de hiervoor genoemde worden benadeeld, bijvoorbeeld wanneer zij beide vennootschappen hoofdelijk hebben verbonden voor dezelfde schuld. In dat geval leidt consolidatie ertoe dat de crediteur nog slechts één vordering heeft op de geconsolideerde boedel, de uitoefening van zijn persoonlijke zekerheid wordt bevroren, hetgeen afhankelijk van de omstandigheden een nadeel kan inhouden.[265]

In de Verenigde Staten spelen de belangen van crediteuren al decennia een belangrijke rol bij de vraag of consolidatie in een bepaald geval op haar plaats is. Reeds in 1966 merkte de *Court of Appeals for the Second Circuit* op dat:

> 'The power to consolidate should be used sparingly because of the possibility of unfair treatment of creditors of a corporate debtor who have dealt solely with that debtor without knowledge of its interrelationship with others.'[266]

264 Wederom geldt dat wegens een gebrek aan gepubliceerde rechtspraak aangaande art. 141 CA 1990 (IE) over de positie van crediteuren in de Ierse consolidatieregeling niets kan worden vermeld.

265 Zie over deze kwestie verder paragraaf 5.2.2.3.

266 *Chemical Bank New York Trust Comp. v. Kheel,* 369 F.2d 845, 847 (2d Cir. 1966).

Om daar in 1970 aan toe te voegen:

> 'While the term has a disarmingly innocent sound, consolidation in bankruptcy, in the form directed in this case, is no mere instrument of procedural convenience, (…) but a measure vitally affecting substantive rights.'[267]

Deze overwegingen zijn regelmatig door andere rechters overgenomen, waarbij vaak nadrukkelijk erop wordt gewezen dat consolidatie nadelige gevolgen kan hebben voor de crediteuren van de rijkste der betrokken vennootschappen.[268] Een crediteur die zich tegen samengevoegde afwikkeling wil verzetten, omdat hij verwacht daardoor te worden benadeeld, moet naast de te verwachten benadeling in de meeste gevallen tevens aantonen dat hij heeft vertrouwd op de kredietwaardigheid van zijn wederpartij afzonderlijk.[269] Slaagt de crediteur in dit bewijs, dan wordt consolidatie veelal slechts geoorloofd geacht wanneer de met consolidatie voor andere crediteuren gepaard gaande voordelen opwegen tegen de voor de genoemde crediteur ermee gepaard gaande nadelen.[270] De vraag *hoe* de voor- en nadelen tegen elkaar moeten worden afgewogen, is nog niet duidelijk beantwoord. De ene keer wordt vereist dat de voordelen verbonden aan consolidatie *heavily outweigh the harm*[271], terwijl de andere keer enkel vereist is dat de voordelen opwegen tegen de nadelen.[272] Wel kan uit *In re Murray Industries*[273] worden afgeleid dat bij het afwegen van de belangen van de bezwaarmakende crediteuren tegen de belangen van de overige crediteuren, het feit dat de bezwaarmakende crediteur een insider was tegen hem kan werken (in casu was de bezwaarmakende crediteur een oud-directeur van de holdingvennootschap). En in de literatuur is verder opgemerkt dat consolidatie niet gerechtvaardigd is indien de voor- en nadelen slechts het gevolg zijn van een reallocatie van vermogensbestanddelen. Consolidatie zou anders altijd geoorloofd zijn. Er zullen nog andere voordelen moeten zijn, zoals kostenbesparingen waardoor de waarde van de boe-

---

267 *In re Flora Mir Candy Corp.,* 432 F.2d 1060, 1062 (2d Cir. 1970).

268 Bijvoorbeeld: *Continental Vending Machine Corp.*, 517 F.2d 997, 1001 (2d Cir. 1975), *cert. denied sub nom, James Talcott, Inc. v. Wharton*, 424 U.S. 913 (1976) en *In re Snider Bros. Inc.*, 18 B.R. 230, 234 (Bankr. D. Mass. 1982).

269 Bijvoorbeeld: *In re Snider Bros*., *Inc.,* 18 B.R. 230, 238 (Bankr. D. Mass. 1982) en *In re Auto-train Corp*., 810 F.2d 270, 276 (D.C. Cir. 1987). Anders: *In re Andonis Morfesis*, 270 B.R. 28, 31-32 (Bankr. D. N.J. 2001): crediteur hoeft enkel nadeel te bewijzen.

270 Zie bijvoorbeeld: *In re Snider Bros., Inc*., 18 B.R. 230, 237-238 (Bankr. D. Mass. 1982); *In re Auto-train Corp*., 810 F.2d 270, 276 (D.C. Cir. 1987); *In re Murray Industrie, Inc.s*, 119 B.R. 820, 829 en 831-832 (Bankr. M.D. Fla. 1990); *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd*., 935 F.2d 245, 249 (11th Cir. 1991) en *In re Affiliated Foods, Inc.*, 249 B.R. 770, 780-783 (Bankr. W.D. Miss. 2000).

271 Bijvoorbeeld: *Continental Vending Machine Corp.*, 517 F.2d 997, 1001 (2d Cir. 1975), *cert. denied sub nom, James Talcott, Inc. v. Wharton*, 424 U.S. 913 (1976) en *In re Auto-train Corp*., 810 F.2d 270, 276 (D.C. Cir. 1987).

272 Bijvoorbeeld: *In re Donut Queen, Ltd.*, 41 B.R. 706, 709-710 (Bankr. E.D. N.Y. 1984) en *In re Crown Machine & Welding, Inc*., 100 B.R. 25, 27 (Bankr. D. Mont. 1989).

273 *In re Murray Industries, Inc.*, 119 B.R. 820, 832 (Bankr. M.D. Fla. 1990).

del per saldo toeneemt.[274] Ik teken daarbij aan dat dit laatste zich doorgaans wel zal voordoen.

Af en toe leidt een actie van een zich verzettende crediteur in de Verenigde Staten tot gedeeltelijke consolidatie. Er wordt dan niet van de consolidatie afgezien, maar aan de consolidatie wordt door de rechter vorm gegeven zodanig dat de positie van de bezwaarmakende crediteur niet verandert ten opzichte van de positie waarin hij zou hebben verkeerd indien de insolventieprocedures enkelvoudig waren afgewikkeld.[275]

De positie van de crediteuren van bij een consolidatie betrokken vennootschap heeft in Frankrijk, anders dan in de Verenigde Staten, tot weinig discussie aanleiding gegeven. Zo wordt de benadeling van crediteuren van de rijkste betrokken vennootschap, die optreedt door de vorming van één boedel wel door Gisserot opgemerkt[276], maar lijkt zij dit niet als een groot bezwaar aan te merken. Zij wijst erop dat er ook crediteuren zullen zijn die bij de consolidatie gebaat zijn. Gisserot acht de samenvoeging van de boedels juist gerechtvaardigd, omdat de activa/passiva-verhoudingen van de vennootschappen zich doorgaans tot elkaar verhouden als communicerende vaten: Een verbetering van de vermogenspositie van de ene vennootschap gaat in de praktijk dikwijls ten koste van de vermogenspositie van een nauw met haar verbonden vennootschap. Zij wijst erop dat consolidatie op die manier een einde maakt aan manipulatief geschuif met vermogensbestanddelen.[277] Ook Saint-Alary-Houin signaleert genoemd nadeel. Zij zet dit nadeel enkel af tegen het voordeel voor de crediteuren van de armere vennootschap.[278] Guyon bezigt vergelijkbare benadering, nadat hij eerst nog opmerkt dat uitbreiding van een insolventieprocedure enkel onder bijzondere omstandigheden plaats dient te vinden, omdat daardoor de rechten van derden diep worden geraakt.[279] De bevoordeling van een groep crediteuren ten koste van een andere groep crediteuren, wordt met dit soort opmerkingen gereduceerd tot een onvermijdbaar gevolg van consolidatie. De redelijkheid ervan wordt grotendeels in het midden gelaten. Slechts een enkele Franse auteur wijst erop dat bedachtzaam met samengevoegde afwikkeling moet worden opgesprongen; dat moet worden gewaakt voor een verruiming van de grondslagen van consolidatie, omdat dit grote gevolgen kan hebben voor crediteuren nu de schuldenaren doorgaans niet dezelfde activa/passiva-verhouding hebben.[280] Of dat uitbreiding annex consolidatie moet geschie-

274 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 411-412 en 417, m.n. nt. 212.
275 Over deze wijze van consolidatie volgt meer in paragraaf 5.1.2.
276 Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 78-79, nr. 74.
277 Gissterot *RtDCom.* 1979, p. 81, nr. 79 en 80.
278 Saint-Alary-Houin 2006, p. 218, nr. 394.
279 Guyon, noot onder Cass. com. 10 december 2002, *Rev. soc.* 2003, p. 153. Zie ook: Martin-Serf, Juris-classeur 2004, Fasc. 7-40, p. 32-33, nr. 178.
280 Honorat, noot onder CA Versailles 11 december 1987, *Rev. soc.* 1988, p. 436; idem, noot onder hetzelfde arrest in *D.* 1988, som., p. 384. Vgl. ook: Barthélémy e.a. 1991, p. 555, nr. 12218 en 12219, en Grelon & Dessus-Larrivé *Rev. soc.* 2006, p. 282.

den in het belang van de gezamenlijke crediteuren van de vennootschap wier faillissement wordt uitgebreid.[281]

In Nieuw-Zeeland wordt eveneens erkend dat samengevoegde afwikkeling ingrijpende consequenties kan hebben voor crediteuren. Zo is in de literatuur opgemerkt dat 'a pooling order is not an administrative or procedural order but is one which affects the substantive rights of those parties interested in the winding up of any company subject to such orders.'[282] Ook in de praktijk worden de belangen van de benadeelde crediteuren relevant geacht voor het antwoord op de vraag of consolidatie *just and equitable* is. Zij staan evenwel niet zonder meer aan een consolidatie in de weg.[283]

Gewezen zij in dit verband voorts op de Nieuw-Zeelandse zaak *Re Stewart Timber & Hardware Ltd (in liq)*.[284] Deze zaak betrof een consolidatie van de boedels van twee zustervennootschappen. Ten tijde van het verzoek om consolidatie was aangevoerd dat de crediteuren van de moedervennootschap van de beide vennootschappen, die schulden had aan haar ene dochter en een vordering op haar andere dochter, door de consolidatie voor maximaal 1,2 cent per geïnvesteerde NZ dollar zouden worden benadeeld ten opzichte van de situatie waarin consolidatie zou uitblijven. Later bleek deze voorspelling te optimistisch en overwoog Doogue J dat, hoewel niet zeker is dat deze omstandigheid het eerdere oordeel omtrent het gerechtvaardigd-zijn van een consolidatie wezenlijk zou hebben beïnvloed, het wenselijk zou zijn geweest dat de crediteuren van de moeder toen der tijd in de procedure waren betrokken.

Uit deze overwegingen blijkt derhalve dat in Nieuw-Zeeland niet enkel (de belangen van) de crediteuren van de bij de consolidatie betrokken vennootschappen een rol kunnen spelen, maar ook (de belangen van) de crediteuren van de crediteur/aandeelhouder van de betrokken vennootschappen. Naar mijn oordeel verdient deze gang van zaken geen navolging in Nederland. Een ander standpunt stuit allereerst op grote praktische bezwaren. Van de curator (en de rechter) kan niet worden verwacht dat hij zich inzicht verschaft in de voortdurend veranderende belangen van de crediteuren van de crediteuren/aandeelhouders van de failliet. Het is doorgaans immers al lastig om inzicht te verkrijgen in de schuldpositie van de failliet. Dit is ook niet nodig, omdat hetgeen positief uitpakt voor de crediteuren/aandeelhouders van de failliet, positief zal uitpakken voor de crediteuren van deze personen. Dreigt de consolidatie of juist de afzonderlijke afwikkeling nadelige effecten te weeg te brengen voor een crediteur/aandeelhouder van de failliet dan zal hij zich met het oog op de gevolgen van deze effecten voor zijn eigen bedrijf en daarmee zijn eigen crediteuren hiertegen (kunnen) verzetten. Daarmee wordt voldoende recht gedaan aan de belangen van de crediteuren van deze persoon; zij hoeven niet zelf op enige wijze in de procedure te worden betrokken.

---

281 Le Corre 2006, p. 197, p. 213.21.

282 Farrar & Darroch 1995, p. 240; Farrar *C.&S.L.J.* 1998, p. 194 en idem 2001, p. 241, onder verwijzing naar *Re Stewart Timber & Hardware Ltd (in liq)* (1991) 5 NZCLC 67, 137.

283 *Mountfort v Tasman Pacific Airlines of NZ Ltd* [2006] 1 NZLR 104, § 72.

284 *Re Stewart Timber & Hardware Ltd (in liq)* (1991) 5 NZCLC 67, 137.

De in de Nederlandse praktijk hoorbare geluiden en de spaarzame jurisprudentie op het gebied van consolidatie laten zien dat in Nederland doorgaans vermogensvermenging en praktische overwegingen aan samengevoegde afwikkeling ten grondslag liggen. De financiële positie van (bepaalde (groepen)) crediteuren speelt bij de vraag of consolidatie gerechtvaardigd is een beperkte rol, maar wordt anders dan in Frankrijk in de praktijk niet genegeerd. Vooral de nadelige gevolgen van consolidatie voor de crediteuren van de rijkste der betrokken vennootschappen werden door de Insolad-respondenten op de enquête naar voren gebracht als probleem[285] of nadeel[286] dat kleeft aan consolidatie. En naar aanleiding van diverse aan de geënquêteerden voorgelegde casus met daaraan verbonden de vraag of zij consolidatie onder de in de casus omschreven omstandigheden op haar plaats achtten, noemden diverse respondenten de benadeling van de crediteuren van de rijkste betrokken vennootschap als een argument dat pleit tegen consolidatie.[287] Welk *gewicht* in de praktijk daadwerkelijk aan dit argument wordt toegekend is niet helemaal duidelijk. Zij het dat, de rechtbank Breda, als ik het goed zie, eist dat consolidatie achterwege dient te blijven indien crediteuren daardoor op enige wijze worden benadeeld.[288] Dit laatste zou echter betekenen dat consolidatie bijna nooit kan plaatsvinden, omdat de vermogensposities van de betrokken vennootschappen zelden of nooit identiek zullen zijn.

Mogelijk is de beperkte aandacht voor dit probleem een gevolg van de omstandigheid dat vermogensvermenging thans zo'n grote rol speelt bij de vraag of consolidatie geoorloofd is. Wanneer immers de vermogens van de vennootschappen zijn vermengd, is bevoordeling of benadeling van crediteuren niet (objectief) vast te stellen waardoor het probleem zich niet voordoet. De ernst van het probleem wordt in sommige gevallen bovendien beperkt doordat samengevoegde afwikkeling meestal eenvoudiger en daardoor minder kostbaar en tijdrovend is dan enkelvoudige afwikkeling, waardoor eerder en hogere uitkeringen kunnen worden gedaan dan bij een enkelvoudige afwikkeling mogelijk zouden zijn geweest. Dit voordeel kan compensatie bieden voor de benadeling die door de consolidatie optreedt voor de crediteuren van de rijkste vennootschap.[289]

Een voorbeeld van een geval waarin veel waarde werd gehecht aan de gevolgen die een samengevoegde afwikkeling voor crediteuren zou hebben, is het Nederlandse faillissement van Borgdorff c.s. Dhr. Borgdorff en twee aan hem gelieerde vennootschappen, Borgdorf Beheer BV en Borgdorff Advies BV, oefenden hoewel zij daartoe geen vergunning bezaten, voornamelijk beleggingsactivi-

285 Zie: bijlage I, vraag 11.

286 Zie: bijlage I, vraag 13.

287 Zie: bijlage I, vraag 14. Zie ook: Josephus Jitta 1999, p. 105-106.

288 Zie: Rechtbank Breda, Circulaire houdende een aanvulling op de Richtlijnen voor faillissementen en surséances van betaling van Recofa, d.d. 1 maart 2002, Hoofdstuk 10A, <http://www.rechtspraak.nl>, geraadpleegd 31 mei 2005. Daarin is bepaald dat samengevoegde afwikkeling slechts mogelijk is 'indien boven iedere twijfel is verheven dat er geen enkel verschil zal bestaan tussen gezamenlijk afwikkeling enerzijds en afzonderlijke afwikkeling anderzijds.'

289 Vgl. Josephus Jitta 1999, p. 105 en 106.

teiten uit. In 2000 ging dhr. Borgdorff failliet, waarna de faillissementen van beide vennootschappen volgden. Curatoren troffen een warboel aan: de vermogens waren grotendeels vermengd; er waren geen gescheiden administraties; onduidelijk was bij welke vennootschap het personeel in dienst was en crediteuren hadden geen idee met wie van de drie rechtssubjecten zij zaken hadden gedaan. De curator in de faillissementen van de vennootschappen stelde daarom een samengevoegde afwikkeling van de drie faillissementen voor.[290] De curator in het faillissement van Borgdorff privé stond echter afwijzend tegenover consolidatie. De meeste gedupeerde beleggers hadden door de eerdere faillietverklaring van dhr. Borgdorff hun vorderingen ingediend in het privé-faillissement en konden een substantiële uitkering verwachten.[291] In de faillissementen van de beide vennootschappen had de fiscus aanzienlijke vorderingen, waardoor de samenvoeging de uitkering aan de gedupeerde beleggers, zijnde concurrente crediteuren, zou doen verwateren. Daarbij was nog niet eens in aanmerking genomen de omslag van de algemene faillissementskosten, die de concurrente crediteuren in geval van consolidatie tegen zich zouden moeten laten gelden. Bovendien voerde de curator in het privé-faillissement een procedure tegen de fiscus die zou kunnen leiden tot een wezenlijke bate voor de privé-boedel wegens door de fiscus nader te honoreren carry back wegens IB.[292, 293] In deze zaak werd consolidatie uiteindelijk ongerechtvaardigd geoordeeld door de curatoren, omdat daardoor concurrente crediteuren van dhr. Borgdorff ernstig zouden worden benadeeld ten voordele van de fiscus.[294] De belangen van één bepaalde groep crediteuren speelden aldus een doorslaggevende rol bij de beantwoording van de vraag of consolidatie op haar

290 Eerste schriftelijke verslag in het faillissement van Mr. T Borgdorff Advies BV ex art. 73a Fw, d.d. 18 december 2000.

291 Welk actief onder deze crediteuren kan worden verdeeld is onduidelijk. Uit het Eerste en Vijfde openbaar verslag ex art. 73a Fw in het faillissement van Mr. T. Borgdorff Advies BV blijkt dat actief is aangetroffen op bankrekeningen die op naam stonden van Borgdorff, zonder toevoeging van de naam van een der vennootschappen. Men lijkt ervan te zijn uitgegaan dat dit actief in de boedel van dhr. Borgdorff privé viel.

292 Zesde en zevende openbaar verslag in het faillissement van Mr. T Borgdorff Advies BV ex art. 73a Fw, d.d. 30 oktober 2002 respectievelijk 26 februari 2003.

293 NB Zie ten aanzien van carry back wegens IB art. 3.150(1) Wet IB 2001: 'Het verlies uit werk en woning wordt verrekend met de inkomens uit werk en woning van de drie voorafgaande (…) kalenderjaren.' De vordering van de curator is uiteindelijk afgewezen, zie Achtste openbaar verslag in het faillissement van Mr. T Borgdorff Advies BV ex art. 73a Fw, d.d. 9 juli 2003.

294 Achtste openbaar verslag in het faillissement van Mr. T Borgdorff Advies BV ex art. 73a Fw, d.d. 9 juli 2003. Zie ook de eerder genoemde zaak Verzekerd Keur, waarin de curator consolidatie van de faillissementen van vier verbonden vennootschappen te ver vond gaan en uiteindelijk besloot de faillissementen twee aan twee samengevoegd af te wikkelen. Dit omdat door samengevoegde afwikkeling van alle vier de faillissementen mogelijk benadeling zou optreden van crediteuren die in het ene (samengevoegde) faillissement misschien een uitkering konden verwachten, terwijl daar in het andere (samengevoegde) faillissement geen vooruitzicht op zou bestaan. Zie Tweede faillissementsverslag in het faillissement van Verzekerd Keur BV en VK Finance BV, d.d. 15 maart 2002 en het Tweede faillissementsverslag in het faillissement van Van Keulen Holding BV en VK Nederland BV, d.d. 18 januari 2002, beide te raadplegen via <http://www.faillissementverzekerdkeur.nl/>.

plaats was. En net als soms in de Verenigde Staten gebeurt, lijkt hier de aard van de crediteuren een rol te spelen: de reeds hoog bevoorrechte fiscus hoeft geen extra voordeel in de schoot te worden geworpen ten koste van de overige, concurrente crediteuren.[295] Een dergelijke gedachte houdt een waardeoordeel in. Het gaat te ver om thans in te gaan op de vraag of zij billijk is. Mijns inziens mag meer in het algemeen de aard van een crediteur wel in de boordeling worden betrokken. Vooral wanneer het gaat om insiders die beter hadden moeten weten. Dit ziet men ook terug in de Verenigde Staten.[296] Het feit dat de crediteur een insider is, kan vooral een rol spelen bij een onderzoek naar de gerechtvaardigdheid van zijn vertrouwen op de kredietwaardigheid van zijn specifieke wederpartij of van de eenheid, waarover meer in de volgende paragraaf.

Een andere opvatting lijkt de rechtbank in de zaak HR *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW* toegedaan. De rechtbank merkte hier op dat het voor de beantwoording van de vraag of consolidatie geoorloofd is niet aankomt op 'wat met de samenvoeging (van de vennootschappen door bestuurders en aandeelhouders, MLHR) werd beoogd en niet (op), of die scheiding voor schuldeisers van de ene vennootschap voordelig en/of voor de schuldeisers van de andere vennootschap nadelig is, maar alleen of die scheiding mogelijk is. Indien mogelijk, dan dienen curatoren die scheiding tot stand te brengen.'[297] Of een scheiding voor bepaalde crediteuren nadelig is en consolidatie derhalve voordelig, achtte de rechtbank dus niet relevant. Gedurende het verdere verloop van de procedure kwam deze kwestie niet meer aan de orde. Deze overweging is opmerkelijk, aangezien de geluiden uit de praktijk en het buitenland, zoals hiervoor omschreven, vaak anders luiden. Zo volgt uit de enquête onder Insolad-leden dat diverse respondenten van mening zijn dat de crediteuren van de vennootschappen door de consolidatie niet ernstig mogen worden benadeeld.[298]

Ook tegen de achtergrond van het doel van de faillissementswetgeving – het dienen van de belangen van de crediteuren van de gefailleerde(n)[299] – is de overweging van de rechtbank in *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW* onbegrijpelijk. Mijns inziens moet bij de beoordeling of een scheiding of juist consolidatie

295 Vgl. de opmerking van judge Friendly in zijn *concurring opinion* in *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845, 848 (2d Cir. 1966): 'Equality among creditors (die door consolidatie ontstaat, MLHR) who have lawfully bargained for different treatment is not equity but its opposite, and the argument for equality has a specially hollow ring when made by the United States whose priority over other creditors will necessarily be enhanced by having the assets of all these corporations thrown into hotchpot.'

296 *In re Murray Industries, Inc.*, 119 B.R. 820, 832 (Bankr. M.D. Fla. 1990).

297 Beschikking van de rechtbank 's-Gravenhage d.d. 21 mei 1986, te kennen uit: HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136, m.nt. G (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW). In de zaak Infotheek (Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87) lijkt de rechtbank 's-Gravenhage echter wel oog te hebben voor de gevolgen van de consolidatie voor de crediteuren waar zij als argument voor consolidatie aanmerkt dat 'de hoofdelijke aansprakelijkheid van alle vennootschappen jegens de financiers (…) potentieel tot een volledige verdringing van de concurrente schuldeisers in de afzonderlijke boedels zou leiden'.

298 Zie: bijlage I, vragen 14-19.

299 Vgl. Van der Feltz, I, p. 27 MvT en p. 339, MvT art. 20 Fw.

gerechtvaardigd is dan ook zeker rekening worden gehouden met de potentiële gevolgen die een samengevoegde afwikkeling kan hebben voor crediteuren. Zo moet bij de vraag of de vermogens van de gefailleerden nog te scheiden zijn, rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de kosten die moeten worden gemaakt voor het uiteenrafelen van de eigendomsverhoudingen zo hoog kunnen zijn dat daardoor de uitkering aan crediteuren onmogelijk wordt. In dat geval acht ik een scheiding niet meer reëel en is consolidatie in het belang van alle crediteuren.[300] Maar ook in minder extreme situaties waarin consolidatie leidt tot benadeling van een bepaalde groep crediteuren, moet volgens mij, gelijk hetgeen in veel Amerikaanse zaken gebeurt, worden bezien of de voordelen van de consolidatie voor andere crediteuren duidelijk opwegen tegen de voor die groep crediteuren met consolidatie gepaard gaande nadelen. Een andere aanpak zou leiden tot het inperken van de mogelijkheid tot samengevoegde afwikkeling tot die gevallen waarin (1) de vermogens van de vennootschappen (vrijwel) volledig onontwarbaar zijn vermengd of (2) de vermogens niet (vrijwel) volledig onontwarbaar zijn vermengd, maar het uiteenrafelen zo kostbaar zal zijn dat daardoor de netto-uitkeerbare opbrengst wordt bedreigd of op de niet-vermengde vermogensbestanddelen zakelijke zekerheden rusten voor schulden die gelijk zijn aan of hoger zijn dan de waarde van de bezwaarde goederen. In deze gevallen wordt immers niemand door de consolidatie benadeeld of kan niet meer worden vastgesteld of überhaupt iemand daardoor zou worden benadeeld. Deze zienswijze acht ik te beperkt. Een faillissement moet het belang van de gezamenlijke crediteuren dienen en inherent aan deze regel is dat het belang van een afzonderlijke (groep) crediteur(en) soms het onderspit delft.

4.4.1.2 Belangenafweging

Maar ook deze zienswijze laat heel wat vragen onbeantwoord. Wat is bijvoorbeeld het belang van de gezamenlijke schuldeisers wanneer bij een samengevoegde afwikkeling van twee faillissementen de verhaalspositie van de schuldeisers van de ‘rijkste’ vennootschap er door de consolidatie op achteruit gaat, terwijl die van de ‘armere’ vennootschap erop vooruit gaat? Hét belang van de gezamenlijke schuldeisers is dan moeilijk aan te wijzen. Er is immers een evidente tweestrijd ontstaan. Mijns inziens moet in dat geval aan de hand van een belangenafweging worden onderzocht of consolidatie op haar plaats is. Meer concreet betekent dit dat wordt onderzocht of de met de consolidatie gepaard gaande voordelen voor de ene groep crediteuren aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor de andere groep ermee gepaard gaande nadelen. Daarbij kan van belang zijn dat het nadeel dat de schuldeisers van de ‘rijkste’ vennootschap zouden ondervinden, grotendeels wordt gecompenseerd door de aan de consolidatie verbonden voordelen, zoals kostenbesparingen vanwege het niet hoeven aantasten van paulianeuse en onrechtmatige intra-concern transacties.

300 Zie hierover verder paragraaf 4.1.2.1.

Voorts kan ook blijken dat de overgrote groep schuldeisers bij een consolidatie gebaat zou zijn, maar de verhaalspositie van een enkele of een aantal schuldeisers hierdoor zou worden benadeeld. Denk aan de schuldeiser die gerechtvaardigd heeft vertrouwd op de kredietwaardigheid van een afzonderlijke vennootschap. Mag men in dat soort gevallen over het belang van deze schuldeiser heen stappen en het belang van de gezamenlijke schuldeisers laten prevaleren? Met andere woorden: mag het belang van de individuele schuldeiser(s) onder deze omstandigheden worden geschaad? Een bevestigende beantwoording van deze vraag lijkt in strijd met hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald in HR *Curatoren Mobell/Interplan*. In die zaak overwoog de Hoge Raad:

> 'Weliswaar kan het onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn dat een curator de voorrang geeft aan zwaarwegende, bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard boven de belangen van individuele schuldeisers, waaronder separatisten, doch het hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met zijn oordeel dat erop neerkomt dat in dit geding niets gesteld of gebleken is dat die rechtvaardiging kan opleveren. Het door de curatoren ingeroepen belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement, waarnaar het onderdeel verwijst, behoort, naar het hof kennelijk en terecht heeft aangenomen, in zijn algemeenheid echter niet tot de zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard als bedoeld in HR 19 april 1996, nr. 15944, *NJ* 1996, 727.'[301]

In deze zaak hadden curatoren goederen verkocht die onder een eigendomsvoorbehoud van een crediteur van de failliet vielen. Zij hadden daarbij bedongen dat de koper van de goederen de eigendomsvoorbehouden van derden zou respecteren. Toen de schuldeiser van de failliet zich tot de koper wendde had deze evenwel al een deel van de goederen doorverkocht. Ter rechtvaardiging van hun handelswijze hadden curatoren zich beroepen op het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij een doelmatige afwikkeling van het faillissement.[302] De gezamenlijke schuldeisers zijn immers gebaat bij een snelle vereffening waarbij de gehele aanwezige voorraad wordt verkocht, waardoor waardedaling van de voorraden wordt beperkt en een maximale opbrengst wordt gerealiseerd. De Hoge Raad wijst dit betoog af en overweegt dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij een doelmatige afwikkeling van het faillissement in zijn algemeenheid geen zwaarwegend belang van maatschappelijke aard is dat een individuele schuldeiser onder omstandigheden tegen zich moet laten gelden. Dit standpunt van de Hoge Raad kan gevolgen hebben voor de mogelijkheid om faillissementen van groepsmaatschappijen samengevoegd af te wikkelen. Deze vorm van afwikkeling is immers gericht op het belang dat de gezamenlijke schuldeisers heb-

301 HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 293, m.nt. PvS; *AA* 2004, p. 178, m.nt. Vriesendorp; *JOR* 2004, 61, m.nt. JJvH; *NTBR* 2004, p. 396, m.nt. Keirse & Verstijlen (*Curatoren Mobell/Interplan*), overweging 3.5.2

302 Zie onderdeel 2 van het cassatiemiddel van het onderhavige arrest.

ben bij doelmatige afwikkeling van faillissementen. Strikte toepassing van dit standpunt leidt dan tot de conclusie dat consolidatie 'in zijn algemeenheid' geen inbreuken op belangen van individuele schuldeisers mag meebrengen, hetgeen op zijn beurt betekent dat consolidatie slechts onder zeer beperkte omstandigheden mogelijk zal zijn. Denk bijvoorbeeld aan gevallen waarin niet meer kan worden vastgesteld of individuele schuldeisers door een consolidatie zullen worden benadeeld of niet, dat wil zeggen in geval van ernstige vermogensvermenging. De zinsnede 'in zijn algemeenheid' geeft weliswaar nog enige speelruimte, maar deze lijkt gezien de overigens strikte toon van het arrest beperkt.

Deze uitkomst acht ik onwenselijk. Met Hoekstra ben ik het overwegend eens, waar hij overweegt dat

> '(i)ndien het maken van een inbreuk op het recht van de individuele schuldeiser bijdraagt aan een doelmatige afwikkeling van het faillissement en het voordeel dat de gezamenlijke schuldeisers als gevolg van deze doelmatige afwikkeling verkrijgen groter is dan het nadeel dat de individuele schuldeiser van de inbreuk op zijn recht ondervindt, (…) het juist en efficiënt (is) een inbreuk op dit recht te maken.'[303]

Ik zou deze gedachte iets willen aanscherpen, alsmede ruimer willen trekken. Daar waar consolidatie een botsing teweeg kan brengen tussen de belangen van de gezamenlijke crediteuren van twee of meer vennootschappen en het belang van een individuele schuldeiser van één van deze vennootschappen, of tussen de crediteuren van de ene vennootschap en de crediteuren van de andere vennootschap zou ik willen aannemen dat indien het voordeel dat de gezamenlijke crediteuren van de vennootschappen of de crediteuren van de ene vennootschap zouden ondervinden van de consolidatie *aanzienlijk* zwaarder weegt dan het voor de individuele crediteur of de crediteuren van de andere vennootschap ermee gepaard gaande nadeel, consolidatie mogelijk moet zijn.

Het afwegen van de voor- en nadelen, die een samengevoegde afwikkeling kan hebben voor crediteuren is geen eenvoudige opgave. Dit is met name het gevolg van de moeilijke kwantificeerbaarheid van deze voor- en nadelen. Zo zal de administratieve vereenvoudiging die consolidatie vaak met zich brengt een kostenbesparing opleveren, maar vooraf kan moeilijk worden vastgesteld hoeveel deze besparing precies zal bedragen. Enkel kan de curator op basis van eerdere ervaringen en eventueel met hulp van een accountant of een adviesbureau een zorgvuldige schatting maken. Bovendien houdt deze afweging een zeker waar-

303 Hoekstra *TvI* 2005, 12, p. 42. Zie ook: Keirse & Verstijlen, noot onder HR 19 december 2003 (Curatoren Mobell/Interplan), *NTBR* 2004, p. 402. Zij merken op dat de overweging van de Hoge Raad in *Curatoren Mobell/Interplan* 'dat het belang van een doelmatige afwikkeling niet behoort tot de zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard (niet uit)sluit (…) dat dit belang een zelfstandig te toetsen belang is dat het belang van de individuele schuldeisers (…) kan verdringen.' Zie voorts Josephus Jitta 1999, p. 106. Hij is eveneens van mening dat het belang van een individuele crediteur van de gefailleerde rechtspersoon onder omstandigheden moet wijken voor het belang van de collectiviteit van de crediteuren van die rechtspersoon.

deoordeel in. De ene persoon hecht meer belang aan een bepaald voor- of nadeel dan de andere persoon.[304] Daarom wil ik ervoor pleiten het criterium in te voeren dat de voordelen *aanzienlijk zwaarder* moeten *wegen* dan de nadelen. Een criterium dat ook wordt gebruikt door enkele Amerikaanse rechters.[305] Dit criterium brengt tot uitdrukking dat niet zonder meer over de benadeling van bepaalde crediteuren kan worden heengestapt en beperkt het aantal twijfelgevallen.

4.4.1.3 Nadeelcompensatie?

Een volgende vraag is dan of de gedupeerde schuldeiser deze inperking van zijn verhaalsrecht zonder meer heeft te dulden of dat hij enige vergoeding moet ontvangen voor de door hem geleden schade. Enerzijds kan worden betoogd dat het voorop stellen van het belang van de gezamenlijke schuldeisers reeds met zich brengt dat een enkeling zijn belang soms zal moeten opofferen voor het grotere geheel, waarvan hij zelf ook deel uitmaakt. Hetgeen ook voortvloeit uit de door mij voorgestane belangenafweging. Anderzijds strookt nadeelcompensatie bij inbreuk op een recht met de daarover in Nederland levende opvatting. Vergelijk de invulling van het begrip onrechtmatigheid bij artikel 6:162 BW, daaronder wordt een inbreuk op een recht begrepen, waartoe ook een inbreuk op een verhaalsrecht kan worden gerekend.[306] Tegenover deze inbreuk behoort in beginsel een schadevergoeding te staan. Bovendien moet de verdeling van het vermogen van de schuldenaar op een billijke wijze, met eerbiediging van een ieders recht geschieden[307], hetgeen een compensatie van nadeel opgetreden door inbreuken op dit recht in de rede doet liggen. Nadeelcompensatie zou op ten minste drie manieren vorm kunnen krijgen. Ten eerste door gedeeltelijke consolidatie mogelijk te maken. Dat wil zeggen dat de benadeelde crediteur in de positie wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als enkelvoudig zou zijn afgewikkeld. De tweede oplossing toont in haar uitwerking een gelijkenis met de eerste oplossing. Zij houdt in dat de rechtbank[308] wordt toegestaan samengevoegde afwikkeling afhankelijk te maken van de vervulling van door haar vast te stellen voorwaarden. Thans is het zowel de rechter in Nieuw-Zeeland als de rechter in Ierland bijvoor-

---

304 Zie: Schwarcz *Bus.Law.* 2004, p. 133-134 en 137.

305 Vgl. de *Court of Appeals for the Second Circuit*, die in *Continental Vending Machine Corp.,* 517 F.2d 977, 1001 (2d Cir. 1975), *cert. denied sub nom*, *James Talcott, Inc., v. Wharton*, 424 U.S. 913 (1976) opmerkte dat 'We have made it very plain that because consolidation is "a measure vitally affecting substantive rights," the inequities it involves must be *heavily outweighed* by practical considerations such as the accounting difficulties (and expense) which may occur where the interrelationships of the group are highly complex, or perhaps untraceable. *See In re Flora Mir Candy Corp.*, 432 F.2d 1060, 1062-63 (2d Cir. 1970).' Cursivering, MLHR.

306 Zie: Jansen (Onrechtmatige daad 1), artikel 162, lid 2, nr. 40 en de daar genoemde jurisprudentie, waaronder HR *Rainbow*, welk arrest in paragraaf 4.3.3.2 uitgebreid is behandeld. In dit arrest was frustratie van het verhaalsrecht van de Ontvanger aan de orde.

307 Van der Feltz, I, p. 27, MvT.

308 Zie over de besluitvorming tot samengevoegde afwikkeling paragraaf 6.1.

beeld uitdrukkelijk toegestaan om samengevoegde afwikkeling toe te staan onder door hem te bepalen voorwaarden.[309] De rechtbank zou nu kunnen oordelen dat samengevoegde afwikkeling gerechtvaardigd is, mits de schade die de benadeelde crediteur lijdt, wordt vergoed. Ik verwacht echter dat deze beide oplossingen in de praktijk te bewerkelijk zullen zijn. Steeds zou namelijk precies moeten worden uitgezocht wat de positie van de crediteur zou zijn geweest wanneer enkelvoudig zou zijn afgewikkeld.[310] Bovendien kunnen de voordelen die kleven aan consolidatie door deze twee mogelijkheden voor nadeelcompensatie teniet worden gedaan. Neem bijvoorbeeld de mogelijkheid van een voorwaardelijke consolidatie: Wanneer ten aanzien van iedere (terecht) bezwaarmakende crediteur een voorwaarde als voornoemd moet worden gecreëerd, betekent dit dat kostbaar uitzoekwerk moet plaatsvinden om het precieze nadeel te kunnen bepalen. De positie van de crediteur in geval consolidatie doorgang vindt, moet worden vergeleken met de positie die hij zou hebben gehad indien enkelvoudig zou zijn afgewikkeld. Vervolgens moet het nadeel worden gecompenseerd. Dit alles gaat ten koste van de samengevoegde boedel, waardoor minder overblijft om te verdelen onder de overige schuldeisers. Daardoor wordt het voordeel dat zij zouden ondervinden van de consolidatie verkleind en mogelijk zelfs teniet gedaan.[311]

Ten derde is het denkbaar dat de individuele schuldeiser de curator q.q. aansprakelijk stelt ex 6:162 BW voor de door hem geleden schade. Dit leidt ertoe dat de schadevergoeding uit de boedel moet worden voldaan. De gezamenlijke schuldeisers, die bij de inbreuk zijn gebaat, moeten de individuele schuldeiser compenseren.[312] Deze oplossing van toetsing achteraf is thans reeds mogelijk en biedt het voordeel dat wanneer achteraf blijkt dat het nadeel dat de individuele crediteur in eerste instantie ondervindt van de consolidatie wordt gecompenseerd door de ermee gepaard gaande voordelen, hij geen vordering in kan stellen omdat hij in dat geval geen schade lijdt. De vraag is evenwel in hoeverre de inbreuk als onrechtmatig kan worden aangemerkt, wanneer de rechtbank – alle belangen afwegend, waaronder dat van de benadeelde crediteur – eerder tot het oordeel is gekomen dat de inbreuk makende actie, dat is het samengevoegd afwikkelen, op haar plaats is.

Mijn conclusie is dan ook dat de benadeelde crediteur – los van de hiervoor genoemde, uiterst beperkte mogelijkheid om de curator q.q. aansprakelijk te stellen – dit nadeel zal hebben te dragen. Is dit nadeel onevenredig zwaar, in die zin dat de voor andere crediteuren met de consolidatie gepaard gaande voordelen niet aanzienlijk zwaarder wegen dan dit nadeel, dan is slechts één andere oplossing mogelijk en dat is dat consolidatie achterwege blijft.

---

309 Art. 271(1)(b) CA 1993 (NZ) en art. 141(1) CA 1990 (IE).

310 Zie hierover verder paragraaf 5.1.2.

311 Anders: Van Galen, INSOL – Cork Report 2003, p. 19. Hij pleit voor de invoering van een mogelijkheid tot samengevoegde afwikkeling in de Europese Insolventieverordening van 29 mei 2000, nr. 1346/2000 *PbEG* 2000 L160/1. Hij meent dat de rechter daarbij de mogelijkheid moet hebben om maatregelen te treffen in verband met door de consolidatie optredende benadeling van bepaalde crediteuren.

312 Vgl. Hoekstra *TvI* 2005, 12, p. 35 en 42.

4.4.1.4 Artikel 1 van het Eerste protocol van het EVRM

De eerste alinea van artikel 1 van het Eerste protocol van het EVRM bepaalt dat iedere natuurlijke of rechtspersoon recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De tweede alinea van dit artikel bepaalt, voor zover relevant, dat een staat het recht heeft om die wetten toe te passen die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang. Tegen de achtergrond van hetgeen eerder in deze paragraaf is overwogen komt dan de vraag op hoe de inbreuk op het vorderingsrecht van de crediteur(en) van de rijkste bij de consolidatie betrokken vennootschap zich verhoudt tot voornoemd artikel. Is de door mij mogelijk geachte inbreuk geoorloofd ingevolge artikel 1 van het Eerste protocol van het EVRM? Mijns inziens luidt het antwoord op deze vraag 'ja'.

Door het faillissement noch door de consolidatie wordt de crediteur zijn vorderingsrecht ontnomen, zie artikel 195 Fw. Hij wordt slechts in het genot daarvan beperkt. De crediteur kan door het faillissement niet meer zelfstandig tot inning overgaan en door de consolidatie wordt de uitkering op zijn vordering beperkt. Met andere woorden de inbreuk op het vorderingsrecht van de crediteur kan worden gerubriceerd onder de eerste volzin van de eerste alinea, of de tweede alinea van artikel 1 van het Eerste protocol van het EVRM. Een precieze kwalificatie blijkt in de praktijk vaak lastig te zijn.[313] Dat toch een onderscheid wordt gemaakt heeft voornamelijk te maken met de omstandigheid dat bij ontneming van eigendom als bedoeld in de tweede volzin van de eerste alinea in de regel een schadeloosstelling moet plaatsvinden.[314]

De genotsbeperking die ontstaat door de consolidatie moet de crediteur naar mijn mening dulden, omdat met een adequate afwikkeling van het faillissement ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren – hetgeen onder omstandigheden een samengevoegde afwikkeling betekent – het algemeen belang is gediend.[315] Daarbij moet bovendien worden aangetekend dat de crediteur zelf ook deel uit maakt van de gezamenlijke crediteuren.

Waar, zoals ik bepleit, consolidatie gerechtvaardigd is wanneer de met de consolidatie gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren van de gefailleerden aanzienlijk zwaarder wegen dan de ermee gepaard gaande nadelen voor sommigen van hen, dient een belangenafweging plaats te vinden, waardoor steeds opnieuw wordt bezien of sprake is van een *fair balance* zoals vereist ingevolge artikel 1 van het Eerste protocol van het EVRM.[316] Bekeken wordt dan of

313 Vgl. de opmerkingen van Van Dijk e.a. (ed.) 2006, p. 873.

314 Ploeger *WPNR* 2000, p. 690, onder verwijzing naar Anderson, *European Human Rights Law Review* 1999, p. 547 e.v.

315 Vgl. ook Van Andel, *TvI* 2007, 23, p. 126 die opmerkt dat met een adequate afwikkeling van het faillissement een publiek belang is gemoeid.

316 Van Dijk e.a. (ed.) 2006, p. 876.

onder de aangetroffen omstandigheden samengevoegde afwikkeling de meest aangewezen wijze van afwikkeling is. Wanneer dit vervolgens geschiedt ingevolge een wettelijke bepaling, waarbij bijvoorbeeld in de memorie van toelichting een uiteenzetting is gegeven over de wijze van toepassing daarvan, voorzie ik weinig moeilijkheden. Zeker wanneer crediteuren de mogelijkheid wordt geboden om hun zienswijze kenbaar te maken voorafgaande aan het nemen van een beslissing omtrent consolidatie en verzet aan te tekenen tegen een eventuele consolidatiebeslissing.[317]

Als opgemerkt acht ik het opnemen van een specifieke schadevergoedingsregeling niet aangewezen. Daarmee zou in de regel afbreuk worden gedaan aan de met de consolidatie gepaard gaande voordelen. Dit laat echter onverlet dat in schrijnende gevallen, de crediteur een actie uit onrechtmatige daad kan starten tegen de curator q.q.

Neemt men evenwel aan dat geen sprake is van een genotsbeperking maar van een ontneming van eigendom, dan kan dit voorstel problemen opleveren omdat de voornoemde algemene beginselen van internationaal recht in dat geval – tenminste met betrekking tot ontneming van eigendom van niet-Nederlanders – voorschrijven dat er een schadevergoeding moet volgen.[318] Als gezegd is naar mijn mening echter sprake van een genotsbeperking c.q. een regulering van eigendom. Er is namelijk geen sprake van een maatregel die het gehele genot wegneemt.[319] De crediteur kan ondanks de consolidatie nog steeds beschikken over zijn vordering.

4.4.2 Crediteurenvertrouwen

De gevolgen die consolidatie kan hebben voor crediteuren worden mede beïnvloed door het vertrouwen van crediteuren op de kredietwaardigheid van de vennootschappen.

Veelvuldig keert in de Verenigde Staten de norm, die het vertrouwen van de crediteuren van de gefailleerde(n) centraal stelt, als aparte grond voor consolidatie terug in de jurisprudentie.[320] Consolidatie wordt dan gerechtvaardigd geacht wanneer de crediteuren erop hebben vertrouwd te hebben gehandeld met één entiteit.[321] Evenwel is het geen absolute voorwaarde voor consolidatie dat de crediteuren erop hebben vertrouwd te hebben gehandeld met het concern als zodanig.

---

317 Zie: paragrafen 6.1.4 en 6.2.

318 Van Dijk e.a. (ed.) 2006, p. 885-887.

319 Vgl. EHRM 18 december 1989 (Mellacher e.a./ Oostenrijk), Series A vol. 169, paragraaf 44.

320 Bijvoorbeeld: *Union Sav. Bank. v. Augie/Restivo, Baking Co.*, 860 F.2d, 515, 518 (2d Cir. 1988), waarin de *Court of Appeals for the Second Circuit* de vertrouwensnorm tot de zijne maakte, naast de norm inhoudende dat consolidatie ook mogelijk is op grond van ernstige vermogensvermenging.

321 Bijvoorbeeld: *In re Richton Int'l. Corp*., 12 B.R. 555, 558 (Bankr. S.D. N.Y. 1981), onder verwijzing naar *Soviero v. Franklin National Bank*, 328 F.2d 446 (2d Cir. 1964).

Zoals eerder opgemerkt, is consolidatie bijvoorbeeld ook mogelijk wanneer enkel sprake is van vergaande vermogensvermenging.[322]

Niet steeds wordt het vertrouwen van crediteuren als aparte grondslag voor consolidatie gebezigd, soms is het slechts één van meer door de rechter opgegeven argumenten die voor of tegen consolidatie pleiten. Als argument voor consolidatie wordt wel aangevoerd dat de rechter niet is gebleken dat crediteuren hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van één van de vennootschappen afzonderlijk.[323]

De keuze om het vertrouwen van crediteuren aan te merken als een van de grondslagen voor consolidatie wordt in de Verenigde Staten gerechtvaardigd geacht, omdat daarmee uitdrukking wordt gegeven aan de situatie zoals die voorafgaande aan het faillissement bestond, dat wil zeggen de situatie waarvoor de crediteuren hebben onderhandeld. Daardoor wordt de rechtszekerheid gewaarborgd.[324] Zo betoogt Judge Friendly dat het honoreren van het vertrouwen van crediteuren op de kredietwaardigheid van een van de vennootschappen afzonderlijk gerechtvaardigd is, omdat '(e)quality among creditors (die zou ontstaan door consolidatie, MLHR) who have lawfully bargained for different treatment is not equity but its opposite.'[325]

Bovendien is erkenning van het vertrouwen van crediteuren van groot belang voor de kredietmarkten. Crediteuren die rekening moeten houden met een eventuele voor hen negatief uitpakkende consolidatie, zien hun risico's toenemen. Daarvoor zullen zij compensatie (bijvoorbeeld in de vorm van hogere rente op leningen) vorderen, waardoor het verkrijgen van krediet duurder wordt en investeringen kunnen gaan dalen. Dit alles wordt versterkt door het feit dat de grondslag voor consolidatie niet vast omlijnd is, hetgeen de rechtsonzekerheid en de drang om zich te wapen tegen tegenslagen vergroot.[326]

Indien in Amerikaanse jurisprudentie waarde wordt gehecht aan het vertrouwen van crediteuren, is vereist dat de crediteur aantoont dat hij of zij *daadwerkelijk* heeft vertrouwd op de kredietwaardigheid van de vennootschap afzonderlijk of het concern als zodanig. Dit impliceert dat (onvrijwillige) crediteuren met een vordering uit onrechtmatige daad hierop geen beroep kunnen doen.[327]

---

322 *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845 (2d Cir. 1966) en *Union Sav. Bank. v. Augie/Restivo, Baking Co.*, 860 F.2d, 515, 518 (2d Cir. 1988).

323 *In re Drexel Burnham Lambert Group, Inc*., 138 B.R. 723, 744 (Bankr. S.D. N.Y. 1992). De *Bankruptcy Court for the Southern District of New York* lijkt dit af te leiden uit de omstandigheid dat steeds door de moedermaatschappij garanties waren afgegeven voor schulden van de dochters. Mijns inziens wijst een dergelijk omstandigheid er echter op dat men heeft vertrouwd op de kredietwaardigheid van twee vennootschappen afzonderlijk. Daarover meer hierna.

324 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 419 en p. 446-447 en Landers *U.Chi.L.Rev.* 1975, p. 632-633.

325 Judge Friendly in zijn *concurring opinion* in *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845, 848 (2d Cir. 1966).

326 Vgl. *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 518-519 (2d Cir. 1988). Zie voorts: Frost *Hastings L.J.* 1993, p. 451-452 en 465-466 en Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 446.

327 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 418-419. Zie ook: *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195, 212 (3rd Cir. 2005).

Mede vanwege de vergaande gevolgen die consolidatie voor crediteuren kan hebben, moeten crediteuren die stellen dat consolidatie op haar plaats is omdat zij hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van de vennootschappen gezamenlijk, als eisende partij deze stelling bewijzen. Slagen zij erin deze stelling *prima facie* aan te tonen dan verschuift de bewijslast naar de crediteuren die zich tegen de consolidatie verzetten met het betoog dat zij hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van één der vennootschappen afzonderlijk. Deze crediteuren moeten aantonen dat zij door de consolidatie worden benadeeld en dat zij hebben vertrouwd op het bestaan van een afzonderlijk rechtssubject.[328] Soms zal echter het bewijs van de bezwaarmakende crediteur niet worden toegelaten, namelijk wanneer een redelijk oordelend crediteur in een vergelijkbare situatie niet zou hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van een van de vennootschappen afzonderlijk.[329] En soms zal er zelfs in het geheel geen plaats zijn voor crediteurenvertrouwen op de kredietwaardigheid van een afzonderlijke vennootschap. Bijvoorbeeld wanneer de vermogens niet meer te scheiden zijn. Maar ook wanneer de vermogens zodanig zijn vermengd dat de kosten die gepaard gaan met het uiteenrafelen van de eigendomsverhoudingen – hetgeen noodzakelijk is om het crediteurenvertrouwen op de kredietwaardigheid van een afzonderlijke vennootschap te beschermen – niet opwegen tegen de voordelen voor de vertrouwende crediteur.[330]

Vertrouwen op de kredietwaardigheid van de vennootschappen gezamenlijk wordt onder meer afgeleid uit het bestaan van geconsolideerde financiële cijfers, vooral wanneer geen afzonderlijke financiële stukken beschikbaar zijn.[331] Daarnaast wijst het hebben bedongen van kruislingse zekerheden er volgens sommige Amerikaanse rechters op dat de crediteur heeft vertrouwd op de gegoedheid van de concernvennootschappen gezamenlijk; dat hij hen heeft behandeld als een eenheid en hij niet heeft vertrouwd op de gegoedheid van één afzonderlijke concernvennootschap.[332] Anderen betogen – mijns inziens terecht – dat het hebben bedongen van kruislingse zekerheden juist erop duidt dat de crediteur heeft vertrouwd op de gegoedheid van de afzonderlijke vennootschappen.[333] De crediteur was duidelijk op de hoogte van het bestaan van afzonderlijke rechtssubjecten met

328 O.a. *In re Lewellyn*, 26 B.R. 246, 251-252 (Bankr. S.D. Iowa 1982) en *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195, 212 (3rd Cir. 2005).

329 *In re Snider Bros., Inc*., 18 B.R. 230, 235, 237, 238 (Bankr. D. Mass. 1982) en *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd.*, 935 F.2d 245, 249, nt. 11 (11th Cir. 1991).

330 Vgl. *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845, 847 (2d Cir. 1966). Zie: Wes *Cal.L.Rev.* 1977, p. 730, nt. 44 en p. 733-735.

331 Blumberg e.a. (losbl.), p. 88-22. Bijvoorbeeld: *In re Richton Int'l. Corp.,* 12 B.R. 555, 557-558 (Bankr. S.D. N.Y. 1981) en *In re GC Companies, Inc.*, 274 B.R. 663, 672-673 (Bankr. D. Del. 2002).

332 Bijvoorbeeld: *In re Orfa*, 129 B.R. 404, 415 (Bankr. E.D. Pa. 1991) en *In re GC Companies, Inc.*, 274 B.R. 663, 672-673 (Bankr. D. Del. 2002). Zie voorts: Landers *U.Chi.L.Rev*. 1975, p. 630 en Landers *U.Chi.L.Rev*. 1976, p 538.

333 Vgl. *In re Donut Queen*, 41 B.R. 706, 711 (Bankr. E.D. N.Y. 1984) en *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 519 (2d Cir. 1988).

eigen rechten en plichten. Omdat hij mogelijke tekortkomingen in de nakoming door zijn wederpartij voorzag, heeft hij naast zijn wederpartij andere rechtssubjecten voor dezelfde schuld verbonden.

Waar het om gaat bij het vertrouwen op de kredietwaardigheid van de eenheid is dat wordt aangetoond dat men de debiteuren heeft behandeld als een eenheid. Wanneer men bijvoorbeeld eerder een rechtszaak heeft aangespannen tegen slechts één van de betrokken vennootschappen zonder de andere vennootschap in de procedure te betrekken, kan niet worden gezegd dat men de vennootschappen als één entiteit heeft behandeld, zo betoogde de *Bankruptcy Court for the Eastern District of New York* in *In re Donut Queen, Ltd*.[334] Naar mijn mening kan deze situatie er echter wel op duiden dat men met één entiteit (bijvoorbeeld een vennootschap met filialen) dacht te handelen. Wanneer men immers in die veronderstelling verkeert, ziet men in het geheel geen noodzaak om andere vennootschappen in een procedure te betrekken.

Doet zich het geval voor dat er naast de groep crediteuren, die stelt te hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van het concern als zodanig, ook een groep crediteuren is die stelt te hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van hun specifieke wederpartij, dus van één enkele concernmaatschappij, dan zal een afweging moeten plaatsvinden tussen het vertrouwen dat de beide groepen crediteuren hebben gehad. Kors merkt op dat deze situatie zich niet snel zal voordoen. Indien immers bepaalde omstandigheden een crediteur hebben doen vertrouwen op de kredietwaardigheid van de groep als zodanig, is het onwaarschijnlijk dat andere crediteuren hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van een afzonderlijke vennootschap. Doet zich dit onverhoopt wel voor dan moet de rechter voorrang geven aan de crediteur waarvan het vertrouwen het meest redelijk is of moet hij een beperkte vorm van consolidatie bevelen die recht doet aan de belangen van beide crediteuren.[335] In de Amerikaanse praktijk vindt deze belangenafweging niet vaak plaats. En hoewel zij niet eenvoudig is, gaan rechters zelden over tot een uitgebreide afweging en verlaten zij zich meestal met een beperkte motivering op het vertrouwen van één van de groepen crediteuren.[336, 337]

In Nieuw-Zeeland speelt de perceptie bij crediteuren een centrale rol. In paragraaf 3.3.2 is aangegeven dat de rechtbank in Nieuw-Zeeland ingevolge artikel 271(1)(b) CA 1993 (NZ) moet onderzoeken of zij samengevoegde afwikkeling *just and equitable* acht. Daartoe dient zij met een aantal duidelijk omschreven factoren rekening te houden. Eén van deze factoren is het gedrag van de vennootschappen ten opzichte van de crediteuren van de andere betrokken vennootschappen, artikel 272(2)(b) CA 1993 (NZ). Borrowdale merkt op dat daartoe onder meer kan worden gerekend het feit dat bij crediteuren de indruk is ontstaan

334 *In re Donut Queen, Ltd.*, 41 B.R. 706, 711 (Bankr. E.D. N.Y. 1984).
335 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 451.
336 Wes *Cal.L.Rev.* 1977, p. 727-730.
337 Bijvoorbeeld: *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 519 (2d Cir. 1988).

dat zij met één enkele onderneming van doen hadden en niet met één bepaalde tot een concern behorende vennootschap. Bovendien lijkt de in artikel 272(2)(d) CA 1993 (NZ) genoemde omstandigheid (de mate waarin de ondernemingen van de betrokken vennootschappen zijn gekoppeld) te refereren aan zowel de objectieve omstandigheid dat de bedrijfsactiviteiten zijn gekoppeld als ook aan de subjectieve omstandigheid dat een dergelijke koppeling kan hebben bijgedragen aan het ontstaan van de zojuist genoemde indruk bij crediteuren, aldus Borrowdale.[338] Dit blijkt ook uit de bekende zaak *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*[339] betreffende een failliete holding en haar twee failliete dochters. De curatoren van de drie vennootschappen verzochten de rechtbank om een opdracht tot consolidatie te geven ingevolge het oude artikel 315B CA 1955 (thans artikel 271(1)(b) CA 1993 (NZ)). Daartoe voerden zij onder meer aan dat bij de crediteuren van de vennootschappen verwarring bestond omtrent wie hun wederpartij was; crediteuren dienden hun schulden namelijk ter verificatie in bij de verkeerde vennootschap. Deze situatie was volgens de curatoren veroorzaakt door handelingen van de betrokken vennootschappen onderling. Gallen J honoreerde het verzoek van de curatoren en nam bij de beoordeling van het verzoek alle thans in artikel 272(2) CA 1993 (NZ) genoemde omstandigheden in ogenschouw. Bij de beoordeling van het gedrag van de vennootschappen ten opzichte van de crediteuren van de andere vennootschappen besteedde hij met name aandacht aan de vraag in hoeverre het voor crediteuren onduidelijk was welke vennootschap hun werkelijke contractspartij was. Dat deze onduidelijkheid in casu vrij groot was, bleek uit de vele voorbeelden. Zo werd door heel wat crediteuren de verkeerde vennootschap als hun wederpartij aangewezen en waren er werknemers die niet wisten welke vennootschap hun werkgever was. Deze voorbeelden deden Gallen J vermoeden dat de gedragingen van de vennootschappen hadden bijgedragen aan de bij de crediteuren opgetreden verwarring. Het management maakte geen onderscheid tussen de vennootschappen en handelde steeds via die vennootschap die zich daartoe het eenvoudigst leende. Het is volgens Gallen J onwaarschijnlijk dat crediteuren onder deze omstandigheden de vennootschappen wel onderscheidden. De aandeelhouders die zich tegen consolidatie verzetten, betoogden nog dat de totale hoogte van de vorderingen van de crediteuren die waren misleid gering was, waardoor consolidatie niet gerechtvaardigd zou zijn. Dit betoog werd verworpen. Gallen J achtte het aantal crediteuren dat was misleid belangrijker dan het totaalbedrag van hun vorderingen.

Daarnaast besteedde Gallen J aandacht aan de positie van crediteuren in het kader van de vraag in hoeverre de vennootschappen hun bedrijfsactiviteiten hadden vermengd. Hij merkte op dat bij crediteuren en soms ook bij aandeelhouders onduidelijkheid bestond omtrent de identiteit van hun wederpartij, hetgeen ten minste gedeeltelijk kon worden verklaard door het feit dat de vennootschappen

338 Borrowdale 1998, p. 94-95.
339 *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)* [1991] 2 NZLR 296.

vergelijkbare namen droegen en het publiek de noemer 'Dalhoff & King' bezigde voor om het even welke vennootschap.

Deze uitspraken in de literatuur en de jurisprudentie doen de vraag rijzen naar de betekenis van artikel 272(3) CA 1993 (NZ). Dit artikel bepaalt dat het feit dat de crediteuren van de failliete vennootschap hebben vertrouwd op het feit dat deze vennootschap verbonden was met een andere vennootschap, geen grondslag kan zijn voor consolidatie. De voorganger van dit artikel, artikel 315C(3) CA 1955, kende een iets andere tekst. In dat artikel was bepaald dat een *pooling order* niet *just and equitable* was wanneer de *enige* grond voor consolidatie was het feit dat crediteuren van de failliete vennootschap erop hadden vertrouwd dat deze vennootschap is of was verbonden met een andere vennootschap. Deze bepaling lijkt er derhalve op te duiden dat het vertrouwen van crediteuren op concernverbondenheid wél als een additionele grond voor consolidatie kon worden aangevoerd.[340] Dit in tegenstelling tot de huidige bepaling, die aangeeft dat het vertrouwen van crediteuren op concernverbondenheid in het geheel geen grond kan zijn voor consolidatie. Als ik het goed zie, gaat artikel 272(3) CA 1993 ervan uit dat de derde weet heeft van het bestaan van afzonderlijke vennootschappen én van het tussen deze vennootschappen bestaan van een concernverhouding. Dit is iets anders dan hetgeen waarop Borrowdale en Gallen J doelen, namelijk de omstandigheid dat de derde geen weet heeft van het bestaan van afzonderlijke vennootschappen en er juist op vertrouwt dat er slechts één onderneming, één vennootschap is. De jurisprudentie en de leer zijn derhalve in lijn met de wettekst. In Nieuw-Zeeland komt een botsing van crediteurenvertrouwen bij mijn weten overigens niet of nauwelijks voor.[341] Mogelijk is daarvan de oorzaak dat men voornamelijk oog heeft voor het vertrouwen van de crediteuren op de eenheid.

---

340 Deze bepaling is nog steeds opgenomen in de Ierse regeling inzake consolidatie: art. 141(5)(b) CA 1990 (IE). Over de betekenis van deze bepaling kan echter bij gebrek aan jurisprudentie en literatuur weinig anders worden gezegd dan hetgeen hiervoor reeds over de Nieuw-Zeelandse bepaling is opgemerkt.

341 Farrar & Darroch (1995, p. 256-257) signaleren het probleem wel naar aanleiding van een analyse van Amerikaanse literatuur, maar komen vervolgens tot de conclusie dat dit probleem zich zelden zal voordoen. In navolging van Wes (*Cal.L.Rev.* 1977, p. 720 e.v., m.n. p. 731) merken zij op dat crediteuren van de rijkste vennootschap zelden gerechtvaardigd zullen hebben vertrouwd, omdat deze vennootschap regelmatig rijk zal zijn geworden van vermogensverschuivingen tussen haar en een verbonden vennootschap die veelal na het totstandkomen van hun contract met de rijke vennootschap zullen hebben plaatsgevonden. Zou men in een dergelijk geval niet consolideren, dan zou de crediteuren van de rijke vennootschap een voordeel in de schoot worden geworpen. Deze situatie kan zich inderdaad voordoen, maar een crediteur kan ook nog erop hebben vertrouwd dat het winstpotentieel van de vennootschap aanzienlijk was, waardoor zijn debiteur nu en in de toekomst voldoende kredietwaardig was en er kunnen na de vermogensverschuivingen crediteuren zijn bijgekomen die erop hebben vertrouwd dat de vermogensbestanddelen van de debiteur rechtmatig aan hem zijn toegevallen. Van crediteuren kan volgens mij namelijk niet worden verwacht dat zij zich ervan vergewissen dat de potentiële debiteur ieder vermogensbestanddeel rechtmatig heeft verworven. In die twee gevallen kan m.i. wel een botsing ontstaan tussen gerechtvaardigd vertrouwende crediteuren van de rijke vennootschap en andere crediteuren die gerechtvaardigd hebben vertrouwd op de gegoedheid van de eenheid.

Crediteurenvertrouwen speelt in Frankrijk thans geen werkelijke rol bij de consolidatiebeslissing. Waar – vooral in oudere zaken – vermogensvermenging soms wordt gemotiveerd met een beroep op de vaststelling dat de moeder- en dochtervennootschappen dezelfde naam, statutaire zetel, briefhoofden, bankrekeningen en doelomschrijving hebben, lijkt wel te worden geappelleerd aan de theorie van de toerekenbare schijn (*théorie de l'apparence*).[342, 343] Immers, deze overeenkomsten tussen de vennootschappen geven niet zonder meer blijk van vermogensvermenging. Wél kunnen de omstandigheden van belang zijn voor bij een derde opgetreden schijn dat sprake is van vermogensvermenging. Echter, een geslaagd beroep op de leer van de toerekenbare schijn rechtvaardigt geen uitbreiding annex consolidatie. Daarvoor is het daadwerkelijk bestaan van vermogensvermenging of een fictieve vennootschap vereist.[344] In Cass. com. 11 mei 1993[345] overwoog de *Cour de cassation* dat uit de vaststelling dat de drie betrokken vennootschappen dezelfde vennoten of bestuurders, een zelfde vennootschappelijk doel en een gecentraliseerd beheer op dezelfde plek hadden, zij voortdurende commerciële relaties onderhielden en hun cliëntèle dezelfde was, niet kon worden afgeleid dat sprake was van vermogensvermenging. De vennootschappen hadden steeds hun eigen activiteiten en een eigen vermogen behouden. Ook bestonden er geen ongebruikelijke vermogensverschuivingen tussen de twee vennootschappen. Het hof dat eerder eveneens tot deze conclusie was gekomen, hoefde bovendien niet te onderzoeken of de genoemde omstandigheden derden er gerechtvaardigd op hadden doen vertrouwen dat tussen de vennootschappen sprake was van vermogensvermenging. De *Cour de cassation* noemde een dergelijk onderzoek een onderzoek zonder effect (*recherche inopérante*).[346]

In de jurisprudentie die betrekking heeft op het bestaan van een fictieve vennootschap wordt soms overwogen dat de tussen de betrokken vennootschappen

342 Bijvoorbeeld: CA Parijs 23 januari 1974, *Rev. jur. com.* 1974, p. 34.

343 Zie voor een uitgebreide Nederlandstalige uiteenzetting over de Franse *théorie de l'apparence*: Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs 1993, p. 452-469.

344 CA Parijs 1 december 1976, *D.* 1977, IR, p. 120, m.nt. Honorat en Pariente, noot onder CA Parijs 11 januari 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 321. Zie ook: Saint-Alary-Houin 2006, p. 218, nr. 394, waar zij opmerkt dat met de goede trouw van crediteuren geen rekening wordt gehouden bij een uitbreiding annex consolidatie.

345 Cass. com. 11 mei 1993, *Bull.civ.* IV, p. 133 nr. 187; *Bull. Joly* 1993, p. 1050, m.nt. Pétel; *D.* 1993, IR, p. 195.

346 Zie ook: Cass. com. 31 mei 1994, nr. 92-15057, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie echter ook: Cass. com. 13 maart 2007, nr. 05-15833, eveneens niet gepubliceerd. In deze laatste zaak overwoog de *Cour de cassation* naar aanleiding van een cassatiemiddel inhoudende dat het hof had moeten onderzoeken of in de ogen van derden de bankrekeningen van de betrokken rechtssubejcten waren vermengd, dat het hof niet gehouden was een onderzoek in te stellen dat niet was verzocht. Aldus lijkt de *Cour de cassation* een opening te laten om crediteurenvertouwen als argument voor een uitbreiding annex consolidatie te bezigen indien daarom wordt verzocht.

bestaande verwevenheid, zoals het hebben van dezelfde zetel, hetzelfde telefoonnummer of vergelijkbare namen, zodanig moet zijn dat derden daaruit mogen afleiden dat in feite slechts één vennootschap bestaat.[347] Daarmee lijkt eveneens te worden aangeknoopt bij de leer van de toerekenbare schijn. De *Cour de cassation* lijkt in een arrest van 4 januari 1982[348] echter het onderscheid tussen beide leerstukken te onderstrepen.[349] Mijns inziens kan uit de jurisprudentie van de *Cour de cassation* aangaande uitbreiding annex consolidatie in zijn algemeenheid ook niet worden afgeleid dat voor de vaststelling dat een vennootschap fictief is voldoende of vereist is dat crediteuren de vennootschap en de achterman als een eenheid hebben beschouwd. Af en toe wordt wel met deze factor rekening gehouden[350], maar waar het doorgaans om gaat is dat de vennootschap geen eigen belang heeft los van dat van de achterman.

Naast een beroep op de schijn van vermogensvermenging of het bestaan van één enkele vennootschap, is het denkbaar dat crediteuren zich met een beroep op de leer van de toerekenbare schijn tegen consolidatie verzetten door te betogen dat zij te goeder trouw hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van een der vennootschappen afzonderlijk. Wanneer in geval van vermogensvermenging de vermogens van de vennootschappen niet meer zijn te scheiden, zal dit beroep van de crediteur om praktische redenen evenwel niet kunnen slagen. In andere gevallen zal het conflict tussen enerzijds het recht van de crediteuren (enkel in te roepen door de vertegenwoordiger der schuldeisers[351]) om indien sprake is van vermogensvermenging of een fictieve vennootschap uitbreiding annex consolidatie van de insolventieprocedure(s) te vorderen, en anderzijds het recht op bescherming van derden te goeder trouw, moeten worden opgelost.

De derde die zich met een beroep op de leer van de toerekenbare schijn tegen consolidatie wenst te verzetten, moet te goeder trouw de uiterlijke schijn voor de werkelijkheid hebben gehouden. Dat wil zeggen dat hij op het moment van handelen de werkelijkheid niet kende. De derde wordt vermoed in deze zin te goeder trouw te zijn.[352] Hij moet wel nog bewijzen dat zijn vertrouwen op het bestaan van

347 Bijvoorbeeld: CA Parijs 31 mei 1989, *Gaz. Pal.* 1989, jur., p. 613, m.nt. Marchi.

348 Cass. com. 4 januari 1982, *Rev. soc*. 1983, p. 95, m.nt. Burst.

349 Rouast –Bertier *Rev. soc.* 1993, p. 736, nr. 16. Anders: Burst, noot onder het arrest (p. 98). Hij betoogt dat uit het arrest blijkt dat zowel sprake moet zijn van een fictieve vennootschap als van toerekenbare schijn wil een dominante vennootschap tot betaling van de schulden van de gedomineerde vennootschap kunnen worden veroordeeld.

350 Zie bijvoorbeeld: Cass. com. 6 maart 1978, *Gaz. Pal.* 1978, I, som., p. 204, waar de *Cour de cassation* voornamelijk aandacht besteedde aan het feit dat bij de wederpartijen van de vennootschappen verwarring was opgetreden doordat de vennootschappen vergelijkbare namen hadden. Zie ook: Cass. com. 4 december 1979, 1e esp., *D.* 1980, IR, p. 322, m.nt. Honorat; *Rev. soc.* 1980, p. 323, m.nt. Honorat.

351 Zie: paragraaf 6.1.2.

352 Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 11, nr. 66.

een vermogensrechtelijk zelfstandige vennootschap verschoonbaar was.[353] Dit betoog zal in de praktijk niet vaak voorkomen. In Frankrijk is opgemerkt dat toepassing van het leerstuk van de toerekenbare schijn doorgaans juist vóór consolidatie of uitbreiding zal pleiten.[354]

Verzet door middel van een beroep op de leer van de toerekenbare schijn tegen het oordeel dat de vennootschap een fictief karakter heeft, is in diverse arresten gehonoreerd, maar deze gevallen speelden allemaal buiten faillissement.[355] Er is wel opgemerkt dat het prevaleren van een beroep op de leer van de toerekenbare schijn bij een conflict tussen derden in het algemeen verdienstelijk is met het oog op de rechtszekerheid.[356] Maar ook wordt erkend dat dit in de faillissementspraktijk niet haalbaar is, omdat de eenheid van procedure in geval van uitbreiding annex consolidatie voorop staat. De in werkelijkheid bestaande patrimoniale eenheid staat voorop, zowel wanneer sprake is van een fictieve vennootschap als van vermogensvermenging. De eenheid-van-procedure-regel voorkomt op deze manier een arbitraire verdeling van vermogensbestanddelen.[357] Een beroep op de goede trouw wordt in faillissement dus overvleugeld door het beginsel van ondeelbaarheid van het faillissement en de failliete boedel alsmede door het beginsel van gelijke behandeling van alle crediteuren.[358, 359] Bovendien strookt het verlenen van voorrang aan de bezwaarmakende crediteur door middel van het achterwege laten van consolidatie niet met de regel dat de rechter, wanneer de fictiviteit van de vennootschap of de vermogensvermenging komt vast te staan, gehouden is consolidatie annex uitbreiding te bevelen.[360] Crediteuren in Frankrijk

353 Meer precies vereisen rechterlijke instanties in dit verband doorgaans het bestaan van een *erreur légitime*, zie: Calais-Auloy, noot onder CA Parijs 25 februari 1972, *D.* 1972, jur., p. 528 en De Gaudemaris *Rev. soc.* 1991, p. 494, nr. 61. Vgl. ook: Rouast-Bertier *Rev. soc*. 1993, p. 743, nr. 28. Vereist is derhalve niet een *erreur commune*. Niet hoeft te worden onderzocht of iedere persoon onder de betreffende omstandigheden dezelfde vergissing zou hebben gemaakt door de uiterlijke schijn voor de werkelijkheid te houden: De Gaudemaris *Rev. soc*. 1991, p. 494-495, nr. 61 en de door hem aangehaalde literatuur.

354 Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales ...), p. 15, nr. 107.

355 Bijvoorbeeld: Cass. soc. 14 december 1944, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/> en Cass. com. 10 juni 1953, *JCP* 1954, jur., 7908.

356 Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 11, nr. 67.

357 De Gaudemaris *Rev. soc.* 1991, p. 471-472, nr. 15 en 16.

358 Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 84-85, nr. 87 en 89; Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2000, T. II, p. 847, nr. 2862.

359 Tegen een zo algemeen geformuleerde regel verzet zich Calais-Auloy; zij pleit voor een belangenafweging per geval: Calais-Auloy, noot onder CA Parijs 25 februari 1972, *D.* 1972, jur., p. 528. Vgl. ook de afweging die in de Verenigde Staten door Kors is geopperd: Kors *U.Pitt.L.Rev.* 1998, p. 451.

360 Zie over het niet hebben van beslissingsvrijheid: Campana, Dizel & Fernandez 1996 Rép. soc. – Entreprise en Difficulté, p. 26, nr. 262; Diagre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales…), p. 15, nr. 104 en Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 66, nr. 41.

zullen derhalve met een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen zelden of nooit consolidatie of uitbreiding kunnen voorkomen.[361, 362]

Tot slot nogmaals de simulatietheorie. In paragraaf 4.3.2 is reeds opgemerkt dat sommige auteurs het leerstuk der fictieve vennootschap in verband brengen met de simulatietheorie. In gevolge de simulatietheorie kunnen derden te goeder trouw zich beroepen op de gesimuleerde rechtsverhouding, dat wil zeggen het bestaan van een vermogensrechtelijk zelfstandige vennootschap of op de werkelijke, geheime rechtsverhouding. Een geslaagd beroep op de laatstgenoemde rechtsverhouding zal leiden tot uitbreiding annex consolidatie. Dit in tegenstelling tot het geval waarin een derde zich beroept op de gesimuleerde rechtsverhouding. Ontstaat een conflict tussen derden, omdat de ene zich beroept op de werkelijke rechtsverhouding en de andere op de schijnwerkelijkheid, dan prevaleert met het oog op de rechtszekerheid en de billijkheid het beroep op het openlijk gesloten contract, dat wil zeggen de schijnwerkelijkheid. Deze gang van zaken verhoudt zich net als een beroep op de leer van de toerekenbare schijn moeilijk met de regel dat een rechter die vaststelt dat sprake is van vermogensvermenging of een fictieve vennootschap gehouden is om tot uitbreiding annex consolidatie over te gaan[363] en met de regel van ondeelbaarheid van een faillissement en een failliete boedel.

Het is op dit moment onduidelijk of in de Nederlandse consolidatiepraktijk aandacht wordt besteed aan het vertrouwen van crediteuren op de gegoedheid van het concern als zodanig of een van de concernvennootschappen afzonderlijk.

Vraag 16 van de enquête legde de volgende casus aan de geënquêteerden voor: Vennootschap A is de moedervennootschap van vennootschap B. Zij dragen dezelfde naam, hebben dezelfde bestuurders, houden kantoor op hetzelfde adres, oefenen dezelfde bedrijfsactiviteiten uit en contracteren veelvul-

361 Maar vergelijk: CA Parijs 11 mei 1964, *JCP* 1964, II, 13835, waarin een verzoek tot samengevoegde afwikkeling van vijf faillissementen van verbonden vennootschappen wordt afgewezen. Daartoe werd onder meer overwogen 'que les tiers qui on traité avec elles (dat is vier van de vennootschappen, MLHR) étaient (…) en droit de considérer qu'elles jouissaient bien de la personnalité juridique et qu'elles pouvaient être en conséquence sujet de droit.' Dit, omdat de vennootschappen rechtsgeldig waren opgericht, zij een eigen vermogen en boekhouding hadden en eigen activiteiten uitoefenden. Dat de vennootschappen dezelfde vennoten en soms ook dezelfde bestuurder hadden en zij goederen inkochten via één van hen kon aan dit alles niets afdoen.

362 Mogelijk kunnen kruislings verstrekte, persoonlijke zekerheden bij een samengevoegde afwikkeling van insolventieprocedures wel worden beschermd met een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen op het bestaan van een zelfstandige vennootschap, zie daarover paragraaf 5.2.2.3.

363 Zie over het niet hebben van beslissingsvrijheid: Campana, Dizel & Fernandez 1996 Rép. soc. – Entreprise en Difficulté, p. 26, nr. 262; Diagre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales…), p. 15, nr. 104 en Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 66, nr. 41.

dig met dezelfde wederpartijen, maar hebben duidelijk gescheiden boekhoudingen. Zowel vennootschap A, als vennootschap B is failliet verklaard. Acht u consolidatie op haar plaats?
66 van de 67 Insolad-respondenten hebben deze vraag beantwoord. 37 respondenten achtten consolidatie niet geoorloofd, terwijl 23 respondenten consolidatie wel op haar plaats achtten. 6 respondenten stelden consolidatie afhankelijk van nadere voorwaarden. De meeste respondenten die consolidatie afwezen, beargumenteerden deze stellingname door erop te wijzen dat de activa en passiva van de beide vennootschappen kunnen worden gescheiden, omdat de boekhoudingen gescheiden zijn bijgehouden (24 keer). Het meest genoemde argument dat pleit voor consolidatie was dat crediteuren de vennootschappen als een eenheid zullen hebben beschouwd en niet zullen weten met welke vennootschap zij hebben gecontracteerd (7 keer). Ook de respondenten die consolidatie in dit geval afhankelijk stelden van nadere voorwaarden noemden de vraag of voor crediteuren duidelijk was welke vennootschap als hun wederpartij optrad, als belangrijke omstandigheid (4 keer). Verder hechtten zij onder meer belang aan de vraag of de vermogens reëel gescheiden zijn geweest (3 keer).
De daarop volgende vraag 17 behandelende dezelfde casus met één klein verschil: het merendeel der crediteuren stelt te hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van beide vennootschappen als een eenheid. Zij hebben daartoe ook regelmatig kruislingse zekerheden bedongen. Vraag 17 is eveneens door 66 van de 67 Insolad-respondenten beantwoord. 35 respondenten achtten consolidatie in dit geval ongeoorloofd, 27 respondenten vonden consolidatie wel acceptabel en 2 respondenten stelden consolidatie afhankelijk van nadere omstandigheden. Nog eens 2 respondenten gaven geen direct antwoord op de vraag. Wederom was het meest genoemde argument dat pleit tegen consolidatie de omstandigheid dat gescheiden afwikkeling mogelijk is wegens het bestaan van gescheiden boekhoudingen (9 keer). Daarnaast werd betoogd dat het vertrouwen van het merendeel der crediteuren niet van doorslaggevend belang is (7 keer) en dat crediteuren zich kennelijk bewust waren van het verschil tussen de vennootschappen nu zij ter meerdere zekerheid beide vennootschappen voor hun vorderingen hebben verbonden (5 keer). De 27 respondenten die consolidatie in dit geval wel geoorloofd achtten, droegen daartoe veel verschillende argumenten aan. Genoemd kunnen onder andere worden: crediteuren hebben niet goed kunnen beoordelen met wie zij zaken deden (3 keer); de kruislingse zekerheden hebben waarschijnlijk tot gevolg dat beide vennootschappen dezelfde crediteuren hebben (1 keer) en er bestaat tussen de vennootschappen een vergaande mate van verwevenheid (1 keer). Als opgemerkt, stelden 2 respondenten consolidatie afhankelijk van nadere omstandigheden. Slechts één van hen noemde echter een omstandigheid, namelijk de vraag of de zaken nog te scheiden zijn of niet.

Uit het voorgaande zou ik willen afleiden dat een groot aantal curatoren in Nederland wel oog heeft voor het vertrouwen van crediteuren op het bestaan van slechts

één entiteit.[364] Indien echter de vermogens niet vermengd zijn of op vrij eenvoudige wijze zijn uiteen te rafelen, geven behoorlijk wat curatoren de voorkeur aan gescheiden afwikkeling. Dit wekt weinig bevreemding, omdat de wettelijke regel nog steeds is gescheiden afwikkeling van de boedels van verschillende rechtssubjecten. Toch kan mijns inziens in gevallen waarin geen of slechts gedeeltelijk sprake is van vermogensvermenging niet zonder meer voorbij worden gegaan aan het crediteurenvertrouwen.[365] Net als in de Verenigde Staten geldt ook hier dat dit vertrouwen de basis vormt van de kredietmarkten. Indien crediteuren door – bewust of onbewust – toedoen van de failliete concernvennootschappen er gerechtvaardigd op hebben vertrouwd dat zij met één enkele entiteit handelden, moeten deze vennootschappen daaraan worden gehouden. Indien crediteuren namelijk niet meer mogen vertrouwen op gedragingen en uitspraken van hun wederpartijen, worden de risico's die zij lopen zodanig vergroot dat zij zich hiertegen zullen willen wapenen door hogere rentepercentages in rekening te brengen en aanvullende zekerheden te bedingen. Dit betekent een extra kostenpost voor de debiteuren. Om deze gang van zaken te voorkomen, zullen vennootschappen ervoor moeten waken dat zij hun crediteuren niet in verwarring brengen.[366] Doen zij dit niet, dan moeten ze daarvan de consequenties dragen. Dit strookt ook met de thans in Nederland geldende regel dat gerechtvaardigd vertrouwen bescherming verdient, zie artikel 3:35 BW. Illustratief is voorts dat enkele Insoladrespondenten op de vraag of voordelen zijn verbonden aan consolidatie ten opzichte van enkelvoudige afwikkeling, antwoordden dat consolidatie als voordeel heeft dat een concernbenadering mogelijk wordt, onder meer door rekening te houden met de concernfinanciering en de eenheid die het concern tegenover derden vaak is.[367]

Wanneer er crediteuren zijn die betogen te hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van het concern als zodanig, moet dit worden onderscheiden van het vertrouwen op de omstandigheid dat de vennootschappen onderling zijn verbonden, alsmede van het vertrouwen op de gebondenheid van een of meer concern-

364 Zie ook de opmerking van het ingeschakelde onderzoeksbureau in de bijlage bij het Veertiende verslag ex art. 73a Fw. in het faillissement van NV Habo c.s. d.d. 15 oktober 2003, p. 8 '(…) dat het Habo concern, in ieder geval de vennootschappen in groep I (de oude Habo vennootschappen, in tegenstelling tot de oude Aadic vennootschappen Groep II) naar buiten toe lang niet altijd hebben aangegeven *welke* vennootschap een bepaalde verplichting aanging. Voor de crediteuren was sprake van "Habo". Ook schriftelijke opdrachten, bestelbonnen e.d., werden nogal eens op hetzelfde briefpapier gedaan zonder daarbij te letten op de onderscheiden vennootschappen.'

365 In vergelijkbare zin: Declerq *TvI* 2006, 4, p. 28.

366 Dat verwarring eenvoudig ontstaat, blijkt bijvoorbeeld uit de omstandigheid dat tegelproducent Koninklijke Mosa, gevestigd te Maastricht, er in de zomer van 2004 alles aan deed, o.a. een mailing onder al haar bestaande klanten, om te voorkomen dat de financiële problemen bij Mosa Porselein, een ander bedrijf dat eveneens was gevestigd te Maastricht, haar reputatie zouden schaden. Zie: Geisdorf & Coers, 'Crisismanagement om buurmans naam', *Het Financieele Dagblad*, 27 juli 2004.

367 Zie: bijlage I, vraag 12.

vennootschappen. Bij vertrouwen op de kredietwaardigheid van het concern als zodanig, zal het doorgaans zo zijn dat men het concern aanmerkt als een eenheid, vaak een vennootschap met diverse filialen. De omstandigheid dat men in werkelijkheid te maken heeft met zelfstandige rechtssubjecten met eigen rechten en plichten beseft men niet. Dit kan zich onder andere voordoen wanneer de vennootschappen een strakke economische eenheid vormen, zij dezelfde of vergelijkbare namen dragen en gebruik maken van dezelfde bankrekening. Deze situatie moet worden onderscheiden van die waarin men erop heeft vertrouwd dat de vennootschap was verbonden met een andere vennootschap. In dat geval was men op de hoogte van het bestaan van afzonderlijke vennootschappen. Deze waren weliswaar verbonden, maar daar kan men niets uit afleiden. De enkele omstandigheid dat vennootschappen onderling zijn verbonden biedt geen garantie tot betaling. Mijns inziens moet hier dezelfde regel gelden als in Nieuw-Zeeland, namelijk dat wetenschap van c.q. vertrouwen op de concernverbondenheid geen argument kan zijn voor consolidatie. In het verlengde hiervan ligt dat het hebben bedongen van kruislingse zekerheden niet erop duidt dat de crediteur heeft vertrouwd op de eenheid, maar juist op bekendheid met en vertrouwen op de kredietwaardigheid van de afzonderlijke vennootschappen. Een uitzondering bestaat slechts wanneer is geprofiteerd van een 2:403-vrijstelling, dat wil zeggen dat de dochters slechts zeer summiere jaarrekeningen hebben opgesteld die niet hoeven te worden gepubliceerd, waardoor crediteuren enkel kennis hebben kunnen nemen van de geconsolideerde cijfers.

Weer anders ligt het wanneer een crediteur erop heeft vertrouwd dat een of meer bepaalde vennootschappen tot betaling van de schuld waren gehouden. Men stelt dan gerechtvaardigd erop te hebben vertrouwd dat niet (enkel) vennootschap A, maar (tevens) vennootschap B contractspartij was en zich verbonden had tot betaling van de schuld. Er wordt dan een beroep gedaan op de klassieke toepassing van de leer van de toerekenbare schijn, zie artikel 3:35 BW. Dit soort betogen behoort bij de vraag naar de gerechtvaardigdheid van consolidatie mijns inziens geen rol te spelen. Men betoogt dan immers te hebben gehandeld met een of meer bepaalde, te onderscheiden vennootschappen. Indien deze klassieke toepassing van de leer van de toerekenbare schijn gehoor vindt bij de rechter, leidt dit ertoe dat niet vennootschap A, maar vennootschap B wordt geacht zich te hebben verbonden tot nakoming van de schuld of dat beide vennootschappen gebonden zijn. De crediteur kan in dat geval de vordering op A ingeval van haar faillissement indienen in dat faillissement en de vordering op B ingeval van haar faillissement in dat faillissement.

Naast het vertrouwen op de eenheid die het concern is, kan het vertrouwen van een crediteur op de kredietwaardigheid van één der vennootschappen afzonderlijk een rol spelen. Dit betekent dat een botsing van crediteurenvertrouwen kan optreden. Het is voorstelbaar dat de ene groep crediteuren stelt te hebben vertrouwd op het bestaan en de gegoedheid van een eenheid, terwijl andere crediteuren betogen te hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van een concernvennootschap afzonderlijk. Denk bijvoorbeeld aan gevallen waarin veel handelscrediteuren hebben vertrouwd op het bestaan van een eenheid, omdat de vennootschappen vrij-

wel identieke handelsnamen hadden en gebruik maakten van dezelfde bankrekening, terwijl enkele grote crediteuren zoals de bank en de verzekeraar de concernstructuur kenden. Nu zullen vooral banken doorgaans zakelijke zekerheden hebben bedongen, waardoor een consolidatie hen nauwelijks raakt[368], maar tussen de belangen van de handelscrediteuren en crediteuren als de verzekeraar kan een botsing optreden wanneer de handelscrediteuren gebaat zijn bij een consolidatie, omdat zij crediteuren blijken te zijn van de armere vennootschappen, en de verzekeraar door een consolidatie zal worden benadeeld, omdat hij heeft gehandeld met de rijkste der betrokken vennootschappen. Wanneer beide (groepen) crediteuren gerechtvaardigd hebben vertrouwd, moet vervolgens worden bepaald welke crediteur bescherming verdient. In theorie is het weliswaar mogelijk om hun beider belangen te beschermen, bijvoorbeeld door een gedeeltelijke of voorwaardelijke consolidatie te bevelen, maar hiervoor heb ik reeds uiteengezet dat deze oplossing in de praktijk vrijwel onwerkbaar zal zijn.[369] Daarom moeten de belangen van deze crediteuren in de vorm van het zorgvuldig geschat financieel nadeel of voordeel dat zij zullen ondervinden van een consolidatie, worden betrokken in de eerder genoemde afweging van voor- en nadelen. De uiteindelijke vraag wordt dan of de met de consolidatie gepaard gaande voordelen voor de handelscrediteuren aanzienlijk zwaarder wegen dan de ermee gepaard gaande nadelen voor de verzekeraar. Is dit het geval, dan is consolidatie de te verkiezen weg. Wordt de hiervoor genoemde vraag in negatieve zin beantwoord, dan kan consolidatie geen doorgang vinden. Wanneer daarvan sprake is, kan niet in zijn algemeenheid worden gezegd. Alles hangt af van de omstandigheden van het geval.

4.4.3 Crediteuren versus aandeelhouders

Denkbaar is dat bij het uitblijven van consolidatie naast de crediteuren van een der betrokken vennootschappen eveneens de aandeelhouders van die vennootschap een beperkte liquidatie-uitkering kunnen verwachten, terwijl bij de andere vennootschap zelfs de concurrente crediteuren in het geheel niets ontvangen.[370]

---

368 Zakelijke zekerheden blijven doorgaans ook bij consolidatie in tact. Zie: paragraaf 5.2.2.1. Banken worden wel geraakt indien zij over onvoldoende zekerheden beschikken om de openstaande vorderingen te dekken.

369 Zie hetgeen ik dienaangaande in paragraaf 4.4.1.3 heb opgemerkt. Zie over gedeeltelijk consolidatie verder paragraaf 5.1.2.

370 De kans dat aandeelhouders een uitkering ontvangen in het faillissment van hun vennootschap is klein, maar aanwezig. In het bekende HCS-faillissement heeft failliete moedermaatschappij HCS Technology NV als aandeelhoudster van dochter HCS Beheer BV een uitkering ontvangen. In deze zaak was geconsolideerde afwikkeling overwogen, maar is daar uiteindelijk vanaf gezien. Indien consolidatie had plaatsgevonden tussen deze en andere failliete boedels van tot het HCS-concern behorende vennootschappen had dit een positief effect gehad op de uitkeringen aan de crediteuren van de andere vennootschappen. Zij hadden dan – ten koste van de moedermaatschappij als aandeelhoudster (en haar crediteuren) – geprofiteerd van de gunstige positie waarin HCS Beheer BV verkeerde.

Consolidatie zou er dan toe kunnen leiden dat alle crediteuren van beide vennootschappen een uitkering kunnen ontvangen ten koste van de aandeelhouders van de eerstgenoemde vennootschap. De vraag is nu of, en zo ja, in hoeverre de belangen van deze aandeelhouders bescherming verdienen.[371]

Uit *In re Murray Industries, Inc.*[372] kan worden afgeleid dat personen, die bezwaar maken tegen consolidatie in een poging hun kapitaalinbreng (*equity interest*) te beschermen, in de Verenigde Staten doorgaans geen gehoor zullen vinden bij de rechter. De *Bankruptcy Court for the Middle District of Florida, Tampa Division*, overwoog:

> 'While equity interest security holders are parties of interest, it is a generally accepted proposition that equitable sharing for the purpose of the Bankruptcy Code means an equitable sharing among creditors, not stockholders. (…) In the overall scheme of things, the interest of Merrill Lynch (de grootste minderheidsaandeelhouder, MLHR) (…) is of the lowest rank in the context of a Chapter 11. Thus, in last analysis, the equity clearly favors the *entire* creditors' constituency over the interest of the equity security interest holders.'[373]

Ook in Nieuw-Zeeland hoeven aandeelhouders geen hoge verwachtingen te koesteren. Ten aanzien van de verhouding tussen aandeelhouders en crediteuren betoogde Gallen J in *Re Dalhoff & King Ltd (in liq.)*[374] dat het toen der tijd geldende, thans vervallen artikel 315B(2) CA 1955 – bepalende dat bij vaststelling van de voorwaarden die konden worden verbonden aan consolidatie rekening moest worden gehouden met de belangen van personen die aandeelhouder waren van enkele maar niet alle betrokken vennootschappen[375] – ziet op de verhouding tussen de aandeelhouders onderling en niet op de verhouding tussen de aandeelhouders en de crediteuren.[376] Hij merkte voorts op dat doorgaans wordt aangenomen dat wanneer een vennootschap insolvent is, de belangen van de crediteuren

371 Vanwege het ontbreken van Franse en Ierse jurisprudentie en literatuur met betrekking tot dit vraagstuk, wordt in deze paragraaf aan die rechtsstelsels geen aandacht besteed.

372 *In re Murray Industries*, *Inc.,* 119 B.R. 820 (Bankr. M.D. Fla. 1990).

373 *In re Murray Industries*, *Inc.,* 119 B.R. 820, 832 (Bankr. M.D. Fla. 1990). Italics van de *Bankruptcy Court*. Zie ook: *In re Permian Producers Drilling, Inc.*, 263 B.R. 510, 519 (W.D. Tex. 2000): belang van de ex-aandeelhouder versus belang van onverzekerde crediteur, de ex-aandeelhouder delft het onderspit.

374 *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)* [1991] 2 NZLR 296.

375 In Ierland is deze bepaling nog steeds opgenomen in de wettelijke regeling voor consolidatie: art. 141(2) CA 1990. Zie bijlage III.

376 Meer precies betoogde Gallen J dat artikel 315B(2) CA 1955 ziet op voorkoming van bedrog (*a fraude is perpetrated*) van de aandeelhouders van de ene vennootschap ten aanzien van de aandeelhouders van de andere vennootschap. Deze zienswijze is bekritiseerd in de doctrine, omdat deze bepaling helemaal niet zou zien op voorkoming van benadeling van de aandeelhouders van de ene vennootschap door aandeelhouders van de andere vennootschap. Deze bepaling zou daarentegen beogen de aandeelhouders te beschermen tegen een benadeling die kan ontstaan doordat hun gezonde vennootschap wordt meegetrokken in het faillissement van een verbonden vennootschap. Zie: Borrowdale 1998, p. 95-96.

zwaarder wegen dan die van de aandeelhouders. Banken en dergelijke daargelaten, verkeren crediteuren doorgaans immers niet in een goede positie om gedegen onderzoek te doen naar de managementpraktijken van hun wederpartij. Aandeelhouders verkeren wat dat betreft meestal in een betere positie, aldus Gallen J. Het achterwege laten van consolidatie zou in de onderhavige zaak betekenen dat aandeelhouders van de holding een uitkering zouden ontvangen ten koste van de uitkering aan crediteuren van een van de twee betrokken dochtervennootschappen. Uiteindelijk werden de faillissementen van de holding en haar twee dochters gezien deze en andere omstandigheden samengevoegd afgewikkeld.

Aan de mogelijke benadeling van aandeelhouders is in Nederland tot nog toe weinig aandacht geschonken.[377] De oorzaak daarvoor zou – net als de oorzaak van de beperkte aandacht voor de benadeling van crediteuren – kunnen worden gevonden in de omstandigheid dat in de praktijk vaak vermogensvermenging tot consolidatie aanleiding heeft gegeven. Wanneer sprake is van vermogensvermenging kan immers niet met zekerheid worden vastgesteld welke vennootschap de rijkste is, waardoor evenmin kan worden vastgesteld welke aandeelhouders door een consolidatie worden benadeeld of bevoordeeld. Bovendien wordt in veel zaken niet eens een uitkering gedaan aan concurrente crediteuren, laat staan dat aandeelhouders nog een uitkering kunnen verwachten. Desalniettemin is het niet ondenkbaar dat aandeelhouders een beperkte uitkering tegemoet kunnen zien.

Naar mijn mening moet ook in Nederland, zowel in een enkelvoudig als een samengevoegd afgewikkeld faillissement, voorrang worden verleend aan de belangen van de crediteuren. Het doel van de huidige Faillissementswet is immers het dienen van het belang van de gezamenlijke crediteuren van de gefailleerde.[378] Andere belangen worden wel in ogenschouw genomen, maar kunnen niet prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Zo hoeft met de belangen van de gefailleerde slechts rekening te worden gehouden voor zover zich dit met een billijke uitoefening van de rechten van de crediteuren verdraagt.[379] Weliswaar rekent de Hoge Raad het tot de taak van de curator dat hij in zijn beleidsafweging belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid betrekt[380], maar ingevolge de heersende leer zal in het geval van botsende belangen steeds het belang van de gezamenlijke crediteuren (moeten) zegevieren.[381] Ik besef dat deze gedachten tot ontwikkeling zijn gekomen in het kader van enkelvoudige afwikkeling van faillissementen, in

377 Josephus Jitta (1999, p. 109-110) merkt dit nadeel voor aandeelhouders op. Hij acht het denkbaar aandeelhouders in dat geval een goedkeuringsrecht te verlenen ten aanzien van de consolidatiebeslissing. Zie over de besluitvorming omtrent consolidatie: paragraaf 6.1.

378 Vgl. Van der Feltz, I, p. 27, MvT en p. 339, MvT op artikel 20 Fw.

379 Van der Feltz, I, p. 371-372, MvT op artikel 25 Fw.

380 HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, m.nt WMK (Sigmacon II) en HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. WMK (Maclou & Prouvost).

381 Zie o.m.: Ophof, noot onder HR 19 april 1996, *TVVS* 1996, p. 205; idem *TVVS* 1997, p. 201; Vriesendorp *TvI* 1995 (II), p. 117; idem *TvI* 1996 (I), p. 141 en 143; Verstijlen, *TvI* 2001, p. 97; Borgers, *AA* 1996, p. 547-548. En zie vanuit rechtseconomisch perspectief: Hoekstra *TvI* 2005, 12, p. 33-43. Zie ten slotte de brief van Kortmann, voorzitter van de Commissie Insolventierecht, aan de MvJ d.d. 8 september 2003 (<http://www.justitie.nl>; →

die zin dat een insolventieprocedure erop gericht is de activa van de schuldenaar onder *zijn* crediteuren te verdelen. Worden zij volledig voldaan en is er nog actief over, dan komt dit toe aan de aandeelhouders, en niet aan de crediteuren van een met de schuldenaar verbonden vennootschap. Desalniettemin moet naar mijn oordeel ook wanneer een consolidatie wordt overwogen het belang van de gezamenlijke crediteuren, in de zin van de gezamenlijke crediteuren van de daarbij betrokken vennootschappen, voorop staan. Aan het belang van aandeelhouders moet wel aandacht worden besteed, maar dit kan niet prevaleren boven het belang van de schuldeisers. Leiden twee wegen naar hetzelfde gunstige resultaat voor de schuldeisers, dan moet die weg worden bewandeld die voor de overige betrokkenen, waaronder de aandeelhouders, de minste nadelen met zich brengt. In een andere opvatting, waarbij meer waarde wordt gehecht aan de belangen van anderen dan de schuldeisers, zie ik geen heil. Het zijn voornamelijk de middelen van de schuldeisers die in moeilijke tijden op het spel staan. Slechts in uitzonderlijke gevallen zullen aandeelhouders hun restuitkering door een consolidatie zien wegvloeien. Weliswaar loopt een aandeelhouder net als een crediteur het risico dat het fout gaat, maar hij heeft – anders dan een crediteur – bewust *risicodragend kapitaal* verschaft en als tegenprestatie vennootschapsrechtelijke bevoegdheden gekregen, die hem de mogelijkheid bieden tot ingrijpen. Ik acht het dan ook billijk dat hij in slechte tijden een groter risico draagt dan een crediteur. Zeker in concernverhoudingen waar de aandeelhouder meestal een insider is die de meerderheid der aandelen houdt en daarom daadwerkelijk mogelijkheden heeft om zich te informeren en indien nodig in te grijpen.

Wanneer samengevoegde afwikkeling ertoe leidt dat aandeelhouders van een van de betrokken vennootschappen hun restuitkering mislopen, rijst wel nog de vraag hoe dit gevolg zich verhoudt tot artikel 1 van het Eerste protocol bij het EVRM. Dit artikel bepaalt in de eerste alinea dat iedere natuurlijke of rechtspersoon recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De tweede alinea bepaalt, voor zover relevant, dat een staat het recht heeft om die wetten toe te passen die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in

geraadpleegd op 18 april 2005). In deze brief merkt Kortmann op dat de Commissie van mening is dat in het insolventierecht het belang van de schuldeisers voorop moet staan. Er mag wel rekening worden gehouden met andere belangen, zoals de belangen van de schuldenaar of maatschappelijke belangen, maar die gaan niet voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Anders: Kleijn, in zijn noot onder HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (Sigmacon II) en (aarzelend) De Ranitz 1996 p. 199. Zie voorts: Verstijlen 1998, p. 151 e.v., waar deze schrijver niet uitgesloten acht dat wanneer de (dreigende) schade aan de maatschappelijke belangen in geen verhouding staat tot het belang van de gezamenlijke schuldeisers, de maatschappelijke belangen prevaleren. Al erkent ook hij dat de ruimte daartoe beperkt zal zijn. Zo zullen de maatschappelijke belangen niet kunnen prevaleren wanneer het verhaal van de schuldeisers meer dan marginaal wordt geschaad.

overeenstemming met het algemeen belang. Uit dit artikel zelf vloeit reeds voort dat het recht op ongestoord genot van zijn eigendom niet absoluut is. Inbreuken op dit recht zijn onder voorwaarden toegestaan. Naar mijn mening moet een inbreuk op de aandeelhoudersrechten bij een samengevoegde afwikkeling mogelijk zijn. Daarbij zij opgemerkt dat dit een inbreuk op het genot betreft als bedoeld in de eerste volzin van genoemd artikel c.q. een regulering van eigendom als bedoeld in de tweede alinea daarvan, maar geen ontneming van een recht.[382] Het recht op een restuitkering wordt beknot, doch wordt de aandeelhouder niet ontnomen. Indien immers in het samengevoegd afgewikkelde faillissement onvoorziene baten opkomen, waardoor alle schuldeisers kunnen worden voldaan en er nog geld overblijft, zal de aandeelhouder alsnog een restuitkering ontvangen.

Vraag is dan of deze inbreuk op het genot c.q. regulering van de eigendom gerechtvaardigd is. Mijns inziens is dit het geval. Met een adequate afwikkeling van faillissementen, welke onder omstandigheden een samengevoegde afwikkeling inhoudt, is het algemeen belang gediend.[383] Wanneer vervolgens de mogelijkheid tot een samengevoegde afwikkeling in de wet wordt neergelegd[384] en een uitleg over de toepassing van de daarin opgenomen norm wordt opgenomen in de memorie van toelichting voorzie ik weinig problemen. Dat de aandeelhouder geen compensatie krijgt voor de inbreuk op zijn recht, acht ik aanvaardbaar, omdat, zoals ik hiervoor reeds heb uiteengezet, de aandeelhouder in concernverhoudingen voorafgaande aan de faillietverklaring door middel van gebruikmaking van zijn vennootschapsrechtelijke bevoegdheden aan de bel had kunnen trekken. Zij het, dat – indien men anders dan hiervoor betoogd oordeelt dat in dit geval sprake is van ontneming van eigendom – er problemen kunnen optreden wanneer de aandeelhoudersrechten van buitenlandse aandeelhouders worden beknot. In dat geval schrijven de voornoemde algemene beginselen van internationaal recht namelijk voor dat er een schadevergoeding moet volgen.[385] Daarbij moet wel worden aangetekend dat in gevallen betreffende algehele vermogensvermenging, de vraag of sprake is van een beknotting van rechten niet kan worden beantwoord, zodat de vraag naar een eventuele schadevergoeding evenmin aan de orde is.

De aandeelhouder wordt voorts beschermd daar waar de rechter, die geconfronteerd wordt met boedels waarin zich nog behoorlijk wat actief bevindt, voorafgaande aan zijn beslissing omtrent samengevoegde afwikkeling de aandeelhouders kan oproepen om te worden gehoord en de aandeelhouders zelf in voorkomend geval verzet kunnen aantekenen tegen een consolidatiebeslissing.[386]

---

382 Dat kwalificatie van een zaak vaak lastig is, is hiervoor in paragraaf 4.4.1.4 reeds uiteengezet.

383 Vgl. ook Van Andel, *TvI* 2007, 23, p. 126 die opmerkt dat met een adequate afwikkeling van het faillissement een publiek belang is gemoeid.

384 Zie: paragraaf 8.3.

385 Van Dijk e.a. (ed.) 2006, p. 885-887.

386 Zie: paragrafen 6.1.4 en 6.2.

4.4.4 Bezwaarmakende crediteuren

De omstandigheid dat geen enkele crediteur bezwaar maakt tegen consolidatie terwijl hij daartoe wel de gelegenheid heeft gehad of dat de bezwaren zijn ingetrokken of niet zijn gemotiveerd, wordt door Amerikaanse rechters regelmatig mede genoemd ter rechtvaardiging van de consolidatiebeslissing.[387] Ook in Nieuw-Zeeland wordt bij de beoordeling of consolidatie *just and equitable* is aandacht geschonken aan de omstandigheid dat curatoren weliswaar berichten hebben ontvangen waarin crediteuren en aandeelhouders zich uitspreken tegen consolidatie, maar dat daarop volgend door deze personen geen formele stappen zijn gezet.[388]

Naar mijn mening pleit de omstandigheid dat geen enkele crediteur die op de hoogte is van het verzoek tot consolidatie daartegen bezwaar maakt, zeer zeker voor het toestaan ervan. Maar dit kan nooit voldoende grondslag zijn om over te gaan tot consolidatie. Men weet immers niet wat aan het uitblijven van ieder bezwaar ten grondslag ligt. Dit hoeft niet steeds te zijn dat de crediteur ook daadwerkelijk de voorkeur geeft aan consolidatie of dat het hem weinig kan schelen of consolidatie plaats vindt of niet. Het is goed mogelijk dat een crediteur in de onmogelijkheid verkeerde formeel bezwaar te maken of dit door te zetten, omdat hij plotseling ernstig ziek is geworden.

Hebben crediteuren wel bezwaren, dan dienen zij deze goed te motiveren.[389] In de Nederlandse *Infotheek*-zaak[390] bijvoorbeeld, ging Creditheek – als vertegenwoordiger van diverse crediteuren – in beroep tegen een door de R-C genomen beslissing tot consolidatie. Creditheek werd wegens overtreding van de beroepstermijn van 5 dagen (zie artikel 67 Fw) evenwel niet-ontvankelijk verklaard, maar de rechtbank bepaalde in een overweging ten overvloede dat ook een materiële beoordeling Creditheek niet had kunnen baten, omdat Creditheek de argumenten van de curator voor een geconsolideerde afwikkeling onvoldoende had weerlegd. Bovendien had Creditheek onvoldoende criteria voor een gescheiden afwikkeling aangedragen om tot het oordeel te kunnen komen dat de R-C een onjuiste beslissing had genomen. De rechtbank achtte de argumenten van de curatoren voor een geconsolideerde afwikkeling doorslaggevend.

4.5 Praktische argumenten voor samengevoegde afwikkeling

Soms worden praktische voordelen aangemerkt als (extra) argument dat pleit voor consolidatie. Wordt consolidatie bijvoorbeeld bevolen op grond van vermogens-

387 O.a. *In re Murray Industries*, 119 B.R. 820, 832 (Bankr. M.D. Fla. 1990) en *In re Standard Brands Paint Co*., 154 B.R. 571-572 (Bankr. C.D. Cal. 1993).

388 *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)* [1991] 2 NZLR 296.

389 Zie over de rol van crediteuren bij de besluitvorming omtrent consolidatie: paragrafen 6.1.2 en 6.1.4.

390 Rb. ‘s-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87 (Infotheek).

vermenging, dan is een bijkomend praktisch voordeel dat de curator een hoop uitzoekwerk bespaard blijft. En wanneer de onderneming van de vennootschappen kan worden gered, kan consolidatie ertoe leiden dat slechts één reorganisatieplan of akkoord hoeft te worden opgesteld. Daardoor zal de sanering van de schulden sneller kunnen plaatsvinden en kan het bedrijf sneller opnieuw op de rails worden gezet. Deze gevolgen van een samengevoegde afwikkeling zijn meestal niet alleen voordelig voor de curator in het faillissement, maar eveneens voor de crediteuren. Minder werk voor de curator betekent minder declarabele uren, hetgeen minder kosten voor de boedel inhoudt, waardoor meer over blijft ter verdeling onder de crediteuren. Aan deze praktische argumenten voor consolidatie wordt in deze paragraaf aandacht besteed.

4.5.1 Beperking van de werklast

In de Verenigde Staten is vermogensvermenging een omstandigheid die regelmatig bij de beoordeling van het verzoek om consolidatie in ogenschouw wordt genomen. Indien wegens vermogensvermenging tot consolidatie wordt besloten merken sommige rechters met zoveel woorden op dat consolidatie de *trustee* in dat geval veel uitzoekwerk bespaart, bijvoorbeeld omdat de intercompany-verhoudingen niet uitgezocht hoeven te worden. Ook blijft de *trustee* gevrijwaard van het instellen van acties om ongeoorloofde intercompany-transacties terug te draaien.[391] Deze beperking van de werklast van de *trustee* betekent een kostenbesparing voor de boedel, waardoor er meer ter verdeling onder de crediteuren overblijft.[392]

In Nieuw-Zeeland worden dit soort praktische consequenties van samengevoegde afwikkeling eveneens meegenomen in de beoordeling van een verzoek daartoe, voornamelijk in het kader van artikel 272(2)(e) CA 1993 (NZ), dat de rechter toestaat die factoren die hij van belang acht in ogenschouw te nemen bij de beoordeling of consolidatie *just and equitable* is. Het betreft dan net als in de Verenigde Staten vaak voordelen, die ontstaan wanneer consolidatie plaatsvindt op grond van onderlinge (financiële) vervlechting, zoals minder uitzoekwerk en het niet hoeven voeren van gerechtelijke procedures in verband met ongeoorloofde intercompany-transacties. Bij het uitblijven van een consolidatie zou in dat geval de afwikkeling worden vertraagd, de rechtsonzekerheid worden vergroot en zouden aanzienlijke kosten moeten worden gemaakt.[393]

In Frankrijk daarentegen, spelen praktische voordelen nauwelijks een rol. Enkel in de lagere rechtspraak wordt soms met een gecombineerd beroep op economische verwevenheid tussen de concernmaatschappijen en praktische overwegingen overgegaan tot uitbreiding annex consolidatie.[394] De *Cour de cassation*

391 Bijvoorbeeld: *In re Apex Oil Co*. 118 B.R. 683, 693 (Bankr. E.D. Mo. 1990).

392 Kors *U.Pitt. L.Rev.* 1998, p. 414-417.

393 Bijvoorbeeld: *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)* [1991] 2 NZLR 296.

394 Bijvoorbeeld: Trib. com. Parijs 4 juni 1984, *JCP* 1984, II, 20273; Trib. com. Parijs 13 februari 1986, *Gaz. Pal*. 1986, som., p. 220, m.nt. Marchi; Trib. com. Aix-en-Provence 5 november 1986, *PA* 8 april 1987, nr. 42, p. 29.

gaat hier niet in mee. Zij houdt vast aan de opvatting dat enkel op grond van vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap tot uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedures kan worden overgegaan.[395] In een arrest van 9 april 1991 vernietigde de *Cour de Cassation* een beslissing van het hof tot consolidatie van de faillissementen van een moedermaatschappij en zeven dochtermaatschappijen. Bij de beoordeling van het verzoek om consolidatie had het hof een onderscheid gemaakt tussen een samenvoeging van reeds geopende faillissementsprocedures (consolidatie sec), zoals in casu verzocht, en uitbreiding annex consolidatie van een faillissement. Daarna had het hof overwogen dat in deze zaak

> '(…) le seul point restant à juger est celui de l'opportunité de faire de ces liquidations un seul et même dossier dans l'intérêt des créanciers des sociétés en cause et dans un souci de bonne administration de la justice, après établissement de l'existence des liens privilégiés unissant ces sociétés;'[396]

De *Cour de cassation* stemde niet in met dit oordeel van het hof. Zij merkte op dat de consolidatiebeslissing hier geen basis vond in het recht, nu het hof niet had onderzocht of tussen de vennootschappen vermogensvermenging bestond of dat sprake was van een fictieve vennootschap. Daarbij is niet van belang of het reeds geopende insolventieprocedures betreft.[397] Het hoeft echter niet te verbazen dat een enkele Franse auteur melding maakt van praktische voordelen wanneer de achtergrond van uitbreiding annex consolidatie wegens vermogensvermenging wordt behandeld[398] of van een procedurele vereenvoudiging die uitbreiding annex consolidatie te weeg brengt.[399]

In Nederlandse literatuur wordt af en toe aandacht besteedt aan de praktische voordelen en de daaruit voortvloeiende positieve gevolgen voor crediteuren die consolidatie kan bieden. Erkend wordt dat samengevoegde afwikkeling administratief eenvoudiger is dan enkelvoudige afwikkeling van de faillissementen, vooral wanneer de vermogens van de betrokken vennootschappen zijn vermengd. Een samengevoegd faillissement kan daardoor sneller worden afgewikkeld dan de enkelvoudige faillisementen zouden zijn afgewikkeld, waardoor de afwikkelingskosten lager zijn dan bij enkelvoudige afwikkeling. Door de snellere afwikkeling

395 Cass. com. 20 juni 1984, *Bull. civ*. IV, p. 169, nr. 203; Cass. com. 9 april 1991, *Bull. civ.* IV, p. 92, nr. 128; *D.* 1991, som., p. 3, m.nt. Derrida; Cass. com. 20 oktober 1992, *Rev. soc.* 1993, p. 449 en Cass. com. 4 januari 2000, nr. 97-15867, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie ook: CA Montpellier 11 januari 1990, niet gepubliceerd, aangetroffen bij Derrida 1991, p. 36.

396 Te kennen uit: Cass. com. 9 april 1991, *Bull. civ.* IV, p. 92, nr. 128; *D.* 1991, som., p. 3, m.nt. Derrida.

397 Cass. com. 9 april 1991, *Bull. civ.* IV, p. 92, nr. 128; *D.* 1991, som., p. 3, m.nt. Derrida.

398 Pétel, noot onder CA Versailles 29 maart 1990, *Bull. Joly.* 1990, p. 563 en idem, noot onder Cass. com. 11 mei 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1052. Zie ook: Diagre 1996, Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales…), p. 13, nr. 89.

399 Barbièri *PA* okt. 1996, p. 11.

kunnen crediteuren eerder een uitkering verwachten, die ten gevolge van de lagere kosten bovendien hoger kan zijn dan bij enkelvoudige afwikkeling. Voorts leidt eerdere uitkering tot een rentebesparing.[400] Daarnaast omzeilt consolidatie het probleem dat de curator in de praktijk vaak moeilijk een onderscheid in de urenverantwoording per faillissement kan maken wanneer de vennootschappen onderling zeer nauw zijn verbonden. In geval van consolidatie kan de curator de gemaakte uren ten laste van de samengevoegde boedel brengen.[401] Bovendien kan de curator steeds volstaan met één verslag voor alle vennootschappen gezamenlijk.[402] Ook in de Nederlandse insolventiepraktijk zijn dit soort voordelige gevolgen van samengevoegde afwikkeling bekend.

De vraag of aan samengevoegde afwikkeling voordelen zijn verbonden vergeleken met enkelvoudige afwikkeling is beantwoord door 49 van de 50 Insolad-respondenten die bij een consolidatie betrokken zijn geweest.[403] Tevens heeft één van de overige – niet over ervaring met consolidatie beschikkende – respondenten deze vraag beantwoord, waardoor ook deze vraag door in totaal 50 personen is beantwoord. Van deze 50 respondenten hebben er 45 de genoemde vraag bevestigend beantwoord. Slechts 3 van hen gaven een negatief antwoord[404] en 2 betoogden dat het antwoord op deze vraag afhangt van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van verbondenheid tussen de betrokken vennootschappen.

Als voordelen verbonden aan consolidatie werden onder meer genoemd:

- eenvoudiger voor de curator (17 keer);
- minder/geen problemen meer bij toedeling van kosten, activa en passiva (11 keer); daarbij wordt 4 keer expliciet verwezen naar intercompany-verhoudingen.
- minder kostbaar (9 keer);
- minder tijdrovend (6 keer);
- concernbenadering mogelijk maken, onder meer door rekening te houden met de concernfinanciering en de eenheid die het concern tegenover derden vaak is (6 keer);
- één verslaglegging; minder administratieve werkzaamheden voor de curator (5 keer);

400 Josephus Jitta 1999, p. 105.

401 Enkele Insolad-respondenten noemden deze omstandigheid als een van de omstandigheden waaronder in de bij hen bekende gevallen consolidatie heeft plaatsgevonden. Zie bijlage I, vraag 10. Zie over de toedeling van kosten ook paragraaf 1.1.3.3.

402 Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat dit thans ook al gebeurt in enkelvoudig afgewikkelde zaken van onderling nauw verbonden vennootschappen. Zie bijvoorbeeld de verslaglegging in de faillissementen van NV Koninklijke Nederlandse Vliegtuigenfabriek Fokker, Fokker Administration BV en Fokker Aircraft BV, evenals de verslaglegging in het faillissement van Landis Group NV c.s.

403 Dat is vraag 12, zie bijlage I.

404 Daaronder begrepen de niet over ervaring beschikkende respondent.

– consolidatie bevrijdt de curator van ingewikkelde voorlopige erkenning ronde (1 keer).

Voorts werd door een enkeling gewezen op de voor de curator persoonlijk aan de consolidatie verbonden voordelen dat de samengevoegde boedels aansprakelijk zijn voor zijn salaris en dat de snellere afwikkeling betekent dat de curator eerder zal worden betaald voor zijn werkzaamheden.

De enkele omstandigheid dat consolidatie de werklast van de curator, en waarschijnlijk ook de R-C beperkt, biedt mijns inziens op zichzelf geen afdoende argument voor samengevoegde afwikkeling. De daardoor optredende tijd- en kostenbesparing met als positief gevolg dat crediteuren mogelijk eerder een uitkering ontvangen, die bovendien hoger kan uitvallen, kan wel een argument zijn voor consolidatie. Dit positief gevolg van consolidatie moet worden meegenomen in de eerder genoemde afweging van voor- en nadelen van een samengevoegde afwikkeling in een concreet geval. Het kan heel goed zijn, dat dit soort voordelen duidelijk het nadeel opheffen dat een bepaalde (groep) crediteur(en) ondervindt van de consolidatie. Een kostenbesparing sec kan mijns inziens als rechtvaardiging voor consolidatie worden aanvaard, mits deze vooraf met een redelijke mate van zekerheid vaststaat en blijkt dat de eventuele nadelen van de consolidatie voor bepaalde crediteuren daardoor worden gecompenseerd.

4.5.2 Vereenvoudiging van de reorganisatie- of akkoordprocedure

Een ander praktisch argument, dat in de Verenigde Staten bij de beoordeling van de wenselijkheid van consolidatie een rol speelt, is dat consolidatie de reorganisaties van de vennootschappen kan vereenvoudigen en daardoor versnellen. Zo kan het zijn dat door de consolidatie de mogelijkheid wordt vergroot om langetermijn financiering aan te trekken, waardoor een reorganisatie wordt vereenvoudigd.[405] Evenwel blijkt dat het vergemakkelijken van een reorganisatie weliswaar een argument is dat pleit voor samengevoegde afwikkeling, maar dat dit onvoldoende grond is om daartoe te besluiten wanneer daardoor crediteuren van een van de betrokken vennootschappen (ernstig) zouden worden benadeeld. Zo onderzocht de *Bankruptcy Court for the Eastern District of Pennsylvania* in *In re F.A. Potts & Co., Inc.*, na te hebben vastgesteld dat consolidatie de reorganisatie van de twee vennootschappen zou vereenvoudigen, bovendien of de voordelen

405 *In re F.A. Potts & Co., Inc.*, 23 B.R. 569, 573 (Bankr. E.D. Pa. 1982). Zie voorts *In re Manzey Land & Cattle Co*., 17 B.R. 332, 337-338 (Bankr. S.D. 1982), waar de *Bankruptcy Court for the District of South Dakota* als belangrijke – maar niet als enige – in ogenschouw te nemen factor aanmerkte dat de betrokken natuurlijke personen en de vennootschap allen agrariërs waren, waarbij de natuurlijke personen de landbouwgrond in eigendom hadden en de vennootschap de machines, het vee en de gewassen. Het zou zeer moeilijk worden om de bedrijven van deze debiteuren afzonderlijk te reorganiseren.

van consolidatie opwogen tegen de nadelen die twee bezwaarmakende crediteuren betoogden van de consolidatie te zullen ondervinden.[406]

Voor wat betreft Nieuw-Zeeland moet hier de *statutory management*procedure worden genoemd.[407] Als opgemerkt biedt deze procedure een bijzondere mogelijkheid om ondernemingen te reorganiseren. De procedure kan worden toegepast wanneer daardoor de zaken van vennootschappen die in problemen verkeren sneller en ordelijker kunnen worden afgehandeld dan zonder toepassing van de procedure het geval zou zijn.[408] Ook nu het voorstel doorgang vindt om een *voluntary administration (VA) procedure* in te voeren[409], vergelijkbaar met de VA-procedure in Australië, blijft de *statutory management*procedure bestaan. De VA-procedure zal een meer gangbare reorganisatiemogelijkheid bieden, die thans in Nieuw-Zeeland niet voor handen is. Dienaangaande is besloten om consolidatie ook mogelijk te maken ten aanzien van vennootschappen *in administration*. De achterliggende gedachte daarbij is dat:

> 'Pooling can be a facilitative process, which can aid the rehabilitative process of the companies in VA by avoiding duplication of administrative processes (…).'[410]

In Nederland kunnen vergelijkbare argumenten naar voren worden gebracht. Denk in de eerste plaats aan gevallen waarin in faillissement een akkoord kan worden overeengekomen. In die gevallen kan consolidatie de schuldsanering vergemakkelijken, omdat slechts één akkoord hoeft te worden opgesteld voor alle vennootschappen gezamenlijk. Dit betekent wederom minder werk en minder kosten. Zo vereist de opstelling van één enkel akkoord slechts één enkele stemming. Deze gang van zaken is voor curatoren en andere betrokkenen minder tijdrovend en daarom minder kostbaar. Daarnaast kunnen de kosten worden beperkt wanneer crediteuren vorderingen hebben op meer dan één der betrokken vennootschappen, hetgeen in concernverhoudingen door de vele hoofdelijke aansprakelijkstellingen nogal eens het geval zal zijn. Er hoeft dan slechts één maal

---

406 Zie ook: *In re Flora Mir Candy Corp*., 432 F.2d 1060, 1063 (2d Cir. 1970). En verder: *In re Murray Industries*, 119 B.R. 820, 832 (Bankr. M.D. Fla. 1990), waar de *Bankruptcy Court for the Middle District of Florida, Tampa Division*, alvorens op te merken dat consolidatie de reorganisatie zou vereenvoudigen, concludeerde dat de crediteurencommissie een voorstander was van consolidatie en dat de voordelen verbonden aan consolidatie duidelijk opwogen tegen de ermee gepaard gaande nadelen voor een aandeelhouder en een crediteur, die als insider werd gekwalificeerd.

407 Zie over deze procedure ook paragraaf 3.1.3.1.

408 Business Rehabilitation. Discussion Document, mei 2002, nr. 47.

409 Zie *Part 15A – Voluntary Administration* dat in de CA 1993 (NZ) is geïntroduceerd door de *Companies Amendment Act 2006*, welke wet naar verwachting in oktober 2007 in werking treedt, zie *Personal Insolvency and Companies (Voluntary Administration) Regulations – Cabinet Paper*, paragraaf 91-92, gepubliceerd op 3 juli 2007, <http://www.med.govt.nz>, geraadpleegd op 30 augustus 2007.

410 *Final Cabinet Paper on proposed amendment to the Draft Bill*, juni 2005, nr. 32.

de procedure voor oproeping tot de verificatievergadering te worden gevolgd, zie artikelen 109 en 115 Fw. Ook hoeft aan crediteuren in dat geval slechts één maal een bericht te worden verzonden waarin van de nederlegging van het ontwerpakkoord ter griffie melding wordt gemaakt, zie artikel 115 Fw. Bovendien kan een eventuele bedrijfssanering ook gezamenlijk worden doorgevoerd, hetgeen aansluit bij de praktijk dat de verschillende concernvennootschappen in de regel samen één onderneming drijven.

In Frankrijk is men over deze gedachtengang echter minder te spreken. Daar is opgemerkt dat: '(…) l'extension est tournée vers le passé; elle n'a aucune vocation à traiter les difficultés des entreprises ni à assurer leur « sauvetage » (…).'[411] Desalniettemin ziet men in de praktijk wel dat uitbreiding annex consolidatie wegens vermogensvermenging is geïnstigeerd om zo een vereenvoudiging van de reorganisatie van de groep te bewerkstelligen.[412] Verwacht wordt dat deze handelswijze tegen de achtergrond van Cass. com. 19 april 2005 en Cass. com. 10 januari 2006[413] moeilijker uitvoerbaar wordt.[414]

Iets anders is een eventuele samengevoegde surséance van betaling. Gezien het beperkte bestek van deze dissertatie, wil ik daar niet te veel aandacht aan besteden. Als gezegd is een samengevoegde afwikkeling van reorganisatieprocedures in de Verenigde Staten en Frankrijk al mogelijk en zijn daartoe voorstellen gedaan in Nieuw-Zeeland. De Nederlandse praktijk lijkt verdeeld over de wenselijkheid van een mogelijkheid tot samengevoegde afwikkeling van surséances.

> De vraag of ingeval ten aanzien van twee of meer (verbonden) vennootschappen een surséance van betaling is uitgesproken consolidatie in het algemeen mogelijk moet zijn, is door 65 van de 67 Insolad-respondenten beantwoord.[415] 34 van de 67 respondenten (50,7%) beantwoordden deze vraag in negatieve zin en 29 respondenten (43,3%) gaven een positief antwoord. 1 respondent (1,5%) had omtrent het gevraagde geen mening en 1 respondent (1,5%) gaf geen direct antwoord op de vraag, maar betoogde enkel dat het belang van de crediteuren voorop staat.
> De respondenten die een bevestigend antwoord hebben gegeven, motiveerden hun oordeel met zeer verschillende argumenten. Genoemd werden onder meer: geconsolideerde surséance zou aansluiten bij de regeling voor faillissementen (4 keer); de afwikkeling van de surséance wordt vereenvoudigd (1 keer); en indien er sprake is van een onscheidbare vermenging is dit in het belang van alle/de meeste crediteuren (1 keer).
> De respondenten die een geconsolideerde surséance afwezen, betoogden daartoe onder meer dat consolidatie uitzondering moet zijn (2 keer); dat dit te

411 Barbièri *PA* okt. 1996, p. 12-13.
412 Grelon & Dessus-Larrivé *Rev. soc.* 2006, p. 297.
413 Cass. com. 19 april 2005, *D.* 2005, AJ, p. 1225, m.nt. Lienhard en Cass. com. 10 januari 2006, *Rev. soc.* 2006, p. 629, m.nt. Roussel Galle.
414 Vgl. Grelon & Dessus-Larrivé *Rev. soc.* 2006, p. 297-299.

ingewikkeld wordt (1 keer), en dat de ene vennootschap levensvatbaar kan zijn terwijl de andere kansloos is (1 keer).

Mijns inziens pleiten de argumenten voor een samengevoegde afwikkeling van faillissementen in beginsel ook voor de samengevoegde afwikkeling van surséances. Het hiervoor genoemde argument dat een samengevoegde surséance niet wenselijk is, omdat samengevoegde afwikkeling een uitzondering moet blijven, kan ik niet steunen. Natuurlijk is en blijft enkelvoudige afwikkeling de regel, maar er zijn net als bij een samengevoegde afwikkeling van faillissementen gevallen denkbaar waarin de belanghebbenden bij de surséances zijn gebaat bij een consolidatie. Ook het argument dat de ene vennootschap levensvatbaar kan zijn terwijl de andere kansloos is overtuigt mij niet. Deze situatie kan zich ook voordoen in een faillissement. Steeds moet volgens mij worden bekeken of de voordelen van de samengevoegde afwikkeling voor crediteuren aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen.

4.6 Samengevoegde afwikkeling als subsidiaire regeling?

In de Verenigde Staten is aandacht besteed aan de vraag of samengevoegde afwikkeling van insolventieprocedures een subsidiair karakter heeft of zou moeten hebben. Dat wil zeggen of niet eerst moet worden geprobeerd met meer gangbare, wettelijk geregelde acties de aangetroffen problemen op te lossen en pas indien dit niet mogelijk blijkt over te gaan tot consolidatie. Ook in Frankrijk is deze kwestie zijdelings aan de orde geweest. In Nederland is de vraag naar het subsidiaire karakter van consolidatie verkapt naar voren gekomen in het betoog dat consolidatie tegemoet kan komen aan de moeilijke toepasbaarheid van de actio Pauliana en onrechtmatige-daadacties in concernverhoudingen.[416] Daarnaast kan wederom inspiratie worden geput uit de discussie over vereenzelviging. Daar is de vraag gesteld welke positie vereenzelviging inneemt tegenover een actie uit onrechtmatige daad.

In deze paragraaf worden deze tendensen nader uiteengezet en zal worden bezien in hoeverre aan consolidatie daadwerkelijk een subsidiair karakter kan en moet worden toegekend. In Nieuw-Zeeland en Ierland is bij mijn weten de vraag naar het eventuele subsidiaire karakter van *pooling* (nog) niet opgekomen, in deze paragraaf blijven die rechtstelsels daarom onbesproken.

De gedachte dat niet tot samengevoegde afwikkeling moet worden overgegaan, omdat *fraudulent transfer law*[417] en *preference law*[418] een oplossing bieden, vindt

415 Dat is vraag 35, zie bijlage I.
416 Zie: paragraaf 2.2.
417 11 U.S.C. § 548.
418 11 U.S.C. § 547.

men terug bij verschillende Amerikaanse auteurs.[419] Hun betogen zien dan op gevallen waarin een van de vennootschappen waartussen consolidatie wordt overwogen, activa heeft overgenomen van een andere daarbij betrokken vennootschap tegen een te lage prijs of waarin betaling van een schuld van de ene vennootschap heeft plaatsgevonden door de andere. Zo stelt Wes als voorwaarde voor consolidatie dat crediteuren niet via de normale wegen van crediteurenbescherming, zoals *fraudulent transfer law*, aan hen toegebracht nadeel kunnen compenseren. Slechts wanneer de intercompany-verhoudingen zo complex zijn dat grote bewijsproblemen ontstaan bij de uitoefening van de reguliere acties is consolidatie geoorloofd, aldus Wes.[420]

De ratio achter de voorkeur voor de toepassing van *fraudulent transfer* en *preference*-bepalingen is dat deze bepalingen specifiek in het leven zijn geroepen om onbehoorlijke vermogensverschuivingen aan te pakken, en zij minder vage normen inhouden dan het leerstuk inzake *substantive consolidation*, dat immers geen vastomlijnde toepasselijkheidscriteria kent.[421] Onder omstandigheden kan het bovendien zo zijn dat de crediteuren van de leeggehaalde vennootschap door de consolidatie meer of minder ontvangen, dan wanneer de *fraudulent transfer provisions* zouden zijn toegepast.[422] Een eenvoudig voorbeeld: stel vennootschap A heeft schulden ten bedrage van 200.000 Euro en activa ter waarde van 100.000 Euro. Vennootschap B heeft 200.000 Euro aan passiva en 50.000 Euro aan activa. Vennootschap A heeft middels paulianeuse handelingen om niet activa van B ontvangen ter waarde van 30.000 Euro. Wanneer na faillietverklaring van beide vennootschappen consolidatie plaatsvindt, zullen de crediteuren van vennootschap B slechts 25.000 Euro extra ontvangen ((100.000 + 50.0000) : 2 = 75.000 –50.000 = 25.000), in plaats van 30.000 Euro op basis van de *fraudulent transfer laws*.[423]

Ook in Amerikaanse jurisprudentie vindt men soms de overweging dat problemen die afdoende met *fraudulent transfer law* kunnen worden opgelost, ook langs deze weg en niet door middel van consolidatie moeten worden opgelost. Zo overwoog de *Bankruptcy Court for the Western District of Missouri, Western Division* in *In re Ford* dat:

---

419 Bijvoorbeeld: Kors *U. Pitt. L.Rev.* 1998, p. 420-423, 430-431 en 438-441; Neely 1988, p. 46; Predko *Wayne L. Rev*. 1995, p. 1769-1770 en Wes *Cal.L.Rev*. 1977, p. 736-737.

420 Wes *Cal. L.Rev.* 1977, p. 736-737. En in vergelijkbare zin: Kors *U. Pitt. L.Rev.* 1998, p. 420-423 (m.n. ook nt. 241). Zie ook Frost (*Hastings L.J.* 1993, p. 486 e.v.), die met name bewijsproblemen signaleert in verticaal georganiseerde concerns, omdat daar meer dan in horizontaal georganiseerde concerns en conglomeraten, goederen worden overgedragen tussen de vennootschappen, waardoor verduistering eerder mogelijk is. Bij verticaal georganiseerde concerns zou consolidatie daarom als regel moeten worden aanvaard.

421 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 422-423.

422 Kors *U.Pitt.L.Rev.* 1998, p. 421.

423 Voorbeeld ontleend aan: Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 421, nt. 237 en 238. Let wel, bij consolidatie kunnen kostenvoordelen dit nadeel (deels) compenseren.

> 'The remedy for the diverting of payments from an entity soon to go into bankruptcy is *a suit by the trustee to recover these monies or property* under sections 544-550 of the Bankruptcy Code. It is not, without a great deal more, grounds for consolidation of the entities.'[424]

En de *Court of Appeals for the Third Circuit* overwoog recent in *In re Owens Corning* ten aanzien van consolidatie dat:

> '(…) this "rough justice" remedy should be rare and, in any event, one of last resort after considering and rejecting other remedies (for example, the possibility of more precise remedies conferred by the Bankruptcy Code).'[425]

In de meeste zaken wordt echter aan deze kwestie geen aandacht besteed, waardoor ik niet zou willen aannemen dat in de Verenigde Staten voor consolidatie vereist is dat zich problemen voordoen die niet door toepassing van *fraudulent transfer law* kunnen worden opgelost.

Opmerkelijk is dat de moeilijke toepasbaarheid in de praktijk van een in de wet opgenomen actie in Frankrijk daadwerkelijk ertoe heeft geleid dat men zijn toevlucht heeft genomen tot het leerstuk inzake uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedures.

Zoals eerder beschreven is het begrip 'fictieve vennootschap' in Frankrijk door de jaren heen verruimd. In de traditionele opvatting is sprake van een fictieve vennootschap wanneer vanaf de oprichting bij de vennoten of aandeelhouders de wil ontbreekt om op voet van gelijkheid samen te werken in de vennootschap. Problemen die na de oprichting optreden bij rechtsgeldig opgerichte en alle formaliteiten nalevende vennootschappen, bijvoorbeeld doordat hun oprichter, aandeelhouders en/of bestuurders de vennootschappen gebruiken om risico's af te wentelen op crediteuren, kunnen volgens deze opvatting niet met een beroep op het fictieve karakter van de vennootschap worden aangepakt. Om aan dit soort problemen een einde te maken, werd traditioneel de *action en comblement du passif* ingezet.[426] Dit is een aansprakelijkheidsregeling vergelijkbaar met de Nederlandse regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid voor het tekort in faillissement, artikel 2:138/248 BW. In het kort houdt de regeling in dat *de jure* en *de facto* bestuurders van een rechtspersoon voor het tekort in het faillissement van deze rechtspersoon aansprakelijk kunnen worden gesteld wanneer sprake is van een *faute de gestion* (bestuursfout) die heeft bijgedragen aan het ontstaan van dit tekort.

---

424 *In re Ford*, 54 B.R. 145, 148, nt. 6 (Bankr. W.D. Mo. 1984). Zie ook: *In re Lease-a-fleet, Inc.*, 141 B.R. 869, 877 (Bankr. E.D. Pa. 1992).

425 *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195, 211 (3rd Cir. 2005). Zich hierbij aansluitend: *In re Amco Insurance*, 444 F.3d 690, nt. 5 (5th Cir. 2006).

426 Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 2, nr. 5-6. NB Deze actie is thans bekend onder de noemer: *responsabilté pour insuffisance d'actif* en enigszins aangepast neergelegd in: artikel L651-2 C. com.

Deze regeling is (te) streng gebleken. Zij kan alleen worden ingezet tegen (feitelijke) bestuurders en bewijs is vereist van een door de bestuurders begane fout, hetgeen niet eenvoudig is te leveren. Op den duur werden deze moeilijkheden steeds vaker omzeild door het faillissement van de vennootschap wegens fictiviteit van deze vennootschap uit te breiden naar de onbehoorlijk handelende achterman. Daardoor deed een tweede vorm van fictiviteit zijn intrede: de economische fictiviteit.[427]
Dat echter niet zonder meer moet worden gegrepen naar uitbreiding annex consolidatie lijkt te volgen uit Cass. com. 19 april 2005, in welke zaak de *Cour de cassation* vaststelde dat geen sprake was van ongebruikelijke financiële relaties die duidden op vermogensvermenging, en zij de verzoekers tot uitbreiding annex consolidatie vervolgens wees op het bestaan van de mogelijkheid om de bestuurders aansprakelijk te stellen voor het tekort in de boedel.[428] Wat de *Cour de cassation* met deze vingerwijzing voor ogen had, is niet helmaal helder, maar zij wordt in Frankrijk niet over het hoofd gezien.[429]

In hoofdstuk 2 is reeds naar voren gekomen dat ook in Nederland is betoogd dat invoering van een consolidatieregeling een einde kan maken aan bewijs- en kostenproblemen die zijn verbonden aan de toepassing van de actio Pauliana en de onrechtmatige-daadactie in concernverhoudingen. Deze problemen kunnen worden beperkt door de faillissementen van verbonden concernvennootschappen samengevoegd af te wikkelen, omdat genoemde acties dan overbodig worden waar zij zijn gericht op het aantasten van intercompany-transacties en de curator door de samenvoeging van het actief middelen verkrijgt om alsnog tegen onbehoorlijke transacties met derden op te treden.[430] Ik heb toen al opgemerkt dat mijns inziens zonder nader onderzoek niet kan worden aangenomen dat consolidatie redelijker en voordeliger is dan enkelvoudige afwikkeling in combinatie met een onrechtmatige-daadactie en/of een beroep op de faillissementspauliana, tenzij de bewijsproblemen voortvloeien uit het bestaan van vermogensvermenging of de daarmee gepaard gaande uitzoekkosten zo hoog zouden zijn dat consolidatie een netto-uitkeerbare opbrengst veilig stelt of in ieder geval een zodanige kostenbesparing inhoudt dat de voor sommige crediteuren ermee gepaard gaande nadelen worden gecompenseerd. In alle andere gevallen moet steeds worden onderzocht of de met de consolidatie voor de betrokken crediteuren gepaard gaande voordelen aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen daarmee gepaard gaande nadelen.

427 Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 2. Zie over deze vorm van fictiviteit verder paragraaf 4.3.2.3.

428 Cass. com. 19 april 2005, *D.* 2005, AJ, p. 1225, m.nt. Lienhard; *Bull. Joly* 2005, p. 690, m.nt. Saint-Alary-Houin; *Dr. & Patr.* 2005, p. 105, m.nt. Monsèrié-Bon; *Dr. soc.* juli 2005, p. 26, m.nt. Legros, en waarover ook Lucas en Le Corre, *D.* 2005, pan., p. 2013-2014.

429 Zie: Grelon & Dessus-Larrivé, *Rev. soc.* 2006, p. 293 en Roussel Galle, noot onder Cass. com. 10 januari 2006, *Rev. soc.* 2006, p. 636.

430 Zie: paragraaf 2.2.

Omdat duidelijke overeenkomsten bestaan tussen vereenzelviging en consolidatie[431] is in dit verband voorts interessant de discussie die in Nederland ten aanzien van vereenzelviging is gevoerd. Daarbij is de vraag gesteld of een actie uit onrechtmatige daad de voorkeur verdient boven vereenzelviging.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad is wel afgeleid dat enkel tot vereenzelviging mag worden overgegaan als de normschending niet (ook) op een andere wijze – bijvoorbeeld middels een actie uit onrechtmatige daad of uit wanprestatie – kan worden beëindigd.[432] Deze opvatting is vergelijkbaar met de hiervoor weergegeven opvatting die de *Court of Appeals for the Third Circuit* in *In re Owens Corning* ten aanzien van consolidatie kenbaar maakte. Zij is in Nederland echter kritisch ontvangen waar het de verhouding vereenzelviging – onrechtmatige daad betreft, omdat dit samenloopcriterium gewrongen situaties kan opleveren.[433] Het zou de crediteur vrij moeten staan te bepalen op welke wijze hij zijn vordering wil verhalen.[434] Naar mijn oordeel kan ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad niet worden afgeleid dat vereenzelviging enkel mogelijk is wanneer bijvoorbeeld een onrechtmatige-daadactie geen soelaas biedt. Uit de jurisprudentie volgt enkel dat de Hoge Raad, vanwege de ingrijpende gevolgen die vereenzelviging kan hebben, in beginsel de voorkeur geeft aan een onrechtmatige-daadactie. Onder uitzonderlijke omstandigheden kan vereenzelviging evenwel beter op haar plaats zijn dan een onrechtmatige-daadactie, hetgeen op zichzelf niets zegt over de slagingskansen van laatstgenoemde actie in dat geval. Zou dit anders zijn en zou moeten worden aangenomen dat vereenzelviging enkel mag plaatsvinden wanneer een onrechtmatige-daadactie geen soelaas biedt, dan zou men in principe steeds opnieuw aanlopen tegen de door Timmerman genoemde moeilijkheid dat voorkomen moet worden dat door middel van vereenzelviging de door de wetgever en de rechter bewust getrokken grenzen aan onder andere de zorgplicht en de relativiteit worden doorbroken.[435]

Voorts acht een aantal auteurs een terughoudende toepassing van vereenzelviging geïndiceerd, omdat een onrechtmatige-daadactie een meer genuanceerde beoordeling mogelijk maakt dan vereenzelviging. Bij een onrechtmatige-daadactie kan eerder met uiteenlopende factoren, zoals de reikwijdte van de zorgplicht, relativiteit en eigen schuld van de benadeelde rekening worden gehouden.[436] Timmerman wijst in dit verband op de door de Hoge Raad in het *Rainbow*-arrest[437] aangeduide kwestie dat vereenzelviging aansprakelijkheid voor de gehele

431 Zie daarover paragraaf 4.3.3.1.

432 Bijvoorbeeld Huiskes, noot onder HR 15 januari 1999, *JOR* 1999, 57, nr. 6 (Gipstein/Erato).

433 De Witte Wijnen, noot onder Hof Amsterdam, 1 oktober 1998, *JOR* 1999, 136 (Rainbow Products/Ontvanger), nr. 5 en 6.

434 Van Dongen 1995, p. 43, 209-210 en 292-297.

435 Timmerman *OR* 2001, p. 295; idem 2002, p. 17.

436 Roelvink *WPNR* 1996, p. 112; Timmerman *TVVS* 1996, p. 137; idem 2000, p. 152; idem *OR* 2001, p. 299; idem 2002, p. 26 en Lennarts 1999, p. 242-243. Zij beschouwt vereenzelviging als een 'botte bijl' in vergelijking met 'het fileermes' van de onrechtmatige daad.

437 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Ma; *OR* 2000, p. 442, m.nt. Lennarts (Rainbow), overweging 3.5.

vordering van een verbonden (rechts)persoon impliceert, terwijl bij een onrechtmatige-daadactie rekening kan worden gehouden met de omstandigheid dat de schade lager kan zijn dan het bedrag van de vordering.[438]

Bartman en Dorresteijn betogen dat hier een denkfout wordt gemaakt. Vereenzelviging zou namelijk niet steeds hoeven te leiden tot een medeaansprakelijkheid van de aangesproken entiteit voor de volle omvang van de vordering op de oorspronkelijke debiteur, omdat de rechter (als het contractschade betreft: naar analogie) gebruik kan maken van het hem ex artikel 6:109(1) BW toekomende matigingsrecht.[439] Deze visie van Bartman en Dorresteijn overtuigt mij niet. De betrokken (rechts)personen worden door de vereenzelviging als één en dezelfde entiteit beschouwd, waardoor het handelen van de oorspronkelijk debiteur wordt aangemerkt als handelen van de te vereenzelvigen (rechts)persoon. De daaruit voortvloeiende verplichtingen zijn voor beide (rechts)personen gelijk. Indien ten aanzien van één van hen de verplichting zou worden gematigd, wordt afbreuk gedaan aan het vereenzelvigingsprincipe dat het identiteitsverschil volledig wordt weggedacht.

Mijns inziens moet ten aanzien van consolidatie een vergelijkbare benadering worden gevolgd als die, die de Hoge Raad volgens mij voorstaat ten aanzien van vereenzelviging. Dat betekent dat niet moet gelden dat consolidatie pas mogelijk is wanneer een actio Pauliana of een actie uit onrechtmatige daad geen uitkomst biedt. Soms is consolidatie nu eenmaal beter op haar plaats dan enkelvoudige afwikkeling in combinatie met een actio Pauliana of een actie uit onrechtmatige daad, bijvoorbeeld wanneer de crediteuren hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van de groep als zodanig. Niet alle problemen kunnen afdoende worden opgelost via een actie uit onrechtmatige daad[440] of een actio Pauliana. Zoals ook in Frankrijk is gebeurd, kan blijken dat de bestaande norm bezwaarlijk een billijke oplossing biedt en een 'nieuwe' actie moet worden ontwikkeld.

Het is overigens wel mogelijk dat zich een geval voordoet waarin consolidatie billijk is en een actio Pauliana of een onrechtmatige-daadactie niet mogelijk is. Denk aan gevallen waarin wordt geconsolideerd, omdat sprake is van vermogensvermenging. In die gevallen kan bezwaarlijk een actio Pauliana, die zich in principe richt op specifieke benadelende rechtshandelingen, worden toegepast. De grondslag voor consolidatie is dan dat enkelvoudige afwikkeling niet meer mogelijk is op een tegenover crediteuren te verantwoorden manier, omdat dit een arbitraire verdeling van vermogensbestanddelen zou eisen of omdat dat de kosten die gepaard gaan met het uitzoeken van de eigendomsverhoudingen zo hoog zijn dat consolidatie voor crediteuren voordeliger is. Wat in ieder concreet geval moet worden onderzocht is of consolidatie gezien de belangen van de gezamenlijke

438 Zie Timmerman, zoals hiervoor aangehaald en verder Lennarts, noot onder *Rainbow*-arrest, *OR* 2000, p. 443-444.

439 Bartman en Dorresteijn 2006, p. 234 en Bartman *WPNR* 2000, p. 797.

440 Evenzo: Roelvink 1977, p. 162. Hij merkt op dat een onrechtmatige-daadactie geen panacee is voor alle moeilijkheden. En in vergelijkbare zin o.m.: Bartman *WPNR* 1996, p. 878; Van Oven 1972, p. 125-126 en Slagter 1988, p. 20.

crediteuren van de betrokken vennootschappen op haar plaats is. Men moet die oplossing kiezen die het beste te verantwoorden is ten opzichte van de gezamenlijke crediteuren van de betrokken vennootschappen. Daarbij moet onder meer rekening ermee worden gehouden dat consolidatie soms tot overcompensatie kan leiden of crediteuren juist onvoldoende compenseert en dat door de consolidatie kostenbesparingen kunnen optreden omdat instelling van een actio Pauliana of een actie uit onrechtmatige daad ten aanzien van intercompany-transacties achterwege kan blijven.

Overigens moet erop worden gewezen dat de realisatie van een samengevoegde afwikkeling ook niet kosteloos is. Interessant is wederom om hier een parallel te trekken met vereenzelviging. In de discussie aangaande vereenzelviging is opgemerkt dat de weg van de onrechtmatige daad – in tegenstelling tot vereenzelviging – in sommige zaken geen adequate oplossing biedt vanwege de daaraan verbonden bewijs- en (daardoor) kostenproblemen.[441] Deze verwijzing naar de bewijs- en kostenproblemen verbonden aan een onrechtmatige-daadactie impliceert dat hetgeen de eiser bij een vordering gebaseerd op vereenzelviging moet bewijzen eenvoudiger zou zijn, dan hetgeen hij bij een onrechtmatige-daadactie moet aantonen. Die opvatting wordt vaker naar voren gebracht, waarbij vooral wordt gewezen op de moeilijkheid om het causaal verband tussen de daad en de schade aan te tonen.[442] De vraag is in hoeverre dit juist is. Verlopen beide acties in feite vaak niet even moeizaam? Het voor vereenzelviging met het oog op doorbraak van aansprakelijkheid in de regel vereiste misbruik van het identiteitsverschil zal voor een buitenstaander evenmin eenvoudig zijn aan te tonen. Bovendien kan de rechter de bewijslast anders verdelen wanneer de redelijkheid en billijkheid dit vorderen, zie artikel 150 Rv. De bewijslast kan daardoor in beide gevallen uiteindelijk even zwaar zijn.[443]

Eenzelfde dilemma doet zich voor in de verhouding onrechtmatige-daadactie/actio Pauliana – consolidatie. Bij een onrechtmatige-daadactie of een actio Pauliana noodzaakt de op de curator rustende bewijslast hem tot het doen van grondig onderzoek en daardoor het maken van kosten.[444] Dit betekent dat de kans op het succesvol instellen van een actie beperkt is voor een curator die over weinig activa beschikt. Consolidatie zou onder omstandigheden uitkomst kunnen bieden: acties die zien op aantasting van intercompany-transacties worden overbodig en door de samenvoeging van het actief verkrijgt de curator middelen om alsnog tegen onbehoorlijke transacties met derden op te treden. Echter, tegenover deze meevaller staat dat de curator die een samengevoegde afwikkeling beoogt,

441 Bartman *WPNR* 1996, p. 878. Ook Roelvink (1977, p. 160-161) en Timmerman (*TVVS* 1996, p. 136) onderkennen deze problemen.

442 Vgl. Klik *TMA* 1991, p. 108 en 116 en Roelvink 1977, p. 161.

443 Zie: Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 892. Zij merken op dat zowel een onrechtmatige-daadactie als een beroep op vereenzelviging een 'moeizaam procédé' kan worden genoemd.

444 Af en toe wordt de curator door de wetgever een hand toegestoken, zie artikel 43 Fw ten aanzien van de actio Pauliana.

in mijn visie zal moeten aantonen dat consolidatie op haar plaats is omdat de ermee gepaard gaande voordelen voor de crediteuren aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen. Ook deze bewijslast vergt van de curator dat hij een onderzoek doet, dit maal naar de verhoudingen tussen de vennootschappen onderling, hun profilering naar derden toe en de te verwachten gevolgen van een consolidatie. Naar mijn mening kan daarom niet zonder meer worden gezegd dat de bewijslast bij een enkelvoudige afwikkeling in combinatie met een onrechtmatige-daadactie of een actio Pauliana (veel) zwaarder is dan de bewijslast die op de curator rust in geval hij een samengevoegde afwikkeling voorstaat.

Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht onder welke omstandigheden samengevoegde afwikkeling op haar plaats is. Mijns inziens is dit het geval indien de daarmee voor de crediteuren van de betrokken vennootschappen gepaard gaande voordelen aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen. Niet moet worden aangenomen dat consolidatie slechts mogelijk is wanneer meer gangbare acties, zoals een onrechtmatige-daadactie of een actio Pauliana, geen oplossing bieden. Aan consolidatie moet geen subsidiair karakter worden toegekend.

Samengevoegde afwikkeling zal onder meer op haar plaats zijn wanneer de vermogens van de vennootschappen onontwarbaar zijn vermengd, in die zin dat niet meer kan worden vastgesteld welk vermogensbestanddeel aan welke vennootschap toebehoort. Een verdeling van de vermogensbestanddelen – op wat voor een wijze dan ook – zou in dat geval een willekeurig karakter hebben en niet zijn te verantwoorden tegenover de crediteuren van de gefailleerden. Bovendien is in dat geval iedereen bij consolidatie gebaat, althans kan niet met recht worden betoogd dat iemand er door de consolidatie op achteruit gaat. Daarbij moet naar mijn mening niet alleen een algehele vermogensvermenging samengevoegde afwikkeling kunnen rechtvaardigen, maar moet in beginsel ook een partiële vermogensvermenging daartoe aanleiding kunnen geven. Zou dit anders zijn, dan blijft men kampen met het probleem dat geen deugdelijke toedelingsmaatstaf kan worden gevonden voor het vermengde deel van de beide vermogens.

Voorts zal consolidatie op haar plaats zijn wanneer de vermengde vermogens nog wel kunnen worden gescheiden, maar de aan de scheiding verbonden kosten de netto-uitkeerbare opbrengst bedreigen. In alle andere gevallen zal een concrete afweging moeten plaatsvinden van de voor- en nadelen die de consolidatie met zich zal brengen voor de crediteuren van de gefailleerden. Denk dan bij voordelen vooral aan (geschatte) kostenbesparingen ten gevolge van de beperking van de werklast van de curator en bij nadelen aan de (verwachte) verslechtering van de verhaalspositie van een of meer crediteuren.

Anders dan in Frankrijk wel wordt aangenomen acht ik ongebruikelijke, traceerbare vermogensverschuivingen tussen de vennootschappen onvoldoende

reden voor een samengevoegde afwikkeling. Indien deze vermogensverschuivingen voor de crediteuren van een vennootschap benadelend zijn geweest, verdient het in beginsel de voorkeur om daartegen op te treden met bijvoorbeeld een actio Pauliana. Zijn er andere indicaties die erop duiden dat consolidatie op haar plaats is, dan mag in de hiervoor genoemde afweging van de voor- en nadelen daarvan wel worden meegenomen dat daardoor een kostenbesparing optreedt omdat het instellen van de actio Pauliana ten aanzien van de genoemde vermogensverschuivingen overbodig wordt.

Tussen vennootschappen ten aanzien van wier boedels consolidatie wordt overwogen bestaan regelmatig economische, financiële, organisatorische en personele banden. Dit soort banden kunnen naar mijn oordeel op zichzelf een consolidatie niet rechtvaardigen. Geen van deze vormen van verbondenheid doet afbreuk aan het bestaan van afzonderlijke rechtssubjecten met eigen rechten en plichten. Wel kan, doordat de banden die tussen de vennootschappen bestaan naar buiten toe blijken, bij crediteuren de indruk zijn gewekt dat sprake was van één entiteit, bijvoorbeeld een vennootschap met filialen in plaats van een moedervennootschap met zelfstandige dochters. Crediteuren kunnen in dat geval hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van de groep als een eenheid.

Deze bij crediteuren opgewekte schijn van kredietwaardigheid van de eenheid moet, wanneer hun vertrouwen gerechtvaardigd was, naar mijn oordeel worden meegewogen bij beantwoording van de vraag of samengevoegde afwikkeling op haar plaats is, omdat dit vertrouwen aan de basis ligt van de kredietmartken waarop de economie grotendeels draait. Naast vertrouwen op de kredietwaardigheid van de eenheid is het evenwel mogelijk dat een crediteur kan aantonen te hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van één enkele vennootschap, zijn specifieke wederpartij. In dat geval kan een botsing van vertrouwen optreden. Het daardoor optredend conflict moet worden opgelost aan de hand van de voornoemde afweging van voor- en nadelen van de consolidatie. De belangen van de verschillende (groepen) crediteuren moeten daartoe worden uitgedrukt in (financieel) voor- en nadeel van de consolidatie. Wordt besloten tot consolidatie en ondervindt een bepaalde crediteur daarvan nadeel dan hoeft hij doorgaans niet op compensatie te rekenen. Hij kan proberen aan te tonen dat de consolidatie jegens hem onrechtmatig is, maar ik verwacht dat een dergelijk actie hem in de praktijk nauwelijks zal baten, omdat de rechter[445] reeds heeft bepaald dat zij – gezien de ermee gepaard gaande voor- en nadelen – op haar plaats is.

In uitzonderlijke gevallen zouden de aandeelhouders van een der vennootschappen door de consolidatie hun uitkering kunnen zien wegvloeien naar de crediteuren van de andere vennootschap. Dit is helaas niet anders. Het belang van de crediteuren staat in faillissementssituaties voorop. Aandeelhouders hebben voorafgaande aan de insolventie reeds voldoende gelegenheid gehad om het tij voor henzelf te keren.

445 Zie over de besluitvorming tot consolidatie paragraaf 6.1.

Uit het voorgaande moge volgen dat ik voor wat betreft de norm voor samengevoegde afwikkeling niet wil aanknopen bij de jurisprudentie aangaande vereenzelviging. Dit leerstuk legt de nadruk op het handelen van de achterman en het effect daarvan op een bepaalde (groep) crediteur(en), terwijl bij samengevoegde afwikkeling van de boedels van twee of meer failliete vennootschappen het belang van de gezamenlijke crediteuren van ieder van deze vennootschappen wordt geraakt. Waar de Faillissementwet is gericht op de behartiging van het belang van de gezamenlijke crediteuren van iedere failliet, is het derhalve zaak de belangen van al deze crediteuren in ogenschouw te nemen bij de beantwoording van de vraag of consolidatie op haar plaats is. Dit kan enkel worden bereikt door de belangen van die crediteuren tegen elkaar af te wegen.

Hoofdstuk 5 Materiële gevolgen van samengevoegde afwikkeling

Inleiding

In hoofdstuk 3 is duidelijk geworden dat samengevoegde afwikkeling in de Verenigde Staten en Frankrijk in de jurisprudentie tot ontwikkeling is gekomen als reactie op problemen die ontstaan bij de afwikkeling van faillissementen van onderling verbonden rechtssubjecten. Daarop volgend zijn de gevolgen van een consolidatie steeds verder uitgekristalliseerd aan de hand van bij de toepassing ervan opgekomen bezwaren. Dit heeft in die landen ertoe geleid dat sommige aspecten van consolidatie nader zijn uitgewerkt, terwijl andere aspecten tot op heden nauwelijks aandacht hebben gekregen.[1] Hetzelfde geldt – in beperktere mate – voor Nederland.

In Nieuw-Zeeland is de situatie iets anders, omdat het oude artikel 315B(3) CA 1955 een aantal gevolgen van consolidatie expliciet regelde en, hoewel deze bepaling voor het merendeel niet is overgenomen in de thans geldende artikelen, de gevolgen van consolidatie onder het huidige recht soms worden geacht nog dezelfde te zijn. Maar ook in Nieuw-Zeeland is een aantal problemen pas bij de toepassing van de bepalingen inzake *pooling* naar voren gekomen en derhalve in de jurisprudentie ad hoc opgelost. Waar de Ierse regeling is gebaseerd op de oude Nieuw-Zeelandse bepalingen terzake, zijn in die regeling nog steeds enkele bepalingen opgenomen die de gevolgen van een *pooling* regelen. Aan deze Ierse bepalingen wordt hierna slechts zijdelings aandacht besteed, omdat bij gebrek aan gepubliceerde jurisprudentie en literatuur op dit gebied niet helemaal duidelijk is hoe zij uitwerken in de praktijk.

Vanwege het beperkte bestek van deze dissertatie kunnen niet alle gevolgen van consolidatie worden behandeld. In dit hoofdstuk worden achtereenvolgens de volgende onderwerpen besproken: de samenvoeging van de boedels; de gevolgen van consolidatie voor de rangorde onder crediteuren; de gevolgen voor verworven zekerheden en voorrechten; het lot van intercompany-vorderingen; verrekening van vorderingen en schulden; de invloed van consolidatie op de actio Pauliana; de consequenties van consolidatie voor bestuurdersaansprakelijkheid en ten slotte de gevolgen van consolidatie voor het voortbestaan van de rechtspersoonlijkheid.

---

1 Zie voor Frankrijk Lienhard, noot onder Cass. com. 19 februari 2002, *D.* 2002, jur., p. 956, die het volgende opmerkt: *Quant aux effets de l'extension (…) bien des zones demeurent baignées d'ombre, tout particulièrement le sort des créances (…).*

5.1 De boedel

5.1.1 Eén boedel

In drie van de onderzochte rechtsstelsels staat bij consolidatie de vorming van één enkele boedel voorop. De samenvoeging van twee of meer afzonderlijke boedels is de kern van de consolidatie. Met de samenvoeging wordt beoogd dat al het actief van de betrokken schuldenaren ten goede komt aan al hun crediteuren gezamenlijk. Aldus leidt consolidatie in de Verenigde Staten in de regel tot samenvoeging van de activa en de passiva van de betrokken (rechts)personen (eventueel onder voorwaarden[2]) in één boedel.[3] De consolidatie creëert geen nieuwe rechten en plichten voor het resultaat van de consolidatie; de samengevoegde boedel. De reeds bestaande rechten en plichten van de bij de consolidatie betrokken vennootschappen gaan in beginsel samen de geconsolideerde boedel vormen.[4] Heeft een crediteur bij beide betrokken vennootschappen dezelfde vordering ingediend, omdat onduidelijk is wie zijn werkelijke debiteur is, dan zal één van deze vorderingen door de consolidatie vervallen.[5]

Ook in Frankrijk geldt dat door de samengevoegde afwikkeling één samengevoegde boedel ontstaat.[6] In geval van uitbreiding annex consolidatie wegens vermogensvermenging volgt de eenheid van de boedel uit het feit dat de vermogens niet meer (eenvoudig) zijn te scheiden, terwijl bij het bestaan van een fictieve vennootschap de eenheid van de boedel het logische gevolg is van de vaststelling dat sprake is van een fictieve vennootschap, een luttele façade waarachter de echte debiteur met zijn vermogen schuilgaat.[7]

---

2 *In re Parkway Calabasas Ltd*., 89 B.R. 832, 837 (Bankr. C.D. Cal. 1988). Zie voor een voorwaardelijke consolidatie: *In re Creditors Service Corp.*, 195 B.R. 680, 690-692 (Bankr. S.D. Ohio 1996).

3 Zie bijvoorbeeld: *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845, 847 (2d Cir. 1966); *In re Food Fair, Inc*., 10 B.R. 123, 127 (Bankr. S.D. N.Y. 1981); *In re The Leslie Fay Companies, Inc.*, 207 B.R. 764, 779 (Bankr. S.D.N.Y. 1997). Zie ook: Gilbert *Vand.L.Rev.* 1990, p. 212.

4 *In re Limited Gaming of America, Inc.*, 228 B.R. 275, 289 en 290-291 (Bankr. N.D. Okla. 1998). Op dit principe bestaat een aantal uitzonderingen. Zo vervallen intercompany-vorderingen en kan een crediteur die een vordering heeft op de ene vennootschap, waarvan betaling door de andere vennootschap wordt gegarandeerd, slechts één vordering indienen in het geconsolideerde faillissement. Zie paragrafen 5.2.2 en 5.3.

5 *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845, 847 (2d Cir. 1966); *Commercial Envelope Manufacturing Co., Inc*., 1977 Bankr. LEXIS 15, 24 (Bankr. S.D. N.Y. 1977) en *In re Parkway Calabasas Ltd*., 89 B.R. 832, 837 (Bankr. C.D. Cal. 1988).

6 O.m. Cass. com. 9 oktober 1967, *Bull. civ*., nr. 310 en CA Aix-en-Provence 28 mei 1974, *D.* 1974, som., p. 10. Zie ook: Artz *RtDCom.* 1975, p. 30, nr. 23; Honorat, noot onder Cass. com. 4 december 1979, 1e esp., *D.* 1980, IR, p. 323; idem, noot onder hetzelfde arrest, *Rev. soc.* 1980, p. 328; Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 32, nr. 176 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 216, nr. 393. Hier geldt eveneens dat sommige vermogensbestanddelen door de consolidatie vervallen, zie paragrafen 5.2.2 en 5.3.

7 Artz *RtDCom.* 1975, p. 30, nr. 23 en Honorat & Romani, noot onder Cass. com. 8 februari 1994, *Rev. soc.* 1995, p. 107.

Ter rechtvaardiging van de vorming van één enkele boedel wordt in Frankrijk bovendien wel aangedragen dat het door de gemeenschappelijke leiding, waaraan de betrokken rechtssubjecten nogal eens zijn onderworpen, vaak willekeurig is waar de meeste activa of passiva zich bevinden. De ene vennootschap wordt opgeofferd voor het behoud van de andere. De vorming van één boedel zorgt ervoor dat deze willekeur ongedaan wordt gemaakt en dat de crediteuren, die in feite allen met dezelfde debiteur hebben gehandeld, worden onderworpen aan hetzelfde regime.[8]

Nederland is het derde onderzochte rechtsstelsels waar samengevoegde afwikkeling in de regel leidt tot de vorming van één samengevoegde boedel. Dit houdt als gezegd in, dat de activa en passiva van de betrokken vennootschappen worden samengevoegd tot één boedel[9], waarna de schuldeisers van al deze vennootschappen zich kunnen verhalen op de activa in die samengevoegde boedel.[10] Voor de doeleinden van het faillissement worden de activa en de passiva van de vennootschappen geacht één vermogen te vormen. De faillissementen worden afgewikkeld als was sprake van slechts één faillissement. Daar waar samengevoegde afwikkeling plaatsvindt omdat de vermogens van de betrokken rechtssubjecten onontwarbaar zijn vermengd, is de vorming van één boedel eigenlijk het doel en het logische gevolg van de consolidatie. De vorming van één boedel voorkomt een willekeurige toedeling van activa en passiva aan de betrokken rechtssubjecten, en maakt een billijke verdeling van het actief onder de crediteuren mogelijk. Dit laatste geldt ook wanneer om andere redenen tot consolidatie wordt besloten, indien men met mij aanneemt dat consolidatie enkel op haar plaats is wanneer de ermee gepaard gaande voordelen voor de betrokken crediteuren aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen.

Overeenkomstig hetgeen is bepaald in de Verenigde Staten, moet naar mijn oordeel ook in Nederland gelden dat wanneer een crediteur bij beide vennootschappen dezelfde vordering heeft ingediend, omdat hij niet met zekerheid kan bepalen welke vennootschap zijn debiteur is, na de consolidatiebeslissing slechts één maal met deze vordering rekening mag worden gehouden. De omstandigheid dat twee boedels worden behandeld als was er maar één, brengt voorts met zich dat indien sprake is van een nagekomen bate[11], deze moet worden verdeeld overeenkomstig de voor de geconsolideerde boedel vastgestelde uitdelingslijst.

In Nieuw-Zeeland bestaat discussie over het antwoord op de vraag of samengevoegde afwikkeling in de regel leidt tot de vorming van één enkele boedel, bestaande uit al het actief en passief van de betrokken vennootschappen. Op dit moment bepaalt artikel 271(1)(b) CA 1993 dat de rechter, indien hij dit *just and equitable* acht, kan besluiten dat 'the liquidations in respect of each company

8 Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 81, nr. 80.

9 Ook hier geldt dat sommige vermogensbestanddelen door de consolidatie vervallen, zie paragrafen 5.2.2 en 5.3.

10 Winter 1993, p. 12; idem *TvI* 1995, p. 6. En vgl. Rb. 's-Gravenhage 21 mei 1986 te kennen uit HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136, m.nt. G.; *AA* 1988, p. 107 m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

11 Zie artikel 194 Fw.

must proceed together as if they were one company to the extent that the Court so orders (…).' De voorgangers van dit artikel hebben aanleiding gegeven tot diverse interpretaties aangaande de materiële gevolgen van een consolidatie. In *Re Grazing and Export Meat Company Ltd*[12], een zaak die is beslist onder de Companies Special Investigation Act 1958[13], oordeelde Cook J dat de zinsnede 'be so wound up as if they where one company' ziet op de samenvoeging van de activa van alle bij de consolidatie betrokken vennootschappen. Deze samengevoegde activa komen – na voldoening van de verzekerde crediteuren[14] – ten goede aan de niet-verzekerde crediteuren van alle betrokken vennootschappen, aldus Cook J. Feitelijk vindt derhalve een samenvoeging plaats van activa én passiva van de vennootschappen. In *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*[15], een zaak gewezen onder artikel 315B CA 1955[16], kwam Gallen J tot dezelfde conclusie. Deze zaak betrof een consolidatie tussen een moedermaatschappij en twee dochtervennootschappen. Gallen J weigerde aan de consolidatie de voorwaarde te verbinden dat een crediteur het recht zou behouden om een *guarantee* geldend te maken, die door de moeder was verstrekt tot betaling van een schuld van de dochter. Hij overwoog daartoe dat:

> 'What the section actually says is that where an order is made the companies are to be wound up together as if they were one company. This emphasis is reflected in the criteria contained in s 315C [CA 1955] and is particularly apposite in this case where the principal reason for seeking and granting a pooling order is the consistent practice over a period of operating the various companies as though they were one entity. It follows I think that the obligations as well as the assets merge and that it is inappropriate to allow [the individual creditor] to retain a position which involves the retention of the separate identity of two of the companies within the group and which would be to that extent inconsistent with the whole basis of the order being made. (…) It is conceivable that in a quite exceptional case reference to the just and equitable aspect of the section might allow sufficient latitude to accommodate the retention of two rights to claim.'

De opvatting dat samenvoeging van activa én passiva de regel is, is evenwel geen gemeengoed. Doogue J kwam in *Re Stewart Timber & Hardware Ltd (in liq)*[17] bij-

12 *Re Grazing and Export Meat Co Ltd* (1984) 2 NZCLC 99, 226.

13 Art. 24(1) CSIA 1958 bepaalde dat: '(…) the companies shall be wound up together and, to the extent that the Court considers it just and equitable, that they shall be so wound up as if they were one company (…).'

14 Cook J merkt in casu op dat 'assets (…) subject to a charge in favour of a creditor (…) would remain so charged.'

15 *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*, [1991] 2 NZLR 296.

16 Dit artikel bepaalde in lid 1 dat '(…) the Court may order that (…) to the extent that the court orders, the companies shall be wound up together as if they were one company (…).' Art. 141(1) CA 1990 (IE) hanteert nog steeds deze formulering.

17 *Re Stewart Timber & Hardware Ltd (in liq)* (1991) 5 NZCLC 67, 137.

voorbeeld tot een andere conclusie. Deze zaak betrof de faillissementen van STH en STHW, twee dochtervennootschappen van Jeeves Construction Ltd (hierna: Jeeves). De curatoren in beide faillissementen hadden een *pooling order* verkregen ex artikel 315B(1) CA 1955. STH had een vordering op Jeeves, terwijl Jeeves een vordering had op STHW. De vraag kwam vervolgens op of Jeeves de vordering op STHW kon verrekenen met zijn schuld aan STH. Curatoren beantwoordden die vraag bevestigend en betoogden daartoe dat de activa én passiva van STH en STHW moesten worden behandeld als ware het de activa en passiva van één vennootschap. Dit betoog vond geen gehoor bij Doogue J. Hij overwoog dat de *pooling order* in deze zaak enkel zag op het samenvoegen van de activa van STH en STHW, en niet tevens op de samenvoeging van de passiva van beide vennootschappen.

De hiervoor genoemde zaken laten twee verschillende uitgangspunten zien. Enerzijds nemen Cook J en Gallen J als uitgangspunt dat consolidatie samenvoeging van alle activa én passiva tot gevolg heeft. Slechts bij wijze van uitzondering en wanneer het *just and equitable* is, kan een gedeeltelijke consolidatie plaatsvinden. Anderzijds volgt uit de uitspraak van Doogue J dat een *pooling order* niet zonder meer volledige consolidatie inhoudt. De rechter zal steeds in zijn beslissing moeten aangeven in hoeverre de activa en passiva worden samengevoegd. Onduidelijk is welk uitgangspunt op dit moment in Nieuw-Zeeland de overhand heeft. Farrar en Darroch betogen dat een consistente aanpak kan worden verkregen door te oordelen dat in beginsel zowel de activa als de passiva worden samengevoegd, tenzij de rechter gebruik maakt van zijn bevoegdheid om aanwijzingen en voorwaarden aan het consolidatiebesluit te verbinden, zie artikel 271(1)(b) en (2) CA 1993 (NZ). Dit uitgangspunt zou de nodige flexibiliteit bieden en tevens de rechtszekerheid vergroten.[18] Voorts roept de door Doogue J in *Re Stewart Timber & Hardware Ltd (in liq)* voorgestane wijze van consolidatie de vraag op hoe de samengevoegde activa onder de schuldeisers moeten worden verdeeld. Doogue J laat zich daarover niet uit. Deze moeilijkheid wordt voor een groot deel door de voorgestelde aanpak, die ook in gepubliceerde jurisprudentie het vaakst naar voren komt, ongedaan gemaakt.

5.1.2 Gedeeltelijke consolidatie

Behalve volledige consolidatie zoals in de vorige paragraaf besproken is gedeeltelijke consolidatie voorstelbaar. In zowel de Verenigde Staten als Nieuw-Zeeland[19] is op dit moment gedeeltelijke consolidatie mogelijk. In Frankrijk[20] en

18 Farrar & Darroch 1995, p. 247; Farrar *C.&S.L.J.* 1998, p. 198 en Farrar 2001, p. 247.

19 Alsmede in Ierland, zie art. 141(1) CA 1990 (IE).

20 Vgl. Cass. com. 13 februari 2007, nr. 06-11510, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>, in welke zaak de *Cour de cassation* uitdrukkelijk bepaalde dat een geslaagd beroep op derdenverzet niet leidt tot niet-tegenwerpelijkheid van de uitbreidings-/consolidatiebeslissing tegen de bezwaarmakende derde, maar tot herroeping van die beslissing.

Nederland heeft gedeeltelijke consolidatie bij mijn weten zelden of nooit plaatsgevonden. Het begrip 'gedeeltelijke consolidatie' kent geen eenduidige invulling. Waar het in de kern doorgaans om draait is dat een bepaalde (groep) crediteur(en) wordt behandeld als was er geen sprake van een samengevoegde afwikkeling. Hij verkeert in dezelfde positie als waarin hij zou hebben verkeerd waren de faillissementen enkelvoudig afgewikkeld.

Gedeeltelijke consolidatie deed zich in de Verenigde Staten met name voor in de periode van 1935 tot 1946. In latere jaren heeft gedeeltelijke consolidatie slechts af en toe plaatsgevonden.[21] De oorzaak daarvan lijkt enerzijds te liggen in de feitelijke onmogelijkheid om de activa en passiva van de betrokken vennootschappen te scheiden vanwege een gebrekkige boekhouding.[22] Anderzijds lijkt de bewijslast, die rust op de crediteur die om gedeeltelijke consolidatie verzoekt, debet aan de terugval van het aantal gevallen waarin tot gedeeltelijke consolidatie is besloten.[23] In *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp*.[24] overwoog de *Su-*

---

21 Blumberg e.a. (losbl.), p. 88-7-88-9. Zie evenwel: *In re Steury*, 94 B.R. 553, 556-557 (Bankr. N.D. Ind. 1988). De *Bankruptcy Court for the Northern District of Indiana, Fort Wayne Division* erkent in deze zaak, die een verzoek om consolidatie van de boedels van twee failliete natuurlijke personen betreft, de mogelijkheid van gedeeltelijke consolidatie: 'Given that consolidation is premised upon the court's equitable powers, there is no reason the court cannot shape its remedy to fit, as closely as possible, the problem being corrected.' En verder: *In re Giller*, 962 F.2d 796, 799 (8th Cir. 1992), onder verwijzing naar *In re Parkway Calabasas Ltd.*, 89 B.R. 832, 837 (Bankr. C.D. Cal. 1988): '(…) the bankruptcy court retains the power to order a less than complete consolidation.' Zie voor een recent voorbeeld ten slotte: *In re Mid-Valley, Inc.*, 2004 Bankr. LEXIS 1553, nr. 20 (Bankr. W.D. Penn. 2004). Een bijzondere vorm van *partial (deemed) consolidation* biedt het faillissement van het Enron-concern. Het reorganisatieplan in deze zaak was een resultaat van onderhandelingen tussen de debiteuren, het crediteurencomité en de *examiner* van Enron North America Corp. In het plan is bepaald dat de onverzekerde crediteuren met uitzondering van de crediteuren van Portland General Holdings, Inc. en Portland Transition Company, Inc., de som ontvangen van (1) 70% van de uitkering die deze crediteuren zouden hebben ontvangen indien de boedels afzonderlijk waren afgewikkeld en (2) 30% van de uitkering die zij zouden hebben ontvangen, indien de boedels, met uitzondering van de reorganisaties van de Portland-debiteuren, samengevoegd waren afgewikkeld, met dien verstande dat bij deze laatste berekening – anders dan doorgaans in een samengevoegde afwikkeling geschiedt – rekening wordt gehouden met de helft van de vorderingen uit hoofde van een garantie die sommige debiteuren hebben afgegeven ten behoeve van andere debiteuren. Zie Exhibit A: Supplemental modified fifth amended joint plan of affiliated debtors pursuant to chapter 11 of the United States Bankruptcy Code, p. 43-44, by Order confirming Supplemental modified fifth amended joint plan of affiliated debtors pursuant to chapter 11 of the United States Bankruptcy Code and related relief, d.d. 15 juli 2004, <http:www.enron.com>, geraadpleegd op 4 mei 2005. Ook uit andere bepalingen die zijn opgenomen in het plan blijkt dat het een bijzondere vorm van *partial (deemed) consolidation* betreft. Zo wordt op intercompany-vorderingen een bedrag uitgekeerd ter hoogte van 70% van het bedrag dat zou zijn uitgekeerd, indien geen samengevoegde afwikkeling had plaatsgevonden. Zie Exhibit A, hiervoor genoemd, p. 44. Voorts doen de debiteuren, met uitzondering van de Portland-debiteuren, afstand van ieder recht om intercompany-vorderingen aan de kaak te stellen. Zie Exhibit A, hiervoor genoemd, p. 45 en 88.

22 Blumberg e.a. (losbl.), p. 88-9.

23 Blumberg e.a. (losbl.), p. 88-9.

24 *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp*., 313 U.S. 215, 219, *reh'g denied*, 313 U.S. 600 (1941).

preme Court namelijk dat de crediteur met duidelijk en overtuigend bewijs moet aantonen dat gedeeltelijke consolidatie noodzakelijk is om een onrechtvaardigheid te voorkomen. Dit is in de praktijk niet eenvoudig.[25] Bovendien moet in dit verband worden gewezen op de in de jurisprudentie soms wel terug te vinden gedachte dat de nettowinst van consolidatie voor de boedel als zodanig doorslaggevend dient te zijn. Dit impliceert dat een enkeling zich onder omstandigheden zal hebben op te offeren voor het grotere geheel.[26]

In de Verenigde Staten kan gedeeltelijke consolidatie onder meer gestalte krijgen doordat na de consolidatie het recht van crediteuren om zich op de goederen van hun specifieke debiteur te verhalen, in stand blijft.[27] Dat kan bijvoorbeeld billijk zijn wanneer een (groep) crediteur(en) kan aantonen dat hij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op de gegoedheid van één afzonderlijke vennootschap.[28] Worden niet alle activa aangewend om deze vordering(en) te voldoen dan valt het resterende deel in de samengevoegde boedel.

Soms wordt in de Verenigde Staten onder de noemer 'gedeeltelijke consolidatie' bovendien beslist dat enkel vorderingen van onverzekerde crediteuren in de samengevoegde boedel vallen en niet ook de vorderingen van verzekerde crediteuren.[29] Mijns inziens is deze benadering verwarrend, omdat verzekerde crediteuren feitelijk reeds buiten de boedel staan.[30]

---

25 In het onderhavige geval slaagde de crediteur niet in dit bewijs. Daarbij werd in aanmerking genomen dat de crediteur tenminste gedeeltelijk op de hoogte was van het frauduleuze karakter van zijn debiteur. Deze was opgericht om goederen van de achterman buiten het bereik van zijn persoonlijke crediteuren te brengen.

26 Blumberg 1985, p. 424. Genoemde gedachte kan o.m. worden terug gevonden in: *Commercial Envelope Manufacturing Co., Inc*., 1977 Bankr. LEXIS 15, 24 (Bankr. S.D. N.Y. 1977), onder verwijzing naar *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369, F.2d 845, 847 (2d Cir. 1966). Een ander voorbeeld van deze gedachte kan worden gevonden in het recentere *In re Bonham*, 229 F.3d 750 (9th Cir. 2000). In deze zaak werd het faillissement van een enig aandeelhouder/directeur uitgebreid naar en geconsolideerd met twee vennootschappen om zo te bewerkstelligen dat de curator van de failliet niet alleen gelden uitbetaald door de enig aandeelhouder/directeur, maar ook die uitbetaald door de vennootschappen middels *fraudulent transfer* acties zou kunnen terugvorderen van derden. Daarbij is van belang dat deze derden ex-crediteuren waren van de failliet en/of de vennootschappen. Zij hadden evenals de nog bestaande crediteuren gelden ingelegd in een pyramidespel, maar waren anders dan de laatstgenoemde reeds terugbetaald, soms zelfs met winstuitkering. De curator werd door de uitbreiding in de gelegenheid gesteld ook de door de vennootschappen reeds uitbetaalde gelden terug te vorderen om ze vervolgens op een billijke wijze te verdelen onder *alle* crediteuren van de enig aandeelhouder/directeur én de vennootschappen (m.n. p. 766-768). De reeds terugbetaalde investeerders maakten in deze zaak tevergeefs bezwaar tegen het besluit tot samengevoegde afwikkeling.

27 Zie: Blumberg e.a. (losbl.), p. 88-8. Zij onderscheiden drie vormen van gedeeltelijke consolidatie die mijns inziens allemaal op hetzelfde neerkomen, namelijk dat een (groep) crediteur(en) wordt behandeld alsof enkelvoudig was afgewikkeld.

28 Bijvoorbeeld: *Commerce Trust Co. et al v. Woodbury et al*, 77 F.2d 478, 491 (8th Cir. 1935), met betrekking tot *receivership* en *In re Jeter*, 171 B.R. 1015, 1020 (Bankr. W.D. Mo. 1994).

29 Bijvoorbeeld: *In re Continental Vending Machine Corp.*, 517 F.2d 997, 1002 (2d Cir. 1975), *cert. denied sub nom, James Talcott, Inc. v. Wharton*, 424 U.S. 913 (1976).

30 Over de positie van verzekerde crediteuren volgt meer in paragraaf 5.2.2.

In Nieuw-Zeeland is gedeeltelijke consolidatie uitdrukkelijk toegestaan, daar waar artikel 271(1)(b) CA 1993 (NZ) bepaalt dat de rechter, indien hij dit *just and equitable* acht, kan besluiten dat 'the liquidations in respect of each company must proceed together as if they were one company to the extent that the Court so orders (…).' Bovendien kan de rechter naar hij goed dunkt voorwaarden verbinden aan de consolidatie, hetgeen – bij gebrek aan enige aanwijzing in andere richting – ook zal kunnen inhouden dat een crediteur de positie behoudt die hij zou hebben gehad waren de faillissementen enkelvoudig afgewikkeld.[31] Mij is echter slechts één zaak bekend waarin een gedeeltelijke consolidatie heeft plaatsgevonden, in die zin dat crediteur(en) kon(den) worden behandeld als was er geen sprake van samengevoegde afwikkeling. In *Re Stewart Timber & Hardware Ltd (in liq)*[32] bepaalde Doogue J. dat de *pooling order* in deze zaak enkel zag op het samenvoegen van de activa van de twee betrokken in liquidatie verkerende vennootschappen en niet tevens op hun passiva. Als ik het goed zie, leidt dit er onder meer toe dat een crediteur die heeft bewerkstelligd dat beide schuldenaren zich hebben verbonden tot betaling van dezelfde vordering, blijft beschikken over twee vorderingsrechten. Hij verkeert daarmee in dezelfde positie als waarin hij zou hebben verkeerd indien enkelvoudig was afgewikkeld en gaat er mogelijk op vooruit waar hij zijn beide vorderingen lijkt te kunnen verhalen op het samengevoegde actief. Zoals hierna nog zal blijken leidt een samengevoegde afwikkeling normaliter ertoe dat slechts één vorderingsrecht behouden blijft.

Het beperkte gebruik van de mogelijkheid tot gedeeltelijke consolidatie laat zich ook in Nieuw-Zeeland ten minste gedeeltelijk verklaren door het feit dat in veel gevallen waarin samengevoegd is afgewikkeld van een zekere vermogensvermenging sprake was. Daardoor kan een crediteur niet met zekerheid zeggen dat hij wordt benadeeld en zal hij geen reden zien om een gedeeltelijke consolidatie te eisen. Voorts zij hier gewezen op *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*[33], waarin Gallen J oordeelde dat indien de drijfveer voor consolidatie is dat de vennootschappen zich als een eenheid hebben gedragen, samenvoeging van passiva én activa in de rede ligt en dit bovendien met zich brengt dat het slechts in '*a quite exceptional case' just and equitable* is dat een crediteur de rechten behoudt die hij zou hebben gehad was afzonderlijk afgewikkeld.

Alhoewel gedeeltelijke consolidatie in de Verenigde Staten en Nieuw-Zeeland derhalve mogelijk is, maakt men van deze mogelijkheid tegenwoordig weinig gebruik. In beide rechtsstelsels staat de vorming van één boedel in de praktijk voorop en kan in een uitzonderingsgeval worden overgegaan tot gedeeltelijke consolidatie. Daardoor verschilt de situatie in deze rechtsstelsels in de praktijk weinig van die in Frankrijk en Nederland, waar bij mijn weten gedeeltelijke consolidatie zelden of nooit heeft plaatsgevonden. In Frankrijk staat de eenheid-van-procedure-regel in beginsel aan gedeeltelijke consolidatie in de weg.[34] Enkel lijkt

31 Ook in Ierland lijkt dit mogelijk. Zie: art. 141(1) en (3)(b) CA 1990 (IE).

32 *Re Stewart Timber & Hardware Ltd (in liq)* (1991) 5 NZCLC 67, 137.

33 *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*, [1991] 2 NZLR 296. Zie het citaat in de vorige paragraaf.

34 Zie ook paragrafen 4.3.2 en 4.2.2.

met een beroep op de goede trouw het behoud van een persoonlijke zekerheid te kunnen worden bewerkstelligd, hetgeen feitelijk resulteert in een gedeeltelijke consolidatie.[35]

In de Nederlandse literatuur is een enkele keer aandacht besteed aan 'gedeeltelijke consolidatie.' Josephus Jitta lijkt deze vorm van consolidatie mogelijk te achten. Hij begrijpt daaronder evenwel het niet elimineren van onderlinge kapitaalbelangen en intercompany-verhoudingen.[36] Normaliter zal een consolidatie tussen een failliete moeder- en dochtermaatschappij ertoe leiden dat de aandelen die de moeder in de dochter houdt vervallen, zo lijkt hij te betogen. Mijns inziens is dit onjuist en doorgaans ook niet nodig. Noch door de faillietverklaring van de vennootschap, noch door de samengevoegde afwikkeling van haar faillissement met dat van een andere vennootschap eindigt het aandeelhouderschap. De vermogens van de vennootschappen worden slechts voor wat betreft het faillissement behandeld als was er maar één vermogen; consolidatie heeft geen invloed op het (voort)bestaan van de vennootschappen en daarmee evenmin op het aandeelhouderschap.[37] Een vreemde doch geenszins lastige situatie ontstaat enkel in het uitzonderlijke geval dat de aandeelhouders van de betrokken vennootschappen een uitkering krijgen in het samengevoegde faillissement en de moedervennootschap als aandeelhoudster van de dochter derhalve een beperkte uitkering krijgt. Deze uitkering valt (als soort van nagekomen bate) in de geconsolideerde boedel en moet verdeeld worden onder de uitkeringsgerechtigden, in dit geval de aandeelhouders van de dochter en de moeder. Deze gang van zaken is omslachtig en kan worden omzeild door de aandelen van de moeder in de dochter voor zover het deze uitkeringen betreft buiten beschouwing te laten. De aandelen van de moeder in de dochter hoeven echter niet als vervallen te worden beschouwd. Dit zou enkel verwarring scheppen en heeft geen meerwaarde daar waar een uitkering aan aandeelhouders enkel plaatsvindt wanneer de vennootschap wordt ontbonden en het aandeelhouderschap uit dien hoofde reeds eindigt.

Josephus Jitta merkt eveneens op dat door de consolidatie van de faillissementen van een moeder- en een dochtermaatschappij de houder van pandrechten op de aandelen van de moeder in de dochter wordt benadeeld, omdat deze aandelen vervallen. Zoals hiervoor opgemerkt ben ik het met dit laatste niet eens. De pandhouder behoudt volgens mij dan ook zijn pandrecht op de aandelen. Dit zal in de regel vanwege het faillissement van de dochter evenwel (nagenoeg) waardeloos zijn.

Naast het niet laten vervallen van onderlinge kapitaalbelangen, begrijpt Josephus Jitta als gezegd onder gedeeltelijke consolidatie het niet laten vervallen van intercompany-vorderingen. In de regel vervallen door de consolidatie deze vorderingen die de betrokken vennootschappen op elkaar hebben.[38] Mij is echter onduidelijk wat de toegevoegde waarde is van het enkel niet laten vervallen van

35 Over deze kwestie volgt meer in de volgende paragraaf.
36 Josephus Jitta 1999, p. 104 en 105.
37 Zie: paragraaf 5.7.
38 Zie: paragraaf 5.3.

intercompany-vorderingen indien de vermogens voor het overige volledig worden geconsolideerd. In dat geval zal niemand daarbij gebaat zijn en betekent dit enkel meer uitzoekwerk en kosten voor de curator. Dit wordt anders wanneer daarnaast een vordering van een derdeschuldeiser buiten de consolidatie wordt gehouden. Dit laatste betekent mijns inziens dat deze schuldeiser een uitkering ontvangt gelijk aan de uitkering die hij zou hebben ontvangen bij afzonderlijke afwikkeling van de faillissementen. Die gang van zaken brengt met zich dat voor de berekening van deze uitkering intercompany-vorderingen niet als vervallen mogen worden beschouwd. Echter over deze situatie spreekt Josephus Jitta niet.

Gedeeltelijke consolidatie wordt ook mogelijk geacht in de Insolad Praktijkregels voor Curatoren. De toelichting bij regel 9.2 bepaalt:

> 'Wat een "geconsolideerde afwikkeling" inhoudt kan overigens van geval tot geval verschillen. Een lichte vorm van consolidatie bijvoorbeeld in de omslag van de boedelkosten – in plaats van een exacte toerekening – zal bij het faillissement van een groep vennootschappen regelmatig aan de orde zijn. Een totale consolidatie – alle activa en passiva worden op één hoop geveegd – zal uitzondering zijn.'[39]

Hier wordt derhalve onder meer onder gedeeltelijke consolidatie begrepen het ten laste van een bepaalde boedel brengen van boedelkosten[40] die kunnen zijn gemaakt ten behoeve van een andere, nauw verbonden boedel. In hoofdstuk 1 heb ik reeds opgemerkt dat ik deze gang van zaken onaanvaardbaar acht wanneer de boedels voor het overige afzonderlijk worden afgewikkeld. De verhaalspositie van de crediteuren van de 'rijkere' boedel wordt plots verzwakt, enkel omdat hun schuldenaar nauw is verbonden met een andere vennootschap. Naar mijn oordeel is dit niet te verantwoorden tegenover deze crediteuren. Ook zie ik geen grond die kan rechtvaardigen dat de curator en een enkele andere crediteur mogen profiteren van de omstandigheid dat de vennootschappen nauw verbonden zijn, terwijl de overige crediteuren van de 'armere' boedel daartoe niet gerechtigd worden geacht. Dat het algemeen belang is gediend bij een deugdelijke afwikkeling van failliete boedels kan daartoe geen rechtvaardiging bieden. Indien de Nederlandse samenleving is gebaat bij een deugdelijke afwikkeling, moet zij als geheel de daaraan verbonden kosten dragen. Dit kan worden bewerkstelligd door de kosten en het salaris van de curator ten laste van de Staat te brengen, maar in hoofdstuk

39 Insolad Praktijkregels voor Curatoren, d.d. 8 september 2004, <http://www.Insolad.nl>.

40 Mij is niet geheel duidelijk wat met de term 'boedelkosten' wordt bedoeld. Mogelijk zijn dit alle boedelschulden, vgl. HR 30 juni 1995, *NJ* 1996, 554 (Mees Pierson NV/Mentink q.q.), overweging 3.9, waar de Hoge Raad spreekt over 'boedelschulden c.q. kosten.' Gezien de discussie aangaande 'geconsolideerd declareren' (zie de in paragraaf 1.1.3.3 genoemde literatuur), die focust op betaling van het salaris van de curator, moeten hieronder in ieder geval het salaris en de verschotten van de curator worden begrepen. Desalniettemin geldt het hierna volgende ook en zelfs in versterkte mate wanneer met boedelkosten wordt gedoeld op alle boedelschulden.

1 is reeds opgemerkt dat de kans dat dit gebeurt nihil is. De beste oplossing voor dit probleem is overigens reeds jaren bekend: een faillissement of surséance moet eerder worden aangevraagd, waardoor een echte schuldsanering mogelijk wordt en bovengenoemd probleem nog maar zelden zal optreden. Deze oplossing vraagt evenwel een mentaliteitsverandering bij schuldenaren alsmede kredietverschaffers. Meer in lijn met de Amerikaanse opvattingen terzake zou in Nederland een surséance of faillissement minder als een blamage moeten worden ervaren en meer als een hulpmiddel om door een moeilijke periode heen te komen en vervolgens de draad weer op te pakken. Zolang dit niet gebeurt is er volgens mij slechts één situatie waarin een samengevoegde afwikkeling van de boedelkosten gerechtvaardigd is, en dat is in het geval dat een volledig samengevoegde afwikkeling op haar plaats is.

In het hierna volgende begrijp ik onder gedeeltelijke consolidatie enkel en alleen dat een bepaalde (groep) crediteur(en) wordt behandeld als was er geen sprake van een samengevoegde afwikkeling. Deze (groep) crediteur(en) kan een uitkering verwachten ter hoogte van het bedrag dat hij zou hebben ontvangen waren de faillissementen enkelvoudig afgewikkeld.

> Curatoren lijken in Nederland verdeeld over de kwestie gedeeltelijke consolidatie. De door mij gehouden enquête onder Insolad-leden bevatte de vraag of gedeeltelijke consolidatie – bijvoorbeeld in de vorm van het buiten de consolidatie houden van een vordering van een bepaalde schuldeiser – geoorloofd moet zijn.[41] Deze vraag is door 65 van de 67 respondenten beantwoord. 39 van hen achtten gedeeltelijke consolidatie niet geoorloofd, terwijl 24 respondenten gedeeltelijke consolidatie (onder omstandigheden) mogelijk achtten. 2 respondenten gaven geen direct antwoord op deze vraag. Als motivering voor een afwijzend antwoord noemden de respondenten onder meer dat gedeeltelijke consolidatie praktisch onwerkbaar en te gecompliceerd zou zijn (16 keer); het is alles of niets (7 keer). Bovendien zou gedeeltelijke consolidatie een verstoring van de paritas creditorum meebrengen (3 keer) en willekeur creëren (2 keer).
>
> De respondenten die gedeeltelijke consolidatie wel acceptabel achtten, bezigden daartoe verschillende motiveringen en noemden een aantal omstandigheden die zij van belang achtten bij het kiezen voor gedeeltelijke consolidatie. Genoemd werden onder andere de vraag of de vermogens überhaupt te scheiden zijn (1 keer) en of gedeeltelijke consolidatie in het belang is van alle crediteuren (1 keer).

Naar mijn mening wijzen enkele respondenten er terecht op dat gedeeltelijke consolidatie vaak praktisch onwerkbaar zal zijn, want aan veel consolidaties zal een vermogensvermenging ten grondslag liggen. En al is een vermogensscheiding mogelijk, dan zal het dienen van het belang van een bepaalde (groep) credi-

41 Zie: bijlage I, vraag 28.

teur(en) zelden opwegen tegen de met de scheiding gepaard gaande kosten en daardoor optredende benadeling van de overige crediteuren. Immers, wanneer bepaalde crediteuren buiten de consolidatie blijven, zal dit inhouden dat zij moeten worden behandeld als was sprake van een afzonderlijke afwikkeling. Zij zullen de uitkering moeten ontvangen die zij zouden hebben ontvangen indien de faillissementen enkelvoudig waren afgewikkeld. De vaststelling van het bedrag van deze uitkering zal zeker wanneer sprake is van een warrige boekhouding moeilijk en kostbaar zijn. De ermee gepaard gaande kosten kunnen zelfs zo hoog oplopen dat daardoor de in het vorige hoofdstuk genoemde financiële voordelen, die met een consolidatie gepaard gaan voor crediteuren erdoor teniet worden gedaan. Een gedeeltelijke consolidatie zal de afwikkeling aldus onaanvaardbaar ernstig compliceren en vertragen.[42]

De belangen van de verschillende groepen crediteuren moeten naar mijn oordeel reeds in ogenschouw worden genomen bij de beantwoording van de vraag of consolidatie überhaupt geoorloofd is. Op dat moment moeten de belangen van de crediteuren die pleiten voor consolidatie worden afgewogen tegen de belangen van de crediteuren die pleiten voor afzonderlijke afwikkeling. Daarbij is onoverkomelijk dat van schattingen wordt uitgegaan. Op voorhand kan nooit met zekerheid worden gezegd hoe de zaak zal aflopen c.q. uitpakken. Bij het schatten van de financiële consequenties zal gebruik moeten worden gemaakt van de ervaringen van de curator. Zouden de belangen van een bepaalde (groep) crediteur(en) in onaanvaardbare mate worden geschaad door een consolidatie, dat wil zeggen dat de voordelen van de consolidatie voor de overige crediteuren hier niet in aanzienlijke mate tegenop wegen, dan moet consolidatie mijns inziens achterwege blijven. Deze benadering strookt ook met de heersende praktijk in de meeste andere onderzochte rechtsstelsels.

5.2 Rangorde, zekerheden en voorrechten

5.2.1 Rangorde

5.2.1.1 Verenigde Staten

In het hiernavolgende beperk ik mij tot de rangregeling die geldt in faillissementssituaties. In de Verenigde Staten wordt een onderscheid gemaakt tussen verzekerde crediteuren (*secured creditors*), onverzekerde, doch bevoorrechte crediteuren (*unsecured creditors with priority claims*) en algemeen onverzekerde cre-

42 Dat regels in de praktijk werkbaar moeten zijn onderschrijft ook Van Galen (*WPNR* 1997 (I), p. 256, nt. 10 en bijbehorende tekst). Hij betoogt in het kader van de zoektocht naar een rangorderegeling voor boedelschulden in een boedelfaillissement dat 'het belang hiervan (…) niet voldoende onderstreept (kan) worden. Men kan in faillissementen allerlei prachtige – en dogmatisch aantrekkelijke – oplossingen verzinnen die door hun ingewikkeldheid de afwikkeling van het faillissement veel te veel belasten.'

diteuren (*general unsecured creditors*). Een verzekerde crediteur is, kort gezegd, een crediteur die de voldoening van zijn vordering heeft verzekerd door een voorwaardelijk eigendomsrecht te bedingen op een aan zijn debiteur toebehorend goed.[43] Buiten faillissement betekent dit dat, indien de debiteur zijn betalingsverplichting niet nakomt, de voorwaarde is vervuld, waardoor de crediteur zich op het bewuste goed mag verhalen. In geval van faillissement geldt een vergelijkbare praktijk.

De rechten van de verzekerde crediteuren worden niet door het faillissement geraakt.[44] 11 U.S.C. § 554 bepaalt dat de *trustee* afstand kan doen van het tot zekerheid strekkende goed, waarna de crediteur, die over een geldig zekerheidsrecht beschikt, zich op het goed kan verhalen, zie ook 11 U.S.C. § 725. Voor zover de opbrengst van het verbonden goed ontoereikend is om de gehele vordering te voldoen, wordt het onverhaalbaar gebleken deel van de vordering als concurrente vordering aangemerkt.[45] De *trustee* kan het tot zekerheid verbonden goed ook behouden. In dat geval moet de waarde van het goed aan de verzekerde crediteur worden vergoed.[46]

Na voldoening van de verzekerde crediteuren komen de onverzekerde crediteuren met geverifieerde vorderingen aan bod. Zij kunnen worden onderverdeeld in bevoorrechte, onverzekerde crediteuren enerzijds en algemeen onverzekerde crediteuren anderzijds. Na de verzekerde crediteuren worden allereerst de bevoorrechte, onverzekerde crediteuren voldaan overeenkomstig de in 11 U.S.C. § 507 neergelegde rangorde, 11 U.S.C. § 726(a)(1). Uit de genoemde artikelen kan niet worden afgeleid dat het voorrechten op bepaalde goederen betreft. Aangenomen moet worden dat het voorrechten betreft die zich uitstrekken over alle goederen van de schuldenaar. Hoogst gerangschikt zijn de *administrative expense claimants*. Dit zijn crediteuren die beschikken over rechten die enigszins vergelijkbaar zijn met die van Nederlandse boedelschuldeisers. De belangrijkste groep *administrative expense claimants* zijn de crediteuren met vorderingen die zijn ontstaan met het oog op het behoud van de boedel. Daartoe behoren onder meer werknemersvorderingen ontstaan vanwege geleverde diensten na de opening van de insolventieprocedure, 11 U.S.C. § 503(b)(1)(A), en de vergoeding voor de *trustee* voor bewezen diensten, 11 U.S.C. § 503(b)(2) jo. 330(a). Indien de onderneming wordt voortgezet, worden ook door de *trustee* in de dagelijkse gang van zaken opgenomen kredieten en leningen als *administrative expense* aangemerkt, 11 U.S.C. § 364(a) jo. 503(b)(1).

Nadat de bevoorrechte crediteuren zijn voldaan, kan een uitkering volgen aan de overige onverzekerde crediteuren, met uitzondering van onder meer te laat in-

43 Baird, Jackson & Adler 2001, p.160. Denk aan hypotheekrechten (*mortgages*) en rechten op bepaalde roerende goederen, bijvoorbeeld een vrachtauto (*lien on a truck*). Zekerheidsrechten worden verkregen en de daaraan verbonden rang wordt bepaald overeenkomstig het recht van de afzonderlijk staten: Frost 2001, p. 28-6, nr. 12.

44 Frost 2001, p. 28-32, nr. 68.

45 11 U.S.C. § 506(a).

46 Baird, Jackson & Adler 2001, p.160-161.

gediende, maar geverifieerde vorderingen, 11 U.S.C. § 726(a)(2). Tot slot komen voor betaling in aanmerking te laat ingediende, maar geverifieerde vorderingen; vorderingen uit hoofde van *punitive damages* of boete ontstaan voorafgaande aan de faillietverklaring of de benoeming van de *trustee* ter compensatie van ander dan financieel nadeel, en interestvorderingen, 11 U.S.C. § 726(a)(3)-(5). Hetgeen daarna resteert wordt uitgekeerd aan de debiteur, 11 U.S.C. § 726(a)(6). Indien de opbrengst van de activa onvoldoende is om alle crediteuren van een bepaalde categorie te voldoen, ontvangt deze categorie crediteuren een uitkering pro rata, 11 U.S.C. § 726(b).

Consolidatie brengt in deze rangregeling geen verandering. De rangorde wordt in dat geval in principe bepaald ten aanzien van de geconsolideerde boedel. De rechten van verzekerde crediteuren worden, zo zal hierna blijken, slechts onder zeer bijzondere omstandigheden aangetast en ook de voorrechten van crediteuren blijven doorgaans in tact. In faillissementsprocedures is de Amerikaanse rechter echter wel bevoegd in te grijpen in de rangorde tussen crediteuren. 11 U.S.C. § 510(c) bepaalt dat de rechter op billijkheidsgronden kan overgaan tot (gedeeltelijke) achterstelling van vorderingen en hij daarop rustende zekerheidsrechten terzijde kan stellen. Deze bevoegdheid is bekend onder de naam *equitable subordination of claims*.[47] Van deze bevoegdheid kan ook gebruik worden gemaakt in samengevoegd afgewikkelde zaken.[48]

5.2.1.2 Frankrijk

Frankrijk kent een uitgebreide rangorderegeling.[49] In het hierna volgende beperk ik mij tot het weergeven van enkele hoofdpunten van de regeling voor faillissementszaken.[50]

---

47 11 U.S.C. § 510(c) bepaalt: 'Notwithstanding subsections (a) and (b) of this section, after notice and a hearing, the court may – (1) under the principles of equitable subordination, subordinate for purposes of distribution all or part of an allowed claim to all or part of another allowed claim or all or part of an allowed interest to all or part of another allowed interest; or (2) order that any lien securing such a subordinated claim be transferred to the estate.' *Equitable subordination of claims* is evenals consolidatie gericht op bewerkstelliging van een redelijke behandeling van crediteuren van een vennootschap. Echter, anders dan bij consolidatie, vervallen hier de achtergestelde intercompany-vorderingen van bijvoorbeeld de moeder op de dochter niet. De vordering van de moeder op de dochter wordt slechts achtergesteld ten opzichte van vorderingen van andere crediteuren van de dochter. Zij het, dat feitelijk vaak hetzelfde resultaat wordt bereikt omdat op die achtergestelde vordering geregeld geen uitkering volgt. Zie: Blumberg e.a. (losbl.), p. 88-32 en Herzog & Zweibel *Vand.L.Rev.* 1961, p. 85-86. Voor de crediteuren van de moeder en de dochter kan het desondanks verschil maken of wordt gekozen voor *equitable subordination of claims* of voor consolidatie. Verkeert de dochter bijvoorbeeld in betere doen dan de moeder, dan gaan de crediteuren van de moeder er bij consolidatie in de regel op vooruit ten koste van de crediteuren van de dochter.

48 Bijvoorbeeld: *In re Western World Funding, Inc.*, 52 B.R. 743, 789-790 (Bankr. D. Nev. 1985).

49 Zie o.m. Guyon 2003, T. II, p. 376, nr. 1340. Hij merkt op dat '(d)es conflits peuvent se présenter et atteindre un dégre de complexité tel qu'il est impossible de dresser un tableau donnant un classement valable dans tous les cas.'

50 De rangorderegelingen verschillen enigszins naar gelang de aard van de geopende procedure.

In Frankrijk wordt een onderscheid gemaakt tussen verzekerde crediteuren, waaronder begrepen crediteuren met goederenrechtelijke zekerheden (onder meer *gages*, *nantissement* en *hypothèques*) en bevoorrechte crediteuren (*créanciers privilégées*) enerzijds en concurrente crediteuren (*créanciers chirographaires*) anderzijds. Vooral bevoorrechte crediteuren nemen in Frankrijk een belangrijke plaats in.

Zeer hoog bevoorrecht zijn de werknemers. Allereerst beschikken werknemers over een algemeen voorrecht op alle roerende en onroerende goederen van hun werkgever voor vorderingen uit hoofde van het achterstallig loon over de laatste zes maanden en vorderingen wegens niet-betaling van diverse toelagen en vergoedingen, zie artikel 2331(4°) en 2375(2°) C. civ. De rang van dit voorrecht is niet altijd hoog. Voor wat betreft het verhaalsrecht op roerende goederen moeten werknemers crediteuren met een pandrecht op roerende zaken (*un gage*)[51] en de schatkist voor laten gaan.[52] Bovendien staan zij gelijk in rang met de *Sécurité sociale*.[53] Hun verhaalsrecht op onroerende goederen is sterker, omdat zij voorgaan op hypotheekhouders, artikel 2376 C. civ. Maar hier doet zich vervolgens het probleem voor dat de uitwinning van een onroerend goed doorgaans moeizaam verloopt.[54] Deze beperkte verhaalsmogelijkheden zijn in 1935 versterkt met de invoering van het zogenaamde superprivilege in artikel L143-10 Code du travail (hierna: C. trav.). Dit artikel bepaalt dat werknemers met voorrang op iedere andere schuldeiser moeten worden betaald voor zover het vorderingen uit hoofde van achterstallig salaris over de laatste zestig werkdagen betreft. Echter, niet steeds wordt het volledige salaris vergoed; er geldt een maximumbedrag.[55] Bovendien bestaan enkele uitzonderingen op de regel dat *alle* overige crediteuren de werknemers voor moeten laten gaan.[56]

Voorts zijn de boedelschulden (*dettes de la masse*) hoog bevoorrecht. Ingevolge artikel L641-13(I) C. com. worden schulden, die na het vonnis tot opening van een faillissementsprocedure of, indien faillietverklaring volgt nadat eerder een *sauvegarde* of een *redressement judiciaire* was geopend, na de opening van de *sauvegarde* of de *redressement judiciaire* volgens de regels zijn opgekomen (*nées*) in verband met de voortgang van de procedure, de eerdere observatieperiode, of een prestatie ten behoeve van de debiteur verricht in het kader van de voortzetting van zijn activiteit na een van de genoemde vonnissen, betaald op hun vervaldag. Worden zij niet op hun vervaldag betaald, dan zijn zij bevoorrecht. Dit wil zeggen dat zij worden voldaan voordat enige andere schuld wordt voldaan, met uitzondering van de schulden die zijn bevoorrecht ingevolge artikel L143-10, L143-11, L742-6 en L751-15 C. trav., de bevoorrechte gerechtskosten,

51 Cass. com. 15 oktober 1991, *Bull. civ*. IV, p. 200, nr. 288; *RtDCom.* 1992, p. 464, m.nt. Martin-Serf. Zie ook: Guyon 2003, T. II, p. 390, nr. 1351.
52 Guyon 2003, T. II, p. 390, nr. 1351.
53 Art. 243-4 C. séc.soc. Zie ook: Guyon 2003, T. II, p. 390, nr. 1351.
54 Guyon 2003, T. II, p. 390, nr. 1351.
55 Art. L143-10(1) en (2) C. trav.
56 Zie: Guyon 2003, T.II, p. 391, nr. 1351.

de schulden die zijn bevoorrecht ex L611-11 C. com.[57] en schulden die zijn verzekerd door zekerheden op onroerende goederen of zekerheden op bepaalde roerende goederen waaraan een retentierecht is verbonden of die zijn ontstaan door toepassing van hoofdstuk V, titel II van boek V van de C. com[58], L641-13(II) C. com.

Wanneer uitbreiding annex consolidatie van een insolventieprocedure plaatsvindt naar een (rechts)persoon, dan gelden *niet* als boedelschulden de schulden van die (rechts)persoon die zijn opgekomen tussen de opening van de eerste insolventieprocedure en de uitbreiding annex consolidatie van deze procedure naar de (rechts)persoon.[59]

In Frankrijk hebben crediteuren met goederenrechtelijke zekerheden, zoals een pand- of hypotheekrecht een minder sterk recht dan crediteuren, die vergelijkbare zekerheidsrechten hebben verworven in Nederland.[60] Dit betekent dat dit soort crediteuren in Frankrijk nogal eens kampt met het probleem dat de zekerheid onvoldoende is gebleken voor de voldoening van hun vordering. Voor het resterende gelden zij dan als concurrente crediteur. Dit geldt eveneens voor crediteuren met een voorrecht op onroerende en bepaalde roerende goederen.[61]

Zijn in geval van faillissement alle verzekerde crediteuren betaald en is er nog geld in de boedel dan ontvangen ten slotte de concurrente crediteuren pro rata een uitkering, L643-8(1) C. com.

Deze rangregeling wordt in geval van uitbreiding annex consolidatie toegepast ten aanzien van de geconsolideerde boedel.[62]

5.2.1.3 Nieuw-Zeeland

Ook in Nieuw-Zeeland kent men in beginsel drie categorieën crediteuren: verzekerde crediteuren (*secured creditors*[63]); bevoorrechte crediteuren (*preferential*

57 Het nieuw ingevoerde *privilège de la conciliation*.

58 Dat wil zeggen art. L525-1 C. com. e.v. aangaande pandrechten op gereedschappen en de bedrijfsuitrusting.

59 Cass. com. 20 februari 2001, nr. 98.12768, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Hoewel deze beslissing betrekking heeft op een uitbreiding wegens vermogensvermenging, moet hetzelfde worden aangenomen voor een uitbreiding annex consolidatie wegens het bestaan van een fictieve vennootschap: Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 33, nr. 181.

60 Ingevolge art. L643-2 C. com. bijvoorbeeld, kan een hypotheekhouder weliswaar de verkoop van het verbonden goed bewerkstelligen, maar pas drie maanden na de faillietverklaring van de debiteur. Vervolgens kan hij zich niet met voorrang boven iedere andere crediteur op de opbrengst verhalen. Zie art. 2376 C. civ., met name moet hij werknemers laten voorgaan.

61 Art. L643-6 en L643-7 jo. L643-6 C. com.

62 Vgl. Porteron, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 589.

63 Ingevolge art. 2(1) CA 1993(NZ) is een *secured creditor* 'in relation to a company, (…) a person entitled to a charge on or over property owned by that company.' Een *charge* 'includes a right or interest in relation to property owned by the company, by virtue of which a creditor of the company is entitled to claim payment in priority to creditors entitled to be paid under section 313 of this Act; but does not include a charge under a charging order issued by a court in favour of a judgement creditor.' Zie wederom art. 2(1) CA 1993 (NZ).

creditors) en onverzekerde of concurrente crediteuren (*unsecured creditors*).[64] Een verzekerde crediteur mag het onderpand, indien hij daartoe gerechtigd is, te gelde maken en zich op de opbrengst verhalen, artikel 305(1)(a) CA 1993 (NZ). Is de opbrengst niet toereikend om de verzekerde vordering te voldoen, dan kan de schuldeiser voor het ontbrekende deel als concurrent schuldeiser opkomen, artikel 305(3)(a) CA 1993 (NZ). Na de verzekerde crediteuren worden de preferente crediteuren voldaan overeenkomstig de rangorde die is neergelegd in Schema 7 bij de CA 1993 (NZ), artikel 312(1) CA 1993 (NZ).[65, 66] Deze bevoorrechte vorderingen worden voldaan uit *the assets of the company*, met uitzondering van goederen die belast zijn met een zekerheidsrecht (*charge*), artikel 312(1) en (2) CA 1993 (NZ). Hoogst gerangschikt zijn het salaris van de *liquidator* en door hem in deze hoedanigheid gemaakte kosten. Verder zijn hoog gerangschikt de loonvorderingen van werknemers ontstaan wegens werkzaamheden verricht gedurende de laatste vier maanden voorafgaande aan de start van de liquidatieprocedure en diverse andere aan werknemers verschuldigde vergoedingen, waaronder vakantiegeld. Ook diverse belastingschulden zijn hooggerangschikt. Na de voldoening van de preferente schuldeisers worden ten slotte de concurrente crediteuren voldaan uit de resterende opbrengst van de boedel, artikel 313(1) CA 1993 (NZ). Hun vorderingen hebben een gelijke rang. Wanneer volledige betaling onmogelijk blijkt, worden deze crediteuren pro rata uitbetaald, artikel 313(2) CA 1993 (NZ). Indien na voldoening van de concurrente crediteuren nog geld in de boedel aanwezig is, wordt dit overeenkomstig de statuten (*constitution*) van de vennootschap uitgekeerd, artikel 313(4) CA 1993 (NZ).

Wat betreft de rangorde van de vorderingen van de bij de consolidatie betrokken crediteuren bepaalde artikel 315B(c) CA 1955 dat dit artikel noch de *pooling order* de rechten van verzekerde crediteuren raakt. Zoals hierna zal blijken, wordt

64 Beck & Borrowdale 2002, p. 439.

65 De *Companies Amendment Act 2006* vervangt het huidige Schedule 7 door een herzien Schedule 7. Naar verwachting treedt deze wet in oktober 2007 in werking, zie *Personal Insolvency and Companies (Voluntary Administration) Regulations – Cabinet Paper*, paragraaf 91-92, gepubliceerd op 3 juli 2007, <http://www.med.govt.nz>, geraadpleegd op 30 augustus 2007. Ten aanzien van hetgeen hierna over bevoorrechte vorderingen wordt opgemerkt bevat het herziene Schedule 7 geen opzienbarende veranderingen. Enkel springt in het oog dat de kosten en het salaris van de *administrator* hoog bevoorrecht zijn. De *administrator* is een nieuwe figuur in het Nieuw-Zeelandse insolventierecht. Hij wordt belast met het beheer van de nieuwe *voluntary administration procedure*, waarover hiervoor reeds het een en ander is opgemerkt. Voor de duidelijkheid wijs ik erop dat een *administrator* nog zal kunnen worden benoemd wanneer de vennootschap al in een liquidatieprocedure is betrokken, zie de nieuwe art. 239D jo. 239H(1)(b) en 239J CA 1993 (NZ), die eveneens zijn geïntroduceerd door de *Companies Amendment Act 2006*.

66 Onder omstandigheden worden preferente crediteuren eerder voldaan dan verzekerde crediteuren, zie Schedule 7, lid 9. Deze bepaling is in het voorgestelde Schedule 7 opgenomen in paragraaf 2(1), zie Schedule 3 bij de *Draft Bill* en het integraal voorstel, zie voor verwijzingen de vorige voetnoot.

aangenomen dat deze regel op dit moment nog steeds geldt.Vervolgens bepaalde artikel 315B(3)(d) CA 1955 dat de schulden van een vennootschap die ingevolge artikel 308 van de CA 1955[67] met voorrang moesten worden voldaan, maar die niet konden worden voldaan uit de activa van de betreffende vennootschap, 'shall (…) be subject to claims of holders of debentures under any floating charge (…) created by any of the other companies.'[68, 69] Als ik het goed zie impliceerde deze bepaling dat preferente schuldeisers moesten worden voldaan uit de activa toebehorend aan hun specifieke debiteur en niet uit de geconsolideerde boedel. Bevatte deze afzonderlijke boedel onvoldoende actief om hun vorderingen te voldoen dan mochten zij zich verhalen op de activa van de overige vennootschappen. Zij het, dat zij in rang kwamen na de schuldeisers die beschikten over *floating charges*. Deze regel, in combinatie met de regel dat rechten van verzekerde crediteuren door de consolidatie niet worden geraakt, houdt in dat onder de CA 1955 consolidatie in beginsel slechts plaatsvond tussen onverzekerde, concurrente crediteuren. Ten aanzien van de vorderingen van deze onverzekerde crediteuren bepaalde artikel 315B(3)(e) CA 1955 dat zij, tenzij de rechter anders oordeelde, een gelijke rang hadden.[70]

Deze bepalingen zijn in de latere artikelen, die consolidatie regelen, niet overgenomen. De betekenis daarvan is enigszins onduidelijk,waarover hierna meer.

In Nieuw-Zeeland beschikt de rechter thans overigens niet over de mogelijkheid om vorderingen uit billijkheidsoverwegingen een andere rang toe te kennen, zoals de Amerikaanse rechters dit ingevolge het leerstuk van *equitable subordination of claims* wel kunnen. Het in de wet neergelegde pari passu-beginsel verhindert achterstelling van vorderingen op billijkheidsgronden.[71] Tenminste onder de CSIA 1958 was dit wel mogelijk. Artikel 25 CSIA 1958 bepaalde uitdrukkelijk dat:

---

67 Thans art. 312 CA 1993.

68 Een gelijkluidende bepaling is nog steeds opgenomen in art. 141(3)(d) CA 1990 (IE).

69 Een *floating charge* moet worden onderscheiden van een *fixed charge*. Het is een zekerheid die 'hangt' over bezittingen van de schuldenaar die aan een bepaalde omschrijving voldoen. Bijvoorbeeld een *floating charge* over een inventaris of over voorraden. Het voorwerp van de *floating charge* is aan verandering onderhevig, mede omdat de debiteur de betreffende bezittingen in principe mag blijven gebruiken in de bedrijfsvoering. Het voorwerp van een *fixed charge* is daarentegen vastomlijnd, bijvoorbeeld een bepaalde machine. Het voorwerp van een *floating charge* kristalliseert doorgaans wanneer zich omstandigheden voordoen die terugbetaling van de lening bedreigen. De omstandigheden die tot kristallisatie aanleiding geven, kunnen in de kredietovereenkomst worden vastgelegd. Het principe van de *floating charge* is in Nieuw-Zeeland overbodig geworden door het van kracht worden van de Personal Properties Securities Act 1999. Thans kent men een 'security interest in after acquired property', zie art. 43 en 44 Personal Properties Securities Act 1999. Zie: Beck & Borrowdale 2002, p. 163-166.

70 Zie voor de engelse tekst van deze bepaling: bijlage IIIB. Een gelijkluidende bepaling is nog steeds opgenomen in art. 141(3)(e) CA 1990 (IE).

71 Zie: Farrar & Darroch 1995, p. 255, onder verwijzing naar *Re Omon Sound Ltd* [1979] 2 NZLR 574.

> 'Notwithstanding anything to the contrary in the Companies Act 1955, for the purpose of the winding up of any company or companies incorporated in New Zealand to which this Act applies, the Court may settle, as it considers just and equitable, a scheme prescribing the order in which all claims (whether as secured or unsecured creditor, shareholder, or otherwise) in respect of the company or companies shall rank for payment, and providing for the postponement of any part of any claim. Any such scheme shall have effect according to its tenor.'

5.2.1.4 Nederland

In gevolge artikel 3:276 BW kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van de schuldenaar verhalen, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt. Daarbij geldt in gevolge artikel 3:277(1) BW dat alle schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om, na voldoening van de executiekosten, uit de nettoopbrengst van de schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering (*paritas creditorum*), behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang. Voorrang vloeit voort uit pand, hypotheek, voorrechten en andere in de wet aangegeven gronden, artikel 3:278(1) BW. In geval van een faillissement geldt voorts het volgende: Een faillissement is een gerechtelijk beslag op het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Beoogd wordt een wedloop tussen crediteuren te voorkomen om vervolgens een billijke verdeling van de goederen van de schuldenaar onder al zijn crediteuren te bewerkstelligen. Voor de executiemaatregelen die de faillissementsschuldeisers voorafgaande aan het faillissement konden nemen, treedt het faillissementsbeslag in de plaats.[72] Ondanks het faillissement kunnen diverse schuldeisers zich op goederen van de schuldenaar verhalen alsof er geen faillissement was. Tot deze groep schuldeisers behoren onder andere hypotheek- en pandhouders en de houders van een retentierecht. Dit zijn de zogenaamde separatisten; zij hoeven hun vordering niet ter verificatie aan te melden en kunnen hun rechten door middel van parate executie buiten het faillissement om geldend maken, artikelen 57(1) en 60(3) Fw. Daarnaast vallen bijvoorbeeld onder eigendomsvoorbehoud[73] geleverde zaken en zaken waarop een recht van reclame[74] rust buiten het faillissement. Hypotheek- en pandhouders en schuldeisers met een retentierecht die gebruik maken van hun recht van parate executie kunnen zich in beginsel met voorrang op de opbrengst van het goed verhalen en hoeven niet mee te delen in de algemene faillissementskosten, artikel 182(1) Fw. Bij de verdeling van de opbrengst oefent de curator ten behoeve van de boedel mede de rechten uit, die de wet aan beslagleggers op het goed toekent. Hij is gehouden mede de belangen te behartigen van de bevoorrechte schuldeisers die in rang boven de hypotheek- en pandhouders en

72 Art. 33 Fw.
73 Zie: art. 3:92 BW.
74 Zie: art. 7:39 BW e.v.

beperkt gerechtigden gaan, artikel 57(3) Fw. Zo moet een pandhouder wijken voor de voorrechten van de artikelen 3:284 (voorrecht wegens kosten tot behoud) en 3:285 BW (voorrecht wegens aanneming van werk), tenzij het pandrecht is gevestigd na het ontstaan van de bevoorrechte vordering en het onderpand in de macht van de pandhouder of een derde is gebracht.

De artikelen 3:279-281 BW geven aan welke rangorderegels gelden bij samenloop van pand, hypotheek en voorrechten op eenzelfde goed. Hypotheek- en pandrechten gaan boven voorrechten, tenzij de wet anders bepaalt (zie hiervoor), artikel 3:279 BW. Vervolgens geldt dat bijzondere voorrechten voorrang hebben boven algemene voorrechten, wederom tenzij de wet anders bepaalt, artikel 3:280 BW. Bijzondere voorrechten geven bij verhaal voorrang op de opbrengst van een of meer bepaalde goederen, terwijl algemene voorrechten rusten op alle tot een vermogen behorende goederen, met uitzondering van niet voor verhaal vatbare goederen. Treedt een samenloop op tussen verschillende bijzondere voorrechten op eenzelfde goed dan hebben deze rechten onderling een gelijke rang, tenzij de wet anders bepaalt, artikel 3:281(1) BW. De rangorde tussen de verschillende algemene voorrechten wordt bepaald door de volgorde waarin de wet hen plaatst, artikel 3:281(2) BW. Zie voor deze volgorde de artikelen 3:288 en 289 BW.

Is er na uitwinning door de separatisten en uitbetaling van de bevoorrechte schuldeisers nog geld in de boedel dan wordt dit uitgekeerd aan de concurrente schuldeisers naar evenredigheid van ieders vordering, vgl. artikel 3:277(1) BW.

Deze rangorde moet mijns inziens – met in acht neming van hetgeen hierna wordt opgemerkt over zekerheden en de reikwijdte van voorrechten – ook gelden in een samengevoegd afgewikkeld faillissement, dat wil zeggen dat de rangorde wordt bepaald ten aanzien het samengevoegde vermogen. Enkel op die manier kan een volledige samengevoegde afwikkeling plaatsvinden.

Hiervóór is nog geen aandacht besteed aan de positie van de fiscus en boedelschuldeisers. De fiscus heeft een bijzonder sterke positie. Artikel 21 Iw 1990 kent de fiscus een algemeen voorrecht toe op de goederen van de belastingschuldige. Dit voorrecht gaat boven bijna alle andere voorrechten[75] en gaat bovendien boven een stil pandrecht indien dit pandrecht rust op een bodemzaak in de zin van artikel 22(3) Iw 1990 en het wordt ingeroepen voor de in dat artikel genoemde belastingen. Artikel 21(2), laatste volzin Iw 1990 bepaalt uitdrukkelijk dat de fiscus deze hoge rang behoudt in geval van een faillissement van de belastingschuldige.

Boedelschuldeisers vormen een categorie schuldeisers die enkel in insolventieprocedures zijn intrede doet. Boedelschulden zijn schulden die hun directe grondslag vinden in een rechtsverhouding, die is ontstaan door of na het uitspreken van het faillissement.[76] Zij worden onderscheiden van de faillissementsschulden. Boedelschulden hoeven niet ter verificatie te worden ingediend; zij geven een

75 Uitgezonderd zijn de voorrechten van de art. 3:287, 3:288(a) en dat van 3:284 voor zover de kosten zijn gemaakt na de dagtekening van het aanslagbiljet.

76 Polak/Pannevis 2005, p. 237.

onmiddellijke aanspraak op de boedel. Dat wil zeggen dat zij volledig[77] worden voldaan alvorens een uitkering plaatsvindt aan de geverifieerde schuldeisers.[78]

Indien twee of meer afzonderlijk uitgesproken faillissementen worden geconsolideerd, rijst de vraag of reeds in deze faillissementen opgekomen boedelschulden moeten worden aangemerkt als opgekomen in het geconsolideerde faillissement. Ik zou dit wel als regel willen aanvaarden. Dat boedelschulden die in het faillissement van vennootschap X zijn opgekomen na consolidatie van dit faillissement met het faillissement van vennootschap Y gaan gelden als boedelschulden van de geconsolideerde boedel is gerechtvaardigd, wanneer men bedenkt dat de schuldeisers van Y thans gebaat zijn bij de deugdelijke afwikkeling van de zaken van X. Josephus Jitta gaat hier niet in mee, omdat de crediteuren van de individuele vennootschappen daardoor ernstig kunnen worden benadeeld:[79] Voldoening – na consolidatie – van een boedelvordering, die bij enkelvoudige afwikkeling van de betreffende boedel niet zou kunnen worden voldaan, gaat ten koste van de crediteuren van de andere betrokken boedels. Afhankelijk van de hoogte van de boedelvordering kan deze benadeling groot zijn. Naar verwachting van Josephus Jitta zelfs zo groot dat nooit tot consolidatie kan worden besloten. Deze reallocatie van middelen is echter een steeds terugkerend verschijnsel bij consolidatie. Het doet zich niet enkel voor op het niveau van boedelschuldeisers, maar in voorkomend geval ook op dat van faillissementsschuldeisers. Mijns inziens moet met dit gegeven – gelijk Josephus Jitta lijkt te betogen – reeds rekening worden gehouden bij de beslissing of consolidatie op haar plaats is. De beantwoording van de vraag of consolidatie op haar plaats is, moet uiteindelijk afhangen van het antwoord op de vraag of de voor de betrokken crediteuren, ermee gepaard gaande voordelen aanzienlijk zwaarder wegen dan voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen. Indien het antwoord positief luidt, is consolidatie gerechtvaardigd. Vervolgens moeten de nadelen in de regel voor lief worden genomen, hetgeen in dit geval betekent dat de reeds in de afzonderlijke faillissementen opgekomen boedelschulden na de consolidatie moeten worden aangemerkt als boedelschulden van de geconsolideerde boedel, ondanks de daardoor optredende benadeling van andere schuldeisers dan deze boedelschuldeisers.[80]

---

77 Hier wordt verder geen aandacht besteed aan zogenaamde boedelfaillissementen, dat wil zeggen faillissementen waarin de baten onvoldoende zijn om de boedelschulden te voldoen. Over het antwoord op de vraag welke rangorde in een dergelijk geval onder de boedelschulden moet gelden, bestaat discussie. Zie Van Galen *WPNR* 1997 (I), p. 255-258 en idem *WPNR* 1997 (II), p. 275-279 en de door hem genoemde literatuur en jurisprudentie. De Hoge Raad zoekt voor deze gevallen aansluiting bij de rangorde die geldt voor faillissementsschulden: HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305 (De Ranitz q.q./Ontvanger).

78 Polak/Pannevis 2005, p. 238.

79 Josephus Jitta 1999, p. 109.

80 Navraag bij curatoren heeft mij geleerd dat dit thans ook al gebeurt. Zie ook het Zesde openbare verslag ex art. 73a Fw in het faillissement van de besloten vennootschap Mr. T. Borgdorff Advies BV, d.d. 30 oktober 2002. In dit verslag wordt als argument tegen consolidatie genoemd dat daardoor de concurrente crediteuren van de ene boedel ernstig worden benadeeld o.m. omdat zij dan de omslag van de algemene faillissementskosten (waaronder begrepen de boedelschulden) gemaakt in de andere boedel tegen zich zouden moeten laten gelden.

5.2.2 Zekerheden

In alle onderzochte rechtsstelsels wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds zekerheden waarbij de crediteur zijn zekerheid rechtstreeks vindt in een bepaald aan zijn schuldenaar toebehorend goed (goederenrechtelijke zekerheden) en anderzijds zekerheden waarbij de crediteur zekerheid vindt in de omstandigheid dat een derde (subsidiair) mede-aansprakelijk is voor de voldoening van de vordering (persoonlijke zekerheden).[81] Dit onderscheid zal ook in deze paragraaf worden aangehouden.

5.2.2.1 Zekerheidsrechten op goederen

Voorop gesteld moet worden dat in de Verenigde Staten zekerheidsrechten worden verkregen overeenkomstig het recht van de afzonderlijke staten. Het is ook dit recht dat de rang van de verkregen zekerheid bepaalt.[82] Het valt buiten het bestek van dit proefschrift om verder op de vestiging van de verschillende zekerheidsrechten op bepaalde goederen in te gaan. Ik zal mij concentreren op de gevolgen die een consolidatie heeft voor de verhaalspositie van verzekerde crediteuren.

In de Verenigde Staten blijven zekerheden, die door de vennootschappen aan crediteuren worden verstrekt, bij consolidatie in tact, tenzij een zwaarwegende reden – zoals het bestaan van bedrog (*fraude*) – aantasting van het zekerheidsrecht met zich brengt.[83] In *In re Gulfco Inv. Corp.*[84] had een moedervennootschap aandelen in haar dochtervennootschap in zekerheid gegeven aan twee van haar crediteuren (*pledge of shares*). In hoger beroep was de vraag aan de orde of deze zekerheden door samenvoeging van de reorganisatieprocedures van deze en andere groepsmaatschappijen zouden worden geëlimineerd en de status van beide crediteuren zou doen veranderen in die van een concurrente crediteur. De *Court of Appeals for the Tenth Circuit* bepaalde dat aan de status van een verzekerde crediteur geen afbreuk kan worden gedaan, tenzij daarvoor een dringende reden – bijvoorbeeld bedrog – bestaat. De overweging van de *District Court* dat de waarde van de aandelen moeilijk zou zijn vast te stellen, kan een degradatie tot concurrente crediteur niet rechtvaardigen. Ook een daardoor optredende administratieve vereenvoudiging of voortvarendheid (*expedience*), of het bestaan van boekhoudkundige problemen kunnen hiertoe geen aanleiding geven. Evenmin de omstandigheid dat een crediteur op de hoogte is van het bestaan van verbonden vennootschappen, aldus de *Court of Appeals*. De aandelen moeten in casu worden gewaardeerd en aan de crediteur moet een redelijke rang (*type of priority which would be fair and equitable*) worden toegekend in het reorganisatieplan.[85]

---

81 Zie over dit onderscheid: Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 406, nr. 482.
82 Frost 2001, p. 28-6, nr. 12.
83 *In re Gulfco Inv. Corp*., 593 F.2d 921, 927 (10th Cir. 1979).
84 *In re Gulfco Inv. Corp*., 593 F.2d 921 (10th Cir. 1979).
85 *In re Gulfco Inv. Corp*., 593 F.2d 921, 927 (10th Cir. 1979).

Ook in Frankrijk wordt aangenomen dat zekerheidsrechten op bepaalde goederen na samenvoeging van de insolventieprocedures blijven bestaan. Crediteuren die van hun debiteuren zakelijke zekerheden (*sûretés réelles spéciales*) hebben verkregen, denk aan hypotheek-[86] en pandrechten[87], behouden deze zekerheden na een uitbreiding annex consolidatie.[88] In oude zaken werd daartoe wel overwogen dat derden die te goeder trouw zekerheden hadden verworven van een later fictief verklaarde vennootschap werden beschermd.[89]

In Nieuw-Zeeland is eveneens onbetwist dat de rechten van verzekerde crediteuren door de samengevoegde afwikkeling niet worden geraakt. Artikel 315B(3)(c) CA 1955 bepaalde uitdrukkelijk dat dit artikel of een door de rechter genomen consolidatiebesluit niets kon afdoen aan de rechten van verzekerde crediteuren van de betrokken vennootschappen. Deze bepaling is niet meer opgenomen in de opvolger van artikel 315B CA 1955, artikel 246 CA 1955, en evenmin in het thans geldende artikel 272 CA 1993 (NZ).[90] Desalniettemin wordt een consolidatie ook onder de huidige regeling geacht geen afbreuk te doen aan de rechten van verzekerde crediteuren. Betoogd wordt dat het effect van het geschrapte artikel 315B(3)(c) CA 1955 tegenwoordig op een andere manier wordt bewerkstelligd. De definitie van het begrip 'crediteur', zoals neergelegd in artikel 240(1) CA 1993 (NZ)[91], ziet in beginsel namelijk enkel op niet-verzekerde crediteuren. Deze definitie geldt ook in het kader van de artikelen 271 en 272 CA 1993 (NZ).[92] Voorts merkt Borrowdale op dat:

---

86 'Hypotheek' wordt in Frankrijk in art. 2393(1) C. civ. als volgt gedefinieerd: 'L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation.' Er worden voorts drie soorten hypotheekrechten onderscheiden: (1) *hypothèque légale*; (2) *hypothèque judiciare* en (3) *hypothèque conventionnelle*; zie art. 2395 en 2396 C. civ.

87 De overkoepelende term voor pandrecht was in Frankrijk tot voor kort *nantissement*, daaronder werd ingevolge art. 2071 C. civ. (oud) verstaan 'un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour surité de la dette.' Daaronder werden begrepen pandrechten op roerende zaken, zogenaamde *gages* (waaronder ook pandrechten op vorderingen, zie art. 2075 C. civ. oud), en pandrechten op onroerende zaken, zogenaamde *antichrèses*, art. 2072 C. civ. (oud). Thans onderscheidt men het pandrecht op roerende, voor de menselijke beheersing vatbare stoffelijke goederen (*gage de meubles corporels*, art. 2333 e.v. C. civ.); het pandrecht op roerende, niet-stoffelijke goederen (*nantissement de meubles incorporels*, art. 2355 e.v. C. civ., denk aan pandrechten op vorderingen) en het pandrecht op onroerende goederen (*l'antichrèse*, art. 2387 e.v. C. civ.)

88 Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 33, nr. 179; Saint-Alary-Houin 2006, p. 218, nr. 395 en idem 1999, p. 463.

89 Zie: Cass. com. 16 december 1964, *Bull. civ.* III, nr. 562; *RtDCom.* 1965, p. 461, m.nt. Houin. Het betrof in deze zaak een *nantissement sur le fonds de commerce*.

90 Art. 141(3)(c) CA 1990 (IE) bepaalt nog steeds dat de rechten van verzekerde crediteuren niet door het genoemd artikel of het consolidatiebesluit worden beïnvloed.

91 Art. 240(1) CA 1993 (NZ) bepaalt: '(1) In this Act, unless the context otherwise requires, "Creditor" means a person who, in a liquidation, would be entitled to claim in accordance with section 303 of this Act that a debt is owing to that person by the company; but does not include a secured creditor; (…).' Het begrip *secured creditor* wordt gedefinieerd in art. 2(1) CA 1993 (NZ), zie daarover noot 63 hiervoor.

92 CASAC 2000, p. 168, nt. 610.

> '(…) a court in the exercise of its just and equitable discretion under s271 (…) could hardly upset the securities of secured creditors'.[93]

De situatie in Nederland wijkt niet af van die in de besproken rechtsstelsels. Goederenrechtelijke zekerheden worden – gelijk hetgeen in de andere onderzochte rechtsstelsels wordt aangenomen – door de consolidatie in beginsel niet aangetast.[94] In beginsel, want door de consolidatie kunnen zich complicaties voordoen. Doorgaans wordt aangenomen dat door de consolidatie de vorderingen die de vennootschappen op elkaar hebben, de zogenaamde intercompany-vorderingen, worden geëlimineerd.[95] Indien een crediteur een pandrecht heeft verworven op een intercompany-vordering heeft de eliminatie van de intercompany-vordering het teniet gaan van het pandrecht tot gevolg.[96] Mijns inziens kan aan de benadeling van deze crediteuren, die – in tegenstelling tot vele andere – zo oplettend en bedachtzaam zijn geweest om zekerheden voor hun vorderingen te verwerven, niet zonder meer voorbij worden gegaan. Josephus Jitta heeft betoogd dat aan de rechten van deze zekerheidsgerechtigden kan worden tegemoet gekomen door voor te schrijven dat voor consolidatie toestemming vereist is van alle zekerheidsgerechtigden in het faillissement van iedere betrokken vennootschap, die zekerheidsrechten hebben op activa die door de consolidatie worden geëlimineerd. Bovendien pleit hij ervoor dat deze zekerheidsgerechtigden aan hun toestemming voorwaarden kunnen verbinden, zoals het recht om zich met voorrang op een deel van de samengevoegde boedel te verhalen en pleit hij voor een beperking van de mate waarin zij in de faillissementskosten moeten bijdragen.[97] Het beoogde resultaat van deze oplossing spreekt mij aan, maar het vereisen van voorwaardelijke toestemming gaat mijns inziens te ver. Dit laatste zou namelijk tot een langdurig onderhandelingsproces[98] kunnen leiden, waardoor de afwikkeling van het faillissement wordt vertraagd en de kosten oplopen. Bovendien wordt de consolidatie op deze manier te afhankelijk van de grillen van enkele crediteuren, hetgeen ik onwenselijk acht.[99]

Het voorstel van Josephus Jitta om de bijdrage in de kosten te matigen, is bovendien niet werkbaar. Het is juist dat van de ex-pandhouder een bijdrage in de algemene faillissementskosten mag worden verwacht, omdat hij thans moet meedelen in de opbrengst van de boedel; hij krijgt een uitkering via de curator. Ook kan een matiging van deze bijdrage worden gerechtvaardigd, omdat de ex-pandhouder deze gang van zaken niet heeft kunnen vermijden; hem is door het plot-

93 Borrowdale 1998, p. 93-94.
94 Van der Schee & Knol 2006, p. 15.
95 Waarover meer in paragraaf 5.3.
96 Art. 3:81(2)(a) BW.
97 Josephus Jitta 1999, p. 107-108.
98 Josephus Jitta voorziet een systeem waarbij door vertegenwoordigers van verschillende groepen crediteuren onder toeziend oog van de curator wordt onderhandeld over de voorwaarden die zij aan hun toestemming tot consolidatie zouden willen verbinden: Josephus Jitta 1999, p. 107-109.
99 Zie verder over de besluitvorming tot consolidatie paragraaf 6.1.

seling teniet gaan van het pandrecht, het recht op parate executie ontnomen. Aan deze situatie kan in de praktijk echter moeilijk recht worden gedaan, omdat de algemene faillissementskosten worden omgeslagen over het actief.[100] Dit heeft tot gevolg dat schuldeisers slechts indirect bijdragen in de faillissementskosten, namelijk enkel wanneer er na de omslag minder beschikbaar is voor uitdeling.[101] Bevoorrechte schuldeisers – waartoe naar mijn mening de ex-pandhouder moet gaan behoren (zie hierna) – voelen derhalve enkel iets van de omslag wanneer de resterende opbrengst onvoldoende is om hun vorderingen te voldoen. Dit zou anders zijn, indien zou worden omgeslagen over de uitkeringen[102], waardoor schuldeisers hun vordering nooit volledig voldaan zouden krijgen. In dat geval zou je eenvoudig de bijdrage in de kosten kunnen beperken. In het huidige systeem is een matiging van de bijdrage in de kosten door een ex-pandhouder – thans bevoorrechte schuldeiser (zie hierna) – moeilijk te realiseren, want feitelijk draagt hij vaak niet eens bij in deze kosten. Beter is het mijns inziens om de omstandigheid dat de ex-pandhouder thans profiteert van de werkzaamheden van de curator en daarom ook zal moeten bijdragen in de door deze persoon gemaakte kosten, mee te nemen bij de bepaling van de rang van de bevoorrechte positie van de ex-pandhouder.

Invoering van een bevoorrechte verhaalspositie is mijns inziens gerechtvaardigd. Aan de belangen van een crediteur die zo verstandig was een pandrecht te bedingen en die dit buiten zijn toedoen verloren ziet gaan, moet tegemoet worden gekomen. Deze opvatting is niet vreemd aan ons recht, waar in artikel 3:229 BW is bepaald dat een pandrecht van rechtswege een recht van pand teweeg brengt op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats treden van het verbonden goed. Denk aan het geval waarin A zijn inventaris verpand heeft aan B en de inventaris door het uitbreken van brand verloren gaat. In dat geval verkrijgt B een pandrecht op het vorderingsrecht van A jegens zijn verzekeraar tot uitbetaling van de verzekeringspenningen. In geval van consolidatie is een dergelijke constructie niet mogelijk, omdat voor het goed dat door de consolidatie buiten beschouwing moet worden gelaten (i.e. de intercompany-vordering) niet iets specifieks in de plaats treedt. Er zal een andere oplossing moeten worden gezocht. Naar mijn mening moet aan de pandhouder die door het vervallen van de intercompany-vorderingen zijn pandrecht verliest van rechtswege een voorrecht worden toegekend[103] en wel voor het bedrag van de vervallen intercompany-vordering. Dit is natuurlijk enkel mogelijk wanneer geen sprake is van een volledig onontwarbare vermogensver-

100 Zie: Van der Feltz II, p. 241, MvT bij art. 182 Fw. Zie ook: Polak/Pannevis 2005, p. 248 en Verstijlen, *NTBR* 1996, p. 83.

101 Verstijlen, *NTBR* 1996, p. 83.

102 Dit stelsel is voorgesteld door diverse auteurs. Zie o.a.: Van Mierlo 1994, p. 12-13 en Polak/Polak 2002, p. 222-224 en 346-350. NB In de meest recente bewerking van het laatstgenoemde boek is deze opvatting niet meer terug te vinden: Polak/Pannevis 2005, p. 248 en 370-374.

103 Vgl. Josephus Jitta (1999, p. 107-108), die de pandhouder de mogelijkheid wil geven aan zijn toestemming om over te gaan tot consolidatie de voorwaarde te verbinden dat hij zich met voorrang op een gedeelte van de geconsolideerde boedel mag verhalen.

menging. Het is overigens ook niet goed voorstelbaar dat een crediteur in geval van een volledige en onontwarbare vermogensvermenging een pandrecht heeft verworven op een intercompany-vordering, omdat voor openbare verpanding van een (toekomstige) vordering in verband met de vereiste mededeling aan de debiteur[104], vereist is dat men weet wie de debiteur is. En voor stille verpanding is vereist dat de vordering reeds bestaat of zal worden verkregen uit een op het moment van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding[105], hetgeen veronderstelt dat duidelijk is wie wat van wie te vorderen heeft of zal krijgen. Dit is enkel voorstelbaar wanneer geen sprake is van een volledige onontwarbare vermogensvermenging.

Ik besef dat de pandhouder door dit voorstel kan worden bevoordeeld in die gevallen waarin de verpande vordering van weinig waarde of zelfs waardeloos zou zijn gebleken. Hetgeen in gevallen betreffende intercompany-vorderingen tussen gelieerde failliete vennootschappen waarvan de faillissementen zijn samengevoegd, nog wel eens het geval zal zijn. Ik zie echter geen andere werkbare oplossing. Het nadeel dat hieruit voorvloeit voor de overige crediteuren kan wel worden verzacht door de rechter de bevoegdheid te geven de rang van het voorrecht te bepalen (zie hierna).

Josephus Jitta betoogt als gezegd dat de ex-pandhouder zich met voorrang moet kunnen verhalen op een gedeelte van de samengevoegde boedel. Hij laat in het midden welk gedeelte. Waar het onderhavige probleem zich, zoals hiervoor uiteengezet, enkel zal voordoen wanneer geen sprake is van een volledige onontwarbare vermogensvermenging zou kunnen worden besloten om het voorrecht te laten rusten op alle (nog) aanwijsbare goederen van zijn oorspronkelijke schuldenaar. Dit is echter niet altijd billijk. Wanneer het bedrag van de vervallen vordering zeer hoog was, zijn oorspronkelijke schuldenaar de rijkste van de betrokken schuldenaren en de schuldenaar van de verpande vordering zeer arm, kan dit bijvoorbeeld ertoe leiden dat de ex-pandhouder veel meer ontvangt dan hij bij een enkelvoudige afwikkeling had ontvangen. In dat geval was de intercompany-vordering nauwelijks van waarde gebleken. De debiteur van deze vordering staat er immers slecht voor. De separatistenpositie zou de pandhouder dan weinig hebben opgeleverd; en voor het overige gedeelte had hij enkel als concurrente crediteur kunnen opkomen, terwijl hij thans voor het hele bedrag van de vervallen vordering bevoorrecht is. Naar mijn oordeel kan een billijker oplossing worden gevonden door te bepalen dat het voorrecht rust op alle goederen in de geconsolideerde boedel en de rechter in ieder geval afzonderlijk de rang van het bevoorrechte deel van de vordering c.q. de bevoorrechte vordering te laten bepalen. Dan kan hij rekening houden met de omstandigheid dat de intercompany-vordering van weinig waarde was (indicatie lage rang); dat de pandhouder gedwongen wordt bij te dragen in de algemene faillisementskosten (indicatie hogere rang), etc. Deze oplossing is weliswaar bewerkelijk, maar ook billijk én te verantwoorden tegenover crediteuren.

104 Art. 3:236(2) jo. 3:94(1) BW.
105 Art. 3:239(1) BW.

Zou men – anders dan ik betoog – aannemen dat de aandelen die een moeder houdt in een dochter door de geconsolideerde afwikkeling van hun faillissementen vervallen, waardoor de crediteur die pandrechten heeft verkregen op deze aandelen wordt benadeeld[106], dan zou het voorgaande systeem ook in dat geval kunnen worden toegepast.

Tenslotte wil ik hier aandacht besteden aan het geval dat een van de bij de consolidatie betrokken vennootschappen pandrechten heeft verstrekt op zijn voorraden. Dit pandrecht strekt zich na consolidatie niet uit over de voorraden van de andere vennootschap die eveneens in de geconsolideerde boedel vallen. De pandgever is voorafgaande aan de faillietverklaring immers niet bevoegd de voorraden van een ander in pand te geven en door de samengevoegde afwikkeling breidt de beschikkingsbevoegdheid zich niet uit. Een uitzonderlijk geval lijkt zich echter te kunnen voordoen indien A en B in een loods die eigendom is van A voorraden gelijksoortige zaken (ijzeren klaptafels) hebben opgeslagen en zij geen voorradenadministratie bijhouden. Dat wil zeggen wanneer sprake is van oneigenlijke vermenging en de vermengde zaken wel hun identiteit hebben behouden, maar zij niet meer kunnen worden geïndividualiseerd. Neem aan dat A al zijn bestaande en toekomstige voorraden ijzeren klaptafels stil aan X heeft verpand. De curator treft na de faillietverklaring van A een vermengde voorraad aan. Niet meer kan met zekerheid worden vastgesteld welke klaptafels aan A en welke aan B toebehoren, waardoor zij ingevolge HR *Teixeira de Mattos* allemaal hebben te gelden als eigendom van A.[107] In de literatuur is wel opgemerkt dat de Hoge Raad aldus een wijze van eigendomsverkrijging heeft aanvaard die niet door de wet wordt erkend.[108] Dat men als eigenaar 'heeft te gelden', betekent dan dat men eigenaar 'is geworden', waardoor in voornoemde casus A rechtsgeldig alle ijzeren klaptafels aan X heeft kunnen verpanden[109], mits de eigendomsverkrijging heeft plaatsgevonden voor de faillietverklaring van A.[110] Omdat deze problematiek niet speciaal is aan gevallen waarin samengevoegde afwikkeling plaatsvindt, laat ik deze hier verder rusten.

Aanwending overschot na uitwinning

De vraag kan opkomen of een crediteur die vorderingen heeft op beide bij een consolidatie betrokken schuldenaren en die zakelijke zekerheden heeft verkregen van één van hen, een overschot dat hij na uitwinning van deze zekerheden in handen heeft mag aanwenden om zijn vorderingen op de andere schuldenaar te vol-

106 Zie paragraaf 5.1.2.

107 HR 12 januari 1968, *NJ* 1968, 274, m.nt. HD; *AA* 1968, p. 144, m.nt G (Teixeira de Mattos).

108 Van der Grinten, noot onder het arrest, *AA* 1968, p. 147. Zie ook reeds: Houwing 1952, p. 174 en Van Oven *NJB* 1934, p. 726. En voorts Fikkers 1999, p. 57 en Meijer 1992, p. 119-120.

109 Vgl. Vriesendorp *TvI* 1999 (I), p. 6. Vriesendorp heeft echter kritiek op deze zienswijze vanwege de daaraan verbonden – soms willekeurige – uitkomsten: a.w., p. 6 e.v. Kritisch is ook Smelt *AA* 2003, p. 348 e.v.

110 Dat dit niet evident is, ook niet wanneer de goederen voor de faillietverklaring reeds bijeen zijn geraakt, laat Vriesendorp zien: Vriesendorp *TvI* 1999 (I), p. 7-8. Zie ook: Smelt *AA* 2003, p. 353-354.

doen. Deze vraag was aan de orde in de Amerikaanse zaak *In re Continental Vending Machine Corp*.[111] Moedervennootschap Continental en dochtervennootschap Apco hadden beide geld geleend van Talcott. Talcott had als zekerheid tot terugbetaling voor de aan Continental verstrekte lening diverse hypotheken en andere zekerheden bedongen. Voor de aan Apco verstrekte lening had Talcott onder meer overdracht van vorderingen (*assignment of accounts receivable*) van Apco op derden bedongen. De beide overeenkomsten aangaande de zekerheidsverstrekking bevatten geen *cross-collateralization agreement*, dat wil zeggen een beding dat Talcott de bevoegdheid zou geven haar van Continental verkregen zekerheden aan te wenden ter voldoening van zijn vordering op Apco en vice versa. Noch was sprake van enige garantstelling van de betrokken vennootschappen voor de schulden van de ander. Nadat beide vennootschappen in reorganisatieprocedures waren betrokken, begon Talcott met het uitwinnen van zijn zekerheden. De uitwinning resulteerde in een tekort van $820.000,- in de verhouding met Continental en een overschot van $380.000,- in de verhouding met Apco. Talcott wilde vervolgens het overschot in de verhouding met Apco gebruiken om het tekort in de verhouding met Continental te verminderen. Daaraan stond echter het reorganisatieplan in de weg. Dit plan bevatte de clausule dat geen consolidatie plaatsvond ten opzichte van de vorderingen die gedekt zijn door zekerheden. Voor zover de zekerheden onvoldoende zouden blijken te zijn, werden de betreffende crediteuren als concurrente crediteuren aangemerkt, met dien verstande dat de positie van de over zekerheden beschikkende crediteuren niet door de consolidatie mocht verbeteren. Desalniettemin verzocht Talcott de rechter hem toe te staan het overschot met het tekort te verrekenen.

De *Court of Appeals for the Second Circuit* wees het verzoek af. Hij merkte op dat de tussen Talcott en Apco gesloten overeenkomst inzake zekerheidsverstrekking, ondanks haar ruime bewoordingen, niet inhield dat de door Apco verstrekte zekerheden mede ten behoeve van de aan Continental verstrekte leningen waren gegeven. Ook was niet gebleken dat de schuld van Continental eigenlijk een schuld was van Apco. Bovendien waren Talcott's zekerheidsrechten niet aangetast, in die zin dat bezwaarde goederen heen en weer waren geschoven tussen de beide vennootschappen. Talcott kreeg precies wat hij had bedongen: 'secured creditor status to the extent that its collateral was adequate'.[112]

Deze uitkomst is redelijk vanuit het oogpunt van de overige, onverzekerde crediteuren. Talcott kreeg wat hij had bedongen, het resterende gedeelte van het actief kwam aan de onverzekerde crediteuren toe. Daartoe behoorde ook Talcott voor zover zijn vorderingen niet door de zekerheden waren gedekt.[113] Bovendien

111 *In re Continental Vending Machine Corp.*, 517 F.2d 997 (2d Cir. 1975), *cert. denied sub nom, James Talcott, Inc. v. Wharton*, 424 U.S. 913 (1976).

112 *In re Continental Vending Machine Corp.*, 517 F.2d 997, 1002 (2d Cir. 1975), *cert. denied sub nom, James Talcott, Inc. v. Wharton*, 424 U.S. 913 (1976).

113 Zie art. 506(a) BC. Deze regel was ook opgenomen in het reorganisatieplan, zie *In re Continental Vending Machine Corp.*, 517 F.2d 997, 1000, nt. 3 (2d Cir. 1975), *cert. denied sub nom, James Talcott, Inc. v. Wharton*, 424 U.S. 913 (1976).

was Talcott duidelijk op de hoogte van het bestaan van twee afzonderlijke rechtssubjecten en had hij deze uitkomst eenvoudig kunnen voorkomen door een *cross-collateralization clause* in de financieringsovereenkomsten op te nemen.[114] Problematisch was echter dat in de onderhavige zaak mede was besloten tot consolidatie omdat het vrijwel onmogelijk was de vermogens van beide vennootschappen te reconstrueren. Waar Talcott onder meer van beide schuldenaren een zekerheidsrecht op toekomstige goederen had bedongen[115], zou het vanwege de onduidelijke eigendomsverhoudingen moeilijk zijn vast te stellen hoe ver het zekerheidsrecht van Talcott reikte. Dit leidde ertoe dat moeilijk kon worden vastgesteld of Talcott daadwerkelijk had gekregen wat hij had bedongen.[116] Voorts is, zoals nog zal blijken, het oordeel van de *Court of Appeals for the Second Circuit* conceptueel niet steeds juist.

Interessant is in dit verband voorts *In re Cooper*.[117] In deze zaak beschikte de Internal Revenue Service (de Amerikaanse belastingdienst) over een zogenaamde *involuntary tax lien*, die volgens de *Bankruptcy Court for the District of New Jersey* moet worden onderscheiden van een zogenaamde *consensual lien*, waarover *In re Continental Vending Machine Corp*. handelde. De *Bankruptcy Court* in *In re Cooper* overwoog dat '(…) the IRS is not the holder of a consensual lien which should be limited to the collateral for which it bargained. The IRS holds an involuntary tax lien, the nature of which is to attach both to all presently owned and to all subsequently acquired property of the debtor.' De *Bankruptcy Court* oordeelde vervolgens dat deze *tax lien* zich uitstrekte over alle goederen in de geconsolideerde boedel.

De uitkomst in *In re Continental Vending Machine Corp.* lijkt evenwel niet steeds te hoeven gelden. *Cross-collateralization clauses* daargelaten, laat de uit-

114 Zie voor een andere mening de *dissenting opinion* van rechter Anderson (p. 1003-1005), die is gehecht aan de eerder genoemde uitspraak. Hij betoogt onder andere dat Talcott de bedongen zekerheden voor de voldoening van de vorderingen op zowel Apco als Continental had mogen aanwenden, omdat deze vennootschappen naar buiten toe optraden als een economische eenheid en hun financiën ernstig waren verstrengeld. De omstandigheid dat Talcott had gehandeld met afzonderlijke rechtssubjecten en voor het verhaal van zijn vorderingen had vertrouwd op de activa van deze rechtssubjecten afzonderlijk, deed daaraan niets af, omdat dit waarschijnlijk gold voor veel, zo niet alle concurrente crediteuren, aldus rechter Anderson. Bovendien zou Talcott dan niet de enige zijn die er door de consolidatie op vooruit zou gaan. Er waren nog andere, onverzekerde crediteuren bij de consolidatie gebaat.

115 Een zogenaamde *floating lien*. Zie: *Continental Vending Machine Corp.*, 517 F.2d 997, 1002 (2d Cir. 1975), waarover ook: Wes *Cal.L.Rev.*1977, p. 741-742. Een *floating lien* is 'A lien that is expanded to cover any additional property obtained by the debtor while the debt is outstanding.' Een *lien* is 'A legal right or interest that a creditor has in another's property, lasting usu[ally] until a debt or duty that it secures is satisfied. Typically, the creditor does not take possession of the property on which the lien has been obtained.' Zie: Black's Law Dictionary 2004, p. 941-942.

116 Zie *dissenting opinion* van rechter Anderson (p. 1005-1006), gehecht aan *Continental Vending Machine Corp.*, 517 F.2d 997 (2d Cir. 1975), *cert. denied sub nom, James Talcott, Inc. v. Wharton*, 424 U.S. 913 (1976).

117 *In re Cooper*, 147 B.R. 678, 682-683 (Bankr. D. N.J. 1992).

spraak van de *Court of Appeals* de mogelijkheid open dat zekerheden bedongen tot betaling van de vordering op de ene vennootschap worden ingezet ter voldoening van vorderingen op de andere vennootschap, wanneer tussen beide vennootschappen vermogensverschuivingen hebben plaatsgevonden die hebben geleid tot een aantasting van het zekerheidsrecht.[118] Dit laatste is in Nederland overigens niet voorstelbaar, omdat pand- en hypotheekrechten, als zijnde beperkte rechten in beginsel[119] op het bezwaarde goed blijven rusten wanneer het in andere handen overgaat (droit de suite van het beperkte recht).

Mijns inziens moet in Nederland worden aangenomen dat een crediteur in geval van een geconsolideerde afwikkeling onder omstandigheden het overschot na uitwinning kan aanwenden om het tekort in de verhouding met de andere debiteur te voldoen. Een onderscheid moet worden gemaakt tussen zekerheden verstrekt in verband met de voldoening van één bepaalde schuld en zekerheden verstrekt voor *alle* schulden die een debiteur aan een bepaalde crediteur heeft.

In feite creëert consolidatie een vorm van hoofdelijke verbondenheid. De goederen van de ene vennootschap worden immers mede aangewend om de schulden van de andere vennootschap te voldoen. Stel, de vennootschappen A en B zijn beide failliet en hun faillissementen worden samengevoegd afgewikkeld. Door de consolidatie worden de goederen van A mede aangewend om schulden van B te voldoen (en omgekeerd). Met andere woorden A wordt mede-aansprakelijk voor de schulden van B. Zekerheden door A verstrekt tot betaling van *al* zijn schulden aan een bepaalde crediteur[120], moeten dan kunnen worden aangewend om deze schulden, waaronder begrepen de oorspronkelijke schulden van B aan diezelfde crediteur, te voldoen. Ik besef dat deze gang van zaken niet altijd als billijk zal worden ervaren, omdat de concurrente crediteuren er behoorlijk op achteruit gaan, terwijl de verzekerde crediteur een voordeel in de schoot geworpen krijgt. Het zijn dan ook weer dit soort consequenties waarmee de rechter al bij zijn beslissing of consolidatie op haar plaats is rekening moet houden. Worden zekerheden verstrekt in verband met de voldoening van één bepaalde schuld, dan moet het overschot na uitwinning naar mijn mening wel in de geconsolideerde boedel vallen, ongeacht andere vorderingen die de crediteur op één van beide schuldenaren mocht hebben.

5.2.2.2 Bodemrecht

De Ontvanger kan beslag leggen op goederen van derden die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden. Tenzij de derde bezwaar maakt en kan aan-

118 Neely 1988, p. 51.

119 Soms wordt de verkrijgende derde beschermd (het pandrecht vervalt), bijvoorbeeld wanneer vennootschap A de bedrijfswagen stil heeft verpand aan financier X en A de wagen vervolgens onbezwaard verkoopt en levert aan B. B wordt beschermd wanneer hij het pandrecht kende noch behoorde te kennen, zie 3:86(2) BW.

120 Denk daarbij aan de Nederlandse praktijk waarin banken zekerheden bedingen 'voor al hetgeen de bank nu of in de toekomst uit welke hoofde dan ook van de debiteur te vorderen heeft of zal krijgen.' De Hoge Raad heeft een dergelijke ruime omschrijving van de vorderingen waarvoor zekerheid wordt verschaft gesanctioneerd: HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 578, m.nt. PhANH.

tonen dat van zijn kant sprake is van reële eigendom, mag de Ontvanger zich vervolgens op deze goederen verhalen ter voldoening van de schulden van de belastingschuldige.[121] Vraag is nu of door de consolidatie de Ontvanger vorderingen op de ene bij de consolidatie betrokken vennootschap mag verhalen op de beslagen goederen van derden die zich op de bodem van de andere daarbij betrokken vennootschap bevinden. Een ontkennend antwoord ligt mijns inziens in de rede, omdat het bodemrecht reeds zeer veel voeten in de aarde heeft en de derde hierop niet of nauwelijks bedacht zal zijn.

5.2.2.3 Persoonlijke zekerheden

De positie van crediteuren die persoonlijke zekerheden hebben bedongen is in de onderzochte rechtsstelsels minder sterk dan die van crediteuren die beschikken over goederenrechtelijke zekerheden. In de Verenigde Staten leidt samengevoegde afwikkeling eigenlijk steeds tot eliminatie van persoonlijke zekerheden (*guarantees*)[122], die een van de daarbij betrokken vennootschappen aan een derde heeft verstrekt tot betaling van een schuld van een andere betrokken vennootschap. Er resteert nog slechts één enkele vordering op de geconsolideerde boedel.[123] Aan de omstandigheid dat oplettende crediteuren hierdoor kunnen worden benadeeld, wordt doorgaans weinig aandacht besteed.[124]

Ook in Frankrijk geldt dat wanneer een concernmaatschappij zich ten opzichte van een derde borg heeft gesteld (*portée caution*[125]) voor een schuld van een

121 Zie Leidraad Invordering 1990, artikel 22, paragraaf 5.4.

122 *Guarantee* (als zelfstandig naamwoord) wordt wel omschreven als 'The assurance that a contract or a legal act will be duly carried out.' Zie ook *guarantee* als werkwoord: '1. To assume a surityship obligation; to agree to answer for a debt or default. 2. To promise that a contract or a legal act will be duly carried out. 3. To give surety to.' Zie: Black's Law Dictionary 2004, p. 723.

123 O.m.: *In re Gulfco Inv. Corp*., 593 F.2d 921, 927-928 (10th Cir. 1979); *In re Food Fair, Inc*., 10 B.R. 123, 128 (Bankr. S.D. N.Y. 1981); *In re Drexel Burnham Lamert Group Inc*., 138 B.R. 723, 731 (Bankr. S.D. N.Y. 1992) en *In re GC Companies, Inc*., 274 B.R. 663, 669-670 (Bankr. D. Del. 2002). Anders: *In re Tureaud*, 45 B.R. 658, 661 (Bankr. N.D. Okla. 1985): 'Consolidation will not eliminate guarantees by one debtor to pay for the debts of another debtor.'

124 Onterecht aldus een enkele auteur. Crediteuren kunnen er behoorlijk op achteruit gaan. Zie o.m. Collier on bankruptcy 1996, paragraaf 1100-06, 1100-46, noot 32. Let wel, crediteuren hoeven er niet op achteruit te gaan. Zij gaan door de samenvoeging van de boedels meedelen in het actief van de andere vennootschap, hetgeen onder omstandigheden (meer dan) voldoende compensatie kan inhouden.

125 Art. 2288 C. civ. bepaalt: 'Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui même.' Daarmee is de borgstelling in principe een vorm van subsidiaire aansprakelijkheid. De borg heeft het recht om de crediteur te verzoeken zich eerst te verhalen op de debiteur, (*bénéfice de discussion*, art. 2298 C. civ.). Dit wordt wel de *cautionnement simple* genoemd, te onderscheiden van de *cautionnement solidaire*, waarbij de borg o.m. afstand doet van voornoemd recht, waardoor de crediteur steeds diegene kan aanspreken die volgens hem de beste verhaalsmogelijkheid biedt. Zie: Delebecque 2001, Rép. civ. – Cautionnement, p. 3, nr. 4 en p. 28, nr. 211 en 212. De in de praktijk meest gebruikte vorm is de c*autionnement solidaire*: Delebecque, a.w., p. 4, nr. 12.

met haar in de groep verbonden vennootschap deze borgstelling vervalt c.q. de uitoefening ervan wordt bevroren door de uitbreiding annex consolidatie.[126] In gevallen betreffende fictieve vennootschappen volgt dit uit de gedachte dat er feitelijk slechts één vennootschap met één enkel vermogen bestaat.[127] Degene die als hoofdschuldenaar gehouden is tot betaling van een schuld, kan daartoe immers niet tevens als derde-zekerheidsverschaffer zijn gehouden.[128] In gevallen betreffende vermogensvermenging is deze consequentie evenwel moeilijker te verklaren, omdat vermogensvermenging het bestaansrecht van de betrokken rechtssubjecten naar wordt aangenomen niet aantast. Desondanks wordt aangenomen dat ook in dat geval persoonlijke zekerheden vervallen.[129]

Men kan zich afvragen of de goede trouw van de gegarandeerde derde een andere oplossing kan billijken. Houin ziet daartoe mogelijkheden blijkens zijn noot onder Cass. com 11 mei 1960.[130] Mij is evenwel geen zaak bekend waarin een beroep op de goede trouw ertoe heeft geleid dat een persoonlijke zekerheid in tact is gelaten.

In Nieuw-Zeeland bestaat discussie omtrent het lot van persoonlijke zekerheden wanneer de faillissementen van de zekerheidsgever en de schuldenaar samengevoegd worden afgewikkeld. In de meermaals aangehaalde zaak *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*[131] weigerde Gallen J aan de consolidatie, die ex 315B CA 1955 plaatsvond tussen een moedervennootschap en twee dochtervennootschappen, de voorwaarde te verbinden dat een crediteur het recht zou behouden om een *guarantee* geldend te maken die door de moeder was verstrekt tot betaling van een schuld van één van haar dochters. Daartoe overwoog Gallen J dat de faillissementen van de vennootschappen zouden worden afgewikkeld als was sprake van één failliete entiteit. Dit hield in dat de activa én passiva van de vennootschappen werden samengevoegd, hetgeen in dit geval voornamelijk werd gerechtvaardigd omdat de vennootschappen door het management steeds als een eenheid waren behandeld. Erkenning ten opzichte van de crediteur van het bestaan van twee afzonderlijke rechtssubjecten kan met het voorgaande niet worden verenigd. Wel was Gallen J van mening dat het in uitzonderlijke gevallen *just and equitable* kan zijn dat een crediteur zijn rechten ten aanzien van de beide vennootschappen afzonderlijk behoudt. Welke omstandigheden een dergelijke uitzondering precies rechtvaardigen, werd door Gallen J echter niet nader aangegeven. De uitzondering is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Dit oordeel van Gallen J is in de literatuur als onbillijk bestempeld, omdat crediteuren die zo verstandig zijn geweest om garanties te bedingen nu worden

126 Barthélémy e.a. 1991, p. 562, nr. 12323; Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 79, nr. 75.
127 Vgl. Gisserot *RtDCom.* 1979, p. 79, nr. 75.
128 Vgl. Cass. com. 28 april 1964, *Bull. civ.* III, p. 182, nr. 215, met betrekking tot een oneigenlijke uitbreiding van een faillissement van een vennootschap naar haar bestuurder.
129 Vgl. Barthélémy e.a. 1991, p. 562, nr. 12323.
130 Cass. com. 11 mei 1960, *Bull. civ.* III, nr. 175; m.nt. Houin, *RtDCom.* 1961, p. 141, m.nt. Houin.
131 *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*, [1991] 2 NZLR 296.

gelijkgesteld met crediteuren die niet zo oplettend waren.[132] Daarnaast is opgemerkt dat het oordeel van Gallen J opmerkelijk is tegen de achtergrond van hetgeen destijds in artikel 315B(3)(c) CA 1955 was bepaald, te weten dat het genoemde artikel, noch de door de rechter gegeven consolidatiebeslissing, afbreuk kan doen aan de rechten van verzekerde crediteuren. Crediteuren die hun zekerheid vinden in een bepaald goed worden beschermd, terwijl crediteuren die terugbetaling van hun vordering proberen te verzekeren door een derde voor dezelfde vordering te verbinden, hun zekerheid verloren zien gaan.[133] Hoewel artikel 315B(3)(c) CA 1955 niet is overgenomen in de huidige bepaling inzake *pooling*, wordt de erin opgenomen regel, zoals reeds opgemerkt, nog steeds aanvaard.[134] Daardoor lijkt dit verschil in behandeling ook thans nog te bestaan.

In Nederland worden persoonlijke zekerheden in concernverhoudingen zeer regelmatig verstrekt. Niet alleen worden zekerheden verstrekt door de ene vennootschap tot betaling van een specifieke schuld van een andere, met haar in de groep verbonden vennootschap, maar ook wordt veelvuldig door de moedermaatschappij een zogenaamde 2:403-verklaring afgegeven waarbij een moedermaatschappij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van haar dochter. Daarnaast komt het soms voor dat een buitenstaander zich persoonlijk aansprakelijk stelt voor een of meer schulden van een vennootschap.

Ten aanzien van persoonlijke zekerheden door de vennootschappen verstrekt voor elkanders schulden aan derden lijkt in Nederland thans te gelden dat de uitoefening daarvan door de consolidatie wordt bevroren. Met de vordering van de verzekerde crediteur hoeft slechts één keer rekening te worden gehouden.[135] Aldus bestaat ook in Nederland een verschil van behandeling tussen goederenrechtelijke en persoonlijke zekerheden. Dit verschil lijkt opmerkelijk en onredelijk, maar is dit bij nadere bestudering niet. Samengevoegde afwikkeling betekent dat het identiteitsverschil dat tussen de failliete rechtssubjecten bestaat voor wat betreft de afwikkeling van het faillissement wordt weggedacht. De faillissementen worden afgewikkeld als was er slechts sprake van één failliete entiteit met één vermogen. Deze fictie in combinatie met de eerdere verstrekking van persoonlijke zekerheden leidt ertoe dat de genoemde entiteit zich met haar vermogen eigenlijk garant heeft gesteld voor de nakoming van haar eigen schulden, hetgeen geen extra waarborg tot nakoming van die schulden oplevert. Bij zekerheidsrechten waar de crediteur de zekerheid vindt in een bepaald aan zijn schuldenaar toebehorend goed doet dit probleem zich niet voor, juist omdat de zekerheid wordt gevonden in een bepaald goed en niet in een persoon. Ook na de consolidatiebeslissing is dit goed in principe aanwijsbaar, het is enkel onderdeel gaan uitmaken van de samengevoegde boedel. Bovendien kan de crediteur die beschikte over een

132 Farrar & Daroch 1995, p. 246; Farrar *C.&S.L.J.* 1998, p. 198 en Farrar 2001, p. 247. Zie ook: Chapman *Int.Fin.L.R.* sept. 1990, p. 16.

133 Chapman *Int.Fin.L.R.* sept. 1990, p. 16.

134 Zie hiervóór paragraaf 5.2.2.1.

135 Josephus Jitta 1999, p. 104-105 en 112. Zie verder: Van der Schee & Knol 2006, p. 15.

persoonlijke zekerheid zijn vordering nog steeds verhalen op de goederen van beide schuldenaren. Zij het, dat deze goederen geen aparte boedels meer vormen, maar één samengevoegde boedel. Of hij daardoor wordt bevoordeeld of benadeeld ten opzichte van de situatie dat de faillissementen enkelvoudig zouden zijn afgewikkeld, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het feit dat algemene voorrechten zich thans uitstrekken over alle goederen in de geconsolideerde boedel[136] kan bijvoorbeeld met zich brengen dat er uiteindelijk weinig voor de concurrente crediteuren overblijft, terwijl de met een consolidatie veelal gepaard gaande kostenbesparingen de uit te keren opbrengst kunnen vergroten. Geen benadeling zal zich bijvoorbeeld voordoen wanneer bij afzonderlijke afwikkeling van de faillissementen geen uitkering zou zijn gedaan aan concurrente crediteuren. Bij een geconsolideerde afwikkeling zal dan vaak evenmin een uitkering volgen aan concurrente crediteuren, tenzij de gerealiseerde kostenbesparingen zeer groot zijn.

Voor zover zijn positie verslechtert, komt de vraag op of dit gerechtvaardigd is, of dat wellicht ook voor deze crediteur een voorziening moet worden getroffen. Het vervallen van zekerheden betekent een inbreuk op het vertrouwen van de crediteuren, die deze zekerheden uitdrukkelijk hebben bedongen of die hun besluit tot het verstrekken van leverancierskrediet mede hebben gebaseerd op het bestaan van de 2:403-verklaring. Toch hoeft dit niet zonder meer aan de samengevoegde afwikkeling in de weg staan. Zoals in het voorgaande hoofdstuk opgemerkt, acht ik een inbreuk op een recht van een individuele crediteur toegestaan wanneer de met de samengevoegde afwikkeling gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren aanzienlijk groter zijn dan het nadeel dat de individuele crediteur lijdt. Onder bijzondere omstandigheden kan dan nog wel plaats zijn voor nadeelcompensatie, in de zin dat de benadeelde crediteur de curator q.q. aansprakelijk stelt wegens het jegens hem plegen van een onrechtmatige daad. In het bijzondere geval dat deze actie slaagt, zal de boedel het nadeel moeten compenseren.

Ten aanzien van goederenrechtelijke zekerheden die de crediteur naar aanleiding van de hoofdelijke aansprakelijkstelling had bedongen van de hoofdelijk verbonden medeschuldenaar, moet mijns inziens gelden dat zij blijven bestaan. Slechts de uitoefening van de persoonlijke zekerheid wordt immers bevroren. De persoonlijke zekerheid vervalt niet, zij wordt als het ware in een andere vorm gegoten, zodat de niet kan worden gezegd dat de pand- en hypotheekrechten, als zijnde afhankelijke rechten in de zin van artikel 3:7 BW vervallen door het vervallen van het hoofdrecht.

Reikwijdte van persoonlijke zekerheden door derden verstrekt

Derden kunnen persoonlijke zekerheden hebben verstrekt voor schulden die een bij de consolidatie betrokken vennootschap heeft aan een andere bij de consolidatie betrokken vennootschap of aan andere derden. Omdat door de consolidatie

136 Zie: paragraaf 5.2.3.

de intercompany-vorderingen vervallen[137], vervalt ook een door een derde voor deze schuldvorderingen verstrekte persoonlijke zekerheid. Anders is dit wanneer zekerheden zijn verstrekt voor schulden van een bij de consolidatie betrokken vennootschap aan derden. Een consolidatie laat deze zekerheden in tact. Twijfel kan evenwel bestaan omtrent de reikwijdte van deze zekerheden, zo laat de Franse zaak Cass. com. 25 november 1997 zien.[138] De onroerendgoedmaatschapij La Fabrique (hierna: SIF) had zich tegenover de vennootschap Verreries mécaniques champenoises (hierna: VMC) borg (*caution solidaire*) gesteld voor alle schulden van de vennootschap Del Prete Europe (hierna: Del Prete). Toen vervolgens ten aanzien van Del Prete een reorganisatieprocedure werd geopend, verzocht VMC SIF om betaling van het passief van Del Prete èn het passief van de dochtervennootschappen van Del Prete, waarnaar de reorganisatieprocedure was uitgebreid, naar het schijnt wegens fictiviteit van de dochtervennootschappen. Dit verzoek werd door de lagere instanties afgewezen voor zover het zag op uitbreiding van de reikwijdte van de borgstelling door SIF, door daaronder mede te begrijpen een garantie tot betaling van de schulden van de dochtervennootschappen van Del Prete. Ook het instellen van een cassatieberoep baatte VMC niet. De *Cour de cassation* overwoog dat het hof met recht had overwogen dat een borgstelling duidelijk moet zijn en dat de onderhavige door SIF verleende betalingsgarantie enkel betrekking had op de schulden van Del Prete. Een betalingsgarantie moet niet worden uitgebreid naar de schulden van dochtervennootschappen, ook niet indien ten aanzien van alle vennootschappen gezamenlijk een insolventieprocedure is geopend.[139]

In de literatuur is deze uitspraak van de *Cour de cassation* bekritiseerd. Waar de *Cour de cassation* aanknoopt bij de vereiste duidelijkheid en bepaalbaarheid van de reikwijdte van de borgstelling[140], wordt de motivering van de uitspraak weinig overtuigend geacht.[141] Het debat in de genoemde zaak concentreerde zich op de vraag of er in werkelijkheid slechts een of toch meer debiteuren waren. Schijnbaar was sprake van verscheidene vennootschappen, maar feitelijk hadden de crediteuren met één enkele rechtspersoon gehandeld, hetgeen nog eens werd bevestigd door de opening van één gezamenlijke insolventieprocedure. De *Cour de cassation* had zijn oordeel daarom beter kunnen motiveren met de overweging

137 Zie: paragraaf 5.3.

138 Cass. com. 25 november 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 109, m.nt. Barbièri; *JCP-E* 1998, p. 101; *JCP-G* 1998, chron., 141, 1, nr. 2, m.nt. Pétel.

139 Zie echter ook: Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 33, nr. 180. Zij is ten minste ten aanzien van de omgekeerde situatie – iemand verbindt zich als borg tot betaling van de schulden van de fictieve vennootschap, i.p.v. die van de achterman – een andere mening toegedaan, waar zij opmerkt dat 'Le cautionnement donné en garantie des dettes d'une sociétés fictive devrait être considéré comme garantissant les dettes du maître de l'affaire, et cela malgré l'exigence du caractère exprès de cette sûreté personelle.' In dezelfde zin: Le Corre *D.* 2002, chron., p. 1125.

140 Vgl. art. 2292 C. civ.: 'Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.'

141 Barbièri, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 110-111.

dat de borg, SIF, er gerechtvaardigd op had vertrouwd dat hij enkel aansprakelijk was voor de schulden van Del Prete, ongeacht de latere fictiefverklaring van de dochtervennootschappen van Del Prete. De thans gelegde nadruk op de bewoordingen van de overeenkomst tot borgstelling brengt het probleem met zich dat ten gevolge van de fictiviteit moeilijk van eigen schulden van Del Prete – los van de schulden van haar dochtermaatschappijen – kan worden gesproken.[142] Fictiviteit wordt per slot van rekening geacht weer te geven dat feitelijk slechts één debiteur met één vermogen bestaat.

Voorts is opgemerkt dat de fictiviteit van een vennootschap niet kan worden tegengeworpen aan derden te goeder trouw, die zijn afgegaan op het bestaan van een daadwerkelijk bestaande vennootschap. Aan de borg, die enkel de schulden van de moedervennootschap heeft willen garanderen, kan de fictiviteit van de dochtervennootschappen niet worden tegengeworpen. Anderzijds geldt dat indien de schuldenaar de fictieve vennootschap was geweest, de borg zijn aansprakelijkheid voor de schulden niet ontloopt, omdat de fictiviteit van de schuldenaar niet aan zijn crediteuren, die profiteren van de borgstelling, kan worden tegengeworpen.[143]

Betreft het een uitbreiding annex consolidatie wegens vermogensvermenging dan ligt de door de *Cour de cassation* voorgestane oplossing volgens Franse auteurs meer voor de hand. Dit, vanwege het feit dat vermogensvermenging de rechtspersoonlijkheid van de vennootschappen niet aantast.[144]

De vraag die nu opkomt is of een dergelijke regel ook in Nederland moet worden toegepast. Door derden verstrekte zekerheden voor schulden van bij een consolidatie betrokken schuldenaar aan andere derden blijven ook hier ten lande in tact. Daarover kan geen twijfel bestaan. Echter, ook hier zal de reikwijdte soms moeilijk zijn vast te stellen. Ik zal dit illustreren aan de hand van een voorbeeld. Geen problemen zullen zich voordoen indien een derde, D, zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor een duidelijk identificeerbare schuld van de vennootschap Boekbinderij Adelaar aan C. Denk aan een schuld die voortvloeit uit de verkoop van een bedrijfswagen door C aan Boekbinderij Adelaar. In geval het later ingetreden faillissement van Boekbinderij Adelaar samengevoegd wordt afgewikkeld met het faillissement van de vennootschap Boekbinderij Arend, zal C zonder problemen verhaal kunnen zoeken bij D. Moeilijker kan het worden wanneer D zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor alle op of na 1 oktober 2005 opgekomen schulden van Boekbinderij Adelaar aan C en Boekbinderij Adelaar en Boekbinderij Arend vervolgens op 5 juli 2006 failliet worden verklaard en hun faillissementen samengevoegd worden afgewikkeld. Waar door de consolidatie een vorm van materiële hoofdelijkheid ontstaat, omdat de activa van

142 Barbièri, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 110-111.

143 Pétel, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *JCP-G* 1998, chron., 141, 1, nr. 2. Er zijn zelfs auteurs die betogen dat de aansprakelijkheid van de borg zich dan uitstrekt tot de schulden van de *maître de l'affaire*, zie noot 139.

144 Le Corre *D.* 2002, chron., p. 1125 en Barbièri, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 110.

Adelaar daardoor mede worden aangewend voor de voldoening van de schulden van Arend, en Adelaar feitelijk aansprakelijk wordt voor de schulden van Arend, moet mijns inziens – anders dan in Frankrijk wel wordt geleerd – worden aangenomen dat de betalingsgarantie van D zich in dat geval uitstrekt tot alle schulden aan C die in de geconsolideerde boedel vallen en die dateren van op of na 1 oktober 2005. Dit is op het eerste gezicht bezwaarlijk voor D, maar wanneer hij dit wil voorkomen kan hij eenvoudig bepalen dat hij enkel aansprakelijk zal zijn voor de schulden van Adelaar aan C die ontstaan in de periode van 1 oktober 2005 tot de dag van faillietverklaring van Adelaar. Voorts is de genoemde regel in die gevallen waarin dit beding niet is gemaakt minder bezwaarlijk dan zij op het eerste gezicht lijkt, omdat de verstrekker van de persoonlijke zekerheid in het algemeen ook geen invloed heeft op de hoeveelheid en de hoogte van de schulden, die de hoofdschuldenaar aangaat. Inherent aan het verstrekken van een ruime zekerheid als hiervoor genoemd is het risico dat daarvan misbruik wordt gemaakt door de hoofdschuldenaar.[145]

Overigens kan naar mijn oordeel aan het voorgaande niets afdoen dat tot samengevoegde afwikkeling wordt besloten wegens het bestaan van vermogensvermenging, mits C kan aantonen dat hij er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat Boekbinderij Adelaar of Boekbinderij Arend zijn wederpartij was, of dat hij heeft vertrouwd op het bestaan van een eenheid. Denk aan het geval waarin C contact heeft gehad met X die bestuurder is van beide vennootschappen en in de contracten, die door C en X zijn ondertekend, steeds 'De Boekbinderij' als wederpartij wordt genoemd. In dat geval zal D gehouden zijn tot voldoening van de vorderingen die C heeft op Boekbinderij Adelaar of Boekbinderij Arend. Slaagt C niet in dit bewijs, dan blijft D buiten beeld.

Voldoet de verstrekker van de persoonlijke zekerheid aan zijn verplichtingen uit de zekerheidstelling, dan heeft hij een regresvordering op de failliete vennootschap(pen), die hij kan indienen in het geconsolideerde faillissement. De uitkering op deze concurrente vordering wordt, evenals de uitkeringen op alle andere concurrente vorderingen, beïnvloed door de hoogte van de boedelschulden, het antwoord op de vraag of er een crediteur is met een algemeen voorrecht, etc. Onder omstandigheden kan het zo zijn dat de verstrekker van de persoonlijke zeker-

145 Vgl. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex), waar de Hoge Raad overwoog: 'De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.' Naar mijn mening mag van iemand die zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor een onbepaald aantal schulden van een derde worden verwacht dat hij weet wat hij doet. Hoewel consolidatie niet voor de hand ligt, moet hij er rekening mee houden dat de derde in de toekomst (hoge) schulden aangaat. Wil hij dit voorkomen, dan dient hij er zorg voor te dragen dat zijn aansprakelijkheid van meet af aan is beperkt.

heid, die reeds is benadeeld door de uitbreiding van de reikwijdte van de zekerheid, niets krijgt uitgekeerd op zijn regresvordering, terwijl hij bij een enkelvoudige afwikkeling wel een uitkering tegemoet had kunnen zien. Aldus wordt hij 'dubbel' benadeeld door de consolidatie. Met dit soort effecten van een consolidatie moet de rechtbank zoveel mogelijk rekening houden bij de beslissing of consolidatie op haar plaats is.

5.2.3 Voorrechten

In deze paragraaf wordt het effect van een samengevoegde afwikkeling op de positie van bevoorrechte crediteuren behandeld. In dit verband wordt enkel ingegaan op de ontwikkelingen in de Verenigde Staten, Frankrijk en Nederland. Aan deze kwestie is bij mijn weten in Nieuw-Zeeland namelijk (nog) geen aandacht besteed.[146]

Opmerkelijk is dat in alle drie de genoemde rechtsstelsels thans geldt dat verworven voorrechten in tact blijven. Wat betreft de Verenigde Staten zijn mij enkel uitspraken bekend aangaande voorrechten op alle goederen in de boedel, in Nederlandse terminologie algemene voorrechten. Deze voorrechten, die crediteuren het recht geven om zich met voorrang op andere crediteuren te verhalen op de boedel, blijven in geval van een consolidatie in stand. Zelfs geldt dat bevoorrechte crediteuren zich in dat geval met voorrang kunnen verhalen op al het actief in de samengevoegde boedel. Zo bepaalde de *Court of Appeals for the Eleventh Circuit* dat:

> '(…) consolidation will benefit (…) (administrative and priority creditors) because a larger portion of each of their claims will be paid than if consolidation did not occur – both because their claims would be paid from the larger pool of assets resulting from consolidation and because substantive consolidation eliminates claims that either debtor has against the other.'[147]

Het voordeel dat voor bevoorrechte crediteuren ontstaat doordat zij zich met voorrang op de samengevoegde boedel kunnen verhalen, kan een benadeling van concurrente crediteuren inhouden. Met name de concurrente crediteuren van de vennootschap met de meest gunstige activa/ passiva-verhouding zullen worden benadeeld, omdat zij de activa van hun debiteur zien wegvloeien naar de bevoor-

---

146 Met uitzondering van het oude art. 315B(3)(d) CA 1955, is in het kader van *pooling* aan het lot van bevoorrechte crediteuren geen aandacht besteed. Deze bepaling is niet overgenomen in de huidige regeling. De achtergronden van deze beslissing zijn onduidelijk evenals de precieze gevolgen daarvan. Zie hiervóór paragraaf 5.2.1.3.
In art. 141(3)(d) CA 1990 (IE) is nog steeds een bepaling vergelijkbaar met art. 315B(3)(d) CA 1955 opgenomen.

147 *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd*., 935 F.2d 245, 251 (11th Cir. 1991). Zie ook: concurring opinion van Judge Friendly in *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845, 848 (2d Cir. 1966).

rechte crediteuren van de armere vennootschap(pen). Desalniettemin staat deze benadeling van concurrente crediteuren in de Verenigde Staten bij mijn weten niet of nauwelijks in de weg aan de consolidatie. Een verklaring die daarvoor wordt gegeven is dat voorrechten per definitie ongelijkheid vestigen onder crediteuren. Niet de consolidatie, maar het concept van de voorrechten veroorzaakt de benadeling van concurrente crediteuren, welke benadeling overigens wordt gerechtvaardigd door het hogere maatschappelijk doel dat met de voorrechten wordt gediend.[148] Mijns inziens is deze stelling niet geheel juist. De consolidatie veroorzaakt immers wel een benadeling, daar waar zij ertoe leidt dat het voorrecht zich gaat uitstrekken over de samengevoegde boedel. Het is het samenspel tussen consolidatie en het systeem van voorrechten dat tot benadeling van concurrente crediteuren kan leiden.

Als opgemerkt, doet een samengevoegde afwikkeling ook in Frankrijk geen afbreuk aan de positie van bevoorrechte crediteuren. Allereerst geldt dat voorrechten op bepaalde goederen (*privilèges spéciaux/ particuliers*[149]) door een consolidatie niet worden geraakt.[150] Voorts wordt aangenomen dat hetzelfde geldt voor algemene voorrechten (*privilèges généraux*[151]), dat zijn voorrechten op alle roerende of onroerende goederen. Ten aanzien van de reikwijdte van de zogenaamde algemene voorrechten wordt – net als in de Verenigde Staten – betoogd dat zij zich uitbreidt naar de samengevoegde activa.[152] Saint-Alary-Houin leidt dit af uit aldus luidende uitspraken in het kader van artikel 182 van de Wet van 25 januari 1985.[153] Dat is de bepaling waarin de mogelijkheid tot oneigenlijke uitbreiding van een insolventieprocedure van een vennootschap naar haar bestuurder(s) was opgenomen.[154] In Cass. com. 6 februari 1996[155], bijvoorbeeld, was het faillissement van de vennootschap SPEC ex artikel 182 Wet van 25 januari 1985 uitgebreid naar haar bestuurder Dhr. Paionni. Een dergelijke uitbreiding leidde

148 Wes *Cal.L.Rev.* 1977, p. 740.

149 Zie voor voorrechten op bepaalde roerende goederen: art. 2332 C. civ., en voor voorrechten op bepaalde onroerende goederen: art. 2374 C. civ.

150 Saint-Alary-Houin 2006, p. 218, nr. 395 en idem 1999, p. 463.

151 Zie voor voorrechten op alle roerende goederen: art. 2331 C. civ. Zie voor voorrechten op alle onroerende goederen: art. 2375 C. civ.

152 Barthélémy e.a. 1991, p. 562, nr. 12323; Le Corre *D.* 2002, chron., p. 1124; Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 33, nr. 179; Pétel, noot onder Cass. com. 6 februari 1996, *Bull. civ.* IV, p. 27, nr. 35; *JCP-E* 1996, chron., 584, nr. 19; Saint-Alary-Houin 2006, p. 218, nr. 395 en idem 1999, p. 464.

153 Zie: Saint-Alary-Houin 2006, p. 218, nr. 395, onder verwijzing naar: Cass. com. 2 november 1993, *D.* 1994, IR, p. 5; Cass. com. 6 februari 1996, *Bull. civ.* IV, p. 27, nr. 35; *JCP-E* 1996, chron., 584, nr. 19, m.nt. Pétel en Cass. com. 2 maart 1999, *Bull. civ.* IV, p. 41, nr. 49; *D.* 1999, som., p. 301.

154 Deze mogelijkheid tot oneigenlijke uitbreiding was daarna opgenomen in L624-5 C. com (oud). Deze bepaling is met ingang van 1 januari 2006 vervallen. De mogelijkheid tot oneigenlijke uitbreiding is vervangen door een vorm van bestuurdersaansprakelijkheid, zie art. L652-1 C. com.

155 Cass. com. 6 februari 1996, *Bull. civ*. IV, p. 27, nr. 35; ; *JCP-E* 1996, chron., 584, nr. 19, m.nt. Pétel.

niet tot een geconsolideerde procedure; het passief van de vennootschap werd enkel onderdeel van het passief van de bestuurder persoonlijk, zie artikel 182(2) Wet van 25 januari 1985. Nadat een aan de bestuurder toebehorend gebouw was verkocht, betoogde de curator in beide faillissementen dat uit de opbrengst allereerst de gerechtskosten moesten worden betaald. Uit het resterende gedeelte kon vervolgens het *Fonds national de garantie des salaires* worden voldaan. Dit Fonds is vergelijkbaar met het Nederlandse UWV, dat beperkte uitkeringen verricht aan werknemers met vorderingen wegens achterstallig loon. Na uitkering wordt het Fonds gesubrogeerd in de rechten van de werknemers. Tegen deze rangregeling werd bezwaar gemaakt door de Citibank, een crediteur van Paionni die beschikte over een hypotheekrecht op het gebouw.[156] Citibank betoogde dat het voorrecht van het Fonds, zijnde een crediteur van de vennootschap, zich niet uitstrekte tot de privé-goederen van de bestuurder. De *Cour de cassation* overwoog evenwel:

> '(…) que le jugement qui a étendu la liquidation judiciaire de la SPEC à M. Paionni a énoncé que le passif de ce dirigeant comprend, outre son passif personnel, celui de la SPEC, la cour d'appel en a exactement déduit que le privilège général sur les immeubles, dans lequel le Fonds national de garantie des salaires s'est trouvé subrogé, s'exerce sur l'ensemble des biens des deux patrimoines dès lors que, comme les frais de justice, le super privilège des salaries né au titre de la société est opposable aux créanciers du dirigeant sans qu'il y ait á publicité préalable; que le moyen n'est pas fondé.'[157]

Wanneer mede naar aanleiding van deze rechtspraak moet worden aangenomen dat een algemeen voorrecht zich uitstrekt tot alle roerende of onroerende goederen in een geconsolideerde boedel, kunnen werknemers en andere algemeen bevoorrechte crediteuren van een vennootschap hun (super)privilege tegenwerpen aan de andere crediteuren van de andere (rechts)personen die bij de consolidatie zijn betrokken. Hun positie wordt versterkt ten koste van deze crediteuren. Ook in Nederland worden voorrechten opgesplitst in bijzondere en algemene voorrechten. Bijzondere voorrechten zijn voorrechten op bepaalde goederen.[158] Algemene voorrechten zijn voorrechten op alle tot een vermogen behorende goederen, met uitzondering van voor verhaal onvatbare goederen.[159] In de literatuur wordt thans aangenomen dat een consolidatie geen afbreuk doet aan bijzondere

156 Opgemerkt moet worden dat aan bepaalde vorderingen van werknemers in Frankrijk een zeer hoog gerangschikt voorrecht is verbonden, dat zelfs hypotheekhouders overtreft, zie hiervóór paragraaf 5.2.1.2.

157 Cass. com. 6 februari 1996, *Bull. civ*. IV, p. 27, nr. 35; *JCP-E* 1996, chron., 584, nr. 19, m.nt. Pétel.

158 Zie: art. 3:283 BW e.v.

159 Zie: art. 3:288 en 289 BW.

voorrechten. Zij blijven gelden.[160] Dit is ook gerechtvaardigd. De wetgever vond de belangen van bepaalde crediteuren zo beschermingswaardig, dat hij aan hen extra bescherming in de vorm van een bevoorrechte verhaalspositie op bepaalde, nader omschreven goederen toekende. Consolidatie biedt op zichzelf geen goede grond om daaraan afbreuk te doen en ook praktisch bezien is daar geen reden toe, omdat de goederen van de oorspronkelijk schuldenaar waarop de schuldeisers zich met voorrang mogen verhalen ook in de geconsolideerde boedel aanwijsbaar zullen zijn.[161] Het enkele behoud van deze voorrechten betekent voor de overige crediteuren van de bij de consolidatie betrokken vennootschappen doorgaans ook geen verslechtering ten opzichte van de situatie die zou bestaan bij enkelvoudige afwikkeling van de diverse faillissementen. Desalniettemin worden crediteuren, die door de consolidatie worden benadeeld onder omstandigheden door het in stand blijven van deze bijzondere voorrechten extra hard getroffen.[162]

Ook het bestaan van vermogensvermenging brengt hierin geen verandering. Weliswaar kan dan de eigenaar van het goed waarop het voorrecht rust niet meer worden aangewezen, maar dat is naar mijn mening in dit geval niet van doorslaggevend belang. Bij het systeem van bijzondere voorrechten op zaken (artikel 3:284[163] en 285 BW) wordt de nadruk gelegd op de band die bestaat tussen de

160 Van der Schee & Knol 2006, p. 15. Zij merken op dat het 'actief wordt (…) verdeeld over de gezamenlijke crediteuren die ieder hun bijzondere rechten (voorrecht, pand, hypotheek) behouden.' En zie ook Josephus Jitta 1999, p. 105, waar hij spreekt over 'crediteuren van iedere rechtspersoon [die] met inachtneming van hun wettelijke rang bij de afwikkeling hetzelfde percentage krijgen'.

161 Anders dan bij bijvoorbeeld schuldoverneming, wordt de schuld niet door een andere schuldenaar overgenomen, maar krijgt de crediteur er de facto en schuldenaar bij. Hij kan zich derhalve nog steeds met recht op de vermogensbestanddelen van zijn oorspronkelijk schuldenaar verhalen; bij schuldoverneming is daarvan geen sprake, vgl. art. 6:157(3) BW. Bij algemene voorrechten is dit anders, zie hierna.

162 Stel: De faillissementen van de vennootschappen A en B worden geconsolideerd afgewikkeld. A heeft een bijzonder bevoorrechte crediteur en zes concurrente crediteuren; B heeft enkel tien concurrente crediteuren. De activa/passiva-verhouding van B is beter dan die van A. Door de consolidatie worden de crediteuren van B benadeeld, omdat zij het actief van hun debiteur nu moeten gaan delen met de crediteuren van A en daar relatief weinig (actief van A) voor terugkrijgen. Deze benadeling wordt versterkt door het bijzonder voorrecht dat één van de crediteuren van A op een goed van A heeft. Deze crediteur kan zich met voorrang op dit goed verhalen en hoeft de opbrengst van dit goed niet te delen met de overige crediteuren van A, noch met de crediteuren van B. De concurrente crediteuren van A ondervinden geen nadeel; zij zouden de bevoorrechte crediteur ook moeten hebben laten voorgaan in het geval van een enkelvoudige afwikkeling. Zij gaan er door de consolidatie waarschijnlijk zelfs op vooruit. Indien de activa/passiva-verhouding van A beter zou zijn dan die van B, gaan de concurrente crediteuren van A er door de consolidatie op achteruit. Het behoud van het voorrecht heeft dan op zichzelf geen invloed op hun positie in vergelijking met de positie die zij dan zouden hebben gehad wanneer enkelvoudig zou zijn afgewikkeld. De crediteuren van B gaan er in dit geval in beginsel op vooruit.

163 Zie Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 596, nr. 715. Zij merken op dat dit voorrecht in de praktijk enkel betrekking zal hebben op zaken, daar waar het erop ziet om zaken in fysieke zin voor teniet gaan te behoeden.

vordering van de crediteur en de zaak. Valt die zaak in de geconsolideerde boedel en kan de crediteur aantonen dat hij ten aanzien van die zaak handelingen heeft verricht waarvoor hij nog niet is betaald, dan moet worden aangenomen dat hij een bevoorrechte vordering heeft op de geconsolideerde boedel.

Voor wat betreft algemene voorrechten ligt de zaak moeilijker. Deze voorrechten rusten als gezegd op alle tot het vermogen van de schuldenaar behorende goederen. In geval van consolidatie rijst dan de vraag of dit voorrecht zich uitbreidt tot alle goederen in de geconsolideerde boedel. Een bevestigend antwoord – zoals dat in Frankrijk en de Verenigde Staten wordt gegeven – houdt een voordeel in voor de algemeen bevoorrechte schuldeisers, maar tevens een nadeel voor de concurrente schuldeisers waarvan de positie doorgaans al weinig rooskleurig is.

In de Nederlandse literatuur is aan deze kwestie tot op heden nauwelijks aandacht besteed. Mogelijk is dit het gevolg van het feit dat tot op heden veelal samengevoegd wordt afgewikkeld wanneer de vermogens van de betrokken rechtssubjecten zijn vermengd. In dat geval kan niet meer worden vastgesteld welke vermogensbestanddelen toebehoren aan welke schuldenaar, waardoor evenmin kan worden bepaald wie bij consolidatie is gebaat en wie daardoor juist wordt benadeeld. Daarmee wordt echter nog geen antwoord gegeven op de vraag of in Nederland, net als in de Verenigde Staten en Frankrijk, kan worden aangenomen dat door de consolidatie het algemeen voorrecht komt de rusten op alle activa in de geconsolideerde boedel. Navraag bij personen werkzaam in de praktijk leerde mij dat dit vaak wel wordt aangenomen. Naar mijn mening is dit juist. Meermaals is opgemerkt dat samengevoegde afwikkeling een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid creëert tegenover de schuldeisers, omdat de actieve vermogensbestanddelen van de ene schuldenaar daardoor mede worden aangewend tot voldoening van de schulden van de andere schuldenaar en vice versa. Dit brengt met zich dat crediteuren hun vordering niet enkel op de goederen van hun oorspronkelijke debiteur kunnen verhalen maar ook op die van de andere bij de consolidatie betrokken schuldenaar. Laatstgenoemde wordt daardoor feitelijk ook debiteur van deze crediteuren. Omdat een algemeen voorrecht is verbonden aan het vorderingsrecht van de crediteur jegens zijn debiteur[164] zal dit voorrecht zich na een consolidatie uitstrekken over de samengevoegde boedel. De algemeen bevoorrechte crediteur is door de consolidatie feitelijk immers schuldeiser is geworden van alle betrokken schuldenaren. Deze gedachte wordt nog eens onderstreept door de regels die gelden bij schuldoverneming. Vindt schuldoverneming plaats dan geldt het algemeen voorrecht na overgang van de schuld als voorrecht op het vermogen van de nieuwe schuldenaar, zie artikel 6:157(3) BW. Nu is in geval van een consolidatie geen sprake van schuldoverneming; de crediteur krijgt er enkel en alleen de facto een nieuwe, extra schuldenaar bij. Analoog aan artikel 6:157(3) BW zou ik evenwel willen aannemen dat het algemeen voorrecht dat is verbonden aan de vordering zich na de consolidatie ook uitstrekt over het vermogen van

164 Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 594; nr. 713.

de 'tweede debiteur', hetgeen uiteindelijk uitmondt in een voorrecht dat rust op de geconsolideerde boedel. Voorts strookt deze uitkomst met artikel 3:278(2) BW dat bepaalt dat algemene voorrechten rusten op alle tot een vermogen behorende goederen. Immers, samengevoegde afwikkeling leidt ertoe dat de boedels voor wat betreft de afwikkeling van de faillissementen één vermogen gaan vormen.

En ten slotte is het ook niet aan de bij de consolidatie betrokkenen om algemene voorrechten terzijde te stellen waar de wetgever deze op hun plaats heeft geacht.

Wat betreft het voorrecht van de fiscus verdient nog aandacht dat dit voorrecht voorgaat op een pandrecht op een zogenoemde bodemzaak, artikel 21 Iw 1990. Naar mijn oordeel gaat de bevoorrechte vordering van de fiscus op een bij de consolidatie betrokken vennootschap door de consolidatie ook voor op een crediteur van een andere daarbij betrokken vennootschap met een pandrecht op een bodemzaak van die vennootschap. Deze consequentie vloeit voort uit het feit dat de goederen van de laatste vennootschap door de consolidatie ook worden aangewend voor de voldoening van de schulden van de eerstgenoemde vennootschap en het algemeen voorrecht van de fiscus ook op die goederen is gaan rusten in combinatie met de regel dat de geldende rangorde van overeenkomstige toepassing is in een samengevoegd faillissement. Het nadeel dat daaruit voortvloeit voor de pandhouder moet worden meegenomen in de ruimere afweging van voor- en nadelen van de consolidatie.

Naar mijn oordeel verdient deze pandhouder niet dezelfde bescherming als de crediteur met een pandrecht op door de consolidatie vervallen intercompany-vorderingen. In het onderhavige geval vervalt zijn pandrecht niet, maar wordt zijn verhaalpositie verslechterd in die zin dat hij wordt achtergesteld bij de vorderingen van de fiscus, een risico dat hij altijd loopt en zich niet louter in gevallen betreffende consolidatie kan verwezenlijken. Bovendien is dit slechts één voorbeeld van dé consequentie van consolidatie, namelijk dat een crediteur door de consolidatie veelvuldig de groep crediteuren die in rang voor hem gaat uitgebreid ziet worden.

De algemeen bevoorrechte crediteur zal niet steeds profijt hebben van de verruiming van de reikwijdte van zijn voorrecht. Zijn verhaalpositie wordt mede beïnvloed door andere factoren. Wanneer men met mij aanneemt dat de boedelschulden in de faillissementen gemaakt voordat zij werden samengevoegd, gaan gelden als boedelschulden in het samengevoegde faillissement[165], zal de algemeen bevoorrechte crediteur de boedelschuldeisers van de beide schuldenaren voor moeten laten gaan. Dit kan voor hem een nadeel inhouden indien in het faillissement van zijn oorspronkelijke schuldenaar nauwelijks boedelschulden en veel actief aanwezig waren, terwijl in de boedel van de andere vennootschap veel boedelschulden zaten en relatief weinig actief.

165 Zie hiervóór paragraaf 5.2.1.4.

5.3 Intercompany-vorderingen

In alle onderzochte rechtsstelsels vervallen door de consolidatie in principe de vorderingen die de betrokken vennootschappen op elkaar hebben, ook wel genoemd 'intercompany-vorderingen'. Dit is niet vreemd, omdat door de consolidatie zowel de vordering als de schuld in dezelfde boedel terecht komen, hetgeen betekent dat indien de vordering zou moeten worden voldaan dit zou geschieden met 'eigen middelen'. Per saldo verandert er dan niets voor de samengevoegde boedel.

In de Verenigde Staten is de regel dat intercompany-vorderingen door de consolidatie vervallen.[166] Soms wordt echter een uitzondering gemaakt op deze regel. De zaak *In re Holywell Corp*.[167] betrof vier verbonden vennootschappen en een natuurlijk persoon die allemaal in een reorganisatieprocedure waren betrokken. De vijf schuldenaren waren betrokken bij een onroerend goed project in Miami. Op een bepaald moment werd het twee van deze schuldenaren (Hollywell Corp. en de natuurlijk persoon Gould) en een derde vennootschap (een dochter van Hollywell Corp.: Twin Development Corp.) door de *Bankruptcy Court* toegestaan geld te lenen aan een van de andere debiteuren, de maatschap MCLP, om laatstgenoemde in staat te stellen het project voort te zetten. Ten behoeve van deze geldschieters werden zogenaamde *priority administrative liens* verstrekt, hetgeen betekent dat de vorderingen van de geldschieters zeer hoog bevoorrecht zijn.[168] Vervolgens werd alsnog een liquidatieplan aangenomen. Het plan bepaalde onder meer dat de procedures, die waren geopend ten aanzien van de vennootschappen, zouden worden samengevoegd. De Bank of New York, de grootste crediteur van de schuldenaren betoogde daarop dat de vorderingen van Holywell Corp. en Gould op MCLP door de consolidatie vervielen.[169] Doorgaans is immers één van de gevolgen van consolidatie dat de intercompany-vorderingen vervallen. De *Bankruptcy Court* aanvaardde deze stelling niet, omdat in het plan daaromtrent niets was bepaald. Bovendien, zo betoogde de *Bankruptcy Court*, kan niet worden aangenomen dat een vermoeden bestaat dat consolidatie ook ziet op na het verzoekschrift tot het starten van de reorganisatieprocedures tot stand gekomen

166 Zie o.m.: *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845, 847 (2d Cir. 1966); *In re Food Fair, Inc.*, 10 B.R. 123, 128 (Bankr. S.D. N.Y. 1981); *In re Parkway Calabasas Ltd.*, 89 B.R. 832, 837 (Bankr. C.D. Cal. 1988) en *In re Affiliated Foods Inc*., 249 B.R. 770, 775 (Bankr. W.D. Miss. 2000).

167 *In re Holywell Corp.*, 71 B.R. 636 (Bankr. S.D. Fla. 1987).

168 Zie 11 U.S.C. § 364(c). Meer precies was ten aanzien van iedere lening bepaald dat: 'The loan to Miami Center Limited Partnership shall be secured by a lien on the assets of Miami Center Limited Partnership which shall be senior to the lien of all other creditors, except the lien of the Bank of New York, and shall have priority over the payment of any and all administrative expenses of Miami Center Limited Partnership.' Zie: *In re Holywell Corp.*, 71 B.R. 636, 638 (Bankr. S.D. Fla. 1987).

169 Het lijkt erop dat de bank ook betoogd dat de vordering die de derde vennootschap, Twin Development Corp., op MCLP heeft, vervalt. Het betreft hier echter geen vordering die de ene schuldenaar op de andere heeft, derhalve is dit betoog mijns inziens onjuist.

transacties. 'On the contrary, the liquidating trust created by the plan includes only § 541(a) prepetition assets. I reject the Bank's interpretation of the consolidation provision.'[170]

Als opgemerkt is ook in Frankrijk het vervallen van vorderingen, die de betrokken rechtssubjecten op elkaar hebben een gevolg van consolidatie.[171] Hetzelfde lijkt in Nieuw-Zeeland te gelden. In *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*[172] besteedde Gallen J in het kader van de vraag of consolidatie gerechtvaardigd was aandacht aan intercompany-vorderingen.[173] Over deze vorderingen merkte hij op dat zij, vrij groot in getale, in ieder geval gedeeltelijk waren ontstaan vanwege het niet scheiden van de bedrijfsactiviteiten en een nalatige documentatie van transacties. Er kon daarom worden getwijfeld aan de rechtsgeldigheid van diverse onderling afgesloten leningen en handelsovereenkomsten. Tevens was soms onduidelijk welke vennootschappen partij waren bij de transacties. De kosten verbonden aan het onderzoek dat bij het uitblijven van consolidatie noodzakelijk zou zijn om te bepalen welke transacties rechtsgeldig waren en welke bedragen aan welke vennootschap toebehoorden, zouden zeer hoog zijn en een dergelijk onderzoek zou lang duren en voor veel onzekerheid zorgen. Uit deze opmerkingen kan worden afgeleid dat Gallen J ervan uitgaat dat door de consolidatie de intercompany-vorderingen vervallen.

Samengevoegde afwikkeling heeft op dit moment ook in Nederland in principe tot gevolg dat de vorderingen die de betrokken vennootschappen op elkaar hebben door de consolidatie vervallen.[174] Er wordt soms weliswaar betoogd dat intercompany-vorderingen blijven bestaan[175], maar onder welke omstandigheden deze vorderingen in tact (zouden moeten) blijven wordt niet uiteengezet. Regelmatig komt deze kwestie in de huidige praktijk overigens niet eens op, omdat (de bedragen van) de intercompany-vorderingen bij gebrek aan een deugdelijke administratie niet meer met zekerheid zijn vast te stellen. In dat geval worden deze (latente) vorderingen na een consolidatie buiten beschouwing gelaten.[176] Het instandhouden van intercompany-vorderingen, heeft overigens slechts in een beperkt aantal gevallen meerwaarde. In de vorige paragraaf is reeds opgemerkt dat

170 *In re Holywell Corp.*, 71 B.R. 636, 638 (Bankr. S.D. Fla. 1987).

171 Saint-Alary-Houin 2006, p. 218, nr. 394 onder verwijzing naar: Versailles 9 juin 1998, Procureur de la République d'Evry c/Baudouin Libert, statuant sur renvoi après cassation de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 21 mars 1997.

172 *Re Dalhoff & King Ltd (in liq)*, [1991] 2 NZLR 296.

173 Deze zaak is gewezen onder de CA 1955. Art. 315C(2)(e) CA 1955 bepaalde dat de rechter de naast de overige in lid 2 genoemde omstandigheden, die omstandigheden in zijn beoordeling mocht betrekken die hij van belang achtte. Deze bepaling is thans opgenomen in art. 272(2)(e) CA 1993 (NZ).

174 Josephus Jitta 1999, p. 104; Winter *TvI* 1995, p. 6 en idem 2001, p. 121.

175 Zie: Van der Schee & Knol 2006, p. 15 en Josephus Jitta 1999, p. 104 en 105. Laatstgenoemde spreekt in dat geval over gedeeltelijke consolidatie, zie hierover verder paragraaf 5.1.2.

176 Zie bijvoorbeeld de resultaten van het ingeschakelde onderzoeksbureau d.d. 14 oktober 2002, p. 5-6, bijlage bij het Veertiende openbare verslag ex art. 73a Fw in het faillissement van NV Habo c.s., d.d. 15 oktober 2003.

met het vervallen van intercompany-vorderingen, de daarop rustende pandrechten teniet gaan.[177] De verzekerde crediteur zou derhalve met het behoud van de intercompany-vordering zijn gediend. Het berekenen van de uitkering die hij bij uitwinning van de vordering had kunnen krijgen vergt echter zoveel tijd en kosten dat mijns inziens beter voor een andere oplossing kan worden gekozen, zie daarover verder paragraaf 5.2.2.1. Voorts zou – voor zover redelijkerwijs mogelijk – rekening moeten worden gehouden met intercompany-vorderingen wanneer gedeeltelijke consolidatie, anders dan ik betoog[178], mogelijk wordt geacht. Stel dat gedeeltelijke consolidatie plaatsvindt in die zin dat crediteur X, die een vordering heeft op vennootschap A, buiten de consolidatie blijft die optreedt tussen de boedels van de vennootschappen A en B. Nu moet X een uitkering krijgen ter hoogte van het bedrag dat hij zou hebben ontvangen wanneer de beide faillissementen afzonderlijk zouden zijn afgewikkeld. Bij de berekening van het bedrag dat aan X moet worden uitgekeerd moet rekening worden gehouden met bedragen die door vennootschap B zouden zijn uitgekeerd op vorderingen die vennootschap A op haar had, en vice versa.

> De vraag of het wenselijk is dat ten gevolge van de consolidatie de intercompany-vorderingen vervallen,[179] is door 65 van de 67 Insolad-respondenten beantwoord. 53 van de 67 respondenten (79,1%) beantwoordden deze vraag bevestigend en 6 respondenten (9,0%) gaven een ontkennend antwoord. 2 respondenten (3,0%) gaven aan hieromtrent geen mening te hebben, terwijl 1 respondent (1,5%) de beantwoording van deze vraag afhankelijk stelde van de concrete omstandigheden van het geval. Tot slot gaven 3 respondenten (4,5%) expliciet aan dat dit eigenlijk geen wenselijkheidsvraag is, maar een evident gevolg van consolidatie.
> De respondenten die deze vraag in positieve zin beantwoordden, gaven eveneens aan dat het vervallen van intercompany-vorderingen een logisch gevolg is van de consolidatie (13 keer). Verder betoogden zij onder meer dat de moeilijk te reconstrueren intercompany-verhoudingen juist een reden zijn voor consolidatie (2 keer) en dat door het vervallen van de intercompany-vorderingen de afwikkeling wordt vereenvoudigd (2 keer).
> De respondenten die het vervallen van intercompany-vorderingen afwezen, betoogden onder andere dat daardoor indirect de crediteuren van individuele vennootschappen tekort wordt gedaan (2 keer) en dat dit niet wenselijk is omdat intercompany-vorderingen kunnen toezien op eerdere vermogensverschuivingen die gecorrigeerd moeten worden (1 keer).

De opmerking van enkele respondenten dat individuele crediteuren door het vervallen van de intercompany-vorderingen tekort wordt gedaan, moet worden genu-

177 Art. 3:81(2)(a) BW.
178 Zie: paragraaf 5.1.2.
179 Zie: bijlage I, vraag 30.

anceerd. Ten eerste zal dit enkel kunnen worden vastgesteld wanneer de vermogens van de schuldenaren niet onontwarbaar zijn vermengd. Ten tweede gaan veel crediteuren, vooral die van de armste vennootschap, er door de consolidatie per saldo op vooruit. Niet zelden mede door de kostenbesparing die optreedt door het niet hoeven uitzoeken van de intercompany-verhoudingen. Bovendien zal een benadeling vaak beperkt zijn, omdat de intercompany-vordering – gezien de slechte financiële toestand waarin de debiteur van de vordering verkeert – slechts een beperkte reële waarde vertegenwoordigt. Wat de opmerking betreft dat het vervallen van de intercompany-vorderingen niet wenselijk is vanwege de mogelijk onoirbare vermogensverschuivingen die daaraan ten grondslag liggen en die mogelijk moeten worden gecorrigeerd, geldt wederom dat dit in geval van een onontwarbare vermogensvermenging geen rol kan spelen. Voorts treedt in andere gevallen vaak reeds door de enkele consolidatie ten minste een gedeeltelijke correctie op van bijvoorbeeld wegens paulianeuse transacties opgetreden onoirbare vermogensverschuivingen.

Uit het voorgaande moge volgen dat naar mijn oordeel door de consolidatie de vorderingen die de betrokken schuldenaren op elkaar hebben vervallen. Dit is logisch en praktisch, omdat anders de schuld zou worden voldaan met 'eigen middelen', waardoor per saldo niets verandert in de geconsolideerde boedel. Dit betekent voorts dat goederenrechtelijke zekerheden gevestigd voor die vorderingen vervallen. Denk aan pand- en hypotheekrechten die, zijnde afhankelijke rechten, niet kunnen bestaan zonder het hoofdrecht, dat wil zeggen de intercompany-vordering, artikel 3:7 BW. Voorts vervallen ook persoonlijke zekerheden verstrekt voor deze vorderingen.

5.4 Verrekening

Wanneer wordt geconsolideerd ontstaat één enkele boedel waarop de schuldeisers van alle bij de consolidatie betrokken vennootschappen zich kunnen verhalen. Indien een schuldeiser een vordering heeft op de ene bij de consolidatie betrokken vennootschap en een schuld aan de andere betekent dit in beginsel dat hij zijn vordering moet indienen bij de curator in het geconsolideerde faillissement[180] en hij zijn schuld moet betalen aan de geconsolideerde boedel. De vraag die nu opkomt is, of de bewuste schuldeiser niet de mogelijkheid moet hebben deze vordering en schuld te verrekenen, ondanks de omstandigheid dat strikt genomen van wederkerig schuldenaarschap geen sprake is. In het hierna volgende wordt bezien in hoeverre verrekening onder deze omstandigheden mogelijk is in de onderzochte rechtsstelsels. Voor de betreffende schuldeiser is dit van belang, omdat de mogelijkheid tot verrekening de schuldeiser een waarborg biedt dat zijn vordering wordt voldaan. Indien hij mag verrekenen, komt hij in een bevoorrechte positie te

180 Zie over indiening van vorderingen en verificatie paragraaf 6.4.

verkeren ten opzichte van de overige schuldeisers.[181] Hij is voor de voldoening van zijn vordering niet meer afhankelijk van de toestand van de boedel. Voor de overige crediteuren betekent dit echter een verslechtering van hun verhaalspositie. Zij zien een verhaalsobject, de vordering van de failliet op de crediteur, verloren gaan.

Hierna zal blijken dat in de onderzochte rechtsstelsels mogelijkheden bestaan voor een crediteur om zijn vordering op de ene schuldenaar te verrekenen met zijn schuld aan de andere schuldenaar wanneer bepaalde insolventieprocedures van beide schuldenaren samengevoegd worden afgewikkeld. Als gezegd is dit niet evident omdat van wederkerig schuldenaarschap – een vereiste dat in alle rechtsstelsels voor verrekening geldt – in beginsel geen sprake is. Het is dan ook deze eis die steeds punt van discussie is en waaraan ik in het hierna volgende aandacht zal besteden. De overige voor verrekening geldende vereisten laat ik hier voor zover mogelijk rusten. Behandeling daarvan gaat het bestek van dit proefschrift te buiten.

In de Verenigde Staten is aan verrekening aandacht besteed in § 553 BC. Deze paragraaf bepaalt dat de BC 'does not affect any right of a creditor to offset a mutual debt owing by such creditor to the debtor that arose before the commencement of the case under this title against a claim of such creditor against the debtor that arose before the commencement of the case (…).' Als gezegd is de vraag nu of het in deze bepaling tot uitdrukking komend vereiste van wederkerig schuldenaarschap eraan in de weg staat dat een crediteur een vordering die hij heeft op de ene bij consolidatie betrokken vennootschap verrekent met een schuld die hij heeft aan de andere bij de consolidatie betrokken vennootschap. Uit *In re Sentinel Products Corp., PI, Inc., et al.*[182] kan worden afgeleid dat deze mogelijkheid ten minste in reorganisatieprocedures in het op te stellen plan kan worden opgenomen. Deze zaak betrof een samengevoegde reorganisatie van tien vennootschappen. In het reorganisatieplan was in § 6.1 onder meer het volgende bepaald:

> 'Substantive consolidation. Except as expressly provided in the Plan, the Debtors shall continue to maintain their separate corporate existences for all purposes other than the treatment of Claims under the Plan. Pursuant to the

181 In de Verenigde Staten geldt een te verrekenen vordering op de schuldenaar uitdrukkelijk als een verzekerde vordering. Voor zover de vordering het te verrekenen bedrag overstijgt beschikt de crediteur over een onverzekerde of concurrente vordering. Zie: 11. U.S.C. § 506(a). Ook in Nederland speelt dit waarborgkarakter een prominente rol indien de schuldenaar failliet is: Volgens de MvT op art. 53 Fw vindt de ruime verrekeningsbevoegdheid in faillissement haar rechtvaardiging in de overweging 'dat de billijkheid medebrengt, dat ieder schuldeischer van den boedel, dus ook de voorwaardelijke, zijn schuld aan den boedel, ook al is zij voorwaardelijk, als een onderpand mag beschouwen voor de richtige betaling zijner vordering; de schuldvergelijking is het middel dat hem wordt gegeven om zijne vordering op dit onderpand te verhalen.' Zie: Van der Feltz I, p. 462.

182 *In re Sentinel Products Corp., PI, Inc., et al*, 192 B.R. 41 (Bankr. N.D. N.Y. 1996).

> Substantive Consolidation Order and except as provided in the ST Settlement, on the Confirmation Date: … (vii) for purposes of determining the availability of the right of Set-Off under Section 553 of the Code, the Debtors shall be treated as one entity so that, subject to the other provisions of Section 553 of the Code, debts due to any of the Debtors may be set off against the debts of any of the Debtors.'[183]

Hoe de situatie is in geval van een samengevoegd afgewikkeld faillissement is onduidelijk, daaromtrent is mij geen jurisprudentie bekend. In de literatuur is betwijfeld of consolidatie een verrekeningsmogelijkheid als voornoemd creëert. Opgemerkt is wel dat een zogenaamde *deemed consolidation* daartoe geen mogelijkheid biedt, omdat in dat geval de vennootschappen blijven bestaan en niet versmelten tot één rechtssubject.[184]

In Frankrijk onderscheidt men in principe drie vormen van verrekening. De meest belangrijke vorm, genaamd *compensation légale*, is geregeld in artikel 1289 e.v. C. civ.[185] Ook daarbij geldt de eis van wederkerig schuldenaarschap.[186] Voorts moet worden gewezen op de mogelijkheid om 'verwante schulden' te verrekenen, welke mogelijkheid is neergelegd in artikel L622-7(1) C. com.[187] 'Verwante schulden' (*créances connexes*) ziet kort gezegd op schuldvorderingen, die voortvloeien uit hetzelfde contract of die een zelfde economische oorzaak hebben doordat zij bijvoorbeeld voortkomen uit een *même opération economique*.[188]

---

183 *In re Sentinel Products Corp., PI, Inc., et al*, 192 B.R. 41, 46 (Bankr. N.D. N.Y. 1996)

184 Widen *Am. Bankr. Inst. L.Rev.* lente 2006, p. 58. Vgl. voorts *In re Garden Ridge Corp.*, 338 B.R. 627, 640-641 (Bankr. D. Del. 2006): *deemed consolidation* leidt niet zonder meer tot het ontstaan van voornoemde, uitgebreide verrekeningsmogelijkheid. Zie over *deemed consolidation* verder paragrafen 3.1.1 en 5.7.

185 Daarnaast onderscheidt men ten eerste de *compensation judiciaire*. Hier betreft het een verrekening van schulden die door de rechter wordt uitgesproken, terwijl de daarvoor bij wet gestelde voorwaarde dat beide schulden *liquides* moeten zijn (zie hierna) niet is vervuld. Meer precies is de hoogte van de vordering niet bekend, vereist is wel dat het bestaan van de schulden zeker is. Zie: Malaurie & Aynès 1999, T. VI, p. 645, nr. 1073 en Toledo-Wolfsohn 2002, Rép civ. – Compensation, p. 4, nr. 24 en 26. *Compensation judiciare* komt erop neer dat de rechter de schuld liquide maakt door het bedrag ervan te berekenen, waardoor de wettelijke voorwaarden voor verrekening worden vervuld, zie Mazeaud e.a. 1998, T. II, Vol. I, p. 1188-1189, nr 1151-1152. Ten tweede onderscheidt men de *compensation conventionelle*, waarbij partijen verrekening van hun schulden overeenkomen ondanks dat de in de wet gestelde voorwaarden voor verrekening (*compensation légale*) niet zijn vervuld. Zie: Malaurie & Aynès 1999, T. VI, p. 644, nr. 1072 en Toledo-Wolfsohn 2002, Rép civ. – Compensation, p. 5, nr. 32 e.v.

186 Art. 1289 C. civ.

187 L622-7 C. com. is opgenomen in het hoofdstuk aangaande *la sauvegarde*. Art. L631-14 C. com. verklaart art. L622-7 C. com. van toepassing in geval van een *redressement judiciaire* en art. L641-3 C. com. verklaart L622-7(1) C. com. van toepassing in geval van een faillissementsprocedure.

188 Zie: Guyon 2003, T. II, p. 410, nr. 1366 en Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T. II, p. 1020-1021, nr. 3040. Zie uitgebreid over het begrip *créances connexes*: Toledo-Wolfsohn 2002, Rép. civ. – Compensation, p. 6, nr. 45 e.v.

Bovendien zijn voor verrekening vatbaar vorderingen en schulden die op eenzelfde rekening worden bij- of afgeschreven, denk aan een rekening courant.[189]

Reeds in 1991 liet de *Cour de cassation* doorschemeren dat de eis van wederkerig schuldenaarschap in concernverhoudingen onder omstandigheden soepel kan worden uitgelegd.[190] De Zwitserse vennootschap Solvil had de vennootschap Le Comptoir gemaand een openstaande schuld te betalen. Daarop beriep Le Comptoir zich op verrekening; zij wenste deze schuld te verrekenen met een vordering die zij had op de vennootschap Stelux. Onder verwijzing naar documenten waarin de vennootschap Solvil naar de vennootschap Stelux verwijst als zijnde 'notre maison a Pforzheim pour la fixation des prix, la distribution des marchandises, l'établissement et le paiement des factures', stond het appelhof de verrekening toe. De *Cour de cassation* casseerde deze uitspraak. Verrekening was niet toegestaan, omdat de door het appelhof aangehaalde omstandigheid niet aantoont dat achter de schijn van twee afzonderlijke vennootschappen in werkelijkheid slechts één vennootschap schuilgaat en evenmin dat de vennootschappen Solvil en Stelux hun vermogens hebben vermengd. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat verrekening wel mogelijk was geweest wanneer sprake was geweest van een fictieve vennootschap of vermogensvermenging. Dat deze gevolgtrekking juist is, blijkt uit Cass. com. 9 mei 1995.[191] De vennootschap CEMA had zich op 1 januari 1991 ertoe verbonden om aan de vennootschap Lapidor eendenkuikentjes te leveren en Lapidor had zich verbonden om de vennootschap Darquier te voorzien van vetgemeste eenden. Darquier had zich vervolgens nog verbonden om alle door CEMA aan Lapidor geleverde en door Lapidor vetgemeste kuikens van Lapidor af te nemen. Op 27 september 1991 werd ten aanzien van Darquier een reorganisatieprocedure geopend, die bij arrest van 13 mei 1992, werd uitgebreid naar CEMA. Reeds op 20 november 1991 had CEMA Lapidor verzocht een door haar aan CEMA wegens het leveren van kuikentjes verschuldigde geldsom te betalen. Lapidor bleef evenwel betaling weigeren en beriep zich uiteindelijk op verrekening van deze schuld met een vordering die zij had op Darquier. Zowel de rechtbank als het appèlhof wezen dit beroep af. Het hof had daartoe overwogen dat geen sprake was van wederkerigheid van schulden (*les créances (…) n'étaient pas réciproques*), omdat CEMA en Darquier een eigen rechtspersoonlijkheid hadden en eigen activiteiten ontplooiden. Lapidor ging ten slotte in cassatie en werd in het gelijk gesteld. De *Cour de cassation* overwoog:

> '(…) que par l'arrêt du 13 mai 1992, les sociétés Darquirer et CEMA avaient fait l'objet, par suite de l'extension du redressement judiciaire de la première à la seconde, d'une procédure collective commune "réunissant tous les actifs et tous les passifs", ce dont il résultait que, sous l'apparence de deux sociétés

189 Zie: Guyon 2003, T. II, p. 409-410, nr. 1366 en Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T. II, p. 1010-1020, nr. 3040.

190 Cass. com. 28 mei 1991, *Bull. civ.* IV, p. 129, nr. 182.

191 Cass. com. 9 mei 1995, *Bull. civ.* IV, p. 117, nr. 130; *D.* 1996, jur., p. 322, m.nt. Loiseau.

> distinctes, il n'existait en fait qu'une seule personne morale ou que les patrimoines des sociétés Darquier et CEMA étaient confondus, la cour d'appel a méconnu l'autorité de chose jugée attachée à son précédement arrêt.'[192]

Derhalve kan een crediteur in Frankrijk de vordering, die hij heeft op een bij de uitbreiding annex consolidatie betrokken vennootschap, in beginsel[193] verrekenen met een schuld die hij heeft aan een andere daarbij betrokken vennootschap. Daarbij is niet van belang of vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap aan de consolidatie ten grondslag ligt.[194]

In Nieuw-Zeeland is verrekening in geval van faillissement geregeld in artikel 310 e.v. CA 1993 (NZ). Een van de kernvoorwaarden voor verrekening is ook in Nieuw-Zeeland wederkerig schuldenaarschap. De CA 1993 (NZ) geeft geen antwoord op de vraag of verrekening geoorloofd is tussen een vordering van een crediteur op een bij de consolidatie betrokken vennootschap en een schuld die deze crediteur heeft aan een andere bij de consolidatie betrokken vennootschap. Deze vraag kwam evenwel aan de orde in *Re Stewart Timber & Hardware Ltd*.[195] Deze zaak betrof een consolidatie tussen twee zustervennootschappen, te weten STH en STHW.[196] Hun moedervennootschap, Jeeves Construction Limited (hierna: Jeeves), was een crediteur van STHW en een debiteur van STH. De curatoren betoogden nu dat de consolidatie een samenvoeging van de activa én de passiva van beide vennootschappen inhield, waardoor de schuld van STHW aan Jeeves kon worden verrekend met de vordering van STH op Jeeves. Doogue J deelde deze mening niet. Hij overwoog dat:

> 'First the order made under s 315B related solely to the assets of STH and STHW. It did not relate, as in the case of *Re Dalhoff and King Holdings Limited (in liq) & Ors* (1991) 5 NZCLC 66,959 at p 66,973, to the liabilities of the companies. In any event, Jeeves was never part of the pooling order. Nor was any order made under the provisions of s 315A or 315B giving rise to any basis of set off, assuming that an application might have been made to achieve that result. There is no mutuality between the debts of Jeeves to STH and the debt of STHW to Jeeves. There is simply no basis for a set off in the absence of an order by the Court which would enable that consequence.'

Verrekening was in deze casus uitgesloten, aldus de rechter. Het betoog van de curatoren kon niet worden aanvaard, omdat in casu enkel de activa waren samengevoegd. De passiva vielen buiten de consolidatie. Daarnaast merkte de rechter op dat Jeeves, die zelf ook in liquidatie verkeerde, niet bij de consolidatie was betrokken. Deze opmerking kan ik niet plaatsen. Wanneer Jeeves bij de consoli-

192 Cass. com. 9 mei 1995, *Bull. civ.* IV, p. 117, nr. 130; *D.* 1996, jur., p. 322, m.nt. Loiseau.
193 Mits aan de overige voorwaarden voor verrekening is voldaan.
194 Le Corre *D.* 2002, chron., p. 1124.
195 *Re Stewart Timber & Hardware Ltd (in liq)* (1991) 5 NZCLC 67, 137.
196 De consolidatie vond plaats ex art. 315B CA 1955.

datie betrokken zou zijn geweest, zouden de activa van deze vennootschap zijn geconsolideerd met de activa van de overige vennootschappen. De schulden zouden buiten de consolidatie zijn gebleven. De vordering van Jeeves op STHW, zijnde actief van Jeeves, zou in de geconsolideerde boedel zijn gevallen. Evenals de vordering van STH op Jeeves. Omdat echter de activa van STHW, respectievelijk Jeeves, waaruit deze vorderingen zouden moeten worden voldaan, reeds in de boedel vallen, zou een 'dubbeltelling' plaatsvinden wanneer niet wordt aangenomen dat in dit geval de intercompany-vorderingen vervallen. Ook indien een volledige consolidatie zou hebben plaatsgevonden tussen Jeeves en haar twee dochtervennootschappen zouden de vordering van Jeeves op STHW en de vordering van STH op Jeeves, zijnde intercompany-vorderingen, zijn vervallen.[197] De vraag naar verrekening komt in beide gevallen dan niet op.

Ten minste voor het onderhavige geval, waarin enkel de activa van de vennootschappen worden samengevoegd, vereist de rechter dat het consolidatiebesluit expliciet bepaalt dat verrekening is toegestaan. Maar hij houdt een slag om de arm, want hij neemt aan dat daartoe een verzoek kan worden gedaan, maar is daarvan niet zeker. In hoeverre verrekening zonder expliciet verlof daartoe mogelijk zou zijn geweest wanneer de consolidatie de samenvoeging van de activa én de passiva van STH en STHW had ingehouden, is onduidelijk.

In Nederland is verrekening in het algemeen geregeld in de twaalfde afdeling van de eerste titel van boek 6 BW, dat wil zeggen in artikel 6:127 BW e.v. Artikel 6:127(2) BW bepaalt dat een schuldenaar de bevoegdheid tot verrekenen heeft wanneer hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij en hij bevoegd is zowel tot betaling van de schuld als tot het afdwingen van de betaling van de vordering. De bevoegdheid tot verrekening in faillissement is opgenomen in artikel 53 Fw en is ruimer dan de verrekeningsbevoegdheid buiten faillissement, zoals opgenomen in boek 6 BW. Artikel 53 Fw bepaalt, dat hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde kan verrekenen indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht. De vordering die de schuldenaar heeft op de gefailleerde hoeft derhalve niet opeisbaar te zijn en de schuld aan de gefailleerde niet betaalbaar, hetgeen buiten faillissement wel is vereist. Desalniettemin wordt ook de verrekeningsbevoegdheid in faillissement beperkt. Artikel 54 Fw bepaalt dat degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd is tot verrekening indien hij bij de overneming niet te goeder trouw was. De ratio achter deze bepaling is dat voorkomen moet worden dat misbruik wordt gemaakt van de verrekeningsbevoegdheid doordat de wederpartij van de failliet een verrekeningsbevoegdheid voor zichzelf gaat creëren ten nadele van de overige schuldeisers.[198]

---

197 Zie paragraaf 5.3.

198 Wessels & Van Sint Truiden (red.), *Insolventierecht. Tekst en Commentaar*, 2006, aant. 1 bij art. 54 Fw.

Uit het voorgaande volgt dat in Nederland, evenals in de andere onderzochte rechtstelsels, de kern van de verrekeningsmogelijkheden zowel buiten als in faillissement het wederkerig schuldenaarschap is. Enkel degene die een vordering heeft op en een schuld heeft aan één en dezelfde (rechts)persoon kan beschikken over een bevoegdheid tot verrekening. Wanneer een schuldeiser een vordering heeft op de ene bij de consolidatie betrokken vennootschap en een schuld aan de andere, leidt deze voorwaarde er in beginsel toe dat verrekening is uitgesloten. De wederpartijen van de schuldeiser zijn immers twee juridisch zelfstandige rechtssubjecten. Desalniettemin is naar mijn oordeel verrekening in dit geval mogelijk. Ten eerste omdat de consolidatie bewerkstelligt dat het identiteitsverschil tussen de betrokken vennootschappen voor wat betreft de afwikkeling van de faillissementen wordt weggedacht. Hun faillissementen worden afgewikkeld als was er maar één failliete entiteit. Deze zienswijze komt overeen met hetgeen in de hiervoor genoemde Amerikaanse zaak *In re Sentinel Products Corp. R.I., Inc. et al.* werd aangenomen. Ten tweede zij erop gewezen dat uit artikel 6:127(3) BW volgt dat verrekening enkel mogelijk is ten aanzien van een vordering en een schuld die in één en hetzelfde vermogen vallen. Die toestand wordt nu door de consolidatie gecreëerd, omdat deze ertoe leidt dat de activa en de passiva van de betrokken vennootschappen samen feitelijk één vermogen gaan vormen voor de afwikkeling van het faillissement. Aldus vallen niet enkel aan de zijde van de crediteur, maar ook aan de zijde van de gefailleerden de vordering en de schuld in één en hetzelfde vermogen. Indien aan de overige voorwaarden voor verrekening is voldaan, kan de crediteur daarom de vordering met de schuld verrekenen.

Het toestaan van een dergelijke vorm van verrekening is niet vreemd aan het Nederlandse recht. Zo bepaalt artikel 24(2), tweede volzin Iw 1990 bijvoorbeeld:

> ‘Met betrekking tot door de ontvanger uit te betalen en te innen bedragen aan belasting welker verschuldigdheid materieel is ontstaan over dan wel in een tijdvak waarin de belastingschuldige deel uitmaakt of uitmaakte van een fiscale eenheid als bedoeld in artikel 15, eerste lid, of artikel 15a, eerste lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969,[199] kunnen aan die belastingschuldige uit te betalen bedragen, worden verrekend met te innen bedragen van een andere maatschappij die in dat tijdvak deel uitmaakt of uitmaakte van vorenbedoelde fiscale eenheid.’

Ingevolge de derde volzin van genoemd artikel kan de Ontvanger ook wanneer sprake is van een faillissement of een surséance van betaling gebruik maken van deze ruime verrekeningsbevoegdheid.[200]

Binnen een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting zijn de daarvan deel uitmakende vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk voor de door de een-

199 Dat is de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting, deze moet worden onderscheiden van de fiscale eenheid voor de omzetbelasting.

200 Zie over de daadwerkelijk bestaande mogelijkheden om van deze bevoegdheid gebruik te maken: Van Meurs *TvI* 2004, 12, p. 48-57.

heid verschuldigde vennootschapsbelasting.[201] De vennootschappen worden voor een bepaald doel – de voldoening van de vennootschapsbelasting – als een eenheid aangemerkt. Voornoemde bepaling staat de Ontvanger echter niet alleen toe te innen en uit te betalen bedragen die verband houden met de vennootschapsbelasting met elkaar te verrekenen, maar eveneens te innen en te betalen bedragen die verband houden met alle andere heffingen ten aanzien waarvan de Ontvanger met de invordering is belast.[202] Wederkerig schuldenaarschap is hier derhalve geen voorwaarde voor verrekening. Dit betekent dat een vennootschap een vordering op de belastingdienst, verloren kan zien gaan omdat deze wordt verrekend met een schuld die een met haar verbonden vennootschap aan de belastingdienst heeft, waarvoor zij in het geheel niet aansprakelijk is.

Artikel 24(2), tweede volzin Iw 1990 is ingevoerd naar aanleiding van een voorstel van de kamerleden Vreugdenhil en Kombrink.[203] Doel van het voorstel was de positie van de belastingdienst te versterken. Het amendement moest voorkomen dat eventuele belastingschulden van een failliete dochtermaatschappij niet verrekend konden worden met belastingteruggaven aan de moedermaatschappij.[204] Bovendien werd tijdens de mondelinge behandeling door Vreugdenhil erop gewezen dat het amendement misbruik kon voorkomen, terwijl Kombrink wees op het praktisch belang van de voorgestelde bepaling.[205] De ruime verrekeningsbevoegdheid van artikel 24(2), tweede volzin Iw 1990 is evenwel niet zonder kritiek gebleven. Vooral de omstandigheid dat zonder dat sprake is van schuld, Haftung of aansprakelijkheid aan de zijde van de maatschappij met een vordering op de fiscus verrekend kan worden, wekt verbazing.[206] De bepaling wordt als te ruim ervaren. Voorts is aan crediteuren van een failliete belastingplichtige met een vordering op de fiscus moeilijk uit te leggen waarom zij verrekening met belastingschulden van een derde – waarvoor hun debiteur niet aansprakelijk is – moeten dulden.[207]

Het eerste hiervoor genoemde bezwaar komt bij een samengevoegde afwikkeling minder sterk naar voren, wanneer men met mij aanneemt dat daardoor een materiële hoofdelijkheid is ontstaan, waardoor in feite enkel de vorderingen en

---

201 Deze uitspraak behoeft enige nuancering. Voor wat betreft de voldoening van de vennootschapsbelasting vormen vennootschappen die deel uitmaken van de fiscale eenheid één onderneming. Binnen de fiscale eenheid is de moeder de belastingschuldige, zie art. 24(2) Wet Vpb 1969 jo. art. 2(1)(k) Iw 1990. Art. 39 Iw 1990 bepaalt nu dat hoofdelijk aansprakelijk is voor de vennootschapsbelasting die over een tijdvak is geheven van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting, elke dochtermaatschappij die in dat tijdvak deel uitmaakte van de eenheid.

202 Van Eijsden 2002, p. 161.

203 *Kamerstukken II*, 1989/90, 20 588, nr. 19.

204 *Kamerstukken II*, 1989/90, 20 588, nr. 19.

205 *Handelingen II*, 1989/90, p. 23-873.

206 Zie: Van Eijsden *WFR* 1990, p. 1496 en vgl. Van de Poll & Nelissen *MBB* 1990, p. 198. Zie ook: Advies van de Raad van State, *Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 854, nr. A, punt 21.

207 Van Eijsden *MBB* 2000, p. 186-197 en Oosthout *TvI* 2000, p. 174. Zie ook: HR 15 januari 1999, *NJ* 2000, 49, m.nt. Zwemmer (Wilderink q.q./Ontvanger), overweging 3.6.

schulden worden verrekend, die twee rechtssubjecten op elkaar hebben. Ook het tweede bezwaar is ingeval van consolidatie beperkt. Er ontstaat één vermogen dat wordt gevormd door de samengevoegde boedels. Zowel de vordering die de ene vennootschap heeft op de crediteur die wil verrekenen, als de schuld van de andere vennootschap aan deze crediteur vallen in dit vermogen. Onder deze omstandigheden kan men de crediteur moeilijk verrekening weigeren. Dat andere crediteuren daardoor een verhaalsobject verloren zien gaan, is niet anders. Daar staat tegenover dat zij zich mede kunnen verhalen op het actief van met hun debiteur verbonden vennootschappen die bij de consolidatie zijn betrokken. Het nadelige gevolg dat verrekening kan hebben voor sommige crediteuren is wederom één van die gevolgen van consolidatie die voor bepaalde crediteuren voordelig zijn en voor andere nadelig. Met de reikwijdte en de ernst van dit soort consequenties moet mijns inziens rekening worden gehouden bij de beoordeling of samengevoegde afwikkeling überhaupt op haar plaats is. Zo zal de omvang van de te verrekenen vorderingen en schulden een rol kunnen spelen, alsmede de wijze waarop deze zijn ontstaan. Ook heb ik er geen bezwaar tegen dat aan de aard van de crediteur belang wordt gehecht.

Het voorgaande moet mijns inziens ook gelden ten aanzien van boedelschulden. Dat wil onder meer zeggen dat een crediteur die voorafgaande aan de consolidatie een vordering heeft verkregen op de boedel van één van de betrokken vennootschappen, deze vordering mag verrekenen met een schuld die hij voorafgaande aan de consolidatie had aan de boedel van een andere daarbij betrokken vennootschap of met een schuld die na consolidatie is opgekomen aan de geconsolideerde boedel.

5.5 Schuldeisers benadelende transacties

In alle onderzochte rechtsstelsels bestaan mogelijkheden voor een curator om transacties aan te tasten die voorafgaande aan de faillietverklaring hebben plaatsgevonden tussen de failliet en een derde en die benadelend zijn voor de schuldeisers van de failliet. In Nederland moet men dan vooral denken aan de actio Pauliana.[208] In de praktijk heeft een consolidatiebeslissing invloed op het instellen van dit soort acties, zo is gebleken in de Verenigde Staten en Nieuw-Zeeland. In Frankrijk en Ierland is aan deze kwestie in de literatuur en jurisprudentie bij mijn weten geen aandacht besteed. Deze rechtsstelsels blijven daarom in deze paragraaf buiten beschouwing.

Allereerst is van belang op te merken dat waar deze acties bij een enkelvoudige afwikkeling gericht zouden zijn op het terugdraaien van intercompany-transacties, zij bij een samengevoegde afwikkeling overbodig worden.[209] Stel, A ver-

208 Art. 42 e.v. Fw.

209 Zie ten aanzien van de Verenigde Staten: *In re United Stairs Corp*., 176 B.R. 359, 365 en 370 (Bankr. D. N.J. 1995), met betrekking tot *fraudulent transfer* acties ex 11 U.S.C. § 548.

koopt aan haar zustervennootschap B een partij goederen tegen een prijs die aanzienlijk lager is dan de marktwaarde van de goederen. Daardoor worden de schuldeisers van A benadeeld. Wanneer A en B failliet gaan en hun faillissementen enkelvoudig worden afgewikkeld zal de curator in het faillissement van A deze transactie willen terugdraaien, omdat zij benadelend is voor de crediteuren van A. Worden de faillissementen van A en B samengevoegd afgewikkeld, dan is aantasting van deze transactie overbodig, omdat de crediteuren van A (en B) zich door de consolidatie reeds kunnen verhalen op de goederen, alsmede op de betaalde tegenwaarde, die beide in de samengevoegde boedel vallen.

Genoemde bevoegdheid van de curator om schuldeisers benadelende transacties aan te pakken blijft wel van belang voorzover de benadelende rechtshandeling heeft plaatsgevonden tussen één van de bij de consolidatie betrokken schuldenaren en een derde.[210] Bij de uitoefening van deze bevoegdheid rijzen in dat geval evenwel enkele moeilijkheden.

Een geslaagd beroep op de actio Pauliana vereist in Nederland, dat de curator stelt en bewijst dat de volgende voorwaarden zijn vervuld:

1. de schuldenaar heeft een onverplichte rechtshandeling verricht;
2. waardoor zijn schuldeisers zijn benadeeld, en
3. de schuldenaar wist of behoorde bij het verrichten van de rechtshandeling te weten dat daardoor de schuldeisers zouden worden benadeeld;
4. bovendien is – indien het een rechtshandeling anders dan om niet betreft – vereist dat degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verricht ook wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, zie artikel 42 Fw.

Is sprake van een samengevoegd faillissement dan rijzen in uitzonderlijke gevallen enkele vragen ten aanzien van de toepassing van de tweede, derde en vierde

210 Zie echter ook: *In re Bonham*, 229 F.3d 750, 768-769 (9th Cir. 2000). Consolidatie vond in deze zaak plaats tussen twee vennootschappen en hun achterman, die tezamen een pyramidespel hadden opgezet. De *Court of Appeals for the Ninth Circuit* oordeelde hier dat, tenzij de rechter anders beslist, een uitbreidings- c.q. consolidatiebeslissing normaliter met zich brengt dat de *avoidance powers* van de *trustee* (die zijn neergelegd in 11 U.S.C §§ 542-549) vervallen (dit, onder verwijzing naar o.m. *In re Giller*, 962 F.2d 796, 798-799 (8th Cir. 1992), waarover meer hierna). De *Bankruptcy Court* had in de onderhavige zaak terecht geoordeeld dat de *trustee* zijn *avoidance powers* diende te behouden, omdat enkel op die manier gelden, die in het kader van het pyramidespel reeds waren uitbetaald aan oud-investeerders konden worden teruggevorderd om vervolgens een billijke verdeling onder alle crediteuren te bewerkstelligen. De overweging van de *Court of Appeals for the Ninth Circuit* is moeilijk te plaatsen. Het betrof hier immers *avoidance powers*, die de *trustee* wenste uit te oefenen tegen derden, namelijk de investeerders in het pyramidespel die er vroeg bij waren en daarom hun inleg, vermeerderd met winst, uitbetaald hadden gekregen door de achterman en/of de vennootschappen. Het stond de *trustee* niet voor ogen gelden namens de ene failliet terug te vorderen van de andere. Enkel deze laatste *avoidance powers* worden overbodig c.q. vervallen ten gevolge van uitbreiding of consolidatie. De bevoegdheden van de *trustee* ten opzichte van derden blijven bestaan en waren in deze zaak ook dé reden voor de *trustee* om uitbreiding te verzoeken.

voorwaarde. Stel: zustervennootschappen A en B gaan beide failliet. A heeft voorafgaande aan haar faillissement een goed verkocht aan X tegen een koopprijs ver beneden de reële waarde van het goed. Er kunnen zich nu twee situaties voordoen. In situatie I is A niet in staat om al haar schuldeisers te voldoen wanneer de faillissementen enkelvoudig worden afgewikkeld. A's schuldeisers zullen derhalve gebaat zijn bij een geslaagde actio Pauliana. Een geconsolideerde afwikkeling van de faillissementen van A en B doet hieraan niets af. De schuldeisers van A, zowel als de oorspronkelijke schuldeisers van B, die zich thans eveneens op de goederen van A kunnen verhalen, zijn allemaal (met uitzondering van X) bij een actio Pauliana gebaat. De actio Pauliana kan in dit geval in principe worden toegepast op dezelfde wijze als in een enkelvoudig afgewikkeld faillissement.

In situatie II liggen de zaken moeilijker. Neem aan dat A indien de faillissementen enkelvoudig worden afgewikkeld al haar schulden kan betalen. B is daartoe niet in staat; haar passief overtreft haar actief in ruime mate. Wordt geconsolideerd afgewikkeld dan zullen de concurrente crediteuren van A, evenmin als die van B, hun vorderingen volledig voldaan zien en is het voor hen van belang de transactie tussen A en X te vernietigen.

De eerste vraag die opkomt is of voor de vervulling van de tweede voorwaarde uitsluitend moet worden gekeken naar de situatie die zich zou hebben voorgedaan was enkelvoudig afgewikkeld, dat wil zeggen dat enkel wordt gekeken naar de verhaalspositie van de oorspronkelijke schuldeisers van A. Of moet deze vraag worden beantwoord naar de werkelijke stand van zaken, dat wil zeggen dat rekening wordt gehouden met de gevolgen van de transactie voor de oorspronkelijke schuldeisers van A alsmede die van B. Naar mijn oordeel moet worden gekozen voor de tweede optie. Voor het als uitgangspunt nemen van de enkelvoudige afwikkeling pleit weliswaar de omstandigheid dat artikel 42 Fw met het oog op deze vorm van afwikkeling in het leven is geroepen, maar daar staat tegenover dat met de hantering van dit uitgangspunt aan de noden van de huidige praktijk wordt voorbij gegaan. Wat bijvoorbeeld te denken van het geval waarin (anders dan hiervoor in situatie II) geconsolideerd wordt afgewikkeld omdat sprake is van onontwarbare vermogensvermenging, in die zin dat niet meer is vast te stellen of de schuldeisers van A door de transactie zijn benadeeld, omdat niet met zekerheid kan worden gezegd wie schuldeiser is van A en wie van B. Moet de curator dan maar afzien van een actio Pauliana? Dit is mijns inziens niet gewenst. En wat is rechtens indien de crediteuren van de beide vennootschappen gerechtvaardigd erop hebben vertrouwd dat tussen de vennootschappen wier faillissementen geconsolideerd worden afgewikkeld een verhouding bestond van vennootschap en filiaal, dat wil zeggen dat zij de vennootschappen als een eenheid hebben aangemerkt en dit ook mochten doen. Moet dan enkel worden gekeken naar het effect van de gewraakte rechtshandeling voor die crediteuren die op papier wederpartij zijn van de daarbij betrokken debiteur? Dit komt mij onredelijk voor. Bovendien ligt het, gezien de doelstelling van de Faillissementswet om door middel van een faillissement een evenwichtiger verdeling van het vermogen van de debiteur onder zijn crediteuren te bewerkstelligen voor de hand om, indien geconsolideerd wordt afgewikkeld, bij de vraag naar de benadeling van de schuldeisers, *alle*

schuldeisers van de samengevoegde boedel in ogenschouw te nemen. Dat brengt met zich dat in het eerder in situatie II genoemde voorbeeld moet worden bekeken of de schuldeisers van A én B gezamenlijk door de transactie tussen A en X zijn benadeeld. Hoewel deze opvatting op het eerste gezicht strijdig lijkt met (de achtergrond van) artikel 42 Fw, dat ziet op benadeling van de schuldeisers van de schuldenaar die de rechtshandeling verricht (in onze casus de schuldeisers van A), blijkt dit bij nadere bestudering niet het geval te zijn. Immers, door de consolidatie kunnen de schuldeisers van B zich, net als de schuldeisers van A, op A's goederen verhalen. A wordt daarmee aansprakelijk voor de schulden van B, oftewel de schuldeisers van B worden tevens schuldeisers van A.

Bovendien – en meest belangrijk – strookt deze gang van zaken met de regel dat de benadeling van de schuldeisers aanwezig moet zijn op het moment dat de curator zijn rechten doet gelden, althans wanneer de rechter uitspraak doet.[211]

In Nieuw-Zeeland kan eenzelfde resultaat worden bereikt, maar staat een beoordeling als was sprake van een enkelvoudige afwikkeling voorop, zo kan worden afgeleid uit de zaak *Saunders & Co. v. Fagerlund*.[212] In Nieuw-Zeeland is de *liquidator* bevoegd om zogenaamde *voidable preferences*[213] aan te tasten. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het geval dat de schuldenaar vlak voor het faillissement de vordering van een goede vriend volledig voldoet. Wil sprake zijn van een *voidable preference* dan moet onder meer vast te staan dat de vriend (de crediteur) door deze betaling is bevoordeeld, dat wil zeggen dat hij door de betaling meer heeft ontvangen dan hij zou hebben ontvangen in een liquidatie, artikel 292(2)(b) CA 1993 (NZ). In *Saunders & Co. v. Fagerlund* was ex artikel 271(1)(b) CA 1993 (NZ) besloten tot samengevoegde afwikkeling van de faillissementen van Carlton Comer Holdings Ltd (hierna: Carlton) en Merivale Service Station Ltd (hierna: Merivale). In de onderhavige procedure was de vraag aan de orde of door Carlton aan haar juridisch adviseurs en accountants voorafgaande aan de opening van haar liquidatieprocedure verrichte betalingen overeenkomstig de artikelen 292 en 294 CA 1993 (NZ) moesten worden aangemerkt als *preferential transactions*. Daartoe moest worden onderzocht of de adviseurs en accountants door de betalingen waren bevoordeeld, dat wil zeggen dat zij door de betalingen meer hadden ontvangen dan zij zouden hebben ontvangen in een liquidatie, artikel 292(2)(b) CA 1993 (NZ). Van belang was nu of bij de beantwoording van deze vraag rekening mocht worden gehouden met de crediteuren van Merivale. Tijdens de procedure was gebleken dat indien geen rekening moest worden gehouden met de crediteuren van Merivale, niet kon worden gezegd dat de adviseurs en accountants waren bevoordeeld. In dat geval zouden de adviseurs en accountants in een liquidatie evenveel hebben ontvangen als zij thans hadden verkregen, omdat de adviseurs en accountants de enige crediteuren van Carlton

211 HR 22 september 1995, *NJ* 1996, 706, m.nt. HJS (Ravast c.s./Ontvanger) en HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.).

212 *Saunders & Co. v Fagerlund*, HC, Christchurch, Master Venning, 22 juni 2001, M 486-00, M 10-01, M 11-01.

213 Zie: art. 292 CA 1993.

waren. Moest wel rekening worden gehouden met de crediteuren van Merivale, dan moest het oordeel volgen dat de adviseurs en accountants wel door de betaling voorafgaande aan de opening van de liquidatieprocedure waren bevoordeeld. Venning J oordeelde nu dat enkel de crediteuren van Carlton in ogenschouw moesten worden genomen bij de beoordeling van het *preferential effect*. Daartoe overwoog hij:

> 'The order under 271(1)(b) was made to assist the administration of the companies in liquidation. It would require an order in rather more explicit terms if it is to be suggested that Merivale's creditors are to be regarded as Carlton's creditors for the purpose of the application under s292.'

In deze zaak hoefden aldus slechts de oorspronkelijke crediteuren van Carlton in aanmerking te worden genomen bij het onderzoek naar een eventuele bevoordeling. Een andere gang van zaken is mogelijk, zo volgt uit de beslissing van Venning J, mits dit expliciet wordt bepaald in de consolidatiebeslissing. Tegen de achtergrond dat artikel 271(1)(b) CA 1993 (NZ) bepaalt dat de rechter kan beslissen om twee of meer liquidaties samengevoegd af te wikkelen *to the extent that the court so orders*, ligt het voor de hand aan te nemen dat de rechter steeds nauwkeurig de reikwijdte van de beslissing moet aangeven, en is deze uitspraak derhalve begrijpelijk. Toch leidt zij mijns inziens al snel tot ondoordachte consequenties. Nergens in het arrest blijkt bijvoorbeeld dat de rechter die het besluit tot consolidatie had genomen, ten tijde van het nemen van deze beslissing acht had geslagen op het eventueel door de *liquidator* inroepen van de artikelen 292 e.v. CA 1993 (NZ).

Om willekeurige uitkomsten in Nederland te voorkomen, zou ik daarom willen aannemen dat bij de vraag of sprake is van benadeling van schuldeisers *steeds* moet worden gekeken naar de verhaalspositie van alle schuldeisers in het samengevoegde faillissement.

Voorts komt de vraag op of bij de bepaling van de benadeling van schuldeisers het nadeel dat de schuldeisers van de ene vennootschap hebben geleden door een bepaalde rechtshandeling van hun debiteur met en derde mag worden afgezet tegen het voordeel dat een andere vennootschap en haar crediteuren daardoor hebben ondervonden. Met andere woorden: is een saldobenadering geoorloofd? In paragraaf 2.2 heb ik uiteengezet dat een saldobenadering naar mijn mening niet mogelijk moet zijn. Aan dit oordeel ligt voornamelijk ten grondslag dat in de praktijk vaak onduidelijk zal zijn welke voordelen kunnen worden meegenomen in de saldobenadering. Onduidelijk is namelijk hoe sterk het causaal verband moet zijn tussen de rechtshandeling en het daaruit voortvloeiende voordeel voor de andere vennootschap en haar crediteuren. Voor een uitgebreide uiteenzetting over deze kwestie zij verwezen naar de genoemde paragraaf.

Vervolgens is er de vraag of de curator moet en kan bewijzen dat A wist of behoorde te weten dat in situatie II de crediteuren van A *en B* (zie hiervoor) door de transactie werden benadeeld (derde voorwaarde voor geslaagde actio Pauliana) en of X dit eveneens had moeten voorzien (vierde voorwaarde)? Het is van belang

op te merken dat de curator in het genoemde voorbeeld een beroep kan doen op het bewijsvermoeden van artikel 43(1)(1°) Fw[214], hetgeen betekent dat wetenschap van benadeling wordt vermoed bij A en X te bestaan. Het betreft hier een weerlegbaar vermoeden. X kan proberen aan te tonen dat hij en/ of A geen reden hadden om aan te nemen dat de schuldeisers door de handeling werden benadeeld.

Van belang is nu dat onderzocht moet worden wat A en X *ten tijde van het verrichten van de transactie* wisten of behoorden te weten. De schuin gedrukte zinsnede brengt met zich dat slechts de vraag centraal kan staan of A en X wisten dat de oorspronkelijke schuldeisers van A door de transactie werden benadeeld. De schuldeisers van B blijven buiten beeld. Wanneer kan worden aangenomen dat A en X niet wisten, noch behoorden te weten dat door de transactie de schuldeisers van A werden benadeeld, strandt hier het beroep van de curator op de Pauliana. Dat de schuldeisers van A later alsnog nadeel ondervinden van de transactie is om twee redenen niet van belang. Ten eerste vindt dit nadeel zijn oorzaak niet in de transactie *sec*, maar in de consolidatie in combinatie met de transactie. Ten tweede is het optreden van dit nadeel geen zekere omstandigheid en de Hoge Raad heeft bepaald dat voor de vervulling van de derde voorwaarde wetenschap van de kans op benadeling onvoldoende is.[215]

Uit het voorgaande volgt dat het aanpakken van benadelende intercompany-transacties overbodig wordt. Wel behoudt de curator de bevoegdheid om transacties die door één van de schuldenaren met een derde zijn verricht, te vernietigen. Meestal zal het hier de bevoegdheid betreffen om een actio Pauliana in te stellen. De beoordeling van de daarvoor geldende voorwaarde dat de schuldeisers van de handelende schuldenaar door de transactie zijn benadeeld, moet plaatsvinden aan de hand van bestudering van de verhaalspositie van de gezamenlijke schuldeisers in de samengevoegde boedel. Een saldo-benadering moet evenwel worden afgewezen.

In de praktijk zal deze verruiming van de invulling van het benadelingsvereiste de curator echter weinig baten, omdat wat betreft het wetenschapsvereiste slechts zal kunnen worden onderzocht of de schuldenaar en zijn wederpartij wisten of behoorden te weten dat de oorspronkelijke schuldeisers van de schuldenaar zouden worden benadeeld. Het betreft hier immers wetenschap ten tijde van het plaatsvinden van de transactie.

5.6 Bestuurdersaansprakelijkheid

In alle onderzochte rechtsstelsels bestaan verschillende mogelijkheden om bestuurders aansprakelijk te houden voor de voldoening van openstaande schulden van de vennootschap. In deze paragraaf wil ik enkel aandacht besteden aan regelingen die specifiek zien op het aansprakelijk stellen van een bestuurder van

214 Aangenomen dat de rechtshandeling binnen een jaar voor de faillietverklaring van A is verricht.

215 HR 1 oktober 1993, *NJ* 1994, 257, m.nt. WMK en HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 272, m.nt. PvS (Bakker/Katko).

een vennootschap die is betrokken in een insolventieprocedure. Dit betekent dat onrechtmatige daadacties en dergelijke hier buiten beschouwing blijven. Het betreft met name regelingen die het mogelijk maken een bestuurder aansprakelijk te stellen voor (een deel van) het tekort in de failliete boedel. Denk aan de Nederlandse artikelen 2:138 en 2:248 BW. Dit soort aansprakelijkheidsbepalingen roept in geval van een samengevoegde afwikkeling namelijk de vraag op of iemand die slechts bestuurder was van één der betrokken vennootschappen aansprakelijk kan worden gesteld voor het tekort in de geconsolideerde boedel, dat wil zeggen voor de schulden van 'zijn' vennootschap alsmede die van de vennootschap waarvan het faillissement samengevoegd wordt afgewikkeld met dat van 'zijn' vennootschap.

Enkel in Frankrijk is aan deze kwestie uitdrukkelijk aandacht besteed. In dit land bestaan een aantal mogelijkheden om te bewerkstelligen dat een bestuurder bijdraagt in het tekort in de geconsolideerde boedel. Allereerst is daar de mogelijkheid van L651-2 C. com. Dit artikel regelt een aansprakelijkheid die vergelijkbaar is met de Nederlandse regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid voor het tekort in faillissement, zoals neergelegd in de artikelen 2:138/ 248 BW. Deze actie is thans bekend onder de naam *la responsabilité pour insuffisance d'actif*.[216] In het kort houdt de regeling in dat op verzoek van onder meer de *liquidateur*[217] *de jure* en *de facto* bestuurders van een rechtspersoon voor (een deel van) het tekort in het faillissement van deze rechtspersoon aansprakelijk kunnen worden gesteld wanneer wordt bewezen dat sprake is van (a) een tekort in de boedel (i.e. schade), (b) een *faute de gestion* (bestuursfout) waaraan de bestuurder heeft bijgedragen, en (c) causaal verband tussen deze bestuursfout en het tekort in het faillissement.[218]

De mogelijkheid tot uitbreiding annex consolidatie heeft de vraag opgeroepen of een bestuurder van één der betrokken vennootschappen op grond van deze bepaling aansprakelijk kan worden gesteld voor het tekort in de *geconsolideerde* boedel. De *Cour de cassation* heeft deze vraag onder het oude recht (artikel 180 Wet van 25 januari 1985) in negatieve zin beantwoord, tenminste voor wat betreft een uitbreiding annex consolidatie gegrond op vermogensvermenging. Een bestuurder kan enkel aansprakelijk worden gehouden voor de schulden van de insolvente rechtspersoon waarvan hij (feitelijk) bestuurder is. Hij is niet aansprakelijk voor de schulden van de rechtspersonen waarnaar de insolventieprocedure

216 Deze vorm van aansprakelijkheid was tot voor kort bekend onder de noemer *action en comblement de passif* en was neergelegd in art. L624-3 C. com. Voordat deze regeling werd opgenomen in de C. com. was zij neergelegd in art. 180 Wet van 25 januari 1985 en dáárvoor in art. 99 Wet van 13 juli 1967.

217 L651-3(1) C. com.

218 Voor de volledigheid merk ik op dat deze bepaling ook van toepassing is wanneer na de ontbinding van een *plan de sauvegarde* of een *plan de redressement* sprake blijkt te zijn van een tekort in de boedel, zie art. L651-2(1) C. com. Vaak zal na ontbinding van het plan overigens een faillietverklaring volgen (art. L626-27(I) en L631-19(I) jo. L626-27(I) C.com.), waardoor de bepaling op die grond reeds van toepassing is; zie Roussel Galle *JCP-E* 2005, p. 1763, nr. 16.

wegens het bestaan van vermogensvermenging is uitgebreid, maar waarvan hij geen bestuurder is.[219]

Ik vraag mij evenwel af hoe in de praktijk aan dit oordeel gestalte moet worden gegeven. Als sprake is van een vermogensvermenging die uitbreiding annex consolidatie rechtvaardigt, zal het vaak onmogelijk zijn om vast te stellen welke schulden door welke vennootschap zijn aangegaan[220] en derhalve voor welke schulden de betreffende bestuurder aansprakelijk is. Enkel wanneer partiële vermogensvermenging heeft plaatsgevonden of wanneer door onderzoek nog kan worden achterhaald aan welke vennootschap welke vermogensbestanddelen toebehoren, is het oordeel van de *Cour de cassation* (deels) uitvoerbaar.[221] Deson-

219 Cass. com. 23 mei 2000, *D.* 2000, AJ, p. 299, m.nt. Lienhard; *D.* 2002, som., p. 78, m.nt. Derrida; *JCP-E* 2000, chron.,p. 1567, nr. 13, m.nt. Pétel (uitspraak met betrekking tot verenigingen) en Cass. com. 8 juli 2003, *Dr. soc.* okt. 2004, p. 16, nr. 167, m.nt. Legros (uitspraak met betrekking tot vennootschappen). Zie eerder echter: Cass. com. 26 maart 1974, *Bull. civ.* IV, p. 89, nr. 112 en Cass. com. 14 juni 1977, *Bull. civ.* IV, p. 146, nr. 169. In de laatstgenoemde zaak werd bijvoorbeeld een bestuurder van een vennootschap veroordeeld een deel van het gezamenlijk passief te voldoen van drie vennootschappen waarvan de faillissementen waren samengevoegd, hetgeen leidde tot één gemeenschappelijke boedel en derhalve een gemeenschappelijk tekort. De grondslag van deze samenvoeging kan niet uit het arrest worden afgeleid. In cassatie betoogde de bestuurder dat zij niet tot betaling van een gedeelte van het gemeenschappelijke tekort kon worden veroordeeld, omdat zij slechts bestuurder was van één der betrokken vennootschappen. De *Cour de cassation* verwierp dit betoog: '(…) que la cour d'appel a pu déclarer recevable la demande du syndic contre dame Della Vallé, gérante de la société France Distribution, dès lors qu'elle a constaté que l'insuffisance d'actif était commune aux sociétés Le Globe, France Distribution et d'Exploitation des drugstores de Strasbourg, (…).' Dat het bedrag waarvoor de bestuurder, ondanks de regel van de *Cour de cassation*, aansprakelijk wordt gehouden omvangrijk kan zijn blijkt uit Cass. com. 27 juni 2006, *Bull. civ.* IV, p. 161, nr. 151, waarin de bestuurders van vennootschap SPAD aansprakelijk werden gehouden voor haar tekort, waarvan de schulden van een *société en nom collectif* en een *Groupement d'intérêt économique*, die waren ontstaan voor de opening van de reoganisatieprocedure, deel uit maakten, omdat SPAD hoofdelijk aansprakelijk vennoot was in die vennootschappen. De reorganisatie van SPAD was naar de vennootschappen uitgebreid.

220 Zie over de wijze en de mate van vermogensvermenging vereist om consolidatie te kunnen rechtvaardigen: paragraaf 4.1.

221 Vgl. de oudere zaak Cass. com. 26 maart 1974, *Bull. civ.* IV, p. 89, nr. 112, waarin faillissementen van vijf vennootschappen geconsolideerd werden afgewikkeld. Een persoon die bij twee der betrokken vennootschappen bestuurder was geweest, was veroordeeld bij te dragen in het tekort in de geconsolideerde boedel. De bestuurder ging in beroep en betoogde dat zij niet kon worden veroordeeld tot het aanzuiveren van een gedeelte van het passief van de geconsolideerde boedel, omdat zij slechts bij het bestuur van twee van de vijf vennootschappen betrokken was geweest en een groot deel van de schulden bij een van deze twee vennootschappen was ontstaan nadat zij haar bestuursfunctie had neergelegd. Bovendien bestond een van de overige vennootschappen op dat moment nog niet eens. De *Cour de cassation* verwierp dit betoog: '(…) la cour d'appel a constaté que les cinq sociétés susvisées, dont la faillite commune a été prononcée, et qui formaient le "groupe Sopadi" à la gestion duquel la dame Courtois [de bestuurder, MLHR] ne contestait pas avoir participé, constituaient un tout, étroitment melangé et qu'il y avait lieu, en raison de l'ensemble non separable de ces cinq sociétés de tenir compte du passif global de la faillite commune pour determiner la part de ce passif que devront supporter les dirigeants sociaux poursuivis.'

danks wordt de uitspraak van de *Cour de cassation* in Frankrijk onderschreven. De beslissing wordt geacht het gevolg te zijn van c.q. tot uitdrukking te brengen dat uitbreiding annex consolidatie wegens vermogensvermenging de rechtspersoonlijkheid van de betrokken rechtssubjecten niet aantast.[222] Derrida merkt zelfs op dat *leurs patrimoines demeurant séparés et indépendants*.[223] Voorts is erop gewezen dat de beslissing strookt met de omstandigheid dat de *action en comblement de passif* (thans: *la responsabilité pour insuffisance d'actif*) – hoewel zij een zeker sanctionerend karakter heeft – berust op de beginselen van civielrechtelijke aansprakelijkheid. De uitspraak doet recht aan de expliciete voorwaarden genoemd in het destijds geldende artikel 180 Wet van 25 januari 1985 (thans: L651-2 C. com.). Niet steeds zal de (feitelijk) bestuurder van de ene vennootschap ook bestuurder zijn van de vennootschap waarmee eerstgenoemde haar vermogen heeft vermengd. Evenmin zal hij steeds bij beide vennootschappen onbehoorlijk hebben gehandeld. En ook het vereiste causaal verband tussen de daad en het tekort in het faillissement zal vaak ontbreken, zo wordt betoogd.[224] Wat betreft dit laatste vereiste zij echter gewezen op Cass. com. 17 februari 1998.[225] In deze zaak oordeelde de *Cour de cassation* dat zelfs wanneer vaststaat dat het onbehoorlijk bestuur van de bestuurder slechts een deel van de nog openstaande schulden heeft veroorzaakt, de bestuurder voor het gehele tekort kan worden aangesproken. Daarmee lijkt de *Cour de cassation* niet erg zwaar te tillen aan het causaliteitsvereiste.

De vraag blijft bestaan of een bestuurder wél aansprakelijk kan worden gehouden voor het tekort in de geconsolideerde boedel, wanneer de consolidatie is gegrond op het bestaan van een fictieve vennootschap. Pétel beantwoord deze vraag bevestigend waar het betreft de bestuurders van de beheersende vennootschap (de achterman). Wanneer de insolventieprocedure van de beheerste, fictieve vennootschap naar haar achterman wordt uitgebreid, acht Pétel de bestuurders van de achterman aansprakelijk voor het geconsolideerde tekort, omdat de fictieve vennootschap geen eigen bestaansrecht heeft los van de haar beheersende vennootschap.[226] Deze opvatting sluit ook aan bij de heersende mening dat het

222 Le Corre 2006, p. 206-207, nr. 213.44 ; idem *D.* 2002, chron., p. 1125 en Derrida, noot onder Cass. com. 23 mei 2000, *D.* 2002, som., p. 78-79. Merk evenwel op dat een faillietverklaring ertoe leidt dat de vennootschap ophoudt te bestaan, zie art. 1844-7(7°) C. civ. Haar rechtspersoonlijkheid blijft slechts behouden voor zover dat voor de vereffening noodzakelijk is, art. 1844-8(3) C. civ.

223 Derrida, noot onder Cass. com. 23 mei 2000, *D.* 2002, som., p. 78.

224 Derrida, noot onder Cass. com. 23 mei 2000, *D.* 2002, som., p. 78; Lienhard, noot onder hetzelfde arrest, *D.* 2000, AJ, p. 300-301 en Pétel, noot onder hetzelfde arrest, *JCP-E* 2000, chron., p. 1567, nr. 13.

225 Cass. com. 17 februari 1998, *D.* 1998, IR, p. 82. Zie ook: Cass. com. 30 november 1993, *Bull. civ.* IV, p. 319, nr. 440.

226 Pétel, noot onder Cass. com. 23 mei 2000, *JCP-E* 2000, chron., p. 1567, nr 13. In vergelijkbare zin: Le Corre *D.* 2002, chron., p. 1125. Hij verwijt de bestuurder dat bij crediteuren de schijn is gewekt dat een reële vennootschap bestond. Zijn passiviteit heeft bijgedragen aan het ontstaan van het tekort.

bestaan van een fictieve vennootschap impliceert dat feitelijk slechts sprake is van één enkele debiteur met één vermogen.[227]

Een tweede mogelijkheid om een bestuurder de schulden in een failliete boedel te laten betalen biedt in Frankrijk artikel L652-1 C. com., dat een nieuwe vorm van bestuurdersaansprakelijkheid introduceert, onder de noemer *obligation en paiement des dettes sociales*. Ingevolge deze nieuwe bepaling kan de rechtbank op verzoek van onder meer de *liquidateur*[228] een (feitelijk) bestuurder in de loop van een faillissementsprocedure veroordelen tot betaling van alle of een deel van de schulden van de rechtspersoon wanneer één van de in het artikel genoemde fouten van de bestuurder heeft bijgedragen aan de *cessation des paiements* door de rechtspersoon.[229] In de gevallen (fouten) genoemd in deze nieuwe bepaling, kan artikel L651-2 C. com. inzake *la responsabilité pour insuffisance d'actif* niet worden toegepast.[230]

De gevolgen van de beide acties zijn echter niet identiek. De actie inzake *la responsabilité pour insuffisance d'actif* leidt ertoe dat de bestuurder (een deel van) het tekort in de boedel moet aanvullen. Deze vergoeding valt in de boedel en wordt pro rata verdeeld onder alle crediteuren; er wordt geen rekening gehouden met voorrechten.[231] De nieuwe aansprakelijkheidsbepaling leidt daarentegen ertoe dat het door de bestuurder te betalen bedrag wordt aangewend om de crediteuren overeenkomstig hun rang te voldoen.[232]

In Nieuw-Zeeland is in artikel 300(1) CA 1993 (NZ) een vorm van bestuurdersaansprakelijkheid voor schulden van een in liquidatie verkerende vennootschap neergelegd die enigszins overeenkomt met de Nederlandse regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid voor het tekort in de boedel, zoals opgenomen in artikel 2:138/ 248 BW. Althans voor zover deze aansprakelijkheid haar grondslag vindt in het niet voldoen aan de administratie- en boekhoudplichten. Beknopt omschreven houdt de Nieuw-Zeelandse regeling het volgende in: Indien een in liquidatie verkerende vennootschap de voor haar uit artikel 194 CA 1993 (NZ) of artikel 10 Financial Reporting Act 1993 voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen[233] én de rechtbank vaststelt dat het niet nakomen van deze verplichtingen (i) heeft bijgedragen in de onmogelijkheid van de vennootschap om haar schulden te voldoen; heeft geresulteerd in onzekerheid omtrent de activa en passiva van de vennootschap, of het ordelijke verloop van de liquidatieprocedure wezenlijk heeft belemmerd, of (ii) de rechtbank van mening is dat een andere reden bestaat die een veroordeling op grond van artikel 300 CA 1993 (NZ) recht-

227 Vgl. Le Corre *D.* 2002, p. chron., p. 1124-1125.
228 Art. L652-5 jo. L651-3(1) C. com.
229 Zie voor de Franse tekst van deze bepaling bijlage IIA.
230 Art. L652-1(2) C. com.
231 Art. L651-2(3) C. com. Zie echter ook: L651-3(4) C. com.
232 Art. L652-3 C. com.
233 Art. 194 CA 1993 (NZ) betreft de verplichting tot het bijhouden van een adequate boekhouding (*accounting records*) en art. 10 Financial Reporting Act ziet op het opstellen van financiële verslagen (*financial statements*).

vaardigt, kan de rechter indien hij dit op zijn plaats acht een of meer (oud)-bestuurders persoonlijk aansprakelijk houden voor alle of enkele van de schulden van de in liquidatie verkerende vennootschap. De rechter kan hiertoe overgaan op verzoek van de *liquidator*. Het is de rechter echter niet toegestaan een bestuurder aansprakelijk te verklaren wanneer hij vaststelt dat de bestuurder voor zover redelijk alle maatregelen heeft genomen om nakoming van de uit de genoemde artikelen voortvloeiende verplichtingen te verzekeren, of de bestuurder op redelijke gronden kon geloven of geloofde dat een competent en betrouwbaar persoon was belast met het toezicht op de naleving van deze verplichtingen en deze verplichtingen kon uitvoeren, artikel 300(2) CA 1993 (NZ).

De vraag of een bestuurder op grond van deze bepaling aansprakelijk kan worden gesteld voor alle schulden in de *geconsolideerde* boedel is bij mijn weten nog niet gesteld. Deze bepaling lijkt ten minste in gevallen waarin de vermogens van twee of meer vennootschappen vermengd zijn een rol te kunnen spelen, omdat vermogensvermenging vaak (mede) haar oorzaak vindt in het ontbreken van een adequate boekhouding (artikel 194 CA 1993). Daardoor kunnen de vermogens moeilijk of zelfs helemaal niet worden gescheiden, waardoor onzekerheid ontstaat over de aangetroffen activa en passiva en het voorspoedig verloop van de liquidatieprocedure wordt belemmerd, zie artikel 300(1) CA 1993. Wordt op grond van artikel 271(1)(b) jo. 272(2) CA 1993 besloten tot consolidatie dan worden deze problemen beperkt, maar niet steeds opgelost. Omdat de activa en de passiva van de vennootschappen in dat geval kunnen worden samengevoegd tot één boedel, hoeven intercompany-vorderingen en andere eigendomsverhoudingen niet meer te worden uitgezocht, maar er bestaan uitzonderingen. Zo kan in Nieuw-Zeeland een gedeeltelijke consolidatie worden bevolen, hetgeen een gedeeltelijke scheiding tussen de vermogensbestanddelen van de vennootschappen vereist.

Een andere vorm van bestuurdersaansprakelijkheid die kan worden beïnvloed door een consolidatie is de aansprakelijkheid wegens *reckless trading*, die is opgenomen in artikel 135 CA 1993 (NZ). Dit artikel bepaalt kort gezegd dat een bestuurder niet mag instemmen met en evenmin mag bewerkstelligen dat de vennootschap activiteiten ontplooit op een wijze die de gerede kans doet ontstaat dat de crediteuren van de vennootschap worden benadeeld. Overtreedt de bestuurder dit verbod dan is hij een schadevergoeding verschuldigd aan de vennootschap of – ingeval van faillissement – aan de boedel.[234] Artikel 135 CA 1993 vervangt arti-

234 Art. 135 CA 1993 (NZ) regelt niet de gevolgen van *reckless trading* door een bestuurder. Beck & Borrowdale (2002, p. 66) merken op dat in dit verband waarschijnlijk dezelfde principes zullen gelden, die golden onder de voorganger van art. 135 CA 1993 (NZ), te weten art. 320 CA 1955. Dit artikel bepaalde dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk werd voor alle of een gedeelte van de schulden van de vennootschap. Zie echter ook: Watts *NZ L.Rev.* 2001, p. 305-306. Hij betoogt dat het verlies moet worden vergoed dat de vennootschap leidt nadat haar activiteiten eigenlijk hadden moeten worden gestaakt, maar toch zijn voortgezet; niet moet worden vergoed het bedrag van de in die periode opgekomen schulden. Zie verder art. 169(3)(f) CA 1993, waarin is bepaald dat art. 135 CA 1993 een *duty owed to the company* →

kel 320(1)(b) CA 1955. Tussen beide bepalingen bestaan een aantal verschillen. Met name is van belang dat artikel 135 CA 1993 spreekt over *the business of the company*, terwijl artikel 320(1)(b) CA 1955 de zinsnede *'any' business of the company* bezigde. Deze laatste zinsnede werd geacht mede te omvatten één enkele transactie, zelfs indien daarvan niet kon worden gezegd dat zij plaatsvond in het kader van de normale bedrijfsuitoefening door de vennootschap.[235] Of dit thans ook nog geldt is onduidelijk.[236] Onder de oude bepaling – en mogelijk ook vandaag de dag – was het derhalve denkbaar dat het door de consolidatie vervallen van intercompany-vorderingen leidde tot uitsluiting van een actie wegens *reckless trading*. Stel: een vennootschap gaat een transactie aan met een verbonden vennootschap, die valt onder de reikwijdte van het verbod op roekeloos handelen. Beide vennootschappen gaan vervolgens failliet en er wordt besloten tot consolidatie. Door de consolidatie vervallen de uit hoofde van de transactie ontstane intercompany-vorderingen en daarmee verdwijnt de reden voor een actie ex artikel 320(1)(b) CA 1955. Dit kan onbillijk zijn omdat crediteuren een verhaalsmogelijkheid wordt onthouden, en kan derhalve een overweging zijn die pleit tegen consolidatie.[237]

Een laatste aansprakelijkheidsbepaling die hier kort aandacht verdient, hoewel zij geen echte bestuurdersaansprakelijkheidsbepaling is, is artikel 271(1)(a) CA 1993 (NZ). Ingevolge dit artikel kan de rechter, indien hij dit *just and equitable* acht, onder meer op verzoek van de *liquidator* bepalen dat een vennootschap die is of was verbonden met de in liquidatie verkerende vennootschap[238], gehouden is tot betaling van alle of een deel van de in de liquidatie ingediende vorderingen.[239] Bij de beoordeling van het *just and equitable* zijn, moet de rechter onder andere aandacht besteden aan de mate waarin de verbonden vennootschap deelnam in het management van de in liquidatie verkerende vennootschap en in hoeverre zij verantwoordelijk was voor de omstandigheden die aanleiding hebben gegeven tot de liquidatie, waardoor ook deze bepaling een mogelijkheid biedt om diegenen die zich intensief met het beleid van de vennootschap hebben bemoeid op een wijze die ertoe heeft geleid dat de vennootschap het leven heeft gelaten, daarvoor aansprakelijk te stellen.

In de Verenigde Staten kent men geen specifieke regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid voor het tekort in het faillissement vergelijkbaar met die neergelegd in de Nederlandse artikelen 2:138/ 248 BW. Desalniettemin bestaan diverse mogelijkheden om een bestuurder te veroordelen tot betaling van de openstaande schulden van een vennootschap die in een insolventieprocedure is betrok-

inhoudt. Verkeert een vennootschap in liquidatie dan kan een juridische basis voor het vorderen van een bijdrage van de bestuurder worden gevonden in art. 301 CA 1993. Zie bijvoorbeeld: *Fatupaito v. Bates* [2001] 3 NZLR 386. In deze zaak moest de bestuurder een bijdrage betalen aan de *liquidators* ex art. 301(1)(b)(ii) CA 1993 (NZ).

235 *Re Nimbus Trawling Co Ltd; Keegan v Page Vivian Motors Ltd* (1986) 3 NZCLC 99, 646 (CA).

236 Beck & Borrowdale 2002, p. 66.

237 Farrar *C.&S.L.J.* 1998, p. 199 en Farrar 2001, p. 249.

238 Zie over het begrip 'verbonden vennootschap' paragraaf 3.2.1.

239 Een zelfde regeling is opgenomen in art. 140 CA 1990 (IE).

ken. Regelmatig worden in dit verband bijvoorbeeld *piercing the corporate veil*-acties toegepast ten aanzien van een directeur/grootaandeelhouder.[240]

In Nederland is de mogelijkheid voor de curator om bestuurders aansprakelijk te stellen voor het tekort in de boedel in het BW opgenomen met de inwerkingtreding op 1 januari 1987 van de zogenaamde Derde Misbruikwet.[241] Deze mogelijkheid is neergelegd in de artikelen 2:138 en 2:248 BW. Artikel 2:138 BW ziet op bestuurders van de NV, terwijl artikel 2:248 BW betrekking heeft op bestuurders van de BV. De tekst van beide bepalingen is vrijwel identiek.[242] Hierna wordt daarom enkel nog verwezen naar artikel 2:138 BW. Artikel 2:138(1) BW bepaalt dat in geval van faillissement van de naamloze vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan (hierna: het tekort), indien het bestuur[243] zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De onbehoorlijke taakvervulling moet hebben plaatsgevonden in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement, artikel 2:138(6) BW. Deze regel brengt met zich dat ook gewezen bestuurders, die in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement enige tijd bestuurder van de vennootschap zijn geweest, onder de reikwijdte van de bepaling vallen.

Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is sprake wanneer geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld.[244] Het

---

240 Een bijzonder voorbeeld van aansprakelijkstelling van bestuurders voor het tekort in een geconsolideerd faillissement biedt de zaak *In re Western World Funding, Inc. et al.*, 52 B.R. 743 (Bankr. D. Nev. 1985). De *trustee* betoogde onder meer dat twee bestuurders/functionarissen van vijf vennootschappen aansprakelijk waren onder *partnership law* en de alter ego theorie. Meer concreet betoogde de *trustee* dat tussen de twee personen een maatschap (*partnership*) bestond en dat deze maatschap het alter ego was van de vijf failliete vennootschappen. Een succesvol beroep op de alter ego-theorie zou er zo toe leiden dat deze twee personen aansprakelijk zouden zijn voor de schulden van de vennootschappen: doordat de failliete vennootschappen worden geacht het alter ego te zijn van de maatschap, zijn de beide partners van de maatschap, die aansprakelijk zijn voor de schulden van de maatschap, tevens aansprakelijk voor de schulden van de vennootschappen, zie 11 U.S.C. § 723(a) BC. De *trustee* slaagde in zijn vordering.

241 Wet van 16 mei 1986, *Stb*. 275.

242 In art. 2:248(10) BW ontbreekt de uitgeschreven tekst van art. 2:138(10) BW. Art. 2:248(10) BW verklaart lid 10 van art. 2:138 BW van overeenkomstige toepassing.

243 Het gebruik van de term 'het bestuur', duidt er volgens sommigen op dat een handeling, inhoudende een onbehoorlijke taakvervulling, van één enkele bestuurder, waarvan de overige betuurders geen weet hadden, niet kan leiden tot aansprakelijkheid van laatstgenoemden, zie o.m. Van der Heijden/Van der Grinten 1992, p. 682, nr. 399.1 en Voûte 1997, p. 19-20. Van Schilfgaarde en Winter betogen daarentegen dat de redactie van het artikel op dit punt een taalkundig misverstand bevat en dat er moeten worden gelezen 'het bestuur of een bestuurder', zie: Van Schilfgaarde/Winter 2006, p. 151-152, nr. 48. En verder o.m. Wezeman. Hij merkt op dat aangenomen moet worden dat een onbehoorlijke taakvervulling door één bestuurder moet worden toegerekend aan het hele bestuur. Zie: Wezeman 1998, p. 283. In dezelfde zin: Asser/Maeijer 2-III, 2000, p. 451, nr. 328 en Wessels *SV&V* 2003 (I), p. 92-93. Ik sluit mij bij deze laatste opvatting aan.

244 HR 8 juni 2001, *JOR* 2001, 171 (Panmo), overweging 3.7.

gebruik van het woord 'kennelijk' duidt erop dat het apert onbehoorlijk handelen moet betreffen. Het bestuur beschikt aldus over een bepaalde marge, hetgeen begrijpelijk is omdat ondernemen nu eenmaal het nemen van risico's met zich brengt.[245] Niet iedere onjuist gebleken beleidsbeslissing houdt kennelijk onbehoorlijk bestuur in. Het moet gaan om bestuurshandelen dat zich kenmerkt door 'onverantwoordelijkheid, grove nalatigheid, onbezonnenheid, roekeloosheid of schrijnende onbekwaamheid.'[246] Daarbij is niet vereist dat bestuurders zichzelf of een derde hebben verrijkt of een dergelijke verrijking hebben beoogd.[247] Bij de beantwoording van de vraag of de bestuurders van een dochtervennootschap kennelijk onbehoorlijk hebben bestuurd, mag rekening worden gehouden met het concernbelang. Maar de bestuurders van een later gefailleerde dochtervennootschap mogen het concernbelang niet laten prevaleren boven de andere bij de dochter betrokken belangen.[248] Of het kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden aangemerkt als zijnde een belangrijke oorzaak van het faillissement, moet worden beoordeeld aan de hand van de toestand waarin de vennootschap verkeerde ten tijde van de gewraakte bestuurshandelingen, en niet aan de hand van de situatie waartoe die handelingen achteraf blijken te hebben geleid.[249]

Het is de curator die de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling moet bewijzen en die aannemelijk moet maken dat zulks een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Deze bewijslast is zwaar, hetgeen ook de wetgever heeft ingezien. Hij is de curator tegemoet gekomen door in artikel 2:138(2) BW een aantal bewijsvermoedens op te nemen. Wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 2:10 BW (administratieplicht) of 2:394 BW (publicatie van de jaarrekening) heeft het zijn taak (ook voor het overige[250]) onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen, zie artikel 2:138(2) BW. De curator kan derhalve in beginsel volstaan met het bewijs dat niet is voldaan aan de administratieplicht of dat een tijdige publicatie van de jaarrekening is uitgebleven. Slaagt hij daarin dan wordt aangenomen dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Hiertegen is geen tegenbewijs toegelaten. Bovendien wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De aangesproken bestuurder kan dit vermoeden weerleggen door aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden dan het onbehoorlijk bestuur, bijvoorbeeld economische tegenslag, een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.[251]

---

245 Wessels *SV&V* 2003 (I), p. 93-94.
246 Wezeman 1998, p. 284.
247 *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 21-22 en 32-33 en *Kamerstukken I* 1985/86, nr. 27b, p. 37.
248 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 94, m.nt. Ma; *JOR* 2002, 2 m.nt. Bartman (Juno Properties), overweging 4.6.
249 Huizink, Rechtspersonen (losbl.), art. 138, aant. 8.
250 HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, m.nt. Ma en EEA, overweging 3.4 en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95, m.nt. Ma (Mefigro), overweging 3.7.
251 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95, m.nt. Ma (Mefigro), overweging 3.7.

De curator moet voorts het tekort bewijzen. Tot het tekort worden ook gerekend de algemene faillissementskosten en de nadere faillissementskosten die betrekking hebben op de vereffening van het via de aansprakelijkstelling van de nalatige bestuurders verkregen nader actief.[252]

Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit aansprakelijkheidsregime gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder, artikel 2:138(7) BW. Bovendien wordt de reikwijdte van het regime verruimd door artikel 2:11 BW, dat bepaalt dat aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Voor uitbreiding van deze aansprakelijkheid tot degene die het beleid van de aansprakelijke rechtspersoon heeft bepaald of heeft mede bepaald bestaat evenwel geen grond.[253]

Het regime van artikel 2:138 BW is toegesneden op enkelvoudige faillissementen. Men kan zich dan ook afvragen in hoeverre dit regime kan worden toegepast in een geconsolideerd faillissement.[254] Denkbaar is dat de curator in een geconsolideerd faillissement tot de conclusie komt dat het bestuur of een bestuurder van een der vennootschappen onbehoorlijk heeft gehandeld. Moet het bestuur of de bestuurder dan aansprakelijk worden gehouden voor het tekort in de geconsolideerde boedel of slechts voor het tekort in de afzonderlijke boedel van 'zijn' vennootschap? In Frankrijk is terecht opgemerkt dat een bestuurder moeilijk aansprakelijk kan zijn voor het tekort in het faillissement van een vennootschap waarvan hij geen bestuurder is geweest, in die zin opgevat dat hij moeilijk verantwoordelijk kan worden gehouden voor iets waarbij hij niet betrokken was. In Nederland wordt deze gedachte onderstreept door het feit dat in artikel 2:138 BW een schuldaansprakelijkheid is opgenomen.[255] Het bestuur of een bestuurder kan in principe niet aansprakelijk worden gehouden voor schulden, die zonder zijn toedoen of nalaten zijn ontstaan bij een andere vennootschap.[256] Echter, nadere bestudering leert dat in gevallen waarin consolidatie op haar plaats is bestuurders doorgaans niet langs de zijlijn hebben gestaan of zich juist onterecht afzijdig hebben gehouden.

In dit verband zijn ook de resultaten op dit punt van de onder Insolad-leden gehouden enquête interessant.

---

252 HR 10 september 1993, *NJ* 1994, 272, m.nt. Ma (De Zilver Ster), overweging 4.14.

253 HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 411 (Montedison).

254 Zie Josephus Jitta 1999, p. 113 en Winter *TvI* 1995, p. 7; idem 1993, p. 14.

255 Dat de bestuurder een verwijt moet kunnen worden gemaakt, blijkt uit het gebruik van het woord 'onbehoorlijk' (zie: Wezeman 1998, p. 284), alsmede uit de disculpatiemogelijkheid die art. 2:138(3) BW hem biedt.

256 Zie ook Josephus Jitta 1999, p. 113. Hij merkt op dat 'Zeker indien, zoals ik hiervoor heb bepleit, er voor wordt gekozen de mogelijkheid tot geconsolideerde afwikkeling in belangrijke mate door de crediteuren te laten bepalen en daaraan geen dogmatische criteria ten grondslag worden gelegd, meen ik dat een geconsolideerde afwikkeling geen gevolg zou behoren te hebben voor de omvang van de eventuele aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen.'

> In de enquête was de vraag opgenomen of men het aanvaardbaar acht dat een bestuurder van één van de vennootschappen ex artikel 2:138/ 248 BW aansprakelijk wordt gehouden voor het tekort in de *geconsolideerde* boedel.[257] Deze vraag is door 66 van de 67 respondenten beantwoord. 37 van de 67 respondenten (55,2%) gaven een bevestigend antwoord en 25 respondenten (37,3%) gaven een ontkennend antwoord. 4 respondenten (6,0%) gaven geen direct antwoord op de vraag; zij stelden hun antwoord afhankelijk van de betrokkenheid van de bestuurder bij het onbehoorlijk bestuur in iedere vennootschap.
> De respondenten die aansprakelijkheid voor het tekort in de geconsolideerde boedel aanvaardbaar achtten, stelden daaraan soms eveneens nadere voorwaarden. Genoemd werd onder andere dat de bestuurder ook betrokken moet zijn geweest bij de beleidsbepaling in de andere vennootschap (6 keer). Verder werd opgemerkt dat indien consolidatie gerechtvaardigd wordt geacht, aansprakelijkheid voor het tekort in de geconsolideerde boedel een consequentie is (6 keer) en dat dit ook aanvaardbaar is, omdat consolidatie pas plaatsvindt onder bijzondere omstandigheden en na een zorgvuldige afweging (1 keer). Anderen wezen er voorts op dat de rechter altijd nog zijn matigingsbevoegdheid, neergelegd in lid 4 van de genoemde artikelen, kan gebruiken (4 keer).
> De tegenstanders van genoemde aansprakelijkstelling betoogden onder meer dat men slechts aansprakelijk is voor eigen verantwoordelijkheden (1 keer) en dat de bestuurder enkel aansprakelijk kan worden gehouden wanneer hij ook de leiding had bij de andere vennootschap (6 keer) en het kennelijk onbehoorlijk bestuur op alle vennootschappen ziet (1 keer). 1 respondent betoogde dat aansprakelijkheid voor het tekort in de geconsolideerde boedel niet mogelijk is, tenzij het de bestuurder betreft van de holding waar alle vennootschappen onder vallen.

Opvallend is dat een aantal voorstanders van bestuurdersaansprakelijkheid voor het tekort in de geconsolideerde boedel daaraan de voorwaarde van beleidsinmenging in beide vennootschappen verbindt, terwijl diverse tegenstanders in dat geval een uitzondering maken op de door hen voorgestane regel dat aansprakelijkheid voor het geconsolideerde tekort achterwege moet blijven. Daarmee wordt de scheidslijn tussen de voor- en tegenstanders dunner. Het idee dat de aansprakelijk gestelde bestuurder daadwerkelijk de hand moet hebben gehad in het ontstaan van het tekort, zoals dat ook naar voren komt in de jurisprudentie van de *Cour de cassation* leeft derhalve ook in Nederland. Maar zoals ik eerder al opmerkte ontstaan daarbij problemen wanneer de consolidatie is gebaseerd op vermogensvermenging.[258] Is sprake van vermogensvermenging dan is het moeilijk – zo niet onmogelijk – om vast te stellen welke de schulden zijn van de vennootschap waarvan de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld

257 Zie: bijlag I, vraag 32.
258 Vgl. ook Josephus Jitta 1999, p. 113.

en daardoor welke schulden deel uit maken van het tekort waarvoor de bestuurder aansprakelijk wordt gehouden. Mijns inziens moet daarom in Nederland als uitgangspunt worden genomen: aansprakelijkheid van het bestuur voor het geconsolideerde tekort. De huidige regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid voor het tekort biedt mechanismen, in de vorm van een disculpatiemogelijkheid en matiging door de rechter, om daardoor mogelijk optredende problemen in de vorm van excessieve aansprakelijkheid te voorkomen.

Alvorens hier verder op in te gaan, wil ik erop wijzen dat deze discussie in de praktijk lijkt te worden beperkt doordat het bestuur van concernvennootschappen (feitelijk) vaak wordt gevormd door dezelfde natuurlijke of rechtspersonen. In dat geval zal de bestuurder verantwoordelijk zijn voor het ontstaan van de vermogensvermenging bij beide vennootschappen. Wanneer aan het ontstaan van vermogensvermenging daadwerkelijk het ontbreken van een (deugdelijke) administratie ten grondslag ligt, zoals doorgaans het geval zal zijn, is de administratieplicht van artikel 2:10 BW geschonden en moet ingevolge artikel 2:138(2) BW worden aangenomen dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Immers, indien sprake is van een onontwarbare vermogensvermenging zal doorgaans niet (meer) kunnen worden gezegd dat de administratie van de vennootschap een snel inzicht geeft in haar debiteuren- en crediteurenposities op enig moment en dat deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en de omvang van de onderneming, een redelijk beeld geven in haar vermogenspositie.[259] De bestuurder van de beide vennootschappen zal dan behoudens de situatie waarin hij kan aantonen dat andere feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest en behoudens disculpatie ex lid 3 van artikel 2:138 BW aansprakelijk zijn voor de tekorten in hun beider faillissementen en kan dan ook zonder veel problemen worden aangesproken voor het tekort in de geconsolideerde boedel.[260]

Maar ook wanneer verschillende bestuurders werkzaam zijn bij de verschillende vennootschappen, zal het mijns inziens gerechtvaardigd zijn om deze bestuurders aansprakelijk te houden voor dit tekort. Stel: X is formeel bestuurder van vennootschap A en Y is bestuurder van zustervennootschap B. Een aantal curieuze en negatief uitpakkende investeringsbeslissingen leidt ertoe dat beide vennootschappen failliet worden verklaard. Na faillietverklaring blijken de vermogens van de vennootschappen onontwarbaar vermengd. Hun boekhoudingen blijken grotendeels te ontbreken en wat rest van hun administraties is een chaos. Besloten wordt tot samengevoegde afwikkeling. De curator in het geconsolideerde faillissement stelt slechts Y aansprakelijk voor het tekort in de geconsolideerde boedel, omdat hij verwacht dat enkel Y verhaal biedt. Mijns inziens kan een dergelijk actie slagen. De onontwarbare vermogensvermenging vindt vooral haar

259 Vgl. o.a. Rb. Utrecht 5 december 2001, *JOR* 2002, 52 (Zeister Kunststichting) en Rb. Amsterdam 16 februari 2000, *JOR* 2000, 121.

260 Let erop dat het tekort in de geconsolideerde boedel door het vervallen van intercompany-vorderingen minder bedraagt dan de enkele optelsom van de tekorten in de beide faillissementen afzonderlijk.

oorzaak in het grotendeels ontbreken van deugdelijke administraties bij beide vennootschappen. Het niet voldoen aan de administratieplicht betekent dat de curator een beroep kan doen op artikel 2:138(2) jo. 2:10 BW. Voor Y, zijnde de formeel bestuurder van vennootschap B, betekent dit dat hij zijn taak bij deze vennootschap onbehoorlijk heeft vervuld. Hiertegen is geen tegenbewijs toegelaten. Kan Y niet aantonen dat andere feiten een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest dan is hij behoudens disculpatie aansprakelijk voor het tekort in het faillissement van vennootschap B. Ook acht ik Y aansprakelijk voor het geconsolideerde tekort. Als formeel bestuurder van vennootschap B had Y er als gezegd op toe moeten zien dat het vermogen van B adequaat werd beheerd. Het laten ontstaan van een vermogensvermenging tussen de vermogens van de vennootschappen A en B getuigt geenszins van adequaat vermogensbeheer, toch een zeer belangrijke bestuurstaak. Y zal nu de consequenties van zijn handelen (nalaten) moeten dragen. Mede door zijn optreden is de onontwarbare vermogensvermenging ontstaan, hetgeen betekent dat niet meer kan worden vastgesteld welke schulden en vorderingen toebehoren aan vennootschap B. Een scheiding van de vermogensbestanddelen op een reële basis is niet meer mogelijk. In dat geval bestaat mijns inziens slecht één reële oplossing: Y is aansprakelijk voor het enige te berekenen tekort: het geconsolideerde tekort.[261] De in Frankrijk wel gehoorde kritiek dat deze regel niet zou stroken met het bestaan van twee afzonderlijke rechtssubjecten, is volgens mij ongegrond omdat de aansprakelijkheid van de bestuurder voor het geconsolideerde tekort geen invloed heeft op de rechtspersoonlijkheid van een failliete vennootschap. Deze aansprakelijkheid is slechts het logische gevolg van de door de bestuurder gecreëerde situatie: de vermogensvermenging.

In de bovenomschreven gevallen zal een beroep van een bestuurder op de disculpatieclausule van artikel 2:138(3) BW zelden of nooit slagen. Omdat vermogensvermenging vrijwel steeds wordt ingegeven door het ontbreken van een adequate administratie, zal de bestuurder moeten aantonen dat hij steeds nauwlettend heeft toegezien op de naleving de administratieplicht en hij indien nodig daarover vragen heeft gesteld aan het bestuur. Evenwel is niet vereist dat de bestuurder buiten de financieel directeur om op gezette tijden de boekhouding controleert.[262] Deze bewijslevering is, indien sprake is van een onontwarbare vermogensvermenging die consolidatie rechtvaardigt, niet of nauwelijks haalbaar. Een bestuurder kan indien de omstandigheden zo overduidelijk het tegenovergestelde aantonen, niet volhouden dat hij nauwlettend heeft toegezien op de naleving van de administratieplicht en dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om de gevolgen van deze onbehoorlijke taakvervulling af te wenden, tenzij hij bijvoorbeeld was uitgeschakeld door een plotseling opgekomen ernstige ziekte.

---

261 Zie eerder Wezeman (1998, p. 239 en 348-349), die betoogde dat bestuurders in geval van geconsolideerde afwikkeling aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het geconsolideerde tekort, behoudens matiging.

262 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 5 en *Kamerstukken I*, 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 14-15. Zie ook: Wezeman 1998, p. 312-313.

Indien de bestuurder aansprakelijk wordt gehouden voor het geconsolideerde tekort, rest hem weinig anders dan de rechter te verzoeken het bedrag waarvoor hij aansprakelijk is te matigen ex artikel 2:138(4) BW. In de literatuur[263] en door de respondenten op de enquête is mijns inziens terecht opgemerkt dat deze bepaling uitkomst kan bieden wanneer faillissementen geconsolideerd worden afgewikkeld. De achtergrond van de mogelijkheid tot matiging is dat bestuurders enkel aansprakelijk zijn voor de door hun onbehoorlijk optreden ontstane schade, terwijl het tekort in het faillissement hoger kan zijn dan het bedrag van de geleden schade.[264]

De gronden voor matiging zijn limitatief opgesomd in artikel 2:138(4) BW[265], waarbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen collectieve en individuele matiging. In geval van collectieve matiging kan de rechter het bedrag waarvoor het bestuur aansprakelijk is onder meer matigen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Deze matigingsgrond biedt de rechter in geval van een samengevoegde afwikkeling de uitgelezen mogelijkheid om het bedrag te matigen waarvoor de respectievelijke besturen van de verschillende vennootschappen aansprakelijk zijn. Aldus wordt voorkomen dat het bestuur van één der vennootschappen aansprakelijk wordt gehouden voor een buitensporig hoog bedrag.[266] Daarnaast is individuele matiging mogelijk. De rechter kan het bedrag waarvoor een individuele bestuurder aansprakelijk is matigen wanneer hij dit bovenmatig vindt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond.

Het bovenstaande doet naar mijn mening geen afbreuk aan het uitgangspunt dat bestuurders enkel aansprakelijk zijn voor eigen verantwoordelijkheden en handelingen, omdat de door de bestuurders gecreëerde situatie niet meer toelaat dat zij aansprakelijk worden gehouden voor de schulden van 'hun' vennootschap. Zij zullen de consequenties van hun optreden, in casu het laten ontstaan/creëren van een onontwarbare vermogensvermenging, moeten dragen. Maar ook wanneer tot consolidatie wordt besloten op andere gronden dan vermogensvermenging moet naar mijn oordeel het uitgangspunt zijn dat een bestuurder aansprakelijk is voor het geconsolideerde tekort. Door de samengevoegde afwikkeling van de faillissementen bestaat er nog slechts één enkele boedel, en derhalve één enkel tekort. Voor de curator zou een andere oplossing veel extra rekenwerk betekenen, omdat hij – ondanks de samenvoeging van de boedels – alsnog zal moeten vaststellen wat het tekort in iedere afzonderlijke boedel zou zijn geweest indien enkelvoudig was afgewikkeld. Die berekening zal vooral moeilijkheden opleveren daar waar door de consolidatie bijvoorbeeld de instelling van een actio Pauliana ten aanzien van intercompany-vorderingen achterwege is kunnen blijven. Voor de be-

263 Wezeman 1998, p. 239 en 348-349.
264 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 5 en *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 30. Zie ook: Wezeman 1998, p. 346.
265 Wezeman 1998, p. 346-347.
266 Wezeman 1998, p. 348-349.

rekening van de tekorten in de enkelvoudige boedel zou de curator moeten gissen naar de uitkomsten van dit soort procedures, hetgeen willekeur in de hand werkt.[267] Om excessen te voorkomen kan ook – en vooral – in dit soort zaken door de bestuurder een beroep worden gedaan op de disculpatiemogelijkheid van lid 3. Voorts zullen vaak gronden aanwezig zijn om over te gaan tot matiging ex lid 4. Ook hier zal voornamelijk collectieve matiging vanwege de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld in de rede liggen.

Deze voorgestelde verruiming van de aansprakelijkheid van bestuurders past bovendien in de reeds langer bestaande tendens om meer verantwoordelijkheid bij de bestuurders van de vennootschappen neer te leggen. Zo ligt ten tijde van de afronding van dit proefschrift een wetsvoorstel tot wijziging van de Invorderingswet bij de Eerste Kamer, waarin een voorstel voor een nieuw artikel 36b IW is opgenomen.[268] Dit artikel maakt het onder meer mogelijk om gewezen en zittende bestuurders van vennootschappen die deel uitmaken van een fiscale eenheid voor de omzetbelasting aansprakelijk te stellen voor de door een zodanige eenheid verschuldigde omzetbelasting. Daarvoor is wel vereist dat de Ontvanger reeds tevergeefs de vennootschap waarbij de bestuurder als zodanig optreedt, heeft aangesproken ex artikel 43 IW. Aldus kan een bestuurder onder omstandigheden aansprakelijk zijn voor omzetbelasting die feitelijk is verschuldigd door een andere tot de fiscale eenheid behorende vennootschap dan die waarbij hij tot bestuurder is benoemd.[269]

Overigens moet worden aangenomen dat het onbehoorlijk bestuur door de bestuurders van de ene vennootschap die bij de consolidatie is betrokken, niet heeft te gelden als onbehoorlijk bestuur van de bestuurders van de andere daarbij betrokken vennootschap. Dit zou volgens mij een stap te ver gaan.

Het aanvaarden van een mogelijkheid tot aansprakelijkstelling voor het geconsolideerde tekort, werpt de vraag op welke rechtbank bevoegd is om van de vordering ex artikel 2:138 BW kennis te nemen wanneer vennootschappen wier faillissementen geconsolideerd worden afgewikkeld verschillende woonplaatsen hebben. Artikel 2:131 (en voor de BV 2:241) BW bepaalt immers dat in geval van een enkelvoudig faillissement de rechtbank bevoegd is in welker rechtsgebied de failliete vennootschap haar woonplaats heeft. Mijns inziens zal bevoegd zijn de rechtbank die het verzoek tot consolidatie heeft ingewilligd. Dit is niet noodzakelijk de rechtbank waar de vennootschap waarbij de aangesproken bestuurder als

267 Ook in de praktijk is al een geval bekend, waarin de curator in het faillissement van een holding en haar dochtervennootschap, de rechtspersoon-bestuurder van de holding, alsmede de bestuurder van deze rechtspersoon aansprakelijk heeft gesteld voor het tekort in de geconsolideerde boedel. Deze vordering is in eerste aanleg afgewezen: Rb. Zwolle 4 januari 2006, LJN AV7841.

268 30 322 Wijziging van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en van enige andere wetten, in het kader van het versterken van de fiscale rechtshandhaving en het verkorten van beslistermijnen (Versterking fiscale rechtshandhaving).

269 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 322, nr. 7, p. 34.

bestuurder werkzaam was haar zetel heeft, zie paragraaf 6.1.3, maar is steeds een rechtbank waar ten minste één van de bij de consolidatie betrokken vennootschappen haar zetel heeft. Deze oplossing strookt in haar uitwerking met de gang van zaken in enkelvoudig afgewikkelde faillissementen, in welk geval in de regel de rechtbank bevoegd is die de vennootschap ook failliet heeft verklaard, omdat in beide gevallen wordt aangeknoopt bij de woonplaats van de vennootschap. Dit betekent dat zowel in enkelvoudig als samengevoegd afgewikkelde faillissementen de aansprakelijkheidsprocedure in de regel wordt gevoerd bij de rechtbank waar het faillissement aanhangig is.

5.7 Behoud van rechtspersoonlijkheid?

De vraag kan worden gesteld of consolidatie gevolgen heeft voor het voortbestaan van de afzonderlijke rechtssubjecten. Naar mijn mening is dit niet het geval. Door de consolidatie worden de faillissementen van de vennootschappen afgewikkeld *als was er* slechts één failliete entiteit. Het identiteitsverschil tussen de vennootschappen wordt weggedacht voor wat betreft de afwikkeling van de faillissementen; de vennootschappen blijven gewoon bestaan. Dit betekent dat iedere vennootschap afzonderlijk zal worden ontbonden en uiteindelijk ophoudt te bestaan[270], tenzij een akkoord tot stand komt.

Hetzelfde lijkt te gelden in Nieuw-Zeeland, waar artikel 271(1)(b) CA 1993 (NZ) bepaalt dat '(…) the liquidations in respect of each company must be wound up together *as if they were one company* (…).'[271] De vennootschappen worden aldus behandeld als was er slechts sprake van één vennootschap, maar zij zijn juridisch nog zelfstandige rechtssubjecten. Een faillissement van een vennootschap (*een liquidation*) mondt in Nieuw-Zeeland in principe wel uit in verwijdering van de inschrijving van de vennootschap uit het *New Zealand register*.[272] De verwijdering van de vennootschap uit het register betekent dat de vennootschap ophoudt te bestaan.[273]

Wat betreft de Verenigde Staten is deze kwestie minder eenduidig. De vraag of consolidatie invloed heeft op het voortbestaan van de verschillende vennootschappen is daar maar af en toe met zoveel woorden gesteld. In een enkele zaak wordt een parallel getrokken met een fusie waarbij een der vennootschappen opgaat in de andere of zij beide opgaan in een nieuwe entiteit.[274] Deze gedachte is echter geen gemeengoed, zoals kan worden afgeleid uit de zaak *In re Standard Brands Paint Co.*, waarin rechter March van de *Bankruptcy Court for the Central*

270 Art. 2:19(1)(c), (5) en (6) BW.
271 Een zelfde soort formulering bezigt art. 141(1) CA 1990 (IE).
272 Art. 318(1)(c) en (e) CA 1993 (NZ).
273 Art. 15 CA 1993 (NZ).
274 O.m. *In re Parkway Calabasas, Ltd*., 89 B.R. 832, 836 (Bankr. C.D. Cal. 1988) met betrekking tot reorganisatieprocedures.

District of California zich geconfronteerd zag met het verzoek vijf reorganisatieprocedures met elkaar te consolideren, onder de voorwaarde dat de betrokken vennootschappen niet formeel zouden worden gefuseerd en derhalve niet zouden ophouden te bestaan. De vennootschappen wensten voorts hun aandelenkapitaal in tact te houden.[275] Rechter March wijst erop dat uit de jurisprudentie zou kunnen worden afgeleid dat aan het afzonderlijke (voort)bestaan van de vennootschappen door de consolidatie een einde komt, doordat de aandelen die een van de betrokken vennootschappen in de andere houdt vervallen.[276] De ene vennootschap wordt alsdan als het ware opgeslokt door de andere, vergelijkbaar met hetgeen geschiedt bij een fusie. Rechter March wijst er vervolgens op dat artikel 1123(a)(5)(C) BC spreekt over fusie *of* consolidatie als in een reorganisatieplan op te nemen implementatiemechanismen. Dit duidelijke onderscheid duidt er volgens haar op dat een consolidatie niet hetzelfde is als een fusie. Zij stelt dat het over één kam scheren van consolidatie en fusie onnodig de flexibiliteit van het leerstuk betreffende consolidatie beperkt en mogelijk onnodig de rechten van aandeelhouders aantast. Volgens deze rechter heeft de faillissementsrechter de vrijheid het rechtsherstel zodanig vorm te geven dat de ermee gepaard gaande voordelen opwegen tegen de ermee gepaard gaande nadelen.[277] Zij honoreert het verzoek tot consolidatie, waarbij de aandelenkapitalen van de vennootschappen in tact blijven en de vennootschappen blijven voortbestaan als zelfstandige rechtssubjecten.

Meestal wordt aan het lot van de betrokken vennootschappen evenwel minder aandacht besteed. Soms wordt wel overwogen dat consolidatie tot gevolg heeft dat alle actief en passief van de betrokken vennootschappen wordt ondergebracht in de moeder, maar wat vervolgens het lot is van de dochtervennootschappen blijft in nevelen gehuld. Het lijkt erop dat deze vennootschappen ophouden te bestaan.[278]

In ieder geval blijven de rechtssubjecten bestaan in die gevallen waarin sprake is van zogenoemde *deemed consolidation*, dat is consolidatie *for plan purpo-*

---

275 *In re Standard Brands Paint Co.*, 154 B.R. 563, 566-567 (Bankr. C.D. Cal. 1993). Deze consequenties werden als *unusual* bestempeld, hetgeen impliceert dat consolidatie doorgaans wel tot een fusie leidt. Later (p. 569) merkt rechter March evenwel op dat 'Caselaw is vague as to what exactly happens to corporate form in substantive consolidation.'

276 Zij verwijst naar *In re Gulfco Inv. Corp.*, 593 F.2d 921 (10th Cir. 1979).

277 *In re Standard Brands Paint Co.,* 154 B.R. 563, 570 (Bankr. C.D. Cal. 1993), onder verwijzing naar *In re Parkway Calabasas, Ltd*., 89 B.R. 832, 837 (Bankr. C.D. Cal. 1988).

278 *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195, 202 (3rd Cir. 2005). De *Court of Appeals for the Third Circuit* spreekt in deze zaak over activa en passiva die gaan toebehoren aan *a single survivor* (p. 206). Anderzijds merkt zij ook op dat consolidatie 'treats separate legal entities *as if* they were merged into a single survivor' (p. 205, onder verwijzing naar *In re Genesis Health Ventures, Inc.*, 402 F.3d 416, 423 (3d Cir. 2005). Italics MLHR). Maar waar zij *deemed consolidation* van de hand wijst (p. 216; zie hierna) lijkt zij als uitgangspunt te nemen het overblijven van slechts één enititeit.

ses only. Onder deze noemer wordt thans ook wel de gang van zaken in *In re Standard Brands Paint Co.* geschaard.[279]

Onduidelijkheid is er voorts waar het faillissementsprocedures betreft ingevolge Chapter 7 van de BC. Zelfs over de gevolgen die een faillissement heeft in geval van een enkelvoudige afwikkeling bestaat geen eensgezindheid. De heersende mening lijkt te zijn dat een faillissementsprocedure niet zonder meer uitmondt in een *dissolution of the corporation or partnership*. Wil men een ontbinding bewerkstelligen dan moet dat overeenkomstig het toepasselijk recht van de afzonderlijke staten worden geregeld, want de BC voorziet niet in een ontbindingsmogelijkheid.[280]

In Frankrijk leidt een faillietverklaring ertoe dat de vennootschap ophoudt te bestaan. Artikel 1844-7(7˚) C. civ. bepaalt dat een faillietverklaring met zich brengt dat de vennootschap ophoudt te bestaan. De rechtspersoonlijkheid van de vennootschap blijft enkel bestaan voorzover dat voor de liquidatie nodig is, artikel 1844-8(3) C. civ.[281] Een *sauvegarde* en een *redressement judiciaire* zijn daarentegen gericht op voortzetting van de onderneming door de vennootschap. Desalniettemin heeft men zich in Frankrijk afgevraagd wat het effect van een vermogensvermenging is op het voortbestaan van de betrokken vennootschappen. In het algemeen wordt uit de jurisprudentie afgeleid dat het bestaan van vermogensvermenging op zichzelf geen afbreuk doet aan het (voort)bestaan van de vennootschappen.[282]

Wat betreft fictieve vennootschappen was tot voor kort onduidelijk of in geval van uitbreiding annex consolidatie wegens het bestaan van een fictieve vennootschap – overeenkomstig hetgeen overigens door de *Cour de cassation* wordt aan-

---

279 *Deemed consolidation* heeft o.m. plaatsgevonden in het faillissement van WorldCom, zie *Debtors' Disclosure Statement Pursuant to Section 1125 of the Bankruptcy Code*, d.d. 23 mei 2003, p. 38-43 en *In re WorldCom*, 2003 WL 23861928 (Bankr. S.D. N.Y., 31 okt 2003): <http://www.elaw4enron.com/WorldComDisclosure.htm>, geraadpleegd op 19 april 2006. Voorts acht o.m. judge Walsh in *In re Stone & Webster Inc.*, 286 B.R. 532, 543, nt. 7 (Bankr. D. Del. 2002) dit mogelijk. Willett (*DePaul Bus. & Com.L.J.* 2005, p. 110-111) wijst *deemed consolidation* daarentegen weer af: 'If equity requires the collapse of entities, how is it that those entities are to be turned loose on future creditors as independents?' Zie over *deemed consolidation* voorts paragraaf 3.1.1.1.

280 *N.L.R.B. v. Better Bldg. Supply Corp.*, 837 F.2d 377, 379 (9th Cir. 1988) en *In re CVA General Contractors, Inc.*, 267 B.R. 773, 781 (Bankr. W.D. Tex. 2001), beide onder verwijzing naar Collier on Bankruptcy. Zie meest recent in laatstgenoemde zaak Collier on Bankruptcy, p. 727.013, 15e ed. rev. 2000. Anders: *In re Liberty Trust Co.*, 130 B.R. 467 (W.D. Tex. 1991). De *District Court* overweegt in deze zaak dat 'Liberty trust (dat is de vennootschap, MLHR) is de facto a dissolved corporation.'

281 Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T.II, p. 1251, nr. 3274.

282 Zie o.a. Derrida, noot onder Cass. com. 23 mei 2000, *D.* 2002, som., p. 78; Jacquemont 2007, p. 92, nr. 157; Lienhard, noot onder Cass. com. 19 februari 2002, *D.* 2002, AJ, p. 1071 en Soinne, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 178. Soinne en Lienhard wijzen er bijvoorbeeld op dat de *Cour de cassation* uitbreiding annex consolidatie ook toestaat in gevallen betreffende natuurlijke personen die hun rechtssubjectiviteit niet kan worden ontnomen.

genomen[283] – deze fictieve vennootschap nietig is. In 2002 heeft de *Cour de cassation* in een zaak betreffende een verzoek om uitbreiding annex consolidatie bepaald dat een verzoek om uitbreiding annex consolidatie geen verzoek tot nietigverklaring van de vennootschap inhoudt:

> '(…) que la cour d'appel, qui n'était pas saisi d'une demande de nullité de la société GPI, a seulement constaté la fictivité de celle-ci et decidé dans l'intérêt des tiers, d'étendre à M. Frank la procédure collective précédement (…).'[284]

Wat in een dergelijk geval het lot van de fictieve vennootschap is, is niet helemaal duidelijk. In de literatuur wordt werd geleerd dat deze vennootschap als niet-bestaand heeft te gelden.[285]

Conclusie

Een samengevoegde afwikkeling doet geen afbreuk aan het bestaan van twee afzonderlijke rechtssubjecten. Zij leidt slechts tot het wegdenken van het tussen de vennootschappen bestaande identiteitsverschil. Zij het, dat hun boedels voor wat betreft de afwikkeling van de faillissementen als één vermogen worden beschouwd. Gedeeltelijke consolidatie, in die zin dat een bepaalde (groep) crediteur(en) wordt behandeld als was er geen sprake van een samengevoegde afwikkeling, moet niet mogelijk zijn. Het leerstuk van de samengevoegde afwikkeling verliest daardoor aan flexibiliteit, maar wordt wel minder gecompliceerd, minder kostbaar en eenvoudiger toepasbaar in de praktijk.

De rangorde die geldt in geval van enkelvoudige afwikkeling, geldt ook in geval diverse faillissementen samengevoegd worden afgewikkeld. Voorts geldt dat goederenrechtelijke zekerheidsrechten in principe niet door een consolidatie

283 O.a. Cass. com. 16 juni 1992, *Bull. civ.* IV, p. 169, nr. 243 en Cass. com. 22 juni 1999, *Bull. civ.* IV, p. 113, nr. 136; *Rev. soc.* 1999, p. 824, m.nt. Constatin: 'une société fictive est une société nulle et non inexistante'. Deze jurisprudentie staat op gespannen voet met het communautaire recht. Art. 11 van de 1e richtlijn inzake het vennootschapsrecht (richtlijn nr. 68/151/EEG, *PbEG* 1968, L65/8) geeft een limitatieve opsomming van de nietigheidsgronden voor kapitaalvennootschappen die de lid-staten mogen opnemen in hun wetgeving, daarin is niet opgenomen het ontbreken van de *affectio societatis*, de traditionele grond voor het aannemen van een fictieve vennootschap. Overigens verbiedt deze bepaling eveneens iedere andere grond voor het niet-bestaand achten van een vennootschap. De bepaling moet strikt worden gevolgd, zie: HvJEG 13 november 1990, zaak C-106/89, jur. 1990, p. I-4135 (Marleasing).

284 Cass. com. 19 februari 2002, *Bull civ.* IV, p. 34, nr. 33; *Bull. Joly* 2002, p. 592; *Dr. & Patr.* 2002, p. 104, m.nt. Poracchi en *Dr. soc.* aug.-sept. 2002, p. 16.

285 Legros, noot onder Cass. com. 19 februari 2002, *Dr. soc.* aug.-sept. 2002, p. 17. Vgl. ook Le Corre 2006, p. 206, nr. 213.44 en idem *D.* 2002, chron., p. 1122 e.v. die in dit verband spreekt over 'l'inexistence de la personnalité morale en cas de fictivité' (p. 1124).

worden geraakt. Een uitzondering doet zich evenwel voor wanneer bijvoorbeeld de goederen waarop zij rusten door de consolidatie verdwijnen. Denk aan pandrechten op intercompany-vorderingen. De ex-pandhouder wordt in dat geval door de consolidatie benadeeld. Ondanks zijn eerdere oplettendheid wordt hij thans buiten zijn toedoen gemanoeuvreerd in een weinig rooskleurige positie. Naar mijn mening verdient hij daarom bescherming. Hem moet van rechtswege een voorrecht worden toegekend op alle goederen in de geconsolideerde boedel. Zijn vordering is echter slechts bevoorrecht voor het bedrag van de vervallen intercompany-vordering. De rang van deze bevoorrechte vordering moet in ieder geval afzonderlijk door de rechter worden bepaald.

Wanneer een crediteur zakelijke zekerheden heeft verkregen tot zekerheid van betaling van al hetgeen hij nu of in de toekomst van de schuldenaar te vorderen heeft en de tot zekerheid verbonden goederen meer opbrengen dan hij van deze schuldenaar te vorderen had, mag hij naar mijn oordeel dit overschot aanwenden tot voldoening van de vordering die hij heeft op de andere bij de consolidatie betrokken schuldenaar, omdat de eerstgenoemde schuldenaar door de consolidatie feitelijk aansprakelijk is geworden voor de schulden van de laatstgenoemde schuldenaar. Strekten de zekerheden tot voldoening van één bepaalde vordering van de verzekerde crediteur op de schuldenaar, dan zal het overschot in de geconsolideerde boedel moeten vallen.

De uitoefening van persoonlijke zekerheden door de ene vennootschap verstrekt ten behoeve van de crediteuren van de andere bij de consolidatie betrokken vennootschap wordt door de samengevoegde afwikkeling bevroren, omdat daardoor het identiteitsverschil dat tussen de vennootschappen bestaat wordt weggedacht; de faillissementen van de vennootschappen worden afgewikkeld als was er slechts één failliete entiteit. Zouden persoonlijke zekerheden in stand blijven, dan zou dit betekenen dat deze (fictieve) entiteit zich aansprakelijk heeft gesteld voor de voldoening van haar eigen schulden, hetgeen niet mogelijk is. De crediteur wordt door deze gang van zaken niet noodzakelijk benadeeld, omdat hij zich door de consolidatie kan verhalen op de vermogensbestanddelen van de beide verbonden vennootschappen.

Een derde die zich aansprakelijk heeft gesteld voor een schuld van één bepaalde bij de consolidatie betrokken vennootschap aan een crediteur, blijft aansprakelijk na consolidatie. Heeft de derde zich aansprakelijk gesteld voor alle schulden van de bij de consolidatie betrokken vennootschap aan die crediteur dan wordt hij door de consolidatie aansprakelijk voor alle schulden van de bij de consolidatie betrokken vennootschappen aan deze crediteur. Dit is het gevolg van de materiële hoofdelijkheid die door de consolidatie ontstaat tussen de betrokken vennootschappen.

Bijzondere voorrechten blijven voorts rusten op het betreffende goed, terwijl de algemene voorrechten zich uitstrekken over alle goederen in de geconsolideerde boedel. Dit laatste omdat het voorrecht is verbonden aan het vorderingsrecht van de crediteur jegens zijn debiteur. Waar de andere vennootschappen ingevolge de door de consolidatie opgekomen materiële hoofdelijkheid aansprakelijk worden voor de bevoorrechte vordering zal het voorrecht zich ook uits-

trekken over de aan hen toebehorende goederen die in de geconsolideerde boedel vallen en derhalve uiteindelijk over alle goederen in deze boedel.

Wat betreft verrekening is de vraag gesteld of een crediteur die een vordering heeft op een bij de consolidatie betrokken schuldenaar en een schuld aan een andere bij de consolidatie betrokken schuldenaar deze vordering en schuld mag verrekenen. Mijns inziens moet het antwoord op deze vraag bevestigend luiden. Samengevoegde afwikkeling betekent immers dat voor wat betreft de afwikkeling van de faillissementen het identiteitsverschil tussen de vennootschappen wordt weggedacht en – belangrijker nog – dat de schuld van de crediteur aan de ene vennootschap en zijn vordering op de andere vennootschap in één en hetzelfde vermogen vallen.

Indien de curator bij een enkelvoudige afwikkeling van de faillissementen een actio Pauliana zou richten tegen een intercompany-transactie, wordt deze actie door een samengevoegde afwikkeling overbodig. Wel behoudt de curator de mogelijkheid om deze actie in te stellen tegen derden die voorafgaande aan het faillissement met één der schuldenaren hebben gehandeld. Naar mijn mening moet de rechter dan bij beantwoording van de vraag of de schuldeisers door een bepaalde transactie zijn benadeeld kijken naar de schuldeisers van alle bij de consolidatie betrokken schuldenaren. Dit vloeit onder meer voort uit de regel dat benadeling van de schuldeisers aanwezig moet zijn op het moment dat de curator zijn rechten doet gelden. Wat betreft het wetenschapsvereiste vloeit uit de regel dat daartoe beslissend is de wetenschap op het moment van het aangaan van de transactie in samenhang met de regel dat onvoldoende is dat er wetenschap bestond van een kans op benadeling, voort, dat steeds enkel kan worden onderzocht of de schuldenaar en de crediteur wisten of behoorden te weten dat door de gewraakte transactie de oorspronkelijke schuldeisers van de schuldenaar werden benadeeld.

Samengevoegde afwikkeling heeft ook invloed op de bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:138 BW. Waar een curator in een geconsolideerd faillissement in Nederland een bestuurder aanspreekt op grond van deze bepaling, ligt naar mijn mening aansprakelijkheid voor het geconsolideerde tekort in de rede. Door de samenvoeging bestaat er nog slechts één enkele boedel en derhalve één enkel tekort. Voor de curator zou een andere oplossing veel extra rekenwerk betekenen, omdat hij – ondanks de samenvoeging van de boedels – alsnog zou moeten vaststellen wat het tekort in iedere afzonderlijke boedel zou zijn geweest indien enkelvoudig was afgewikkeld, hetgeen in gevallen waarin is besloten tot consolidatie wegens vermogensvermenging überhaupt niet mogelijk is en in andere gevallen uiterst inefficiënt en soms zelfs willekeurig is. Uitwassen inzake bestuurdersaansprakelijkheid kunnen worden voorkomen door toepassing van de ingevolge 2:138(4) BW aan de rechter toekomende matigingsbevoegdheid.

Hoofdstuk 6 Procedurele aspecten van samengevoegde afwikkeling

Inleiding

Voor wat betreft de procedurele aspecten van consolidatie geldt hetzelfde als eerder opgemerkt in het kader van de gevolgen daarvan. Veel vragen die betrekking hebben op de procedure, zoals het recht om consolidatie te verzoeken, de competentie van de rechter en de verificatie van vorderingen zijn beantwoord naar aanleiding van de in de praktijk bestaande wens tot consolidatie en het geven van uitvoering daaraan. Dit betekent dat bepaalde vragen in een aantal onderzochte rechtsstelsels uitgebreid aan de orde zijn geweest, terwijl andere kwesties slechts terloops of niet aan de orde zijn gekomen. In het hierna volgende worden enkele belangrijke procedurele vraagstukken zoveel als mogelijk in rechtsvergelijkend perspectief beschouwd. Aan de Ierse regeling inzake consolidatie wordt wederom bij gebrek aan literatuur en jurisprudentie op dit gebied, beperkt aandacht besteed.

6.1 Besluitvorming tot samengevoegde afwikkeling

6.1.1 Bevoegde instantie

Opmerkelijk is de wijze waarop in Nederland de besluitvorming tot consolidatie in de praktijk plaatsvindt. Zij verschilt per geval, zo laat de onder Insolad-leden gehouden enquête zien.

> De vraag door wie het besluit om over te gaan tot consolidatie werd genomen in de bij hen bekende gevallen is door 49 van de 67 respondenten beantwoord.[1] 20 respondenten gaven aan dat het besluit tot consolidatie in de bij hen bekende gevallen was genomen door de curator. 9 respondenten verklaarden dat de curator in overleg met de R-C tot consolidatie had besloten en 7 van hen gaven aan dat de curator met toestemming of goedkeuring van de R-C daartoe was overgegaan. Slechts één maal werd de rechtbank als beslissend orgaan genoemd. Verder werden onder meer als beslissende instanties genoemd de R-C (8 keer), die soms besliste op voordracht van de curator, en de curator in overleg met de debiteur (1 keer).

1 Zie bijlage I, vraag 5.

Deze diversiteit is weinig verwonderlijk wanneer wordt bedacht dat een consolidatiebeslissing tegenwoordig vaak nog een ad hoc beslissing is. Het is een reactie op het in de praktijk steeds vaker opkomend probleem dat vennootschappen op financieel, organisatorisch en economisch gebied regelmatig zo nauw met elkaar zijn verbonden dat de scheidslijn tussen hen en met name hun vermogens gaat vervagen, waardoor in geval van faillissement hun boedels niet of nauwelijks zijn te scheiden. Deze verschillen in de wijze van besluitvorming zijn echter onverenigbaar met de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid onder de bij insolventies direct betrokkenen. Een meer eenvormig beleid is gewenst.

> De respondenten verschilden van mening over de bevoegd te achten instantie.[2] Zo werd bijvoorbeeld 33 keer de R-C bevoegd geacht op voordracht van de curator; 26 keer de rechtbank op verzoek van de curator; 18 keer de R-C op verzoek van de (commissie van) schuldeisers en eveneens 18 keer de rechtbank op verzoek van de (commissie van) schuldeisers.[3]

In *Infotheek*[4], één van de enige twee gepubliceerde zaken betreffende samengevoegde afwikkeling, stelt de rechtbank 's-Gravenhage voorop dat de R-C bevoegd is op voordracht van curatoren de beslissing tot consolidatie te nemen. In het andere gepubliceerde geval, HR *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*[5], is voor een andere weg gekozen. Zonder dat een formele beslissing tot consolidatie was genomen, waren curatoren in deze zaak tot samengevoegde afwikkeling overgegaan. Over de vraag of deze wijze van besluitvorming geoorloofd is, laat de Hoge Raad zich niet uit.

Meermaals is door mij de aandacht gevestigd op de verschillende ingrijpende gevolgen die een samengevoegde afwikkeling voor de betrokkenen heeft. Deze gevolgen nopen naar mijn mening ertoe dat slechts tot samengevoegde afwikkeling kan worden besloten na een zorgvuldige belangenafweging, hetgeen een besluitvorming door een onafhankelijke en onpartijdige instantie vereist. Dit brengt volgens mij met zich dat de rechtbank moet worden aangewezen als beslissingsbevoegde instantie. Dit voorstel komt overeen met de besluitvormingsprocessen in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels. Zowel in de Verenigde Staten, Frankrijk, Nieuw-Zeeland als Ierland is een rechterlijke instantie bevoegd om tot samengevoegde afwikkeling te besluiten op verzoek van bepaalde belanghebbenden. In de Verenigde Staten kan een verzoek tot consolidatie rechtstreeks tot de *Bankruptcy Court* worden gericht in faillissements- zowel als reorganisatieprocedures. In zaken betreffende faillietverklaring, de opening van een reorganisatieprocedure en daaraan gerelateerde geschillen is in eerste aanleg doorgaans

2 Zie bijlage I, vraag 20.
3 Hierbij moet worden opgemerkt dat het een meerkeuzevraag betrof, die de respondenten de mogelijkheid bood tot het geven van meer dan een antwoord.
4 Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87 (Infotheek).
5 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136, m.nt. G; *AA* 1988, nr. 2, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

namelijk de *Bankruptcy Court* bevoegd.[6] Daarnaast kan consolidatie worden voorgesteld in een reorganisatieplan dat wordt opgesteld in het kader van een reorganisatieprocedure.[7] De betrokken debiteuren die het planvoorstel opstellen[8], moeten daartoe voldoende gronden aanvoeren.[9] Na acceptatie van het reorganisatieplan door de crediteuren en aandeelhouders moet het plan nog worden gehomologeerd door de rechter.[10]

Ook in Frankrijk beslist in eerste instantie de rechtbank. Tot opening van een insolventieprocedure is in Frankrijk ten aanzien van kooplieden of personen ingeschreven in het *répertoire des métiers* (ambachtslieden) de handelsrechtbank (*tribunal de commerce*) bevoegd. In alle andere gevallen is de civiele rechtbank (*tribunal de grand instance*) bevoegd, artikel L621-2(1) C. com.[11] Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan insolventieprocedures die worden geopend ten aanzien van een *société civile immobilière* (onroerendgoedmaatschappij) of een agrariër. Artikel L621-2(2) C. com. bepaalt voorts uitdrukkelijk dat wanneer een insolventieprocedure moet worden uitgebreid wegens het bestaan van vermogensvermenging of een fictieve vennootschap, *le tribunal ayant ouvert la procédure initiale* bevoegd is. Deze regel is helder wanneer uitbreiding wordt verzocht naar een vennootschap die nog niet in enige insolventieprocedure is betrokken. Dit is het in de Franse praktijk meest voorkomende geval. De rechtbank die de uit te breiden procedure heeft geopend, is in dat geval bevoegd om over uitbreiding te beslissen. Dit betekent onder meer dat indien een faillissementsprocedure door een handelsrechtbank geopend ten aanzien van een commerciële vennootschap wegens het bestaan van vermogensvermenging met een onroerendgoedmaat-

6 Ingevolge 28 U.S.C. § 1334(a) en (b) zijn de *District Courts* belast met de jurisdictie in zaken die opkomen onder de BC. Ingevolge 28 U.S.C. § 157(a) kunnen *District Courts* zowel alle of bepaalde zaken die opkomen onder de BC als daaraan gerelateerde zaken verwijzen naar de *Bankruptcy Courts* in hun district. Alle *District Courts* zijn daartoe overgegaan, zie Kamp, *Com.L.J.* 1985, p. 208. Deze verwijzingen staan bekend onder de noemer *automatic reference*. *District Courts* kunnen deze verwijzingen intrekken, hetgeen in het verleden ook al is gebeurd, zie daarover o.m. LoPucki 2005, p. 83-87.

7 *In re Orfa*, 129 B.R. 404, 413 (Bankr. E.D. Penn 1991). De *Bankruptcy Court for the Eastern District of Pennsylvania* merkte op dat het op deze wijze tot stand brengen van consolidatie vaak stilzwijgend geschiedt uit praktisch oogpunt. Zeker wanneer de crediteuren met het plan instemmen, zullen rechters weinig geneigd zijn hun hoofd te breken over de wijze waarop consolidatie wordt voorgesteld.
Hier zij voorts gewezen op opmerkingen van Prof. L. LoPucki, zoals weergegeven door Ziegel (*Fordham J. Corp. & Fin. L.* 2002, p. 387): LoPucki heeft vastgesteld dat consolidatie in de meeste grote reorganisatieprocedures in het reorganisatieplan wordt overeengekomen, zonder dat er een bevel van de rechter aan te pas komt. De meeste plannen gaan dan uit van het concern als een eenheid en de rechter verleent vervolgens ook goedkeuring aan één enkel plan dat is opgesteld ten behoeve van alle betrokken concernvennootschappen.

8 Zie: 11 U.S.C. § 1121.

9 *In re Silver Falls Petroleum Corp*., 55 B.R. 495, 498 (Bankr. S.D. Ohio 1985).

10 Zie: 11 U.S.C. § 1129.

11 Art. L621-2 C. com. is opgenomen in titel II van boek 6 van de C. com. aangaande de *sauvegarde*. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing in geval van een *redressement judiciaire* (art. L631-7 jo. L621-2 C. com.) en een *liquidation* (art. L 641-1(I) jo. L621-2 C. com).

schappij naar laatstgenoemde moet worden uitgebreid, de handelsrechtbank ook bevoegd is ten aanzien van de onroerendgoedmaatschappij.[12] Is ten aanzien van twee of meer vennootschappen waarvan men de boedels samengevoegd wil afwikkelen reeds een insolventieprocedure geopend, dan is de rechtbank bevoegd die de eerste van deze procedures heeft geopend.[13] Welke rechtbank bevoegd is wanneer samengevoegde afwikkeling nog voor de opening van enige procedure aangewezen blijkt, is onduidelijk. Daigre heeft onder het oude recht wel opgemerkt dat wanneer twee verschillende rechtbanken zijn aangezocht in het algemeen geacht wordt de regel te gelden dat degene die het eerste is aangezocht, bevoegd is.[14]

In Nieuw-Zeeland is in artikel 271(1)(a) de *Court*, dat wil zeggen de *High Court of New Zealand*[15], bevoegd verklaard om op verzoek van onder meer de *liquidator* tot consolidatie te besluiten. In Ierland is eveneens bepaald dat de *High Court* de beslissing neemt omtrent consolidatie.[16]

Een enkele auteur acht de Nederlandse rechter evenwel onvoldoende toegerust om de aanvaardbaarheid van een samenvoeging van faillissementen van grote groepen vennootschappen te beoordelen.[17] Dat de insolventierechtelijke expertise van rechters soms nog wat te wensen over laat, is meermaals betoogd. Vooral R-C's hebben – mede door hun relatief korte aanstellingsperiode en beperkte opleidingsmogelijkheden – moeite om in de pas te blijven lopen met de goed opgeleide en door ervaring wijs geworden curatoren.[18] Dit probleem zou naar mijn oordeel vooral moeten worden aangepakt door hogere eisen te stellen aan de persoon van de rechter, onder andere door te eisen dat hij regelmatig zijn kennis opfrist.[19] Waar het samengevoegde afwikkeling betreft, zoekt Josephus Jitta de oplossing evenwel in actief optreden van de bij de faillissementen betrokken crediteuren en aandeelhouders. Consolidatie is volgens hem geoorloofd wanneer

12 Vgl. reeds: Cass. com. 1 december 1992, *Rev. soc.* 1993, p. 126, m.nt. Honorat.

13 Dat de rechtbank bevoegd is die chronologisch bezien de eerste van de betrokken procedures heeft geopend, was voorafgaande aan de wetswijziging van 1 januari 2006 niet evident. Het oude art. L621-5 C. com. bepaalde dat 'S'il se révèle que la procédure ouverte doit être étendue à une ou plusieurs personnes, le tribunal initialement saisi reste compétent.' Deze bepaling bleek voor verschillende uitleg vatbaar vanwege de zinsnede 'initialement saisi' (als eerste aangezocht), zie De Roux 2005, p. 200.

14 Daigre 1996, Rép. soc., Entreprises en difficulté (Personnes morales …), p. 14, nr. 99, onder verwijzing naar o.m.: Trib. com. Lille, 20 maart 1970, 2e esp. *JCP* 1970, II, 16388, m.nt. Gensburger en Trib. com. Parijs 4 juni 1984, *JCP* 1984, II, 20273.

15 Zie: art. 2(1) CA 1993 (NZ).

16 Zie art. 141 CA 1990 (IE) dat spreekt over 'court'. Ingevolge art. 2(1) CA 1963 moet daaronder de *High Court* worden begrepen. Zie voorts: art. 212 CA 1963.

17 Josephus Jitta 1999, p. 108.

18 Kritisch over de expertise bij rechters-commissaris: Vriesendorp *TvI* 1995 (I), p. 97-101; idem, 2000, p. 55-64.

19 Zie ook: Vriesendorp *TvI* 1995 (I), p. 97-101; idem, 2000, p. 55-64. En voor zeer concrete voorstellen voor verbeterde opleidingsmogelijkheden voor R-C's: Engberts *TvI* 2005, 40, p. 175-176.

crediteuren en aandeelhouders wier verhaalspositie erdoor wordt geraakt met de consolidatie instemmen.[20]

In geen van de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels is instemming van crediteuren en/of aandeelhouders een vereiste voor consolidatie. Wel is in de Verenigde Staten instemming van crediteuren en aandeelhouders vereist wanneer samengevoegde afwikkeling is opgenomen in een geconsolideerd reorganisatieplan voor diverse debiteuren. Onderling verbonden debiteuren stellen dan één reorganisatieplan op dat hen allen gezamenlijk betreft.[21] Wil een dergelijk plan doorgang vinden dan moet het worden aangenomen door de crediteuren en aandeelhouders wier rechten erdoor worden geraakt.[22] Bovendien moet het worden gehomologeerd door de rechter.[23] Genoemd instemmingsvereiste vloeit voort uit de regeling inzake het opstellen van een reorganisatieplan en heeft in principe niets te maken met het verzoek tot consolidatie. Er moet overigens een onderscheid worden gemaakt tussen een consensueel plan en een niet-consensueel plan (oftewel een *cramdown plan*). Indien een plan wordt aanvaard door alle categorieën crediteuren en aandeelhouders wier rechten worden geraakt, is sprake van een consensueel plan. Wordt het plan niet aanvaard door alle categorieën crediteuren en aandeelhouders wier rechten erdoor worden geraakt, dan kan de rechter het plan onder omstandigheden desalniettemin homologeren.[24] In dat geval is sprake van een *cramdown* plan.

Voor het overige is toestemming van aandeelhouders of crediteuren in de Verenigde Staten geen vereiste, voldoende is toestemming van de rechter.[25] Ondanks dit ontbreken van een instemmingsvereiste wordt soms toch belang gehecht aan het feit dat crediteuren tijdens de procedure blijk geven van instemming met de consolidatie of dat zij zich – daartoe bestaande mogelijkheden ten spijt – niet tegen de consolidatie verzetten.[26] Anderzijds wordt het feit dat een verzoek tot consolidatie is gedaan door slechts één crediteur en niet expliciet wordt gesteund door andere crediteuren gebruikt als een argument dat tegen consolidatie pleit.[27]

---

20 Josephus Jitta 1999, p. 107-110.

21 Vgl. 11 U.S.C. § 1121(b). Gedurende de eerste 120 dagen na de opening van een reorganisatieprocedure mag enkel de debiteur een reorganisatieplan voorstellen.

22 11 U.S.C. § 1126.

23 11 U.S.C. § 1129.

24 11 U.S.C. § 1129(b).

25 Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 383.

26 Bijvoorbeeld: *In re Orfa*, 129 B.R. 404, 412 en 415 (Bankr. E.D. Penn. 1991); *In re Standard Brands Paint Co*., 154 B.R. 563, 571-572 en 573 (Bankr. C.D. Cal. 1993) en *In re Affiliated Foods*, 249 B.R. 770 (Bankr. W.D. Mo. 2000). In deze laatste zaak overwoog de *Bankruptcy Court for the Western District of Missouri, Western Divison* dat consolidatie mocht worden voorgesteld in een liquidatieplan. Een apart tot de rechter gericht verzoek tot consolidatie was niet noodzakelijk. Crediteuren waren tijdig en behoorlijk op de hoogte gesteld van het voorgenomen liquidatieplan waarin het voorstel tot consolidatie was opgenomen en zij hadden tijdens de hoorzitting omtrent de aanvaarding van het plan de gelegenheid gehad bezwaren op te werpen, hetgeen evenwel niet was geschied. Zie noot 3 in het arrest.

27 *In re Lease-a-fleet, Inc.*, 141 B.R. 869, 877 (Bankr. E.D. Pa. 1992).

In Nieuw-Zeeland is aan deze kwestie nauwelijks aandacht besteed. Uit de gepubliceerde jurisprudentie kan slechts worden afgeleid dat af en toe waarde wordt gehecht aan het feit dat alle raadslieden, waaronder zij die optreden voor bepaalde groepen crediteuren, een verzoek tot consolidatie steunen.[28] In Frankrijk is aan deze kwestie bij mijn weten geen aandacht geschonken. Evenmin in Ierland.

Naar mijn mening moet instemming van crediteuren en/of aandeelhouders geen vereiste zijn voor consolidatie. Josephus Jitta heeft als gezegd betoogd dat consolidatie in Nederland mogelijk moet zijn wanneer de crediteuren en aandeelhouders van iedere gefailleerde vennootschap die bij enkelvoudige afwikkeling van de verschillende boedels mogelijk een uitkering zouden ontvangen, instemmen met de consolidatie.[29] Met hem ben ik het eens dat in dat geval geen bezwaar kan bestaan tegen een samengevoegde afwikkeling, maar ik acht deze gang van zaken nauwelijks uitvoerbaar in de praktijk, omdat de betrokken schuldenaren doorgaans verschillende activa/passiva-verhoudingen zullen hebben. Crediteuren van de 'armste' vennootschap zullen bij een consolidatie gebaat zijn en zullen al snel vóór stemmen, terwijl de crediteuren van de rijkste vennootschap, waarvan de verhaalspositie door de consolidatie in de regel slechter wordt, naar mijn verwachting tegen zullen stemmen. Hetzelfde geldt voor aandeelhouders. Het op één lijn krijgen van deze personen is vrijwel onhaalbaar en daarmee ook een consolidatie. Josephus Jitta wil crediteuren en aandeelhouders bovendien de mogelijkheid bieden om voorwaarden aan hun goedkeuring te verbinden.[30] Daarmee kan weliswaar worden bereikt dat meer crediteuren en aandeelhouders instemmen met een samengevoegde afwikkeling, maar naar mijn mening moet ook dit voorstel worden afgewezen omdat het een langdurig onderhandelingsproces in het leven roept en de uitvoering van de samengevoegde afwikkeling zeer ingewikkeld zal maken. Bovendien kan het zo zijn dat door de vele voorwaarden de voordelen verbonden aan een consolidatie worden beperkt of zelfs teniet worden gedaan.[31] Een meerderheidsbesluit lijkt uitkomst te bieden, maar zou een consolidatie te zeer afhankelijk maken van de grillen van enkele (groepen) crediteuren of aandeelhouders. Josephus Jitta betoogt in dit verband dat de ontbrekende goedkeuringen niet steeds tot het uitblijven van een samengevoegde afwikkeling hoeven te leiden, omdat zij soms – wanneer het een klein deel van de noodzakelijke goedkeuringen betreft – door goedkeuring van de rechtbank zouden kunnen worden vervangen.[32] Mijns inziens zal ook dit niet werken. Ten eerste is er de vraag *hoeveel* ontbrekende goedkeuringen de rechter kan vervangen door zijn toestemming. Dit zullen er niet te veel mogen zijn, wil men nog kunnen spreken van instemming van de crediteuren met de samengevoegde afwikkeling. Bovendien zou in het geval dat veel goedkeuringen van crediteuren ontbreken en deze door toestemming van de rechter worden vervangen, feitelijk sprake zijn van een door de rech-

28 *Re Pacific Syndicates (NZ) Ltd (in liq)* (1989) 4 NZCLC 64, 757.
29 Josephus Jitta 1999, p. 107-110.
30 Josephus Jitta 1999, p. 107-110.
31 Vgl. ook paragraaf 5.1.2.
32 Josephus Jitta 1999, p. 110.

ter genomen consolidatiebeslissing, hetgeen Josephus Jitta juist lijkt te willen vermijden.[33] Probleem is echter dat consolidatie vaak een tweedeling onder crediteuren teweeg brengt, waardoor het weinig aannemelijk is dat slechts een beperkt aantal crediteuren tegen de consolidatie zal stemmen. Voorts zijn er gevallen waarin door een vergaande vermogensvermenging niet meer kan worden vastgesteld of een consolidatie voor bepaalde crediteuren voor- of nadelig is en consolidatie eigenlijk de enige reële oplossing biedt. In die gevallen is voor het vereisen van toestemming van crediteuren mijns inziens helemaal geen plaats. Anders dan Josephus Jitta, zou ik daarom geen specifieke mogelijkheid willen creëren voor debiteuren om met hun crediteuren een samengevoegde afwikkeling overeen te komen door middel van een akkoord.

Eerder heb ik aangegeven mij goed te kunnen voorstellen dat de R-C op verzoek van de curator de beslissing tot (afwijzing van) samengevoegde afwikkeling neemt.[34] Nadere bestudering van de materie heeft mij echter doen inzien dat deze wijze van besluitvorming te weinig waarborgen biedt voor de verschillende belanghebbenden, omdat de R-C onvoldoende onafhankelijk en onpartijdig is. Hij houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator. Wil hij deze taak naar behoren kunnen uitvoeren, dan moet hij zich in principe in iedere zaak goed verdiepen. Immers, of een curator in een bepaalde zaak zijn taak naar behoren verricht, zal grotendeels afhangen van de omstandigheden van dat geval. Voor zijn informatievoorziening te dier zake is de R-C hoofdzakelijk aangewezen op de curator.[35] In de praktijk heeft de toezichthoudende rol van de R-C bovendien een zodanige vorm gekregen dat hij soms functioneert als een gesprekspartner of klankbord voor de curator.[36] Door deze contacten heeft hij dikwijls een soort vertrouwensrelatie opgebouwd met de curator[37], waardoor hij geneigd kan zijn de curator die betoogt dat consolidatie op haar plaats is, op zijn woord te geloven. Dit geldt te meer, omdat een R-C in de praktijk nauwelijks tijd heeft om zich echt in een faillissement te verdiepen. Daarvoor is hij bij te veel zaken tegelijkertijd betrokken.[38] Door deze gang van zaken kan de R-C niet als een voldoende onpartijdige en onafhankelijke instantie worden aangemerkt. Er moet voor worden gewaakt dat de R-C zonder meer aanloopt achter de curator,

33 Zie: Josephus Jitta 1999, p. 108, waar hij opmerkt dat de rechter onvoldoende is toegerust om de aanvaardbaarheid van een samengevoegde afwikkeling te boordelen.

34 Reumers *O&F* juli 2003, p. 62 en idem *TvI* 2004, 33, p. 159. Vgl. ook paragraaf 9.2 van de Insolad Praktijkregels voor Curatoren (versie 8 september 2004), waarin het volgende is bepaald 'Een curator gaat slechts in uitzonderingsgevallen en alleen na toestemming van de rechter commissaris over tot een geconsolideerde afwikkeling van samenhangende faillissementen.' En verder Engberts *TvI* 2005, 40, p. 176.

35 Niet volledig, want hij kan zelfstandig getuigen horen en een deskundigenonderzoek gelasten: art. 66 Fw.

36 Zie Vriesendorp 2000, p. 57 en 59.

37 Vgl. Vriesendorp (2000, p. 61-62), die spreekt over 'regelmatig contact waardoor wellicht een zekere mate van onbevangenheid verdwenen is.'

38 Zie over het grote aantal zaken waarin een R-C toezicht moet houden o.m. Kortmann *TvI* 2003, p. 265 e.v. en Unger *TvI* 2004, 14, p. 68-69.

die een aanmerkelijk eigen belang bij consolidatie kan hebben. Het potentiële voordeel van het leggen van de beslissingsbevoegdheid in handen van de R-C inhoudende dat de R-C door zijn eerdere betrokkenheid bij de zaak snel inzicht kan verkrijgen in de kwestie van al dan niet consolideren, waardoor op een efficiënte wijze en binnen een redelijke termijn tot consolidatie kan worden besloten[39], zal in de praktijk beperkt zijn vanwege de zojuist genoemde omstandigheid dat de R-C bij zoveel zaken betrokken is. Ik betwijfel thans of de R-C in de praktijk een grote kennisvoorsprong heeft op de rechtbank. Voor zover daarvan sprake is weegt die kennisvoorsprong mijns inziens in ieder geval niet op tegen de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtbank.

Ook de curator dient geen overwegende stem te hebben in de beslissing om al dan niet samengevoegd af te wikkelen, omdat hij een te groot eigen belang heeft. Indien iemand als curator is benoemd in een faillissement van een vennootschap met een redelijke activa/passiva-verhouding en in een faillissement van een verbonden vennootschap met nauwelijks enige activa, zal hij bij consolidatie de door hem gemaakte kosten en zijn salaris in het tweede faillissement tevens kunnen verhalen op het actief van de eerst genoemde vennootschap. Curatoren zouden dan ertoe geneigd kunnen zijn om consolidatie te verzoeken enkel en alleen om betaling van hun salaris veilig te stellen.[40, 41] Deze problematiek moet en kan worden vermeden door de beslissingsbevoegdheid uit handen van de curator te houden. Bovendien wordt op die manier voorkomen dat de curator als belangbehartiger van de gezamenlijke crediteuren in ieder faillissement het belangenconflict beslecht dat veelal tussen deze groepen crediteuren zal bestaan. Deze moeilijkheden hoeven echter niet ertoe te leiden dat een curator helemaal geen invloed heeft op de besluitvorming tot consolidatie. Integendeel, de curator zal vaak het meeste inzicht hebben in de verhouding tussen de failliet en met hem verbonden vennootschappen alsook in de voor- en de nadelen van een consolidatie. Hem moet daarom het recht worden toegekend om consolidatie te verzoeken.

---

39 Reumers *TvI* 2004, 33, p. 159.

40 Zie: De Haas & Kat, 'Omstreden declaratiegedrag leidt tot opstappen curatoren', De Telegraaf d.d. 10 augustus 2002 en Mos, 'Deken brengt omstreden curator voor de tuchtrechter', De Telegraaf d.d. 12 december 2002. Zie voorts naar aanleiding van eerstgenoemd bericht de schriftelijke discussie tussen Van Hees, *TvI* 2002, p. 227-228; p. 335-336; Kortmann *TvI* 2002, p. 333-334 en Verdaas *TvI* 2002, p. 334-335, waarover meer in paragraaf 1.1.3.3.

41 In Frankrijk lijkt dit gevaar minder dreigend: De hoogte van de beloning van o.a. curatoren wordt thans geregeld door de annex bij decreet nr. 2007-431 van 25 maart 2007. Ingevolge art. R663-18 van de annex ontvangt de vertegenwoordiger van de crediteuren die vervolgens wordt benoemd tot *liquidateur* als beloning voor zijn optreden in de reorganisatieprocedure en het faillissement gezamenlijk een vast bedrag van 2500 Euro. Ten minste onder het oude recht kon dit bedrag – ook wanneer het een geconsolideerde procedure betreft ten gevolge van een uitbreiding wegens vermogensvermenging – slechts één maal worden geïnd, ongeacht het aantal rechtssubjecten dat is betrokken in de geconsolideerde procedure: Cass. com. 26 oktober 1999, *Bull. civ.* IV 1999, p. 163, nr. 192. Wat deze beloning betreft lijkt een *liquidateur* derhalve in beginsel beter af te zijn bij enkelvoudige afwikkeling van de procedures. Verder ontvangt een *liquidateur* nog diverse andere, nauwkeurig bepaalde vergoedingen, zie artikel R663-27 e.v. van de genoemde annex.

6.1.2 Verzoekers

Naar mijn mening moeten in Nederland de curator, ieder der schuldenaren en de commissie uit de schuldeisers het recht hebben om een gemotiveerd verzoek tot consolidatie tot de rechtbank te richten. Dit voorstel komt gedeeltelijk overeen met de gang van zaken in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels. In de Verenigde Staten kan iedere belanghebbende een dergelijk verzoek doen, terwijl in Nieuw-Zeeland, Ierland en Frankrijk slechts bepaalde personen daartoe gerechtigd zijn. In de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels worden nauwelijks redenen genoemd waarom bepaalde personen wel en andere niet het recht hebben om een verzoek tot consolidatie tot de rechtbank te richten.

In de Verenigde Staten kan een gemotiveerd verzoek tot consolidatie door iedere belanghebbende worden gedaan, daaronder begrepen: (het comité van[42]) crediteuren[43], de *trustee*[44], en de debiteur(en).[45] Ook kan de rechter ambtshalve tot consolidatie overgaan.[46]

In Nieuw-Zeeland bepaalt artikel 271(1) aanhef, onder (b) CA 1993 (NZ) dat de *Court* op verzoek van de *liquidator*, een crediteur of een aandeelhouder bevoegd is tot consolidatie te besluiten. Onder artikel 315B CA 1955 was nog enkel de *liquidator* gerechtigd de rechtbank om consolidatie te verzoeken.[47] Waarom deze regel is aangepast, zodat thans ook een crediteur en een aandeelhouder daartoe de mogelijkheid hebben, is onduidelijk. In Ierland is nog steeds enkel de *liquidator* van een van de vennootschappen bevoegd om consolidatie te verzoeken.[48] Op het eerste gezicht lijken in Nieuw-Zeeland iedere crediteur en aandeelhouder bevoegd de rechtbank om consolidatie te verzoeken. Bij nadere beschouwing blijkt dit niet het geval. Ingevolge art. 240 CA 1993 (NZ) moet onder het begrip 'crediteur' worden verstaan:

> '(…) a person who, in a liquidation would be entitled to a claim in accordance with section 303 of this Act that a debt is owing to that person by the company; but does not include a secured creditor.'[49]

---

42 Zie voor een geconsolideerd plan voorgesteld door het crediteurencomité van niet-verzekerde crediteuren bijvoorbeeld *In re Affiliated Foods, Inc.*, 249 B.R. 770 (Bankr. W.D. Miss. 2000) en *In re Stone & Webster, Inc*., 286 B.R. 532 (Bankr. D. Del. 2002).

43 Bijvoorbeeld: *In re Donut Queen, Ltd.*, 41 B.R. 706 (Bankr. E.D. N.Y. 1984): verzoek gedaan door crediteur van één der betrokken vennootschappen. Niet steeds lijkt crediteuren evenwel de bevoegdheid te worden toegekend om consolidatie te verzoeken, zie Packman (*N.J.L.J.* 2006, p .2) die melding maakt van een debat over deze kwestie.

44 Bijvoorbeeld: *In re Steury*, 94 B.R. 553 (Bankr. N.D. Ind. 1988).

45 Bijvoorbeeld: *In re F.A. Potts & Co., Inc.*, 23 B.R. 569 (Bankr. E.D. Pa. 1982): verzoek gedaan door twee debiteuren tezamen.

46 Gilbert *Vand.L.Rev*. 1990, p. 214.

47 Art. 315B(1) CA 1955.

48 Art. 141(1) CA 1990 (IE).

49 Art. 303 CA 1993 (NZ) geeft aan welke vorderingen in beginsel kunnen worden toegelaten in het faillissement.

Deze definitie heeft tot gevolg dat enkel onverzekerde crediteuren een verzoek tot consolidatie kunnen doen, want zij geldt ook voor de artikelen 271 en 272 CA 1993 (NZ).[50] Deze regel strookt met de in Nieuw-Zeeland heersende opvatting dat de verhaalspositie van verzekerde crediteuren door een samengevoegde afwikkeling niet wordt geraakt; zij hebben derhalve geen belang bij het al dan niet plaatsvinden van een consolidatie.

Ten slotte moet ingevolge artikel 2 jo. 96 CA 1993 (NZ) onder aandeelhouder worden begrepen:

> '(a) a person whose name is entered in the share register as the holder for the time being of one or more shares in the company;[51]
> (b) until the person's name is entered in the share register, a person named as a shareholder in an application for the registration of a company at the time of registration of the company;
> (c) until the person's name is entered in the share register, a person who is entitled to have that person's name entered in the share register under a registered amalgamation proposal as a shareholder in an amalgamated company.'

In Frankrijk is door diverse auteurs opgemerkt dat iedere belanghebbende een beroep zou moeten kunnen doen op het bestaan van vermogensvermenging of een fictieve vennootschap om uitbreiding annex consolidatie te bewerkstelligen.[52] Een beperking van de kring van personen tot die genoemd in het oude artikel L624-6 C. com.[53], dat bepaalde welke personen een vordering tot het aanvullen van het tekort[54] of tot oneigenlijke uitbreiding van het faillissement van een vennootschap naar haar bestuurders[55] konden instellen, werd geacht in deze gevallen niet te gelden. Het betreft hier namelijk op zichzelf staande rechtsgronden, die iedere belanghebbende moet kunnen inroepen.[56] Desalniettemin heeft de *Cour de cassation* enige tijd geleden bepaald dat een crediteur niet om uitbreiding annex consolidatie wegens het bestaan van een fictieve vennootschap of vermogensvermenging kan verzoeken.[57] De feiten waren als volgt: De vennootschap IBP was

50 CASAC 2000, p. 168, nt. 610.
51 Ingevolge art. 87 CA 1993 (NZ) is een vennootschap verplicht een aandelenregister bij te houden.
52 Campana, Dizel & Fernandez 1996 Rép. soc. – Entreprise en Difficulté, p. 26, nr. 259; Guyon 2003, T. II, p. 443, nr. 1405 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 213, nr. 388.
53 Deze bepaling is thans vervallen. Een gewijzigde regeling inzake verzoekrechten is tegenwoordig opgenomen in art. L651-3(1) en (2) C. com.
54 Zie: art. L624-3 C. com. (oud); thans: L651-2 C. com.
55 Zie: art. L624-5 C. com. (oud); thans vervallen.
56 Guyon 2003, T. II, p. 443, nr. 1405. Zie ook: Campana, Dizel & Fernandez 1996 Rép. Soc. – Entreprise en Difficulté, p. 26, nr. 259 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 213, nr. 388. Anders: Trib. com. Corbeil 29 mei 1986, *Gaz. Pal.* 1986, jur., p. 649.
57 Cass. com. 15 mei 2001, *Bull. civ.* IV, p. 86, nr. 91; *D.* 2001, AJ, p. 1949, m.nt. Lienhard; *D.* 2001, som., p. 3425, m.nt. Honorat; *Bull. Joly* 2001, p. 983, m.nt. Pétel.

een crediteur in het faillissement van de vennootschap Spengler. Om haar kans op uitkering te vergroten, verzocht IBP uitbreiding van het faillissement van Spengler naar de vennootschap Magnard. Zij werd in lagere instanties niet-ontvankelijk verklaard en ging in cassatie. In cassatie betoogde zij onder meer dat zij ontvankelijk moest worden verklaard, omdat zij als crediteur van Spengler belang had bij een uitbreiding van het faillissement die haar verhaalspositie zou verbeteren. De *Cour de cassation* oordeelde anders:

> '(…) que l'action tendant à l'extension de la procédure collective d'une personne à une autre sur le fondement de la confusion des patrimoines ou de la fictivité d'une personne morale n'est pas ouverte aux créanciers; que par ce motif de pur droit l'arrêt se trouve justifié; (…).'[58]

Met deze uitspraak maakte de *Cour de cassation* een einde aan in de praktijk bestaande onzekerheid. Reeds in 1999 had de *Cour de cassation* bepaald dat een verzoek tot uitbreiding annex consolidatie niet kan worden gedaan door een individuele schuldeiser van een der vennootschappen. Zij had daartoe overwogen:

> '(…) qu'après avoir relevé que la société Botta et fils [de crediteur, MLHR] ne possédait pas la qualité de créancière de la société Pitance nécessaire pour l'assigner directement en redressement judiciaire, l'arrêt retient exactement qu'à le supposer établi, le préjudice de la société Botta et fils serait commun à l'ensemble des créanciers de la société Botta Savoie et que l'action exercée au nom et dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers n'est pas ouverte aux créanciers individuels;'[59]

Deze overweging en een uitspraak in een ouder arrest[60] hadden ertoe geleid dat een enkele lagere instantie[61] en enkele auteurs[62] een crediteur ontvankelijk achtten in zijn verzoek om uitbreiding annex consolidatie wanneer hij kon aantonen dat hij een vordering had op beide betrokken vennootschappen. Op dit moment wordt echter aangenomen dat een individuele crediteur onder geen enkele

58 Cass. com. 15 mei 2001, *Bull. civ.* IV, p. 86, nr. 91; *D.* 2001, AJ, p. 1949, m.nt. Lienhard; *D.* 2001, som., p. 3425, m.nt. Honorat; *Bull. Joly* 2001, p. 983, m.nt. Pétel. In vergelijkbare zin: Cass. com. 19 februari 2002, nr. 99-12776, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

59 Cass. com 16 maart 1999, *Bull. civ.* IV, p. 55, nr. 67; *D.* 1999, p. 349, m.nt. Honorat.

60 Cass. com. 11 oktober 1982, *Rev. soc.* 1983, p. 125, m.nt. Honorat; *D.* 1983, som. p. 181, m.nt. Honorat, waarin de *Cour de cassation* overwoog dat: '(…) le créancier qui invoque une dette commune à plusieurs sociétés peut demander que soit prononcée la liquidation des biens communs de ces sociétés (…).' Dit laatste arrest is gewezen onder de Wet van 13 juli 1967.

61 Zie: CA Montpellier 7 maart 2000, *Act. proc. coll.* 2000, nr. 215, m.nt. Regnaut-Moutier en CA Parijs 4 februari 1994, *D.* 1994, IR, p. 80.

62 Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprises en difficulté (Personnes morales …), p. 14, nr. 101 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 214, nt. 141 en bijbehorende tekst.

omstandigheid het recht heeft om uitbreiding annex consolidatie van een insolventieprocedure te verzoeken.[63] Deze regel wordt gerechtvaardigd geoordeeld, omdat consolidatie de belangen van de gezamenlijke crediteuren raakt. Bovendien zijn niet alle crediteuren bij een consolidatie gebaat; sommige zien hun verhaalspositie daardoor erop achteruit gaan. Betoogd wordt ook daarom wel dat het initiatief tot samengevoegde afwikkeling niet aan een individuele schuldeiser moet worden gelaten.[64]

De individuele crediteur is overigens niet de enige aan wie het recht om uitbreiding annex consolidatie te verzoeken door de *Cour de cassation* is ontzegd. Ook aan de debiteur wordt dit recht niet toegekend. De achterliggende gedachte daarbij is dat hij zich niet op de werkelijkheid mag beroepen om de door hem gecreëerde schijn ten nadele van derden teniet doen.[65] Voorts bezit de bestuurder van een failliete of een in reorganisatie betrokken vennootschap, waarnaar de insolventieprocedure is uitgebreid, niet de hoedanigheid – ook niet bij wijze van garantie (*á titre de garantie*) – om uitbreiding van de bewuste procedure naar een derde te verzoeken.[66] Evenmin mag een bestuurder uitbreiding naar hem verzoeken van een faillissementsprocedure die is geopend ten aanzien van 'zijn' vennootschap[67] of mag een vennootschap in Frankrijk uitbreiding naar haarzelf verzoeken van een reorganisatieprocedure die is geopend ten aanzien van een andere rechtspersoon.[68]

Wél kunnen blijkens de jurisprudentie de curator (in faillissement)[69], de bewindvoerder (*administrateur*) (in een reorganisatieprocedure)[70], de vertegenwoordiger van de crediteuren (voorheen: *répresentant des créanciers*; thans: *mandataire judiciaire*)[71], alsook de officier van justitie (*procureur de la Républi-*

63 Honorat, noot onder Cass. com. 15 mei 2001, *D.* 2001, som., p. 3425; Lienhard, noot onder hetzelfde arrest, *D.* 2001, AJ, p. 1949 en Pétel, noot onder hetzelfde arrest, *Bull. Joly* 2001, p. 980.

64 Honorat, noot onder Cass. com. 15 mei 2001, *D.* 2001, som., p. 3425; Lienhard, noot onder hetzelfde arrest, *D.* 2001, AJ, p. 1949 en Pétel, noot onder hetzelfde arrest, *Bull. Joly* 2001, p. 980. Zie voorts: Guyon 2003, T. II, p. 443, nr. 1405 en Houin, noot onder Trib. com. Rouen 8 december 1958, *RtDCom.* 1959, p. 501-502.

65 Le Corre 2006, p. 201, nr. 213.32 en Grelon & Dessus-Larrivé *Rev. soc.* 2006, p. 298.

66 Cass. com. 28 mei 2002, nr. 98-21730, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. In casu verzocht de bestuurder uitbreiding van het faillissement naar de bank.

67 CA Orléans 22 januari 2004, *Dr. soc.* mei 2004, p. 25, nr. 77, m.nt. Legros.

68 CA Nîmes 13 januari 2000, *Dr. soc.* juli 2000, p. 16, nr. 103, m.nt. Chaput.

69 Vgl. bijvoorbeeld Cass. com. 28 mei 2002, nr. 98-21730, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/> en Cass. com. 26 mei 1998, *Bull. civ.* IV, p. 136, nr. 168. Zie ook: Barthélémy e.a. 1991, p. 556, nr. 12305.

70 Bijvoorbeeld: Cass. com. 31 januari 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 439, m.nt. Pétel; *Rev. soc.* 1995, p. 757, m.nt. Randoux. Zie ook: Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc 7-40, p. 32, nr. 173. Anders: Barthélémy e.a. 1991, p. 557, nr. 12306.

71 Bijvoorbeeld: Cass. com. 19 november 1996, nr. 94-19738, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie ook : Barthélémy e.a. 1991, p. 556, nr. 12304 en Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 32, nr. 173.

que)[72] om uitbreiding annex consolidatie verzoeken. Voorts kan de rechter ambtshalve tot uitbreiding annex consolidatie overgaan.[73, 74]

Ten slotte zijn sinds 1 januari 2006 ook controleurs bevoegd tot het verzoeken van uitbreiding annex consolidatie, althans voorzover artikel L622-20(1) C. com. bepaalt dat iedere controleur bevoegd is om op te treden in het belang van de gezamenlijke crediteuren wanneer de vertegenwoordiger van de crediteuren (*mandatiaire judiciaire*) dit nalaat.[75] Deze regel doorbreekt in feite de regel dat individuele crediteuren niet bevoegd zijn om uitbreiding annex consolidatie te verzoeken, want controleurs worden door de R-C benoemd uit de crediteuren.[76]

---

72 CA Angers 27 september 1990, *Rev. proc. coll.* 1992, p. 297, m.nt. Calendini. Zie ook: Barthélémy e.a. 1991, p. 556, nr. 12303. Barthélémy e.a. betoogden destijds dat er geen reden was om het toen der tijd geldende art. 4(2) Wet van 25 januari 1985 in dit kader niet van toepassing te achten. Dit artikel bepaalde dat de rechtbank ambtshalve of op verzoek van de officier van justitie (*procureur de la République*) tot opening van een reorganisatieprocedure kon overgaan. Vgl. thans: L631-5(1) C. com. met betrekking tot een reorganisatieprocedure en L640-5 C. com. met betrekking tot een faillissementsprocedure.

73 Bijvoorbeeld: Cass. com. 1 oktober 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1089, § 393, m.nt. Daigre en Cass. com. 28 november 2000, nr. 97-12265, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie ook: Barthélémy e.a. 1991, p. 556, nr. 12303, waarover verder noot 72. En voorts: Daigre 1996, Rép. soc., Entreprises en difficulté (Personnes morales …), p. 14, nr. 100 en Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7-40, p. 32, nr. 173.

74 Aandacht verdient in dit verband dat eerder kritiek is geleverd op art. L624-6 C. com. dat de rechtbank toestond om ambtshalve een *action en comblement du passif* te starten of een insolventieprocedure van een vennootschap uit te breiden naar haar bestuurders. Deze regel zou strijdig zijn met art. 6(1) EVRM. De rechter heeft in dat geval de schijn van onpartijdigheid tegen. Zie o.a. het jaarverslag van de *Cour de cassation* over 2002, negende aanbeveling, <http://www.courdecassation.fr/_rapport/rapport.htm>, geraadpleegd op 8 mei 2006. Deze mogelijkheid voor de rechtbank is derhalve thans niet meer in de C. com. opgenomen, zie art. L651-3 C. com. In hoeverre vergelijkbare bezwaren kunnen worden opgeworpen ten aanzien van eigenlijke uitbreiding is niet duidelijk. Bepalend lijkt te zijn of men uitbreiding annex consolidatie beschouwt als een alternatieve wijze om een insolventieprocedure te openen of als een sanctie. De rechtbank is immers nog steeds bevoegd om ambtshalve een reorganisatieprocedure of een faillissement te openen, zie art. L631-5 en L640-5 C. com. Hoewel uitbreiding van een procedure ertoe kan leiden dat een (rechts)persoon die nog niet eerder aan zo'n procedure was onderworpen, daaraan wordt onderworpen, is wel opgemerkt dat het geen echte 'opening' van een insolventieprocedure betreft. Het is slechts een uitbreiding van een reeds geopende procedure, zie Lienhard, noot onder Cass. com. 4 juli 2000, *D.* 2000, AJ, p. 375-376. Anderzijds is opgemerkt dat hoewel het principale doel van uitbreiding annex consolidatie de reconstructie is van het vermogen van de debiteur, uitbreiding ook tot gevolg heeft dat een procedure wordt geopend, zie Honorat, noot onder Cass. com. 11 mei 1999, *D.* 2000, som., p. 99.

75 De Roux 2005, p. 200-201 en Le Corre 2006, p. 202, nr. 213-32. Art. L622-20 C. com. is opgenomen in titel II, hoofdstuk II van boek 6 aangaande de *sauvegarde*. Het artikel is voorts van overeenkomstige toepassing in een r*edressement judiciaire*: art. L631-14(I) jo. L622-20 C. com. Zie ten aanzien van een faillisementsprocedure art. L641-1(II)(4) C. com.

76 L621-10 C. com. met betrekking tot een *sauvegarde*. Zie L631-9 jo. L621-10 C. com. met betrekking tot een *redressement judiciaire* en L641-1(II)(4) C. com. met betrekking tot een faillissementsprocedure. Controleurs hebben tot taak het assisteren van de vertegenwoordiger van de crediteuren bij zijn taakvervulling en de R-C bij zijn toezicht op het beheer van de onderneming, art. L621-11 C. com.

Evenals in de andere onderzochte rechtsstelsels wordt aangenomen, moet volgens mij ook in Nederland de curator het recht hebben om een verzoek tot consolidatie te doen. Hij is daartoe bij uitstek de aangewezen persoon, omdat hij als geen ander de wenselijkheid en gevolgen van die stap kan overzien. Zeker wanneer hij, zoals vaak in faillissementen van onderling verbonden rechtssubjecten het geval is, in alle te consolideren faillissementen is benoemd.[77] Dit laatste acht ik echter geen vereiste voor consolidatie. Ook een curator die is benoemd in slechts één van de faillissementen die zijn geopend ten aanzien van diverse onderling verbonden vennootschappen, kan een verzoek tot samengevoegde afwikkeling tot de rechtbank richten.

Daarnaast acht ik iedere schuldenaar afzonderlijk gerechtigd om een verzoek tot consolidatie tot de rechtbank te richten. Ook hij heeft goed inzicht in de financiële en andersoortige verbondenheid die tussen hem en de andere betrokken vennootschappen bestaat; hij kan daardoor goed inschatten of een consolidatie op haar plaats is.

Naar mijn oordeel moet – gelijk hetgeen geldt in Frankrijk, maar anders dan hetgeen in de Verenigde Staten en Nieuw-Zeeland wordt aangenomen – aan individuele crediteuren geen recht worden toegekend om consolidatie te verzoeken.[78] Ondanks dat een samengevoegde afwikkeling vergaande gevolgen kan hebben voor crediteuren, zou een dergelijk recht naar mijn verwachting slechts enkele crediteuren baten. Namelijk banken en tot hetzelfde concern als de failliet behorende vennootschappen, die inzicht hebben in de financiële posities van de verschillende schuldenaren. Kleinere derde-crediteuren zullen de gevolgen van een consolidatie vaak niet kunnen overzien; zij zullen niet in staat zijn te beoordelen of zij bij een consolidatie gebaat zijn of niet. Dat wil zeggen of hun oorspronkelijke schuldenaar een relatief slechte of juist gunstige activa/passiva-verhouding heeft. Zij kunnen weliswaar een onderzoek instellen naar de gevolgen van een eventuele consolidatie, maar het is nog maar de vraag of de met het onderzoek gepaard gaande tijd en kosten opwegen tegen de resultaten ervan. Wanneer het onderzoek uitwijst dat consolidatie geen versterking van de verhaalspositie of zelfs een verslechtering teweeg brengt, blijven zij zitten met een extra verlies. Maar ook wanneer consolidatie perspectieven biedt, is het nog maar de vraag of de verbetering van de verhaalspositie voldoende is om de reeds gemaakte onderzoekskosten te compenseren en hun positie te versterken. Bovendien moeten zij hun verzoek motiveren, hetgeen verder onderzoek nodig maakt en de kosten doet oplopen.

Ontzegging van een recht om consolidatie te verzoeken betekent echter niet dat individuele crediteuren helemaal geen invloed hebben op de wijze van afwikkeling van de faillissementen. Indien een crediteur van mening is dat samengevoegde afwikkeling hem zal baten, kan hij de R-C verzoeken om de curator te

77 Zie over de benoeming van een of meer curatoren hierna paragraaf 6.3.

78 Eerder zag ik daartoe nog wel mogelijkheden (zie: Reumers *O&F* juli 2003, p. 62). Nadere bestudering van de materie heeft mij echter geleerd dat het toekennen van een recht aan individuele crediteuren om consolidatie te verzoeken bij de rechtbank, waarschijnlijk van weinig praktisch belang zal zijn. Zie hierna.

bevelen bij de rechtbank een verzoek om consolidatie te doen, zie artikel 69 Fw. Aldus wordt ook een mogelijkheid gecreëerd om curatoren die in verband met (potentiële) belangenconflicten twijfelen omtrent het doen van een verzoek tot consolidatie, over de streep te trekken.

Met het in Frankrijk gehoorde argument dat aan individuele crediteuren geen recht moet worden toegekend om consolidatie te verzoeken, omdat zij uit eigen belang zullen handelen ben ik het niet helemaal eens. Het is denk ik juist te verwachten dat crediteuren in dat geval hun eigen belang voorop stellen. Daar staat evenwel tegenover dat de uiteindelijke beslissing in mijn voorstel door de rechtbank wordt genomen nadat zij een gedegen belangenafweging heeft gemaakt en in Frankrijk nadat is onderzocht of sprake is van vermogensvermenging of een fictieve vennootschap.

Mijns inziens is wel op haar plaats toekenning aan de commissie uit de schuldeisers van het recht om een verzoek tot consolidatie tot de rechter te richten. Deze toekenning heeft meerwaarde omdat deze commissie daadwerkelijk mogelijkheden heeft om inzicht te verwerven in de vermogenspositie en andere belangrijke gegevens van de gefailleerde schuldenaar.[79] Daardoor zal zij wel in staat zijn om te beoordelen of een consolidatie op haar plaats is. Vergelijk in dit verband ook de mogelijkheid voor de vertegenwoordiger van de crediteuren, die in Frankrijk om uitbreiding annex consolidatie kan verzoeken. Bovendien biedt toekenning aan de commissie uit de schuldeisers van een recht om consolidatie te verzoeken, crediteuren een extra mogelijkheid om op te komen voor hun belangen in het geval de curator dit om wat voor reden dan ook nalaat.[80]

Anderzijds zie ik geen heil in toekenning aan aandeelhouders van het recht om consolidatie te verzoeken. Zoals opgemerkt hebben aandeelhouders dit recht op dit moment bijvoorbeeld wel in Nieuw-Zeeland. In Nederland bestaat daartoe volgens mij geen grond, omdat indien de vennootschap failliet is verklaard de belangen van de crediteuren voorop staan. De vennootschap heeft opgehouden met betalen en heeft in de regel meer passief dan actief.[81] De belangen van de aandeelhouders zijn dan naar de achtergrond verdwenen. In Nieuw-Zeeland ligt de situatie in zoverre anders doordat daar mogelijkheden lijken te bestaan voor consolidatie tussen in liquidatie verkerende vennootschappen die niet insolvent zijn.[82] Daardoor zullen de belangen van aandeelhouders onder omstandigheden meer op de voorgrond blijven.

---

79 Zie: art. 76 Fw.

80 De rol van de crediteurencommissie in dit verband strookt met een van de hoofdlijnen van het voorontwerp voor de nieuwe insolventiewet om het toezicht op de curator in verdergaande mate te leggen bij de crediteuren, onder meer door een crediteurencommissie 'nieuwe stijl' te introduceren. Zie uitspraken van Kortmann, voorzitter van de Commissie Insolventierecht, (weliswaar) op persoonlijke titel gedaan tijdens het Insolad Jaarcongres 2005, zie: Zetteler, *TvI* 2006, 10, p. 43.

81 Dit hoeft niet steeds het geval te zijn. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin het hebben opgehouden met betalen voortvloeit uit betalingsonwil: vgl. Wessels & Van Sint Truiden (red.), *Insolventierecht. Tekst en commentaar* 2006, aant. 5 bij art. 6 Fw.

82 Zie paragraaf 3.2.2.

Evenmin moet de rechtbank ambtshalve tot samengevoegde afwikkeling kunnen overgaan. Anders dan in bijvoorbeeld Frankrijk[83], zit de rechtbank in Nederland niet met de neus op de feiten. Bovendien zou daardoor een schijn van partijdigheid worden gecreëerd, hetgeen juist zoveel mogelijk moet worden vermeden.

6.1.3 Relatieve competentie

In alle onderzochte buitenlandse rechtsstelsels is een rechterlijke instantie bevoegd om te besluiten tot samengevoegde afwikkeling. Daarmee komt de vraag op welke rechter relatief bevoegd is. Is dit bijvoorbeeld de rechter die het eerste van de betrokken faillissementen heeft uitgesproken of is iedere rechter die één der betrokken faillissementen heeft uitgesproken daartoe bevoegd?

In de Verenigde Staten geldt dat enkel tot procedurele of materiële consolidatie kan worden overgegaan indien de insolventieprocedures van de betrokken vennootschappen aanhangig zijn bij de *Bankuptcy Court* in hetzelfde district.[84] Daarmee is de vraag naar de relatief competente rechtbank in principe beantwoord. Een probleem doet zich echter voor wanneer de procedures aanhangig zijn in verschillende districten. In dat geval zal eerst een van de procedures moeten worden overgedragen aan de *Bankruptcy Court* in het district waar de procedure waarmee men wil consolideren, aanhangig is.

De relatieve competentie in insolventiezaken is geregeld in 28 U.S.C. § 1408. In dit artikel is bepaald dat zaken die aanhangig worden gemaakt onder de BC in beginsel moeten worden gestart in het district:

> ‘1. in which the domicile, residence, principal place of business in the United States, or principal assets in the United States, of the person or entity that is the subject of such case have been located for the one hundred and eighty days immediately preceding such commencement, or for a longer portion of such one-hundred-and-eighty-day period than the domicile, residence, or principal place of business, in the United States, or principal assets in the United States, of such person were located in any other district; or

83 Zie: art. L611-2 C. com.: Worden de jaarrekeningen niet tijdig gepubliceerd (zie: art. L232-21-L232-23 C. com.) dan kan de rechtbank bestuurders bevelen op korte termijn daartoe over te gaan. Indien aan dit bevel geen gevolg wordt gegeven, kan de rechtbank bij verschillende nader genoemde personen en instanties inlichtingen inwinnen omtrent de economische en financiële toestand van de vennootschap. Zie ook: art. L621-3 C. com. dat de *commissiare aux comptes* onder omstandigheden verplicht de rechtbank te informeren omtrent de bedreigde continuïteit van de onderneming en de daartoe voorgestelde, doch onvoldoende geachte maatregelen voor verbetering.

84 Blumberg e.a. (losbl.), p. 89-5.

2. in which there is pending a case under title 11 concerning such person's affiliate, general partner, or partnership.'[85]

Het begrip *affiliate* (hierna: verbonden vennootschap) is in 11 U.S.C. § 101(2) als volgt gedefinieerd:

'(A) entity that directly or indirectly owns, controls, or holds with power to vote, 20 percent or more of the outstanding voting securities of the debtor, other than an entity that holds such securities -
(i) in a fiduciary or agency capacity without sole discretionary power to vote such securities; or
(ii) solely to secure a debt, if such entity has not in fact exercised such power to vote;
(B) corporation 20 percent or more of whose outstanding voting securities are directly or indirectly owned, controlled, or held with the power to vote, by the debtor, or by an entity that directly or indirectly owns, controls, or holds with the power to vote, 20 percent or more of the outstanding voting securities of the debtor, other than an entity that holds such securities –
(i) in a fiduciary or agency capacity without sole discretionary power to vote such securities; or
(ii) solely to secure a debt, if such entity has not in fact exercised such power to vote;
(C) person whose business is operated under a lease or operating agreement by a debtor, or person substantially all of whose property is operated under an operating agreement with the debtor; or
(D) entity that operates the business or substantially all of the property of the debtor under a lease or operating agreement;'

Entity ziet in dit kader onder meer op personen, boedels en trusts.[86]

Uit het voorgaande volgt dat wanneer ten aanzien van een moedervennootschap reeds een insolventieprocedure is gestart in district X en haar (20% of meer) dochtervennootschap eveneens haar faillissement wenst aan te vragen, deze laatste de procedure eveneens aanhangig kan maken bij de *Bankruptcy Court* in district X: 11 U.S.C. § 101(2)(A). Ook het omgekeerde is mogelijk, dat wil zeggen dat de dochtervennootschap reeds failliet is en de moedervennootschap eveneens haar faillissement wenst aan te vragen: 11 U.S.C. § 101(2)(B).

85 Deze laatste bepaling bevordert forumshopping in geval diverse vennootschappen van één concern insolvent zijn. Men laat dan de vennootschap in het voor de afwikkeling gunstigste district als eerste een reorganisatieprocedure openen of haar faillissement aanvragen, waarna deze vennootschap als *venue hook* wordt gebruikt en alle overige vennootschappen ex 28 U.S.C. § 1408(2) in hetzelfde district hun insolventieprocedure aanhangig kunnen maken. Zie hierover: LoPucki & Whitford *Wis.L.Rev.* 1991, p. 21-22 en LoPucki 2005, p. 34 e.v.

86 11 U.S.C. § 101(15).

Wanneer echter twee (of meer) insolventieprocedures van tot eenzelfde concern behorende vennootschappen reeds aanhangig zijn bij verschillende *Bankruptcy Courts*, moet één van de procedures van de ene naar de andere *Bankruptcy Court* worden overgedragen om uiteindelijk tot consolidatie te kunnen overgaan. Deze overdracht is geregeld in 28 U.S.C. § 1412. Daarin is bepaald dat een *District Court*[87] een insolventieprocedure mag overdragen aan een *District Court* in een ander district wanneer overdracht is 'in the interest of justice or for the convenience of the parties'. De discretionaire ruimte bij de uitoefening van deze bevoegdheid is, gezien de ruime bewoordingen van 28 U.S.C. § 1412, groot.[88] De ruime bewoordingen zijn evenwel geen vrijbrief voor de rechter, deze dient slechts spaarzaam gebruik te maken van de bevoegdheid tot overdracht.[89] Om recht te doen aan deze gedachte zijn in de jurisprudentie in de loop der jaren enige factoren naar voren geschoven die bij de beantwoording van de vraag of overdracht de gerechtigheid ten goede komt of het gemak van partijen dient, in ogenschouw moeten worden genomen.[90]

De bewijslast aangaande de wenselijkheid van de overdracht van de procedure rust op de verzoeker.[91] Deze bewijslast is zwaar voor derden, zoals crediteuren, omdat voor de bewijslevering onder meer inzicht vereist is in het bedrijf van de debiteur, in de betreffende insolventieprocedure en in de insolventieprocedures van de verbonden ondernemingen in andere districten.[92]

In *Bankruptcy Rule* 1014(b) zijn ten slotte nog enkele procedurele aspecten van de overdracht van insolventieprocedures naar een ander district geregeld. *Bankruptcy Rule* 1014(b) bepaalt dat wanneer in verschillende districten ver-

---

87 De verwijzing in 28 U.S.C. § 1412 naar de *District Court* en niet naar de *Bankruptcy Court* heeft de vraag opgeworpen of *Bankruptcy Courts* überhaupt bevoegd zijn te oordelen over een verzoek tot overdracht van een insolventieprocedure. Dit temeer omdat de voorganger van 28 U.S.C. § 1412, dat is 28 U.S.C. § 1475 (oud), sprak over *Bankruptcy Court*. Het merendeel van de rechtbanken twijfelt hier niet aan en betoogt dat *Bankruptcy Courts* bevoegd zijn vanwege de verwijzing door de *District Court* van bepaalde of alle insolventiezaken en daaraan gerelateerde procedures naar de *Bankruptcy Court* ex 28 U.S.C. § 157(a). Vervolgens wordt dan opgemerkt dat *Bankruptcy Courts* bevoegd zijn te oordelen over een verzoek tot overdracht van een insolventieprocedure, omdat dit een *core proceeding* betreft, waarover *Bankruptcy Courts* ingevolge 28 U.S.C. § 157(b)(2)(A) bevoegd zijn te oordelen. Vgl. bijvoorbeeld: *In re Floyd Hoover Thomasson*, 60 B.R. 629, 630-632 (Bankr. M.D. Tenn. 1986). Zie ook: *In re Toxic Control Technologies, Inc*., 84 B.R. 140, 140-143 (Bankr. N.D. Ind. 1988). In deze zaak wordt voorts overwogen dat de *Bankruptcy Court* bevoegd is, omdat deze een onderdeel is van de *District Court*.

88 *In re SOS Sheet Metal Co*., 297 F.2d 32 (2d Cir. 1961). Zie voorts: Blumberg 1985, p. 508-509.

89 *In re SOS Sheet Metal Co*., 297 F.2d 32 (2d Cir. 1961) en *In re Enron*, Case No. 01-16034, beslist op 11 januari 2002 (Bankr. S.D. N.Y. 2002), p. 26.

90 Zie o.m. *In re Commonwealth Oil Refining Co. Inc.*, 596 F.2d 1239, 1247-1248 (5th Cir. 1979); *In re Floyd Hoover Thomasson*, 60 B.R. 629, 632 (Bankr. M.D. Tenn. 1986) en *In re Portjeff Development Corp.*, 118 B.R. 184, 193-197 (Bankr. E.D. N.Y. 1990).

91 O.a.: *In re Floyd Hoover Thomasson*, 60 B.R. 629, 632 (Bankr. M.D. Tenn. 1986) en *In re Portjeff Development Corp*., 118 B.R. 184, 193 (Bankr. E.D. N.Y. 1990).

92 LoPucki & Whitford *Wis.L.Rev*. 1991, p. 25 en 39.

zoekschriften zijn ingediend door of tegen een debiteur en een met hem verbonden vennootschap (*affiliate*)[93], het verzoek tot overdracht moet worden ingediend in het district waar als eerste een van de betrokken zaken aanhangig is gemaakt. Tijdens de behandeling van het verzoek tot overdracht zullen de overige procedures in beginsel worden aangehouden. Na een hoorzitting volgend op een mededeling van het verzoek tot overdracht aan de oorspronkelijke indieners van het verzoek tot het openen van de insolventieprocedure, de *United States Trustee* en andere belanghebbenden zoals aangewezen door de *Bankruptcy Court*, beslist laatstgenoemde over de verzochte overdracht en bepaalt zij het district of de districten waar de zaken worden voortgezet.[94]

In Frankrijk is in enkelvoudige zaken de rechtbank in het arrondissement waar de zetel van de rechtspersoon is gelegen relatief bevoegd, artikel 1 Decreet nr. 2005-1677 van 28 december 2005. Voor commerciële vennootschappen betekent dit dat de rechtbank bevoegd is in het arrondissement waar de statutaire zetel van de vennootschap is gelegen.[95] Is deze zetel fictief dan is de rechtbank bevoegd in het arrondissement waar de werkelijke zetel ligt.[96] Crediteuren kunnen in dat geval kiezen bij welke rechtbank zij het verzoek tot faillietverklaring aanhangig maken: bij de rechtbank in het rechtsgebied waar de statutaire of de werkelijke zetel is gelegen.[97]

In geval van uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedures geldt echter een speciale competentieregel. Sinds 1 januari 2006 bepaalt artikel L621-2(2) C. com. uitdrukkelijk dat indien een insolventieprocedure geopend ten aanzien van een schuldenaar wegens fictiviteit van de vennootschap of wegens het bestaan van vermogensvermenging met een of meer andere personen wordt uitgebreid naar deze derde(n), bevoegd blijft *le tribunal ayant ouverte la procédure initiale*.[98] Artikel L621-2(2) C. com. is dus relevant voor de bepaling van de absolute zowel als de relatieve competentie in gevallen betreffende uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedures.

De inhoud van dit artikel is wederom eenduidig wanneer het uitbreiding van een insolventieprocedure betreft naar een vennootschap die nog niet zelf in een

93 Het begrip *affiliate* heeft in deze bepaling dezelfde betekenis als in 11 U.S.C. § 101: *Bankruptcy Rule* 9001, aanhef.

94 *Bankruptcy Rule* 1014(b).

95 Vgl. Guyon 2003, T.II, p. 159, nr. 1140 en Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T.II, p. 889-890, nr. 2881. Zij spreken ten aanzien van het oude Decreet nr. 85-1388 van 27 december 1985, welke decreet is vervangen door Decreet 2005-1677 van 28 december 2005, over de *siège social*, die ingevolge art. L210-2 C. com. moet zijn opgenomen in de statuten.

96 Cass. civ. 15 juli 1970, *Bull. civ.* II, p. 186, nr. 247 en Cass. com. 8 maart 1988, *Rev. soc.* 1988, p. 287, m.nt. Honorat.

97 Guyon 2003, T.II, p. 159, nr. 1140, onder verwijzing naar art. 1837 C. civ. Dit artikel bepaalt dat de omstandigheid dat de statutaire zetel niet de werkelijke zetel is, door de vennootschap niet aan derden kan worden tegengeworpen.

98 Art. L621-2 C. com. is opgenomen in titel II van boek 6 van de C. com. aangaande de *sauvegarde*. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing in geval van een *redressement judiciaire* (art. L631-7 jo. L621-2 C. com.) en een *liquidation* (art. L 641-1(I) jo. L621-2 C. com).

dergelijke procedure is betrokken. In dat geval is de rechtbank bevoegd die de uit te breiden procedure heeft geopend. Verder moet thans worden aangenomen dat indien men twee reeds geopende procedures wil samenvoegen die rechtbank bevoegd is die de eerste van deze procedures heeft geopend.[99] Voorts wordt indien diverse vennootschappen samen een groep vormen en wegens het bestaan van fictieve vennootschappen één geconsolideerde procedure moet worden geopend, (tenminste voor wat betreft het recht dat gold tot 1 januari 2006) aangenomen dat de rechtbank bevoegd is in het arrondissement waar de zetel van de dominante vennootschap, de achterman, zich bevindt.[100] Ripert/Roblot/Delebecque/Germain merken op dat deze regel moeilijk verenigbaar lijkt met het in die gevallen toepasselijk achten van artikel L621-5(1) C. com. (oud), dat bepaalde dat 'S'il se révèle que la procédure ouverte doit être étendue à une ou plusieurs autres personnes, le tribunal initialement saisi reste compétent.'[101] Mijns inziens is dit niet het geval, omdat artikel L621-5(1) C. com. zag (en artikel L621-2(2) C. com. thans ziet) op gevallen waarin reeds één der vennootschappen in een insolventieprocedure is betrokken, terwijl de genoemde regel – naar ik begrijp – ziet op het geval dat van meet af aan, nog voor de opening van enige procedure, duidelijk is dat samengevoegde afwikkeling op haar plaats zal zijn. De regel is doorgaans ook verenigbaar met de opmerking van Daigre en Martin-Serf dat indien tegelijkertijd de opening van een insolventieprocedure wordt verzocht ten aanzien van een vennootschap en haar achterman(nen) omdat eenheid van procedure op haar plaats blijkt, (tenminste ten aanzien van het recht dat gold tot 1 januari 2006) de rechtbank bevoegd is waar de voornaamste vestiging, de zetel van de (gezamenlijke) onderneming was gelegen, zie artikel 1 Decreet nr. 85-1388 van 27 december 1985.[102] Immers, de voornaamste vestiging zal vaak die zijn waar de dominante vennootschap is gevestigd. Tegenwoordig lijkt dit anders te zijn. Het decreet uit 1985 knoopte aan bij de plaats waar 'le débiteur a le siège de son entreprise', thans knoopt artikel 1 van Decreet 2005-1677 van 28 december 2005 aan bij 'le ressort duquel le débiteur, personne morale a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité'.

De absoluut bevoegde rechterlijke instantie in insolventiezaken is in Nieuw-Zeeland, zoals opgemerkt, de *High Court of New Zealand*.[103] In geval van fail-

99 Ten aanzien van het oude art. L621-5 C. com. is wel opgemertk dat 'si deux juridictions distinctes géographiquement ont été saisi, il y aura lieu d'appliquer les règles de la litispendance et de la connexité (…)', zie art. 100 e.v. NCPC. Zie: Daigre 1996, Rép. soc., Entreprises en difficulté (Personnes morales …), p. 14, nr. 98 en Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7-40, p. 31, nr. 171.

100 Guyon 2003, T. II, p. 160, nr. 1140 en Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T.II, p. 890, nr. 2881, beide onder verwijzing naar Cass. com. 6 maart 1972, *Bull. civ.* IV, p. 77, nr. 79; *RtDCom.* 1972, p. 1015, m.nt. Houin en Cass. com. 19 oktober 1993, *Bull. civ*. IV, p. 250, nr. 346.

101 Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T. II, p. 890, nr. 2881.

102 Daigre 1996, Rép. soc., Entreprises en difficulté (Personnes morales …), p. 14, nr. 98 en Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7-40, p. 31, nr. 171.

103 Mullholland 1999, p. 86. Zie ook: art. 2(1) CA 1993, dat bepaalt dat in de CA 1993 met 'court' de *High Court of New Zealand* wordt bedoeld.

lietverklaring door de rechter moet ingevolge *High Court Rule* 700D(1) het verzoek daartoe in beginsel worden gericht tot:

> '(a) The office of the Court in the town where, or the office of the Court in the town nearest to where, the defendant company's registered office is situated, or
> (b) If the defendant company does not have a registered office, the office of the Court in the town where, or the office of the Court in the town nearest to where, the defendant company's principal or last known place of business is or was situated.'

In het algemeen geldt dat een verzoek om samengevoegde afwikkeling wordt gericht aan het kantoor van de *High Court* dat het dichtst bij de woonplaats of de voornaamste vestiging van de gedaagde (*the principal place of business of the defendant*) is gelegen.[104]

Navraag leerde mij dat in Ierland enkel het *office of the High Court* in Dublin bevoegd is om een verzoek tot een *pooling order* in behandeling te nemen.

In het voorgaande is betoogd dat in Nederland de rechtbank bevoegd moet zijn om tot samengevoegde afwikkeling te besluiten. Zijn de twee of meer samen te voegen faillissementen aanhangig bij dezelfde rechtbank dan bestaat over de relatief bevoegde rechtbank geen onduidelijkheid. Bevoegd is dan deze rechtbank waar de faillissementen reeds aanhangig zijn. Problemen doen zich pas voor wanneer de samen te voegen faillissementen aanhangig zijn bij verschillende rechtbanken. In dat geval laten zich een aantal oplossingen denken. Ten eerste is, vergelijkbaar met het systeem dat thans geldt in de Verenigde Staten, denkbaar dat één van de rechtbanken voorafgaand aan het verzoek tot consolidatie het faillissement overdraagt aan de rechtbank waar het andere van de betrokken faillissementen aanhangig is. Een dergelijke regeling acht ik evenwel niet wenselijk, omdat zij bevoegdheidsconflicten in de hand werkt. Bovendien leidt zij tot kostbare en tijdrovende procedures. Alvorens immers een verzoek tot consolidatie kan worden gedaan, moet eerst worden bewerkstelligd dat de samen te voegen faillissementen aanhangig zijn bij dezelfde rechtbank. Naar mijn oordeel verdient het de voorkeur om, gelijk in Frankrijk is geschied, in de wet een bevoegde rechtbank aan te wijzen. Oordeelt deze rechtbank dat een samengevoegde afwikkeling op haar plaats is dan zal automatisch overdracht van de bij andere rechtbanken aanhangige zaken moeten volgen, waarna kan worden overgegaan tot consolidatie. Rest nog de vraag welke rechtbank bevoegd moet worden geacht.

---

104 *Rules* 106 en 107 van de *High Court Rules*. Zie voor een belangrijke uitzondering *Rule* 107(2) van de *High Court Rules*. Voorts kent men in Nieuw-Zeeland een zogenaamde *Commercial List*, dit is een divisie van de *High Court* die enkel zetelt in Auckland. Het is aannemelijk dat een verzoek tot samengevoegde afwikkeling ook tot de *Commercial List* kan worden gericht, zo is mij door een praktiserende Nieuw-Zeelandse advocaat medegedeeld. In dat geval gelden speciale procedurele bepalingen, zie *Rule* 446A e.v. van de *High Court Rules*.

Interessant zijn in dit verband de antwoorden van de Insolad-respondenten op vraag 22 van de enquête. Daar werd gevraagd welke arrondissementsrechtbank of R-C respondenten bevoegd achtten, indien zij rechterlijke inmenging bij de besluitvorming vereist vonden. Op deze vraag kon meer dan een antwoord worden gegeven, hetgeen ook veelvuldig is gedaan. Hierna volgt de top 5 van de meest gegeven antwoorden:

1. (de R-C verbonden aan) de rechtbank die het eerste van de betrokken faillissementen heeft uitgesproken (24 keer);[105]
2. (de R-C verbonden aan) de rechtbank in het arrondissement waar de kern van de bedrijfsactiviteiten wordt uitgeoefend (13 keer);
3. (de R-C verbonden aan) de rechtbank in het arrondissement waar zich het merendeel van de activa bevindt (5 keer);
   alle betrokken R-C's gezamenlijk (5 keer);
4. de rechtbank waardoor een van de debiteuren failliet is verklaard (3 keer);
   de curator in overleg met alle betrokken R-C's (3 keer);
5. alle betrokken rechtbanken en R-C's bij de besluitvorming betrekken (2 keer);
   de R-C in het faillissement van de holding (de vennootschap die het hoogst in de 'kerstboom' zit) (2 keer).

Het merendeel van de Insolad-respondenten betoogt – naar mijn mening terecht – dat de rechtbank die het eerste van de betrokken faillissementen heeft uitgesproken, bevoegd zou moeten zijn. Deze oplossing verdient volgens mij op dit moment de voorkeur vanwege haar eenvoud. Met deze regel wordt wel een mogelijkheid tot forumshopping geschapen, maar dit is niet zonder meer bezwaarlijk. Vooral de eerste tijd na de introductie van de door mij voorgestelde norm voor consolidatie zal van een door de rechtbanken ontwikkeld beleid ten aanzien van samengevoegde afwikkeling nog niet kunnen worden gesproken. Een beleid wordt door de rechtbanken bij zulke open normen ontwikkeld naarmate de norm vaker wordt toegepast. Dit kan er vooral in de beginperiode toe leiden dat verschillende rechtbanken soms enigszins verschillende interpretaties van de norm hanteren. Een concern dat de ene interpretatie verkiest boven de andere kan, afhankelijk van de woonplaats (zetel) van de tot het concern behorende vennootschappen, een eerste faillietverklaring verzoeken in het arrondissement dat haar het meest voordelig voorkomt. Dit kan bezwaarlijk worden geacht, maar biedt partijen wel de mogelijkheid om die rechter te kiezen die de meeste ervaring heeft. Naar mijn mening staat de mogelijkheid tot forumshopping niet in de weg aan het bevoegd achten van de rechtbank die het eerste van de betrokken faillissementen heeft uitgesproken. Ook andere keuzen leiden tot mogelijkheden voor forumshopping, welke keuzen bovendien praktische bezwaren kennen. Zonder volledig te zijn wijs ik op de volgende. Stel dat wordt gekozen voor de rechtbank in het arrondissement waar zich het merendeel van het actief bevindt. Vooraf-

105 Drie respondenten merken op dat dit het duidelijkst zal zijn.

gaande aan een faillietverklaring kan door de latere schuldenaren met actief worden geschoven, waardoor bevoegdheid van een rechtbank kan worden gecreëerd. Vergelijkbare problemen doen zich voor wanneer de rechtbank bevoegd wordt geacht in het arrondissement waar het merendeel van de bedrijfsactiviteiten wordt ontplooid. Bedrijfsactiviteiten kunnen worden gestaakt of overgeheveld naar een andere vennootschap en soms wordt zelfs door de concernleiding steeds die vennootschap ingezet die op dat moment het beste in staat is om een bepaalde dienst te leveren, waardoor niet kan worden gezegd dat een bepaalde vennootschap steeds een bepaalde activiteit ontplooit. Het bevoegd achten van de rechtbank waar het faillissement van de holding of de 'hoogst gerangschikte' vennootschap aanhangig is, biedt evenmin een volledige oplossing. Welke rechtbank is bijvoorbeeld bevoegd wanneer enkel dochtermaatschappijen failliet zijn verklaard en welke rechtbank wanneer het geconsolideerde faillissement aanhangig is bij de rechtbank in het arrondissement waar de tussenholding haar zetel heeft, en later de holding alsnog failliet wordt verklaard waarna samengevoegde afwikkeling met de rest van de groep aangewezen blijkt? Het toekennen van de bevoegdheid om tot consolidatie te besluiten aan de betrokken rechtbanken in onderling overleg, lijkt een oplossing te bieden, maar ook aan deze optie kleven bezwaren. Ten eerste is de werklast bij de rechtbanken al zodanig groot, dat het onrealistisch moet worden geacht om twee of meer rechtbanken op te zadelen met een vraagstuk dat ook door één enkele rechtbank kan worden opgelost. Ten tweede rijst na de beslissing tot consolidatie de vraag bij welke rechtbank het samengevoegde faillissement aanhangig zal zijn.

Forumshopping kan, indien men dit wenst, enkel worden uitgesloten wanneer ervoor wordt gekozen om de beoordeling van een verzoek tot consolidatie neer te leggen bij één enkele rechterlijke instantie. In de literatuur is opgemerkt dat gedacht kan worden aan de Ondernemingskamer.[106] Daarbij is erkend dat aan deze oplossing thans het bezwaar kleeft dat bij de huidige indeling van de rechterlijke organisatie hoger beroep niet mogelijk zou zijn.[107] Mijns inziens is deze oplossing ook overigens niet ideaal. Nadat de ondernemingskamer heeft besloten tot consolidatie, moet namelijk alsnog een rechtbank worden aangewezen waar de samengevoegde procedure aanhangig zal zijn en uit wier gelederen een R-C moet worden benoemd, tenzij men ook die taak bij de ondernemingskamer wil leggen. Aldus rijst wederom de vraag welke rechtbank bevoegd moet worden geacht. Nadat een rechtbank is aangewezen moeten alle zaken aan deze rechtbank worden overgedragen en vervolgens samengevoegd. Dit alles is naar mijn oordeel te omslachtig en tijdrovend. In insolventiezaken is juist snel en efficiënt handelen geboden om waardevermindering van de boedel tegen te gaan. Al deze moeilijkheden kunnen worden ondervangen door een gespecialiseerde insolventierechter in het leven te roepen, die grote en lastige faillissementen en surséances behandelt, waaronder zeker gecompliceerde 'concern-faillissementen' kunnen worden

106 Josephus Jitta 1999, p. 110.
107 Idem.

begrepen.[108] Instelling van een dergelijke rechter zou veel discussies voorkomen en de rechtszekerheid bevorderen: Forumshopping wordt onmogelijk en – belangrijker – deskundigheid is eerder aanwezig.[109] Desalniettemin verwacht ik niet dat binnen afzienbare tijd een gespecialiseerde insolventierechter wordt ingesteld. Daartoe zijn meermaals aanzetten gegeven[110], die tot nog toe op niets zijn uitgelopen.[111] Tot die tijd zou ik daarom willen aannemen dat de rechtbank die het eerste der betrokken faillissementen heeft uitgesproken bevoegd is om tot consolidatie te besluiten.

Wordt de rechtbank bevoegd geacht waar het eerste van de te consolideren faillissementen is uitgesproken, dan kan zich nog het probleem voordoen dat de faillissementen van de beide vennootschappen in verschillende arrondissementen, maar op dezelfde dag zijn uitgesproken. Naar mijn mening is het in dat geval wenselijk om de regel van artikel 2(5) Fw analoog toe te passen. Artikel 2(5) Fw bepaalt dat wanneer de uitspraak tot faillietverklaring van verschillende bevoegde rechtbanken op dezelfde dag plaatsvindt, alleen de uitspraak van de rechtbank, die in de Wet van 10 augustus 1951, *Stb.* 347 (Wet op de rechterlijke indeling) het eerste wordt genoemd, rechtsgevolgen heeft. In het geval betreffende een verzoek tot consolidatie moet dan gelden dat enkel bevoegd is de rechtbank die in de Wet op de rechterlijke indeling het eerst wordt genoemd. De genoemde wet geeft de vaststelling van het rechtsgebied en de zetel van ieder gerecht in Nederland, waarbij de gerechtshoven, alsmede de binnen ieder ressort ressorterende rechtbanken, alfabetisch zijn gerangschikt.

Voorts kunnen moeilijkheden optreden wanneer het vennootschappen wordt toegestaan om gelijktijdig met hun faillietverklaring om consolidatie te verzoeken.[112] Geen problemen doen zich voor wanneer de zetels van beide vennootschappen in hetzelfde arrondissement zijn gelegen en zij gelijktijdig aangifte doen tot faillietverklaring en daarbij (samen) om consolidatie verzoeken. Zetelen zij echter in verschillende arrondissementen dan is het gelijktijdig verzoeken van een faillietverklaring en een consolidatie op dit moment strikt genomen niet mogelijk, omdat dan het faillissement van één der vennootschappen zou worden

108 Dit idee is niet nieuw, vgl. Vriesendorp *TvI* 1995 (I), p. 100.

109 Zie voor meer voordelen, maar ook voor nadelen verbonden aan gebruikmaking van gespecialiseerde rechterlijke colleges: Kroeze *OR* 2007, p. 86-87 en de door hem genoemde verwijzingen.

110 Zie: Vriesendorp *TvI* 1995 (I), p. 100. Vgl. ook: Cie. Mijnssen 1989, p. 87-93.

111 De hoop moet evenwel niet worden opgegeven: In zijn Agenda van de Rechtspraak 2005-2008 (p. 22-23) en zijn Jaarplan 2006 (p. 11-12) heeft de Raad voor de Rechtspraak als doelstelling opgenomen 'Specialisatie door concentratie'. In dat kader wordt ook bezien of rechterlijke werkzaamheden in verband met grote en ingewikkelde faillissementen moeten worden geconcentreerd. En ook de Commissie Insolventierecht gaat 'met het oog op (verdere) professionalisering van het rechter-commissariaat (…) uit van concentratie van insolventiezaken in de hoofdplaatsen van de hofressorten'. Zie: brief van Kortmann, voorzitter van de Commissie Insolventierecht, aan de Minister van Justitie d.d. 29 juni 2006, p. 7, <http://www.justitie.nl>, geraadpleegd 8 juli 2007.

112 Zie over het tijdstip van een verzoek tot consolidatie: paragraaf 6.1.5.

uitgesproken door een daartoe onbevoegde rechtbank. Om dit mogelijk te maken zou in de Faillissementswet de regel kunnen worden opgenomen dat in dat geval bevoegd is de rechtbank, die ten aanzien van één der vennootschappen bevoegd is, en die als eerste van de ten aanzien van de betrokken vennootschappen bevoegde rechtbanken wordt genoemd in de Wet op de rechterlijke indeling. Mogelijke praktische problemen kunnen optreden wanneer na faillietverklaring van de verschillende vennootschappen blijkt dat samengevoegde afwikkeling niet op haar plaats is. In dat geval zal een of meer faillissementen aanhangig zijn bij de 'verkeerde' rechtbank, dat wil zeggen dat hun faillissement aanhangig is bij een andere rechtbank dan de rechtbank in het arrondissement waar hun zetel is gelegen. Dit kan onhandig zijn wanneer de handelspartners en het personeel van de failliet voornamelijk verblijven in het arrondissement waar de vennootschap haar zetel heeft. Echter, deze onhandigheid doet zich thans ook al voor wanneer de zetel van de vennootschap in een ander arrondissement is gelegen dan haar kantoor of fabriek. Om mogelijke problemen te beperken kan worden overwogen om in die gevallen verwijzing mogelijk te maken naar de rechtbank in het arrondissement waar de zetel is gelegen van de failliet verklaarde vennootschap die is uitgesloten van consolidatie.

Ten slotte kan zich het geval voordoen dat een vennootschap (A) gelijktijdig met haar aangifte tot faillietverklaring wil verzoeken om samengevoegde afwikkeling van haar faillissement met het reeds uitgesproken faillissement van een andere vennootschap (B). Dit verzoek levert geen problemen op wanneer de beide vennootschappen zetelen in hetzelfde arrondissement. Ligt hun zetel in verschillende arrondissementen dan komt de vraag op welke rechtbank bevoegd is. Ik zou niet willen aannemen dat in dat geval het verzoek van A onmogelijk is. Het is volgens mij redelijk en doelmatig om in dat geval de rechtbank die reeds het faillissement van vennootschap B heeft uitgesproken ook bevoegd te achten om het faillissement van A uit te spreken en vervolgens te oordelen over het verzoek tot samengevoegde afwikkeling. Wordt A failliet verklaard, maar wordt het verzoek om consolidatie geweigerd dan zou ook hier verwijzing als voornoemd kunnen worden overwogen.

6.1.4 Horen van belanghebbenden

Samengevoegde afwikkeling heeft afhankelijk van de omstandigheden van het geval verschillende gevolgen voor verschillende betrokkenen. Deze gevolgen kunnen van ingrijpende aard zijn. De vraag komt dan op hoe aan de belangen van al deze personen in de procedurele sfeer recht kan worden gedaan. Mijns inziens biedt het organiseren van een hoorzitting daartoe goede mogelijkheden. Aanwijzingen in die richting kunnen worden gevonden in Amerikaanse jurisprudentie inzake samengevoegde afwikkeling. Omtrent het horen van crediteuren en andere belanghebbenden bestaan in de Verenigde Staten geen algemene regels. Wel schrijven de *Local Rules of Bankruptcy Procedure* van sommige *Bankruptcy Courts* voor dat van het verzoek tot consolidatie mededeling moet worden gedaan aan bepaalde crediteuren en andere belanghebbenden, waarna een hoorzitting

volgt waar deze personen hun opmerkingen en bezwaren naar voren kunnen brengen.[113] Uit de jurisprudentie volgt voorts dat het organiseren van een hoorzitting nadat consolidatie heeft plaatsgevonden, i.e. in het kader van de geconsolideerde procedure, regelmatig voldoende wordt geacht om aan de belangen van de betrokken crediteuren recht te doen.[114]

In de huidige Nieuw-Zeelandse regeling voor consolidatie is geen bepaling opgenomen in verband met het horen van belanghebbenden, maar het oude artikel 315B(5) CA 1955 bepaalde nog wel dat:

> 'Notice of an application to the Court for the purposes of this section shall be served on every company specified in the application, and on such other persons as the Court may direct, not later than the end of the 8th day before the day the application is heard.'

Deze bepaling bood aldus de gelegenheid om debiteuren, crediteuren en andere belanghebbenden mededeling te doen van de voorgestelde consolidatie, waarna deze partijen op de zitting konden verschijnen. Thans is deze bepaling vervallen. Zoals vaker opgemerkt, is de reden voor het laten vervallen van diverse leden van artikel 315B CA 1955 niet duidelijk, net als de gevolgen die daaraan kleven. Evenwel moet erop worden gewezen dat mogelijk nog in 2007 artikel 271A CA 1993 in werking treedt, waarin kort gezegd wordt bepaald dat, tenzij de rechter anders bepaalt, de verzoeker om consolidatie van zijn verzoek gemotiveerd mededeling doet aan de *liquidator* en iedere crediteur van iedere in liquidatie verkerende vennootschap, waarbij hij wijst op de mogelijkheid dat tegen het inwilligen

113 Zie bijvoorbeeld: *Local Rules of Bankruptcy Procedure of the District of Alaska*, d.d. 1 december 2004, <http://www.akb.uscourts.gov/LR12-04.pdf>, p. 12, laatstelijk geraadpleegd op 8 mei 2006: 'Rule 1015-1 Joint Adminstration and Substantive Consolidation. (a) Except as specifically provided for in this rule for joint cases, all motions for joint administration or substantive consolidation under Rule 1015, Federal Rules of Bankruptcy Procedure, must be: (1) filed in each affected case; (2) transmitted to the United States Trustee; and (3) served on the – (A) debtors, (B) trustees, and (C) any committee(s) appointed in the cases. (b) Notice. Except as specifically provided for in this rule for joint cases, twenty (20) days notice of a Motion for Joint Adminstration or Substantive Consolidation (…) must be mailed to the master mailing list in each affected case (dat is een lijst van crediteuren, MLHR).'
Zie ook: *Local Bankruptcy Rules of the Middle District of Pennsylvania*, d.d. 1 januari 2005, <http://www.pamb.uscourts.gov. localrules/usbc_pamb_local_rules.htm#TOC1_7>, p. 4, laatstelijk geraadpleegd op 8 mei 2006: 'Rule 1015-1 Joint Administration/Consolidation. (…) (b) Substantive Consolidation. A request for substantive consolidation must be made by motion. The movant must serve the motion on all parties in interest. The notice must provide for a twenty (20) day objection period. A hearing will be set even if no objections are filed.'

114 Bijvoorbeeld: *Stone v. Eacho*, 127 F.2d 284, 290 (4th Cir. 1942), *rehearing denied*, 128 F.2d 16, *cert. denied*, 317 U.S. 635 (1942) en *In re Baker & Getty Financial Services, Inc*., 78 B.R. 139, 143 (Bankr. N.D. Ohio 1987).

van het verzoek bezwaar kan worden gemaakt.[115] In Ierland is de oude Nieuw-Zeelandse regel nog steeds in de wet opgenomen.[116]

In Frankrijk is aan dit onderwerp bij mijn weten nog geen aandacht besteed.

Organisatie van een hoorzitting vereist dat de bekende belanghebbenden, denk aan de schuldenaren en hun bekende crediteuren, worden uitgenodigd voor de hoorzitting onder mededeling van het verzoek tot samengevoegde afwikkeling en van de belangrijkste gevolgen daarvan. Ook de curator dient voor de hoorzitting te worden uitgenodigd. Zijn in de verschillende faillissementen verschillende curatoren benoemd, dan moeten zij allen worden uitgenodigd om te worden gehoord. Aandeelhouders zijn door de faillietverklaring van hun vennootschap reeds naar de achtergrond verdwenen en hoeven niet steeds te worden uitgenodigd. De rechtbank moet naar mijn mening wel de mogelijkheid hebben om daartoe een instructie te geven en kan voorts iedere persoon waarvan zij verwacht dat die over relevante informatie beschikt, laten oproepen voor de hoorzitting.

Wordt het verzoek tot samengevoegde afwikkeling gelijktijdig gedaan met de verzoeken tot faillietverklaring van de vennootschappen[117], dan moet de beslissing op het verzoek tot samengevoegde afwikkeling worden aangehouden, omdat eerst een hoorzitting moet worden georganiseerd. De hoorzitting mag niet heel lang op zich laten wachten, maar enige tijd tussen het verzoek tot consolidatie en de hoorzitting is wel noodzakelijk, omdat de adressen van de bekende belanghebbenden moeten worden verzameld, informatieve brieven moeten worden opgesteld en verzonden, etc. Ook moet crediteuren een reële gelegenheid worden geboden om kennis te nemen van het verzoek tot consolidatie en van de hoorzitting, alsmede om zich te beraden over de invloed van een eventuele consolidatie op hun verhaalspositie. Het organiseren van een hoorzitting vertraagd derhalve de afwikkeling van de faillissementen. Deze vertraging wordt groter naarmate er meer crediteuren en andere betrokkenen zijn waarvan de belangen door een eventuele consolidatie of het uitblijven daarvan worden geraakt, en die daarom de hoorzitting willen bijwonen en er hun mening willen geven. Het is immers denkbaar dat de hoorzitting dan moet plaatsvinden gedurende meerdere dagen, omdat anders niet iedereen aan het woord kan komen. Ik verwacht echter dat deze laatste vertragende factor minder sterk is dan hij op het eerste gezicht lijkt. Veel crediteuren zullen de gevolgen van een consolidatie niet overzien of de rompslomp die gepaard gaat met het bijwonen van de hoorzitting niet vinden opwegen tegen de kans op uitkering op hun vordering, waardoor zij afzien van inmenging in de

115 Artikel 271A wordt middels de *Companies Amendment Act 2006* ingevoegd in de CA 1993 (NZ). Verwacht wordt dat de *Companies Amendment Act 2006* in werking treedt in oktober 2007, zie *Personal Insolvency and Companies (Voluntary Administration) Regulations – Cabinet Paper*, paragraaf 91-92, gepubliceerd op 3 juli 2007, <http://www.med.govt.nz>, geraadpleegd op 30 augustus 2007. Via de *Companies Amendment Act 2006* gaat diezelfde regel bovendien gelden voor *voluntary administration procedures*: zie art. 239AES CA 1993 (NZ).

116 Art. 141(6) CA1990 (IE).

117 Zie hierna paragraaf 6.1.5.

besluitvorming tot consolidatie. Desalniettemin kunnen zich gevallen voordoen waarin veel crediteuren opkomen voor hun belangen door de hoorzitting bij te wonen en er het woord te voeren. Dit gevolg zou op voorhand kunnen worden voorkomen door te bepalen dat, in die gevallen waarin een (voorlopige) crediteurencommissie is benoemd, enkel de leden van die commissie worden gehoord. Daarbij doet zich echter de moeilijkheid voor dat een crediteurencommissie op dit moment zelden wordt benoemd[118] en slechts uit één tot drie leden bestaat, waardoor het alleszins denkbaar is dat slechts de belangen van bepaalde (groepen) schuldeisers worden behartigd. Ook is geenszins zeker dat een crediteurencommissie daadwerkelijk actief optreedt en derhalve van de hoed en de rand weet.[119] En in die gevallen waarin consolidatie gelijktijdig is verzocht met de faillietverklaring zal een crediteurencommissie die bij dezelfde beschikking is benoemd nauwelijks de tijd hebben om te achterhalen wat de precieze gevolgen van een consolidatie zijn voor de verschillende (groepen) crediteuren. Deze problemen kunnen enkel worden voorkomen door alle bekende crediteuren en andere belanghebbenden individueel het recht toe te kennen om te worden gehoord. Een middel om de vertraging van het besluitvormingsproces enigszins te beperken, is het expliciet toestaan van een schriftelijke reactie van crediteuren en andere belanghebbenden op de uitnodiging om deel te nemen aan de hoorzitting.

Uit het voorgaande moge volgen dat het organiseren van een hoorzitting kostbaar en tijdrovend kan zijn, waardoor de afwikkeling van de betrokken faillissementen mogelijk wordt belemmerd. Desalniettemin is het organiseren van een hoorzitting mijns inziens belangrijk.[120] Bij het uitblijven van een hoorzitting zou de rechtbank immers geen echte belangafweging kunnen maken.[121] Zij zou een beslissing moeten nemen naar aanleiding van de door de verzoeker tot consolidatie verstrekte informatie en zou (grotendeels) verstoken blijven van de daartegen pleitende argumenten. Tijdens een hoorzitting daarentegen kan de rechtbank kennis nemen van de bezwaren die bepaalde crediteuren, de debiteuren of de curatoren in de betrokken faillissementen tegen de verzochte consolidatie hebben. Crediteuren kunnen bijvoorbeeld gemotiveerd aangeven dat zij gerechtvaardigd hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van hun debiteur afzonderlijk.[122] Anderzijds kunnen crediteuren, debiteuren en curatoren op de hoorzitting ook hun steun betuigen aan de verzoeker tot consolidatie. Op deze manier wordt aan de belangen van de crediteuren in de verschillende boedels recht gedaan en wordt

118 Polak/Pannevis 2005, p. 180.

119 Ook in de Verenigde Staten is wel opgemerkt dat een crediteurencomité lang niet altijd actief de belangen van alle crediteuren behartigd, zie *In re Parkway Calabasas Ltd.*, 89 B.R. 835, nt. 3 (Bankr. C.D. Cal. 1988), waarover meer in paragraaf 6.3.

120 Zie ook: Reumers *O&F* juli 2003, p. 62.

121 Zie hoofdstuk 4, waarin ik heb betoogd dat de norm voor consolidatie moet zijn dat de daarmee gepaard gaande voordelen voor de betrokken crediteuren aanzienlijk zwaarder moeten wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen.

122 Zie over crediteurenvertrouwen ook paragraaf 4.4.2.

voor de rechtbank de mogelijkheid geopend een goed geïnformeerde beslissing te nemen.

Wat betreft werknemers ben ik overigens van mening dat zij niet meer rechten hebben dan de rechten die zij ontlenen aan hun positie als crediteur.[123] Het faillissement van hun debiteur is nu eenmaal een feit en daarmee het einde van hun dienstbetrekking, tenzij de curator bij een overdracht van de onderneming anders kan bedingen of er een akkoord tot stand komt waardoor de onderneming (gedeeltelijk) kan worden voortgezet. Na faillietverklaring staat het belang van de gezamenlijke crediteuren voorop.

6.1.5 Tijdstip verzoek

Van belang is ook te weten tot wanneer een verzoek om samengevoegde afwikkeling kan worden gedaan. Het beperken van de mogelijkheid daartoe bevordert niet alleen de rechtszekerheid, maar kan ook dubbel werk voorkomen en draagt zo bij aan een efficiënte afwikkeling van de betrokken faillissementen. Aan dit onderwerp is in de onderzochte landen desalniettemin weinig aandacht besteed. Recentelijk is door de Nieuw-Zeelandse Minister van Handel wel voorgesteld om uitdrukkelijk te bepalen dat wanneer reeds een samenvoeging van de faillissementen van twee of meer vennootschappen heeft plaatsgevonden, aan deze 'groep' faillissementen andere faillissementen kunnen worden toegevoegd. Hetzelfde zou moeten gaan gelden voor *voluntary administration procedures*.[124] Echter, hier wordt niet aangegeven tot welk moment van deze mogelijkheid gebruik kan worden gemaakt. Slechts in Frankrijk is aan deze kwestie uitgebreid aandacht besteed. Daar is bepaald dat uitbreiding van een reorganisatieprocedure wegens vermogensvermenging slechts mogelijk is totdat in deze procedure een reorganisatieplan inhoudende voortzetting of verkoop van de onderneming is

123 In Frankrijk is dit mogelijk anders. Daar moet de vertegenwoordiger van de werknemers mogelijk worden gehoord wanneer het de uitbreiding van een insolventieprocedure betreft naar een vennootschap die zelf nog niet in enige insolventieprocedure is betrokken. Vgl. Cass. com. 24 oktober 1995, nr. 93-11322, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. De vennootschap waarnaar in deze zaak een reorganisatieprocedure was uitgebreid, betoogde dat de rechter daartoe niet had mogen overgaan, omdat de vertegenwoordiger van de werknemers niet was gehoord, vgl. art. 6 Wet van 25 januari 1985, daarna L621-4 C. com. (oud), thans afgeschaft, maar voor wat betreft de opening van een reorganisatieprocedure opnieuw opgenomen in L631-7 jo. L621-1 C. com. De *Cour de cassation* oordeelde evenwel dat de debiteur niet de hoedanigheid bezat om dit gebrek in te roepen en wees het betoog van de debiteur van de hand. In het midden blijft of een dergelijk betoog had kunnen slagen wanneer het bijvoorbeeld was gehouden door de vertegenwoordiger van de ondernemingsraad.

124 *Final Cabinet Paper on proposed amendment to the Draft Bill*, juni 2005, p. 12, nr. 34. Dit voorstel is voor *voluntary administration procedures* terug te vinden in het binnenkort in werking tredende art. 239AEU CA 1993 (NZ).

vastgesteld.[125] Dit geldt tevens voor de vennootschap waarnaar uitbreiding wordt verzocht wanneer uitbreiding van een reorganisatie wordt verzocht wegens vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap naar een vennootschap die zelf reeds in een reorganisatieprocedure is betrokken.[126] In dat geval is het verzoek derhalve slechts ontvankelijk tot de dag waarop in een van de procedures door de rechter een reorganisatieplan is vastgesteld. Wordt wegens het bestaan van vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap uitbreiding van een faillissementsprocedure verzocht naar een vennootschap die zelf reeds failliet is verklaard of in een reorganisatie is betrokken dan is dit verzoek wederom slechts ontvankelijk totdat de rechter een reorganisatieplan heeft vastgesteld.[127]

Onder het oude recht was besloten dat uitbreiding van een faillissementsprocedure die reeds was gesloten wegens een gebrek aan baten, niet mogelijk was wegens het bestaan van vermogensvermenging, tenzij de procedure was hervat ex artikel 170 Wet van 25 januari 1985.[128] Uit deze uitspraak is door diverse Franse auteurs meer in het algemeen afgeleid dat uitbreiding van een faillissementsprocedure naar een derde mogelijk is totdat deze procedure is gesloten.[129] Meer recent heeft de *Cour de cassation* dit oordeel bevestigd.[130]

Deze regels zijn zowel logisch als praktisch van aard. Wanneer een plan is opgesteld is dit het gevolg van een zorgvuldig proces waarbij alle belangen in ogenschouw zijn genomen. Het opnieuw aankaarten van de via het plan reeds afdoende opgeloste vraagstukken is inefficiënt en niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Ook zou het alsnog toestaan van een uitbreiding ertoe leiden dat aanpassing van het plan wordt bereikt buiten de door de wet daarvoor bestemde wegen, te weten aanpassing van het plan via artikel L631-19(I) jo. L626-26 C. com. en ont-

125 Cass. com. 22 oktober 1996, *Bull. civ.* IV 1996, p. 219, nr. 256; *D.* 1997, IR, p. 8; *Bull. Joly* 1997, p. 166, m.nt. Le Cannu; Cass. com. 20 januari 1998, nr. 95-16345, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>; Cass. com. 28 november 2000, nr. 97-12265, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/> en Cass. com. 27 november 2001, *Dr. soc.* maart 2002, p. 15, nr. 38. In zijn noot onder het eerstgenoemde arrest merkt Cannu op dat niet zeker is of hetzelfde geldt ten aanzien van een uitbreiding wegens fictiviteit van de vennootschap (p. 169). Gezien latere jurisprudentie, hierna te behandelen, is dit mijns inziens zeer wel aannemelijk.

126 Cass. com. 4 januari 2000, *Bull. civ.* IV, p. 2, nr. 3; *D.* 2000, AJ, p. 72, m.nt. Lienhard en Cass. com. 5 februari 2002, *Bull. civ.* IV, p. 28, nr. 29. Zie ook reeds: Cass. com. 12 november 1991, *Bull. civ.* IV, p. 238, nr. 343; *D.* 1992, IR, p. 39.

127 Cass. com. 4 januari 2000, *Bull. civ.* IV, p. 2, nr. 3; *D.* 2000, AJ, p. 72, m.nt. Lienhard. Zie ook: CA Caen 30 april 1998, nr. 980388, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

128 Cass. com. 11 juli 1995, *Bull civ.* IV, p. 194, nr. 208; *D.* 1996, som., p. 84, m.nt. Honorat. NB Art. 170 Wet van 25 januari 1985 is vervolgens opgenomen in art. L622-34 C. com. (oud). Op dit moment is heropening van een faillissementsprocedure geregeld in art. L643-13 C. com.

129 Lienhard, noot onder Cass. com. 11 december 2001, *D.* 2002, AJ, p. 404; idem noot onder Cass. com. 4 januari 2000, *D.* 2000, AJ, p. 73 en Honorat, noot onder Cass. com. 11 juli 1995, *D.* 1996, som., p. 85.

130 Cass. com. 13 november 2002, *Dr. soc.* aug.-sept. 2003, p. 16, nr. 142, m.nt. Legros.

binding van het plan ex artikel L631-19(I) jo. L626-27 C. com.[131] Bovendien worden de beperkte beroepsmogelijkheden die bestaan om tegen de beslissing inhoudende de vaststelling van een plan op te komen (zie artikel L661-1 en L661-6 C. com.), daardoor omzeild.[132]

Vergelijkbare overwegingen gelden ten aanzien van een uitbreiding van een faillissementsprocedure. Wanneer deze is gesloten, is er strikt genomen geen insolventieprocedure meer die kan worden uitgebreid. De zaak is afgedaan; het opnieuw aankaarten van dezelfde problemen moet worden vermeden.[133]

Recentelijk heeft het appelhof van Chambery beslist dat een verzoek tot uitbreiding van een reorganisatieprocedure ontvankelijk is wanneer het vijf dagen voorafgaande aan de vaststelling van het verkoopplan is gedaan.[134] Het hof motiveert deze beslissing met de overweging dat uitbreiding niet strijdig is met het verkoopplan omdat zij tot doel heeft het actief van de in de reorganisatieprocedure betrokken vennootschap te reconstrueren en daarmee de afwikkeling van de schuldvorderingen mogelijk te maken zonder dat de vennootschap waarnaar uitbreiding van de procedure wordt verzocht heeft opgehouden met betalen. Het hof maakt daarbij bovendien een onderscheid tussen verkoopplannen en voortzettingsplannen en wijst erop dat een verkoopplan in tegenstelling tot een voortzettingsplan niet de modaliteiten van de aanzuivering van het passief vastlegt en aan de bewindvoerder vrijlaat om voorafgaande aan de vaststelling van het plan om uitbreiding van de procedure te verzoeken.

Strikt genomen is deze uitspraak in lijn met de jurisprudentie van de *Cour de cassation*. Het verzoek is immers voorafgaande aan de vaststelling van het plan gedaan, maar zij is niet efficiënt. In casu is de uitbreidingsbeslissing wegens vermogensvermenging genomen na de vaststelling van het plan. Dit is hier niet heel bezwaarlijk omdat, zoals het appelhof opmerkt, het een verkoopplan betreft dat niet de modaliteiten voor de aanzuivering van het passief vastlegt. Desalniettemin kan men vraagtekens plaatsen bij deze beslissing tot uitbreiding. Zo vraag ik mij af in hoeverre echt sprake is van een vermogensvermenging die noopt tot samengevoegde afwikkeling als men pas vijf dagen voorafgaande aan de vaststelling van een plan overgaat tot een verzoek tot consolidatie. In Frankrijk start een insolventieprocedure in de regel immers met een observatieperiode, die er onder andere op gericht is de financiële situatie van de onderneming in kaart te brengen en te beraadslagen over het lot van de onderneming, artikel (L631-7 jo.) L621-3 C. com.[135] Dit kan onder omstandigheden best wat langer duren, maar naar men mag aannemen zal toch zeker vijf dagen voorafgaande aan de vaststelling van een plan, duidelijkheid bestaan omtrent de toestand van de boedel en de relaties van de debiteur met crediteuren en andere nauw betrokken derden. Dat hier sprake is

131 Zie: Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7-40, p. 31, nr. 170; Le Cannu, noot onder Cass. com. 22 oktober 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 168 en Lienhard, noot onder Cass. com. 4 januari 2000, *D.* 2000, AJ, p. 73.

132 Le Cannu, noot onder Cass. com. 22 oktober 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 168.

133 Vgl. Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7-40, p. 31, nr. 170.

134 CA Chambery 21 januari 2003, nr. 99/01273, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

van een verkoopplan kan daaraan niets afdoen, omdat ook deze keuze goed gefundeerd moet zijn en ten minste enig onderzoek veronderstelt naar de mogelijkheden voor voortzetting van de onderneming door de debiteur zelf.[136]

In Nederland is het op dit moment onduidelijk tot wanneer een verzoek om samengevoegde afwikkeling kan worden gedaan. Deze kwestie is nog niet in de literatuur of de rechtspraak aan de orde geweest. Zoals opgemerkt, is die onduidelijkheid vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid onwenselijk. Ook moet worden voorkomen dat dubbel werk wordt verricht, hetgeen immers de kosten doet oplopen en de uitkeringen aan crediteuren niet ten goede komt.

Interessant zijn in dit verband de antwoorden van de leden van Insolad op de vraag tot welk moment zij consolidatie toelaatbaar achten.[137] 66 van de 67 respondenten hebben antwoord gegeven op deze vraag. Sommige respondenten gaven meer dan één moment op. Hierna volgt een top 5 van de meest gegeven antwoorden:

1. totdat enige uitkering aan de crediteuren is gedaan (33 keer);
2. totdat een akkoord is tot stand gekomen (17 keer);
3. tot de verificatievergadering (8 keer)
4. totdat alle faillissementen zijn geëindigd (4 keer);
5. binnen 3 maanden na het uitspreken van het faillissement (2 keer);

nooit (2 keer).

Diverse momenten zouden aldus als een begrenzing van het recht om samengevoegde afwikkeling te verzoeken, kunnen worden gebruikt. Ten eerste is daar het moment waarop enige uitkering aan de crediteuren in één der faillissementen is gedaan. Dan moet worden gedacht aan een tussentijdse uitkering, vergelijk artikel 179 Fw. Immers, is aan de geverifieerde schuldeisers het volle bedrag van hun vorderingen uitgekeerd, dan eindigt het faillissement, artikel 193 Fw. Indien na een tussentijdse uitkering nog een verzoek om consolidatie zou kunnen worden gedaan, zou na de consolidatie een nieuwe, tijdrovende berekening moeten worden gemaakt van het aan de crediteuren uit te keren bedrag, hetgeen kan aantonen dat de eerder gedane uitkering volgens de nieuwe maatstaven te hoog was. Terugbetaling van het uitgekeerde bedrag zal moeilijk kunnen worden gevorderd. De crediteur die de uitkering heeft ontvangen, verkeerde op het moment van de uitkering in de gerechtvaardigde veronderstelling dat hij recht had op het uitgekeerde bedrag. Bovendien kan het zo zijn dat hij het ontvangen geld reeds heeft uitgegeven of geïnvesteerd in een ander project.[138]

---

135 Onder omstandigheden is een directe faillietverklaring mogelijk: L640-1 C. com.

136 Zie Guyon 2003, T.II, p. 308, nr. 1275. Hij merkt op dat voor de totstandkoming van een verkoopplan vereist is dat de onderneming niet door de debiteur zelf kan worden voortgezet.

137 Zie: bijlage I, vraag 26.

138 Vgl. ook art. 171 Fw, waaruit kan worden afgeleid dat na de ontbinding van een akkoord, zodat het faillissement wordt heropend, de reeds krachtens het akkoord ontvangen uitkeringen niet hoeven te worden terugbetaald. Zie daarover Polak/Pannevis 2005, p. 231.

Ook de aanname van een akkoord in het faillissement van een van de vennootschappen waartussen men consolidatie wenst, zal mijns inziens in de weg staan aan een consolidatie, omdat door het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie van het akkoord het faillissement eindigt, artikel 161 Fw. Maar ook voorafgaande aan het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie, of zelfs voorafgaande aan de homologatie, maar na de positieve stemming over het akkoord, moet consolidatie tussen het faillissement van deze en een andere vennootschap uitgesloten zijn, tenzij het akkoord uiteindelijk niet wordt gehomologeerd. De enkelvoudige afwikkeling is dan al zover gevorderd, zelfs bijna ten einde, dat een andere wijze van afwikkeling in principe niet meer op haar plaats is. Enkelvoudige afwikkeling is de regel en waar dit zoals hier zonder al te veel problemen haalbaar lijkt, moet zij ook worden doorgezet.

Weer een ander moment is de verificatievergadering. Dat samengevoegde afwikkeling niet meer mogelijk moet zijn nadat in één der faillissementen een verificatievergadering heeft plaatsgevonden volgt uit de hierna nog te bespreken regel van de Hoge Raad dat in een geconsolideerd faillissement slechts als geverifieerde vorderingen kunnen gelden, vorderingen die zijn geverifieerd op één, gezamenlijk gehouden verificatievergadering.[139] Van der Grinten heeft zich afgevraagd of – indien reeds afzonderlijke verificatievergaderingen hebben plaatsgevonden – niet de gelegenheid moet worden geboden alsnog een gezamenlijke verificatievergadering te houden wanneer later komt vast te staan dat sprake is van een onontwarbare vermogensvermenging. Hij acht deze gang van zaken in overeenstemming met een redelijke wetstoepassing.[140] Mijns inziens zal deze situatie zich echter zelden of nooit voordoen, omdat een verificatievergadering – als zij al wordt gehouden – vaak pas laat in de faillissementsprocedure wordt georganiseerd. De omstandigheden die consolidatie zouden kunnen rechtvaardigen, moeten tegen die tijd al lang aan het licht zijn gekomen. Is dit niet het geval, dan is de curator zeer laks geweest, hebben de schuldeisers en de schuldenaren op hun lauweren gerust en/of is consolidatie niet de meest aangewezen wijze van afwikkeling.

Aan de overige door de Insolad-respondenten genoemde momenten zou ik geen relevantie willen toekennen. Ik zou niet willen aannemen dat totdat de faillissementen zijn geëindigd om consolidatie kan worden verzocht. Hier geldt wederom dat consolidatie in de laatste fase van de faillissementen niet meer de juiste oplossing is. Als de enkelvoudige afwikkeling tot dan toe mogelijk is gebleken, moet zij worden doorgezet.

Het verbinden van een termijn aan de mogelijkheid om consolidatie te verzoeken, biedt een grote rechtszekerheid, maar is weinig flexibel. Soms is niet binnen een aantal maanden te achterhalen hoe de verhoudingen tussen de concernvennootschappen precies in elkaar steken. Men zou dan kunnen betogen dat de onderlinge banden dus zo strak zijn, dat consolidatie geoorloofd is en derhalve tij-

139 Zie: HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW), waarover meer in paragraaf 6.4.

140 Van der Grinten, noot onder HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

dig kan worden verzocht. Die generalisatie wil ik niet maken. Het is zeer wel denkbaar dat met enig uitzoekwerk een enkelvoudige afwikkeling kan worden bewerkstelligd. Gezien de daarmee gepaard gaande kosten en baten, kan wel worden bezien of samengevoegde afwikkeling niet toch op haar plaats is.

Ten slotte het laatste voorstel van enkele respondenten: samengevoegde afwikkeling moet nooit mogelijk zijn. Uit de voorgaande hoofdstukken volgt dat ik daarmee onmogelijk kan instemmen. Zoals de praktijk al laat zien, zijn er nu eenmaal omstandigheden waaronder consolidatie moeilijk kan uitblijven.

Hiervoor zijn een aantal momenten naar voren gekomen die kunnen dienen als begrenzing van het recht om consolidatie te verzoeken, te weten: totdat in één der faillissementen aan crediteuren enige uitkering is gedaan; totdat in één der faillissementen over een akkoord is gestemd of totdat in één der faillissementen de verificatievergadering heeft plaatsgevonden. Chronologisch bezien vindt het laatstgenoemde van de drie momenten het eerste plaats in een faillissementsprocedure. Daarom moet rond dit moment de begrenzing van het recht om consolidatie te verzoeken worden gezocht. Immers, een uitkering aan crediteuren is pas mogelijk nadat zij hun vorderingen hebben ingediend en deze zijn geverifieerd en erkend. En over een akkoord wordt – tijdens de verificatievergadering – pas beslist na afloop van de verificatie, zie artikel 139 Fw.

Toch zou ik niet willen aannemen dat een verzoek tot consolidatie kan worden gedaan totdat in één der faillissementen de verificatievergadering heeft plaatsgevonden. Ik zou het beslissende moment nog iets naar voren willen schuiven door beslissend te achten de dag waarop de curator in één der faillissementen aan crediteuren een schriftelijk bericht heeft verstuurd als bedoeld in artikel 115 Fw. Dit artikel bepaalt dat de curator bekende crediteuren een bericht stuurt met de mededeling dat hij een afschrift van de lijsten van voorlopig erkende en betwiste vorderingen ter griffie heeft neergelegd, waarbij hij voorts een nadere oproeping doet tot de verificatievergadering. Door dit moment als keerpunt te nemen wordt dubbel werk voorkomen en worden kosten bespaard, terwijl de eventuele verzoekers tot consolidatie niet veel minder tijd hebben om consolidatie te verzoeken. Daarbij verdient het aanbeveling om de in artikel 115 Fw genoemde mededeling op de dag van de verzending van de brieven tevens te publiceren in de Nederlandse Staatscourant, zodat ook onbekende crediteuren op de hoogte kunnen zijn van het aflopen van de mogelijkheid om consolidatie te verzoeken en zoveel mogelijk wordt voorkomen dat op die dag nog een verzoek tot consolidatie wordt ingediend. Mocht desalniettemin een verzoek worden ingediend dan dient de indiener niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Een andere kwestie is de volgende: kan een verzoek om samengevoegde afwikkeling gelijktijdig worden gedaan met een verzoek om faillietverklaring? Mijns inziens moet dit vooral vanuit het oogpunt van doelmatigheid mogelijk zijn. Ook in Frankrijk is samengevoegde afwikkeling langs deze weg mogelijk.[141]

141 Vgl. de gang van zaken in Cass. com. 28 november 2000, nr. 97-12265, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie ook: Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 475.

In Nieuw-Zeeland bepaalde het oude artikel 315B(4) CA 1955 uitdrukkelijk dat een verzoek om consolidatie gelijk met het verzoek om liquidatie van één der betrokken vennootschappen of op ieder moment daarna kon worden ingediend. Deze bepaling is in de huidige regeling niet overgenomen. Artikel 271(1)(b) CA 1993 (NZ) bepaalt thans dat de rechter kan bevelen dat '(w)here 2 or more related *companies are in liquidation*, the liquidations in respect of each company must proceed together as if they were one company (…).'[142] De vennootschappen moeten derhalve al in liquidatie verkeren wil een verzoek tot consolidatie kunnen worden gedaan. Een gelijktijdig verzoek tot faillietverklaring en consolidatie is daardoor niet meer mogelijk.

Een gelijktijdig verzoek tot faillietverklaring en samengevoegde afwikkeling van de uit te spreken faillissementen is in Nederland in principe op twee manieren mogelijk. Ten eerste kan een vennootschap die om faillietverklaring verzoekt tevens om consolidatie verzoeken met het faillissement van een vennootschap waarvan het faillissement reeds aanhangig is.[143] Ten tweede kunnen twee of meer vennootschappen samen met hun aangiftes tot faillietverklaring gezamenlijk een verzoek tot samengevoegde afwikkeling tot de rechtbank richten.[144] Daarnaast acht ik het mogelijk dat een schuldenaar waarvan het faillissement is aangevraagd door een crediteur of op vordering van het Openbaar Ministerie, tijdens de behandeling van het verzoek ter terechtzitting[145], de rechtbank verzoekt om zijn faillissement indien het wordt uitgesproken samengevoegd af te wikkelen met het faillissement van een andere vennootschap dat reeds is uitgesproken door dezelfde rechtbank. Is het faillissement waarmee hij zijn faillissement hoopt samen te voegen aanhangig bij een rechtbank in een ander arrondissement, dan zal hij in het door mij voorgestelde systeem na faillietverklaring een verzoek tot samengevoegde afwikkeling tot deze laatste rechtbank moeten richten, zie paragraaf 6.1.3.

6.2 Hoger beroep en verzet

Vanwege de ingrijpende aard van een consolidatiebeslissing is het niet verwonderlijk dat in de buitenlandse rechtsstelsels voor partijen en belanghebbenden verschillende mogelijkheden bestaan om zich tegen een dergelijke beslissing te weren. In de Verenigde Staten staat tegen een positieve of negatieve consolidatiebeslissing van een *Bankruptcy Court* voor partijen beroep open bij de *District Court*[146] of in voorkomend geval bij een daartoe opgericht *Bankruptcy Appellate*

142 Accentuering *MLHR*.

143 Zie voor het antwoord op de vraag welke rechtbank bevoegd is om dit verzoek in behandeling te nemen: paragraaf 6.1.3.

144 Zie over de bevoegde rechtbank om dit verzoek te behandelen: paragraaf 6.1.3.

145 Art. 6(1) Fw bepaalt immers dat de rechtbank kan bevelen dat de schuldenaar wordt opgeroepen om te worden gehoord. In de praktijk wordt de schuldenaar eigenlijk steeds opgeroepen: Polak/Pannevis 2005, p. 30.

146 28 U.S.C. § 158(a).

Panel[147] en vervolgens bij de *Circuit Courts of Appeals*[148], omdat deze beslissingen als *final orders* in de zin van 28 U.S.C. § 158 moeten worden aangemerkt, zo kan onder meer worden afgeleid uit *In re Bonham*.[149] In deze zaak gaf de *Court of Appeals for the Ninth Circuit* aan dat zij voor het bepalen of sprake was van een *final order* een pragmatische insteek verkiest. Deze houdt in dat:

> '(…) a bankruptcy court order is considered to be final and thus appealable "where it 1) resolves and seriously affects substantive rights and 2) finally determines the discrete issue to which it is addressed." *Law Offices of Nicholas A. Franke v. Tiffany* (*In re Lewis*), 113 F.3d 1040, 1043 (9th Cir. 1997); *see In re Allen*, 896 F.2d at 418-19 (citing *Mason v. Integrity Insurance Co.* (*In re Mason*), 709 F.2d 1313, 1315 (9th Cir. 1983)). "Although this finality rule is given additional flexibility in the bankruptcy proceedings context, traditional finality concerns nonetheless dictate that 'we avoid having (…) a case make two complete trips through the appellate process." *In re Lewis*, 113 F.3d at 1043 (quoting *Vylene Enterprises, Inc. v. Naugles, Inc.* (*In re Vylene Enterprises, Inc.*), 968 F.2d 887, 895 (9th Cir. 1992)).'[150]

De *Court of Appeals for the Ninth Circuit* paste deze regels vervolgens toe op consolidatiebeslissingen, na te hebben opgemerkt dat in andere circuits tussentijds ingesteld appel (*interlocutory appeal*) tegen een consolidatiebeslissing in behandeling werd genomen zonder dat werd omgekeken naar de vraag of überhaupt appel tegen deze beslissing mogelijk was.[151] De *Court of Appeals* komt uiteindelijk tot de conclusie dat een consolidatiebeslissing een appelabele *final order* is, omdat die beslissing de rechten van de betrokkenen ernstig beïnvloedt, zoals ook kan worden opgemaakt uit de noot bij *Bankruptcy Rule* 1015, waarin is bepaald dat:

> 'Consolidation, as distinguished from joint administration, is neither authorized nor prohibited by this rule since the propriety of consolidation depends on substantive considerations and affects the substantive rights of the creditors of the different estates.'

---

147 De *judicial council* van een circuit kan een specifiek panel instellen om faillissementsrechtelijke beroepszaken te behandelen, zie 28 U.S.C. § 158(b). De *judicial council* bestaat uit de *chief judge* van het circuit en een gelijk aantal *circuit judges* en *district judges* die werkzaam zijn (geweest) in het circuit. De judicial council neemt onder andere noodzakelijke beslissingen om 'the effective and expedient administration of justice within the circuit' te bevorderen, zie 28 U.S.C. § 332(a)(1) en (d).

148 28 U.S.C. § 158(d).

149 *In re Bonham*, 229 F.3d 750 (9th Cir. 2000).

150 *In re Bonham*, 229 F.3d 750, 761 (9th Cir. 2000).

151 *In re Bonham*, 229 F.3d 750, 761 (9th Cir. 2000). De *Court of Appeals for the Ninth Circuit* verwees daarbij naar: *In re Giller*, 962 F.2d 796, 797-98 (8th Cir. 1992); *Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc., Ltd.*, 935 F.2d 245, 248 (11th Cir. 1991); *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 516-17 (2d Cir. 1988); *In re Auto-Train Corp., Inc.*, 810 F.2d 270, 272-73 (D.C. Cir. 1987).

Bovendien is in de jurisprudentie en de literatuur diverse malen opgemerkt dat consolidatie 'is no mere instrument of procedural convenience . . . but a measure vitally affecting substantive rights'.[152] Voorts is aan de voorwaarde voldaan dat een beslissing is genomen ten aanzien van een *discrete issue*, omdat is beslist of al dan niet consolidatie plaatsvindt tussen twee bepaalde rechtssubjecten.[153]

Een consolidatiebeslissing is echter enkel een appelabele *final order*, wanneer daaraan geen voorwaarden zijn verbonden. Oordeelt de rechter dat consolidatie op haar plaats is, mits een reorganisatieplan op basis van hoofdstuk 11 van de BC tot stand komt, dan is dit een tussentijdse beslissing (*interlocutory decree*) waartegen slechts onder omstandigheden hoger beroep open staat.[154] Een crediteur die zich tegen de consolidatie wenst te verzetten, zal moeten afwachten of de *Bankruptcy Court* het plan waarin de consolidatie is opgenomen, confirmeert. Gaat de *Bankruptcy Court* daartoe over, dan kan de crediteur tegen deze beslissing in beroep ex 28 U.S.C. § 158(a).[155]

Ten slotte kan men zich nog tot de *Supreme Court* wenden, zo kan worden afgeleid uit *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp*[156], voorlopig de enige beslissing van de *Supreme Court* die betrekking heeft op consolidatie.

Dit alles betekent dat indien een debiteur of *trustee* bijvoorbeeld verzoekt om consolidatie[157], een crediteur zich daartegen kan verzetten. Brengt zijn verzet hem niets dan kan de crediteur in beroep bij de *District Court* en in voorkomend geval nog bij de *Court of Appeals* en de *Supreme Court*.[158]

In Frankrijk verkeerde men lange tijd in onzekerheid over de beroepsmogelijkheden tegen een beslissing tot uitbreiding annex consolidatie. Aan deze onzekerheid leek een einde gekomen met het arrest Cass. com. 4 juli 2000.[159] Het betrof een geval waarin een reorganisatieprocedure, die was geopend ten aanzien van een vennootschap allereerst was uitgebreid naar een verbonden vennootschap.

---

152 *In re Bonham*, 229 F.3d 750, 762 (9th Cir. 2000), onder verwijzing naar: *In re Flora Mir Candy Corp.*, 432 F.2d 1060, 1062-1063 (2d Cir. 1970); *In re Reider*, 31 F.3d 1102, 1107 (11th Cir. 1994); Gilbert *Vand.L.Rev.* 1990, p. 208; Ray & Clarkson *Consumer Fin.L.Q.Rep.* 1994, p. 480. Ray & Clarkson betogen dat een consolidatie beslissing appelabel moet zijn, omdat daarbij vaak de rechten van crediteuren worden genegeerd ten behoeve van de doelmatige afwikkeling van de procedure.

153 *In re Bonham*, 229 F.3d 750, 762 (9th Cir. 2000). In vergelijkbare zin als de *Court of Appeals for the Ninth Circuit*: *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195, 203-205 (3rd Cir. 2005).

154 *In re A.S.K. Plastics, Inc.*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 16922 (E.D. Pa. 2004). Zie ook: 28 U.S.C. § 158(a)(2) en (3).

155 *In re A.S.K. Plastics, Inc.*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 16922 (E.D. Pa. 2004).

156 *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp*., 313 U.S. 215, reh'g denied, 313 U.S. 600 (1941).

157 Zie over de vraag wie om consolidatie mag verzoeken, paragraaf 6.1.2.

158 Zie de gang van zaken in o.m.: *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515 (2d Cir. 1988); *FDIC v. Colonial Realty Co.*, 966 F.2d 57 (2d Cir. 1992); *In re Giller*, 962 F.2d 796 (8th Cir. 1992); *In re Bonham*, 229 F.3d 750 (9th Cir. 2000): debiteur of *trustee moved for substantive consolidation* en een crediteur *opposed the motion for substantive consolidation*. Zie aangaande *motions*: *Bankruptcy Rule* 9013.

159 Cass. com. 4 juli 2000, *Bull. civ*. IV, p. 125, nr. 138; *D.* 2000, AJ, p. 375, m.nt. Lienhard; *JCP-E* 2000, pan, p. 1501.

Vervolgens was deze geconsolideerde procedure uitgebreid naar de bestuurder van de vennootschappen en diens echtgenote. De bank van het echtpaar tekende zowel tegen de eerste als tegen de tweede uitbreidingsbeslissing derdenverzet aan. Het derdenverzet werd in eerste instantie, evenals in hoger beroep verworpen. Vervolgens ging de bank in cassatie. Zowel het echtpaar, de vertegenwoordiger van de crediteuren, als de *commissaire à l'exécution de plan*, betoogden dat de bank, gezien de beperkte opsomming van beroepsmogelijkheden in artikel 171 van de wet van 25 januari 1985 (thans: L661-1 C. com.), niet-ontvankelijk moest worden verklaard in haar cassatieberoep. De *Cour de cassation* overwoog:

> 'Mais attendu que le jugement rendu sur tierce opposition est susceptible des mêmes recours que les décisions de la juridictions dont il émane; que le jugement qui étend à une ou plusieurs personnes, une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire n'est pas soumis aux dispositions de l'article 171.1 de la loi du 25 janvier 1985 en ce qui concerne les personnes susceptibles de former un recours ; qu'il s'ensuit que le pourvoi formé par la banque, tiers opposant, contre l'arrêt qui a confirmé le jugement ayant rejeté la tierce opposition contre le jugement ayant étendu la procédure de redressement judiciaire des sociétés AVI 10 et Elite aux époux Gattere est recevable.'

Vervolgens casseerde de *Cour de cassation* de uitspraak van het hof, omdat het hof zijn beslissing dat sprake was van vermogensvermenging tussen de vermogens van de vennootschappen enerzijds en die van de echtgenoten anderzijds onvoldoende had gemotiveerd.

Uit deze beslissing kunnen twee dingen worden afgeleid. Allereerst is er de opmerking van de *Cour de cassation* dat artikel 171(1) Wet van 25 januari1985 (thans: L661-1(I)(1°) C. com.) niet van toepassing is op uitspraken die uitbreiding van een insolventieprocedure inhouden. Dit artikel bepaalt dat enkel door de debiteur, het openbaar ministerie (*le ministère publique*) en de crediteur die het verzoek tot het openen van een insolventieprocedure heeft gedaan, (cassatie)-beroep kan worden ingesteld tegen beslissingen die voorzien in de opening van een insolventieprocedure. Over deze beslissing is opgemerkt dat zij begrijpelijk is, omdat het slechts uitbreiding van een reeds geopende insolventieprocedure betreft en het eenheid-van-procedure-beginsel gaat gelden.[160]

160 Lienhard, noot onder Cass. com. 4 juli 2000, *D.* 2000, AJ, p. 375-376. Zie echter ook zijn opmerking onder Cass. com. 16 mei 2006, *D.* 2006, AJ, p. 1530-1531. In dit arrest bepaalde de *Cour de cassation* dat '(…) au regard de la publicité prévue par le premier de ces textes (art. 21 van het Decreet van 27 december 1985, MLHR), un jugement prononçant une extension de procedure collective ou décidant la poursuite sous procédure unique de plusieurs procedures collectives, doit être assimilé à un jugement ouvrant le redressement judiciaire d'un débiteur;' Daarover merkt Lienhard op: '(o)r, les jugements d'extension de la procedure s'analysent indiscutablement comme des jugements d'ouverture à l'égard de la personne à laquelle la procedure est etendue.'

De vraag die dan opkomt is of hoger beroep tegen een uitbreidings- annex consolidatiebeslissing überhaupt mogelijk is, en zo ja, overeenkomstig welke regels. In de literatuur wordt hier teruggegrepen op het gemene recht, te weten artikel 546 NCPC.[161] Dit artikel kent een beroepsrecht toe aan de partijen in eerste aanleg. Toepassing van de gemene regeling inzake beroep is gerechtvaardigd, omdat het leerstuk inzake uitbreiding van insolventieprocedures voortkomt uit het commune recht en geen specifiek insolventierechtelijk leerstuk is.[162] In een procedure aangaande uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedure(s), zijn de partijen vaak de curator van de als eerste insolvent verklaarde vennootschap en de vennootschap waarnaar uitbreiding wordt verzocht. Niet-ontvankelijk in haar hoger beroep is echter de vennootschap, vertegenwoordigd door een ad hoc gevolmachtigde, waarvan de bestuurder in eerste instantie vrijwillig is verschenen en heeft verklaard geen bezwaar te hebben tegen het verzoek van de vertegenwoordiger van de crediteuren van de reeds failliete vennootschap tot vaststelling van vermogensvermenging met het oog op uitbreiding van het faillissement naar zijn vennootschap.[163] Twijfel over de toepassing van dit systeem rijst echter bij lezing van het recentere arrest Cass. com. 16 oktober 2001[164], waarin de *Cour de cassation* onder verwijzing naar artikel 171(1) Wet van 25 januari 1985, bepaalde dat de debiteur, wiens faillissement op verzoek van de *liquidateur* was uitgebreid naar twee vennootschappen, vanwege zijn hoedanigheid van debiteur in dat faillissement ontvankelijk was in zijn beroep tegen de uitbreidingsbeslissing.[165]

Individuele crediteuren, die door een uitbreiding annex consolidatie hun verhaalspositie achteruit zien gaan, hebben geen beroepsrecht omdat zij geen partij zijn in eerste aanleg.[166] Immers, eerder is al opgemerkt dat individuele crediteuren tegenwoordig het recht wordt onthouden om uitbreiding van een insolventieprocedure te verzoeken[167], waardoor hen de hoedanigheid van partij in eerste aanleg wordt onthouden. Gezien echter de verstrekkende gevolgen die uitbreiding

161 Lienhard, noot onder Cass. com. 4 juli 2000, *D.* 2000, AJ, p. 376 en Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 32, nr. 175. Zie ook: Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T. II, p. 874, nr. 2862-2.

162 Lienhard, noot onder Cass. com. 4 juli 2000, *D.* 2000, AJ, p. 376 en Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 32, nr. 175.

163 Cass. com. 29 oktober 2002, nr. 99-16400, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

164 Cass. com. 16 oktober 2001, nr. 98-13607. In diezelfde zin: Cass. com. 24 mei 2005, nr. 03-20674, beide arresten zijn niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

165 Ook Le Corre (2006, p. 204, nr. 213.35) merkt op dat hoger beroep mogelijk is door de betrokken debiteuren.

166 Lienhard, noot onder Cass. com. 4 juli 2000, *D.* 2000, AJ, p. 376 en Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 32, nr. 175.

167 Cass. com. 16 maart 1999, *Bull. civ.* IV, p. 55, nr. 67; *D.* 1999, som., p. 349, m.nt. Honorat; Cass. com. 15 mei 2001, *Bull. civ.* IV, p. 86, nr. 91; *D.* 2001, som., p. 3425, m.nt. Honorat; *Bull. Joly* 2001, p. 979, m.nt. Pétel en Cass. com. 19 februari 2002, nr. 99-12776, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

annex consolidatie voor crediteuren kan hebben, is deze situatie onbevredigend. Ook de *Cour de cassation* heeft dit blijkens haar uitspraak in Cass. com. 4 juli 2000 beseft. Daarmee zijn wij bij het tweede punt van het arrest aangekomen: het derdenverzet.

Voor crediteuren vloeien uit het Franse insolventierecht geen eigen beroeps- of verzetsrechten voort tegen een beslissing die voorziet in uitbreiding annex consolidatie. Weliswaar bepaalt L661-2 C. com. dat derdenverzet mogelijk is tegen een beslissing, die uitspraak doet over de opening van een insolventieprocedure, maar deze bepaling biedt hier geen uitkomst, waar in Frankrijk wel wordt aangenomen dat uitbreiding annex consolidatie geen echte *opening* van een insolventieprocedure inhoudt.[168] Ook hier moet daarom worden teruggrepen op het gemene recht en wel op de regeling inzake het derdenverzet, zo wordt afgeleid uit de genoemde uitspraak van de *Cour de cassation*.[169] In deze zaak achtte de *Cour de cassation* de bank immers ontvankelijk in haar cassatieberoep tegen de beslissing van het hof waarin haar verzet werd verworpen én oordeelde zij het verzet gegrond. Bovendien hield haar overweging dat 'le jugement rendu sur tierce opposition est susceptible des mêmes recours que les décisions de la juridiction dont il émane' een citaat in van artikel 592 NCPC, een artikel uit de gemene regeling van het derdenverzet. Het mogelijk achten van derdenverzet is weinig verwonderlijk gezien de personen waarvoor deze regeling oorspronkelijk in het leven is geroepen: Derdenverzet kan worden ingesteld door een ieder die daarbij belang heeft en die geen partij is en niet vertegenwoordigd werd in de zaak die hij aanvecht.[170] Crediteuren van de vennootschap waarnaar uitbreiding wordt verzocht, maar ook de crediteuren van de reeds insolvent verklaarde vennootschap kunnen hiertoe zeker worden gerekend. Het zijn met name hun belangen die door een uitbreiding annex consolidatie worden geraakt.[171] De tien-dagen-termijn voor het instellen van derdenverzet gaat lopen vanaf de publicatie van de uitbreidings- annex consolidatiebeslissing in het *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* (hierna: BODACC).[172] Wordt het derdenverzet gehonoreerd dan leidt dit tot herroeping van de uitbreidings- annex consolidatiebeslissing.[173]

---

168 Lienhard, noot onder Cass. com. 4 juli 2000, *D.* 2000, AJ, p. 375-376. Zie echter ook Honorat, die in een noot onder Cass. com. 11 mei 1999 opmerkt dat hoewel de principale doestelling van uitbreiding is het vermogen van de debiteur te reconstrueren, zij tevens tot gevolg heeft dat een insolventieprocedure wordt geopend ten aanzien van een natuurlijke of rechtspersoon: *D.* 2000, som., p. 99.

169 Lienhard, noot onder Cass. com. 4 juli 2000, *D.* 2000, AJ, p. 376 en Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 32, nr. 175.

170 Zie: art. 583(1) NCPC.

171 Lienhard, noot onder Cass. com. 4 juli 2000, *D.* 2000, AJ, p. 376 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 214, nr. 389.

172 Cass. com. 16 mei 2006, Bull. civ. IV, p. 125, nr. 122 en zie Decreet nr. 2005-1677, art. 63, 176 jo. 63 en 214 jo. 63, alsmede 329.

173 Cass. com 13 februari 2007, nr. 06-11510, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

Ten slotte moet worden gewezen op Cass. com. 20 maart 2001.[174] Het faillissement van een vennootschap was uitgebreid naar een aantal met deze vennootschap verbonden vennootschappen, waarvan dhr. Josse vennoot was. Dhr. Josse tekende tegen deze uitbreidingsbeslissing derdenverzet aan. Omdat hij niet-ontvankelijk werd verklaard, ging hij in beroep tegen de op het derdenverzet gegeven beslissing. Het appelhof verklaarde hem daarop niet-ontvankelijk in zijn beroep. Terecht volgens de *Cour de cassation*. Het hof had met recht vastgesteld dat de beslissing gegeven op het derdenverzet een *jugement statuant en matière de liquidation* was, waartegen ingevolge artikel 171(2) Wet van 25 januari 1985 (thans: L661-1(I)(2°) C. com.) slechts door de debiteur, de bewindvoerder, de vertegenwoordiger van de crediteuren, de ondernemingsraad (*comité d'entreprise*), en indien deze ontbreekt door een vertegenwoordiger van het personeel, en door het openbaar ministerie beroep kan worden ingesteld. Omdat dhr. Josse niet tot deze groep personen behoorde – hij was immers geen bestuurder van de vennootschappen waarnaar het faillissement was uitgebreid en kon derhalve niet namens de debiteur optreden – moest hij in zijn beroep tegen de op het derdenverzet gegeven beslissing niet-ontvankelijk worden verklaard.

Dit alles strookt moeilijk met de gang van zaken in Cass. com. 4 juli 2000. In die zaak werd de bank immers ontvankelijk verklaard en werd haar derdenverzet uiteindelijk in cassatie gegrond bevonden. Mogelijk moet het verschil in de uitspraken worden gezocht in de omstandigheid dat in Cass. com. 4 juli 2000 sprake was van uitbreiding van een reorganisatieprocedure, terwijl in de onderhavige zaak een faillissementsprocedure werd uitgebreid. Een beslissing gegeven op verzet tegen een uitbreiding van een reorganisatieprocedure kon niet onder de reikwijdte van artikel 171(2) Wet van 25 januari 1985 worden gebracht. Dit artikel bepaalde dat door de eerder genoemde personen (cassatie)beroep kan worden ingesteld tegen *decisions statuant sur la liquidation judiciaire, arrêtant ou rejetant le plan de continuation de l'entreprise*. Een vergelijkbare regel is op dit moment opgenomen in de vervanger van artikel 171(2) Wet van 25 januari 1985, artikel L661-1(I)(2˚) C. com.

Als ik het goed zie geldt derhalve dat wanneer het een uitbreiding van een faillissement betreft, tegen de op een daartegen ingesteld derdenverzet gegeven beslissing beroep open staat voor de personen genoemd in artikel L661-1(I)(2˚) C. com. Terwijl wanneer een beslissing is gegeven op een derdenverzet dat gericht was tegen een uitbreiding van een reorganisatieprocedure, de regel van artikel 592 NCPC van overeenkomstige toepassing is en derhalve in beginsel[175] slechts

174 Cass. com. 20 maart 2001, nr. 98-17023, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

175 Zie hiervoor, waar is opgemerkt dat in de literatuur wordt betoogd dat art. 546 NCPC geldt ten aanzien van uitbreidingsbeslissingen. Echter, andere regels lijken te volgen uit Cass. com. 16 oktober 2001, nr. 98-13607, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

voor partijen beroep open staat. Mij ontgaat de grondslag voor deze rechtsongelijkheid.[176]

Zoals in paragraaf 6.1.1. opgemerkt, is in Nieuw Zeeland in eerste aanleg de *High Court* bevoegd te oordelen over een verzoek tot consolidatie. Tegen een op een dergelijk verzoek genomen beslissing staat beroep open overeenkomstig de algemene regels voor hoger beroep tegen beslissingen van de *High Court*.[177] Dit betekent dat hoger beroep kan worden ingesteld bij de *Court of Appeals*[178] en ten slotte de *Supreme Court*.

Tot slot leerde navraag mij dat in Ierland tegen een beslissing van de *High Court* gegeven op een verzoek om een *pooling order* beroep open staat bij de *Supreme Court*.

In Nederland zullen eveneens mogelijkheden moeten worden gecreëerd voor schuldenaren en andere belanghebbenden om tegen een consolidatiebeslissing op te komen. Zoals ook in de Verenigde Staten opgemerkt heeft een beslissing tot consolidatie een onuitwisbare impact op de verhaalspositie van de crediteuren. Bovendien zien de schuldenaren hun vermogenspositie voorgoed beïnvloed. Vanuit het oogpunt van de eenvoud, pleit ik ervoor om aansluiting te zoeken bij de regeling van artikel 8 Fw e.v. Deze regeling doet bovendien recht aan het kenmerk van insolventies dat daardoor naast de schuldenaar ook bepaalde andere personen worden geraakt.[179]

Aldus pleit ik ervoor dat bij afwijzing van het verzoek tot samengevoegde afwikkeling gedurende acht dagen, na de dag van de uitspraak, voor de verzoeker het recht van hoger beroep bestaat. Voorts heeft iedere betrokken schuldenaar die op het verzoek tot samengevoegde afwikkeling is gehoord gedurende acht dagen, na de beslissing tot samengevoegde afwikkeling, het recht van hoger beroep. De schuldenaar, die om samengevoegde afwikkeling verzoekt, kan echter niet tegen een beslissing tot samengevoegde afwikkeling in hoger beroep. Vergelijk in dit verband HR 17 april 1925, *NJ* 1925, 678: Een schuldenaar die op eigen aangifte failliet wordt verklaard, heeft niet het recht om tegen de faillietverklaring hoger beroep in te stellen. Deze regel hoeft niet te verbazen. Wanneer men zelf om samengevoegde afwikkeling verzoekt en dit verzoek wordt ingewilligd, kan men niet achteraf klagen dat dit niet is wat men heeft gewild.

De schuldenaar die niet op het verzoek tot samengevoegde afwikkeling is gehoord heeft gedurende veertien dagen, na de dag van de uitspraak, het recht van

176 Le Corre (2006, p. 203, nr. 213.35) ziet dit probleem niet, waar hij een parallel trekt tussen uitbreidings- annex consolidatiebeslissingen en beslissingen tot opening van een insolventieprocedure. In dat licht maakt L661-2 C. com. derdenverzet gevolgd door hoger beroep en cassatie zonder meer mogelijk.

177 Zo leerde navraag bij een aantal in Nieuw-Zeeland werkzame juristen mij.

178 Art. 66 Judicature Act 1908.

179 Waar ik eerder voelde voor toekenning van de beslissingsbevoegdheid aan de R-C (Reumers *O&F* 2003/56, p. 62 en idem *TvI* 2004, 33, p. 154) volgde een andere rechtsmiddelenstramien. Nadere bestudering van de materie heeft mij genoopt tot het doen van een ander voorstel.

verzet. Indien hij zich tijdens de uitspraak niet in het Rijk in Europa bevindt, wordt die termijn verlengd tot een maand. Tegen de uitspraak op het verzet gedaan kan de schuldenaar vervolgens gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak in hoger beroep komen. Ook hier moet gelden dat de schuldenaar, die om samengevoegde afwikkeling verzoekt en die niet op het verzoek wordt gehoord geen verzet kan instellen tegen de beslissing tot samengevoegde afwikkeling. Vergelijk in dit kader HR 14 juli 1923, *NJ* 1923, 1169: De schuldenaar die op eigen aangifte failliet is verklaard, maar die niet op de aangifte werd gehoord, heeft niet het recht van verzet. Om dezelfde reden als hiervoor uiteengezet ten aanzien van het hoger beroep door een schuldenaar die is gehoord, is deze regel op haar plaats.

Wordt de consolidatiebeslissing vernietigd ten gevolge van het verzet door de schuldenaar dan staat gedurende acht dagen na de dag van die uitspraak hoger beroep open voor de oorspronkelijke verzoeker tot consolidatie.

Voorts ben ik van mening dat tegen een beslissing tot samengevoegde afwikkeling voor iedere schuldeiser en belanghebbende, en in voorkomend geval voor de curatoren in de betrokken faillissementen, wanneer zij niet degenen zijn geweest die om samengevoegde afwikkeling hebben verzocht, gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak het recht van verzet moet bestaan. Wordt het verzet door de rechtbank afgewezen dan bestaat voor de schuldeiser, de belanghebbende of in voorkomend geval de curator(en) wiens verzet is afgewezen, gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak, het recht van hoger beroep. Wordt de consolidatiebeslissing vernietigd ten gevolge van het verzet, dan staat voor ieder der schuldenaren en de oorspronkelijke verzoeker tot consolidatie hoger beroep open gedurende acht dagen na de dag van de beslissing op het verzet gegeven. Zoals ook in Frankrijk wordt erkend, is een verzetsrecht gerechtvaardigd, omdat een samenvoeging van faillissementen doorgaans verstrekkende gevolgen heeft voor schuldeisers, maar ook voor andere belanghebbenden, zoals de bestuurders van de vennootschappen.[180] De curator moet een recht van verzet worden toegekend, omdat hij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in de betreffende boedel dient te behartigen. Waar deze belangen door een consolidatie worden geraakt, moet de curator de mogelijkheid hebben om tegen een positieve zowel als een negatieve consolidatiebeslissing in verweer te komen.

Onder 'belanghebbende' zal overeenkomstig hetgeen geldt voor artikel 10 Fw moeten worden begrepen degenen die, hoewel zij geen schuldeiser van de gefailleerde zijn, tot hem in enige rechtsbetrekking staan, zoals de verhuurder, een me-

180 Zie ook: Van Schilfgaarde 1996, p. 35-36. Ook hij heeft oog voor de belangen van crediteuren. Hij merkt op dat een samengevoegde afwikkeling *de facto* gelijk is aan een juridische fusie in faillissement. Thans is het aangaan van een juridische fusie in faillissement evenwel verboden ingevolge art. 2:310(6) BW. Van Schilfgaarde betoogt nu dat dit verbod zou moeten worden opgeheven. Als groot voordeel daarvan ziet hij het toepasselijk worden van de verzetsregeling van art. 2:316 BW, ingevolge welke crediteuren zich tegen een fusie kunnen verzetten en een waarborg kunnen verlangen. Zie over dit voorstel van Van Schilfgaarde verder de inleiding.

de-eigenaar of een firmant.[181] Niet geheel duidelijk is of de curator ook als belanghebbende kan worden aangemerkt. Enerzijds heeft de rechtbank Rotterdam geoordeeld dat dit niet het geval is, omdat hij – anders dan door het vonnis waarbij hij tot curator is benoemd – niet tot de gefailleerde in enige rechtsbetrekking staat.[182] Anderzijds oordelen de rechtbank 's-Hertogenbosch en meer recent de rechtbank Zwolle dat de curator wel als belanghebbende in de zin van artikel 10 Fw heeft te gelden.[183] Om misverstanden te voorkomen pleit ik ervoor aan curatoren uitdrukkelijk het recht op verzet tegen een beslissing tot samengevoegde afwikkeling toe te kennen.

Genoemde personen hebben het recht van verzet, ongeacht of zij eerder zijn verschenen en gehoord.[184]

Schuldeisers en andere belanghebbenden als hiervoor genoemd kunnen enkel verzet instellen bij het hof wanneer het hof voor het eerst oordeelt dat samengevoegde afwikkeling op haar plaats is, niet wanneer het hof de beslissing van de rechtbank tot samengevoegde afwikkeling bekrachtigt. Zou dit anders zijn dan zou de beroepstermijn tegen een beslissing van de rechtbank kunstmatig worden verlengd en blijft men onnodig lang in het ongewisse over vraag of consolidatie doorgang kan vinden of niet.

Ten slotte kunnen de betrokken schuldenaren, de oorspronkelijke verzoeker tot consolidatie, de curator, alsmede de zich verzettende schuldeisers en belanghebbenden tegen het door het gerechtshof gewezen arrest, gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak, in cassatie gaan.

De regeling inzake rechtsmiddelen sluit als gezegd aan bij de regeling die geldt in geval van faillietverklaring zelf, zie artikel 8 e.v. Fw. Ik heb er bewust voor gekozen om ook de termijn van acht dagen over te nemen en geen kortere termijn vast te stellen, zoals bijvoorbeeld wel is gebeurd in het kader van de beroepsmogelijkheid die artikel 67 Fw biedt (termijn van vijf dagen). De beslissing tot consolidatie is namelijk van dusdanig ingrijpende aard dat daartegen – binnen de (beperkte) ruimte die een faillissementsprocedure daartoe biedt - gedegen beroepsmogelijkheden mogelijk moeten bestaan. De termijnen gaan lopen de dag na die waarop de beschikking is gegeven.[185]

Tot besluit nog een tweetal zaken. Ten eerste rechtvaardigt het ingrijpende karakter van een consolidatie naar mijn oordeel dat beroep of verzet tegen de consolidatiebeslissing de tenuitvoerlegging van de aangevallen beslissing schorst, tenzij de beslissing uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Een eenmaal ingezette samengevoegde afwikkeling zal immers moeilijk omkeerbaar zijn. Zo wordt ook in Frankrijk erkend.[186] Evenwel moet, gelijk vóór 1 januari 2006 gold, ook thans

181 Hof 's-Gravenhage 20 mei 1931, *NJ* 1932, 36 en Rb. 's-Hertogenbosch 20 februari 2005, *JOR* 2005, 109, m.nt. Loesberg.

182 Rb. Rotterdam 9 november 1982, *NJ* 1983, 427.

183 Hof 's-Hertogenbosch 2 november 1978, *NJ* 1979, 76 en Rb. Zwolle 28 april 2004, *JOR* 2004, 254.

184 Vgl. HR 27 februari 1959, *NJ* 1959, 556, m.nt. HB i.v.m. verzet tegen faillietverklaring.

185 Vgl. HR 26 november 1982, *NJ* 1983, 442, m.nt BW en HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 195.

186 Honorat, noot onder Cass. com. 11 mei 1999, *D.* 2000, som., p. 99.

worden aangenomen dat uitbreidings- annex consolidatiebeslissingen in Frankrijk onmiddellijk, zij het voorwaardelijk, ten uitvoer worden gelegd.[187] Voorts gold vóór 1 januari 2006 dat – tenminste waar het uitbreiding annex consolidatie van faillissementsprocedures betrof – de eerste president van het appelhof de tenuitvoerlegging kon schorsen wanneer hoger beroep werd ingesteld en de middelen ernstig leken (*apparaissent sérieux*).[188] Op dit moment lijkt schorsing van de tenuitvoerlegging nog slechts beperkt mogelijk.[189] Ook in de Verenigde Staten is schorsing van de tenuitvoerlegging van de consolidatiebeslissing in principe mogelijk.[190]

Ten tweede wil ik ervoor pleiten om, gezien de potentiële stroom van bezwaren die op een negatieve of positieve consolidatiebeslissing kan volgen, uitdrukkelijk toe te staan dat zaken waar mogelijk gevoegd worden behandeld. Bijvoorbeeld wanneer meerdere concurrente crediteuren van een bepaalde schuldenaar zich verzetten tegen een samengevoegde afwikkeling zal voeging uitkomst kunnen bieden. Bij deze zaken is duidelijk sprake van connexiteit: zij stellen allemaal de invloed van een mogelijke consolidatie op de verhaalsposities van deze crediteuren centraal, welke verhaalsposities op gelijke wijze worden beïnvloed door de samengevoegde afwikkeling. Voeging van deze zaken is efficiënt en – ook niet onbelangrijk – door voeging wordt voorkomen dat tegenstrijdige beslissingen worden genomen.

6.3 Eén of meer curatoren

In deze paragraaf wordt allereerst aandacht geschonken aan de vraag of in enkelvoudig afgewikkelde faillissementen van onderling verbonden vennootschappen één en dezelfde curator kan worden benoemd. Tussen deze vennootschappen

187 Vgl. thans art. 328 Decreet nr. 2005-1677 van 28 december 2005. Zie aangaande het oude recht: art. 155 Decreet nr. 85-1388 van 27 december 1985 en Cass. com. 11 mei 1999, *D.* 2000, som., p. 98, m.nt. Honorat.

188 Zie aangaande het oude recht: art. 155(2) Decreet nr. 85-1388 van 27 december 1985 jo. art. 177(2) Wet van 25 januari 1985 en Cass. com. 11 mei 1999, *D.* 2000, som., p. 98, m.nt. Honorat.

189 Zie art. 328(3) Decreet nr. 2005-1677 van 28 december 2005 jo. L661-9(2) C. com., de huidige vervanger van art. 177(2) Wet van 25 januari 1985. Art. 661-9(2) C. com. is zodanig aangepast dat nog slechts schorsing van de tenuitvoerlegging mogelijk is van 'een jugement statuant sur la liquidation judiciaire *au cours de la période d'observation*' (het schuin gedrukte is bij Wet nr. 2005-845 van 26 juli 2005 toegevoegd, MLHR). Eerder is ten aanzien van een beslissing tot uitbreiding annex consolidatie van een faillietverklaring overwogen dat het is *un jugement statuant sur la liquidation judiciaire*, zie het genoemde arrest van de *Cour de cassation* van 11 mei 1999. In dat arrest was bepaald dat het voor de mogelijkheid tot schorsing van de tenuitvoerlegging niet van belang was of een observatieperiode aanwezig was. Gezien de huidige tekst van de betreffende bepaling, lijkt die regel niet meer te kunnen gelden.

190 *In re Permian Producers Drilling, Inc*,. 263 B.R. 510 (Bankr. W.D. Tex. 2000): Verzoek om schorsing ('stay pending appeal of the Bankruptcy Court's order for substantive consolidation') afgewezen. De mogelijkheid tot schorsing wordt op zichzelf niet ter discussie gesteld.

bestaan namelijk vaak nauwe financiële banden, zoals intercompany-vorderingen, die in een faillissementssituatie ertoe kunnen leiden dat hun belangen en die van hun crediteuren botsen. Deze tegenstrijdigheid van belangen treedt ook op de voorgrond wanneer samengevoegde afwikkeling van hun faillissementen wordt overwogen, omdat daardoor veelal de verhaalspositie van de crediteuren van de ene vennootschap wordt verbeterd, terwijl die van de crediteuren van de andere vennootschap dienovereenkomstig verslechterd. Men kan zich afvragen of één en dezelfde curator die in beide faillissementen is benoemd deze tegenstrijdige belangen kan behartigen. Wordt tot consolidatie besloten dan is er vervolgens nog de vraag of in een samengevoegd faillissement kan worden volstaan met de benoeming van één curator.

In Nederland wordt bij enkelvoudig afgewikkelde faillissementen van onderling verbonden vennootschappen vaak dezelfde curator benoemd.[191] De curator behartigt in die gevallen regelmatig tegenstrijdige belangen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer vennootschap A zich hoofdelijk heeft verbonden tot betaling van een schuld van vennootschap B aan X en zij beide goederenrechtelijke zekerheden hebben verstrekt aan X. In dat geval zijn de crediteuren van A erbij gebaat dat B de schuld aan X voldoet en vice versa. Weliswaar zou A indien zij betaalt een regresvordering verkrijgen op B, maar deze is slechts concurrent, in tegenstelling tot de verzekerde vordering van X op B, waardoor de crediteuren van B bij betaling door A gebaat zijn. In grote concernfaillissementen worden dan ook wel twee of meer curatoren benoemd. Zo zijn bij de faillissementen van de Fokkervennootschappen vier curatoren in steeds wisselende combinaties benoemd, waarbij in ieder faillissement een andere curator was belast met de afwikkeling van de intercompany-vorderingen.[192] Maar ook deze aanpak garandeerde in dat geval geen onbevooroordeelde oplossing van de tegenstrijdige belangenkwesties, omdat de curatoren in andere gevallen als een team optraden.[193] In Nederland lijken efficiency-overwegingen ten grondslag te liggen aan de benoeming van dezelfde curator in onderling verbonden faillissementen. Aldus wordt dubbel werk voorkomen en wordt de opbrengst gemaximaliseerd. Deze gang van zaken is mijns inziens niet bezwaarlijk zolang voldoende mogelijkheden bestaan om in te grijpen wanneer zich een ernstig belangenconflict voordoet of dreigt voor te doen. Mijns inziens is dat in enkelvoudig afgewikkelde faillissementen voldoende het geval, voornamelijk doordat artikel 69 Fw crediteuren de mogelijkheid biedt om beroep te doen op te R-C en zij de rechtbank kunnen verzoeken een extra curator te benoemen, zie artikel 73(1) Fw.

---

191 Josephus Jitta 1999, p. 108. Zie bijvoorbeeld de benoeming van één enkele curator in de faillissementen van Breur Bouwgroep BV e.a. Het betrof hier zes onderling verbonden vennootschappen: Eerste openbaar verslag ex art. 73a Fw in het faillissement van de Breur Groep, d.d. 3 april 2002, <http://www.borsboomhamm.nl>, geraadpleegd op 13 december 2002.

192 Zie: Tweede openbaar verslag curatoren ex art. 73a Fw in de Fokker-faillissementen, d.d. 5 oktober 1996, onderdeel A. Zie voorts: Interview met de curatoren en de R-C in het faillissement van Fokker, door Boekraad en Verstijlen, *TvI* 2000/Fokker, p. 9.

193 Josephus Jitta 1999, p. 108.

Wanneer een curator die is benoemd in de faillissementen van diverse onderling verbonden vennootschappen zich voor de vraag ziet gesteld of consolidatie op haar plaats is, kampt hij als gezegd veelal met een belangenconflict. Consolidatie zal immers voor crediteuren van bepaalde vennootschappen zeer voordelig zijn ten koste van crediteuren van de andere vennootschappen. Bovendien heeft de curator meestal nog een eigen belang bij consolidatie.[194] Let wel, problemen doen zich enkel voor wanneer geen sprake is van een onontwarbare vermogensvermenging. Is daarvan sprake dan zal een samengevoegde afwikkeling in principe in het belang van alle crediteuren zijn. Het is onder meer ook deze belangentegenstelling die er naar mijn oordeel mede voor pleit om de consolidatiebeslissing in handen van een onafhankelijke instantie te leggen, te weten de rechtbank, en crediteuren en andere belanghebbenden een mogelijkheid te geven om hun bezwaren naar voren te brengen. Tijdens het besluitvormingsproces tot consolidatie moet aandacht worden geschonken aan de optredende belangenconflicten en moet worden vastgesteld welke belangen het zwaarst wegen. Wordt vervolgens besloten tot consolidatie dan is daarmee het conflict beslecht. De crediteuren van alle betrokken vennootschappen behoren na het in kracht van gewijsde gaan van deze beslissing tot dezelfde boedel. Dit brengt bijvoorbeeld met zich dat de concurrente crediteuren van beide vennootschappen vanaf dat ogenblik op gelijke voet staan. Gezien het voorgaande bestaat naar mijn oordeel geen reden om steeds twee of meer curatoren te benoemen wanneer twee of meer onderling verbonden vennootschappen failliet gaan; ook niet wanneer vervolgens een samengevoegde afwikkeling wordt overwogen.

Illustratief is in dit verband ook de Franse zaak Cass. com. 20 juni 1984.[195] In deze zaak was de omgekeerde situatie aan de orde. Drie vennootschappen waren failliet verklaard en hun boedels waren samengevoegd. Vervolgens verzocht de *liquidateur* de Cour d'appel ten aanzien van één der vennootschappen een reorganisatieprocedure te openen, omdat zij niet insolvent was. De Cour d'appel gaf aan dit verzoek gehoor en opende ten aanzien van de genoemde vennootschap een afzonderlijke reorganisatieprocedure. Een crediteur van de drie vennootschappen verzette zich hiertegen en betoogde dat de *liquidateur* die de belangen van de gezamenlijke crediteuren in de geconsolideerde boedel moet behartigen een dergelijk verzoek dat slechts enkele crediteuren baat, niet kan doen. De *Cour de cassation* wijst dit betoog van de hand. Ook in Frankrijk wordt een *liquidateur* derhalve in staat geacht tegenstrijdige belangen te behartigen.

In de Verenigde Staten wordt daarover door sommige rechters anders gedacht. In de Verenigde Staten moet de *United States Trustee* worden onderscheiden van de 'gewone' *trustee*. De *United States Trustee* is een werknemer van het ministerie van justitie (*Department of Justice*), die wordt benoemd door de Advocaat Generaal van de Verenigde Staten.[196] De *United States Trustee* staat de faillissementsrechters bij in de administratieve afwikkeling van faillissementen. Tot zijn

194 Zie: paragraaf 1.1.3.3.
195 Cass. com. 20 juni 1984, *Bull. civ.* IV, p. 169, nr. 203.
196 28 U.S.C. § 581.

taken behoort onder meer het benoemen van een interim *trustee* in de afzonderlijke faillissementen.[197] Deze interim *trustee* kan op de eerste vergadering van crediteuren worden vervangen door een door de crediteuren aangewezen *trustee*.[198] In faillissementszaken wordt steeds een *trustee* benoemd die belast is met de afwikkeling van het faillissement. In reorganisaties wordt doorgaans geen *trustee* benoemd[199] en is de debiteur zelf belast met de afwikkeling van de zaak. In deze hoedanigheid staat de debiteur bekend als *debtor-in-possession*. Zelfs wanneer ten aanzien van verschillende tot één concern behorende vennootschappen reorganisatieprocedures worden geopend en tussen deze vennootschappen en/of hun crediteuren geschillen optreden naar aanleiding van complexe intercompany-verhoudingen die tussen hen bestaan, wordt zelden een trustee benoemd in een of meer van die reorganisaties.[200]

In de Verenigde Staten is uitdrukkelijk bepaald dat een *trustee* steeds een *disinterested person* moet zijn, een onafhankelijk en onpartijdig persoon derhalve die geen belangen heeft of vertegenwoordigt die strijdig zijn met de belangen van de schuldenaar.[201] In de praktijk blijkt deze regel doorgaans niet in de weg te staan aan de benoeming van één en dezelfde *trustee* in faillissementen en reorganisaties van onderling verbonden vennootschappen. Slechts af en toe worden vraagtekens geplaatst bij een dergelijke gang van zaken, onder andere in het kader van de vraag naar een samengevoegde afwikkeling. In *In re Parkway Calabasas Ltd.*[202] merkte de *Bankruptcy Court for the Central District of California* in een noot op dat wanneer verzoeken tot consolidatie worden gedaan de niet over zekerheden beschikkende crediteuren opvallend vaak geen bezwaar aantekenen, terwijl hun verhaalsposities door de consolidatie regelmatig verslechteren. Zij stelde dat de oorzaak van het uitblijven van bezwaar mogelijk is gelegen in het feit dat consolidatie meestal plaatsvindt wanneer de faillissementen of de reorganisaties van de betrokken vennootschappen al enige tijd voortduren. Crediteuren hebben dan wellicht de hoop op enige uitkering opgegeven. In die gevallen is het van groot belang dat de *trustee* (of de *debtor-in-possession*) extra aandacht besteedt aan de

197 11 U.S.C. § 701(a).

198 11 U.S.C. § 702.

199 Het benoemen van een *trustee* in reorganisaties is wel mogelijk *for cause* of wanneer een benoeming in het belang is van een belanghebbende bij de boedel: 11 U.S.C. § 1104(a). *Cause* omvat onder andere gevallen van fraude en ernstig mismanagement: 11 U.S.C. § 1104(a)(1).

200 Zie: *In re Adelphia Communications Corp.*, 336 B.R. 610, 644-653 (Bankr. S.D. N.Y. 2006). De *Bankruptcy Court for the Southern District of New York* komt in deze zaak tot de voornoemde conclusie na bestudering van 16 reorganisaties betreffende grote concerns, waaronder Enron en WorldCom. Slechts in één van die zaken was een trustee benoemd. De benoeming hield evenwel geen verband met geschillen die voortvloeiden uit intercompany-verhoudingen, maar werd op haar plaats geacht, omdat het bestuur van een groepsmaatschappij zich had teruggetrokken, waardoor zij door niemand meer werd beheerd (zie p. 649-650, reorganisatie van PSINet et al.)

201 Zie: 11. U.S.C. § 701(a)(1) en § 1104(b); zie voor de definitie van *disinterested person* : 11 U.S.C. § 101(14).

202 *In re Parkway Calabasas*, 89 B.R. 832 (Bankr. C.D. Cal. 1988).

belangen van deze crediteuren. Hetzelfde geldt voor het crediteurencomité dat de belangen van deze crediteuren beoogt te beschermen, aldus de *Bankruptcy Court*. De *trustees* en debiteuren wijzen evenwel zelden op de door consolidatie optredende nadelen voor niet over zekerheden beschikkende crediteuren. Dit vindt zijn oorzaak volgens de *Bankruptcy Court* ten eerste in het feit dat in faillissementen en reorganisaties van verbonden vennootschappen vaak dezelfde *trustee* is benoemd, er slechts één crediteurencomité is en de *trustee* of het crediteurencomité gebruik maken van de diensten van dezelfde advocaat voor aangelegenheden betreffende verschillende insolvente vennootschappen.[203] Bovendien stellen *trustees* en andere professionals vaak hun eigen belangen voorop. Door de consolidatie kunnen zij de vergoedingen voor door hen verrichte diensten voldaan krijgen uit de geconsolideerde boedel. Het risico dat vergoedingen voor diensten die zijn verricht voor een absoluut insolvente vennootschap niet worden voldaan, wordt aldus beperkt, zo niet teniet gedaan. De *Bankruptcy Court* merkt op dat zij deze laatste consequentie weliswaar kan voorkomen door de vergoedingen van de betrokken *trustee* naar beneden bij te stellen of hem deze vergoedingen te onthouden, maar dit lost niet het probleem op dat de belangen van de niet over zekerheden beschikkende crediteuren onvoldoende worden behartigd.[204]

Om dit laatste probleem op te lossen neemt de *Bankruptcy Court* de volgende regeling aan: Wanneer de hierna te noemen omstandigheden zich voordoen, zal de rechtbank vermoeden dat het onbehoorlijk is om (1) één enkele *trustee* te benoemen, (2) één enkel crediteurencomité in het leven te roepen en (3) gebruik te maken van één en dezelfde advocaat voor aangelegenheden betreffende verschillende vennootschappen.[205]

De bedoelde omstandigheden zijn de volgende:

a. de crediteuren van de diverse vennootschappen hebben met deze vennootschappen gehandeld als vormden de vennootschappen een economische eenheid;[206]

---

203 In gevolge 11 U.S.C. § 327(a) mag de trustee met toestemming van de rechtbank de hulp van professionals, waaronder advocaten, inschakelen wanneer deze professionals geen met de boedel strijdig belang hebben of vertegenwoordigen en zij onbevooroordeeld zijn (*disinterested persons*; zie voor een definitie van dit begrip 11 U.S.C. § 101(14).

204 *In re Parkway Calabasas Ltd.*, 89 B.R. 832, 835, nt. 3 (Bankr. C.D. Cal. 1988).

205 Zie met betrekking tot de gebruikmaking van één enkele advocaat voor aangelegenheden betreffende verschillende vennootschappen ook: *In re N.S. Garrott & Sons*, 48 B.R. 13, 19 (Bankr. E.D. Ark. 1984). In deze zaak overwoog de *Bankruptcy Court for the Eastern District of Arkansas, Jonesboro Division* dat advocaten, die beide bij een mogelijke consolidatie betrokken vennootschappen vertegenwoordigen, met een belangenconflict (kunnen) worden geconfronteerd. Met name wanneer de vennootschappen vorderingen op elkaar hebben, kunnen belangenconflicten optreden. Wat in dergelijke gevallen gunstig is voor de ene vennootschap en haar crediteuren is immers nadelig voor de andere vennootschap en haar crediteuren. De *Bankruptcy Court* achtte het dan ook onmogelijk voor advocaten om de belangen van de beide vennootschappen tegelijkertijd naar behoren te behartigen.

206 Dit kan volgens de *Bankruptcy Court* o.m. worden afgeleid uit het bestaan van achterstellingsovereenkomsten en garanties. Zie echter hetgeen ik in paragraaf 4.4.2 heb opgemerkt. Soms stelt men in de Verenigde Staten – mijns inziens terecht – dat garanties juist duiden op het bestaan van onafhankelijk optredende vennootschappen.

b. de aangelegenheden (*affairs*) van de betrokken vennootschappen zijn in aanzienlijke mate vermengd;[207]
c. intercompany-transacties hebben niet *at arms length* plaatsgevonden;
d. *piercing of the corporate veil* is aangewezen om de belangen van de crediteuren van één van de debiteuren te beschermen.

Trustees en andere professionals kunnen proberen dit vermoeden te weerleggen. Daartoe moeten zij op een hoorzitting, waarvan aan alle crediteuren mededeling is gedaan, aantonen dat het onbillijk is om in het betreffende geval meer dan één *trustee* of professional te benoemen, aldus de *Bankruptcy Court*.[208]

Deze regeling of een hiermee vergelijkbare regeling is slechts door enkele rechterlijke instanties toegepast. Daarbij moet worden aangetekend dat in de bewuste zaken bovendien slechts sprake was van procedurele consolidatie[209] of zelfs in het geheel geen enkele vorm van consolidatie.[210] Diverse rechterlijke instanties hanteren voorts een andere toets, waarbij niet met vermoedens wordt gewerkt, maar steeds aan de hand van de omstandigheden van het geval wordt bezien of zich een (potentieel) belangenconflict voordoet dat de benoeming van andere of meer *trustees* of professionals vereist. Zo had de *Bankruptcy Court for the District of New Jersey* in de zaak *In re BH&P, Inc.* een aangepaste vorm van de *Parkway Calabasas*-toets gebezigd om te beoordelen of de benoeming van slechts één *trustee* in drie faillissementsprocedures betreffende een vennootschap en haar twee aandeelhouders/directeuren behoorlijk was omdat onderling vorderingen bestonden.[211] In deze zaak had eerder procedurele consolidatie plaatsgevonden. Deze toets wordt door de *Court of Appeals for the Third Circuit* als te streng ervaren.[212] Weliswaar vereist de benoeming van één enkele *trustee* in een procedureel geconsolideerde zaak extra zorg en oplettendheid van de zijde van de *trustee* in verband met de diverse, mogelijk botsende belangen van crediteuren, maar daar staat volgens de *Court of Appeals* tegenover dat de benoeming van één *trustee* maximalisering van de opbrengst in de hand werkt, vanwege de ermee gepaard gaan efficiëntievergroting. Het hof aanvaardt daarom een toets, waarbij aan de hand van de omstandigheden van het geval wordt beoordeeld of een potentieel belangenconflict in de weg staat aan de benoeming van slechts één *trustee*. In aanmerking te nemen omstandigheden zijn bijvoorbeeld: de aard en de omvang

207 Dit kan volgens de *Bankruptcy Court* o.m. worden afgeleid uit het bestaan van personele verbondenheid tussen de vennootschappen, gezamenlijke eigendom van goederen en het bestaan van intercompany-vorderingen.

208 *In re Parkway Calabasas*, 89 B.R. 832, 835, nt. 3 (Bankr. C.D. Cal. 1988).

209 *In re White Motor Credit. Corp.* 18 B.R. 720 (Bankr. N.D. Ohio 1980) (procedurele consolidatie; instelling van meer dan één crediteurencomité).

210 *In re Lee*, 94 B.R. 172 (Bankr. C.D. Cal.1988) (ongeoorloofde aanstelling van een enkele advocaat voor verbonden debiteuren).

211 *In re BH&P, Inc.*, 103 B.R. 556, 572 (Bankr. D. N.J. 1989), deze uitspraak is deels bevestigd en deels vernietigd door de *District Court for the District of New Jersey*: *In re BH&P, Inc*., 119 B.R. 35 (D. N.J. 1989)

212 *In re BH&P, Inc.*, 949 F.2d 1300, 1310-1311 (3rd Cir. 1991).

van het potentieel conflict, de kans op de verwerkelijking van het conflict en de gevolgen van het mogelijke conflict voor de verdere besluitvorming.[213]

Het is van belang hier op te merken dat een procedurele consolidatie, oftewel een *joint administration*, geen samenvoeging van boedels veroorzaakt. De faillissementen of reorganisaties worden afzonderlijk afgewikkeld. Dit brengt met zich dat hier meer mogelijkheden voor belangenconflicten bestaan, dan wanneer een materiële consolidatie, een *substantive consolidation* heeft plaatsgevonden. Ten aanzien van de benoeming van *trustees* in procedureel samengevoegde zaken zijn in de *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* enkele regels opgenomen. Uitdrukkelijk is bepaald dat de *United States Trustee* een of meer trustees kan benoemen in faillissementszaken die procedureel zijn geconsolideerd.[214] Er mag echter niet meer dan één trustee voor een debiteur worden benoemd.[215] Voorts mogen crediteuren in faillissementszaken één enkele *trustee* kiezen voor de boedels die procedureel zijn geconsolideerd.[216] Zij kunnen echter ook besluiten voor een bepaald faillissement een afzonderlijke *trustee* te kiezen.[217] Wanneer reorganisaties procedureel zijn geconsolideerd, kan de *United States Trustee* in voorkomend geval een of meer trustees benoemen.[218] Tot slot erkent *Bankruptcy Rule* 2009(d) dat wanneer in procedureel geconsolideerde zaken slechts één *trustee* wordt benoemd, een belangenconflict kan optreden tussen de crediteuren en/of aandeelhouders van de diverse bij de consolidatie betrokken rechtssubjecten. Bepaald is daarom, dat wanneer wordt aangetoond dat door de benoeming van slechts één *trustee* crediteuren of aandeelhouders van een betrokken rechtssubject worden benadeeld, de rechter benoeming van verschillende *trustees* voor de verschillende boedels zal bevelen. Deze regels zijn slechts van beperkt belang voor gevallen waarin materiële consolidatie plaatsvindt. Zij zullen vooral een rol spelen voorafgaande aan de beslissing tot samenvoeging van de boedels, omdat voordat tot een materiële consolidatie wordt besloten regelmatig eerst een procedurele consolidatie plaatsvindt.

Zijn de faillissementen of reorganisaties van twee of meer vennootschappen materieel samengevoegd dan komt de vraag op of in deze samengevoegde zaak kan worden volstaan met de benoeming van één curator. In de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels blijkt deze vraag bevestigend te worden beantwoord. In de Verenigde Staten wordt in samengevoegde zaken vrijwel steeds één curator benoemd.[219] De redenen voor deze gang van zaken worden niet of nauwelijks

---

213 *In re BH&P, Inc.*, 949 F.2d 1300, 1312-1313 (3rd Cir. 1991). Vgl. ook: *Mirant America's Energy Marketing, L.P. v. Committee of Unsecured Creditors of Enron. Corp. et. al.*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 18149 (S.D. N.Y. 2003) (afwijzing instelling extra crediteurencomité).

214 *Bankruptcy Rule* 2009(c)(1).

215 Noten bij *Bankruptcy Rule* 2009.

216 *Bankruptcy Rule* 2009(a).

217 *Bankruptcy Rule* 2009(b).

218 *Bankruptcy Rule* 2009(c)(2).

219 Zie ook: *In re BH&P, Inc.*, 103 B.R. 556, 572 (Bankr. D. N.J. 1989), waar de *Bankruptcy Court for the District of New Jersey* opmerkte dat 'Once cases are substantively consolidated, only one fiduciary, attorney and accountant will ordinarily be needed.'

geëxpliciteerd. Mogelijk speelt ook hier de omstandigheid die de *Court of Appeals of the Third Circuit* reeds noemde een rol, namelijk dat de benoeming van één *trustee* efficiënter is en daardoor maximalisering van de opbrengst en derhalve ook van de uitkering voor crediteuren in de hand werkt.[220]

In Frankrijk wordt eveneens aangenomen dat wanneer het faillissement of de reorganisatie wordt uitgebreid op grond van vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap en er één boedel ontstaat die in één enkele procedure wordt afgewikkeld, er één *liquidateur* respectievelijk *administrateur* wordt aangesteld.[221] Het is de rechtbank wel toegestaan om in een zaak op verzoek van het openbaar ministerie (*le ministère public*) van meet af aan meer dan één *administrateur* te benoemen[222], alsook om later extra *administrateurs* toe te voegen op voortstel van de R-C, die daartoe is benaderd door de reeds benoemde *administrateur*, de vertegenwoordiger van de crediteuren (*mandataire judiciaire*) of een crediteur die tot controleur is benoemd.[223] Voorts mag de rechtbank in een faillissementsprocedure een of meer liquidatoren toevoegen aan de reeds benoemde *liquidateur* op voorstel van de R-C, op verzoek van het openbaar ministerie of ambtshalve. Ook kunnen de debiteur of een crediteur zich tot de R-C wenden met het verzoek een dergelijk voorstel aan de rechtbank te doen.[224]

In Nieuw-Zeeland, waar een liquidatieprocedure aanvangt met de benoeming van een *liquidator*[225], is bij mijn weten nog door niemand de vraag gesteld of een geconsolideerd faillissement kan worden afgewikkeld door één curator. Artikel 315B(3)(a) CA 1955 bepaalde nog wel dat de rechter bevoegd was om de *liquidator* van een of meer van de betrokken vennootschappen te ontslaan en om ieder ander persoon te benoemen tot *liquidator* van een of meer van de betrokken vennootschappen. Derhalve was onder het oude regime in principe de aanstelling van een of meer liquidatoren mogelijk voor de vennootschappen waarvan de faillissementen geconsolideerd werden afgewikkeld. Deze bepaling is niet meer opgenomen in de huidige regeling inzake samengevoegde afwikkeling. Maar uit een recente zaak, waarin de faillissementen van twee verbonden vennootschappen geconsolideerd werden afgewikkeld ex artikel 271(1)(b) CA 1993, kan worden afgeleid dat tegenwoordig nog steeds slechts één *liquidator* kan worden benoemd.[226] In Ierland is nog steeds in de wet opgenomen dat de rechter bevoegd is om de *liquidator* van een of meer van de betrokken vennootschappen te ontslaan en om ieder ander persoon te benoemen tot *liquidator* van een of meer van de betrokken vennootschappen, artikel 141(3)(a) CA 1990 (IE).

---

220 *In re BH&P, Inc.*, 949 F.2d 1300, 1310-1311 (3rd Cir. 1991).

221 Le Corre 2006, p. 204, nr. 213.42; Guyon 2003, T. II, p. 443, nr. 1405 en Pétel, noot onder CA Versailles 29 maart 1990, *Bull. Joly.* 1990, p. 564.

222 L631-9 jo. L621-4(3) C. com.

223 L631-9 jo. L621-7(2) C. com.

224 Art. L641(II)(1) C. com.

225 Art. 241 CA 1993 (NZ).

226 *Saunders & Co. v Fagerlund*, HC, Christchurch, Master Venning, 22 juni 2001, M 486-00, M 10-01, M 11-01.

De tendens om in een geconsolideerd faillissement slechts één curator te benoemen is mijns inziens niet bezwaarlijk. Zijn de faillissementen van twee of meer vennootschappen materieel samengevoegd dan zal het aantal conflicten afnemen, dat wil zeggen worden beperkt tot de belangenconflicten die zich ook in enkelvoudig afgewikkelde zaken kunnen voordoen. In welke zaken doorgaans slechts één curator wordt benoemd.

> Illustratief zijn in dit verband ook de standpunten van de respondenten die de enquête hebben ingevuld. De enquête bevatte de vraag of een geconsolideerd faillissement – gezien de vaak betrokken tegenstrijdige belangen – naar hun mening door één enkele curator kan worden afgewikkeld.[227] Deze vraag is door 66 van de 67 Insolad-respondenten beantwoord. 54 van de 67 respondenten (80,6%) beantwoordden deze vraag bevestigend. 6 respondenten (9,0%) stonden hier afwijzend tegenover en eveneens 6 respondenten (9,0%) stelden de benoeming van één enkele curator afhankelijk van nadere omstandigheden.
> De respondenten die deze vraag bevestigend beantwoordden, betoogden daartoe onder meer dat een curator continu, derhalve ook bij enkelvoudige afwikkeling, verkeert in een speelveld van tegenstrijdige belangen (10 keer); dat ernstige tegenstrijdige belangen de consolidatie al zouden moeten hebben verhinderd (6 keer) en dat door consolidatie juist veel tegenstrijdige belangen vervallen (5 keer). Daarnaast werd wel geopperd dat het voor de objectiviteit wel beter is om twee curatoren te benoemen (1 keer) of een andere voorziening te treffen in geval van tegenstrijdige belangen (1 keer).
> De respondenten die de benoeming van één enkele curator afwezen, wezen met name op de aanwezigheid van belangenconflicten (4 keer).
> Als omstandigheid van belang voor de beantwoording van de vraag of één enkele curator kan worden benoemd, werd vooral de omvang van het faillissement genoemd (3 keer), ook werd gewezen op de evidentie van de tegenstrijdigheden (1 keer) en de vraag of er überhaupt geld is voor twee curatoren (1 keer).

Met diverse respondenten ben ik het eens dat een ernstig belangenconflict de consolidatie op zichzelf al zou moeten verhinderen. Wegen de ermee gepaard gaande voordelen niet aanzienlijk zwaarder dan de voor sommige crediteuren ermee gepaard gaande nadelen, dan moet samengevoegde afwikkeling achterwege blijven. Wordt echter besloten tot samengevoegde afwikkeling dan mag één curator worden benoemd. Dit zal vaak de curator zijn die eerder was benoemd in alle afzonderlijke faillissementen, maar dit hoeft niet het geval te zijn. Door de consolidatie defungeert de curator als curator in de enkelvoudig afgewikkelde procedure en moet de rechtbank een nieuwe curator benoemen in het geconsolideerde faillissement. Volgens mij merken diverse respondenten terecht op dat het ant-

227 Zie bijlage I, vraag 27.

woord op de vraag of in een samengevoegd afgewikkelde zaak twee of meer curatoren moeten worden benoemd, vooral afhangt van de omvang van het geconsolideerde faillissement en de ernst van de resterende (potentiële) conflicten, zoals die zich ook in enkelvoudige faillissementen kunnen voordoen. Daarbij mogen mijns inziens ook efficiency-overwegingen een rol spelen, want het is zeker zaak een zo hoog mogelijke opbrengst te verkrijgen, mits dit op een tegenover alle crediteuren te verantwoorden wijze gebeurt.

6.4 Verificatie

De indiening van vorderingen ter verificatie en de verificatie zelf roepen bij een samengevoegde afwikkeling diverse vragen op. Bijvoorbeeld: welke termijn geldt in dat geval voor de indiening van vorderingen? Moet een vordering na de consolidatiebeslissing opnieuw worden ingediend of geldt een reeds ingediende vordering vanaf dat moment als een vordering ingediend in het samengevoegde faillissement? En hoe verloopt vervolgens de verificatie? Voorop gesteld moet worden dat niet alle genoemde vragen in ieder onderzocht rechtsstelsel zijn beantwoord. Wat betreft Nieuw-Zeeland en Ierland is mij in het geheel geen jurisprudentie of literatuur aangaande dit onderwerp bekend. Deze rechtsstelsels blijven hier daarom buiten beschouwing.

In Nederland heeft de Hoge Raad de mogelijkheid tot consolidatie van twee of meer failliete boedels gesanctioneerd in HR *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*.[228] In deze zaak heeft de Hoge Raad ook aangegeven dat in een geconsolideerd faillissement 'slechts als geverifieerde vorderingen kunnen gelden vorderingen die zijn geverifieerd op een in beide faillissementen tezamen gehouden verificatievergadering waaromtrent alle bekende schuldeisers van beide vennootschappen door de curatoren schriftelijk zijn verwittigd en waar die schuldeisers de in de artikelen 116 tweede zin en 119 eerste lid, tweede zin bedoelde bevoegdheden hebben kunnen uitoefenen, dan wel in een op grond van verwijzing in die vergadering gevoerde renvooiprocedure.'[229] Deze opvatting van de Hoge Raad strookt met hetgeen in Frankrijk wordt aangenomen, namelijk dat één enkele verificatieprocedure plaats vindt in een samengevoegd afgewikkeld faillissement.[230]

Artikel 116 Fw, tweede zin bepaalt dat crediteuren de R-C kunnen verzoeken omtrent bepaalde door hen op te geven punten op de verificatievergadering inlichtingen te vragen aan de gefailleerde. En artikel 119 Fw, eerste lid, tweede zin geeft crediteuren de bevoegdheid de curator om inlichtingen te verzoeken omtrent andere vorderingen en om deze vorderingen of de beweerde voorrang daarvan te betwisten. Vooral artikel 119 is van groot belang: Normaliter kunnen

228 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

229 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136, m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen Begeer/Zilfa en DCW), overweging 3.3.

230 Le Corre 2006, p. 205, nr. 213.42.

crediteuren van vennootschap A niets in brengen tegen de juistheid of rang van vorderingen die andere crediteuren hebben op de met hun debiteur in een concern verbonden, failliete vennootschap B. Dat hoeft ook niet, omdat de afwikkeling van beide faillissementen gescheiden plaatsvindt. De hoogte van hun uitkering wordt in beginsel niet beïnvloed door de hoogte en de rang van de vorderingen die de andere crediteuren hebben op de verbonden vennootschap B.[231] Wordt echter overgaan tot consolidatie, dan kunnen de crediteuren van beide vennootschappen zich verhalen op de samengevoegde activa, waardoor de juistheid en rang van de vorderingen van de crediteuren van vennootschap B wel direct van invloed zijn op de uitkering die de crediteuren van vennootschap A zullen ontvangen.

De eis van de Hoge Raad dat slechts één gezamenlijke verificatievergadering wordt gehouden, brengt met zich dat de bekende crediteuren van beide vennootschappen voor deze vergadering worden opgeroepen onder mededeling van de nederlegging ter griffie van de lijsten van voorlopig erkende en betwiste vorderingen, artikel 115 Fw.[232] Tijdens deze vergadering stelt de R-C vragen aan de gefailleerden, of wanneer het vennootschappen betreft aan hun bestuurders[233], over eerder door de crediteuren aangegeven punten en andere zaken waarover hij opheldering wenst, artikel 116 Fw. Bovendien kunnen de crediteuren de curator om inlichtingen verzoeken omtrent iedere in de geconsolideerde boedel vallende vordering. Vervolgens kunnen crediteuren alle in de geconsolideerde boedel vallende vorderingen, de daaraan verbonden rang of het daaraan verbonden retentierecht betwisten, artikel 119 Fw. Kan de R-C de partijen niet verenigen dan verwijst hij hen, zoals gewoonlijk ook in enkelvoudige procedures geschiedt, naar de rechtbank, artikel 122 Fw.[234]

Met deze door de Hoge Raad voorgestane gang van zaken is een enkelvoudige indiening van vorderingen naar mijn mening goed te verenigen. Vaak zal het zo zijn dat voorafgaande aan de consolidatie één en dezelfde curator is benoemd in beide faillissementen. De in deze faillissementen ingediende, voorlopig erkende vorderingen kunnen na de consolidatie eenvoudig op één lijst worden geplaatst. Hetzelfde geldt voor de betwiste vorderingen. Vorderingen die in beide faillissementen zijn ingediend, omdat men niet kan achterhalen wie de werkelijke debiteur is, worden slechts één maal op een lijst opgenomen. Hetzelfde moet gebeuren indien eerder twee verschillende curatoren zijn benoemd. Van deze samengevoegde lijsten wordt vervolgens door de curator(en) in het geconsoli-

231 Ik laat hier verder buiten beschouwing de omstandigheid dat de crediteuren van vennootschap B de uitkering op intercompany-vorderingen, die vennootschap A heeft op vennootschap B kunnen beïnvloeden, hetgeen de uitkeringen aan de crediteuren van vennootschap A indirect eveneens zal beïnvloeden.

232 In zijn oordeel in de zaak *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW* verwijst de Hoge Raad ook naar art. 115 Fw, overweging 3.3.

233 Art. 117 Fw.

234 In zijn oordeel in de zaak *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW* verwijst de Hoge Raad ook naar art. 122 Fw, overweging 3.3.

deerde faillissement een afschrift ter griffie neergelegd, vergelijk artikel 114 Fw. Deze gang van zaken is efficiënt; een dubbele indiening zal alleen maar extra nakijkwerk vragen en verwarring zaaien.

Enkelvoudige indiening wordt ook in Frankrijk bepleit, alsmede in de Verenigde Staten[235], waar dit ook in de praktijk reeds geschiedt. Zo overwoog de *Bankruptcy Court for the Southern District of New York* in *In re Richton Int'l. Corp.* dat 'all claims (…) will be treated as having been filed in a consolidated proceeding.'[236] In Frankrijk is de kwestie minder helder. Daar geldt in enkelvoudige procedures dat iedere crediteur met een vordering die is ontstaan voorafgaande aan de opening van de reorganisatieprocedure, met uitzondering van de werknemers[237], zijn vordering moet indienen bij de vertegenwoordiger van de schuldeisers.[238] In faillissementsprocedures geldt dat crediteuren hun vorderingen indienen bij de *liquidateur*.[239]

Enkele uitzonderingen daargelaten, moeten crediteuren hun vordering indienen binnen twee maanden nadat de uitspraak waarbij de insolventieprocedure is geopend, is gepubliceerd in het BODACC.[240] De vertegenwoordiger van crediteuren moet crediteuren met een gepubliceerd zekerheidsrecht of die met de debiteur zijn verbonden via een gepubliceerde overeenkomst en de overige bekende crediteuren binnen vijftien dagen te rekenen vanaf de dag der opening van de procedure, mededeling doen van de verplichting tot indiening.[241]

Voorts is indiening vereist van bepaalde vorderingen die volgens de regels zijn ontstaan na de opening van de procedure. De termijn voor indiening van deze vorderingen begint te lopen vanaf de datum dat zij opeisbaar zijn geworden.[242]

Bestaat discussie omtrent een vordering, anders dan – kort gezegd – een salarisvordering, dan wordt de bewuste crediteur daarvan op de hoogte gesteld en krijgt hij dertig dagen de tijd om te reageren. Laat hij dit na, dan mag hij het voor-

---

235 Landers *U.Chi.L.Rev*. 1975, p. 646.

236 *In re Richton Int'l Corp.*, 12 B.R. 555, 558 (Bankr. S.D. N.Y. 1981).

237 De ervaring leerde dat veel werknemers hun vorderingen niet indienden, omdat zij dachten dat dit niet nodig was. Daarop is besloten dat de vertegenwoordiger van crediteuren een lijst van werknemersvorderingen opstelt en deze overlegt aan de vertegenwoordiger van de werknemers, art. L631-18(I) jo. L625-1 C. com. met betrekking tot reorganisatieprocedures en art. L641-14 jo. L625-1 C. com. met betrekking tot faillissementsprocedures. Zie: Guyon 2003, T.II, p. 250, nr. 1227.

238 Art. L631-14(I) jo. L622-24(1) C. com.

239 Art. L641-3(2) jo. L622-24(1) C. com.

240 Art. 195 jo. 96 en 99 Decreet nr. 2005-1677 van 28 december 2005 met betrekking tot reorganisatieprocedures en art. 236 jo. 96 en 99 van hetzelfde decreet met betrekking tot faillissementsprocedures. De taken van de vertegenwoordiger van de crediteuren worden in faillissementsprocedures uitgeoefend door de *liquidateur*.

241 Art. L622-24(1) C. com. en art. 195 jo. 96 Decreet nr. 2005-1677 van 28 december 2005 met betrekking tot reorganisatieprocedures en art. L631-14(I) jo. L622-24(1) C. com. en art. 236 jo. 96 van het eerder genoemde decreet met betrekking tot faillissementsprocedures.

242 Art. L631-14(I) jo. L622-24(5) C. com. met betrekking tot reorganisatieprocedures en art. L641-3(2) jo. L622-24(5) met betrekking tot faillissementsprocedures.

stel van de vertegenwoordiger van de crediteuren dat betrekking heeft op zijn vordering niet meer betwisten.[243]

De verificatie geschiedt in reorganisatieprocedures door de vertegenwoordiger van de crediteuren in aanwezigheid van de debiteur of de bewindvoerder die belast is met de verzekering van het beheer van de onderneming en in voorkomend geval de controleurs.[244] In geval van faillissement gaat de *liquidateur* over tot verificatie van de ingediende vorderingen.[245]

Het is thans in Frankrijk afhankelijk van de feiten of crediteuren die hun vordering hebben ingediend in de insolventieprocedure van hun debiteur, hun vordering opnieuw moeten indienen wanneer uitbreiding annex consolidatie van deze insolventieprocedure naar een derde plaatsvindt. Uit Cass. com. 1 oktober 1997 werd afgeleid dat een tweede, nieuwe indiening van de vordering niet nodig was.[246] De *Cour de cassation* overwoog in deze zaak dat '(…) la déclaration de créances (…) entre les mains du représentant des créanciers valait pour n'importe laquelle des sociétés du group dont les passifs avaient été confondus.'[247] Deze uitspraak strookt met de opvatting dat uitbreiding annex consolidatie van een insolventieprocedure wegens vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap leidt tot een eenheid van procedure[248], maar is volgens enkele Franse auteurs weer moeilijk verenigbaar met de gedachte dat de vennootschappen hun rechtspersoonlijkheid behouden wanneer uitbreiding annex consolidatie wegens vermogensvermenging plaatsvindt.[249] Dit is anders wanneer tot uitbreiding annex consolidatie wordt besloten wegens het bestaan van een fictieve vennootschap, omdat een fictiefverklaring wordt geacht weer te geven dat in werkelijkheid slechts één rechtssubject met één vermogen bestaat. Enkelvoudige indiening van vorderingen ligt dan meer voor de hand.[250]

Meer recent heeft de *Cour de cassation* evenwel een arrest waarin de *Cour d'appel* van Montpellier de uitspraak van de *Cour de cassation* in Cass. com. 1 oktober 1997 naar de letter toepaste, gecasseerd.[251] De vennootschap Symbiose had in de vennootschap Thalacap een deel van haar actief en passief ingebracht, waaronder begrepen leningen die haar door CEPME waren verschaft. Op 30

243 Art. L631-14(I) jo. L622-27 C. com. met betrekking tot reorganisatieprocedures en art. L641-3(2) jo. L622-27 C. com. met betrekking tot faillissementsprocedures.

244 Art. 197(2) Decreet 2005-1677 van 28 december 2005. Zie voor de te volgen procedure verder: art. 197(1) jo. 103 e.v. van genoemd decreet en art. L631-18 jo. L624-1 e.v. C. com.

245 Art. L641-4 en L641-5 C. com. en zie verder met betrekking tot de verificatieprocedure: art. 238, 239 jo. 103 e.v. en 240 Decreet 2005-1677 van 28 december 2005 en L641-14 jo. L624-1 e.v. C. com.

246 Le Corre, *D.* 2002, chron., p. 1123-1124 en Saint-Alary-Houin 1999, p. 461, nr. 14.

247 Cass. com 1 oktober 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1087, § 392, m.nt. Daigre.

248 Daigre, noot onder Cass. com. 1 oktober 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1089, § 392.

249 Daigre, noot onder Cass. com. 1 oktober 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1089, § 392 en Martin-Serf 2004 Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 33, nr. 178.

250 Daigre, noot onder Cass. com. 1 oktober 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1089, § 392 en Martin-Serf 2004 Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 33, nr. 178.

251 Cass. com. 19 februari 2002, *Bull. civ.* IV, p. 35, nr. 34; *D.* 2002, AJ, p. 956, m.nt. Lienhard; *Bull. Joly* 2002, p. 782, m.nt. Pétel.

december 1993, respectievelijk 11 januari 1994 werd ten aanzien van de vennootschappen Symbiose en Thalacap een reorganisatieprocedure geopend. Op 10 maart 1994 diende crediteur CEPME zijn vordering in ter verificatie (naar men moet aannemen in de reorganisatieprocedure geopend ten aanzien van Symbiose. Zie hierna, *MLHR*). Op 21 december 1994 en 15 februari 1995 stelde de rechtbank vast dat sprake was van vermogensvermenging tussen 13 vennootschappen die allemaal op het gebied van de hotellerie en de thalassotherapie werkzaam waren, daaronder begrepen Symbiose en Thalacap. In appel stelde het hof vast dat bij CEPME de wil had voorgezeten haar schuld in te dienen in het faillissement van Symbiose; zij liet de schuld vervolgens toe in het passief van Thalacap, omdat wanneer de vermogens van diverse vennootschappen zijn vermengd, een indiening van een vordering bij de vertegenwoordiger van de crediteuren geldt voor alle vennootschappen waarvan het passief is vermengd. De *Cour de cassation* oordeelde evenwel anders:

> 'Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que la confusion de patrimoines avait été constatée après la déclaration de la créance, la cour d'appel a violé les textes susvisés;' (dat wil zeggen de artikelen 7 et 53 van de wet van 25 januari 1985, MLHR).[252]

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat meervoudige indiening van vorderingen vereist is, wanneer de vermogensvermenging pas na de eerste indiening is geconstateerd.[253] Desalniettemin oordeelt Lienhard anders in zijn noot onder het arrest. Hij betoogt dat uit de niet gepubliceerde cassatiemiddelen in samenhang met een ander arrest van de *Cour de cassation* van 11 december 2001[254] moet worden afgeleid dat de *Cour de cassation* in werkelijkheid heeft willen zeggen dat de vordering niet had mogen worden toegelaten omdat *la confusion de patri-*

---

252 Art. 7 Wet van 25 januari 1985, is thans enigszins gewijzigd vervangen door L621-2 C. com. Art. 53 Wet van 25 januari 1985 is thans geschrapt. Dit artikel bepaalde onder meer dat niet of te laat ingediende vorderingen in beginsel niet meedelen in de opbrengst van de boedel en dat deze vorderingen als vervallen wordt beschouwd. Sinds 1 januari 2006 is deze laatste consequentie niet meer verbonden aan het niet of te laat indienen van een vordering.

253 In die zin: Saint-Alary-Houin 2006, p. 218, nr. 394.

254 Cass. com. 11 december 2001, *D.* 2002, AJ, p. 402, m.nt. Lienhard. Een echtpaar had eerder een hypothecaire geldlening afgesloten bij een kredietinstelling. Beide echtelieden waren jegens de kredietinstelling hoofdelijk aansprakelijk. De kredietinstelling had de vordering, die zij uit hoofde van de geldlening had op de man, niet tijdig ingediend in de insolventieprocedure die was geopend ten aanzien van de man. Deze vordering was daardoor vervallen, zie art. L621-46(4) C. com (oud), thans vervallen. Toen deze procedure bijna twee jaar(!) na haar opening werd uitgebreid naar de vrouw, diende de bank haar vordering op de vrouw in, in het aldus ontstane geconsolideerde faillissement. De curator betwiste de geldigheid van deze indiening, doch tevergeefs. De *Cour de cassation* overwoog dat het vervallen van de vordering die de kredietinstelling had op de man, het bestaan van haar vordering tegen de hoofdelijk aansprakelijke mededebiteur, te weten de vrouw, niet aantast. De kredietinstelling die haar vordering tijdig heeft ingediend in het faillissement van de vrouw, behoudt haar rechten in de ten aanzien van de vrouw geopende insolventieprocedure (dat is de geconsolideerde procedure, *MLHR*).

moines avait été constaté après l'expiration du délai de déclaration de la créance.[255] De vordering van CEPME was te laat ingediend in de reorganisatieprocedure van Symbiose, omdat indiening niet had plaatsgevonden binnen twee maanden na de publicatie van de opening van de reorganisatieprocedure.[256] Daardoor hoefde in deze procedure met de vordering geen rekening te worden gehouden. Omdat de vordering niet mee doet in deze procedure, kan zij ook niet door middel van uitbreiding alsnog een rol gaan spelen, aldus Lienhard.[257] Voorts is opgemerkt dat de vordering die CEPME in werkelijkheid had op Thalacap, en die verkeerd was ingediend in de reorganisatieprocedure van Symbiose (melding wordt gemaakt van een *erreur d'aiguillage du créancier*) evenmin kon meespelen via de ten aanzien van Thalacap geopende procedure, omdat ook in die procedure op datum van uitbreiding de termijn voor indiening al lang verlopen was. Bij gebrek aan indiening was de vordering derhalve voorgoed vervallen.[258]

Uit de annotaties bij deze zaak volgt dat Franse auteurs dit arrest van de *Cour de cassation* als betreffende een uitzonderlijk geval beschouwen. Zij zijn van mening dat in het algemeen nog steeds moet gelden dat de crediteuren van de vennootschap waarvan het faillissement wordt uitgebreid kunnen volstaan met één enkele indiening. Zelfs is opgemerkt dat het feit dat een crediteur is toegelaten tot het passief van één van de bij de consolidatie wegens vermogensvermenging betrokken vennootschappen (dat is de uitbreiding annex consolidatie van een insolventieprocedure naar een vennootschap die zelf reeds aan een procedure is onderworpen) hem het recht geeft om zijn verhaalsrecht na consolidatie op het samengevoegde actief uit te oefenen.[259]

Dan rest nog de vraag of de termijnen voor de indiening van vorderingen parallel getrokken moeten worden. Het is immers voorstelbaar dat de door de R-C vastgestelde termijnen voor indiening niet parallel lopen, omdat het ene faillissement eerder of later is uitgesproken dan het andere faillissement.[260] Aan deze kwestie is in de Verenigde Staten aandacht besteed door Landers. In het Amerikaanse insolventierecht moet een persoon die betoogt te beschikken over een onverzekerde vordering ingeval zijn debiteur failliet is verklaard ingevolge 11 U.S.C. § 501 tijdig bewijs van het bestaan van zijn vordering (*a proof of claim*) indienen.[261] Dit houdt in beginsel[262] in dat het bewijs niet later mag worden ingediend

255 Lienhard, noot onder Cass. com. 19 februari 2002, *D.* 2002, AJ, p. 956.

256 Lienhard (noot onder Cass. com. 19 februari 2002, *D.* 2002, AJ, p. 957) merkt op dat dit – ondanks de onbekendheid met de publicatiedatum – waarschijnlijk is, omdat op 30 december 1993 ten aanzien van Symbiose een reorganisatieprocedure is geopend en de vordering pas op 10 maart 1994 is ingediend.

257 Lienhard, noot onder Cass. com. 19 februari 2002, *D.* 2002, AJ, p. 957.

258 Pétel, noot onder Cass. com. 19 februari 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 783.

259 Le Corre *D.* 2002, chron., p. 1124.

260 Zie art. 108(1) Fw.

261 Een verzekerde crediteur hoeft geen bewijs van zijn vordering in te dienen, tenzij een belanghebbende ex § 502 BC bezwaar maakt tegen de (hoogte van de) vordering; zie noot bij *Bankruptcy Rule* 3002(a).

262 Zie voor uitzonderingen *Bankruptcy Rule* 3002(c)(1)-(6).

dan 90 dagen na de eerste datum bepaald voor het houden van de crediteurenvergadering, die ingevolge 11 U.S.C. § 341(a) door de *United States Trustee* moet worden bijeengeroepen.[263] Deze vergadering mag door de *United States Trustee* niet eerder dan 20 dagen en niet later dan 40 dagen na de faillietverklaring worden belegd.[264] Een ingediende vordering wordt als erkend aangemerkt, tenzij een belanghebbende daartegen bezwaar maakt, 11 U.S.C. § 502(a). In geval van bezwaar is het aan de rechter om overeenkomstig de regels van 11 U.S.C. § 502(b) e.v., na mededeling en een hoorzitting, de vordering al dan niet voor een bepaald bedrag toe te laten.

In Chapter 11-procedures hoeft slechts bewijs van een vordering te worden ingediend door de crediteuren waarvan de vorderingen niet in het ex 11 U.S.C. § 521(1) door de debiteur in te dienen overzicht van schulden zijn opgenomen, of die crediteuren waarvan de vorderingen worden betwist, slechts voorwaardelijk zijn erkend (*contigent*) of worden aangemerkt als *unliquidated*, dat wil zeggen dat het bedrag van de vordering niet vaststaat.[265] De periode waarin dit bewijs kan worden ingediend, wordt door de *Bankruptcy Court* bepaald en kan door haar worden verlengd.[266] Verificatie van de vordering geschiedt in dat geval eveneens overeenkomstig het in 11 U.S.C. § 502 bepaalde.

Gezien het voorgaande is het ook in de Verenigde Staten voorstelbaar dat de perioden voor het indienen van het voornoemde bewijs bij de consolidatie betrokken vennootschappen niet parallel lopen. Landers werpt dan ook de vraag op of het verloop van de perioden in de genoemde gevallen dan misschien parallel moet worden getrokken c.q. de perioden moeten worden verlengd. Dit kan volgens hem met name van belang zijn in gevallen waarin crediteuren van de 'armere' vennootschap geen bewijs hebben ingediend, omdat zij geen of slechts een geringe uitkering verwachtten en niet op een eventuele consolidatie met de 'rijkere' vennootschap bedacht waren. Daarbij erkent hij dat tegenstanders zullen betogen dat dit een bewuste keuze is van de betrokken crediteur. Deze heeft er bewust voor gekozen het risico te lopen dat later alsnog activa worden ontdekt, waardoor hij wel een uitkering had kunnen ontvangen. Of die toename in activa nu voortspruit uit consolidatie of het gevolg is van het vinden van een stapel bankbiljetten in een kast, is daarbij niet van belang. Landers betoogt nu dat wanneer op het moment van consolidatie de periode voor het indienen van bewijs van vorderingen tegen een van de betrokken vennootschappen nog niet is verlopen, deze moet voortduren. Voorts stelt hij (voorzichtig) voor dat de crediteuren die geen bewijs hadden ingediend, omdat zij ertoe waren gebracht te geloven dat indiening nutteloos zou zijn, gedurende korte tijd de gelegenheid moeten krijgen alsnog bewijs van hun vordering in te dienen. Wordt de consolidatie bewerkstelligd middels een *turnover of assets*-vordering[267], dan acht Landers het juist om aan de crediteuren van

263 *Bankruptcy Rule* 3002(c).
264 *Bankruptcy Rule* 2003(a).
265 11 U.S.C. § 1111(a) en *Bankruptcy Rule* 3003(b)(1) en (c)(2).
266 *Bankruptcy Rule* 3003(c)(3).
267 Zie daarover paragraaf 3.1.1.1.

de vennootschap waarvan de activa zijn overgedragen aan de failliet de mededeling te doen dat hun een geheel nieuwe termijn wordt gegund om het bewijs van hun vordering in te dienen.[268] Met dit laatste voorstel strookt de beslissing van de *Bankruptcy Court for the Eastern District of Tennessee* in *In re D.A. Crabtree*. In deze zaak vond uitbreiding annex consolidatie plaats tussen de reeds failliete D.A. Crabtree en de nog niet in enige insolventieprocedure betrokken West Knoxville Investment Company.[269] De *Bankruptcy Court* bepaalde uitdrukkelijk dat de crediteuren van West Knoxville gedurende 90 dagen bewijs van hun vordering konden indienen in de geconsolideerde procedure.[270] Dezelfde regel – met een andere termijn – geldt voorts in Frankrijk.[271]

Mijns inziens betoogt Landers terecht dat crediteuren een aanvullende termijn voor het indienen van hun vorderingen moet worden gegund. Voor Nederland kan dit gestalte krijgen door de langst resterende termijn te laten gelden voor de schuldeisers van alle betrokken schuldenaren wanneer in een of meer van de faillissementen op de dag van de beslissing tot samengevoegde afwikkeling de termijn waarop uiterlijk de schuldvorderingen moeten zijn ingediend, nog niet is verlopen. Is de resterende termijn minder dan 10 werkdagen te rekenen vanaf de dag dat in de Nederlandse Staatscourant mededeling is gedaan van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de beslissing tot consolidatie of is de termijn in alle faillissementen geheel verlopen, dan wordt deze verlengd tot 10 werkdagen na de dag dat in de Nederlandse Staatscourant mededeling is gedaan van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de consolidatiebeslissing.

Wanneer in een of meer der betrokken faillissementen de termijn voor indiening van de vorderingen bij de curator nog loopt op de dag dat de beslissing tot samengevoegde afwikkeling wordt gegeven, acht ik het enkel laten doorlopen van de termijn voor de crediteuren van de betreffende gefailleerde(n) onredelijk. In alle faillissementen kunnen er crediteuren zijn die hun vordering in eerste instantie niet indienen, omdat de daarmee gepaard gaande moeite niet opweegt tegen de verwachte opbrengst. Deze opbrengst kan door een consolidatie aanzienlijk veranderen. Crediteuren in het faillissement waar de termijn voor indiening van vorderingen nog loopt en die eerder om genoemde reden indiening achterwege hebben gelaten, zouden hun vordering alsnog kunnen indienen en daardoor alsnog kunnen profiteren van de consolidatie, terwijl de crediteuren in de andere faillissementen, die om dezelfde reden van indiening hebben afgezien, daartoe niet meer de gelegenheid hebben. Het is dan redelijk om indiening gedurende de resterende termijn alsnog mogelijk te maken voor de crediteuren van alle betrokken

268 Landers *U.Chi.L.Rev*. 1975, p. 646-647. NB Landers spreekt in zijn artikel nog over een termijn van zes maanden. Deze termijn is later ingekort en bedraagt in faillissementszaken thans in beginsel 90 dagen na de eerste datum bepaald voor het houden van de eerste crediteurenvergadering. Zie: *Bankruptcy Rule* 3002(c) en bijbehorende noot.

269 Over deze wijze van consolidatie volgt meer in het volgende hoofdstuk.

270 *In re D.A. Crabtree*, 39 B.R. 718, 726 (Bankr. E.D. Tenn. 1984).

271 Le Corre *D.* 2002, chron., p. 1123; Le Corre & Lucas *D.* 2005, pan., p. 292 en Pétel, noot onder Cass. com. 19 februari 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 783.

gefailleerden. Is de resterende termijn erg kort, bijvoorbeeld minder dan 10 werkdagen te rekenen vanaf de dag dat in de Nederlandse Staatscourant mededeling is gedaan van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de beslissing tot consolidatie, dan is het redelijk om crediteuren een langere termijn te gunnen om hun vordering alsnog in te dienen. De mogelijkheid van latere indiening moet immers wel reëel zijn. Een (verlengde) termijn van tien werkdagen is volgens mij redelijk; een nog langere termijn zou de afwikkeling van het faillissement te zeer vertragen. Dit alles geldt ook wanneer de termijnen voor indiening in alle faillissementen reeds zijn verlopen. In dat geval is het volgens mij redelijk om crediteuren een termijn van tien werkdagen te gunnen te rekenen vanaf de dag dat in de Nederlandse Staatscourant mededeling is gedaan van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de beslissing tot consolidatie, zodat zij hun vordering alsnog kunnen indienen.

Om dit systeem te laten werken is vereist dat van het in kracht van gewijsde gaan van de beslissing tot consolidatie door de curator mededeling wordt gedaan aan de crediteuren. Immers, worden zij daarvan niet op enige wijze op de hoogte gesteld, dan is de verlengde termijn voor indiening een wassen neus. Dit realiseert men zich ook in Frankrijk, waar voor crediteuren van de vennootschap waarnaar een insolventieprocedure is uitgebreid en die tot dat moment in goede doen verkeerde, de termijn voor indiening van hun vorderingen begint te lopen nadat de uitbreidingsbeslissing is gepubliceerd in het BODACC.[272] Uit het voorgaande moge volgen dat naar mijn mening in Nederland publicatie van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de consolidatiebeslissing moet gebeuren in de Nederlandse Staatscourant. Publicatie in de Nederlandse Staatscourant ligt voor de hand, omdat daarin ook een uittreksel van de faillietverklaring wordt opgenomen.[273] Publicatie moet om vertraging te voorkomen geschieden binnen 5 werkdagen na het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de consolidatiebeslissing.[274] Daarnaast acht ik het in verband met de verstrekkende gevolgen die een consolidatie kan hebben redelijk dat de curator binnen diezelfde termijn aan alle bekende crediteuren in het geconsolideerde faillissement mededeling doet van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de consolidatiebeslissing. Dit alles onder vermelding van de verlengde termijn voor indiening.

6.5 Het akkoord of reorganisatieplan

In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de totstandkoming van een akkoord of reorganisatieplan in een geconsolideerde procedure. Vooraf zij opgemerkt, dat

272 Le Corre 2006, p. 206, nr. 213.43; idem *D.* 2002, chron., p. 1123; Le Corre & Lucas *D.* 2005, pan., p. 292 en Pétel, noot onder Cass. com. 19 februari 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 783.

273 Art. 14(3) Fw.

274 Van de curator zal dit geen extra inspanning vereisen. Zie RECOFA-richtlijnen, richtlijn 8(a), waarin is bepaald dat de griffier ervoor zorgt dat alle door de Faillissementswet voorgeschreven publicaties in de Nederlandse Staatscourant worden geplaatst.

de mogelijkheden tot het opstellen van een akkoord of reorganisatieplan nogal verschillen in de onderzochte rechtsstelsels. Wat betreft Nederland beperk ik mij – in overeenstemming met hetgeen ik in dit boek eigenlijk steeds heb gedaan – tot de faillissementsprocedure. Wat betreft de andere onderzochte rechtsstelsels zal blijken dat een akkoord of reorganisatieplan enkel mogelijk is in het kader van reorganisatieprocedures. Desalniettemin besteed ik daaraan aandacht, omdat daarmee duidelijk wordt dat de samenvoeging van insolventieprocedures er steeds toe leidt dat voor alle betrokken vennootschappen één en dezelfde oplossing/uitkomst gaat gelden. Zij worden behandeld als was sprake van één enkele vennootschap.

In de Verenigde Staten bestaat voor een debiteur slechts in een Chapter 11-procedure de mogelijkheid om een reorganisatieplan op te stellen en ter goedkeuring voor te leggen aan zijn crediteuren. In een geconsolideerde procedure zal dit één geconsolideerd reorganisatieplan zijn.[275] In een Chapter 7-procedure, dat wil zeggen een liquidatieprocedure, kent men een dergelijke mogelijkheid niet. Indien de debiteur zijn onderneming – eventueel in afgeslankte vorm – wil behouden, kan hij in dat geval omzetting van de faillissementsprocedure naar een reorganisatieprocedure verzoeken[276], waardoor hij in de gelegenheid wordt gesteld een reorganisatieplan voor te stellen aan zijn crediteuren.[277]

In Frankrijk geldt een vergelijkbaar regime. Ook daar is de liquidatieprocedure louter gericht op tegeldemaking van de activa van de vennootschap met het oog op de verdeling van de opbrengst onder haar crediteuren.[278] Zij kan worden geopend wanneer een debiteur heeft opgehouden met betalen en zijn herstel onmogelijk blijkt.[279] Een debiteur die wil reorganiseren, zal daartoe bijtijds actie moeten ondernemen. Hij kan afhankelijk van de toestand waarin zijn onderneming verkeert, verzoeken om de opening van een *sauvegarde* of een *redressement judiciaire*.[280] De *sauvegarde* is ingevoerd bij Wet nr. 2005-845 van 26 juli 2005 en is geïnspireerd op de Amerikaanse Chapter 11-procedure. De debiteur die in onoverkomelijke moeilijkheden verkeert die uiteindelijk zullen leiden tot het hebben opgehouden met betalen, kan in deze procedure door middel van een voortzettingsplan dat uiteindelijk door de rechtbank wordt vastgesteld, proberen deze

275 Vgl. o.a. *In re Richton Int'l Corp.*, 12 B.R. 555, 556 (Bankr. S.D. N.Y. 1981); *In re F.A. Potts and Co., Inc.*, 23 B.R. 569, 573 (Bankr. E.D. Pa 1982) en *In re Standard Brands Paint Co.*, 154 B.R. 563, 566, 571 en 574 (C.D. Cal. 1993).

276 11 U.S.C. § 706(a).

277 11 U.S.C. § 1121(b). Gedurende de eerste 120 dagen na de opening van een reorganisatieprocedure mag enkel de debiteur een reorganisatieplan voorstellen.

278 Art. L640-1(2) C. com. Daarbij wordt gestreefd naar een *going concern* verkoop van de onderneming(sonderdelen), zie art. L642-1 C. com.

279 Art. L640-1(1) C. com.

280 Ik laat de zogenaamde *conciliation* hier buiten beschouwing, zie art. L611-4 C. com. e.v. Deze regeling is in de plaats getreden van de zogenaamde *règlement amiable*, die slechts af en toe werd toegepast. De *conciliation* biedt debiteuren een mogelijkheid om met behulp van een bemiddelaar een akkoord over een te komen met hun belangrijkste crediteuren. Op verzoek van de debiteur kan dit akkoord worden gehomologeerd door de rechtbank, L611-8(II) C. com.

moeilijkheden te overwinnen.[281] Daarbij kan een deel van de activiteiten worden gestaakt of verkocht.[282] Een algehele verkoop is onmogelijk. Een *redressement judiciaire* (hierna: reorganisatieprocedure) kan worden geopend wanneer de debiteur zijn opeisbare schulden niet meer kan voldoen met beschikbaar actief, dat wil zeggen dat hij heeft opgehouden met betalen. Het verzoek tot opening van een *redressement* moet worden gedaan binnen 45 dagen nadat de debiteur heeft opgehouden met betalen, mits binnen die periode geen verzoek tot het openen van een *conciliation* is gedaan.[283] Een *redressement* is in principe gericht op de totstandkoming van een voortzettingsplan, hetgeen geschiedt volgens dezelfde regels als bij een *sauvegarde*. Daarbij is het mogelijk om een gedeelte van de onderneming te verkopen.[284] Voorts kan een verkoopplan worden vastgesteld door de rechtbank, waarbij de onderneming of een deel daarvan wordt verkocht. De verkoop geschiedt volgens de regels die gelden in een liquidatieprocedure.[285] Afhankelijk van de toestand waarin de debiteur daarna verkeert, wordt vervolgens een reorganisatieplan aangenomen of wordt het faillissement uitgesproken.[286]

Is sprake van een uitbreiding annex consolidatie van reorganisatieprocedures dan is het logische gevolg van de eenheid-van-procedure-regel dat slechts één reorganisatieplan wordt opgesteld.[287] Dit laat echter onverlet dat genuanceerde oplossingen mogelijk zijn, gelijk hetgeen kan geschieden in enkelvoudig afgewikkelde zaken, denk aan gedeeltelijke verkoop van de onderneming en voortzetting van het overgebleven gedeelte.[288]

In Nieuw-Zeeland is ten tijde van de afronding van dit boek slechts samengevoegde afwikkeling mogelijk van faillissementsprocedures (*liquidations*). In faillissementsprocedures wordt debiteuren niet de mogelijkheid geboden een akkoord overeen te komen met hun crediteuren. Beoogd is wel om samengevoegde afwikkeling mogelijk te maken van *voluntary administrations*.[289] De *voluntary administration procedure* is een nieuwe reorganisatieprocedure, die aan

281 Zie art. 620-1 C. com. e.v.
282 Art. L626-2(4) C. com.
283 Art. L631-4 en L631-1 C. com. Zie ook noot 267.
284 Art. L631-19 jo. L626-1 e.v. C. com.
285 Art. L631-22 C. com.
286 Art. 209 Decreet 2005-1677 van 28 december 2005 en art. L642-21 C. com.
287 Cass. com. 12 oktober 1993, *Rev. soc*. 1994, p. 326, m.nt. Saintourens en Saint-Alary-Houin 2006, p. 216-217, nr. 393.
288 Le Corre 2006, p. 205, nr. 213.42 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 217, nr. 393. Vgl. voorts Jacquemont 2007, p. 92, nr. 156, die volgens mij onterecht de term *solutions diversifiées* bezigt.
289 Zie *Part 15A – Voluntary Administration, Subpart 21 – Single administration of related companies in administration* van de CA 1993 (NZ) dat is geïntroduceerd door de *Companies Amendment Act 2006*, welke wet naar verwachting in werking treedt in oktober 2007, zie *Personal Insolvency and Companies (Voluntary Administration) Regulations – Cabinet Paper*, paragraaf 91-92, gepubliceerd op 3 juli 2007, <http://www.med.govt.nz>, geraadpleegd op 30 augustus 2007.

debiteuren de mogelijkheid moet bieden om met hun crediteuren een akkoord (*deed of company arrangement*) overeen te komen.[290] In een samengevoegde afwikkeling van *voluntary administrations* kan dan worden volstaan met één enkel akkoord.[291]

Het opstellen van één enkel reorganisatieplan of één enkel akkoord in een geconsolideerde insolventieprocedure is naar mijn mening niet alleen juist, maar ook onontkoombaar. De samenvoeging leidt er namelijk toe dat de insolventieprocedures worden worden afgehandeld als was slechts sprake van één enkelvoudige faillissementsprocedure met één debiteur. Daarbij maakt het in beginsel geen verschil of het een akkoord in een geconsolideerde faillissementsprocedure betreft of een reorganisatieplan of akkoord in het kader van een reorganisatieprocedure. Naar mijn oordeel kan in Nederland in een geconsolideerd faillissement dan ook één akkoord ex titel 1, afdeling 6 van de Faillissementswet worden overeengekomen. Daartoe moet een akkoord worden aangeboden door alle debiteuren tezamen aan de gezamenlijke crediteuren.[292] Wordt een dergelijk akkoord aangenomen en door de rechter gehomologeerd, dan zijn na het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie alle faillissementen geëindigd, zie artikel 161 Fw.

Deze kwestie was aan de orde in het faillissement van de Infotheek-groep. In dit faillissement had de R-C op voordracht van curatoren beslist dat alle boedels en lijsten van crediteuren van de in de groep verbonden vennootschappen (een moedermaatschappij en enkele dochters) ineen moesten worden geschoven. De beschikking van de R-C hield feitelijk in dat één gezamenlijke verificatievergadering moest worden gehouden, hetgeen op haar beurt een geconsolideerde afwikkeling inhoudt.[293] Curatoren hadden hun verzoek gegrond op een tussen de vennootschappen bestaande onontwarbare vermogensvermenging.[294]

In Infotheek deed zich nu het geval voor dat een akkoord was aangeboden door de moedermaatschappij alleen. De achterliggende gedachte was blijkbaar dat de moedermaatschappij alle activa en passiva van haar dochters had verworven.[295] Deze gang van zaken leidde ertoe dat na het aannemen van het akkoord en

290 Zie *Part 15A – Voluntary Administration* dat in de CA 1993 (NZ) is geïntroduceerd door de *Companies Amendment Act 2006*, welke wet naar verwachting in oktober 2007 in werking treedt, zie *Personal Insolvency and Companies (Voluntary Administration) Regulations – Cabinet Paper*, paragraaf 91-92, gepubliceerd op 3 juli 2007, <http://www.med.govt.nz>, geraadpleegd op 30 augustus 2007.

291 Zie art. 239AEW CA 1993 (NZ), zoals geïntroduceerd door de *Companies Amendment Act 2006*. Naar verwachting treedt dit artikel, zoals opgemerkt, in werking in oktober 2007.

292 Van Schilfgaarde 1996, p. 33. En vergelijk de gang van zaken in een Amerikaanse geconsolideerde Chapter 11- procedure, zoals hiervoor omschreven.

293 Van Schilfgaarde 1996, p. 32. Vgl. ook HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136, m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

294 Zo kan worden afgeleid uit het Achtste verslag ex art. 73a Fw, d.d. 21 september 1995, in de faillissementen van de vennootschappen van de Infotheek Groep NV c.s.

295 Deze gedachte wordt ook in de Verenigde Staten wel teruggevonden, zie bijvoorbeeld: *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195, 202 (3rd Cir. 2005).

het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie enkel het faillissement van de moedermaatschappij eindigde. De dochtermaatschappijen waren achtergebleven als lege vennootschappen. Hun faillissementen werden ex artikel 16 Fw opgeheven wegens de toestand des boedels.[296] Zoals ook Van Schilfgaarde opmerkt[297], strookt deze oplossing niet met het systeem dat de Hoge Raad in *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*[298] lijkt te ontwikkelen. In die zaak bepaalde de Hoge Raad dat indien de vermogens van een aantal debiteuren niet meer zijn te scheiden, zij mogen worden afgewikkeld als één boedel, op voorwaarde dat een gezamenlijke verificatievergadering wordt gehouden. Bij het faillissement van de Infotheek-groep wordt wel één verificatievergadering gehouden, maar worden de boedels vervolgens afzonderlijk afgewikkeld.

In Infotheek is vooral onduidelijk wat de rechtsgrond is van de overname door de moedermaatschappij van het actief en passief van haar dochters. Van Schilfgaarde ziet voor dit geval twee oplossingen. Ten eerste kan de akkoordaanbieding door de moedermaatschappij worden beschouwd als akkoordaanbieding door alle betrokken vennootschappen. In dat geval zouden door het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie van het akkoord alle faillissementen zijn geëindigd. Gezien de gang van zaken die heeft plaatsgevonden, is deze oplossing in dit geval niet haalbaar.[299] Een tweede oplossing houdt in dat het akkoord daadwerkelijk enkel door de moedermaatschappij is aangeboden, waardoor alleen haar faillissement door het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie van het akkoord is geëindigd. Deze tweede oplossing draagt echter het risico in zich dat de homologatie wordt geweigerd. Betoogd kan worden dat de beslissing van de R-C tot het ineenschuiven van de boedels en de crediteurenlijsten leidde tot het houden van één verificatievergadering en daarmee tot een geconsolideerde afwikkeling. Afzonderlijke afwikkeling van de diverse boedels, zoals uiteindelijk in Infotheek geschiedde, is dan uitgesloten. Een tweede reden om de homologatie te weigeren kan worden gevonden in artikel 153 Fw, dat bepaalt dat de rechter de homologatie kan weigeren, wanneer de nakoming van het akkoord onvoldoende is gewaarborgd. Dit laatste doet zich hier voor, omdat geen rechtsgrond kan worden aangewezen voor de overname door de moedermaatschappij van de vermogensbestanddelen van haar dochters.[300] Ondanks deze bezwaren is het door de moedermaatschappij in de Infotheek-zaak aangeboden akkoord gehomologeerd.[301]

Hoewel alles in Infotheek met een sisser afliep, verdient de in die zaak gekozen oplossing geen navolging. Voortgaand op de door de Hoge Raad ingeslagen weg zal in een geconsolideerd faillissement door de gezamenlijke debiteuren één akkoord moeten worden aangeboden aan hun gezamenlijke crediteuren. Een con-

296 Van Schilfgaarde 1996, p. 31-33.
297 Van Schilfgaarde 1996, p. 33.
298 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136, m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).
299 Van Schilfgaarde 1996, p. 34.
300 Van Schilfgaarde 1996, p. 34.
301 Van Schilfgaarde 1996, p. 31.

solidatie leidt er immers toe dat de vennootschappen voor wat betreft het faillissement als een eenheid worden aangemerkt, waardoor voor hen allen tezamen één en dezelfde oplossing moet worden gekozen.

Conclusie

Iedere schuldenaar, de curator in één van de betrokken faillissementen en de commissie uit de schuldeisers moeten mijns inziens een gemotiveerd verzoek tot samengevoegde afwikkeling tot de rechtbank kunnen richten. Bevoegd is de rechtbank die het eerste van de betrokken faillissementen heeft geopend. De rechtbank beslist niet op het verzoek dan nadat een hoorzitting is georganiseerd waarbij de schuldenaren, hun curatoren en crediteuren, en andere personen die de rechtbank heeft aangewezen in de gelegenheid zijn gesteld om te worden gehoord. Samengevoegde afwikkeling moet kunnen worden verzocht totdat het schriftelijk bericht als bedoeld in artikel 115 Fw door de curator in één der faillissementen is verstuurd en daarvan gelijktijdig mededeling is gedaan in de Nederlandse Staatscourant.

Voor partijen en belanghebbenden bestaat vervolgens de mogelijkheid om zich tegen een positieve of negatieve consolidatiebeslissing te verweren. Door mij is in dit verband bepleit om aansluiting te zoeken bij artikel 8 Fw e.v.

Met het oog op het tot stand brengen van een samengevoegde afwikkeling in faillissementen van nauw verbonden vennootschappen, is het niet noodzakelijk dat in ieder faillissement een andere curator wordt benoemd. Volstaan kan volgens mij worden met de benoeming van één enkele curator. Weliswaar vertegenwoordigt die curator regelmatig tegenstrijdige belangen wanneer hij te maken krijgt met een verzoek tot samengevoegde afwikkeling van de faillissementen waarin hij tot curator is benoemd, maar dit conflict hoeft aan consolidatie niet in de weg te staan, omdat de beslissing daartoe in handen ligt van de rechtbank. Voorts kan in een samengevoegd afgewikkeld faillissement in beginsel worden volstaan met de benoeming van één curator.

Gelijk de Hoge Raad heeft bepaald in *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW* moet in een geconsolideerd faillissement één gezamenlijke verificatievergadering plaatsvinden, waar de crediteuren van alle betrokken schuldenaren in de gelegenheid worden gesteld om de vorderingen van de andere crediteuren van deze vennootschappen te betwisten. Alvorens tot verificatie kan worden overgegaan moeten crediteuren echter hun vorderingen indienen. Daarbij moet naar mijn oordeel gelden dat vorderingen die in de te consolideren faillissementen zijn ingediend vanaf de consolidatie hebben te gelden als vorderingen die zijn ingediend in het geconsolideerde faillissement. Is in een of meer der faillissementen op de dag van de beslissing tot consolidatie de termijn waarop uiterlijk de schuldvorderingen moeten zijn ingediend nog niet verlopen, dan verdient het de voorkeur dat de langst resterende termijn gaat gelden voor de schuldeisers van alle betrokken schuldenaren. Bedraagt deze termijn minder dan 10 werkdagen te rekenen vanaf de dag dat in de Nederlandse Staatscourant mededeling is gedaan van het in

kracht van gewijsde zijn gegaan van de beslissing tot consolidatie of is de termijn in alle faillissementen geheel verlopen, dan moet deze worden verlengd tot 10 werkdagen te rekenen vanaf de dag dat in de Nederlandse Staatscourant mededeling is gedaan van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de beslissing tot consolidatie.

Blijkt de oplossing voor de betalingsproblemen van de debiteuren opgesloten te liggen in een akkoord dan moeten de schuldenaren in een geconsolideerd faillissement één akkoord aanbieden aan hun gezamenlijke crediteuren.

Hoofdstuk 7 Uitbreiding van insolventieprocedures

7.1 Uitbreiding – het fenomeen

7.1.1 Het begrip 'uitbreiding'

Met het begrip 'uitbreiding' doel ik hier op uitbreiding van een insolventieprocedure die is geopend ten aanzien van een rechtssubject naar een ander, niet in een insolventieprocedure betrokken rechtssubject. Het is een fenomeen dat in slechts enkele van de onderzochte landen op de een of andere wijze in het rechtssysteem is opgenomen. Meest ingeburgerd is deze actie in Frankrijk. Maar ook in de Verenigde Staten komt uitbreiding af en toe voor.[1]

In Frankrijk wordt in dit verband gesproken van *extension de procedure*. Tot voor kort moest een onderscheid worden gemaakt tussen eigenlijke en oneigenlijke uitbreiding. Onder eigenlijke uitbreiding wordt begrepen het door de rechter tot uitbreiding annex consolidatie besluiten op grond van vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap. Zoals eerder opgemerkt wordt in die gevallen geen strikt onderscheid gemaakt tussen uitbreiding van een insolventieprocedure naar een rechtssubject dat zelf niet reeds in een dergelijke procedure is betrokken enerzijds (in mijn terminologie: uitbreiding (annex consolidatie)) en uitbreiding van een insolventieprocedure naar een rechtssubject dat zelf al het voorwerp is van een insolventieprocedure anderzijds (in mijn terminologie: consolidatie sec). In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de eerstgenoemde variant. Er kunnen namelijk een aantal situaties worden onderscheiden waarin uitbreiding van een insolventieprocedure naar een nog niet in een dergelijke procedure betrokken rechtssubject regelmatig aan de orde is. Een van deze situaties, die zich voordoet in concernverhoudingen, wordt in dit hoofdstuk besproken.

De term oneigenlijke uitbreiding zag op de uitbreidingsmogelijkheid die tot 1 januari 2006 was opgenomen in artikel L624-5 C. com (oud). Het betrof hier de specifieke mogelijkheid om het faillissement of de reorganisatie van een rechtspersoon uit te breiden naar haar formeel of feitelijk bestuurder. De rechtbank kon ambtshalve en op verzoek van onder meer de bewindvoerder, de curator en de vertegenwoordiger van de crediteuren[2] het faillissement of de reorganisatie die

1 In Nieuw-Zeeland en Ierland bestaat deze mogelijkheid bij mijn weten niet. In dit hoofdstuk zal daarom aan Nieuw-Zeelands en Iers recht geen aandacht worden besteed.

2 Art. L624-6 C. com. (oud).

was geopend ten aanzien van de rechtspersoon uitbreiden naar haar bestuurder wanneer zich een van de in artikel L624-5(1) C. com. (oud) limitatief opgesomde omstandigheden voordeed.

Eigenlijke uitbreiding impliceert steeds ook een consolidatie. Oneigenlijke uitbreiding daarentegen had de opening van een afzonderlijke insolventieprocedure ten aanzien van de bestuurder tot gevolg, waarbij de schulden van de rechtspersoon werden aangemerkt als ook zijnde schulden van de betrokken bestuurder.[3] In het hierna volgende wordt aan oneigenlijke uitbreiding geen aandacht meer besteed.[4]

In de Verenigde Staten wordt zowel consolidatie van reeds geopende insolventieprocedures als uitbreiding geschaard onder de noemer *substantive consolidation*.[5] Desalniettemin kunnen beide situaties van elkaar worden onderscheiden, in die zin dat aan uitbreiding doorgaans een iets ander feitencomplex ten grondslag ligt dan aan consolidatie. Bovendien doen zich bij uitbreiding een aantal problemen voor die bij een consolidatie niet optreden. Uitbreiding van een insolventieprocedure leidt in de Verenigde Staten, net als een Franse eigenlijke uitbreiding, tot een geconsolideerde afwikkeling.

In Nederland is uitbreiding zoals hiervoor omschreven nauwelijks denkbaar. Wat in Nederland wel gebeurt, is wat ik uitlokking van faillissementen zal noemen. Daarmee doel ik op het geval waarin de curator van de failliet het faillissement van een verbonden vennootschap uitlokt door bijvoorbeeld haar bestuur en aandeelhouders ertoe te bewegen eigen aangifte te doen[6] of door op grond van intercompany-vorderingen het faillissement van de verbonden vennootschap aan te vragen. Daarna kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, samengevoegde afwikkeling volgen.

7.1.2 Doelstelling van uitbreiding

Evenals consolidatie is uitbreiding in de Verenigde Staten erop gericht een behoorlijke behandeling van crediteuren te bewerkstelligen. Meer nog dan bij consolidatie, gaat het bij uitbreiding om het aanpakken van misbruik dat ten koste van crediteuren wordt gemaakt van de rechtspersoonlijkheid en/ of het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid. De efficiëncy-overwegingen die men soms terugvindt in de motivering van een consolidatiebesluit, vindt men in gevallen betreffende uitbreiding zelden of nooit terug.[7]

In Frankrijk wordt ten aanzien van uitbreiding wegens vermogensvermenging in de literatuur eveneens opgemerkt dat daarmee bestrijding van misbruik van de

3 Art. L624-5(II) C. com. (oud).
4 Zie over de afschaffing van oneigenlijke uitbreiding verder paragraaf 3.1.2.1.
5 Zie echter *In re United Stairs Corp*., 176 B.R. 359, 368-369 (Bankr. D. N.J. 1995). De *Bankruptcy Court for the District of New Jersey* spreekt in deze zaak van *extension and substantive consolidation*.
6 Art. 2:136/246 BW.
7 Zie: paragraag 4.5.

rechtspersoonlijkheid[8] en misbruik van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid wordt beoogd.[9] Daarnaast wordt soms erop gewezen dat uitbreiding gerechtvaardigd is omdat het vaak praktisch onmogelijk is om de vermogens te scheiden.[10]

Als verklaring voor de mogelijkheid van uitbreiding wegens het bestaan van een fictieve vennootschap wordt voornamelijk genoemd dat dit leerstuk een mogelijkheid biedt om misbruik van de rechtspersoonlijkheid aan te pakken. Beoogd wordt de werkelijke debiteur verantwoordelijk te houden.[11] Daarnaast wordt ook hier wel opgemerkt dat uitbreiding van een insolventieprocedure beoogt misbruik van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid tegen te gaan.[12]

7.1.3 Reikwijdte van uitbreiding

Zowel in de Verenigde Staten als in Frankrijk kan een insolventieprocedure die is geopend ten aanzien van een rechtspersoon worden uitgebreid naar een andere rechtspersoon of een natuurlijk persoon. Ook het omgekeerde is mogelijk, dat wil zeggen uitbreiding van een reeds ten aanzien van een natuurlijk persoon geopende procedure naar een rechtspersoon. Uitbreiding van een insolventieprocedure die is geopend ten aanzien van een natuurlijk persoon naar een ander natuurlijk persoon, ziet men wel in Frankrijk, maar ben ik nog niet tegengekomen in de Verenigde Staten. Dit laat zich verklaren door de omstandigheid dat in de Verenigde Staten, zoals wij nog zullen zien, meestal alter ego-overwegingen aan een uitbreiding ten grondslag liggen. Men kan immers niet betogen dat de ene mens het alter ego is van de andere mens en hij in feite geen zelfstandig bestaansrecht heeft. Een natuurlijk persoon heeft steeds een zelfstandig bestaansrecht. In Frankrijk vormt daarentegen vermogensvermenging de belangrijkste grond om tot uitbreiding over te gaan. Het is heel wel denkbaar dat twee natuurlijke personen zo nauw met elkaar zijn verbonden dat zij hun vermogens vermengen.

Het maakt in de Verenigde Staten en Frankrijk geen verschil of de procedure die wordt uitgebreid een reorganisatie- of faillissementsprocedure is.

---

8 Artz *RtDCom.* 1975, p. 6, 15 en 16; Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprises en difficulté (Personnes morales…), p. 13, nr. 91; Ohl 1982, p. 309 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 208, nr. 383 en p. 209, nr. 384. Vgl. ook Houin, die spreekt over een leerstuk dat tot ontwikkeling is gekomen in het commune recht betrekking hebbend op misbruik van de rechtspersoonlijkheid: noot onder CA Aix-en-Provence 24 november 1969, *RtDCom.* 1970, p. 506. Zie over de invulling van het begrip 'misbruik van rechtspersoonlijkheid': hoofdstuk 3, noot 94.

9 Vgl. Legeais *RtDCom.* 1957, p. 290-291.

10 Diagre 1996 Rép. soc. – Entreprise en difficulté (Personnes morales…), p. 13, nr. 89 en Pétel, noot onder CA Versailles 29 maart 1990, *Bull. Joly.* 1990, p. 563.

11 Artz *RtDCom.* 1975, p. 22 en 24; Béguin 1973, p. 326, nr. 219; Bertrel, noot onder CA Parijs 28 september 1993, *Dr. & Patr.* 1994, p. 86; Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprises en difficulté (Personnes morales…), p. 11, nr. 76 en 77; Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7-40, p. 30, nr. 163; Ohl 1982, p. 309 en 316; Porteron, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 590 en Saint-Alary-Houin 2006, p. 208, nr. 383.

12 Vgl. Legeais *RtDCom.* 1957, p. 290-291.

7.2 Kern: het feitencomplex

In zowel de Verenigde Staten als Frankrijk ligt aan uitbreiding steeds een zelfde soort feitencomplex ten grondslag. Steeds wordt door een bepaalde persoon misbruik gemaakt van de rechtspersoonlijkheid van een vennootschap en/of het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouder. Telkens blijkt de rechtspersoon geen afzonderlijk bestaansrecht te hebben, los van de beheerser van de rechtspersoon oftewel de achterman. De beheerser van de rechtspersoon gebruikt deze doorgaans om er voor zichzelf voordelen mee te behalen ten koste van de crediteuren van de rechtspersoon.

7.2.1 Verenigde Staten

7.2.1.1 Norm

Uit de jurisprudentie volgt dat de meeste Amerikaanse rechtbanken uitbreiding slechts mogelijk achten onder bijzondere omstandigheden. Een enkele rechtbank acht deze remedie zelfs uitgesloten.[13] De basis voor uitbreiding, zijnde een species van consolidatie, kan worden gevonden in de *turn-over-of-assets*-procedures zoals die in de eerste helft van de vorige eeuw met enige regelmaat werden ingezet om op te treden tegen debiteuren die hun crediteuren hadden benadeeld door misbruik te maken van de rechtspersoonlijkheid van een door hen opgerichte vennootschap en/of het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid.[14] De *turn-over-of-assets*-vordering, die tegenwoordig is neergelegd in 11 U.S.C. § 542, is erop gericht bepaalde vermogensbestanddelen waarvan de failliet of de in reorganisatie verkerende vennootschap de rechthebbende is (terug) in de boedel te brengen. In deze oude zaken werd met wisselend succes geprobeerd om de vermogens van verbonden vennootschappen in een reeds geopende insolventieprocedure te betrekken door aan te voeren dat het ene rechtssubject slechts het alter ego was van het andere rechtssubject; dat de vennootschap slechts een schijnvertoning was waarachter de achterman met zijn vermogen schuil ging.[15]

Een van de eerste zaken waarin een insolventieprocedure werd uitgebreid zonder gebruikmaking van of verwijzing naar een *turn-over-of-assets*-vordering is *In re 1438 Meridian Place*.[16] Deze zaak betrof uitbreiding van een reorganisatie van een vennootschap, 1438 Meridian Place, naar twee van haar directieleden en functionarissen, te weten het echtpaar N.R. en M.R., alsmede naar zeven zuster-

13 Zie bijvoorbeeld: *In re DRW Property Co*., 54 B.R. 489, 497 (Bankr. N.D. Tex. 1985) en *In re Alpha & Omega Realty Inc*., 36 B.R. 416 (Bankr. D. Idaho 1984).

14 Zie hierover ook: paragraaf 3.1.1.1.

15 Zie bijvoorbeeld: *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp.*, 313 U.S. 215 (1941) (verzoek om uitbreiding wordt gehonoreerd) en *Maule Industries, Inc. v. Gerstel*, 232 F.2d 294 (5th Cir. 1956) (verzoek om uitbreiding wordt afgewezen).

16 *In re 1438 Meridian Place*, 15 B.R. 89 (Bankr. D.D.C. 1981).

vennootschappen, waarvan er één eveneens in een reorganisatieprocedure was betrokken, waardoor ten aanzien van deze vennootschap in feite sprake was van een verzoek tot consolidatie. Een aantal crediteuren van 1438 Meridian Place had de rechter verzocht om over te gaan tot *piercing of the corporate veil*. Meer precies betrof het een verzoek de boedels van N.R., M.R. en de vennootschappen te consolideren met de boedel van 1438 Meridian Place, aldus de *Bankruptcy Court for the District of Columbia*.[17] De crediteuren betoogden daartoe dat alle vennootschappen, derhalve ook 1438 Meridian Place, het alter ego waren van N.R. en M.R. De *Bankruptcy Court* stemde hiermee in: Hoewel de vennootschappen eigen bankrekeningen hadden, werden deze niet gebruikt. Alle inkomsten en uitgaven van de vennootschappen verliepen gedurende een hele tijd via één bankrekening. Met de gelden op deze bankrekening werden ook persoonlijke uitgaven van N.R. en M.R. bekostigd, terwijl de exploitatiekosten van de vennootschappen ook wel door N.R. persoonlijk werden voldaan. Voorts waren geen bijgehouden boekhoudingen aangetroffen voor ieder van de vennootschappen. Door deze gang van zaken was het onmogelijk om de inkomsten en uitgaven van de vennootschappen vast te stellen. Er was sprake van vermogensvermenging. Verder waren vennootschapsrechtelijke formaliteiten niet in acht genomen, waren de vennootschappen vanaf het moment van oprichting onvoldoende gekapitaliseerd en werden zij beheerst door N.R. en M.R. Bovendien waren de onroerende goederen pas enige tijd na hun oprichting door de vennootschappen verworven.[18] Ten slotte overwoog de *Bankruptcy Court* dat uitbreiding van de reorganisatie gezien de tussen de vennootschappen onderling, alsmede tussen de vennootschappen en het echtpaar bestaande vermogensvermenging geen nadeel zou toebrengen aan over zekerheden beschikkende en niet over zekerheden beschikkende crediteuren.[19]

Het feitencomplex in *In re 1438 Meridian Place* verschilt, evenals feitencomplexen in andere uitbreidingszaken, weinig van de feitencomplexen die ten grondslag liggen aan een zogenaamde *piercing the corporate veil*-actie, waarmee crediteuren proberen een achterman aansprakelijk te stellen voor de schulden van een vennootschap. Doorgaans zijn in beide situaties onderling nauw verbonden rechtssubjecten, zoals een moedermaatschappij en een of meer van haar dochters, of een vennootschap en haar enig aandeelhouder/ bestuurder, betrokken en zijn de crediteuren van de (dochter)vennootschap door daden van de moedermaatschappij of de enig aandeelhouder/ bestuurder benadeeld. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat, vergelijkbaar met hetgeen in verschillende Amerikaanse staten geldt ten aanzien van doorbraak van aansprakelijkheid[20], in oudere uitbreidingszaken is onderzocht of (i) het ene rechtssubject het alter ego of een werktuig is van het andere rechtssubject en (ii) of door (het laten voortgaan van) het optreden van

17 *In re 1438 Meridian Place*, 15 B.R. 89, 91 (Bankr. D.D.C. 1981).
18 *In re 1438 Meridian Place*, 15 B.R. 89, 93-97 (Bankr. D.D.C. 1981).
19 *In re 1438 Meridian Place*, 15 B.R. 89, 97 (Bankr. D.D.C. 1981).
20 Zie hierover o.a.: Bainbridge *J.Corp.L.* 2001, p. 506 e.v. en Caudill *Fordham J.Corp. & Fin.L.* 2003, p. 464-466.

beide rechtssubjecten de crediteuren van de failliet zijn of worden benadeeld of bedrogen.[21]

Het zoeken van aansluiting bij *piercing the corporate veil*-normen kan tot gevolg hebben dat de beantwoording van de vraag of uitbreiding gerechtvaardigd is per staat verschilt, omdat het leerstuk inzake *piercing* deel uitmaakt van het vennootschapsrecht dat een aangelegenheid is van de afzonderlijke staten. Desalniettemin ziet men meestal dat indien uitbreiding wordt verzocht het federale, faillissementsrechtelijke aspect de boventoon voert. Rechters verwijzen voornamelijk naar zaken waarin specifiek de gerechtvaardigdheid van uitbreiding aan de orde was. Welke rechter het uiteindelijke arrest heeft gewezen is daarbij van secundair belang. Rechters proberen wel de rechtspraak binnen hun staat en circuit te volgen, maar wanneer de feiten hen in een andere richting dwingen, voelen zij zich doorgaans vrij om die richting te kiezen en schromen zij niet te verwijzen naar uitspraken gedaan in andere staten en circuits. Uitbreiding, zijnde een species van consolidatie, is een *equitable remedy* waarbij de omstandigheden van het geval de doorslag geven.

De vraag of de betrokken rechtssubjecten elkaars alter ego zijn, wordt ook in meer recente zaken nog als norm voor uitbreiding gehanteerd.[22] Maar in deze zaken wordt nog maar af en toe aandacht besteed aan de vraag of crediteuren door de plaatsgevonden gang van zaken bij de vennootschappen zijn of worden benadeeld.[23] In een enkele zaak is zelfs uitdrukkelijk overwogen dat benadeling van crediteuren of het bestaan van fraude tegenover crediteuren geen voorwaarde is voor uitbreiding.[24] Naast de vraag of sprake is van een alter ego-situatie treedt meer en meer een andere omstandigheid op de voorgrond, namelijk het bestaan van vermogensvermenging.[25] Het is ook deze omstandigheid, zo is in hoofdstuk 4 gebleken, die regelmatig ten grondslag ligt aan een geconsolideerde afwikkeling van twee insolventieprocedures.[26] Niet veel later ziet men dan ook dat bepaalde toetsen die worden gebruikt om te bepalen of consolidatie geoorloofd is ook worden ingezet in procedures die een verzoek om uitbreiding betreffen. Met name de *Augie/Restivo*-toets[27] wordt in dit verband gebruikt.[28] Dit is weinig ver-

21 Zie o.a. *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp.*, 313 U.S. 215 (1941) en *Maule Industries, Inc. v. Gerstel*, 232 F.2d 294 (5th Cir. 1956).

22 Bijvoorbeeld: *In re United Stairs Corp.*, 176 B.R. 359 (Bankr. D. N.J. 1995) en *In re D. A. Crabtree*, 39 B.R. 718 (Bankr. E.D. Tenn. 1984).

23 Bijvoorbeeld: *In re United Stairs Corp.*, 176 B.R. 359, 369 (Bankr. D. N.J. 1995).

24 Bijvoorbeeld: *In re Munford, Inc.*, 115 B.R. 390, 394 (Bankr. N.D. Georgia 1990) en *In re Alico Mining, Inc.*, 278 B.R. 586, 588 (Bankr. M.D. Fla. 2002).

25 Zie bijvoorbeeld: *In re 1438 Meridian Place*, 15 B.R. 89 (Bankr. D.C.C. 1981) en *In re D. A. Crabtree*, 39 B.R. 718 (Bankr. E.D. Tenn. 1984).

26 Zie o.a. *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845 (2d Cir. 1966).

27 *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 518 (2d Cir. 1988). Zie over deze toets verder paragraaf 3.3.1.1.

28 Zie: *In re Munford, Inc.*, 115 B.R. 390 (Bankr. N.D. Georgia 1990); *In re New Center Hospital*, 179 B.R. 848 (Bankr. E.D. Mich. 1995), *aff'd in part, rev'd in part*, 187 B.R. 560 (E.D. Mich. 1995) en *In re Bonham*, 229 F.3d 750 (9th Cir. 2000).

wonderlijk, omdat deze toets in zekere zin de twee meest gebruikte motiveringen c.q. grondslagen voor uitbreiding in zich verenigt. De toets kent twee alternatieve criteria voor consolidatie of uitbreiding: Ten eerste de vraag of de crediteuren met de debiteuren hebben gehandeld als vormden deze een economische eenheid, en zij niet hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van de afzonderlijke vennootschappen. Hierin kan een verkapt alter ego-vereiste worden gelezen. Immers, de omstandigheid dat een vennootschap in feite het alter ego is van een andere vennootschap en zij geen zelfstandig bestaansrecht heeft, betekent in de praktijk dat de vennootschappen feitelijk een eenheid vormen.[29] Het tweede criterium van de *Augie/Restivo*-toets wordt gevormd door de vraag of de zaken van de betrokken crediteuren zodanig zijn vermengd dat consolidatie ten goede komt aan alle crediteuren. Hoewel hier wordt gesproken over zaken (*affairs*) plegen rechters hier vooral aan te knopen bij de vraag of de vermogens van de betrokken rechtssubjecten zijn vermengd. Is daarvan sprake, dan wordt daarna in de regel de vraag gesteld of uitbreiding tegenover de crediteuren van de betrokken rechtssubjecten gerechtvaardigd is. Het verband tussen deze beide vragen bestaat daarin dat, indien daadwerkelijk sprake is van vermogensvermenging, niet kan worden volgehouden dat de crediteuren van een bepaalde vennootschap door de uitbreiding annex consolidatie worden benadeeld, omdat dit door de vermogensvermenging niet meer met enige nauwkeurigheid kan worden vastgesteld.[30] Of in de omstandigheid dat de vermengde vermogens nog wel te scheiden zijn, maar dit met zoveel kostbaar uitzoekwerk gepaard zou gaan dat de uitkeringen aan crediteuren daardoor beperkt zouden worden.[31]

Met de belangen van crediteuren wordt voorts in andere opzichten rekening gehouden. Wanneer bijvoorbeeld blijkt dat door de uitbreiding crediteuren van een bepaalde vennootschap ernstig zouden worden benadeeld, biedt dit een argument tegen uitbreiding.[32] Daarbij wordt in sommige zaken expliciet een belangenafweging aan de dag gelegd en wordt onderzocht of de met de uitbreiding gepaard gaande voordelen voor crediteuren opwegen tegen voor sommigen van

29 Vgl. *In re New Center Hospital*, 179 B.R. 848 (Bankr. E.D. Mich. 1995), *aff'd in part, rev'd in part*, 187 B.R. 560 (E.D. Mich. 1995) (alter ego-overwegingen worden meegenomen in de *Augie/Restivo*-toets).

30 Zie: *In re 1438 Meridian Place*, 15 B.R. 89, 97 (Bankr. D.C.C. 1981).

31 *In re Creditors Service Corp.*, 195 B.R. 680, 690-691 (Bankr. S.D. Ohio 1996).

32 Vgl.: *In re Colfor, Inc.,* 1997 Bankr. LEXIS 1535 (Bankr. N.D. Ohio 1997). Zie ook: *In re Bonham*, 229 F.3d 750, 767 (9th Cir 2000), waarin de *Augie/Restivo*-toets werd toegepast, maar tevens aansluiting werd gezocht bij de laatste stap van de *Auto-train*-toets (*In re Auto-train Corp., Inc.*, 810 F.2d 270, 276 (D.C. Cir. 1987), te weten de mogelijkheid voor een zich tegen de uitbreiding of consolidatie verzettende crediteur om aan te tonen (a) dat hij heeft vertrouwd op de kredietwaardigheid van een van de rechtssubjecten afzonderlijk en (b) dat hij nadeel zal ondervinden van de consolidatie. Slaagt de crediteur daarin, dan kan de rechter enkel tot consolidatie overgaan, indien hij vaststelt dat de aangetoonde, met de consolidatie gepaard gaande voordelen aanzienlijk zwaarder wegen dan de ermee gepaard gaande nadelen (*the benefits heavily outweigh the harm*).

hen ermee gepaard gaande nadelen. Is dit het geval, dan is uitbreiding gerechtvaardigd.[33]

Om te beoordelen of consolidatie of uitbreiding gerechtvaardigd is, worden derhalve steeds vaker dezelfde criteria toegepast. Toch kan in de invulling van de criteria een verschil worden opgemerkt: in uitbreidingszaken wordt doorgaans nadrukkelijk aandacht besteed aan de alter ego-kwestie. In gevallen betreffende consolidatie gebeurt dit slechts af en toe.[34] Daardoor zijn de toetsen in uitbreidingszaken in de praktijk vaak strenger dan de toetsen die bij consolidatie worden gebruikt. Dit is ook begrijpelijk, omdat steeds wordt geprobeerd een nog niet in een reorganisatie- of faillissementsprocedure betrokken rechtssubject in een dergelijke procedure te betrekken. Uitbreiding is nog meer dan consolidatie een ultimum remedium. De *Bankruptcy Court for the Eastern District of Pennsylvenia* verwoordde het in *In re Lease-a-fleet* aldus dat in beginsel veel valt te zeggen voor de opvatting van de *Bankruptcy Courts* in *In re DRW Property Co.*[35] en *Alpha & Omega Realty, Inc.*[36] dat uitbreiding nooit moet worden toegestaan. Beter kan worden vastgehouden aan conventionele acties zoals het in een onvrijwillige procedure betrekken van het rechtssubject waarnaar uitbreiding is verzocht, omdat 'allowing the creation of a new animal (…) may turn out to be a monster', aldus de *Bankruptcy Court*.[37] Desalniettemin acht zij uitbreiding onder bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd, namelijk indien sprake is van onontwarbare vermogensvermenging of een alter ego-situatie.[38] In die gevallen kunnen de aangetroffen problemen niet (goed) door andere, beter uitgekristalliseerde acties worden opgelost.

Dat ingeval van onontwarbare vermogensvermenging in de Verenigde Staten tot uitbreiding kan worden besloten, hoeft niet te verbazen. Ten eerste is enkelvoudige afwikkeling in dat geval niet te verdedigen, omdat daartoe een willekeurige verdeling van de vermengde vermogens vereist is, welke onbillijk is tegenover de crediteuren van de betrokken schuldenaren. Ten tweede is het in de Verenigde Staten erg lastig, zo niet onmogelijk voor een *trustee* of een *debtor-in-possession* om een insolventieprocedure van een met de gefailleerde vennootschap verbonden vennootschap uit te lokken, zo is mij vanuit de Verenigde Staten medegedeeld. Een mogelijke oorzaak daarvan is gelegen in de omstandigheid dat

33 Bijvoorbeeld: *In re United Stairs Corp.*, 176 B.R. 359, 369 (Bankr. D. N.J. 1995).

34 Een voorbeeld biedt: *In re Gulfco Inv. Corp.*, 593 F.2d 921 (10th Cir. 1979) (consolidatie afgewezen).

35 *In re DRW Property Co*., 54 B.R. 489 (Bankr. N.D. Tex. 1985).

36 *In re Alpha & Omega Realty Inc.,* 36 B.R. 416 (Bankr. D. Idaho 1984).

37 *In re Lease-a-fleet, Inc.,* 141 B.R. 869, 877-878 (Bankr. E.D. Pa. 1992). De omstandigheid dat (het vermogen van) het rechtssubject waarnaar uitbreiding wordt verzocht op andere manieren kan worden aangesproken, bijvoorbeeld via *fraudulent transfer*- en *preference*-regelingen, een *piercing the corporate veil*-actie of het verzoeken van een onvrijwillige insolventieprocedure jegens dit rechtssubject, wordt overigens vaker als argument pleitende tegen uitbreiding gebruikt. Zie bijvoorbeeld: *In re The Julien Company*, 120 B.R. 930, 932-933 (Bankr. W.D. Tenn. 1990).

38 *In re Lease-a-fleet, Inc.,* 141 B.R. 869 (inleiding) en 878 (Bankr. E.D. Pa. 1992).

de reeds gefailleerde vennootschap die om opening van een insolventieprocedure verzoekt doorgaans vorderingen op de andere vennootschap heeft die worden betwist, terwijl een insolventieprocedure in de Verenigde Staten enkel kan worden aangevraagd door crediteuren wier vorderingen niet het voorwerp zijn van een geschil.[39] Een andere oorzaak zou kunnen zijn dat het aanvragen van de opening van een insolventieprocedure lijkt te vallen buiten *the ordinary course of business* van de gefailleerde, waardoor deze, indien hij tezamen met andere crediteuren om opening van een insolventieprocedure van een andere vennootschap wenst te verzoeken, daartoe eerst goedkeuring zal moeten vragen bij de rechter die toezicht houdt op zijn faillissement. Dit alles betekent dat in geval van onontwarbare vermogensvermenging eigenlijk enkel uitbreiding een werkbare, billijke behandeling van crediteuren tot stand kan brengen.

De tweede en belangrijkste bijzondere omstandigheid die uitbreiding in de Amerikaanse praktijk rechtvaardigt, is het bestaan van een alter ego- of werktuigsituatie. Dit roept de vraag op waarom in die gevallen in de Verenigde Staten niet wordt volstaan met een toch meer gangbare *piercing the corporate veil*-actie, die immers vaak wordt gebaseerd op alter ego- of werktuigoverwegingen. Waarom worden goed renderende vennootschappen meteen in een reorganisatie of zelfs een faillissement meegetrokken? Mogelijk speelt in de Verenigde Staten in dit verband een rol dat de *trustee* in diverse staten niet het recht heeft om een *piercing the corporate veil*-actie gebaseerd op alter ego-overwegingen (hierna: alter ego-vordering) in te stellen, terwijl hij vaak wel bevoegd wordt geacht om uitbreiding te verzoeken. Van oudsher worden alter ego-vorderingen geacht toe te komen aan de crediteuren van vennootschappen en niet aan de vennootschap zelf, waardoor zo'n vordering in geval van faillissement ook niet in haar boedel valt en derhalve niet toekomt aan de *trustee*.[40] In faillissement betekent dit dat crediteuren onafhankelijk van de *trustee* een alter ego-vordering kunnen instellen tegen de achterman, veelal de aandeelhouder en/of bestuurder van hun debiteur.[41] Er

39 Zie: 11 U.S.C. § 303(b)(1).

40 Zie: 11 U.S.C. § 541(a)(1): '(a) The commencement of a case under section 301, 302, or 303 of this title creates an estate. Such estate is comprised of all the following property, wherever located and by whomever held:
(1) Except as provided in subsections (b) and (c)(2) of this section, all legal or equitable interests of the debtor in property as of the commencement of the case.'
De vraag of goederen, waaronder vorderingen, onderdeel uitmaken van de boedel, dat wil zeggen of de debiteur ten aanzien van de goederen eigendomsrechten kan doen gelden, moet worden beantwoord aan de hand van het recht van de afzonderlijke staten (zie o.a.: *In re Farmers Markets, Inc.*, 792 F.2d 1400, 1402 (9th Cir. 1986) en *In re Morton,* 866 F.2d 561, 563 (2d Cir. 1989). Zie ook: Frost 2001, p. 28-6, nr. 12). Dit betekent dat de rechtbanken in iedere staat afzonderlijk moeten bepalen of een alter ego-vordering volgens het recht van die staat toekomt aan de vennootschap of aan crediteuren.

41 In deze zin o.m. *Wayne Film Sys. v. Film Recovery Sys*., 64 B.R. 45, 50-51 (Bankr. N.D. Ill. 1986) (recht van staat onbekend); *In re Morgan-Staley Lumber Co., Inc.,* 70 B.R. 186, 188 (Bankr. D. Org. 1986) (recht van de staat Oregon) en *In re Ozark Restaurant Equip. Co*., 816 F.2d 1222, 1224-1226 (8th Cir. 1987) (recht van de staat Arkansas).

zijn echter ook rechtbanken die oordelen dat een alter ego-vordering wel tot de boedel behoort, waardoor de *trustee* haar aanhangig kan maken.[42] Daartoe wordt in de regel wel vereist dat iedere crediteur van de vennootschap gelijkelijk is benadeeld door de achterman, dat wil zeggen dat in principe iedere crediteur een alter ego-vordering had kunnen instellen.[43] Met deze aanpak beogen die rechtbanken voornamelijk te voorkomen dat het beginsel van gelijkheid tussen crediteuren wordt geschonden doordat diverse crediteuren van de debiteur snel verhaal zoeken op de achterman om hem vervolgens berooid achter te laten, waardoor hij voor de overige crediteuren met alter ego-vorderingen geen verhaal meer biedt.[44, 45] Deze doelstelling kan evenwel enkel worden bereikt wanneer crediteuren niet tegelijkertijd met de *trustee* het recht hebben om een alter ego-vordering te starten. Dit wordt bewerkstelligd door de toepassing van 11 U.S.C. § 362(a)(3). Daarin is bepaald dat het verzoekschrift tot het openen van een insolventieprocedure een afkoelingsperiode (*automatic stay*) doet ingaan ten aanzien van 'any act to obtain possession of property of the estate or of property from the estate or to exercise control over property of the estate'. Omdat de alter ego-vordering in de boedel valt, dat wil zeggen *property of the estate* is, moeten crediteuren zich ont-

---

42 O.m. *In re S.I. Acquisition, Inc.*, 817 F.2d 1142 (5th Cir. 1987) (recht van de staat Texas); *Steyr-Daimler-Puch of Am. Corp. v. Pappas*, 852 F.2d 132, 135-136 (4th Cir. 1988) (recht van de staat Virginia); *St. Paul Fire & Marine Ins. Co. v. Pepsico, Inc*., 884 F.2d 688 (2d Cir. 1989) (recht van de staat Ohio); *Holcomb v. Pilot Freight Carriers, Inc.*, 120 B.R. 35, 39-42 (Bankr. M.D. N.C. 1990) (recht van de staat Noord Carolina) en *In re Enron Corp.*, 2003 Bankr. LEXIS 330 (Bankr. S.D. N.Y. 2003) (recht van de staat Delaware). Opgemerkt zij, dat een aantal instanties oordeelt dat de *trustee* (ook) ingevolge 11 U.S.C. § 544 een alter ego-vordering mag instellen. Deze bepaling verleent de *trustee* bepaalde rechten die aan crediteuren toekomen. In deze zin o.a.: *In re Western World Funding, Inc.*, 52 B.R. 743, 781 (Bankr. D. Nev. 1985) (recht van de staat Nevada) en *Koch Refining v. Farmers Union Cent. Exch.*, 831 F.2d 1339, 1346 (7th Cir. 1987) (recht van de staten Illinois en Indiana). Positief over het toekennen van een bevoegdheid aan de trustee is ook Boyce (*Am. Bankr. L.J.* 1990, p. 315 e.v.). Kritisch zijn daarentegen Prager & Backman (*St. Louis U.L.J.* 1991, p. 657 e.v.).

43 *Koch Refining v. Farmers Union Cent. Exch.*, 831 F.2d 1339, 1349 (7th Cir. 1987) (recht van de staten Illinois en Indiana); *St. Paul Fire & Marine Ins. Co. v. Pepsico, Inc*., 884 F.2d 688,701 en 704 (2d Cir. 1989) (recht van de staat Ohio) en *In re Enron Corp.*, 2003 Bankr. LEXIS 330 (Bankr. S.D. N.Y. 2003), p.10-14 van de lexis nexis-nummering (recht van de staat Delaware).

44 Prager & Backman *St. Louis U.L.J.* 1991, p. 659 en 699-700. Zie ook: *In re S.I. Acquisition, Inc.*, 17 F.2d 1142, 1150 en 1153-1154 (5th Cir. 1987) (recht van de staat Texas).

45 Een billijke verdeling van de activa van de achterman kan in deze situatie niet eenvoudig worden bewerkstelligd via de meer gangbare weg van faillietverklaring van de achterman. Die zal immers niet snel zijn eigen faillissement aanvragen en de over alter ego-vorderingen beschikkende crediteuren zijn daartoe doorgaans niet bevoegd. Zie: Prager & Backman *St. Louis U.L.J.* 1991, p. 701-702 en 11 U.S.C. 303(b)(1): 'An involuntary case against a person is commenced by the filing with the Bankruptcy Court of a petition under chapter 7 or 11 of this title – (1) by three or more entities, each of which is either a holder of a claim against such person *that is not contingent as to liability or the subject of a bona fide dispute*, or an indenture trustee representing such a holder, if such claims aggregate at least USD 10,000 [per 1 januari 2007: USD 12,300; zie voor de meest recente drempelwaarde: <http://uscode.house.gov/>] more than the value of any lien on property of the debtor securing such claims held by the holders of such claims;' Cursivering, MLHR.

houden van het instellen van die vordering.[46] Stellen crediteuren desalniettemin een vordering in, dan handelen zij in strijd met de afkoelingsperiode en zijn zij onder omstandigheden schadeplichtig.[47]

Ongeacht de eventuele mogelijkheden voor de curator om een alter ego-vordering in te stellen verkiezen enkele Amerikaanse auteurs ook overigens uitbreiding boven het instellen van een alter ego-vordering door de *trustee*. Als gezegd is de feitelijke grondslag van een uitbreidingsverzoek vergelijkbaar met die van een alter ego-actie. In beide gevallen staat de verwevenheid tussen de vennootschap en de achterman centraal. Daarbij is wel opgemerkt dat uitbreiding een sterkere mate van verwevenheid vereist dan het honoreren van een alter ego-vordering[48], waardoor uitbreiding niet steeds een alternatief biedt. Maar in de meeste gevallen waarin rechters thans aan *trustees* de bevoegdheid toekennen om alter ego-vorderingen aanhangig te maken, te weten gevallen waarin aan alle crediteuren een alter ego-vordering toekomt, zal uitbreiding wel mogelijk zijn. In dit soort gevallen zullen (vrijwel) alle crediteuren mede hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van de achterman.[49] Het feit dat de crediteuren van de achterman hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van de achterman afzonderlijk kan volgens de genoemde auteurs niets af doen aan uitbreiding, omdat zij er gezien de door crediteuren van de vennootschap anders in te stellen alter ego-vorderingen niet op achteruit zullen gaan. Deze crediteuren zullen enkel profiteren van de uitbreiding, omdat zij daardoor mee gaan delen in de activa van de vennootschap.[50] Aldus zou iedereen tevreden moeten zijn, zo lijkt de boodschap te luiden. Die boodschap is volgens mij slechts onder omstandigheden juist. Vooreerst is niet zeker of de crediteuren van de vennootschap bij het uitblijven van uitbreiding alter ego-vorderingen instellen. Mogelijk wegen de daarmee gepaard gaande kosten niet op tegen het eventueel te behalen individueel resultaat. En in de tweede plaats leidt een alter ego-vordering door een of meer crediteuren ingesteld, indien succesvol, tot betaling van een bedrag door de achterman aan die crediteuren, waarna zijn persoonlijke crediteuren zich op zijn resterende vermogensbestanddelen kunnen verhalen. Uitbreiding leidt ertoe dat *alle* crediteuren van de vennootschap zich kunnen verhalen op *alle* vermogensbestanddelen van de achterman, hetgeen voor diens eigen crediteuren – ondanks dat zij zich door de uitbreiding kunnen verhalen op het vermogen van de vennootschap – nadelig kan zijn wanneer de vermogenspositie van de achterman aanmerkelijk gunstiger is dan die van de vennootschap.

Bij verkiezing van uitbreiding boven instelling van een alter ego-vordering door de *trustee* wordt voorts belang gehecht aan de omstandigheid dat uitbreiding

46 *In re S.I. Acquisition, Inc.*, 817 F.2d 1142, 1153 (5th Cir. 1987) (recht van de staat Texas).

47 Zie: 11 U.S.C. § 362(h): 'An individual injured by any wilful violation of a stay provided by this section shall recover actual damages including cost and attorneys' fees, and, in appropriate circumstances, may recover punitive damages.'

48 Prager & Backman *St. Louis U.L.J.* 1991, p. 705-706.

49 Prager & Backman *St. Louis U.L.J.* 1991, p. 706.

50 Prager & Backman *St. Louis U.L.J.* 1991, p. 706.

niet in de weg staat aan alter ego-vorderingen van de crediteuren van de failliet; zij kunnen deze instellen terwijl bijvoorbeeld de *trustee* of andere crediteuren overwegen om uitbreiding te verzoeken.[51] Dit kan echter ertoe leiden dat het vermogen van de achterman, alvorens tot uitbreiding wordt besloten, wordt uitgehold. Deze uitholling kan nog worden versterkt door de crediteuren van de achterman zelf die, weet hebbende van de alter ego-vorderingen, aandringen op betaling. Dit lijkt ook in de Verenigde Staten te worden erkend, waar is opgemerkt dat de rechtbank uitholling van het vermogen van de achterman kan voorkomen door ex 11 U.S.C. § 105 de vorderingen jegens de achterman aan te houden of op te schorten[52] of door de uitbreiding, die gepaard gaat met een consolidatie, met terugwerkende kracht tot op de dag der faillietverklaring van de reeds failliete vennootschap uit te spreken.[53] Een dergelijke nunc pro tunc-beslissing leidt ertoe dat de verdachte periodes die verband houden met de *fraudulent transfer*- en *preference*-bepalingen[54] ten aanzien van de achterman naar voren worden geschoven. Daardoor kunnen bepaalde overdrachten door de achterman aan derden gedaan alsnog worden aangetast. Hoewel dit op het eerste gezicht goed werkbare remedies zijn tegen uitholling van het vermogen van de achterman, moet ten aanzien van de genoemde *nunc pro tunc*-beslissing worden opgemerkt dat deze bij consolidatie regelmatig nogal wat voeten in de aarde heeft en zij niet zonder meer mogelijk is.[55]

Ten slotte is als argument dat pleit voor uitbreiding boven instelling van een alter ego-vordering door de *trustee* genoemd dat uitbreiding als species van consolidatie verder is uitgewerkt en een sterkere basis heeft in het insolventierecht dan het toekennen aan de *trustee* van de bevoegdheid een alter ego-vordering aanhangig te maken.[56]

7.2.1.2 Conceptuele problemen

Hiervoor is reeds opgemerkt dat niet alle *Bankruptcy Courts* welwillend staan tegenover uitbreiding. Diverse *Bankruptcy Courts* signaleren conceptuele proble-

---

51 Prager & Backman *St. Louis U.L.J.* 1991, p. 706-707

52 11 U.S.C. § 105(a) bepaalt dat 'The court may issue any order, process, or judgement that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title. (…)' Ingevolge deze bepaling kunnen *Bankruptcy Courts* acties tegen derden, die verband houden met de debiteur en de ten aanzien van hem geopende insolventieprocedure onder omstandigheden schorsen: zie Prager & Backman *St. Louis U.L.J.* 1991, p. 681-684 en de door hen genoemde jurisprudentie.

53 Prager & Backman *St. Louis U.L.J.* 1991, p. 707.

54 11 U.S.C. §§ 547 en 548.

55 Vgl. bijvoorbeeld *In re Auto-train Corp., Inc.,* 810 F.2d 270, 276-278 (D.C. Cir. 1987) (nunc pro tunc-werking van de consolidatiebeslissing afgewezen) en *In re Evans Temple Curch of God in Christ and Community Center, Inc.*, 55 B.R. 976, 981-983 (Bankr. N.D. Ohio 1986) (nunc pro tunc-consolidatiebeslissing aanvaard).

56 Prager & Backman *St. Louis U.L.J.* 1991, p. 707-709. Hier zij echter gewezen op de discussie die eind vorige eeuw is losgebarsten naar aanleiding van de *Surpeme Court*-uitspraak in *Grupo Mexicano de Desarollo S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc.* (119 S. Ct. 1961(1999)). Naar aanleiding van deze zaak is wel betoogd dat aan de rechtsgeldigheid van consolidatie moet worden getwijfeld. Zie paragraaf 3.1.1.1.

men. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van *In re The Julien Company*.[57] In deze zaak toonde de *Bankruptcy Court for the Western Division of Tennessee* zich fel gekant tegen een verzoek van de *trustee* tot uitbreiding van een reorganisatie van een vennootschap naar dhr. Hohenberg, een van de aandeelhouders van de vennootschap.[58] De *Bankruptcy Court* stelde op de hoogte te zijn van de jurisprudentie, die het verzoek van de *trustee* zou kunnen ondersteunen, maar wrong zich vervolgens in alle mogelijke bochten om de verschillen tussen de onderhavige zaak en de mogelijke precedenten aan te tonen. Vooreerst betoogde de *Bankruptcy Court* dat *In re 1438 Meridian Place*[59] niet als precedent kon dienen, omdat de uitkomst in deze zaak niet zou stroken met de stand van het recht ten tijde van het wijzen van zijn uitspraak in *In re The Julien Company*. Na *In re 1438 Meridian Place* had de *Supreme Court* volgens de *Bankruptcy Court* duidelijk bepaald dat de competentie van de faillissementsrechters beperkt is en deze rechters hun *equitable powers* slechts binnen de grenzen van de BC kunnen uitoefenen.[60] Daarmee impliceerde de *Bankruptcy Court* dat zij zich onbevoegd achtte om te oordelen over uitbreiding van een insolventieprocedure naar een niet-debiteur.[61] Daarnaast verschilden de zaken feitelijk van elkaar: Ten eerste werd in *In re 1438 Meridian Place* het verzoek tot uitbreiding gedaan door de crediteuren van de debiteur. In casu was het verzoek gedaan door de *trustee*, terwijl geen van de crediteuren zijn steun ten aanzien van het verzoek van de *trustee* had getoond. Ten tweede stond in *In re 1438 Meridian Place* vast dat de betreffende crediteuren geen vordering hadden ten opzichte van de directeuren en zustervennootschappen waarnaar zij uitbreiding van de reorganisatieprocedure verzochten. De crediteuren konden de directeuren en vennootschappen daarom niet onvrijwillig in een insolventieprocedure betrekken. In casu had dhr. Hohenberg wel eigen crediteuren, die een verzoek tot het openen van een insolventieprocedure konden indienen. Mogelijk was zelfs de *trustee* zo'n crediteur van dhr. Hohenberg, aldus de *Bankruptcy Court*.[62] Deze vergelijking loopt mijns inziens enigszins mank, omdat de *trustee*, die in casu om uitbreiding verzocht, ondanks de opmerking van de *Bankruptcy Court*, gezien de hiervoor door mij reeds genoemde moeilijkheden en gezien de strenge eisen van 11 U.S.C. § 303(b) slechts af en toe een reële mogelijkheid heeft om een verzoek tot het openen van een onvrijwillige insol-

57 *In re The Julien Company*, 120 B.R. 930 (Bankr. W.D. Tenn. 1990).

58 Naar verluidt hield dhr. Hohenberg 30% van de aandelen van de vennootschap: *In re The Julien Company*, 120 B.R. 930, 935, nt. 5 (Bankr. W.D. Tenn. 1990).

59 *In re 1438 Meridian Place*, 15 B.R. 89 (Bankr. D.D.C. 1981).

60 *In re The Julien Company*, 120 B.R. 930, 932-933 (Bankr. W.D. Tenn. 1990), onder verwijzing naar *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982) en *Norwest Bank Worthington v. Ahlers*, 485 U.S. 197 (1988). In dezelfde zin: *In re Alpha & Omega Realty, Inc.*, 36 B.R. 416, 417 (Bankr. D. Idaho 1984).

61 Een niet- debiteur (*non-debtor*) is een (rechts)persoon die geen voorwerp is van een insolventieprocedure.

62 *In re The Julien Company*, 120 B.R. 930, 933 (Bankr. W.D. Tenn. 1990).

ventieprocedure in te dienen en daarmee om vervolgens om consolidatie te verzoeken.[63]

De *Bankruptcy Court* vervolgde haar betoog dat een verzoek om uitbreiding niet de enige mogelijkheid was die de *trustee* had om op te treden tegen dhr. Hohenberg, door erop te wijzen dat de *trustee* reeds vorderingen tegen dhr. Hohenberg had ingesteld op basis van de *fraudulent transfer*-bepalingen. Die acties boden de *trustee* niet alleen de mogelijkheid om ongeoorloofde transacties terug te draaien, maar gaven dhr. Hohenberg betere mogelijkheden om zich te verdedigen, omdat deze acties een *adversary proceeding*[64] vereisen, terwijl het verzoek van de *trustee* tot uitbreiding door middel van een *motion* was gestart waarmee een *contested matter* wordt ingeleid. Het verschil tussen een *contested matter* en een *adversary proceeding* is dat de laatstgenoemde procedure met meer c.q. betere waarborgen is omkleed dan de eerstgenoemde.[65] De *Bankruptcy Court* betwistte het oordeel van de rechter in *In re 1438 Meridian Place* dat de beantwoording van de vraag of uitbreiding gerechtvaardigd is geen *adversary proceeding* vereist, dat wil zeggen dat het verzoek tot uitbreiding bij wijze van een *motion* kan worden gedaan. Het verzoek tot uitbreiding beoogde immers, zo betoogde de *Bankruptcy Court*, te bewerkstelligen dat geld en goederen terugvloeien in de boedel en ingevolge *Bankruptcy Rule* 7001(1) is dan een *adversary proceeding* vereist. Bovendien deed de *trustee* in casu een beroep op de *equity powers* van de *Bankruptcy Court*, hetgeen ingevolge *Bankruptcy Rule* 7001(7) ook door middel van een *adversary proceeding* moet worden afgehandeld.[66]

Voorts wees de *Bankruptcy Court* op een verschil tussen *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp*.[67] en de onderhavige zaak, namelijk het feit dat in *Sampsell* de uitbreiding van een faillissement van een natuurlijk persoon naar een ven-

---

63 Zie 11 U.S.C. § 303(b)(1) en (2): 'An involuntary case against a person is commenced by the filing with the Bankruptcy Court of a petition under chapter 7 or 11 of this title – (1) by three or more entities, each of which is either a holder of a claim against such person that is not contingent as to liability or the subject of a bona fide dispute, or an indenture trustee representing such a holder, if such claims aggregate at least USD 10,000 [per 1 januari 2007: USD 12,300; zie voor de meest recente drempelwaarde: <http://uscode.house.gov/>] more than the value of any lien on property of the debtor securing such claims held by the holders of such claims; (2) if there are fewer than 12 such holders, excluding any employee or insider of such person and any transferee of a transfer that is voidable under section 544, 545, 547, 548, 549, or 724(a) of this title, by one or more of such holders that hold in the aggregate at least USD 10,000 [per 1 januari 2007: USD 12,300; zie voor de meest recente drempelwaarde: <http://uscode.house.gov/>] of such claims;'

64 Een *adversary proceeding* is 'a law suit within the main bankruptcy case. It is commenced by the filing of a complaint, as opposed to a contested matter which is commenced by the filing of a motion.' (zie: <http://www.txwb.uscourts.gov/adv.htm>, geraadpleegd 25 juli 2002). De gronden voor het starten van een *adversary proceeding* zijn terug te vinden in *Bankruptcy Rule* 7001.

65 Zie hierover verder: MacKinnon *San Diego L.Rev.* 1986, p. 203 e.v.

66 *In re The Julien Company*, 120 B.R. 930, 933 (Bankr. W.D. Tenn. 1990). NB Verzoeken tot *substantive consolidation* worden in de Verenigde Staten vrijwel steeds gestart door middel van een *motion*, zie hoofdstuk 6, noten 113 en 158.

67 *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp*., 313 U.S. 215 (1941).

nootschap aan de orde was, terwijl in casu de uitbreiding van een reorganisatieprocedure van een vennootschap naar een natuurlijk persoon werd verzocht.[68] Hetzelfde gold ten aanzien van de zaak *In re D. A. Crabtree*.[69] In *Sampsell* had de natuurlijk persoon goederen ingebracht in een vennootschap om deze buiten het bereik van zijn crediteuren te houden, hetgeen niet kon worden getolereerd. Terwijl in *Crabtree* de natuurlijk persoon de vennootschap als een instrument had gebruikt om zijn financiële zaken te regelen waardoor vermogensvermenging tussen hen beiden was opgetreden. Het betoog van de *trustee* dat dhr. Hohenberg in casu het alter ego was van de vennootschap ging volgens de *Bankruptcy Court* veel verder dan hetgeen in de genoemde zaken aan de orde was: Door de uitbreiding zouden de schulden van de vennootschap kunnen worden voldaan met alle middelen van dhr. Hohenberg persoonlijk, derhalve ook met hem toebehorende vermogensbestanddelen die geen enkele band met de vennootschap hadden. Dit zou de verhaalspositie van de crediteuren van dhr. Hohenberg persoonlijk beïnvloeden. Alvorens dat gevolg kon worden bewerkstelligd, moesten de crediteuren van dhr. Hohenberg daarvan op de hoogte worden gesteld, hetgeen het beste kon geschieden door ten aanzien van dhr. Hohenberg ook een insolventieprocedure te openen of door tegen dhr. Hohenberg een *piercing the corporate veil*-actie in te stellen.[70] Mijns inziens is deze argumentatie zwak, want bij uitbreiding van een insolventieprocedure van een natuurlijk persoon naar een vennootschap, kunnen de crediteuren van de vennootschap worden benadeeld door de uitbreiding. In *Sampsell* werd ook door een crediteur die door de uitbreiding werd benadeeld beroep ingesteld tegen de uitbreidingsbeslissing, maar zijn beroep werd afgewezen omdat hij van het frauduleuze karakter van de vennootschap op de hoogte was. In *Crabtree* werd de vraag naar benadeling van de crediteuren van de vennootschap niet gesteld, hetgeen kan worden verklaard doordat in die zaak sprake was van een onontwarbare vermogensvermenging die de vaststelling of sprake was van enige benadeling onmogelijk maakte.

Verder betwistte de *Bankruptcy Court* in *In re The Julien Company* de gelijkenis tussen die zaak en het geval *In re Baker & Getty Financial Services, Inc.*[71] In de laatstgenoemde zaak werd de reeds samengevoegde reorganisatie van drie vennootschappen samengevoegd met de boedels van de bestuurder van de vennootschappen en zijn vrouw, omdat de vennootschappen alter ego's waren van dit echtpaar. Volgens de *Bankruptcy Court* verschilde die zaak van de onderhavige, omdat het echtpaar geen bezwaar had tegen de samengevoegde afwikkeling en dhr. Hohenberg wel bezwaar maakte.[72]

Uiteindelijk besliste de *Bankruptcy Court* dat gezien de grenzen die kleven aan de uitoefening van haar *equity powers* en gezien de overige mogelijkheden om dhr. Hohenberg bij de zaak te betrekken (onvrijwillige insolventieprocedure openen en vervolgens consolideren of *fraudulent transfer*- of *piercing the corpo-*

68 *In re The Julien Company*, 120 B.R. 930, 934 (Bankr. W.D. Tenn. 1990).
69 *In re D. A. Crabtree*, 39 B.R. 718 (Bankr. E.D. Tenn. 1984).
70 *In re The Julien Company*, 120 B.R. 930, 934-935 (Bankr. W.D. Tenn. 1990).
71 *In re Baker & Getty Financial Services, Inc.*, 78 B.R. 139 (Bankr. N.D. Ohio 1987).

rate veil-actie instellen) uitbreiding in casu niet gerechtvaardigd was. Bovendien moet de vraag of uitbreiding op haar plaats is, volgens de *Bankruptcy Court* worden beoordeeld in het kader van een *adversary proceeding*, terwijl de onderhavige procedure een *contested matter* inhield die bij wijze van een *motion* was gestart, waardoor dhr. Hohenberg en zijn crediteuren over onvoldoende processuele waarborgen beschikten.[73]

7.2.1.3 Asset securitization

Vrees voor uitbreiding bestaat in de Verenigde Staten onder meer wanneer eerder *asset securitization* heeft plaatsgevonden. Een typische *asset securitization* transactie houdt kort gezegd in dat de vennootschap (*originator*) een aantal min of meer homogene vorderingen met een redelijk voorspelbare inkomensstroom identificeert en samenbrengt in een pool. Deze pool van vorderingen wordt verkocht aan een speciaal daartoe opgerichte 100% dochtervennootschap, het zogenaamde *Special Purpose Vehicle* (SPV). Het SPV geeft daarop verhandelbare waardepapieren, zogeheten *asset backed securities*, uit aan investeerders. Uit de opbrengst van de uitgifte voldoet het de koopprijs van de vorderingen. Tot slot zal de dochtervennootschap met de op de vorderingen geïnde bedragen haar verplichtingen jegens de houders van de waardepapieren voldoen, te weten afbetaling van rente en uiteindelijk ook de hoofdsom.[74]

Aan *asset securitization* zijn voor de *orginator* diverse voordelen verbonden. Een belangrijk voordeel is het feit dat de onderneming op korte termijn de beschikking krijgt over extra liquide middelen. Toekomstige inkomsten worden contant gemaakt.[75] Een ander voordeel is dat door middel van *asset securitization* een nieuwe groep investeerders kan worden aangeboord: investeerders die niet bereid zouden zijn geweest om te investeren in de *originator*, bijvoorbeeld vanwege zijn risicovolle bedrijfsvoering of slechte financiële reputatie. Zij zijn vaak wel bereid de *asset backed securities* te kopen, omdat de terugbetaling van hun investering wordt gewaarborgd door de inkomensstroom op de vorderingen die het SPV van de *originator* heeft overgenomen, en omdat (de bedrijfsvoering van) de *originator* in beginsel geen invloed heeft op het functioneren van het SPV. Het SPV ontplooit doorgaans geen andere activiteiten dan die verband houdende met de *asset securitization* transactie.[76] De omstandigheid dat de waardepapieren

72 *In re The Julien Company*, 120 B.R. 930, 935-936 (Bankr. W.D. Tenn. 1990).

73 *In re The Julien Company*, 120 B.R. 930, 937-938 (Bankr. W.D. Tenn. 1990). In dezelfde zin: MacKinnon *San Diego L.Rev.* 1986, p. 203 e.v.

74 Ellis *Iowa J.Corp.L.* 1999, p. 299-301; Lahny *Am. Bankr. Inst. L. Rev*., winter 2001, paragraaf II.B; Lupica *Tex.L.Rev.* 1998, p. 599-601.

75 Ellis *Iowa J.Corp.L.* 1999, p. 303; Lahny *Am. Bankr. Inst. L. Rev*., winter 2001, paragraaf II.A; Lupica *Tex.L.Rev.* 1998, p. 609-610 en Report of The Committee on Bankruptcy and Corporate Reorganization of The Association of The Bar of The City of New York, *Bus. Law*. 1995, p. 531.

76 Ellis *Iowa J.Corp.L.* 1999, p. 301; Lahny *Am. Bankr. Inst. L. Rev*., winter 2001, paragraaf II.A; Lupica *Tex.L.Rev.* 1998, p. 610-612.

worden uitgegeven door een SPV, dat is losgekoppeld van de *originator* en de aan deze verbonden risico's, leidt doorgaans ook tot hogere *ratings* door *rating agencies* dan *ratings* die zouden zijn vastgesteld voor door de *originator* zelf uitgegeven waardepapieren. Deze hogere *ratings* dragen er weer toe bij dat investeerders sneller geneigd zijn te investeren en vaak ook tegen gunstiger voorwaarden dan de *originator* zelf had kunnen bedingen.[77] Ten slotte is een groot voordeel gelegen in het *off-balance-sheet*-effect van de transactie.[78] De vorderingen op de balans van de *originator* worden vervangen door liquide middelen. Er komen geen nieuwe schulden bij waardoor de financiële ratio's niet door de transactie worden beïnvloed. Er kan zelfs een balansverkorting optreden, wanneer de verkregen liquide middelen worden gebruikt om schulden af te lossen, hetgeen een verbetering van de financiële ratio's betekent.[79]

Voor het verwezenlijken van deze voordelen is van belang dat het SPV zoveel mogelijk onafhankelijk van de *orginator* opereert. Met name moet worden voorkomen dat een eventuele tegenslag bij de *originator* effect zal hebben op het voortbestaan van het SPV. De door het SPV uitgegeven waardepapieren zullen dan eerder en tegen gunstiger voorwaarden kunnen worden verkocht, dan wanneer dit niet het geval is. Daarnaast moet worden voorkomen dat het SPV zelf eenvoudig kan worden failliet verklaard. Om deze twee doelstellingen te bereiken, worden maatregelen genomen die het SPV *bankruptcy remote*[80] moeten maken. Zo worden de activiteiten van het SPV in zijn statuten beperkt tot activiteiten die verband houden met de *asset securitization* transactie, waardoor de kans op het ontstaan van crediteuren die een onvrijwillig faillissement kunnen aanvragen, wordt verkleind.[81] Met hetzelfde doel dient de *originator* het SPV voldoende kapitaal te verschaffen om zijn werkzaamheden uit te kunnen voeren; voorkomen moet worden dat het SPV bij een derde geld moet lenen.[82] Voorts

77 Ellis *Iowa J.Corp.L.* 1999, p. 302; Lahny *Am. Bankr. Inst. L. Rev*., winter 2001, paragraaf II.A; Lupica *Tex.L.Rev.* 1998, p. 613-614; Sargent *Bus. Law*. 1989, p. 1223. En zie: Report of The Committee on Bankruptcy and Corporate Reorganization of The Association of The Bar of The City of New York, *Bus. Law*. 1995, p. 529-530.

78 Ellis *Iowa J.Corp.L.* 1999, p. 302-303; Lahny *Am. Bankr. Inst. L. Rev*., winter 2001, paragraaf II.A; Lupica *Tex.L.Rev.* 1998, p. 614-616 en Report of The Committee on Bankruptcy and Corporate Reorganization of The Association Of the Bar of The City of New York, *Bus. Law*. 1995, p. 531.

79 Rongen 1994, p. 99.

80 In tegenstelling tot *bankruptcy proof*. Men kan niet volledig uitsluiten dat een vennootschap (of andere juridische enititeit) failliet gaat. Het druist in tegen het algemeen belang om een vennootschap te verbieden haar eigen faillissement aan te vragen wanneer faillietverklaring moet worden geacht haar belang en de belangen van haar crediteuren te dienen: Report of The Committee on Bankruptcy and Corporate Reorganization of The Association of The Bar of The City of New York, *Bus. Law*. 1995, p. 556 en Ellis *Iowa J.Corp.L.* 1999, p. 307-308.

81 Ellis *Iowa J.Corp.L.* 1999, p. 307; Lahny *Am. Bankr. Inst. L. Rev*., winter 2001, paragraaf II.B, Rosenthal & Ocampo 1988, p. 44-45 en Report of The Committee on Bankruptcy and Corporate Reorganization of The Association of The Bar of The City of New York, *Bus. Law*. 1995, p. 554.

82 Lahny *Am. Bankr. Inst. L. Rev*., winter 2001, paragraaf II.B.

wordt de kans op een vrijwillig faillissement van het SPV bijvoorbeeld verkleind door in de statuten op te nemen dat een besluit tot faillietverklaring slechts bij unanimiteit door het bestuur kan worden genomen. Vervolgens wordt er een onafhankelijke bestuurder benoemd om de invloed van de *originator* op het bestuur van het SPV te beperken.[83]

Naast deze maatregelen ter voorkoming van een faillissement van het SPV wordt geprobeerd te voorkomen dat het SPV wordt meegezogen in het faillissement van de *originator*. Dit laatste kan onder meer gebeuren doordat de rechter oordeelt dat het faillissement van de *originator* moet worden uitgebreid naar het SPV waarna onmiddellijk consolidatie volgt.[84] Om de kans daarop zo klein mogelijk te houden, worden juristen ingeschakeld. Zij raden partijen aan zich zo onafhankelijk mogelijk van elkaar op de markt te gedragen, onder meer door maatregelen voor te stellen zoals hiervoor genoemd. In hun advies geven zij vervolgens op basis van vele assumpties, waaronder de assumptie dat partijen zich overeenkomstig de voornoemde raadgevingen zullen gedragen, en onder verwijzing naar de relevante jurisprudentie aan waarom zij van mening zijn dat uitbreiding van een eventueel faillissement van de *originator* naar het SPV zich in dat geval waarschijnlijk niet zal voordoen.[85] Meer zekerheid kan niet worden gegeven, omdat uitbreiding annex consolidatie een *equitable remedy* is bij de toepassing waarvan de rechter steeds rekening houdt met de omstandigheden van ieder concreet geval. Niet valt te voorzien wat er in de toekomst tussen partijen zal voorvallen en hoe derden tegen hen aan zullen kijken. Bovendien kan van geen omstandigheid bij voorbaat worden gezegd dat zij van doorslaggevend belang is en heeft de rechter een grote vrijheid *in balancing the equities*.[86]

De waarde van dit soort adviezen wordt soms in twijfel getrokken. Betoogd wordt in de literatuur dat in gevallen betreffende *asset securitization* uitbreiding onder de daarvoor bestaande criteria vaak wel op haar plaats zal zijn.[87] Daarbij wordt in literatuur betreffende *asset securitization* meestal aansluiting gezocht bij de *Auto-train* standaard, waarbij de nadruk uiteindelijk ligt op het afwegen van de

83 Ellis *Iowa J.Corp.L.* 1999, p. 308-309; Lahny *Am. Bankr. Inst. L. Rev*., winter 2001, paragraaf II.B en Report of The Committee on Bankruptcy and Corporate Reorganization of The Association of The Bar of The City of New York, *Bus. Law*. 1995, p. 556.

84 Ellis *Iowa J.Corp.L.* 1999, p. 304-305; Lupica *Tex.L.Rev.* 1998, p. 638 en 643-647, en Rosenthal & Ocampo 1988, p. 45.

85 Special Report by The Tribar Opinion Committee, Opinions in The Bankruptcy Context: Rating Agencies, Structured Financing, and Chapter 11 Transactions, *Bus.Law.* 1991, bijlage A (p. 738-744) en Report of The Committee on Bankruptcy and Corporate Reorganization of The Association of The Bar of the City of New York, *Bus. Law*. 1995, bijlage D (p. 595-606), geven voorbeelden van dergelijke adviezen.

86 Special Report by The Tribar Opinion Committee, Opinions in The Bankruptcy Context: Rating Agencies, Structured Financing, and Chapter 11 Transactions, *Bus.Law.* 1991, p. 723, 726-727 en 736, en Report of The Committee on Bankruptcy and Corporate Reorganization of The Association of The Bar of The City of New York, *Bus. Law*. 1995, p. 559-560. Zie ook: Lupica *Tex.L.Rev.* 1998, p. 646-647.

87 Lahny *Am. Bankr. Inst. L. Rev*., winter 2001, paragraaf IV.

verschillende betrokken belangen.[88] Desondanks vindt uitbreiding in dit verband in de praktijk zelden of nooit plaats.[89] Dit is mijns inziens begrijpelijk omdat een *asset securitization* transactie – indien uitgevoerd zoals hierboven uiteengezet – weinig anders is dan het omzetten van illiquide middelen in liquide middelen. Wanneer het SPV een reële prijs betaald voor de vorderingen gaat in principe niemand er door de transactie op achteruit.

7.2.2 Frankrijk

7.2.2.1 Achtergrond

Steeds ligt aan eigenlijke uitbreiding vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap ten grondslag. De invulling van deze twee grondslagen verschilt niet naar gelang uitbreiding van een insolventieprocedure plaatsvindt naar een eerder in een dergelijke procedure betrokken rechtssubject of naar een rechtssubject dat nog niet in zo'n procedure is betrokken. Wat over de invulling van beide grondslagen is opgemerkt in hoofdstuk 4, is daarom van overeenkomstige toepassing op de materie die wordt behandeld in dit hoofdstuk.

Een verhouding die in Frankrijk met enige regelmaat aanleiding geeft tot het indienen van verzoeken om uitbreiding van een insolventieprocedure is onder meer de verhouding onroerendgoedmaatschappij – werkmaatschappij. Veelvuldig wordt daar gebruik gemaakt van onroerendgoedmaatschappijen die tot doel hebben het aankopen, beheren en exploiteren van onroerende goederen. Meestal hebben deze onroerendgoedmaatschappijen de vorm van een *société civile*, doorgaans genoemd een *société civile immobilière* (sci). Een *société civile* moet worden onderscheiden van een *société commerciale*, zoals daar bijvoorbeeld zijn de sarl en de sa. Een vennootschap is een *société civil*e wanneer zij gezien haar vorm, aard en doel geen commerciële vennootschap is.[90] Zij mag geen commerciële activiteit uitoefenen.[91]

---

88 Zie bijvoorbeeld: Lahny *Am. Bankr. Inst. L.Rev*., winter 2001, paragraaf IV.B. Zie ook: Stengel *ABI JNL* september 1998, die meerdere toetsen aanhaalt, maar de nadruk legt op de *Auto-train*-standaard. Zie over de *Auto-train*-standaard verder paragraaf 3.3.1.1.

89 Kale (*Bank. Dev. J.* 2003, p. 338) merkt op dat er tot dan toe geen gepubliceerde zaken zijn waarin uitbreiding in dit verband heeft plaatsgevonden. Ellis (*Iowa J.Corp.L.* 1999, p. 306, nt. 61) en Lupica (*Tex.L.Rev.* 1998, p. 644, nt 252) wijzen echter op *In re Buckhead America Corp.*, 161 B.R. 11 (Bankr. D. Del. 1993) als enige bekende zaak op dit gebied. Waar Ellis en Lupica uit afleiden dat in die zaak sprake is van een consolidatie tussen een *originator* en een SPV is mij niet duidelijk. Sowieso is de consolidatiebeslissing in deze zaak neergelegd in een andere uitspraak, te weten: *In re Buckhead America Corp.*, 1992 Bankr. LEXIS 2506 (Bankr. D. Del. 1992). Maar ook daarin zijn onvoldoende feiten opgenomen om met zekerheid te kunnen bepalen of het hier een *originator* en een SPV betreft. Mij is ook geen uitspraak bekend daterend uit de afgelopen vier jaren, waarin tot uitbreiding of consolidatie is besloten (mede) omdat de crediteuren van de *originator* benadeeld zijn door een eerder uitgevoerde *asset securitization* transactie.

90 Art. 1845(2) C. civ.

91 Cozian, Viandier & Deboissy 2005, p. 473, nr. 1102

Het onderbrengen van onroerende goederen in een aparte vennootschap heeft diverse voordelen. Ten eerste het voordeel dat de financiering van het gehele bedrijf vaak eenvoudiger wordt, omdat de exploitatie van het bedrijf en de daarvoor gebruikte onroerende goederen afzonderlijk kunnen worden gefinancierd.[92] De financier van de werkmaatschappij zal echter niet steeds gelukkig zijn met de scheiding die is aangebracht tussen de roerende en de onroerende vermogensbestanddelen. Weliswaar kan hij soms een pandrecht bedingen op de aandelen in de onroerendgoeddochter, maar de tegeldemaking daarvan is vanwege de eis dat de koper van de aandelen door de resterende venno(o)t(en) moet worden goedgekeurd minder eenvoudig dan de uitwinning van een hypotheekrecht op het goed zelf.[93]

Ten tweede wordt een eventuele overdracht van de onderneming vereenvoudigd, omdat het bedrijf en de onroerende goederen makkelijker op verschillende tijdstippen en aan verschillende personen kunnen worden overgedragen.[94] Ten derde zijn in Frankrijk belastingvoordelen verbonden aan de constructie onroerendgoedmaatschappij – werkmaatschappij.[95] Ten slotte wordt bewerkstelligd dat indien de werkmaatschappij insolvent wordt, de onroerende goederen in beginsel niet tot verhaal strekken van de crediteuren van de werkmaatschappij.[96]

De laatstgenoemde consequentie wordt echter niet steeds als een voordeel gezien. Regelmatig worden verzoeken ingediend om de ten aanzien van een werkmaatschappij geopende insolventieprocedure uit te breiden naar de met haar verbonden onroerendgoedmaatschappij. Een verzoek tot uitbreiding zal de crediteuren van de insolvente werkmaatschappij voornamelijk baten wanneer de onroerendgoedmaatschappij niet al haar activa heeft verhypothekeerd, maar ook wanneer dit wel het geval is zullen sommige crediteuren erop vooruit gaan. Denk bijvoorbeeld aan de werknemers van een in reorganisatie verkerende werkmaatschappij die over een zogenaamd superprivilege beschikken. Zij gaan voor op hypotheekhouders.[97]

Een ander belangrijk gevolg van uitbreiding van een insolventieprocedure naar een onroerendgoedmaatschappij in de vorm van een sci is dat de vennoten

---

92 Cozian, Viandier & Deboissy 2005, p. 474, nr. 1105.

93 Art. 1861(1) C. civ. Zie echter ook art. 1867(1) en (2) C. civ. dat bepaalt dat de pandgever aan de overige venno(o)t(en) voorafgaande goedkeuring kan vragen voor de in pandgeving. Deze goedkeuring geldt bij gedwongen uitwinning als goedkeuring van de koper door de resterende venno(o)t(en), wanneer van de uitwinning ten minste één maand voorafgaande aan de verkoop mededeling is gedaan aan deze venno(o)t(en) en de vennootschap. Zie: Cozian, Viandier & Deboissy 2005, p. 488, nr. 1136-1137.

94 Chauvin *JCP-G* 1988, I, 3320, nr. 27; Cozian, Viandier & Deboissy 2005, p. 474, nr. 1105 en Porteron, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 591.

95 Chauvin *JCP-G*, 1988, I, 3320, nr. 33 e.v.; Garçon *Bull. Joly* 1996, p. 902, paragraaf 5; Pariente, noot onder CA Parijs 11 januari 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 320; Porteron, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc*. 1998, p. 591.

96 Chauvin *JCP-G* 1988, I, 3320, nr. 29.

97 Art. 2376 C. civ. Zie ook: Porteron, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 589.

van de sci persoonlijk aansprakelijk worden voor de schulden van de werkmaatschappij.[98] Dit kan voor de crediteuren van de werkmaatschappij een groot voordeel inhouden.

Meestal worden verzoeken tot uitbreiding in de verhouding werkmaatschappij-onroerendgoedmaatschappij gebaseerd op de stelling dat tussen beide vennootschappen vermogensvermenging is opgetreden. Het betreft doorgaans gevallen waarin de sci het enige onroerend goed dat zij bezit, verhuurt aan een werkmaatschappij die daarin haar bedrijf uitoefent. Met de van de werkmaatschappij verkregen huursommen lost de onroerendgoedmaatschappij de lening af waarmee het gebouw is gefinancierd. Daarenboven wordt het onroerend goed van de sci herhaaldelijk ten behoeve van de werkmaatschappij belast met een hypotheek. Deze verzoeken tot uitbreiding worden evenwel niet zonder meer gehonoreerd, omdat 'l'opération envisagée dans son ensemble constituait un montage juridique et financier classique en son principe'.[99] Maar er zijn genoeg zaken bekend waarin wel tot uitbreiding is besloten. Uit die zaken kan een aantal omstandigheden worden afgeleid dat Franse rechters in dit specifieke scenario gebruiken als indicator voor het bestaan van een vermogensvermenging die uitbreiding kan rechtvaardigen.

7.2.2.2 Vermogensvermenging

Specifiek met betrekking tot de constructie onroerendgoedmaatschappij – werkmaatschappij is in Frankrijk opgemerkt dat uitbreiding mogelijk is wegens het bestaan van vermogensvermenging wanneer vast komt te staan dat tussen de beide vennootschappen ongebruikelijke vermogensverschuivingen (*flux financiers anormaux*), zoals het in rekening brengen van buitensporig hoge huursommen, hebben plaatsgevonden.[100] Tegenwoordig wordt in dit verband ook wel de term ongebruikelijke financiële betrekkingen (*relations financières anormales*) gebezigd.[101] Daaronder worden niet enkel daadwerkelijke vermogensoverdrachten begrepen, maar eveneens het achterhouden van vermogensbestanddelen. Zo wordt in de jurisprudentie waarde gehecht aan het in rekening brengen van buitensporig hoge huursommen[102] en het verrichten van prestaties zonder dat daar

98 Art. 1857 en 1858 C. civ. Zie ook: Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc. 7.40, p. 9, nr. 31 en Porteron, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 589.

99 CA Rennes, ontleend aan Cass. com. 28 juni 1994, nr. 91-22293, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie voor meer recente voorbeelden van afwijzingen van verzoeken om uitbreiding o.a.: Cass. com. 10 december 2002, *Bull civ.* IV, p. 219, nr. 193; *D.*, AJ, 2003, p. 348; *Rev. soc.* 2003, p. 151, m.nt. Guyon en CA Toulouse 12 september 2001, nr. 2000/01485, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

100 Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprises en difficulté (Personnes morales …), p. 16, nr. 113 en 118.

101 Cass. com. 7 januari 2003, *Bull. civ.* IV, p. 4, nr. 3; *D.* 2003, AJ, p. 347, 3e esp. en Cass. com. 14 januari 2004, *Rev. soc.* 2004, p. 948, m.nt. Saintourens. Zie voorts paragraaf 4.1.2.2.

102 Bijvoorbeeld: CA Parijs 8 juli 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1216, § 326 en Cass. com. 1 oktober 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1089, § 393 m.nt. Daigre.

een tegenprestatie of een betaling tegenover staat[103], maar eveneens aan het niet invorderen van achterstallige huur.[104] Daarnaast speelt een rol de omstandigheid dat tussen de vennootschappen duidelijke afspraken ontbreken die een verklaring en/of rechtsgrond bieden voor de vermogensverschuivingen die tussen hen hebben plaatsgevonden.[105] Of omgekeerd: dat duidelijke afspraken bestaan die de vermogensverschuivingen legitimeren en daarmee een argument bieden voor afwijzing van een verzoek tot uitbreiding.[106] Ook wordt belang gehecht aan de omstandigheid dat de gewraakte financiële banden niet zijn opgenomen in de boekhouding van een of beide vennootschappen.[107] Of wordt, wanneer uitbreiding of consolidatie wordt afgewezen, overwogen dat de betreffende vermogensverschuivingen terug te vinden zijn in de boeken.[108] Voorts wordt belang gehecht aan het bestaan van constructies waarbij de financiële positie en daarmee het voortbestaan van een der vennootschappen vrijwel volledig afhankelijk wordt gemaakt van de financiële positie van de andere vennootschap. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. In Cass. com. 14 maart 2000[109] had dhr. D. zijn ambachtelijke handelszaak in bedrijfspacht (*location-gérance*) gegeven aan een sarl, waarvan hij of zijn familieleden de aandelen hielden. Rond diezelfde tijd had D. samen met zijn echtgenote een sci opgericht waarvan het kapitaal was beperkt tot FF 10.000. De sci had vervolgens een stuk grond gekocht van D. voor een bedrag van FF 85.225 dat was betaald buiten de boekhouding van de notaris om. Dit stuk grond, alsmede een daarop te bouwen gebouw had de sci gefinancierd met behulp van een bancaire lening. De interestvoet van deze lening was afhankelijk gemaakt van de door de sarl aan de sci te betalen huursommen voor de huur van de grond en het (nog te bouwen) gebouw. De hoogte van de huursommen was op haar beurt afhankelijk van het aantal werknemers in dienst bij de onderneming van de sarl. Met uitzondering van de inbreng op de aandelen had de sci verder geen goederen verkregen van de echtgenote van D. Het hof had volgens de *Cour de cassation* met recht uit deze omstandigheden afgeleid dat de sci geen onafhankelijk econo-

103 Bijvoorbeeld: Cass. com. 1 oktober 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1089, § 393 m.nt. Daigre; Cass. com. 13 november 2002, *Dr. soc.* aug.-sept. 2003, p. 16, § 142, m.nt. Legros. En zie voor een voorbeeld in de lagere rechtspraak: CA Parijs 11 januari 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 317, § 85, m.nt. Pariente.

104 Bijvoorbeeld: Cass. com. 31 januari 1995, nr. 92-17612; Cass. com. 2 maart 1999, nr. 95-14007 en Cass. com. 7 december 1999, nr. 97-14119, alle drie deze arresten zijn niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

105 Bijvoorbeeld:Cass. com. 19 november 1996, nr. 94-19738, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/> (het bestaan van vermogensvermenging werd onder meer gemotiveerd door te wijzen op de omstandigheid dat de sarl zetelde op een aan de sci toebehorend terrein, maar dat daaraan geen titel ten grondslag lag die de juridische en financiële voorwaarden expliciteerde).

106 Bijvoorbeeld: Cass. com. 14 maart 1995, *Bull. civ.* IV 1995, p. 74, nr. 82; *D.* 1995, IR, p. 115.

107 Bijvoorbeeld: Cass. com. 19 december 2000, nr. 97-22049, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

108 Bijvoorbeeld: Cass. com. 14 maart 1995, *Bull. civ.* IV 1995, p. 74, nr. 82; *D.* 1995, IR, p. 115.

109 Cass. com 14 maart 2000, nr. 96-21497, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

misch bestaan leidde en dat de vermogens van de beide vennootschappen gezien de tussen hen bestaande ongebruikelijke financiële stromen waren vermengd. Het hof had terecht ingestemd met de beslissing van de rechtbank om het faillissement van de sarl uit te breiden naar de sci.

Maar voorzichtigheid is geboden. De hiervoor genoemde omstandigheden zijn slechts *aanwijzingen* voor het bestaan van vermogensvermenging. Per geval moeten alle omstandigheden in hun onderlinge samenhang worden beoordeeld.[110] De grens tussen het wel en niet aannemen van vermogensvermenging is dun, hetgeen kan worden geïllustreerd aan de hand van Cass. com. 25 juni 2002[111], waarin de feiten vergelijkbaar waren met die in Cass. com. 14 maart 2000, maar het bestaan van vermogensvermenging niet werd aangenomen. In deze zaak exploiteerde een sarl een hotel en een restaurant vanuit gebouwen die zij huurde van een sci. Voor het jaar 1988 was de huur van het hotel berekend op FF 240.000. Daarbij was rekening gehouden met de vergroting van de cliëntèle van het restaurant dat in dezelfde accommodatie werd geëxploiteerd. Het hof merkte dienaangaande op dat het ongebruikelijk was dat de huur van een hotelgebouw zo sterk was gekoppeld aan de stijging van de opbrengst van de daarin ondergebrachte onderneming, welke stijging op haar beurt het gevolg was van door de huurder aangebrachte verbeteringen. Bovendien bestond voor de totale huurstijging van de huur voor alle gebouwen tezamen geen redelijke verklaring, aangezien de bestuurders van de werkmaatschappij, die eveneens bestuurders waren van de sci, hadden besloten deze niet te voldoen. Beoogd was om met de huurstijging de omzet van de sci kunstmatig te vergroten, waardoor zij geld kon lenen om verbeteringen aan te brengen aan de aan de werkmaatschappij verhuurde gebouwen, wat duidde op het gemeenschappelijk belang van de vennootschappen. Daarnaast stelde het hof vast dat de sci zonder enige verklaring of rechtvaardiging de lasten van een door de werkmaatschappij afgesloten lening had overgenomen, hetgeen een ongebruikelijke vermogensverschuiving inhield. De lening was bedoeld voor de bouw van een restaurant, welk gebouw door de overname van de lasten van de lening, waardoor de *bail à construction*[112] werd beëindigd, was gaan toebehoren aan de sci. Dit, terwijl de lening door de huursommen grotendeels was afbetaald en de financier zich voor het resterende deel enkel tot de failliete werkmaatschappij kon wenden.

Het hof leidde uit deze omstandigheden af dat de vermogens van de werkmaatschappij en de sci waren vermengd. Het achtte uitbreiding van het faillissement van de werkmaatschappij naar de sci daarom toelaatbaar. In cassatie beslis-

110 Cutajar *Bull. Joly* 1999, p. 1058.

111 Cass. com. 25 juni 2002, nr. 99-12886, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

112 Een *bail à construction* is kort gezegd een lang lopend contract waarbij een persoon zich verbindt om op het terrein van een ander een gebouw te (ver)bouwen overeenkomstig in het contract bepaalde eisen. Het te bouwen gebouw gaat na afloop van het contract (voor een deel) toebehoren aan degene die het terrein in eigendom heeft. Zie: Cornu, *Vocabulaire judiciaire*, 2000, p. 99.

te de *Cour de cassation* evenwel dat de genoemde omstandigheden geen vermogensvermenging karakteriseren en zij vernietigde de uitbreidingsbeslissing van het hof.

Deze uitspraak van de *Cour de cassation* is moeilijk te rijmen met haar uitspraak van 14 maart 2000, waarin sprake lijkt te zijn geweest van een beperktere financiële verstrengeling dan in de laatstgenoemde zaak, maar zij desalniettemin vermogensvermenging vaststelde. Wat blijkt is in ieder geval dat strikte criteria voor het bestaan van een vermogensvermenging die uitbreiding kan rechtvaardigen niet zijn te geven en dat ieder geval afzonderlijk moet worden beoordeeld. Wel zal naar mate meer van de hiervoor genoemde omstandigheden zich in één zaak voordoen, het oordeel dat sprake is van vermogensvermenging sneller op zijn plaats zijn.[113]

7.2.2.3 Fictieve vennootschap

Hoewel in de meeste gevallen waarin uitbreiding van een insolventieprocedure van een werkmaatschappij naar een sci (of omgekeerd) is verzocht het verzoek is gebaseerd op het bestaan van vermogensvermenging, is soms betoogd dat een van de vennootschappen fictief is. Maar het enkele feit dat een vermogen is opgesplitst en ondergebracht bij twee afzonderlijke vennootschappen, waarna de ene, zijnde een onroerendgoedmaatschappij, haar enig activum verhuurt aan de andere, de werkmaatschappij, en met de huuropbrengst de lening aflost waarmee het onroerend goed is gefinancierd, bewijst niet het fictieve karakter van de onroerendgoedmaatschappij.[114]

Om te voorkomen dat ingeval van insolventie van een werkmaatschappij de met haar verbonden sci steeds wordt aangemerkt als een fictieve vennootschap is wel voorgesteld de sci steeds economisch autonoom te maken door te regelen dat zij verscheidene inkomstenbronnen heeft. Dat wil zeggen door te eisen dat de door de werkmaatschappij te betalen huursommen niet haar enige bron van inkomsten zijn.[115] De *Cour de cassation* stelt deze eis echter niet. In diverse zaken waarin de enige inkomsten van de sci de door de werkmaatschappij te betalen

113 Vgl. bijvoorbeeld: Cass. com. 15 februari 2000, nr. 97-17195, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/> (de enkele omstandigheid dat gedurende één jaar geen huur was geïnd en de sci geen aanstalten maakte tot inning van die huursommen is onvoldoende voor het aannemen van vermogensvermenging); Cass. com. 7 januari 2003, *Bull civ.* IV, p. 4, nr. 3; *D.* 2003, AJ, p. 347 (3e esp.) (vermogensvermenging aangenomen, want er was sprake van een zeer hoge huursom; de werkmaatschappij had verbeteringen aan het gebouw aangebracht die uiteindelijk toekwamen aan de sci en de sci ging niet over tot opeising van achterstallige huur) en Cass. com. 14 januari 2004, *Rev. soc.* 2004, p. 948, m.nt. Saintourens (vermogensvermenging werd aangenomen nadat was gebleken dat de sci gedurende bijna zes jaren geen huur had geïnd van de werkmaatschappij; zij geen andere inkomstenbron had en de werkmaatschappij met de crediteuren van de sci had onderhandeld over betalingsregelingen voor die schulden).

114 Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 586, m.nt. Porteron.

115 Barbièri *PA* 25 oktober 1996, nr.129, p. 14.

huursommen waren, heeft zij vastgesteld dat de sci geen fictief karakter had.[116] Waar zij in arresten betreffende de vraag naar het fictieve karakter van een sci soms verwijst naar artikel 1832 C. civ. lijkt zij ook hier aan te knopen bij het overigens geldende criterium aangaande het bestaan van een rechtsgeldig vennootschapscontract.[117] Dit contract ontbreekt zoals wij eerder hebben gezien onder andere wanneer tussen de vennoten geen *affectio societatis* bestaat.[118] De *affectio societatis* zal regelmatig ontbreken bij de vennoten van een sci. Dit soort vennootschappen wordt feitelijk vaak opgericht door één persoon die een stroman inschakelt om zo te voldoen aan het wettelijk vereiste dat een sci ten minste twee vennoten heeft.[119] Een aangepast criterium is hier dan ook gewenst geoordeeld om te voorkomen dat de voordelige en veel gebruikte constructie onroerendgoedmaatschappij – werkmaatschappij steeds zonder meer wordt geacht te duiden op fictiviteit van de onroerendgoedmaatschappij. Als aangepast criterium wordt wel gebruikt dat bij de oprichter(s) van de sci de wil moet bestaan om de vennootschap een eigen vennootschappelijk leven te laten leiden.[120]

Een voorbeeld van een fictieve sci kan worden gevonden in Cass. com. 25 mei 1993.[121] Het hof had het faillissement van een sa uitgebreid naar een sci. Het had daartoe besloten na te hebben geconstateerd dat de beide vennootschappen dezelfde vennoten hadden en de sci enige jaren later was opgericht dan de sa om het gebouw waarin de sa resideerde te gaan beheren. Later had de sci bovendien nog een ander gebouw verkregen dat werd verhuurd aan de sa. Voorts waren door de sci zonder tegenprestatie hypothecaire zekerheden verstrekt ten behoeve van de sa en had de sci het recht op het huurcontract (*droit au bail sur l'immeuble*) van de sa teruggekocht op een moment dat de sa in geldnood verkeerde. Het hof had vastgesteld dat de sci geheel afhankelijk was van de sa en dat zij een fictie was die door de sa en voor de sa in het leven was geroepen. De sci ging in cassatie, maar dit mocht haar niet baten. Volgens de *Cour de cassation* had het hof – dat zich niet had beperkt tot de constatering dat de sci de sa zonder tegenprestatie had geholpen – zijn uitbreidingsbeslissing gerechtvaardigd.

Een verzoek tot uitbreiding wegens het fictieve karakter van een sci of werkmaatschappij wordt maar af en toe gehonoreerd. Talrijker zijn de gevallen waarin een dergelijk verzoek wordt afgewezen.[122] Zo had de *liquidateur* van een sarl in

116 O.a. Cass. com. 25 juni 1996, *Bull. civ.* IV, p. 162, nr. 190 en Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 586, m.nt. Porteron.

117 Porteron, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 593 e.v.

118 Zie: paragraaf 4.3.2.1.

119 Art. 1832(1) C. civ.

120 Vgl. Porteron, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 595 en Cutajar *Bull. Joly* 1999, p. 1062.

121 Cass. com. 25 mei 1993, nr. 91-10998, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie ook: CA Parijs 16 november 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 73, § 11, m.nt. Diener; *Dr.& Patr.* 1994, p. 85, § 598, m.nt. Bertrel (met betrekking tot een fictieve onroerendgoedmaatschappij in de vorm van een *société en nom collectif*).

122 Cass. com. 19 juli 1988, nr. 86-18242 en Cass. com. 6 januari 1998, nr. 95-10665, beide arresten zijn niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie ook: Cass. com. 25 juni 1996, *Bull. civ.* IV 1996, p. 162, nr. 190.

de zaak Cass. com. 6 maart 1990[123] uitbreiding van haar faillissement verzocht naar een sci, waarvan de sarl haar bedrijfsruimte huurde. Het hof had dit verzoek eerder afgewezen. In cassatie betoogde de *liquidateur* dat de sci slechts een façade was waarachter de sarl schuil ging. Daartoe voerde hij onder andere aan dat de inkomsten van de sci louter bestonden uit door de sarl te betalen huurtermijnen en dat deze vanaf 1982 plotseling sterk waren verhoogd, waardoor de sarl verarmde. Bovendien had het hof moeten onderzoeken of het feit dat beide vennootschappen dezelfde bestuurders hadden tot gevolg had gehad dat zij identieke belangen hadden. De *Cour de cassation* wees dit betoog van de hand. Zij overwoog dat het hof immers had vastgesteld dat de sarl voor werkzaamheden verricht voor de sci een normale prijs had gekregen en dat de huurtermijnen niet buitensporig hoog waren. En hoewel beide vennootschappen dezelfde bestuurders hadden, was de sci niet fictief. Het verzoek om uitbreiding was terecht door het hof afgewezen. In dit arrest komt wederom duidelijk naar voren dat de constructie onroerendgoedmaatschappij – werkmaatschappij in principe is toegestaan, ook wanneer de enige inkomsten van de sci bestaan uit door de sarl te betalen huursommen. Daarnaast laat dit arrest zien dat het hebben van dezelfde bestuurders ook hier op zichzelf geen fictiviteit impliceert. Weliswaar kan deze omstandigheid ertoe bijdragen dat de autonomie van de sci wordt ingeperkt omdat het beleid van de werkmaatschappij eenvoudiger aan haar kan worden opgelegd, maar dit hoeft geenszins het geval te zijn. Of de organen van de sci hun autonome wilsvorming is ontnomen waardoor de sci wordt belemmerd in het leiden van een zelfstandig vennootschappelijk leven zal uit andere omstandigheden moeten blijken.[124]

Af en toe treft men in zaken betreffende de verhouding onroerendgoedmaatschappij – werkmaatschappij de overweging aan dat de sci slechts tot doel heeft het buiten het bereik van de crediteuren van de werkmaatschappij houden van de onroerende goederen.[125] Daarbij doet zich de moeilijkheid voor dat indien dit soort vaststellingen maatgevend wordt geacht vrijwel iedere sci als zijnde fictief moet worden aangemerkt.[126] De achtergrond van het tot stand brengen van een onroerendgoedmaatschappij/werkmaatschappij-verhouding zal immers vaak me-

123 Cass. com. 6 maart 1990, nr. 88-19090, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

124 Vgl. Pariente, noot onder CA Parijs 11 januari 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 321 en Porteron, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 590-591.

125 Bijvoorbeeld: CA Parijs 11 januari 1994, *Bull Joly*, p. 317, § 85, m.nt. Pariente en CA Parijs 30 mei 1995, af te leiden uit Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 586, m.nt. Porteron.

126 De genoemde overweging wordt ook aangetroffen in zaken waarin wegens vermogensvermenging tot consolidatie is besloten (bijvoorbeeld Cass. com. 1 oktober 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1089, § 393, m.nt. Daigre). Mijns inziens is dit echter meer een argument voor de stelling dat de vennootschap fictief is. Dit doel zegt immers niets over de toestand van de vermogens en eventuele verschuivingen daartussen. Zie in dit verband ook: Cutajar *Bull. Joly* 1999, p. 1061 en 1062.

de zijn gelegen in de daardoor optredende risicospreiding. Ook hier moet daarom worden aangenomen dat een sci slechts fictief is wanneer zij geen eigen leven leidt; wanneer misbruik wordt gemaakt van haar rechtspersoonlijkheid.[127]

7.3 Algemene faillissementsvoorwaarden

Door uitbreiding wordt het rechtssubject waarnaar de procedure wordt uitgebreid plotseling betrokken in een insolventieprocedure. Daarbij wordt in de Verenigde Staten en Frankrijk doorgaans niet onderzocht of dit rechtssubject wel aan de voorwaarden voor faillietverklaring of de opening van een reorganisatieprocedure voldoet.

In de Verenigde Staten zijn vooral 11 U.S.C. § 303(b) en (h) van belang, waarin een aantal voorwaarden voor het openen van een *on*vrijwillige insolventieprocedure is opgenomen, dat niet geldt voor de opening van een vrijwillige insolventieprocedure. In dat laatste geval is bijvoorbeeld niet vereist dat de vennootschap heeft opgehouden met het betalen van haar schulden of dat haar passief haar actief overtreft.[128] Enkel is vereist dat de vennootschap schulden heeft.[129] Alleen wanneer door crediteuren een onvrijwillige insolventieprocedure wordt verzocht, speelt insolventie, in de zin van *cash flow insolvency*[130], een rol, zie 11 U.S.C. § 303(h)(1). Bovendien kan niet zomaar iedere crediteur om de opening van een insolventieprocedure verzoeken, zie 11 U.S.C. § 303(b).

11 U.S.C. § 303 vormt voor sommige *Bankruptcy Courts* een struikelblok dat in de weg staat aan uitbreiding, maar de meeste *Bankruptcy Courts* lezen in deze bepaling geen bezwaar. Deze tweestrijd lijkt verband te houden met de grondslag voor uitbreiding: Onder verwijzing naar *In re 1438 Meridian Place*[131] oordeelde de *Bankruptcy Court for the Eastern District of Tennessee* in *In re D. A. Crabtree*[132] dat voor uitbreiding niet vereist is dat door de verzoekende crediteur(en) ex 11 U.S.C. § 303 een onvrijwillige insolventieprocedure had kunnen worden gestart tegen het rechtssubject waarnaar uitbreiding van de insolventieprocedure wordt verzocht. Dit vereiste geldt niet omdat het genoemde rechtssubject het alter ego is van de failliet of degene die in een reorganisatieprocedure is betrokken.[133] De *Bankruptcy Court* in *D.A. Crabtree* merkte daarbij uitdrukkelijk op dat niet

127 Vgl. Porteron, noot onder Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 590.

128 11 U.S.C. § 301 jo. 11 U.S.C. § 109 . Zie ook: *In re Johns-Manville Corp*., 36 B.R. 727, 730-733 (Bankr. S.D. N.Y. 1984) *appeal denied* 39 B.R. 234 (S.D. N.Y. 1984), *reargument* 39 B.R. 998 (S.D. N.Y. 1984), *mandamus denied*.

129 *In re Coastal Cable TV, Inc.*, 709 F.2d 762, 764 (1st Cir. 1983) *on remand* 43 B.R. 770 (D. Rhode Island 1984) affirmed 767 F.2d 904 (1st Cir. 1985).

130 Zie over dit begrip hoofdstuk 2, noot 23.

131 *In re 1438 Meridian Place*, 15 B.R. 89 (Bankr. D.D.C. 1981).

132 *In re D.A. Crabtree*, 39 B.R. 718, 722 (Bankr. E.D. Tenn. 1984).

133 Evenzo: *In re United Stairs Corp*., 176 B.R. 359, 367 (Bankr. D. N.J. 1995).

hoeft komen vast te staan dat de vennootschap waarnaar uitbreiding is verzocht, niet meer in staat is om haar opeisbare schulden te voldoen.[134]

Wanneer de rechtssubjecten niet als elkaars alter ego kunnen worden aangemerkt, krijgen degenen die om uitbreiding verzoeken meestal het deksel op de neus. Veelal wordt in die gevallen geoordeeld dat in plaats van een verzoek om uitbreiding, de crediteuren een verzoek hadden moeten doen tot het openen van een insolventieprocedure ten aanzien van het rechtssubject waarnaar uitbreiding wordt verzocht.[135] Is de verzoeker van de uitbreiding evenwel geen crediteur van de vennootschap waarnaar uitbreiding wordt verzocht dan zijn de verhaalsmogelijkheden beperkt. Uitbreiding wordt in dat geval soms geacht een ongeoorloofde verhaalsmogelijkheid te creëren buiten de BC om.[136]

Evenwel zij in dit kader ook gewezen op *In re Munford*.[137] In deze zaak laat de *Bankruptcy Court for the Northern District of Georgia* de alter ego-benadering voor wat zij is[138] en betoogt dat uitbreiding een geheel andere vorm van rechtsherstel inhoudt dan het openen van een onvrijwillige insolventieprocedure ex 11 U.S.C. § 303.[139] Het openen van een onvrijwillige insolventieprocedure biedt *crediteuren* van een rechtssubject dat verkeert in financiële moeilijkheden de mogelijkheid hun vorderingen alsnog (gedeeltelijk) voldaan te krijgen. In *In re Munford* probeerde Munford, een vennootschap die in betalingsmoeilijkheden verkeerde en die geen crediteur was van de vennootschap waarnaar zij uitbreiding verzocht, het vermogen van deze – solvente – vennootschap te versmelten met haar eigen vermogen om zo de reorganisatie van haar bedrijf te vereenvoudigen. Het hier beoogde doel kon niet via 11 U.S.C. § 303 (gevolgd door consolidatie) worden bereikt, omdat de vennootschap waarnaar uitbreiding werd verzocht solvent was en Munford geen crediteur was van deze vennootschap.[140] Naar aanleiding van vergelijkbare opmerkingen in de zaken *In re 1438 Meridian Place*[141] en

134 *In re D.A. Crabtree*, 39 B.R. 718, 722 (Bankr. E.D. Tenn. 1984). Het is interessant om op te merken dat in *Crabtree* en *1438 Meridian Place* om uitbreiding werd verzocht door een verzoek te doen tot aanpassing van het opschrift van het verzoek tot faillietverklaring respectievelijk tot opening van de reorganisatieprocedure. Verzocht werd om het opschrift zodanig aan te passen dat daaruit bleek dat de debiteur niet enkel onder zijn eigen naam optrad maar ook onder de naam van de rechtssubjecten waarnaar uitbreiding was verzocht.

135 Bijvoorbeeld: *In re Alpha & Omega Realty Inc.*, 36 B.R. 416, 417 (Bankr. D. Idaho 1984).

136 *In re Circle Land and Cattle Corp*., 213 B.R. 870, 876 (Bankr. D. Kansas 1997). Vgl. ook *In re Lease-a-fleet, Inc.*, 141 B.R. 869, 873 (Bankr. E.D. Pa. 1992) en *In re Ira S. Davis, Inc*., 1993 Bankr. LEXIS 1383 (Bankr. E.D. Pa. 1993), p. 20-23. In deze laatste twee zaken merkt de *Bankruptcy Court for the Eastern District of Pennsylvania* de omzeiling van 11 U.S.C. § 303(b), (h) en (i) aan als een ernstig conceptueel probleem verbonden aan uitbreiding van het faillissement.

137 *In re Munford, Inc.*, 115 B.R. 390, 397 (Bankr. N.D. Georgia 1990).

138 In deze zaak gebruikt de rechter de *Augie/Restivo*-toets om te bepalen of uitbreiding van de reorganisatie gerechtvaardigd is.

139 Zie ook: *In re Alico Mining, Inc.*, 278 B.R. 586, 588 (Bankr. M.D.Fla. 2002).

140 *In re Munford, Inc.*, 115 B.R. 390, 397-398 (Bankr. N.D. Georgia 1990).

141 *In re 1438 Meridian Place*, 15 B.R. 89, 95 (Bankr. D.D.C. 1981).

In re D. A. Crabtree[142] is wel opgemerkt, dat een dergelijk betoog geen hout snijdt en mogelijk in strijd is met het in het vijfde amendement van de Amerikaanse grondwet neergelegde recht op een eerlijk en volwaardig proces wanneer het leven, de vrijheid of de eigendom van een rechtssubject in het geding is.[143]

In Frankrijk wordt evenmin onderzocht of de vennootschap waarnaar eigenlijke uitbreiding van een insolventieprocedure wordt verzocht aan de algemene faillissementsvoorwaarden voldoet. Dit geldt zowel wanneer uitbreiding wegens vermogensvermenging plaatsvindt, als wanneer daaraan het bestaan van een fictieve vennootschap ten grondslag ligt. Het vereiste dat slechts een kooplied, handwerksman, agrariër, beoefenaar van een vrij beroep of een privaatrechtelijke rechtspersoon het voorwerp van een insolventieprocedure kunnen zijn[144], wordt soepel toegepast. Zo hoeft niet te worden onderzocht of de persoon waarnaar een insolventieprocedure wordt uitgebreid daden van koophandel heeft verricht. De kwaliteit van koopman wordt deze persoon toegerekend, zowel wanneer uitbreiding plaatsvindt wegens het bestaan van een fictieve vennootschap[145], als wanneer dit gebeurt omdat sprake is van vermogensvermenging.[146] Hetzelfde geldt voor wat betreft het vereiste van het zijn van handwerksman of agrariër.[147] Waar het concernverhoudingen betreft, speelt deze kwestie doorgaans overigens niet, omdat de betrokken rechtssubjecten meestal privaatrechtelijke rechtspersonen zijn.[148] Wat betreft het vereiste dat de debiteur moet hebben opgehouden te betalen[149] geldt dat wanneer de rechter vaststelt dat uitbreiding gerechtvaardigd is, omdat de failliet of de in reorganisatie verkerende vennootschap haar vermogen heeft vermengd met dat van een ander rechtssubject, niet hoeft te worden onder-

142 *In re D. A. Crabtree*, 39 B.R. 718, 722 (E.D. Tenn. 1984).

143 MacKinnon *San Diego L.Rev*. 1986, p. 225.

144 Dit vereiste is wat betreft de opening van een *redressement judiciaire* neergelegd in art. L631-1(1) jo. L631-2(1) C. com. en wat betreft de opening van een faillissement in art. L640-1(1) jo. L640-2(1) C. com.

145 Cass. com. 26 juni 1968, *Bull. civ.* IV, p. 190, nr. 209. Betreft het een commerciële fictieve vennootschap dan is de gedachte als volgt: de vennootschap is slechts een façade, de achterman is de werkelijk koopman die achter deze façade schuilgaat., zie o.a. Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprises en difficulté (Personnes morales…), p. 14, nr. 96 en Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc 7-40, p. 30, nr. 165.

146 Cass. com. 28 november 1972, *Bull. civ.* IV, p. 292, nr. 314; Cass. com. 15 juni 1971, *Bull. civ.* IV, p. 160, nr. 171; *RtDCom.* 1972, p. 484, m.nt. Houin ; Cass. Com. 25 juni 1979, *D.* 1980, IR, p. 68, m.nt. Honorat en Cass. com. 12 februari 1985, *D.* 1985, IR, p. 491, m.nt. Honorat.

147 Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprises en difficulté (Personnes morales…), p. 14, nr. 95.

148 Een uitzonderlijk probleem doet zich voor wanneer een rechtspersoon die geen daden van koophandel verricht, noch een ambacht of agrarische werkzaamheden uitoefent, failliet wordt verklaard of het voorwerp wordt van een reorganisatieprocedure en men zijn bestuurders wil aanspreken die zelf evenmin dergelijke werkzaamheden verrichten. In dat geval is uitbreiding niet mogelijk. Zie daarover Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprises en difficulté (Personnes morales…), p. 14, nr. 97 en Martin-Serf 2004, Juris-Classeur, Fasc 7-40, p. 30, nr. 166.

149 Ten aanzien van een *redressement judiciaire* neergelegd in art. L631-1(1) C. com. en ten aanzien van een faillissement in art. L640-1(1) C. com.

zocht of laatstgenoemde eveneens heeft opgehouden met betalen.[150] Hetzelfde geldt in geval de rechter vaststelt dat sprake is van een fictieve vennootschap.[151] De achterliggende gedachte is evenwel verschillend wanneer het uitbreiding wegens vermogensvermenging of wegens het bestaan van een fictieve vennootschap betreft. Het begrip fictieve vennootschap zegt het eigenlijk zelf al. Er is sprake van een façade, waarachter de achterman met zijn vermogen schuil gaat. De achterman is feitelijk degene die naar buiten toe optrad. Hij handelt voor eigen rekening, met zijn eigen vermogen. Er is dus eigenlijk geen sprake van twee vermogens, die aan twee afzonderlijke, legitieme rechtssubjecten toebehoren. Is de achterman failliet dan is onderzoek naar de vraag of de vennootschap waarnaar uitbreiding wordt verzocht eveneens heeft opgehouden haar schulden te betalen, zo bezien nutteloos en vice versa.[152] Hier bestaat een parallel met de gang van zaken in de Verenigde Staten, waar wel wordt aangenomen dat het bestaan van een alter ego-situatie een onderzoek naar de insolventie van de vennootschap waarnaar uitbreiding wordt verzocht overbodig maakt.

Zoals hiervoor opgemerkt, is vermogensvermenging in Frankrijk een afzonderlijke grondslag voor uitbreiding en hoeft ook in deze gevallen niet te worden onderzocht of de vennootschap waarnaar uitbreiding wordt verzocht insolvent is. Tegen die regel is kritiek geuit. Wanneer sprake is van vermogensvermenging – in tegenstelling tot gevallen betreffende een fictieve vennootschap – zou steeds moeten worden onderzocht of alle betrokkenen hebben opgehouden met betalen. Dit zou volgen uit het feit dat vermogensvermenging het bestaan van twee rechtssubjecten met in beginsel afzonderlijke vermogens impliceert.[153] Verwezen wordt in dat verband naar een arrest van de *Cour de cassation* van 15 maart 1982[154], waarin de *Cour de cassation* ondanks een vermogensvermenging niet besluit tot uitbreiding van het faillissement, maar een vennootschap enkel aansprakelijk stelt voor de schulden van een failliet verklaarde natuurlijk persoon. Erkend wordt wel dat de vennootschap waarmee de failliet zijn vermogen heeft vermengd door-

150 O.m. Cass. com. 26 maart 1985, *Bull. civ.* IV 1985, p. 93, nr. 108; *D.* 1985, IR, p. 491, 2e esp. m.nt. Honorat; Cass. com. 18 november 1986, *D.* 1987, som., p. 73, m.nt. Honorat; Cass. com 16 juni 1987, *Bull. civ.* IV, p. 111, nr. 147; Cass. com. 11 oktober 1994, *Bull. civ.* IV, p. 229, nr. 286; *D.* 1994, IR, p. 241; Cass. com. 31 januari 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 439, m.nt. Pétel; *Rev. soc*. 1995, p. 757, m.nt. Randoux en Cass. com. 7 januari 2003, *Bull. civ.* IV, p. 4, nr. 3; *D*. 2003, AJ, p. 347, 3e esp. Zie ook: CA Parijs 15 april 1988, *Rev. soc*. 1988, p. 436, m.nt. Honorat; *D.* 1988, som., p. 385, m.nt. Derrida.

151 Cass. com. 25 mei 1993, nr. 91-10988, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. Zie ook: Honorat in haar noot (voetnoot c) onder Cass. com. 26 maart 1985, *D.* 1985, IR, p. 491.

152 Barthélémy e.a. 1991, p. 559, nr. 12314; Daigre 1999, Rép. soc. – Société fictive, p. 11, nr. 68 en Honorat, noot onder Cass. com. 26 maart 1985, *D.* 1985, IR, p. 491, voetnoot c.

153 Derrida, noot onder Cass. com. 15 maart 1982, *D.* 1982, p. 406 en Honorat, noot onder Cass. com. 26 maart 1985, *D.* 1985, IR, p. 491; idem, noot onder Cass. com. 18 november 1986, *D.* 1987, p. 73.

154 Cass. com. 15 maart 1982, *D.* 1982, jur., p. 404, m.nt. Derrida; *RtDCom.* 1983, p. 477, m.nt Merle. Zie eerder al in vergelijkbare zin: Cass. com. 25 april 1968, *RtDcom.* 1968, p. 1138, m.nt. Houin.

gaans wel zal hebben opgehouden haar schulden te betalen, maar wanneer blijkt dat deze vennootschap in staat is de gemeenschappelijke/vermengde schulden te voldoen, hoeft zij niet in een insolventieprocedure te worden betrokken en kan de insolventieprocedure ten aanzien van de met haar verbonden natuurlijk persoon worden gesloten wegens het verdwijnen van het passief, zo wordt betoogd.[155]

Deze opvatting vindt geen verdere navolging in de praktijk. De *Cour de cassation* houdt thans vast aan de opvatting dat niet onderzocht hoeft te worden of de vennootschap, waarnaar wegens het tussen haar en een ander rechtssubject bestaan van vermogensvermenging uitbreiding van een insolventieprocedure wordt verzocht, eveneens heeft opgehouden haar schulden te betalen.[156] Mijns inziens is dat begrijpelijk. Vaak kan indien sprake is van vermogensvermenging helemaal niet meer worden vastgesteld welke vermogensbestanddelen aan welk rechtssubject toebehoren. Feitelijk resulteert in dat geval één enkel vermogen. En de toestand van het vermogen bepaalt in Frankrijk of faillietverklaring op haar plaats is (*l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible*).[157] Er kan daarom moeilijk worden betoogd dat slechts één van de betrokkenen in staat van faillissement verkeert.[158] Anders kan dit liggen wanneer slechts sprake is van partiële vermogensvermenging. Dan kan het immers zo zijn dat de activa die toebehoren aan de vennootschap waarnaar uitbreiding van de insolventieprocedure wordt verzocht, voldoende zijn om de schulden van het vermengde deel (en de eigen, te onderscheiden schulden) aan te zuiveren, waardoor zij niet failliet hoeft te worden verklaard en het faillissement ten aanzien van de reeds failliete vennootschap kan worden opgeheven.[159] Hetzelfde geldt wanneer vermogensvermenging wordt aangenomen wegens het bestaan van traceerbare, ongebruikelijke vermogensverschuivingen.

7.4 Stand van zaken in Nederland

7.4.1 Inleiding

Uitbreiding van een faillissement naar een verbonden vennootschap, zoals dat in de Verenigde Staten en Frankrijk kan geschieden, is een fenomeen dat in Ne-

155 Derrida, noot onder Cass. com. 15 maart 1982, *D.* 1982, p. 405-406 en Merle, noot onder hetzelfde arrest, *RtDCom.* 1983, p. 478. Vgl. ook Houin, noot onder Cass. com. 25 april 1968, *RtDCom.* 1968, p. 1138-1139.

156 Bijvoorbeeld Cass. com. 26 maart 1985, *Bull. civ.* IV, p. 93, nr. 108; *D.* 1985, IR, p. 491, 2e esp., m.nt. Honorat; Cass. com. 11 oktober 1994, *Bull. civ.* IV, p. 229, nr. 286; *D.* 1994, IR, p. 241 en Cass. com. 7 januari 2003, *Bull. civ.* IV, p. 4, nr. 3; *D.* 2003, AJ, p. 347, 3e esp.

157 Art. L640-1(1) C. com. Zie met betrekking tot een *redressement judiciaire* art. L631-1(1) C. com.

158 Vgl. Barthélémy e.a. 1991, p. 559, nr. 12315. En vgl. ook: Legeais *RtDCom.* 1957, p. 303 met betrekking tot oneigenlijke uitbreiding ex art. 10 van het Decreet van 20 mei 1955.

159 Vgl. Barthélémy e.a. 1991, p. 559, nr. 12315 en Pétel, noot onder CA Versailles 29 maart 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 563-564.

derland nog geen uitgebreide aandacht heeft gekregen.[160] Wel wordt in de praktijk soms door de curator het faillissement van een met de failliet verbonden vennootschap uitgelokt doordat hij bijvoorbeeld op grond van intercompany-vorderingen het faillissement van een verbonden vennootschap aanvraagt, of het bestuur en/of de aandeelhouders van de verbonden vennootschap ertoe beweegt eigen aangifte te doen.[161] Slaagt die uitlokkingsactie van de curator, dan kan daarna onder omstandigheden alsnog een consolidatie volgen.

Wil de curator zijn pijlen richten op een *solvente* verbonden vennootschap die nauw betrokken is geweest bij het reilen en zeilen van de failliet, dan staan hem daartoe een aantal mogelijkheden ter beschikking. Allereerst is de curator bevoegd voor de belangen van de schuldeisers op te komen door middel van het instellen van een onrechtmatige daadvordering tegen een derde die bij de benadeling van de schuldeisers is betrokken, ook al komt die vordering niet aan de gefailleerde toe, bijvoorbeeld omdat deze eveneens bij de benadelende handeling was betrokken.[162] In de tweede plaats kan de curator onder omstandigheden gebruik maken van de mogelijkheid die artikel 2:138/248 BW hem biedt om de bestuurders van de failliete vennootschap aansprakelijk te stellen. Dit laat zich vooral denken bij een failliete dochter, waarvan de moeder als haar formeel of feitelijk bestuurder is opgetreden. Leidt de aansprakelijkstelling van de (moeder)-vennootschap tot haar faillissement dan zou alsnog een consolidatie kunnen volgen en wordt uiteindelijk hetzelfde resultaat bereikt als door middel van uitbreiding zou zijn bewerkstelligd.

Wordt de bestuurdersaansprakelijkheid, zoals geregeld in artikel 2:138/248 BW, vergeleken met buitenlandse leerstukken, dan lijkt zij nog het meest op de Franse *responsabilité pour insuffisance d'actif* (tot voor kort beter bekend onder de noemer: *action en comblement du passif)*[163], waarover in hoofdstuk 5 reeds het een en anders is uiteengezet. Desalniettemin kennen ook een aantal andere onderzochte rechtsstelsels specifieke mogelijkheden om (rechts)personen die zich intensief met het beleid van de vennootschap hebben bemoeid, aan te spreken voor het tekort. Zo bestaan in Nieuw-Zeeland en Ierland mogelijkheden tot het vorderen van *contribution orders*.[164] Hier geldt wederom dat Ierland de Nieuw-Zeelandse regeling ter zake heeft overgenomen. Artikel 271(1)(a) CA 1993 (NZ) bepaalt tegenwoordig dat de *High Court* op verzoek van de *liquidator*, een crediteur of een aandeelhouder, indien hij dit *just and equitable* acht, kan bevelen dat een vennootschap die is verbonden met de in liquidatie verkerende vennootschap

160 Zie over deze kwestie: Winter 1993, p. 13-14; idem, *TvI* 1995, p. 6-7.

161 Zie: 2:136/246 BW: 'Tenzij bij de statuten anders is bepaald, is het bestuur zonder opdracht der algemene vergadering niet bevoegd aangifte te doen tot faillietverklaring van de (naamloze) vennootschap).' Is de opdracht door de ava verstrekt dan is het bestuur verplicht haar uit te voeren: Van der Heijden /Van der Grinten 1992, p. 432, nr. 243. Zie ook: Huizink, Rechtspersonen (losbl.), aant. 2 bij art. 2:136 BW.

162 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, m.nt. BW (Peeters q.q./Gatzen).

163 Art. L651-2 C. com. (voorheen: L624-3 C. com. (oud)).

164 Art. 271(1)(a) CA 1993 (NZ) en art. 140 CA 1990 (IE).

alle of een gedeelte van de ingediende vorderingen moet betalen. Bij de beoordeling in hoeverre een dergelijk bevel *just and equitable* is, moet de *High Court* rekening houden met een aantal in artikel 272(1) CA 1993 (NZ) opgesomde omstandigheden. Die omstandigheden zijn grotendeels vergelijkbaar met de omstandigheden die de *High Court* in ogenschouw moet nemen bij de beoordeling van een consolidatieverzoek.[165]

In de Verenigde Staten is in het federale faillissementsrecht geen specifieke regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid opgenomen. Daar wordt wel het in de jurisprudentie ontwikkelde leerstuk aangaande *piercing the corporate veil* gebruikt om de beheersende vennootschap aan te spreken.[166]

In Frankrijk hebben uitbreidingsacties altijd nog een bestaansrecht gehad naast de regeling inzake *la responsabilité pour insuffisance d'actif*. Ook in de Verenigde Staten speelt uitbreiding nog een (beperkte) rol naast *piercing*. In Nieuw-Zeeland en Ierland kent men het fenomeen uitbreiding, zoals eerder opgemerkt, niet. Al deze acties – zowel de mogelijkheden tot uitbreiding van insolventieprocedures als de aansprakelijkheidsregelingen, waaronder begrepen de Nederlandse artikelen 2:138/248 BW – zien erop misbruik van de rechtspersoonlijkheid ten koste van crediteuren van de vennootschap tegen te gaan.[167] Een vraag die tegen deze achtergrond opkomt, is of in Nederland voldoende middelen voor handen zijn voor het bereiken van dit doel of dat uitbreidingsacties zoals die in Frankrijk en de Verenigde Staten bestaan, voor Nederland toegevoegde waarde kunnen hebben. In Nederland beschikt de curator, zoals hiervoor aangestipt en hierna verder wordt besproken, al over een drietal mogelijkheden om een verbonden vennootschap, die een aanzienlijke vinger in de pap heeft gehad bij de failliet, te laten bijdragen in de voldoening van diens schulden. Het bestaan van deze mogelijkheden en de terughoudendheid in Nederland ten aanzien van de toepassing van het vereenzelvigingsprincipe, leiden mij uiteindelijk tot de conclusie dat in Nederland op dit moment voor uitbreiding geen plaats is.

7.4.2 Optreden tegen de overheersende vennootschap

7.4.2.1 Uitlokking

Ten eerste is er de mogelijkheid van uitlokking van een faillissement van een verbonden vennootschap door de curator. Aan die mogelijkheid is in Nederland niet

165 Zie voor de tekst van de art. 271 en 272 CA 1993 (NZ) bijlage IIIA. Zie voor de tekst van de Ierse bepaling terzake bijlage IV.

166 Zoals hiervoor opgemerkt, wordt niet in alle staten aanvaard dat de *trustee* een alter ego-vordering kan instellen. In die staten kunnen crediteuren echter het heft in eigen handen nemen.

167 Hier moet een aantekening worden gemaakt van de Nederlandse discussie omtrent het rechtskarakter van de vordering uit 2:138/248 BW. Enerzijds wordt wel betoogd dat dit artikel een vorm van interne aansprakelijkheid (van de bestuurders jegens de vennootschap) inhoudt, anderzijds wordt betoogd dat het een externe aansprakelijkheid betreft (jegens de schuldeisers). Zie over deze discussie: Huizink, Rechtspersonen (losbl.), art. 2:138, aant. 6 en de daar genoemde verwijzingen. Mijns inziens betreft het een vorm van externe aansprakelijkheid.

of nauwelijks aandacht besteed in de literatuur. Navraag bij enkele curatoren leerde mij evenwel dat uitlokking in de praktijk met enige regelmaat voorkomt en dat curatoren daarbij doorgaans op weinig problemen stuiten. Pluspunt van deze gang van zaken is dat hij past in het huidige systeem. Overeenkomstig de daarvoor geldende regels wordt de verbonden vennootschap failliet verklaard, waarna eventueel een consolidatie kan volgen en hetzelfde resultaat wordt bereikt als met een uitbreiding. Maar wat te doen wanneer de verbonden vennootschap niet insolvent is, waardoor uitlokking van haar faillissement door de curator geen optie is, maar zij wel zodanig nauwe banden heeft met de failliet dat zij mede verantwoordelijk moet worden gehouden voor de gang van zaken die aanleiding is geweest tot het faillissement of voor bij de crediteuren opgetreden verliezen? In die gevallen kan een onrechtmatige-daadactie uitkomst bieden. Daarmee kom ik bij de tweede mogelijkheid die de curator heeft om verbonden vennootschappen aan te spreken.

7.4.2.2 Onrechtmatige daad

In 1981 heeft de Hoge Raad in het Osby-arrest[168] voor het eerst uitdrukkelijk erkend dat een moedervennootschap uit onrechtmatige daad aansprakelijk kan zijn voor de schulden van haar dochtervennootschap. Hij overwoog dienaangaande dat een aandeelhouder weliswaar in beginsel niet meer kan verliezen dan zijn kapitaaldeelname, doch dat deze regel er niet aan in de weg staat dat een aandeelhouder (i.e. een moedervennootschap) uit hoofde van een door hem (haar) gepleegde onrechtmatige daad jegens een schuldeiser van de (dochter)vennootschap aansprakelijk kan zijn.[169] De norm die in dit kader een hoofdrol speelt is de vraag naar het al dan niet in strijd hebben gehandeld met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, artikel 6:162(2) BW. De invulling van deze norm is zeer feitelijk, waardoor het moeilijk is algemene regels uit de jurisprudentie te distilleren.[170] Van geval tot geval moet worden beoordeeld of sprake is van onrechtmatig handelen door de moeder jegens de schuldeisers van de dochter. Desalniettemin is in de kern steeds sprake van een of meer crediteuren die zaken hebben gedaan met de dochtervennootschap, waarbij deze crediteuren min of meer vertrouwden op de aanwezigheid van betaalmiddelen of verhaalsobjecten bij die dochtervennootschap. Naderhand blijkt echter dat de dochter die betaalmiddelen en verhaalsobjecten nooit heeft gehad of dat deze zijn verdwenen. Steeds blijkt ook de moedermaatschappij tamelijk nauw betrokken te zijn geweest bij het ontstaan van het tekort aan betaalmiddelen bij de dochtervennootschap en blijkt zij in enige mate de benadeling van de schuldeisers van de dochter te hebben (kunnen) voorzien.[171]

---

168 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443, m.nt. Ma (Osby).
169 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443, m.nt. Ma (Osby), overweging 3a.
170 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 895.
171 Van den Brink *NbBW* 1998, p. 78.

In de literatuur worden ter nadere concretisering grofweg twee categorieën van onzorgvuldig handelen onderscheiden.[172] Ten eerste de gevallen waarin door de moedermaatschappij of grootaandeelhouder bij de crediteuren van de dochter het vertrouwen wordt gewekt of de schijn in stand wordt gehouden dat de dochter kredietwaardig is.[173] Ten tweede de gevallen waarin onrechtmatige vermogensonttrekkingen door of met hulp van de moedermaatschappij plaatsvinden ten koste van de crediteuren van de dochtervennootschap.[174]

7.4.2.3 Bestuurdersaansprakelijkheid

Naast een onrechtmatige-daadactie kan de curator, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in Nederland ook een vordering ex artikel 2:138/248 BW instellen. Dit is de derde mogelijkheid voor de curator om verbonden vennootschappen aan te spreken. In paragraaf 5.6 is deze regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement, reeds uiteengezet. Daarbij kwamen de bewijsvermoedens van het tweede lid reeds aan de orde. Het zijn deze bewijsvermoedens die een actie ex artikel 2:138/248 BW onder omstandigheden voor de curator eenvoudiger maken dan een onrechtmatige daadvordering.

De regeling van artikel 2:138/248 BW biedt de mogelijkheid om een (rechts)-persoon, die formeel bestuurder is van een vennootschap, onder omstandigheden aansprakelijk te houden voor het tekort in het faillissement van deze vennootschap. Daarnaast biedt deze regeling een mogelijkheid om een (rechts)persoon die geen formeel bestuurder is van de vennootschap, maar die het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald als ware hij haar bestuurder, aansprakelijk te houden voor het tekort (lid 7). Vooral het bestaan van deze laatste mogelijkheid is voor het onderhavige onderzoek van belang. Daarbij speelt een centrale rol de vraag wanneer een (rechts)persoon als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:138(7) BW kan worden aangemerkt. Lid 7 spreekt over een persoon die het beleid van de vennootschap heeft (mede) bepaald als ware hij bestuurder. Er gelden derhalve twee vereisten: (1) de persoon moet het beleid (mede) hebben bepaald en (2) hij moet dit hebben gedaan als ware hij bestuurder. Een persoon heeft het beleid van de vennootschap (mede) bepaald wanneer hij richting geeft aan het bestuursbeleid, met dien verstande dat het enkel adviseren van het formeel bestuur onvoldoende is. Immers, in dat geval weegt het formeel bestuur nog steeds zelfstandig alle betrokken belangen af en neemt het uiteindelijk zelf een beslissing (zie het tweede vereiste). Ook het enkel uitvoering geven aan bestuurs-

172 Zie o.m.: Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 964 e.v., nr. 623; Van den Brink *NbBW* 1998, p. 78 e.v.; Schoonbrood-Wessels *De NV* 1996, p. 2-7 en 37-44, Timmerman *De NV* 1990, p. 15-18; idem *TVVS* 1996, p. 134 en idem *NJB* 1997, p. 1458-1460.

173 Bekende voorbeelden zijn HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443, m.nt. Ma (Osby); HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170, m.nt Ma (NMB/Securicor) en HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. Kortmann; *RvdW* 2002, 6; *JOR* 2002, 38, m.nt. Bartman (Hurks/Sobi II).

174 Bijvoorbeeld HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. Ma (Nimox/Van den End q.q.).

beslissingen kan niet leiden tot een kwalificatie als feitelijk beleidsbepaler.[175] Evenmin doet het feit dat een persoon alle aandelen houdt van de vennootschap het vermoeden ontstaan dat hij zich met het beleid van de vennootschap heeft ingelaten.[176]

Men moet voorts in het oog houden dat in artikel 2:129/239(4) BW thans uitdrukkelijk is vastgelegd dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een vennootschapsorgaan – bijvoorbeeld de ava – die algemene lijnen van het te voeren beleid op bepaalde nader aan te geven terreinen betreffen. Het lijkt hier een mogelijkheid tot het opnemen van bindende instructies te betreffen.[177] In concernverhoudingen speelt in dit verband de door de moeder uitgeoefende centrale leiding een rol. Door middel van het geven van aanwijzingen aan het bestuur van haar dochtermaatschappijen, aangaande onder meer het te voeren financiële en economische beleid, brengt de moedermaatschappij een centraal gecoördineerd concernbeleid tot stand. Maakt de moedermaatschappij, dat is de ava, daarbij gebruik van haar statutaire bevoegdheid tot het geven van algemene aanwijzingen dan zal van beleidsbepaling door de moedermaatschappij in de zin van artikel 2:138 BW in beginsel geen sprake zijn.[178] Dit zal zich pas voordoen wanneer de aanwijzingen niet slechts de algemene lijnen van het beleid betreffen, maar de moedermaatschappij het bestuur van de dochtervennootschap meer concrete beslissingen opdringt, waardoor dit bestuur feitelijk nog slechts uitvoerende taken heeft. Problemen lijken daarbij te kunnen ontstaan doordat de nader in de statuten aan te geven terreinen, waarover 2:129/239(4) BW spreekt, thans zeer concreet lijken te kunnen worden omschreven. In tegenstelling tot hetgeen paragraaf 9 van de Departementale Richtlijnen bij oprichting en statutenwijziging van NV's en BV's (1986) – de voorloper van artikel 2:129/239(4) BW – bepaalde, hoeven de aanwijzingen niet meer beperkt te zijn tot het te voeren financiële, sociale, economische en personeelsbeleid. Andere meer concreet omschreven beleidsterreinen lijken tegenwoordig het voorwerp te kunnen worden van het instructierecht.[179, 180] Daardoor dreigt de ava

175 Uniken Venema *WPNR* 1981, p. 591 en Wezeman 1998, p. 278-279 onder verwijzing naar p. 202-204.

176 Wezeman 1998, p. 204.

177 Art. 2:129/239(4) BW bezigt immers het woord 'dient'. Vgl. voorts HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. Kortmann; *RvdW* 2002, 6; *JOR* 2002, 38, m.nt. Bartman (Hurks/Sobi II), waarin de Hoge Raad in overweging 5.3.8.3 erop wees dat, tenzij de statuten van de dochtermaatschappij daaromtrent enige andersluidende regeling bevatten, het bestuur van een moedermaatschappij niet de bevoegdheid heeft bindende instructies te geven aan het bestuur van een dochtermaatschappij. En verder Huizink, Rechtspersonen (losbl.), art. 2:129, aant. 13. Kritisch over deze interpretatie: Van den Ingh 2002, p. 20.

178 Vgl. *Kamerstukken II*, 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 23, waar de Minister ten aanzien van commissarissen opmerkt dat een commissaris die handelt binnen de grenzen van zijn wettelijke en statutaire bevoegdheden niet handelt als ware hij bestuurder. Hetzelfde moet mijns inziens dus gelden voor aandeelhouders.

179 Huizink, Rechtspersonen (losbl.), aant. 13 bij art. 2:129 BW; Schoonbrood 2002, p. 107; Bartman & Dorresteijn 2003, p. 76.

180 Vgl. voorts Huizink, Rechtspersonen (losbl.), aant. 13 bij art. 2:129 BW; Van den Ingh 2002, p. 13 e.v. ; idem *OR* 2002, p. 31 en Timmerman, *OR* 2001 (II), p. 477 en idem *OR* 2002, →

steeds meer in het vaarwater van het bestuur terecht te komen. Mijns inziens is het zo dat hoewel artikel 2:129/239(4) BW ruimte lijkt te scheppen voor het creëren van een meer concreet instructierecht, aangenomen moet worden dat ook thans de bevoegdheden van de ava niet zover kunnen strekken dat er voor het bestuur weinig tot niets meer te besturen overblijft.[181] Wanneer daarvan sprake zal zijn, is in zijn algemeenheid echter moeilijk te zeggen.[182]

De invulling van artikel 2:129/239(4) BW is voor dit onderzoek van belang, omdat zij invloed heeft op de toepassingsmogelijkheden van artikel 2:138/248(7) BW. Immers, hoe ruimer de invulling die aan het instructierecht wordt gegeven, hoe beperkter de mogelijkheid voor een curator om de moedermaatschappij aan te spreken als feitelijk beleidsbepaler. Oefent de moeder haar instructierecht uit dan handelt zij als ava en niet als beleidsbepaler die op de stoel van het bestuur is gaan zitten (zie ook het tweede vereiste).[183] Dit betekent dat zij strikt genomen buiten de werkingssfeer van artikel 2:138/248(7) BW valt.[184] Ik acht deze uitkomst onbevredigend, omdat deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling zo eenvoudig kan worden omzeild. Om dat te voorkomen kan – vergelijkbaar met hetgeen geldt voor commissarissen (artikel 2:149/259 BW) – worden bepaald dat artikel 2:138/248 BW overeenkomstige toepassing vindt ten aanzien van de taakvervulling door de ava die voortvloeit uit het aan haar ex artikel 2:129/239(4) BW toekomende instructierecht.

Genoemd instructierecht moet overigens worden onderscheiden van wat wel wordt genoemd 'instructiemacht'. Een moedermaatschappij beschikt – ongeacht het bestaan van een instructierecht – over de macht om concrete instructies op te leggen aan het dochterbestuur, omdat zij dochterbestuurders die zich blijven ontrekken aan de leiding van de concerntop kan schorsen of ontslaan in haar hoedanigheid van ava.[185] In dit verband wordt derhalve in concernverhoudingen reeds een inbreuk op de bestuursautonomie aanvaard.[186] Erkend wordt dat een concern

p. 31. Zij betogen dat in art. 2:129/239(4) BW niet moet worden gelezen dat in de statuten een bevoegdheid tot het geven van concrete instructies kan worden gecreëerd. Anders: De Kluiver & Meinema (*WPNR* 2002, p. 654) die ruimte zien voor een concreet instructierecht in de statuten als aanvulling op art. 2:129/239(4) BW. En zie verder: Van den Ingh (2002, p. 18 e.v.), die pleit voor het mogelijk maken van een statutaire instructiebevoegdheid die niet is beperkt tot algemene instructies, maar die ook het geven van concrete instructies omvat.

181 Vgl. Kamerstukken II, 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 9.

182 Van Schilfgaarde 1986, p. 91; Honée 1986, p. 111; Bartman 1986, p. 34 en Bartman & Dorresteijn 2003, p. 77.

183 Evenzo: Löwensteijn 1988, p. 136.

184 Vgl. Löwensteijn (1988, p. 138), die opmerkt dat het desalniettemin aanmerken van de ava als feitelijk beleidsbepaler 'de ontkenning vormt van de simpele logische waarheid, dat hij die handelt uit hoofde van wat hij *is*, niet gedacht kan worden te hebben gehandeld als ware hij iets *anders*.'

185 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, m.nt. Ma (OGEM), overweging 9.3 en HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. Kortmann; *RvdW* 2002, 6; *JOR* 2002, 38, m.nt. Bartman (Hurks/Sobi II), overweging 5.3.8.3.

186 Zie: HR 4 december 1992, *NJ* 1993, 271, m.nt. Ma (Mast Holding), waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk aanvaardde dat de weigering van een bestuurder om een door de ava gewenst beleid te voeren onder omstandigheden een redelijke grond kan zijn voor zijn ontslag.

centraal wordt geleid, hetgeen doorgaans inbreuken op de bestuursautonomie van de dochterbesturen met zich brengt.

Voor een moedermaatschappij die niet statutair bevoegd is tot het geven van aanwijzingen gelden mijns inziens dezelfde regels als voor een moedermaatschappij aan wie dat recht wel toekomt. Ook dan dient de moedermaatschappij binnen de grenzen van haar bevoegdheden als aandeelhoudster te blijven. Zij kan in dat geval eveneens aanwijzingen geven, maar het staat het bestuur vrij deze op te volgen. Zij het, dat niet-opvolging van de instructies als gezegd tot ontslag van de bestuurders kan leiden. De moedermaatschappij heeft slechts als feitelijk beleidsbepaler te gelden wanneer zij met terzijdestelling van het bestuur op de bestuursstoel gaat zitten.[187] De Minister formuleerde het aldus dat een moedermaatschappij een feitelijk beleidsbepaler is 'wanneer zij in feite uit hoofde van haar machtspositie de leiding van de dochter in handen neemt en rechtstreeks haar wil oplegt aan de formele bestuurders'.[188]

De tweede eis dat de beleidsbepaler *handelt als ware hij bestuurder*, duidt erop dat hij de bestuurstaak daadwerkelijk uitoefent.[189] Het enkel in de positie verkeren dat men het beleid kan bepalen, is onvoldoende.[190] De persoon moet zich daadwerkelijk als bestuurder hebben gedragen en daarbij feitelijk een of meer formele bestuursleden terzijde hebben gesteld.[191]

De enkele vaststelling dat een moedermaatschappij als feitelijk beleidsbepaler heeft te gelden, impliceert niet haar aansprakelijkheid. Voor het intreden van haar aansprakelijkheid is voorts vereist dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur door het bestuur of een bestuurder van de dochtervennootschap en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Voor de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij is niet vereist dat zij zelf kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd. Ook wanneer het formeel bestuur van de dochter of een enkele bestuurder van de dochter zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, is de moedermaatschappij die kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler aansprakelijk.[192] Andersom kan onbehoorlijk bestuur door de moeder als feitelijk beleidsbepaler niet alleen leiden tot haar aansprakelijkheid, maar eveneens tot aansprakelijkheid van de formele bestuurders van de dochter.[193]

In de praktijk wordt een moedermaatschappij niet gauw aansprakelijk geoordeeld ex 2:138/248 BW.[194] Bovendien biedt 2:138/248 BW zelden of nooit uitkomst

187 Vgl. Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 864 en Wezeman 1998, p. 205.
188 *Kamerstukken II*, 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 24.
189 *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 6.
190 HR 24 mei 2002, *JOR* 2002, 130, m.nt. Borrius ('t Gouddoppertje).
191 *Kamerstukken II*, 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 24.
192 Huizink, Rechtspersonen (losbl.), art. 2:138, aant. 20; Van Schilfgaarde 1986, p. 65 en Winter 1992, p. 269.
193 Van Schilfgaarde 1986, p. 65 en Winter 1992, p. 269.
194 Zie bijvoorbeeld: HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95, m.nt. Ma; *JOR* 2002, 4 m.nt. Blanco Fernández; *OR* 2002, p. 113 e.v., m.nt. Wezeman (*Mefigro*), gevolgd door Hof Amsterdam 14 augustus 2003, niet gepubliceerd (aansprakelijkheid van de moedermaatschappij afgewezen).

indien het twee zustermaatschappijen betreft, die onderling nauwe relaties onderhouden. Indien het beleid van een van die maatschappijen niet door haar eigen, formeel bestuur is of wordt bepaald, zal de feitelijk beleidsbepaler zelden haar zustervennootschap zijn. Veeleer is het de moedermaatschappij of een tussenholding die deze plaats inneemt. Nu kan men zich überhaupt afvragen of in dit soort gevallen reden bestaat om de ene zustervennootschap te betrekken in het faillissement van de andere vennootschap. De enkele omstandigheid dat zij dezelfde aandeelhouder en mogelijk hetzelfde bestuur hebben rechtvaardigt die stap naar mijn mening niet. Evenmin de omstandigheid dat zij op hetzelfde adres zetelen of de omstandigheid dat de ene vennootschap producten of diensten afneemt van de andere, zelfs niet wanneer daarvoor geen reële prijs wordt betaald.[195] Daarnaast kan een moedermaatschappij niet eenvoudig worden aangesproken op grond van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad); de eisen voor een geslaagde vordering zijn vrij zwaar. Nog lastiger wordt het wanneer het zustermaatschappijen betreft.[196]

7.4.2.4. Uitbreiding van een faillissement

Men kan tegen deze achtergrond betogen dat een nieuwe mogelijkheid voor de curator om een moedermaatschappij (of andersoortige concernvennootschap) aan te spreken, gewenst is. Gedacht kan daarbij worden aan uitbreiding van een insolventieprocedure. Uitbreiding kan bovendien alsnog een stokje steken voor sterfhuisconstructies, waarbij de gezonde, witte vennootschappen uitvaren en de slecht renderende, zwarte vennootschappen achter blijven in het sterfhuis en aldaar failleren. Uitbreiding van de faillissementen van de zwarte vennootschappen naar de witte vennootschappen, gevolgd door een consolidatie, leidt er namelijk toe dat de crediteuren van de zwarte vennootschappen zich tevens kunnen verhalen op het vermogen van de witte vennootschappen.[197]

Kijkend naar de Verenigde Staten en Frankrijk, kan men kort gezegd twee situaties aanwijzen waarin een uitbreiding van een insolventieprocedure gerechtvaardigd kan zijn. De eerste is ernstige vermogensvermenging en de tweede het bestaan van een fictieve vennootschap of een vennootschap die feitelijk niets anders is dan een verschijningsvorm of werktuig van een met haar verbonden vennootschap. Wat betreft de eerste situatie moet worden opgemerkt dat een ernstige vermogensvermenging feitelijk resulteert in het bestaan van slechts één vermogen. Omdat een faillissement in de kern ziet op de vermogenspositie van de (rechts)persoon in kwestie – vereist is in Nederland dat de vennootschap heeft

195 In dat geval is een actio Pauliana veel beter op haar plek, zie ook paragraaf 2.2.

196 Wanneer een vennootschap ex art. 6:162 BW aansprakelijk wordt gesteld voor de schulden van haar zustervennootschap, wordt wel gesproken van 'indirecte, horizontale doorbraak van aansprakelijkheid'. In de praktijk wordt dit niet snel aanvaard, zie o.m. HR 2 november 1984, *NJ* 1985, 446, m.nt. Ma (Blok/De Haan) en HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 77; *TVVS* 1994, p. 331, m.nt. L.T. (Sonortape/Stemra).

197 Zie over sterfhuisconstructies ook paragraaf 2.3.4.

opgehouden met het betalen van haar schulden, artikel 6(3) Fw – is het hier net als in Frankrijk in beginsel moeilijk voorstelbaar dat in geval van een vermogensvermenging slechts één van de betrokken vennootschappen insolvent is en derhalve in aanmerking komt voor een faillietverklaring. De schulden van beide vennootschappen worden per slot van rekening voldaan uit dezelfde *asset pool*. Een uitzondering laat zich bijvoorbeeld denken in het geval dat sprake is van een gedeeltelijke vermenging en één van de vennootschappen heeft opgehouden met het betalen van haar schulden omdat aan haar kant sprake is van betalingsonwil[198], terwijl haar vermogenstoestand – voor zover na te gaan – betaling in beginsel nog wel toelaat. In de meeste gevallen waarin sprake is van vermogensvermenging zullen echter beide vennootschappen insolvent zijn en derhalve blootgesteld zijn aan een faillietverklaring (eventueel gevolgd door een consolidatie). Is slechts een van beide vennootschappen failliet verklaard, dan kan de curator van deze failliet proberen het faillissement van de verbonden vennootschap uit te lokken op een wijze zoals hiervoor omschreven. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat zich het geval kan voordoen dat de vermogens van de vennootschappen zodanig zijn vermengd dat de intercompany-verhoudingen onmogelijk met enige zekerheid kunnen worden vastgesteld, waardoor het verzoeken om een faillietverklaring met behulp van intercompany-vorderingen geen reële optie is. Veelal zal het echter zo zijn dat een aantal intercompany-vorderingen wel met zekerheid vaststaat en kan een curator het faillissement van een verbonden vennootschap aanvragen. Gezien dit alles acht ik de toegevoegde waarde van een uitbreidingsmogelijkheid in gevallen betreffende vermogensvermenging beperkt. In de Verenigde Staten is uitlokking voor de *trustee* of de *debtor-in-possession* moeilijk zo niet onmogelijk, zo is hiervoor reeds opgemerkt, waardoor de toegevoegde waarde van uitbreiding voor de crediteuren van de failliet in de Verenigde Staten groter is dan in Nederland.

De tweede situatie die in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels aanleiding biedt voor uitbreiding van een faillissement, houdt in dat de ene vennootschap niet meer is dan een verschijningsvorm of werktuig van de andere vennootschap (of een natuurlijk persoon). Het betreft vaak gevallen waarin de ene vennootschap door de andere wordt gebruikt of waarin zij samen feitelijk slechts één onderneming exploiteren. Uitbreiding laat zich in deze gevallen verklaren door de gedachte dat wanneer ten aanzien van de ene vennootschap een faillietverklaring gerechtvaardigd is, dit ook ten aanzien van de andere vennootschap het geval zal zijn, omdat zij in feite met de failliet een eenheid vormt. Dit vereenzelvigingsprincipe heeft tot nog toe in Nederland weinig bijval gevonden, zo hebben wij in hoofdstuk 4 gezien. De Hoge Raad heeft in het roemruchte *Rainbow*-arrest[199] aangegeven dat indien misbruik wordt gemaakt van het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen door degene die (volledige of heersende) zeg-

198 In Nederland biedt betalingsonwil onder omstandigheden immers een grond voor faillietverklaring. Zie: Wessels & Van Sint Truiden (red.), *Insolventierecht. Tekst en Commentaar*, 2006, art. 6 Fw, aant. 5.

199 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Ma; *OR* 2000, p. 442, m.nt. Lennarts (Rainbow).

genschap heeft over deze rechtspersonen, in de regel sprake zal zijn van een onrechtmatige daad. Slechts onder uitzonderlijke omstandigheden is vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen de meest aangewezen vorm van redres.[200] Een belangrijke rol speelt daarbij dat de gevolgen van een vereenzelviging zeer vergaand kunnen zijn. Zij kunnen zo verstrekkend zijn dat vereenzelviging daarom een vorm van redres is die te ver zou gaan.[201] Dit kan mijns inziens ook worden gezegd wanneer alter ego- c.q. werktuigoverwegingen een grond voor uitbreiding van een faillissement zouden zijn.

Uitbreiding van een faillissement, zoals dit in de Verenigde Staten en Frankrijk vorm heeft gekregen, kent diverse (potentiële) nadelen voor de vennootschap waarnaar uitbreiding wordt verzocht, alsook voor haar crediteuren. Doordat de algemene voorwaarden voor een faillietverklaring niet hoeven te zijn vervuld, ontbeert deze vennootschap in dat geval de bescherming die uitgaat van deze voorwaarden; zij werpen immers een drempel op tegen een faillietverklaring.[202] Zou uitbreiding in deze vorm mogelijk zijn in Nederland dan ontbeert de vennootschap waarnaar uitbreiding wordt verzocht de bescherming van artikel 6(3) Fw, dat bepaalt dat voor faillietverklaring vereist is dat de vennootschap heeft opgehouden met betalen. Daardoor zou een vennootschap zonder enige betalingsproblemen door middel van een uitbreiding in een faillissement kunnen worden getrokken, hetgeen mijns inziens vermeden moet worden. Bovendien zou de vennootschap daardoor de mogelijkheid van een reorganisatie, via bijvoorbeeld een surséance, worden ontnomen.[203] De omstandigheid dat het surséanceregime thans in de praktijk weinig toegevoegde waarde heeft en bedrijven daarvan slechts af en toe gebruik maken, biedt voor deze beperking van de reorganisatiemogelijkheden mijns inziens geen rechtvaardiging. Nu een vennootschap door de wetgever de mogelijkheid is geboden om in redelijke rust te reorganiseren, kan deze haar niet worden ontnomen enkel en alleen omdat anderen daarvan nauwelijks gebruik maken. Voorts moet onnodige kapitaalvernietiging worden voorkomen.

Uitbreiding is ook voor de crediteuren van de vennootschap waarnaar uitbreiding van de faillissementsprocedure zou plaatsvinden nadelig, omdat zij haar vermogen moeten gaan delen met de crediteuren van de failliet. Hier kan tegenin worden gebracht dat een aansprakelijkstelling van de vennootschap, bijvoorbeeld ex artikel 2:138/248(1) jo. (7) BW, ertoe leidt dat zij een schadevergoeding verschuldigd is aan de failliete boedel, waardoor haar crediteuren eveneens het vermogen van hun debiteur zien wegvloeien naar de crediteuren van de failliet[204],

200 Zie voor een geval waarin de Hoge Raad vereenzelviging geoorloofd achtte: HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213; *TvI* 1997, p. 124, m.nt. Huizink (Krijger/Citco).

201 Zie daarover verder paragrafen 4.3.3.

202 Dit is m.n. ook de kritiek die enkele Amerikaanse rechters hebben op uitbreiding van insolventieprocedures, zie paragraaf. 7.3.

203 Winter 1993, p. 14; idem *TvI* 1995, p. 7. NB Nederland kent geen mogelijkheid tot omzetting van een faillissement in een surséance. Of omzetting na uitbreiding annex consolidatie zou geschieden indien dit wel mogelijk zou zijn, zou afhankelijk zijn van de gecombineerde vermogenstoestand van de betrokkenen.

204 Vgl. Prager & Backman *St. Louis U.L.J.* 1991, p. 706.

maar daarbij verliest men uit het oog dat uitbreiding annex consolidatie veel verder gaat. Wanneer de vennootschap na voldoening van de schadevergoeding nog steeds een gunstigere activa/passiva-verhouding zou hebben dan de failliet gaan haar crediteuren er door een uitbreiding op achteruit. En dat is nog niet alles. Stel bijvoorbeeld dat een crediteur van de failliet tevens debiteur is van de vennootschap waarnaar uitbreiding wordt verzocht. Na uitbreiding annex consolidatie, zal deze crediteur onder omstandigheden zijn vordering op de failliet kunnen verrekenen met zijn schuld aan de vennootschap, terwijl bij afzonderlijke afwikkeling de schuld aan de vennootschap een verhaalsobject zou zijn geweest voor haar crediteuren.[205]

Desalniettemin kan uitbreiding onder uitzonderlijke omstandigheden een billijker uitkomst bieden voor crediteuren van de vennootschap waarnaar uitbreiding wordt verzocht. Bijvoorbeeld wanneer de vennootschap die aansprakelijk is ex artikel 2:138/248 BW of artikel 6:162 BW door het uitkeren van een zeer hoge schadevergoeding in een slechtere financiële positie zou komen te verkeren dan de reeds failliet verklaarde vennootschap, en haar crediteuren vertrouwden op haar kredietwaardigheid en geen idee hadden van haar onbehoorlijk handelen ten opzichte van de failliet. Uitbreiding kan in dat geval een billijker uitkomst bieden, omdat de crediteuren van beide vennootschappen in dat geval het leed gaan delen. De crediteuren van de aangesproken vennootschap blijven in dat geval minder snel met lege handen achter, terwijl de crediteuren van de failliet toch enige compensatie kunnen verwachten. Dit resultaat kan op dit moment evenwel al op een andere manier worden bereikt: Wanneer de te betalen vergoeding de aansprakelijk gestelde vennootschap te veel wordt, zal zij al snel failliet gaan, waarna samengevoegde afwikkeling kan volgen. Dit laatste is zeer wel denkbaar in gevallen waarin anders uitbreiding mogelijk zou worden geacht en is mijns inziens de te verkiezen weg. Op die manier wordt een billijke behandeling van crediteuren gewaarborgd en wordt tevens recht gedaan aan de belangen van de aansprakelijke vennootschap en haar crediteuren doordat de drempel die artikel 6(3) Fw opwerpt niet zonder meer wordt overschreden. Dat het bewandelen van deze weg mogelijk kostbaarder is dan uitbreiding van een insolventieprocedure, moet voor lief worden genomen. Te meer nu in Nederland – anders dan in de Verenigde Staten – nog steeds een sterke stigmatiserende werking uitgaat van het faillissement.

7.5 Afsluitende opmerkingen

In Nederland staan de curator diverse mogelijkheden ter beschikking om verbonden vennootschappen aan te spreken: uitlokking eventueel gevolgd door consolidatie, een onrechtmatige daadvordering en een vordering ex artikel 2:138/248 BW. De omstandigheid dat al deze mogelijkheden beperkingen in zich dragen,

205 Zie over verrekening verder paragraaf 5.4.

rechtvaardigt volgens mij niet zonder meer de conclusie dat de tijd rijp is voor een nieuwe actie, zoals uitbreiding van een insolventieprocedure. De beperkingen die kleven aan de genoemde acties zijn vrijwel allemaal terug te voeren op de regels dat iedere rechtspersoon eigen rechten en plichten heeft en dat een aandeelhouder in beginsel slechts gehouden is tot het volstorten van de door hem genomen aandelen. Slechts onder bijzondere omstandigheden wordt afwijken van deze regels gerechtvaardigd geacht. Mijns inziens terecht. De rechtspersoonlijkheidsleer en de leer der beperkte aansprakelijkheid zijn een enorme stimulans voor innoverend ondernemen, omdat de aan innovatie inherente risico's daardoor enigszins worden beperkt. Daarmee is de samenleving gebaat. Naar mijn oordeel is het juist dat slechts misbruik in de zin van onbehoorlijk of onrechtmatig handelen moet worden 'bestraft'. De genoemde acties bieden daartoe voldoende mogelijkheden. Het creëren van een uitbreidingsmogelijkheid, zoals die in Frankrijk en in beperkte mate ook in de Verenigde Staten bestaat, gaat een stap te ver en is ook niet nodig. Weliswaar kan uitbreiding onder omstandigheden een billijk resultaat voor alle betrokken, gedupeerde schuldeisers bieden, maar een billijk resultaat kan ook binnen het huidige systeem worden bewerkstelligd. Bovendien heeft de vereenzelvigingsgedachte, die in zowel Frankrijk als de Verenigde Staten bij uitbreiding naar voren komt, in Nederland nog steeds nauwelijks voet aan de grond gekregen.

Hoofdstuk 8 Aanbevelingen voor Nederlandse regeling inzake samengevoegde afwikkeling

8.1 Meerwaarde van een Nederlandse regeling inzake samengevoegde afwikkeling

Invoering van een Nederlandse regeling inzake samengevoegde afwikkeling heeft mijns inziens om verscheidene redenen meerwaarde. Ten eerste kan zij een oplossing bieden voor diverse problemen waarmee curatoren in de praktijk soms kampen. Daarnaast kan met behulp van consolidatie worden tegemoet gekomen aan een aantal dogmatische bezwaren die kleven aan enkelvoudige afwikkeling van faillissementen van vennootschappen die deel uit maken van één concern. Bovendien kan samengevoegde afwikkeling een voordelig effect hebben op het door crediteuren uit de boedel te ontvangen bedrag.

In de hoofdstukken 1 en 4 kwam naar voren dat samengevoegde afwikkeling een oplossing kan bieden wanneer na faillietverklaring van twee of meer onderling verbonden vennootschappen de samenstelling van de afzonderlijke boedels bijzonder lastig of zelfs onmogelijk blijkt doordat onduidelijk is welke van de aangetroffen activa en passiva aan welke vennootschap toebehoren. Toedeling van de aangetroffen vermogensbestanddelen biedt dan geen redelijke oplossing. Verdeling van de aangetroffen vermogensbestanddelen naar rato van omzet, winst, verlies of personeel is wegens het ontbreken van een deugdelijke boekhouding vaak niet mogelijk en toedeling op grond van de redelijkheid en billijkheid draagt bij het ontbreken van voornoemde gegevens als snel (een schijn van) willekeur in zich. Ook overigens kan een toedeling naar rato van bijvoorbeeld omzet of winst moeilijk te verantwoorden zijn tegenover crediteuren. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin bij de vennootschappen dezelfde personen als bestuurder zijn benoemd en deze bestuurders steeds die vennootschap naar voren hebben geschoven die op dat moment het hardst om cash verlegen zat. Samengevoegde afwikkeling, waarbij alle aangetroffen vermogensbestanddelen één boedel gaan vormen waarop de crediteuren van alle betrokken vennootschappen zich overeenkomstig hun rang kunnen verhalen, biedt mijns inziens in dat soort gevallen een billijker oplossing.

Een moeilijkheid die met het voorgaande verband houdt en die ik hier apart wil noemen, omdat zij in concernverhoudingen vaak optreedt, is de intercompany-problematiek. Deze kent een aantal aspecten. Ten eerste is er de moeilijkheid dat vergoedingen verschuldigd voor onderling geleverde producten en diensten soms niet (duidelijk) in de boekhouding zijn verwerkt. Het is dan aan de curator

om deze verhoudingen uit te zoeken.[1] Ten tweede is er de regresproblematiek. Deze intercompany-problematiek treedt op wanneer de vennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld voor elkaars schulden en zij ook daadwerkelijk zijn overgegaan tot betaling op grond van het bestaan van deze hoofdelijke aansprakelijkheidsverhouding. Betaalt een schuldenaar meer dan het gedeelte dat hem aangaat dan kan hij dit bedrag verhalen op zijn medeschuldenaren, telkens tot ten hoogste het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaren aangaat, artikel 6:10(2) BW. Hij kan derhalve regres nemen op zijn medeschuldenaren. Dit klinkt eenvoudiger dan het is.[2] Met name is vaak onduidelijk in hoeverre de schuld een schuldenaar aangaat.[3] Daarnaast is er het probleem dat wanneer verhaal op de medeschuldenaren onmogelijk blijkt (hetgeen in geval van een 'concernfaillissement' meer dan eens zal voorkomen) het overhaalbaar gebleken deel weer moet worden omgeslagen over al zijn medeschuldenaren, waarbij de leer van de gescheiden circuits goed in het oog moet worden gehouden.[4] Het uitzoeken van deze intercompany-verhoudingen kost, zeker indien een deugdelijke boekhouding ontbreekt, veel tijd. Een samengevoegde afwikkeling van de faillissementen van onderling verbonden vennootschappen lost deze intercompany-problematiek op, omdat de intercompany-vorderingen daardoor vervallen: De consolidatie heeft de vorming van één boedel tot gevolg. Aldus vallen zowel de vordering als de geldsom waarmee deze dient te worden voldaan in die boedel en heeft betaling van de vordering per saldo geen effect op de omvang daarvan. Ook de regresproblematiek blijft uit, omdat de veroorzaker van dit probleem – de hoofdelijke aansprakelijkstelling, zijnde een vorm van persoonlijke zekerheid – door de consolidatie een gedaanteverwisseling ondergaat, waardoor op die persoonlijke zekerheid geen beroep meer kan worden gedaan.[5]

Een ander probleem dat door samengevoegde afwikkeling onder omstandigheden mogelijk te maken kan worden opgelost, is het probleem van de toedeling van de faillissementskosten, waaronder met name het salaris van de curator aan de verschillende boedels. Meestal wordt in faillissementen van onderling verbonden vennootschappen dezelfde persoon als curator benoemd. Het voordeel van deze gang van zaken is dat de curator alle ins en outs van de betrokkenen kent en dubbel werk wordt voorkomen. Nadeel is echter dat bepaalde werkzaamheden worden verricht ten behoeve van de groep vennootschappen of enkelen onder hen. In die gevallen is het niet eenvoudig om een maatstaf te kiezen voor de kostentoedeling. In de praktijk worden kosten vaak toegerekend naar rato van het gerealiseerde actief. Dit is echter niet mogelijk wanneer sprake is van vermo-

1 Zie Rb. 's-Gravenhage in de zaak *Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*, af te leiden uit HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136, m.nt. G. In die zaak overwoog deze rechtbank dat curatoren die een samengevoegde boedel aantreffen, deze behoren te scheiden, tenzij scheiding niet meer mogelijk is. De HR stemt impliciet met dit oordeel in.

2 Vgl. de Amerikaanse zaak *In re Owens Corning*, 316 B.R. 168, 172 (Bankr. D. Del. 2004).

3 Zie: paragraaf 2.3.2.

4 Zie over de leer van de gescheiden circuits paragraaf 2.3.1.

5 Zie: paragrafen 5.2.2 en 5.3.

gensvermenging en niet meer met zekerheid kan worden vastgesteld welke activa behoren tot welke boedel.[6] Toerekening zou dan volgens een andere, soms willekeurige maatstaf moeten geschieden. Daarbij doet zich het probleem voor dat bij curatoren de neiging kan bestaan de kosten van hun werkzaamheden door te belasten aan de rijkere boedels om zo betaling van hun salaris veilig te stellen.[7] Omdat deze kosten boedelschulden zijn en als eerste worden voldaan, zullen de preferente en concurrente crediteuren in deze boedels daardoor worden benadeeld. Deze lastige en onbehoorlijke gang van zaken, kan worden beperkt door consolidatie onder omstandigheden toe te staan. In dat geval komen de kosten ten laste van de samengevoegde boedel, waardoor de crediteuren van de betrokken vennootschappen[8] het leed van de kostenomslag gaan delen.

Consolidatie kan niet alleen het hoofd bieden aan de hiervoor genoemde, in de praktijk met enige regelmaat opkomende problemen, maar ook aan diverse meer dogmatische moeilijkheden die verbonden zijn aan de enkelvoudige afwikkeling van onderling in een concern verbonden vennootschappen. In hoofdstuk 2 kwam aan de orde dat alle crediteuren in theorie de mogelijkheid hebben om persoonlijke of zakelijke zekerheden, eigendomsvoorbehouden en kortere betalingstermijnen te bedingen bij hun debiteuren en met deze verbonden vennootschappen. In de praktijk is dit doorgaans anders. Kleine zaakscrediteuren zijn zelden in staat zekerheden te bedingen bij hun debiteuren, laat staan bij met de debiteur in het concern verbonden vennootschappen. Enkel crediteuren met een sterke onderhandelingspositie, in die zin dat zij over goederen of diensten beschikken waar de debiteur (het concern) niet goed zonder kan, blijken daartoe werkelijk in staat. Bovendien beschikt de debiteur niet over een oneindig arsenaal aan zekerheden die hij kan verstrekken. Weliswaar geven moedermaatschappijen regelmatig 2:403-verklaringen af, waarin zij zich hoofdelijk aansprakelijk stellen voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van dochtermaatschappijen met derden, maar deze blijken in de praktijk van weinig waarde wanneer het hele concern met financiële problemen kampt.[9] Bovendien wordt daardoor slechts een beperkte concernaansprakelijkheid gecreëerd; zustermaatschappijen zijn nog steeds niet aansprakelijk voor elkaars schulden aan derden. Dit betekent dat wanneer (vrijwel) alle concernvennootschappen failliet gaan enkel de bank en een paar andere crediteuren met een sterke onderhandelingspositie werkelijk als concerncrediteuren hebben te gelden. Door de faillissementen van de verschillende vennoot-

6 Vgl. Veertiende openbare verslag ex 73a Fw in het faillissement van NV Habo c.s., d.d. 15 oktober 2002, p. 6 en bijbehorende verslag van het ingeschakelde onderzoeksbureau d.d. 14 oktober 2002, p. 2.

7 Zie: De Haas & Kat, 'Omstreden declaratiegedrag leidt tot opstappen curatoren', *De Telegraaf*, d.d. 10 augustus 2002 en Mos, 'Deken brengt omstreden curator voor de tuchtrechter', *De Telegraaf*, d.d. 12 december 2002 en naar aanleiding van deze affaire de discussie tussen Van Hees *TvI* 2002, p. 227-228; p. 335-336; Kortmann *TvI* 2002, p. 333-334 en Verdaas *TvI* 2002, p. 334-335.

8 Met uitzondering van de separatisten, zie art. 182(2) Fw.

9 Zie: paragraaf 2.1 en de daargenoemde verwijzingen.

schappen samengevoegd af te wikkelen wordt bereikt dat niet alleen deze crediteuren, maar ook de andere crediteuren zich kunnen verhalen op de vermogens van alle vennootschappen tezamen, waardoor een ongelijkheid tussen schuldeisers kan worden voorkomen. Evenwel zal een crediteur die tevergeefs heeft geprobeerd zekerheden te bedingen en die toch een overeenkomst sluit met de concernvennootschap niet de extra bescherming verdienen die door middel van een samengevoegde afwikkeling kan worden gerealiseerd. Hij neemt een weloverwogen risico. Een crediteur die geen zekerheden heeft ontvangen, verdient slechts extra bescherming als de vennootschap misbruik heeft gemaakt van zijn afhankelijke positie. En zelfs dan is samengevoegde afwikkeling niet altijd op haar plaats. Bekeken moet ook worden wat het gevolg daarvan is voor de overige crediteuren. Worden die crediteuren benadeeld door een consolidatie, dan kan deze enkel doorgang vinden wanneer de met de consolidatie gepaard gaande voordelen voor de eerstgenoemde crediteur aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor de overige crediteuren ermee gepaard gaande nadelen. Is dit niet het geval, dan is samengevoegde niet op haar plaats. Vergoeding van de schade die de genoemde crediteur heeft geleden kan dan naar mijn verwachting beter worden gevorderd door middel van een onrechtmatige daadactie. Wanneer alle crediteuren zijn misleid, bijvoorbeeld doordat de vennootschappen naar buiten toe optraden als een eenheid en de moedermaatschappij steeds naar haar dochter refereerde als 'ons filiaal in het zuiden van Nederland', zal consolidatie eerder op haar plaats zijn, maar ook dan moet worden onderzocht of de met een consolidatie gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren van de betrokken vennootschappen aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommige crediteuren ermee gepaard gaande nadelen.

Consolidatie zal in concernverhoudingen soms eenvoudiger[10], maar dus niet steeds billijker zijn dan instelling van een onrechtmatige daadactie of een actio Pauliana. Dit is het gevolg van de verstrekkende gevolgen die een consolidatie met zich brengt. Een onrechtmatige daadactie of een actio Pauliana biedt de mogelijkheid om een oplossing te creëren die precies is toegesneden op het aangetroffen probleem.[11] Waar het om gaat is dat steeds die actie wordt gekozen die het beste te verantwoorden is tegenover de crediteuren van de betrokken vennootschappen.

Naast het bieden van een mogelijke oplossing voor moeilijkheden verbonden aan de enkelvoudige afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen, kent consolidatie enkele bijkomende voordelen die mede voor de invoering van een gedegen consolidatieregeling pleiten. Zo betekent consolidatie meestal een aanzienlijke administratieve vereenvoudiging[12], bijvoorbeeld omdat de curator veel uitzoekwerk bespaard blijft. Hij hoeft niet meer te onderzoeken of de inventaris toebehoort aan de ene of de andere vennootschap; welke van de vennootschappen de werkelijke wederpartij is van welke schuldeiser; of de ene vennoot-

10 Niet steeds is consolidatie eenvoudig te bewerkstelligen, zie paragraaf 4.6.
11 Zie: paragraaf 2.2.
12 Josephus Jitta 1999, p. 105.

schap een regresvordering heeft op de andere vennootschap, etc. Bovendien kan hij volstaan met een samengevoegde verslaglegging. Deze lastenvermindering betekent een aanzienlijke tijd- en daarmee kostenbesparing voor de boedel, hetgeen kan resulteren in een hoger uitkeringspercentage voor de crediteuren.[13] Daarnaast kan de administratieve vereenvoudiging ertoe leiden dat het samengevoegd faillissement sneller wordt afgewikkeld dan de enkelvoudige faillissementen zouden zijn afgewikkeld. Dit kan vervolgens weer leiden tot een eerdere uitkering aan crediteuren, waardoor rente kan worden bespaard.[14] Ook op andere manieren blijft de curator door een samengevoegde afwikkeling werk bespaard, bijvoorbeeld doordat hij door de consolidatie wordt gevrijwaard van het aantasten van paulianeuse of onrechtmatige intercompany-transacties. Deze beperking van de werklast van de curator kan echter geen zelfstandige grondslag zijn voor consolidatie. Enkel indien voorshands duidelijk is dat de beperking van de werklast van de curator die door de consolidatie zou optreden een zodanige kostenbesparing met zich brengt dat de crediteuren van alle betrokken gefailleerden bij een consolidatie gebaat zullen zijn, is samengevoegde afwikkeling mijns inziens op haar plaats.

Ten slotte wil ik wijzen op het in de Verenigde Staten genoemde voordeel van samengevoegde afwikkeling dat daardoor de reorganisatie van de onderneming wordt vereenvoudigd of bevorderd.[15] Dit voordeel concentreert zich op de voortzetting van de onderneming door de schuldenaren. Uitgaande van een faillissementssituatie – in Nederland wordt op dit moment weinig gebruikt gemaakt van de regeling inzake surséance van betaling – gebeurt dit laatste in Nederland zelden of nooit. Is een reorganisatie op haar plaats dan geschiedt dit meestal via een doorstart vanuit faillissement, waarbij de curator door middel van een activatransactie de bedrijfsmiddelen van de schuldenaar aan een derde verkoopt die de onderneming vervolgens (in afgeslankte vorm) voortzet. Bovendien en nog belangrijker is dat het bevorderen van een reorganisatie geen doelstelling is van de huidige Faillissementswet. Slechts voor zover een reorganisatie leidt tot een zo hoog mogelijke opbrengst voor crediteuren – dat wil zeggen bijdraagt aan de doelstelling van de Faillissementswet[16] – verdient reorganisatie de voorkeur boven een liquidatie. De meerwaarde die een mogelijkheid tot samengevoegde afwikkeling in Nederland op dit vlak kan bieden is daarom op dit moment beperkt.

De toegevoegde waarde die consolidatie kan hebben in gevallen zoals hiervoor uiteengezet, betekent overigens geenszins dat steeds wanneer zich één van die situaties voordoet tot consolidatie moet worden overgegaan. Dit laatste zal enkel zo zijn indien sprake is van een zodanige vermogensvermenging dat een reële scheiding van de vermogens niet meer mogelijk is of slechts kan plaatsvinden tegen zo hoge kosten dat vooraf duidelijk is dat alle crediteuren bij een con-

13 Josephus Jitta 1999, p. 105.

14 Josephus Jitta 1999, p. 105.

15 Zo is in de Verenigde Staten bijvoorbeeld opgemerkt dat samengevoegde afwikkeling van reorganisatieprocedures het verkrijgen van lange termijn financiering zou vereenvoudigen, waardoor de voortgang van de activiteiten van de beide vennootschappen beter wordt gewaarborgd: *In re F.A. Potts & Co., Inc.*, 23 B.R. 569, 573 (Bankr. E.D. Pa. 1982).

16 Zie hierna paragraaf 8.2 en de daar genoemde verwijzingen.

solidatie zullen zijn gebaat. Niet uit het oog mag worden verloren dat samengevoegde afwikkeling in andere gevallen aanwijsbare nadelige consequenties kan hebben voor diverse betrokkenen. Een belangrijk nadeel is bijvoorbeeld dat crediteuren van de vennootschap met de gunstigste activa/passiva-verhouding in beginsel door de consolidatie erop achteruit gaan ten opzichte van de situatie waarin enkelvoudige afwikkeling van de betrokken faillissementen zou plaatsvinden. Zij moeten door de consolidatie de verhaalsobjecten van hun schuldenaar gaan delen met de crediteuren van de andere betrokken schuldena(a)r(en). Dit is slechts anders wanneer de financiële voordelen die voortvloeien uit met de consolidatie gepaard gaande kostenbesparingen deze benadeling teniet doen. Het zal echter niet altijd kristalhelder zijn of een bepaalde (groep) crediteur(en) door een consolidatie zal worden benadeeld. Vooraf kunnen immers slechts schattingen worden gemaakt aangaande de te verwachten financiële voor- en nadelen. Bovendien kunnen onverwachte baten opkomen en moeten soms onvoorziene kosten worden gemaakt. Desalniettemin moet bij de besluitvorming naar mijn oordeel zo veel mogelijk met voorzienbare financiële voor- en nadelen voor de verschillende betrokkenen rekening worden gehouden.

Doorgaans zal enkelvoudige afwikkeling gerechtvaardigd zijn. De vennootschappen maken weliswaar deel uit van een concern, maar zij zijn nog steeds juridisch zelfstandige rechtssubjecten. Voorts hebben de crediteuren van de verschillende tot één concern behorende vennootschappen meestal gehandeld met één bepaalde vennootschap en hebben zij erop vertrouwd dat hun vordering wordt voldaan uit het vermogen van deze vennootschap. Wetenschap van de omstandigheid dat de vennootschap deel uitmaakt van een concern kan daar niets aan afdoen.[17] Het honoreren van dit – gerechtvaardigd – vertrouwen van crediteuren komt ook de schuldenaren ten goede: zij maken veel gebruik van de kredietmarkt. Kredietverstrekkers – of dat nu banken zijn of leveranciers van goederen – calculeren een zekere risicopremie in bij het vaststellen van de prijs en de betalingsvoorwaarden. Naarmate het risico op niet betaling groter wordt, wordt de risicopremie hoger en daarmee wordt het verkrijgen van krediet voor een schuldenaar duurder. Wanneer kredietverstrekkers er ernstig rekening mee moeten houden dat zij ingeval van insolventie van hun schuldenaar de verhaalsobjecten van deze schuldenaar door een consolidatie moeten gaan delen met de crediteuren van een met deze schuldenaar verbonden vennootschap, waardoor de kans op niet-betaling van hun vordering toeneemt, zullen zij slechts krediet verstrekken tegen minder gunstige voorwaarden dan wanneer consolidatie niet of slechts onder uitzonderlijke omstandigheden mogelijk is.[18] Bovendien zou het rauwelijks toestaan van consolidatie een ernstige aantasting van de tegenwoordig toch algemeen aanvaarde concernstructuur betekenen, hetgeen met zich brengt dat de aan de con-

17 Zie: paragraaf 4.4.2.

18 Vgl. *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 519 (2d Cir. 1988). Zeer duidelijk komt deze problematiek naar voren bij securitisatie: In de Verenigde Staten worden waardepapieren die zijn uitgegeven door een SPV hoger gewaardeerd door *rating agencies* naar mate het SPV onafhankelijker is van de *originator* waardoor de kans op uitbreiding annex consolidatie kleiner wordt. Zie: paragraaf 7.2.1.3.

cernstructuur verbonden voordelen, zoals het bevorderen van het ondernemerschap en de innovatie, worden teniet gedaan.

8.2 Doelstelling van een regeling inzake samengevoegde afwikkeling

In de vorige paragraaf is betoogd dat samengevoegde afwikkeling onder omstandigheden meerwaarde heeft voor de Nederlandse insolventiepraktijk en voor crediteuren. Wil men daartoe echter een regeling opzetten of formuleren dan moet allereerst vaststaan wat precies met die regeling wordt beoogd. De (noodzakelijke) reikwijdte van een regeling wordt namelijk grotendeels bepaalt door de doelstelling daarvan.

Het doel van huidige Faillissementswet is het dienen van het belang van de gezamenlijke crediteuren van de gefailleerde. De MvT verwoordt het aldus dat 'de instelling van het faillissement (…) niets anders [beoogt] dan, bij staking van betaling door den schuldenaar, diens vermogen op eene billijke wijze onder al zijne schuldeischers, met eerbiediging van ieders recht, te verdeelen, en het geheele samenstel der bepalingen, welke in eene faillietenwet worden gevonden, heeft geen ander doel dan die billijke verdeeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen'.[19] Met de belangen van de gefailleerde hoeft slechts rekening te worden gehouden voor zover zich dit met een billijke uitoefening van de rechten van de crediteuren verdraagt.[20] En weliswaar rekent de Hoge Raad het tot de taak van de curator dat hij in zijn beleidsafweging belangen van maatschappelijke aard betrekt, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid[21], maar ingevolge de heersende leer zal in het geval van botsende belangen steeds het belang van de gezamenlijke crediteuren (moeten) zegevieren.[22] Het

19 Van der Feltz, I, p. 27, MvT. Zie voorts Van der Feltz, I, p. 339, MvT op artikel 20 Fw.

20 Van der Feltz, I, p. 371-372, MvT op artikel 25 Fw.

21 HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, m.nt WMK (Sigmacon II) en HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. WMK; *TVVS* 1996, p. 204, m.nt. Ophof (Maclou & Prouvost).

22 Zie o.m.: Ophof *TVVS* 1996, p. 205; idem *TVVS* 1997, p. 201; Vriesendorp *TvI* 1995 (II), p. 117; idem *TvI* 1996 (II), p. 141 en 143; Verstijlen, *TvI* 2001, p. 97; Borgers, *AA* 1996, p. 547-548. En zie vanuit rechtseconomisch perspectief: Hoekstra *TvI* 2005, 12, p. 33-43. Zie ten slotte de brief van Kortmann, voorzitter van de Commissie Insolventierecht, aan de MvJ d.d. 8 september 2003 (http://www.justitie.nl; geraadpleegd op 18 april 2005). In deze brief merkt Kortmann op dat de Commissie van mening is dat in het insolventierecht het belang van de schuldeisers voorop moet staan. Er mag wel rekening worden gehouden met andere belangen, zoals de belangen van de schuldenaar of maatschappelijke belangen, maar die gaan niet voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Anders: Kleijn, in zijn noot onder HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (Sigmacon II) en (aarzelend) De Ranitz 1996 p. 199. Zie voorts: Verstijlen 1998, p. 151 e.v., waar deze schrijver (nog) niet uitgesloten acht dat wanneer de (dreigende) schade aan de maatschappelijke belangen in geen verhouding staat tot het belang van de gezamenlijke schuldeisers, de maatschappelijke belangen prevaleren. Al erkent hij ook daar al dat de ruimte daartoe beperkt zal zijn. Zo zullen de maatschappelijke belangen niet kunnen prevaleren wanneer het verhaal van de schuldeisers meer dan marginaal wordt geschaad.

toekennen van meer gewicht aan maatschappelijke belangen zou te zeer indruisen tegen de geest van de huidige Faillissementswet. Een verschuiving van prioriteiten, in die zin dat onder omstandigheden belangen van maatschappelijke aard kunnen prevaleren, betreft een rechtspolitieke keuze en kan enkel door de wetgever worden bewerkstelligd.[23]

In dit licht moet ook een voor te stellen regeling voor consolidatie worden geplaatst. Ook bij consolidatie behoort naar mijn mening het belang van de gezamenlijke crediteuren voorop te staan. Evenwel is in eerdere hoofdstukken gebleken dat samengevoegde afwikkeling niet alleen vergaande financiële consequenties kan hebben voor crediteuren, maar ook voor andere bij een faillissement betrokkenen, met name de schuldenaren en hun aandeelhouders. Mijns inziens moet overeenkomstig de heersende leer bij enkelvoudige afwikkeling worden aangenomen dat aan deze belangen aandacht mag worden besteed, maar dat zij niet kunnen prevaleren boven de belangen van de schuldeisers. Leiden twee wegen naar hetzelfde gunstige resultaat voor de schuldeisers, dan moet die weg worden bewandeld die voor de overige betrokkenen de minste nadelen met zich brengt. Deze eenduidige doelstelling werkt verhelderend. Ik zie geen heil in een andere opvatting waarbij meer waarde wordt gehecht aan de belangen van anderen dan de schuldeisers. Ook hier moet gelden dat met de belangen van de gefailleerden slechts rekening hoeft te worden gehouden voorzover zich dit met een billijke uitoefening van de rechten van de crediteuren verdraagt. En het zijn voornamelijk de middelen van de schuldeisers die in moeilijke tijden op het spel staan. Slechts in uitzonderlijke gevallen zullen aandeelhouders hun restuitkering door een consolidatie zien wegvloeien. Weliswaar lopen aandeelhouders, net als crediteuren, een risico wanneer zij investeren in het bedrijf, maar daar staat tegenover dat zij, anders dan crediteuren, beschikken over vennootschapsrechtelijke bevoegdheden die aan hen een directe mogelijkheid bieden om invloed op de bedrijfsvoering uit te oefenen. Zij hebben derhalve – zeker in concernverhoudingen waar grootaandeelhouderschap de regel is – meer mogelijkheden om hun lot te sturen dan crediteuren.[24]

Het belang van de gezamenlijke schuldeisers van iedere schuldenaar is bijvoorbeeld gediend bij een samengevoegde afwikkeling wanneer de vermogens van de vennootschappen zodanig ernstig zijn vermengd, dat het uitzoeken van de eigendomsverhoudingen wegens het ontbreken van deugdelijke boekhoudingen zo kostbaar zou zijn dat vrijwel al het aangetroffen actief door deze kosten zou worden geconsumeerd. Dit is echter lang niet altijd het geval. Er laten zich situaties bedenken waarin de belangen van de gezamenlijke crediteuren van de ene vennootschap botsen met de belangen van de gezamenlijke crediteuren van de andere vennootschap. Echter, ook in dat geval kan samengevoegde afwikkeling naar mijn oordeel onder omstandigheden op haar plaats zijn. Bekeken moet dan

23 Verstijlen 1998, p. 37-38 en 153-154; Vriesendorp *TvI* 1997, p. 66-67; Wessels *TvI* 1996, p. 115.

24 Zie: paragraaf 4.4.3.

worden of samengevoegde afwikkeling – gezien de belangen van beide groepen crediteuren – redelijk en billijk is, dat wil zeggen of de met consolidatie gepaard gaande financiële voordelen voor de ene groep aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor de andere groep ermee gepaard gaande financiële nadelen. Hierbij mag rekening ermee worden gehouden dat de in eerste instantie met consolidatie voor een bepaalde groep gepaard gaande nadelen wellicht gecompenseerd worden door de ermee gepaard gaande kostenbesparingen. Voorzichtigheid is daarbij wel geboden, omdat dit doorgaans schattingen zullen betreffen.

Zouden een of enkele crediteuren van een betrokken gefailleerde door de consolidatie worden benadeeld, dan moet een zelfde afweging worden gemaakt.[25]

Tot slot wil ik wijzen op het volgende: Samengevoegde afwikkeling, zoals dit leerstuk in het buitenland vorm heeft gekregen, begeeft zich feitelijk soms op het grensvlak van het vennootschaps- en het faillissementsrecht. Het is weliswaar een wijze van afwikkeling van insolventieprocedures, maar waar in het buitenland wordt gesproken over het doel van consolidatie wordt veelal teruggegrepen op het vennootschapsrecht. Wij hebben immers gezien dat in verschillende onderzochte rechtsstelsels wordt beoogd om door middel van consolidatie een einde te maken aan misbruik van de rechtspersoonlijkheid of het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid.[26] Hoewel in gevallen waarin consolidatie op haar plaats wordt geacht regelmatig van dergelijk misbruik sprake zal zijn en het aanpakken van dit misbruik crediteuren meestal zal baten, wil ik ervoor pleiten niet deze doelstelling aan een regeling inzake consolidatie ten grondslag te leggen. Samengevoegde afwikkeling moet niet een sanctie zijn op onbehoorlijk handelen van een of meer vennootschappen of hun achterman. Na faillietverklaring moet niet het handelen van de vennootschap of de achterman voorafgaande aan haar faillietverklaring centraal staan, maar het belang van haar gezamenlijke crediteuren. Het gaat er op dat moment om die weg te bewandelen die voor deze crediteuren de beste resultaten oplevert, zonder dat onevenredig veel schade wordt toegebracht aan de belangen van andere betrokkenen. Dat consolidatie daarnaast soms als een sanctie wordt gevoeld, kan hier niets aan af doen.

8.3 Aard van de regeling: een *wettelijke* regeling is gewenst

In voorgaande hoofdstukken is reeds naar voren gekomen dat consolidatie niet steeds voor alle betrokkenen voordelig is. Onder meer kunnen verhaalsposities van individuele crediteuren door de consolidatie verslechteren. Bovendien roept consolidatie veel vragen op, waarvan er op dit moment slechts enkele in de jurisprudentie zijn beantwoord. Onduidelijkheid bestaat over de besluitvorming tot samengevoegde afwikkeling, de omstandigheden waaronder precies tot samenvoeging kan worden overgegaan en de gevolgen van een samengevoegde afwik-

25 Zie: paragraaf 4.4.1 en hierna paragrafen 8.4.1 en 8.4.2.

26 Zie: paragraaf 3.1. In Frankrijk, Nieuw-Zeeland en Ierland is dit het geval. In de Verenigde Staten staat het mogelijk maken van een billijke behandeling van crediteuren voorop.

keling. Dit alles is niet bevorderlijk voor de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid onder debiteuren en hun crediteuren. Crediteuren hebben moeilijk zicht op de risico's die zij lopen, waardoor zij geneigd kunnen zijn om ter compensatie bij debiteuren extra risicopremies in rekening te brengen.[27] Wanneer dat gebeurt, betekent dit voor debiteuren een onwelkome kostenvermeerdering.

Hoewel volledige transparantie gezien de complexe aard van de materie niet of nauwelijks haalbaar moet worden geacht, kan de rechtszekerheid voor beide partijen worden vergroot door de invoering van een wettelijke regeling inzake samengevoegde afwikkeling van faillissementen.[28] Een dergelijke regeling zal ook de rechtsgelijkheid onder debiteuren en crediteuren vergroten.

> Ook het merendeel van de respondenten (47 van de 67; 70,1%[29]) dat heeft gereageerd op mijn enquête is van mening dat een wettelijke regeling inzake consolidatie wenselijk is, onder andere omdat op dit moment geen wettelijke basis bestaat voor consolidatie en meer duidelijkheid raadzaam is. Daarnaast merkten enkele respondenten op dat een wettelijke regeling de rechtszekerheid ten goede komt. Respondenten die een wettelijke regeling afwezen (19 van de 67; 28,4%), betoogden onder meer dat zo'n regeling de flexibiliteit van het leerstuk zou beperken en kwesties, die praktisch kunnen worden opgelost vaak nodeloos ingewikkeld zou maken. Bovendien merkte een aantal respondenten op dat consolidatie een noodgreep moet blijven. Een wettelijke regeling, zo lijkt de gedachte te zijn, zou consolidatie tot een gangbaar afwikkelingsmechanisme maken, hetgeen schijnbaar onwenselijk wordt geacht.

Even daargelaten of consolidatie een noodgreep moet blijven, staat de invoering van een wettelijke basis voor consolidatie naar mijn mening echter geenszins gelijk aan de verwording daarvan tot een gangbaar afwikkelingsmechanisme. De frequentie van het gebruik van de mogelijkheid tot consolidatie zal veel meer afhangen van de voorwaarden die daarvoor gaan gelden.

Voorts zou ik willen opmerken dat een jurisprudentiële regeling niet per definitie een flexibele regeling is en een wettelijke regeling evenmin steeds een strakke *hard and fast rule* inhoudt. Rechters kunnen net zo goed een strenge regel formuleren, als wetgevers flexibele normen kunnen opstellen, zo blijkt onder meer uit de Franse en Nieuw-Zeelandse regelingen inzake consolidatie. De Franse norm die in de jurisprudentie tot ontwikkeling is gekomen, is in zijn uitwerking toch wat strenger dan de Nieuw-Zeelandse in de wet opgenomen regeling.

Mijns inziens verdient samengevoegde afwikkeling voorts een wettelijke basis omdat op dit moment vanuit verschillende hoeken soms nogal twijfelachtig op dit fenomeen wordt gereageerd. Erkenning van consolidatie door het expliciet toestaan van deze actie – waarvoor zoals ik hiervoor in paragraaf 8.1 heb opgemerkt

27 Vgl. Ramsay 1998, p. 256, nt. 137 en de daarbij behorende tekst.
28 In vergelijkbare zin: Josephus Jitta 1999, p. 103-104.
29 Zie bijlage 1, vraag 34. NB Eén van de 67 respondenten heeft deze vraag niet beantwoord.

verschillende goede redenen bestaan – schept duidelijkheid. Daarbij vereist het ingrijpende karakter van consolidatie dat deze actie enkel na een zorgvuldige besluitvorming daaromtrent moet kunnen worden toegepast. Dit kan worden gewaarborgd door in de wet een besluitvormingsproces vast te leggen. Ook dienen de belangrijkste gevolgen van consolidatie te worden vastgelegd om misverstanden te voorkomen. Echter, wat betreft de omstandigheden waaronder tot consolidatie kan worden besloten, zou ik een iets flexibelere insteek willen kiezen. Weliswaar is en blijft enkelvoudige afwikkeling de regel, maar dit betekent niet dat consolidatie moet worden beperkt tot een limitatief aantal in de wet opgesomde gevallen. Indien consolidatie in het belang is van de crediteuren moet zij mogelijk zijn. Daar dit op voorhand niet eenvoudig is vast te stellen omdat de consequenties van consolidatie per geval erg verschillen, stel ik voor dat samengevoegde afwikkeling geoorloofd wordt geacht wanneer de daarmee voor de gezamenlijke crediteuren van de betrokken vennootschappen gepaard gaande voordelen *aanzienlijk zwaarder wegen* dan de voor sommigen van hen daarmee gepaard gaande nadelen. Daarnaast moet consolidatie mogelijk zijn in geval van vermogensvermenging en wanneer de gefailleerden naar crediteuren toe zijn opgetreden als vormden zij een eenheid, één enkel rechtssubject.

8.4 Wettelijke regeling – aanbevelingen

De volgende vraag die opkomt is hoe deze wettelijke regeling eruit zou moeten zien. In de inleiding van dit boek is reeds betoogd dat bij het opzetten van een regeling inzake samengevoegde afwikkeling geen aansluiting moet worden gezocht bij bestaande juridische vindingen, zoals de vennootschap onder firma en de juridische fusie. Samengevoegde afwikkeling brengt moeilijkheden met zich die zich niet of lastig laten oplossen in het kader van de genoemde leerstukken. Mijns inziens is het duidelijker om een apart regime voor samengevoegde afwikkeling te formuleren, waarbij (eenvoudiger) rekening kan worden gehouden met verschillende specifiek daaraan verbonden vragen en moeilijkheden.

De reikwijdte van het door mij voorgestelde regime beperkt zich niet tot vennootschappen die deel uit maken van een groep in de zin van artikel 2:24b BW. Zou aansluiting worden gezocht bij dit artikel dan wordt de reikwijdte van de regeling daardoor onnodig ingeperkt. De in de hoofdstukken 1 en 2, en paragraaf 8.1. genoemde moeilijkheden die zich bij failliete concernvennootschappen kunnen voordoen en die door samengevoegde afwikkeling mogelijk te maken worden beperkt, kunnen zich ook voordoen bij faillissementen van andere nauw verbonden rechtssubjecten. Zo is vermogensvermenging denkbaar tussen de vermogens van twee broers die samen een huis delen of een stichting en haar oprichter. Bovendien sluit het niet hanteren van een groepseis goed aan bij de systematiek van de huidige faillissementswet, die nauwelijks specifieke regels kent voor groepsverhoudingen.[30]

30 Zie voor een bepaling waarin wordt aangeknoopt bij groepsverhoudingen art. 43 Fw.

8.4.1 Norm

(1) De rechtbank bepaalt op verzoek van de curator, de gefailleerde of de commissie uit de schuldeisers dat de failliete boedel samengevoegd wordt afgewikkeld met een of meer andere failliete boedels indien:
a. het aan de betrokken boedels toebehorend vermogen feitelijk geheel of ten dele is samengevoegd, zodanig dat nog slechts een willekeurige verdeling van dat vermogen mogelijk is;
b. de gefailleerden met de crediteuren hebben gehandeld als vormden zij een eenheid, of
c. enkelvoudige afwikkeling naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat de met de samengevoegde afwikkeling gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren van de betrokken gefailleerden aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen.

(2) Een verzoek tot samengevoegde afwikkeling van twee of meer failliete boedels vermeldt de gronden daartoe.

(3) De beschikking op het verzoek tot samengevoegde afwikkeling wordt met redenen omkleed.

8.4.2 Toelichting op de norm

Enkelvoudige afwikkeling is en blijft de regel. Van die regel mag slechts in de vorm van een samengevoegde afwikkeling worden afgeweken indien dit in het belang is van de gezamenlijke crediteuren van de betrokken vennootschappen.

8.4.2.1 Samenvoeging van vermogensbestanddelen van de gefailleerden

Zijn de vermogensbestanddelen van de gefailleerden samengevoegd op een wijze dat niet meer (eenvoudig) is te achterhalen welke vermogensbestanddelen aan welke gefailleerde toebehoren, dan zijn hun vermogens vermengd. Consolidatie is in dat geval op haar plaats omdat daardoor een willekeurige verdeling van vermogensbestanddelen wordt voorkomen. Daarbij kan naar mijn mening niet alleen een algehele vermogensvermenging consolidatie rechtvaardigen, maar kan in beginsel ook een partiële vermogensvermenging daartoe aanleiding geven. Zou dit anders zijn, dan blijft men kampen met het probleem dat geen deugdelijke toedelingsmaatstaf kan worden gevonden voor het vermengde deel van de beide vermogens.[31]

Voorts acht ik samengevoegde afwikkeling geoorloofd wanneer de vermengde vermogens nog wel uiteen gehaald kunnen worden, maar dit met zoveel kostbaar

31 Zie: paragraaf 4.1.3.

uitzoekwerk gepaard zou gaan dat doordoor de netto-uitkeerbare opbrengst wordt bedreigd. Of dit geval zich voor doet, moet worden bepaald aan de hand van een schatting van de te maken kosten en de te verwachten opbrengsten, waarna moet worden onderzocht in hoeverre de kosten die gepaard gaan met de uitzoekwerkzaamheden de opbrengst van het actief opslokken. Zou (vrijwel) de gehele opbrengst moeten worden aangewend om de uitzoekwerkzaamheden mogelijk te maken, dan hebben alle crediteuren een aanwijsbaar voordeel bij een samengevoegde afwikkeling. Zou slechts een deel van de opbrengst van het actief moeten worden aangewend ter voldoening van de genoemde kosten, dan moet afhankelijk van de hoogte van de resterende opbrengst en de overige omstandigheden van het geval worden bezien of de met de samengevoegde afwikkeling voor de gezamenlijke crediteuren van de vennootschappen gepaard gaande voordelen (onder andere kostenbesparing) aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen (bijvoorbeeld verslechtering van de verhaalspositie), zie norm, onder (c).

8.4.2.2 Behandeling van de gefailleerden als een eenheid

Bij deze tweede omstandigheid speelt het crediteurenvertrouwen een centrale rol en daarmee het doen en laten van de verschillende vennootschappen ten opzichte van crediteuren. Worden crediteuren dan weer benaderd door de ene vennootschap en dan weer door de andere? Maken de vennootschappen gebruik van hetzelfde wagenpark, dat bestaat uit vrachtauto's met één enkel logo? Etc.

Eerder heb ik in paragraaf 4.4.2 opgemerkt dat men moeilijk om het gerechtvaardigd vertrouwen van crediteuren heen kan. Het vertrouwensbeginsel heeft zijn plaats in de Nederlandse rechtsorde al decennia geleden veroverd.[32] Desalniettemin kleven aan de toepassing van dit beginsel in faillissement – en dan met name bij de vraag naar samengevoegde afwikkeling – enkele haken en ogen. Het faillissement richt zich op het dienen van het financiële belang dat crediteuren hebben bij een zo hoog mogelijke uitkering op hun vordering; andere belangen van een schuldeiser spelen in het faillissement geen rol.[33] Het belang dat crediteuren hebben bij honorering van hun gerechtvaardigd vertrouwen kan derhalve alleen een rol spelen voorzover daarmee wordt beoogd hun financiële belang zoals hiervoor genoemd te dienen.

In twee verschillende vormen is dan een beroep op het vertrouwensbeginsel in geval van een samengevoegde afwikkeling denkbaar. Ten eerste kunnen er crediteuren zijn die – in hun strijd tegen een samengevoegde afwikkeling – betogen te hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van één enkele concernvennootschap. Ten tweede kunnen er crediteuren zijn die betogen te hebben vertrouwd op

32 Zie over het vertrouwensbeginsel in het algemeen o.m. Donner *RM Themis* 1984, p. 457-466, over de opkomst en de rol van dit beginsel in het verbintenissenrecht o.m. Asser/Hartkamp 2005, 4-II, p. 95, nr. 97 e.v., en over het vertrouwensbeginsel in het overeenkomstenrecht: Vranken 1997, p. 1-37.

33 Verstijlen 1998, p. 80-81.

de kredietwaardigheid van het concern als zodanig, hetgeen moet worden onderscheiden van vertrouwen op de gebondenheid van een of meer concernvennootschappen. Bij vertrouwen op de kredietwaardigheid van het concern als zodanig, zal het doorgaans zo zijn dat men het concern aanmerkt als een eenheid, vaak een vennootschap met diverse filialen. De omstandigheid dat men in werkelijkheid te maken heeft met zelfstandige rechtssubjecten met eigen rechten en plichten beseft men niet. Dit is anders wanneer men erop heeft vertrouwd dat diverse vennootschappen tot betaling van de schuld waren gehouden. In dat geval was men op de hoogte van het bestaan van verschillende vennootschappen. Er wordt dan een klassiek beroep gedaan op de leer van de toerekenbare schijn (artikel 3:35 BW). Dit soort betogen behoort naar mijn oordeel bij de vraag naar de aanvaardbaarheid van consolidatie geen rol te spelen. Iemand die beseft dat hij handelt met verschillende te onderscheiden vennootschappen, kan vervolgens niet betogen dat hij heeft vertrouwd op de kredietwaardigheid van die vennootschappen tezamen als een eenheid. Hij vertrouwde er immers steeds op met diverse te onderscheiden vennootschappen zaken te hebben gedaan.[34]

Gerechtvaardigd vertrouwen op de gegoedheid van het concern als zodanig zal zich naar mijn verwachting in de praktijk niet vaak voordoen.[35] Veel vaker zal het voorkomen dat een crediteur betoogt te hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van zijn afzonderlijke wederpartij. Hij heeft juist met deze vennootschap gehandeld vanwege haar redelijke financiële ratio's. Een crediteur zal zich de moeite en kosten om dit aan te tonen enkel getroosten wanneer hij er zeker van is dat hij door een samengevoegde afwikkeling zal worden benadeeld. Slaagt hij in het bewijs dat hij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op de gegoedheid van zijn wederpartij alleen en dat hij door een consolidatie zal worden benadeeld, dan is dit een omstandigheid die tegen consolidatie pleit, maar zij hoeft naar mijn mening niet zonder meer te betekenen dat consolidatie van de baan is. Beslissend is ook hier weer of de met de samengevoegde afwikkeling voor de gezamenlijke crediteuren van de vennootschappen gepaard gaande voordelen aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor de genoemde crediteur, en mogelijk nog een enkele andere crediteur, ermee gepaard gaande nadelen.

8.4.2.3 Voordelen aanzienlijk zwaarder wegen dan de nadelen

Hiervoor is reeds gebleken dat de genoemde afweging van voor- en nadelen van consolidatie al snel om de hoek komt kijken. Bijvoorbeeld bij een vermogensvermenging, indien geen sprake is van een algehele, onontwarbare vermogensvermenging of indien de overgrote meerderheid der crediteuren erop heeft vertrouwd te hebben gehandeld met de eenheid, terwijl een enkeling juist heeft vertrouwd op de kredietwaardigheid van één specifieke vennootschap. Naast de genoemde voor- en nadelen die zich in dit soort situaties voor crediteuren bij een

34 Zie: paragraaf 4.4.2.

35 Vgl. hetgeen ik heb opgemerkt in de paragrafen 4.2.1 en 4.4.2.

consolidatie voordoen, moet men steeds ook de meer algemene, potentiële gevolgen daarvan in ogenschouw nemen. Denk daarbij aan de nadelige gevolgen die voor concurrente crediteuren kunnen voortvloeien uit het feit dat door de consolidatie het algemeen voorrecht dat is verbonden aan een vordering van een der crediteuren, komt te rusten op alle goederen in de samengevoegde boedel.[36] Of het nadelige effect dat voor de concurrente crediteuren voortvloeit uit de regel dat de boedelschulden die vóór de consolidatie zijn opgekomen in een van de daarbij betrokken boedels na de consolidatie hebben te gelden als boedelschulden van de samengevoegde boedel.[37] En het positieve effect dat een samengevoegde afwikkeling in de regel een aanzienlijke kostenbesparing met zich brengt, die de uitkeringspercentages gunstig beïnvloedt.

Zijn de voor- en nadelen geïnventariseerd, dan moet een afweging worden gemaakt, waarbij wordt onderzocht of de met de consolidatie gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren van de betrokken vennootschappen aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen. Het uitvoeren van deze toets is geen eenvoudige opgave, onder andere doordat de met de samengevoegde afwikkeling gepaard gaande voor- en nadelen voor de verschillende belanghebbenden in de regel moeilijke kwantificeerbaar zijn. De in ogenschouw te nemen financiële effecten zullen bovendien altijd prognoses zijn. Verder houdt de afweging een zeker waardeoordeel in, want de ene persoon hecht meer belang aan een bepaald voor- of nadeel dan de andere persoon. Dit geldt ook voor rechters. Daarom zal de rechtbank enkel tot samengevoegde afwikkeling mogen besluiten wanneer zij tot de slotsom komt dat de ermee gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren van de betrokken vennootschappen *aanzienlijk zwaarder wegen* dan de eraan verbonden nadelen voor sommigen van hen. Dit criterium brengt tot uitdrukking dat niet zonder meer over de benadeling van een bepaalde groep crediteuren of een individuele crediteur kan worden heen gestapt.[38]

Uit deze norm volgt voorts dat voor nadeelcompensatie in de regel geen plaats is. Enkel onder bijzondere omstandigheden zal daarvoor plaats zijn, in die zin dat de benadeelde crediteur de curator q.q. aansprakelijk stelt wegens het jegens hem plegen van een onrechtmatige daad. In het bijzondere geval dat deze actie slaagt, zal de boedel het nadeel moeten compenseren.[39] Een gedeeltelijke of voorwaardelijke consolidatie waarbij tegemoet wordt gekomen aan de belangen van de benadeelde crediteur(en) wijs ik af, omdat dit zeer bewerkelijk zou zijn en er zelfs toe kan leiden dat de voordelen van de consolidatie worden teniet gedaan.[40]

36 Zie: paragraaf 5.2.3.
37 Zie: paragraaf 5.2.1.4.
38 Zie: paragraaf 4.4.1.
39 Zie hierover uitgebreid paragraaf 4.4.1.3.
40 Zie: paragrafen 4.4.1.3 en 5.1.2.

8.4.3 De procedurele aspecten van samengevoegde afwikkeling

(4) Het verzoek tot samengevoegde afwikkeling wordt gedaan door de curator, de gefailleerde of de commissie uit de schuldeisers.

Slechts de curator, ieder der schuldenaren en in voorkomend geval de commissie uit de schuldeisers kunnen een verzoek tot samengevoegde afwikkeling tot de rechtbank richten. Het verzoek tot samengevoegde afwikkeling moet de gronden daartoe vermelden, zie aanbeveling 2. De curator, als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers, is daarom bij uitstek de aangewezen persoon om een verzoek tot samengevoegde afwikkeling in te dienen. Hij is degene die doorgaans het beste inzicht heeft in de hiervoor genoemde omstandigheden die de aanvaardbaarheid van een samengevoegde afwikkeling mede bepalen. Eventuele belangconflicten, die bijvoorbeeld ontstaan omdat de curator voor wat betreft de betaling van zijn salaris baat heeft bij consolidatie, terwijl bepaalde crediteuren erdoor worden benadeeld, worden in de kiem gesmoord doordat de rechtbank, een onpartijdige en onafhankelijke instantie, beslist op het verzoek tot consolidatie.

Ook een schuldenaar heeft een goed inzicht in de verhoudingen tussen hem en de met hem in de groep verbonden vennootschappen en kan daarom de wenselijkheid van een verzoek tot samengevoegde afwikkeling goed beoordelen. Bovendien kan een consolidatie invloed hebben op de uiteindelijke wijze waarop een faillissement eindigt, waardoor de schuldenaar een werkelijk belang bij het al dan niet plaatsvinden van consolidatie kan hebben.

Het toekennen aan de commissie uit de schuldeisers van een recht om consolidatie te verzoeken, heeft voornamelijk een waarborgfunctie. Laat de curator om wat voor reden dan ook na om een verzoek tot consolidatie te doen, dan kan de commissie uit de schuldeisers – die een beter inzicht heeft, althans kan verkrijgen in de vermogenspositie en dergelijke van de failliet dan de meeste individuele crediteuren – daartoe overgaan.

Individuele schuldeisers kunnen dus niet rechtstreeks een verzoek tot consolidatie tot de rechtbank richten. Wel kunnen zij die van mening zijn dat samengevoegde afwikkeling op haar plaats is door middel van een beroep op de R-C ex artikel 69 Fw proberen de curator ertoe te brengen om consolidatie te verzoeken.[41]

(5) Bevoegd om op het verzoek tot samengevoegde afwikkeling te beslissen, is de rechtbank die het eerste der betrokken faillissementen heeft uitgesproken. Zijn de faillissementen op dezelfde dag uitgesproken door meer dan één bevoegde rechtbank, dan is de rechtbank die als eerste wordt genoemd in de Wet op de rechterlijke indeling bevoegd om op het verzoek tot samengevoegde afwikkeling te beslissen.

Gezien de verschillende en vergaande gevolgen die een samengevoegde afwikkeling kan hebben voor de diverse betrokkenen is het van belang dat een beslissing

41 Zie: paragraaf 6.1.2.

tot consolidatie zorgvuldig tot stand komt. Dit brengt naar mijn oordeel met zich dat de beslissing door een onafhankelijke en onpartijdige instantie moet worden genomen. Evenals in het buitenland gebeurt, moet de beslissing tot samengevoegde afwikkeling volgens mij worden genomen door de rechtbank.[42]

Bij gebrek aan een gespecialiseerde insolventierechter moet thans relatief bevoegd worden geacht de rechtbank die het eerste van de betrokken faillissementen heeft uitgesproken. Deze regel is helder en eenvoudig toepasbaar. Zijn de faillissementen van de beide vennootschappen in verschillende arrondissementen, maar op dezelfde dag uitgesproken, dan moet gelden dat enkel bevoegd is de rechtbank die in de Wet op de rechterlijke indeling[43] het eerst wordt genoemd. Willen de vennootschappen gelijktijdig met hun faillietverklaring om consolidatie verzoeken, dan doen zich geen problemen voor wanneer de zetels van beide vennootschappen in hetzelfde arrondissement zijn gelegen. Zetelen zij echter in verschillende arrondissementen, dan zou ik willen aannemen dat bevoegd is de rechtbank, die ten aanzien van één der vennootschappen bevoegd is, en die als eerste van de ten aanzien van de betrokken vennootschappen normaliter bevoegde rechtbanken wordt genoemd in de Wet op de rechterlijke indeling. Ten slotte kan zich het geval voordoen dat een vennootschap (A) gelijktijdig met haar aangifte tot faillietverklaring wil verzoeken om samengevoegde afwikkeling van haar faillissement met het reeds uitgesproken faillissement van een andere vennootschap (B). Dit verzoek levert geen problemen op wanneer de beide vennootschappen zetelen in hetzelfde arrondissement. Ligt hun zetel in verschillende arrondissementen, dan is het volgens mij redelijk en doelmatig om de rechtbank die reeds het faillissement van vennootschap B heeft uitgesproken ook bevoegd te achten om het faillissement van A uit te spreken en vervolgens te oordelen over het verzoek tot samengevoegde afwikkeling.

Stel, in beide laatstgenoemde situaties worden de faillissementen van de vennootschappen uitgesproken, maar wordt het verzoek om consolidatie afgewezen. In dat geval zal een of meer faillissementen aanhangig zijn bij de 'verkeerde' rechtbank, dat wil zeggen dat hun faillissementen aanhangig zijn bij een andere rechtbank dan de rechtbank in het arrondissement waar hun zetel is gelegen, vergelijk artikel 2 Fw juncto 1:10 BW. Om mogelijke praktische problemen te beperken kan worden overwogen om in die gevallen verwijzing mogelijk te maken naar de rechtbank in het arrondissement waar de zetel is gelegen van de failliet verklaarde vennootschap die is uitgesloten van consolidatie.[44]

42 Zie: paragraaf 6.1.1.

43 Deze wet dateert van 10 augustus 1951 en is oorspronkelijk gepubliceerd in het Staatsblad van 1951, 347.

44 Zie: paragraaf 6.1.3.

(6) Alvorens de rechtbank beslist op het verzoek tot samengevoegde afwikkeling stelt zij de schuldenaren, hun curator(en) en alle bekende schuldeisers in de gelegenheid om op het verzoek te worden gehoord. Daarnaast kan de rechtbank die (rechts)personen horen, waarvan zij verwacht dat zij voor de beslissing op het verzoek van belang zijnde informatie kunnen verschaffen. Het is alle voornoemde (rechts)personen toegestaan om schriftelijk hun mening kenbaar te maken aangaande het verzoek tot samengevoegde afwikkeling.

Schuldenaren moeten in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord, omdat consolidatie een grote impact kan hebben op hun voortbestaan. Curatoren moeten eveneens de kans krijgen om te worden gehoord, omdat zij als geen ander inzicht kunnen verschaffen in de omstandigheden die een consolidatie kunnen rechtvaardigen of die daar juist tegen pleiten. Voorts moet aan bekende schuldeisers de mogelijkheid worden geboden om te worden gehoord. Het zijn immers vooral hun belangen die door een consolidatie worden beïnvloed. Tot slot kan de rechtbank iedere andere persoon horen, waarvan zij denkt dat deze licht kan laten schijnen op de kwestie. Ter vereenvoudiging van de procedure is het toegestaan schriftelijke zijn gevoelen omtrent het verzoek tot consolidatie kenbaar te maken.[45]

(7)(a) Bij afwijzing van het verzoek tot samengevoegde afwikkeling bestaat gedurende acht dagen, na de dag van de uitspraak, voor de verzoeker tot samengevoegde afwikkeling het recht van hoger beroep.

(7)(b) De schuldenaar die op het verzoek tot samengevoegde afwikkeling is gehoord, heeft gedurende acht dagen na de beslissing tot samengevoegde afwikkeling, het recht van hoger beroep.

(7)(c)(i) De schuldenaar die niet op het verzoek tot samengevoegde afwikkeling is gehoord, heeft gedurende veertien dagen, na de dag der uitspraak, het recht van verzet. Indien hij zich tijdens de uitspraak niet binnen het Rijk in Europa bevindt, wordt die termijn verlengd tot een maand.

(7)(c)(ii) Tegen de uitspraak op het verzet gedaan, kan de schuldenaar gedurende acht dagen na de dag der uitspraak in hoger beroep komen.

(7)(c)(iii) Wordt de beslissing tot samengevoegde afwikkeling vernietigd ten gevolge van het verzet, dan staat voor de oorspronkelijke verzoeker tot samengevoegde afwikkeling hoger beroep open gedurende acht dagen na de dag van de beslissing op het verzet gegeven.

(7)(d)(i) Tegen een beslissing tot samengevoegde afwikkeling bestaat voor iedere schuldeiser, belanghebbende en in voorkomend geval voor de curatoren in de betrokken faillissementen, wanneer zij niet degenen zijn geweest die om samengevoegde afwikkeling hebben verzocht, gedurende acht dagen, na de dag der uitspraak, het recht van verzet.

45 Zie: paragraaf 6.1.4.

(7)(d)(ii) Wordt het verzet door de rechtbank afgewezen dan bestaat voor de schuldeiser, de belanghebbende of de curator(en), wiens in het vorige lid bedoelde verzet is afgewezen, gedurende acht dagen na de dag der uitspraak, het recht van hoger beroep.

(7)(d)(iii) Wordt de beslissing tot samengevoegde afwikkeling vernietigd ten gevolge van het verzet, dan staat voor ieder der schuldenaren en de oorspronkelijke verzoeker tot samengevoegde afwikkeling hoger beroep open gedurende acht dagen na de dag van de beslissing op het verzet gegeven.

(8) Van het arrest, door het gerechtshof gewezen, kunnen de oorspronkelijke verzoeker, de schuldenaren en de in aanbeveling (7)(d)(i) genoemde personen, gedurende acht dagen na de dag der uitspraak, in cassatie komen.

De regeling inzake rechtsmiddelen sluit aan bij de regeling die geldt in geval van faillietverklaring, zie artikel 8 e.v. Fw. De keuze voor dit regime bevordert de eenvoud, maar doet bovenal recht aan het kenmerk van een samengevoegde afwikkeling dat daardoor veel verschillende personen op verschillende, vaak ingrijpende wijzen worden geraakt. Ik heb ervoor gekozen om ook de termijn van acht dagen over te nemen en geen kortere termijn vast te stellen, omdat de beslissing tot consolidatie van dusdanig ingrijpende aard is dat daartoe – binnen de ruimte die een faillissementsprocedure biedt – gedegen beroepsmogelijkheden moeten bestaan.

Onder 'belanghebbende' moet overeenkomstig hetgeen geldt voor artikel 10 Fw worden begrepen degene die, hoewel hij geen schuldeiser van de gefailleerde is, tot hem in enige rechtsbetrekking staat, zoals de verhuurder, een mede-eigenaar of een firmant.[46] Vanwege de meningsverschillen die bestaan omtrent de positie van de curator – is hij wel of geen belanghebbende in de zin van artikel 10 Fw?[47] – verdient het aanbeveling om hem expliciet de bevoegdheid toe te kennen om verzet aan te tekenen. Hij heeft als geen ander inzicht in de verhoudingen tussen de gefailleerden en daarmee in het antwoord op de vraag of samengevoegde afwikkeling onder de gegeven omstandigheden op haar plaats is.

(9) Hoger beroep, verzet en cassatie schorsen de tenuitvoerlegging van de aangevallen beslissing, tenzij de beslissing uitvoerbaar bij voorraad is verklaard.

Deze regel is gerechtvaardigd, omdat een in gang gezette samengevoegde afwikkeling moeilijk omkeerbaar zal zijn.

46 Hof 's-Gravenhage 20 mei 1931, *NJ* 1932, 36.

(10) Wanneer voor dezelfde rechter verknochte zaken aanhangig zijn, kan daarvan voeging worden gevorderd.

Deze aanbeveling is ingegeven door de potentiële stroom van bezwaren die op een negatieve of positieve consolidatiebeslissing kan volgen. Voeging van verknochte zaken is efficiënt en daardoor wordt voorkomen dat tegenstrijdige beslissingen worden genomen.[48]

(11) Een verzoek tot samengevoegde afwikkeling van twee of meer faillissementen kan worden ingediend totdat in één van deze faillissementen een schriftelijk bericht is verstuurd als bedoeld in artikel 115 Fw.

Via dit bericht wordt crediteuren medegedeeld dat een afschrift van de lijsten van voorlopig erkende en betwiste vorderingen ter griffie van de rechtbank is neergelegd en worden zij nogmaals opgeroepen tot de verificatievergadering. Door dit tijdstip beslissend te achten wordt veel werk bespaard. Het nadien mogelijk maken van een consolidatiebeslissing zou nopen tot annulering van de reeds georganiseerde verificatievergadering en organisatie van een geheel nieuwe vergadering. De Hoge Raad heeft immers bepaald dat in een geconsolideerd faillissement slechts als geverifieerde vorderingen kunnen gelden, vorderingen die zijn geverifieerd op een gezamenlijk gehouden verificatievergadering.[49] Dit zou onnodig en kostbaar dubbel werk betekenen, omdat wanneer in de praktijk een verificatievergadering wordt georganiseerd, het faillissement ten einde loopt. Was consolidatie werkelijk op haar plaats geweest, dan had men dit veel eerder kunnen en behoren in te zien. Daarbij verdient het aanbeveling om de in artikel 115 Fw genoemde mededeling op de dag van de verzending van de brieven tevens te publiceren in de Nederlandse Staatscourant, zodat ook onbekende crediteuren op de hoogte kunnen zijn van het aflopen van de mogelijkheid om consolidatie te verzoeken.[50]

(12) De beschikking tot samengevoegde afwikkeling houdt in de benoeming van een of meer curatoren voor de samengevoegde boedel.

Door de samengevoegde afwikkeling defungeert de curator als curator in de bij de consolidatie betrokken enkelvoudig afgewikkelde faillissementen. In het samengevoegd afgewikkeld faillissement moet opnieuw een curator worden benoemd. De rechtbank kan in principe volstaan met de benoeming van één enkele curator in het samengevoegde faillissement, omdat de meeste belangenconflicten

47 Zie de in paragraaf 6.2 aangehaalde jurisprudentie.
48 Zie: paragraaf 6.2.
49 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136, m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).
50 Zie: paragraaf 6.1.5.

door de beslissing tot samengevoegde afwikkeling zijn beslecht. Afhankelijk van de ernst van de resterende (potentiële) belangenconflicten en de omvang van het faillissement, kan de rechtbank wel twee of meer curatoren benoemen.[51]

(13)(a) Verificatie van schuldvorderingen van de schuldeisers van de bij de samengevoegde afwikkeling betrokken schuldenaren vindt voor zover noodzakelijk plaats op een in de samengevoegde procedure gehouden verificatievergadering.

Terecht heeft de Hoge Raad bepaald dat wanneer samengevoegde afwikkeling plaatsvindt één verificatievergadering wordt gehouden in de samengevoegde procedure om zo de crediteuren van alle betrokken debiteuren in de gelegenheid te stellen vorderingen van sommigen onder hen te betwisten.[52]

Evenwel zal niet steeds een verificatievergadering worden gehouden. Ook een samengevoegd afgewikkeld faillissement kan in principe vereenvoudigd worden afgewikkeld overeenkomstig artikel 137a Fw e.v. Kenmerk van deze wijze van afwikkelen is dat geen verificatievergadering wordt gehouden.[53]

(13)(b) Vorderingen voorafgaande aan de samenvoeging van de faillissementen ingediend in het faillissement van één der schuldenaren gelden als ingediend in het samengevoegde faillissement. Indien in een of meer der faillissementen op de dag van de beslissing tot samengevoegde afwikkeling de termijn waarop uiterlijk de schuldvorderingen moeten zijn ingediend nog niet is verlopen, gaat de langst resterende termijn gelden voor de schuldeisers van alle betrokken schuldenaren. Is deze termijn minder dan 10 werkdagen te rekenen vanaf de dag dat in de Nederlandse Staatscourant mededeling is gedaan van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de consolidatiebeslissing of is de termijn in alle faillissementen geheel verlopen, dan wordt deze verlengd tot 10 werkdagen te rekenen vanaf de dag dat in de Nederlandse Staatscourant mededeling is gedaan van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de beslissing tot consolidatie.
Publicatie van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de consolidatiebeslissing moet geschieden binnen 5 werkdagen na het in kracht van gewijsde zijn gegaan van die beslissing, onder vermelding van de (verlengde) termijn voor indiening van de vorderingen. Tevens doet de curator binnen diezelfde termijn aan alle bekende crediteuren mededeling van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de consolidatiebeslissing,

51 Zie: paragraaf 6.3.

52 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 m.nt. G, *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW), overweging 3.3. Zie verder paragraaf 6.4.

53 Art. 137a(1) Fw. Zie echter ook art. 137g Fw: onder omstandigheden kan alsnog een verificatievergadering worden gehouden.

eveneens onder vermelding van de (verlengde) termijn van indiening van de vorderingen.

De eerste zin van deze aanbeveling houdt een administratieve vereenvoudiging in. Met de tweede zin wordt beoogt alle crediteuren een gelijke en reële mogelijkheid te bieden om te profiteren van de consolidatie.
Een (verlengde) indieningstermijn van tien werkdagen te rekenen vanaf de dag dat in de Staatscourant mededeling is gedaan van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de beslissing tot consolidatie acht ik redelijk. Enerzijds omdat de mogelijkheid voor crediteuren om hun vordering in te dienen reëel moet zijn en derhalve de termijn niet te kort mag zijn, terwijl anderzijds een langere termijn de afwikkeling van het faillissement te zeer zou vertragen. De mededeling in de Staatscourant maakt tevens melding van de (verlengde) termijn voor indiening van vorderingen in het samengevoegde faillissement, wederom om een reële mogelijkheid tot het (alsnog) indienen van vorderingen te verzekeren. Om diezelfde reden doet de curator aan alle bekende crediteuren mededeling van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de beslissing tot consolidatie en van (de verlenging van) de resterende termijn voor indiening van de vorderingen.[54]

8.4.4 Gevolgen van samengevoegde afwikkeling

(14) De vermogens van de bij de samengevoegde afwikkeling betrokken schuldenaren gaan samen één boedel vormen.

Gedeeltelijke of voorwaardelijke consolidatie moet naar mijn oordeel niet mogelijk zijn, omdat dit de afwikkeling van de faillissementen c.q. het samengevoegde faillissement in onaanvaardbare mate zou compliceren en vertragen. Bovendien kunnen deze vormen van consolidatie ertoe leiden dat de oorspronkelijk met de samengevoegde afwikkeling gepaard gaande voordelen, teniet worden gedaan, waardoor per saldo niemand erbij is gebaat.[55]

(15) Vorderingen die de bij de samengevoegde afwikkeling betrokken schuldenaren op elkaar hebben vervallen door de samengevoegde afwikkeling.

Deze consequentie is een logische vereenvoudiging, die voortvloeit uit de omstandigheid dat door voldoening van de onderlinge vorderingen de omvang van de samengevoegde boedel per saldo niet zou veranderen. Immers, de vordering alsmede de geldsom waarmee zij zou worden voldaan maken beide al deel uit van deze boedel.[56]

54 Zie: paragraaf 6.4.
55 Zie: paragraaf 5.1.2.
56 Zie: paragraaf 5.3.

(16) De rangorde tussen de schuldeisers wordt bepaald ten aanzien van de samengevoegde boedel.

Dit is een logische consequentie van een algehele consolidatie. Zou een crediteur zijn verhaalsrechten ten aanzien van het vermogen van zijn specifieke debiteur behouden, dan zou sprake zijn van een gedeeltelijke consolidatie, die vaak moeilijk zal zijn uit te voeren in de praktijk.[57]

(17) Indien in een van de bij de samenvoeging betrokken boedels sprake is van een nagekomen bate, moet die worden verdeeld overeenkomstig de voor de samengevoegde boedel vastgestelde uitdelingslijst.

Zou dit anders zijn, dan zou achteraf afbreuk worden gedaan aan de geconsolideerde afwikkeling. De eerder gerechtvaardigd geoordeelde gelijke behandeling van de crediteuren van de verschillende vennootschappen zou worden doorbroken.

(18) Voorrechten op bepaalde goederen (bijzondere voorrechten) worden door de samengevoegde afwikkeling niet geraakt. Algemene voorrechten strekken zich uit over al het actief in de samengevoegde boedel.

De wetgever heeft er bewust voor gekozen om aan bepaalde vorderingen een bijzonder voorrecht te verbinden. Samengevoegde afwikkeling kan daaraan geen afbreuk doen. Dat de belangen van de schuldeisers die beschikken over in de artikelen 3:283-287 BW genoemde vorderingen een extra waarborg verdienen, is een rechtspolitieke keuze die enkel door de wetgever kan worden veranderd.

Algemene voorrechten strekken zich uit over al het actief in de samengevoegde boedel. Door de materiële hoofdelijkheid die het gevolg is van een consolidatie, gaan beide failliete vennootschappen gelden als schuldenaar van de algemeen bevoorrechte crediteur. Waar het voorrecht is verbonden aan het vorderingsrecht van de crediteur, brengt dit met zich dat dit komt te rusten op de goederen van deze beide schuldenaren, dat wil zeggen op alle goederen in de samengevoegde boedel. Deze uitkomst strookt ook met artikel 3:278(2) BW dat bepaalt dat algemene voorrechten rusten op alle tot het vermogen behorende goederen. De vermogens van de gefailleerden zijn door de consolidatie immers één vermogen gaan vormen voor de doeleinden van het faillissement.[58]

57 Zie: paragrafen 5.1.2 en 5.2.1.
58 Zie: paragraaf 5.2.3.

(19) Boedelschulden voorafgaande aan de beslissing tot samengevoegde afwikkeling opgekomen in de afzonderlijke faillissementen, worden aangemerkt als zijnde boedelschulden van de samengevoegde boedel.

Deze regel vloeit voort uit de hiervoor onder (16) voorgestelde regel dat de rangorde tussen de schuldeisers wordt bepaald ten aanzien van de geconsolideerde boedel, maar is ook overigens gerechtvaardigd. De voorrang die boedelschuldeisers genieten ten opzichte van faillissementsschuldeisers wordt gerechtvaardigd doordat de boedelschulden worden gemaakt in het kader van de vereffening van de boedel ten behoeve van deze faillissementschuldeisers.[59] Dit alles is niet anders bij een samengevoegde afwikkeling. Stel, de faillissementen van A en B worden samengevoegd afgewikkeld. De eerder in het faillissement van A door diens curator verrichte handelingen waardoor boedelkosten zijn ontstaan, baten door de samenvoeging van de boedels niet enkel de faillissementsschuldeisers van A, maar ook die van B. Zijn in het faillissement van A voorafgaande aan de beslissing tot samengevoegde afwikkeling zeer veel boedelschulden ontstaan, waardoor na de consolidatie vrijwel al het actief, dus ook het actief dat eerder thuishoorde in de boedel van B, tot voldoening van deze schulden moet worden aangewend, dan zullen de schuldeisers van B worden benadeeld. Deze benadeling kan onder omstandigheden aan consolidatie in de weg staan. Daartoe moet worden bezien of de met de consolidatie voor de gezamenlijke crediteuren van de betrokken vennootschappen gepaard gaande voordelen aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor de schuldeisers van B ermee gepaard gaande nadelen. Wordt deze vraag ontkennend beantwoord, dan moet consolidatie achterwege blijven.[60]

(20)(a) Goederenrechtelijke zekerheden worden door de samengevoegde afwikkeling niet geraakt, tenzij zij rusten op intercompany-vorderingen, in welk geval zij vervallen. De schuldeiser, zekerheidsgerechtigde, komt in dat geval van rechtswege een voorrecht toe op alle goederen in de samengevoegde boedel. Zijn vordering is bevoorrecht voor het bedrag van de vervallen intercompany-vordering. De rechtbank bepaalt in ieder geval afzonderlijk de rang van de bevoorrechte vordering.

Er bestaat geen goede reden om in geval van een samengevoegde afwikkeling een crediteur, die zo alert is geweest om een goederenrechtelijke zekerheid tot betaling van zijn vordering te bedingen, deze zekerheid te ontnemen. De overige crediteuren van de zekerheidverschaffer (de schuldenaar) verliezen daardoor niets, omdat zij ook ingeval van een enkelvoudige afwikkeling geen aanspraak kunnen maken op het tot zekerheid verbonden goed. En de crediteuren van de vennootschap waarvan het faillissement samengevoegd wordt afgewikkeld met dat van de

59 Van Mierlo *TvI* 2004, 55, p. 274 en 275; Polak/Wessels 2001, p. 54, nr. 7104 en Verstijlen 1998, p. 165-168.

60 Zie: paragraaf 5.2.1.4.

zekerheidverschaffer, lopen enkel een voordeel mis. Voorts levert het behoud van goederenrechtelijke zekerheden bij een consolidatie op zichzelf geen complicaties op in vergelijking met een enkelvoudige afwikkeling.

Het verval van goederenrechtelijke zekerheden die rusten op intercompanyvorderingen, vraagt om ingrijpen. De crediteur die zo oplettend is geweest om goederenrechtelijke zekerheden te bedingen, maar die deze buiten zijn toedoen door de consolidatie verloren ziet gaan, verdient bescherming. Hem wordt een voorrecht toegekend op alle goederen in de samengevoegde boedel tot het bedrag van het eerder tot zekerheid verbonden goed. Om te voorkomen dat hij door de consolidatie desalniettemin onevenredig veel wordt bevoordeeld of benadeeld, moet de rang van deze bevoorrechte vordering in ieder geval afzonderlijk door de rechtbank worden vastgesteld.[61]

(20)(b) De uitoefening van persoonlijke zekerheden door een bij de samengevoegde afwikkeling betrokken schuldenaar ten behoeve van een andere daarbij betrokken schuldenaar aan een derde verstrekt, wordt bevroren.

De gedachte achter deze consequentie is als volgt: Door de consolidatie worden de faillissementen afgewikkeld als was er slechts sprake van één failliete entiteit met één vermogen. Deze fictie in combinatie met de eerdere verstrekking van persoonlijke zekerheden leidt ertoe dat de genoemde entiteit zich met haar vermogen eigenlijk aansprakelijk heeft gesteld voor de nakoming van haar eigen schulden, hetgeen geen extra waarborg tot nakoming van die schulden oplevert. Bovendien kan de crediteur die beschikte over een persoonlijke zekerheid zijn vordering nog steeds verhalen op de goederen van beide schuldenaren. Zij het, dat deze goederen geen aparte boedels meer vormen, maar één samengevoegde boedel. Of hij daardoor wordt bevoordeeld of benadeeld ten opzichte van de situatie dat de faillissementen enkelvoudig zouden zijn afgewikkeld, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Wordt hij benadeeld, dan hoeft dit niet zonder meer aan de samengevoegde afwikkeling in de weg staan. Zoals eerder opgemerkt, acht ik een inbreuk op een recht van een individuele crediteur toegestaan wanneer de met de samengevoegde afwikkeling gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren aanzienlijk groter zijn dan het nadeel dat de individuele crediteur lijdt.[62]

(20)(c) Persoonlijke zekerheden door derden verstrekt ten behoeve van een bij de samengevoegde afwikkeling betrokken schuldenaar blijven bestaan.

Door derden verstrekte persoonlijke zekerheden tot betaling van schulden van een of meer van de gefailleerden blijven in tact. Zo kan een derde, D, die zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de schuld van de gefailleerde vennoot-

61 Zie: paragraaf 5.2.2.1.
62 Zie: paragraaf 5.2.2.3.

schap A aan X, voortvloeiende uit de verkoop van een vrachtauto door X aan A, na de samenvoeging van de faillissementen van A en B nog steeds door X worden aangesproken. Voorts moet worden aangenomen dat indien D zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor alle schulden die A op enig moment aan X heeft, hij door de geconsolideerde afwikkeling van de faillissementen van A en B tevens aansprakelijk wordt voor de schulden van B aan X. Dit vloeit voort uit het feit dat A door de consolidatie feitelijk aansprakelijk wordt voor de schulden van B; zijn actieve vermogensbestanddelen worden immers aangewend ter voldoening van zijn eigen zowel als B's schulden. Wil D dit voorkomen dan zal hij zich slechts aansprakelijk moeten stellen voor alle schulden van A die zijn opgekomen vanaf een bepaalde datum tot aan de dag van haar faillietverklaring.[63]

(21)(a) Hij die schuldenaar is van een bij de samengevoegde afwikkeling betrokken schuldenaar en schuldeiser van een andere daarbij betrokken schuldenaar, kan zijn schuld aan de een verrekenen met zijn vordering op de ander voor zover de artikelen 53 tot en met 55 Fw daar voor het overige niet aan in de weg staan.

Verrekening zoals hier omschreven is gerechtvaardigd omdat door de samengevoegde afwikkeling de faillissementen worden afgewikkeld als was er maar één failliete entiteit. Bovendien leidt consolidatie ertoe dat de vermogens van de bij de consolidatie betrokken boedels worden geacht voor de doeleinden van het faillissement één vermogen te zijn, waardoor de schuld van de crediteur aan de ene vennootschap en zijn vordering op de andere vennootschap op het moment van verrekening in één vermogen vallen en is voldaan aan de eis van artikel 6:127(3) BW.[64]

Het voorgaande moet mijns inziens ook gelden ten aanzien van boedelschulden:

(21)(b) Een schuldeiser die voorafgaande aan de beslissing tot samengevoegde afwikkeling een vordering heeft verkregen op de boedel van één van de betrokken schuldenaren, mag deze vordering verrekenen met een schuld die hij voorafgaande aan de beslissing tot samengevoegde afwikkeling had aan de boedel van een andere daarbij betrokken schuldenaar of met een schuld die na de beslissing tot samengevoegde afwikkeling is opgekomen aan de samengevoegde boedel.
Een schuldeiser die voorafgaande aan de beslissing tot samengevoegde afwikkeling een schuld heeft aan de boedel van één der schuldenaren mag deze schuld verrekenen met een vordering die hij voorafgaande aan de beslissing tot samengevoegde afwikkeling heeft verkregen op de boedel van de andere schuldenaar of met een vordering die hij heeft verkregen op de samengevoegde boedel.

63 Zie: paragraaf 5.2.2.3.
64 Zie: paragraaf 5.4.

(22) Wanneer samengevoegde afwikkeling overeenkomstig artikel X van de Faillissementswet plaatsvindt, is het bedrag waarvoor een bestuurder ingevolge artikel 2:138/248 BW aansprakelijk is, het bedrag van het tekort in de samengevoegde boedel.

Door de samenvoeging bestaat immers nog slechts één enkele boedel en derhalve een enkel tekort. Voor de curator zou een andere oplossing veel extra rekenwerk betekenen, omdat hij – ondanks de samenvoeging van de boedels – alsnog zou moeten vaststellen wat het tekort in iedere afzonderlijke boedel zou zijn geweest indien enkelvoudig was afgewikkeld. Die berekening zou vooral moeilijkheden opleveren daar waar door de consolidatie bijvoorbeeld de instelling van een actio Pauliana ten aanzien van intercompany-vorderingen achterwege is gebleven. Voor de berekening van de tekorten in de enkelvoudige boedels zou de curator moeten gissen naar de uitkomsten van dit soort procedures, hetgeen willekeur in de hand werkt. In gevallen waarin wegens vermogensvermenging is geconsolideerd, is een dergelijke berekening zelfs in het geheel niet meer mogelijk. Uitwassen inzake bestuurdersaansprakelijkheid kunnen worden voorkomen door toepassing van de ingevolge 2:138/248(4) BW aan de rechter toekomende matigingsbevoegdheid.[65]

Conclusie

Invoering van een *wettelijke* regeling inzake samengevoegde afwikkeling biedt vooral meerwaarde doordat de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid onder schuldenaren en hun schuldeisers daardoor wordt vergroot. De invoering van een regeling inzake samengevoegde afwikkeling betekent echter geenszins dat te pas en te onpas tot samengevoegde afwikkeling kan worden overgegaan. Integendeel, enkelvoudige afwikkeling is en blijft de regel. Samengevoegde afwikkeling moet uitzondering zijn. Samengevoegde afwikkeling dient slechts plaats te vinden wanneer de daarmee gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke schuldeisers van de betrokken vennootschappen aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen. Welke schuldeisers bij een consolidatie zijn gebaat en welke schuldeisers daarvan nadeel ondervinden, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Eenduidige regels moeten worden opgesteld aangaande de besluitvorming tot consolidatie. Gezien de invloed die consolidatie kan hebben op de belangen van de verschillende bij een faillissement betrokken partijen, is het van groot belang dat de besluitvorming daartoe zorgvuldig geschiedt, dat wil zeggen dat de beslissing wordt genomen door een onafhankelijke en onpartijdige instantie, nadat alle belanghebbenden in de gelegenheid zijn gesteld om op het verzoek tot consolidatie te worden gehoord.

65 Zie: paragraaf 5.6.

Voorts moet worden voorkomen dat onduidelijkheid bestaat over de gevolgen van een consolidatie. Daartoe zullen de belangrijkste consequenties in de wettekst of in de daarbij behorende toelichting moeten worden verduidelijkt. Daarmee is niet enkel het belang dat schuldenaren en hun schuldeisers hebben bij vergroting van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid gediend, maar tevens wordt de rechtbank daarmee inzicht verschaft in de gevolgen die een beslissing tot samengevoegde afwikkeling heeft, waardoor zij beter in staat wordt gesteld om voorafgaand aan de beslissing te bepalen of een consolidatie in een concreet geval op haar plaats is.

Samenvatting

Concernverhoudingen en faillissement

Tussen tot een concern behorende vennootschappen bestaat doorgaans een sterke financiële, organisatorische, economische en personele verwevenheid. Desondanks worden de vennootschappen geacht hun juridische zelfstandigheid te hebben behouden. Dit laatste kenmerk treedt op de voorgrond wanneer een aantal concernvennootschappen heeft opgehouden met betalen en hun faillissement wordt aangevraagd. Deze insolvente vennootschappen worden dan losgemaakt uit het concernverband en worden ook onderling gescheiden. Hun boedels worden afzonderlijk afgewikkeld. In de Nederlandse praktijk blijkt deze afzonderlijke afwikkeling tot diverse problemen aanleiding te geven. De tussen de vennootschappen bestaande verwevenheid blijkt soms zo ver te zijn doorgevoerd dat de vermogensscheiding tussen de vennootschappen niet meer in acht is genomen en (een deel van) hun activa en passiva zijn vermengd. Indien deze vermenging gepaard gaat met een gebrekkige administratie is het voor curatoren onmogelijk om de aangetroffen activa en passiva volgens een reële verdeelsleutel toe te delen aan de failliete vennootschappen. Die moeilijkheid wordt nog versterkt doordat de verwevenheid tussen concernvennootschappen af en toe verwarring doet ontstaan bij crediteuren over de identiteit van hun wederpartij. Bovendien wordt in de verschillende faillissementen vaak dezelfde persoon als curator benoemd, waardoor het voorts moeilijk blijkt om een rechtvaardige verdeelsleutel te vinden voor toedeling aan de failliete boedels van de door die curator gemaakte kosten en diens salaris.

In de Nederlandse insolventiepraktijk wordt aan deze moeilijkheden met enige regelmaat het hoofd geboden door over te gegaan tot samengevoegde afwikkeling van de failliete boedels. Alle activa en passiva van de betrokken vennootschappen worden samengevoegd tot één boedel, waardoor toedeling van vermogensbestanddelen en van kosten overbodig wordt en intercompany-vorderingen vervallen.

Naast de voornoemde praktische problemen zijn aan enkelvoudige afwikkeling van de faillissementen van onderling in een concern verbonden vennootschappen enkele meer dogmatische problemen verbonden. Soms blijkt na faillietverklaring bijvoorbeeld dat de verschillende schuldeisers in ongelijke posities verkeren. Grote schuldeisers, zoals de bank, verbinden doorgaans alle concernvennootschappen tot terugbetaling van leningen die zij hebben verstrekt aan een of meer concernvennootschappen. Zij zijn in staat het concern als een eenheid te

benaderen. Ook na faillietverklaring van een of meer concernvennootschappen, waardoor normaliter de tussen deze vennootschappen bestaande eenheid wordt doorbroken, kunnen zij deze houding handhaven. Kleinere crediteuren hebben in theorie ook mogelijkheden om het concern als een eenheid te benaderen, maar blijken daartoe in de praktijk meestal niet in staat te zijn (geweest). Om te bereiken dat alle schuldeisers na faillietverklaring van een of meer vennootschappen het concern als een eenheid kunnen (blijven) benaderen, kan samengevoegde afwikkeling worden overwogen. Echter, alleen indien de crediteuren zijn misleid door de gefailleerde vennootschappen of de vennootschappen tegenover de crediteuren misbruik hebben gemaakt van hun machtspositie. Maar zelfs in die gevallen is terughoudendheid geboden, omdat samengevoegde afwikkeling ingrijpende, soms nadelige, gevolgen heeft voor andere dan deze kleine crediteuren. Voorts mag samengevoegde afwikkeling niet plaatsvinden omdat het doorbreken van de eenheid die het concern ten opzichte van de bank is, lastig is. Bijvoorbeeld omdat het door middel van een actio Pauliana aantasten van rechtshandelingen waarbij de bank aanvullende zekerheden heeft verkregen van een verbonden vennootschap, moeilijk is.

Samengevoegde afwikkeling is geen panacee en kent haar eigen bezwaren. Zo zijn niet steeds alle crediteuren bij een samengevoegde afwikkeling gebaat, omdat de activa/passiva-verhoudingen van de betrokken vennootschappen (voor zover vast te stellen) doorgaans verschillen, waardoor crediteuren van de 'rijkste' vennootschap er op achteruit gaan. Bovendien heeft het feit dat samengevoegde afwikkeling een reactie is op in de praktijk opgekomen problemen bij de afwikkeling van faillissementen van concernvennootschappen, ertoe geleid dat een aantal aspecten van dit fenomeen in Nederland (nog) onduidelijk is. Denk aan vragen zoals wie beslist over een samengevoegde afwikkeling en wanneer is zij precies op haar plaats? Het is derhalve van groot belang dat een norm wordt opgesteld, waarmee de voordelen van een samengevoegde afwikkeling worden erkend, maar eveneens de nadelen ervan niet uit het oog worden verloren. Om de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid onder schuldenaren en hun schuldeisers te vergroten, verdient het daarbij aanbeveling die norm op te nemen in de Faillissementswet.

Wie bij een consolidatie is gebaat en wie daarvan nadeel ondervindt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit brengt met zich dat een strikte regel die aangeeft in welke gevallen consolidatie op haar plaats is moeilijk is te geven. Mijns inziens moeten boedels samengevoegd worden afgewikkeld indien (1) het aan de betrokken boedels toebehorend vermogen feitelijk geheel of ten dele is samengevoegd, zodanig dat nog slechts een willekeurige verdeling van dat vermogen mogelijk is, (2) de gefailleerden met de crediteuren hebben gehandeld als vormden zij een eenheid of (3) enkelvoudige afwikkeling naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat de met de consolidatie gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren van de betrokken vennootschappen aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen. Het is vooral voor dit derde geval van belang dat de gevolgen van een consolidatie duidelijker worden, zodat de rechtbanken een goed beeld krijgen van

het ingrijpende karakter daarvan en zij beter in staat worden gesteld om voorafgaand aan de beslissing op het verzoek tot consolidatie te bepalen of een consolidatie in dat concrete geval redelijk is.

Met de eis dat de voordelen *aanzienlijk zwaarder* moeten wegen dan de nadelen wil ik tegemoet komen aan de bezwaren die voortvloeien uit (a) het feit dat deze afweging steeds een waardeoordeel zal inhouden en (b) de omstandigheid dat de verschillende voor- en nadelen vooraf vaak moeilijk in geld zijn uit te drukken en moeilijk kwantificeerbaar zijn, waardoor de afweging wordt bemoeilijkt.

Uit het voorgaande mag duidelijk zijn dat enkelvoudige afwikkeling volgens mij de regel is en ook de regel moet blijven. Samengevoegde afwikkeling moet uitzondering zijn. Samengevoegde afwikkeling dient slechts plaats te vinden wanneer het belang van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerden daarbij is gebaat en de belangen van individuele schuldeisers daarbij niet onevenredig worden geschaad.

Aan samengevoegde afwikkeling moet evenwel geen subsidiair karakter worden toegekend, in die zin dat slechts tot consolidatie mag worden besloten wanneer is gebleken dat meer gangbare acties zoals een onrechtmatige-daadactie of een actio Pauliana geen uitkomst bieden. Ook in de gevallen waarin dit soort acties uitkomst kan bieden, zou ik niet per definitie daarvoor willen kiezen. Soms biedt samengevoegde afwikkeling – gezien ook de overige omstandigheden van het geval – een redelijkere uitkomst voor de crediteuren van de betrokken gefailleerden. Daarvan zal bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de voordelige gevolgen van consolidatie voor de betrokken crediteuren aanzienlijk zwaarder wegen dan de nadelige gevolgen ervan of zij deze nadelige gevolgen opheffen. Denk aan het geval waarin de vermengde vermogens van de gefailleerde rechtssubjecten nog kunnen worden gescheiden en op orde kunnen worden gebracht met behulp van diverse beroepen op de actio Pauliana, maar deze gang van zaken zo kostbaar is dat crediteuren uiteindelijk geen uitkering hoeven te verwachten, terwijl zij bij samengevoegde afwikkeling vanwege de kostenbesparing wel een gedeelte van hun vordering voldaan zouden krijgen.

Naar aanleiding van de (voorzichtig) voortschrijdende ideeën omtrent en mogelijkheden tot samengevoegde afwikkeling is in Nederland bovendien de vraag opgeworpen of onder omstandigheden uitbreiding van het faillissement mogelijk moet zijn naar met de failliete vennootschap verbonden vennootschappen, die zelf nog niet het voorwerp zijn van een insolventieprocedure. Daarna kan samengevoegde afwikkeling van de betrokken boedels volgen.[1] Met het mogelijk maken van uitbreiding van insolventieprocedures kan een einde worden gemaakt aan het geschuif met vennootschappen dat soms voorafgaande aan een faillissement plaatsvindt in het kader van zogenaamde sterfhuisconstructies, waarbij welvarende delen van het concern voorafgaande aan het faillissement zoveel mogelijk worden gescheiden van de zwakke delen. Deze scheiding kan met een bepaalde wil-

1 O.a. door Slagter 1988, p. 129-130 en Winter 1993, p. 13-14; idem *TvI* 1995, p. 6-7.

lekeur gepaard gaan, omdat de concernvennootschappen die nu welvarend zijn deze positie te danken hebben aan financiële hulp van de concernvennootschappen die failliet zijn gegaan.[2] Maar ook aan deze techniek zijn bezwaren verbonden. Bijvoorbeeld moet worden voorkomen dat goed functionerende vennootschappen zonder meer in een faillissement worden getrokken.[3]

Oorsprong en achtergrond van samengevoegde afwikkeling

Om een beter beeld te krijgen van de voor- en nadelen die aan een samengevoegde afwikkeling zijn verbonden, is onderzoek gedaan de rechtsregels inzake samengevoegde afwikkeling in de Verenigde Staten, Frankrijk, Nieuw-Zeeland en Ierland. Opmerkelijk is dat in de Verenigde Staten en Frankrijk samengevoegde afwikkeling in de jurisprudentie tot ontwikkeling is gekomen, terwijl in Nieuw-Zeeland en later ook in Ierland direct wettelijke regelingen in het leven zijn geroepen.[4] In Nederland wordt het bestaan van de mogelijkheid tot samengevoegde afwikkeling thans afgeleid uit een enkel arrest van de Hoge Raad.[5] In het oog springt verder dat in de landen die een jurisprudentiële consolidatieregeling kennen, geen noemenswaardige afbakening van de reikwijdte van deze actie heeft plaatsgevonden. Consolidatie is in de Verenigde Staten en Frankrijk mogelijk tussen verschillende soorten rechtssubjecten. Bovendien kunnen zowel reorganisaties als faillissementen samengevoegd worden afgewikkeld. Ook in Nederland lijkt dit alles thans mogelijk. In Nieuw-Zeeland en Ierland is de reikwijdte van de mogelijkheid tot samengevoegde afwikkeling daarentegen bij wet beperkt. Enkel liquidaties geopend ten aanzien van onderling verbonden vennootschappen kunnen ten tijde van de afronding van dit boek samengevoegd worden afgewikkeld. Het verdient naar mijn mening geen aanbeveling om samengevoegde afwikkeling in Nederland – vergelijkbaar met hetgeen geldt in Nieuw-Zeeland en Ierland – te beperken tot vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden. Daardoor zou de reikwijdte van deze actie onterecht worden beperkt. De problemen die door middel van samengevoegde afwikkeling kunnen worden opgelost doen zich namelijk niet enkel voor bij groepsmaatschappijen.

In alle onderzochte rechtsstelsels blijkt samengevoegde afwikkeling een reactie te zijn op in de praktijk opgekomen problemen bij de afwikkeling van insolventieprocedures van onderling verbonden rechtssubjecten. Het betreft aan de ene kant reacties op onbehoorlijk of zelfs frauduleus handelen van de schuldenaren jegens hun crediteuren en aan de andere kant reacties die een praktische oplossing inhouden voor problemen ontstaan door tussen de rechtssubjecten opgetreden vermogensvermenging of een vermenging van hun activiteiten. Steeds staan

2 Winter 1993, p. 14 en idem *TvI* 1995, p. 7.
3 Winter 1993, p. 14 en idem *TvI* 1995, p. 7.
4 Artt. 271 en 272 CA 1993 (NZ) en art. 141 CA 1990 (IE).
5 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136, m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

daarbij de belangen van de crediteuren centraal. Het nadeel dat zij hebben geleden door het onbehoorlijke of frauduleuze optreden van hun schuldenaar wordt door de samengevoegde afwikkeling voor zover mogelijk ongedaan gemaakt, of er wordt voorkomen dat een kostbare en arbitraire verdeling van vermogensbestanddelen tot stand moet worden gebracht die niet is te verantwoorden tegenover de crediteuren van de gefailleerden.

Zoals eerder opgemerkt, zal echter niet iedere crediteur bij een consolidatie zijn gebaat. Met dit gegeven wordt niet in alle onderzochte rechtsstelsels expliciet rekening gehouden. Vooral in de Amerikaanse rechtspraak wordt aandacht besteed aan dit nadeel dat gepaard kan gaan met een consolidatie. Maar ook in Nieuw-Zeeland wordt daar in de jurisprudentie rekening mee gehouden. In Frankrijk wordt daarentegen slechts af en toe in de literatuur melding gemaakt van dit nadeel.[6] In Nederland is samengevoegde afwikkeling in eerste instantie vooral een reactie geweest op het aantreffen van een vermogensvermenging. In dat geval worden crediteuren doorgaans niet aanwijsbaar benadeeld, omdat niet kan worden vastgesteld welke van de vennootschappen de rijkste is. Evenwel is met de toenemende aandacht voor consolidatie ook in Nederland gesignaleerd dat consolidatie voor sommige crediteuren nadelig kan zijn.[7] In de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels waar dit en andere nadelen in ogenschouw worden genomen, wordt vervolgens aan de hand van een afweging van voor- en tegenargumenten bepaald of samengevoegde afwikkeling op haar plaats is. Dit blijkt vooral uit de Amerikaanse *balancing tests*, maar ook de Nieuw-Zeelandse bepaling laat de rechter veel vrijheid bij zijn afweging of – gezien de omstandigheden van het geval – consolidatie *just and equitable* is.

In Nederland zou naar mijn mening ook een belangenafweging moeten plaatsvinden. Consolidatie moet mogelijk zijn indien enkelvoudige afwikkeling naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat de met de consolidatie gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren van de vennootschappen aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen.

Gronden voor samengevoegde afwikkeling

In de onderzochte rechtsstelsels kunnen diverse gronden voor samengevoegde afwikkeling worden onderscheiden. Allereerst valt op dat in die rechtsstelsels een onontwarbare vermogensvermenging, inhoudende dat niet meer kan worden vastgesteld welke vermogensbestanddelen aan welke vennootschap toebehoren, een samengevoegde afwikkeling rechtvaardigt. Mijns inziens is dit terecht, omdat iedere vorm van verdeling in dat geval een willekeurig karakter zal hebben en niet zal zijn te verantwoorden tegenover de crediteuren en in voorkomend geval de

6 Over Ierland kan bij gebrek aan gepubliceerde uitspraken en literatuur geen uitspraak worden gedaan.

7 Josephus Jitta 1999, p. 105-106.

debiteuren en hun aandeelhouders. Daarbij moet naar mijn oordeel niet alleen een algehele vermogensvermenging consolidatie kunnen rechtvaardigen, maar moet ook een partiële vermogensvermenging daartoe voldoende worden geacht. Zou dit anders zijn, dan blijft het probleem bestaan dat geen deugdelijke toedelingsmaatstaf kan worden gevonden voor het vermengde deel van de beide vermogens. In Frankrijk wordt naast de genoemde invulling van het begrip vermogensvermenging een tweede, ruimere invulling van dit begrip gehanteerd. Ingevolge deze tweede definitie is sprake van vermogensvermenging wanneer tussen de vennootschappen ongebruikelijke financiële relaties hebben bestaan, zoals het verschaffen van diensten tegen een prijs beneden de marktwaarde van die diensten. Naar mijn oordeel behoort aan traceerbare ongebruikelijke financiële betrekkingen in beginsel geen aandacht te worden besteed in het kader van een vermogensvermenging en verdient het de voorkeur om die betrekkingen voor zover zij benadelend zijn geweest voor de schuldeisers van de failliet met andere middelen, waaronder de actio Pauliana, aan te pakken. Door middel van een actio Pauliana kunnen specifiek die rechtshandelingen worden aangepakt die benadelend zijn geweest. Zonder nadere reden is een consolidatie, die niet slechts leidt tot ongedaanmaking van de ongebruikelijke transactie, niet gerechtvaardigd. Door de consolidatie zou sommige crediteuren niet slechts een voordeel ontgaan, maar eveneens onevenredig nadeel worden toegebracht. Waarbij ik wel wil aantekenen dat de kostenbesparing die bij een consolidatie kan optreden omdat een actio Pauliana ten aanzien van een intercompany-transactie achterwege kan blijven, als voordeel mag worden meegenomen in de genoemde afweging van voor- en nadelen van een consolidatie voor crediteuren.

Een tweede omstandigheid waaraan in de onderzochte rechtsstelsels aandacht wordt besteed in consolidatiezaken is de financiële, economische, organisatorische en personele verbondenheid die vaak tussen concernvennootschappen bestaat. Hoewel deze vormen van verbondenheid afzonderlijk kunnen optreden, blijken zij in de praktijk vaak samen te gaan. Desalniettemin is hun invloed op een consolidatiebeslissing verschillend. Financiële verbondenheid speelt in alle onderzochte rechtsstelsels een rol. Soms in het kader van een onderzoek naar het bestaan van vermogensvermenging, maar meestal als een zelfstandige factor bij de beoordeling van een consolidatieverzoek. Daarbij geven de diverse vormen van financiële verbondenheid verschillende signalen af en wordt soms aan een bepaalde financiële band zelfs door de ene instantie een argument voor en door de andere instantie een argument tegen consolidatie ontleend. Zo wordt het hebben verstrekt van zekerheden voor elkaars schulden aan derden door sommige Amerikaanse en Franse rechters gezien als een argument dat pleit voor consolidatie[8], terwijl diver-

8 Zie bijvoorbeeld de Amerikaanse zaken *In re Vecco Construction Industries Corp.*, 4 B.R. 407, 410-411 (Bankr. E.D. Va. 1980) en *In re Richton International Corp.*, 12 B.R. 555, 558 (Bankr. S.D. N.Y. 1981) en de Franse zaken Cass. com. 25 mei 1993, nr. 91-10998 met betrekking tot fictiviteit van de vennootschap en Cass. com. 2 maart 1999, nr. 95-14007 en Cass. com. 7 december 1999, nr. 97-14119 beide met betrekking tot vermogensvermenging als grondslag voor consolidatie; de Franse zaken zijn niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, maar wel te vinden op <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

se andere Amerikaanse en Franse rechters – mijns inziens terecht – betogen dat het verstrekken van dat soort zekerheden juist het bestaan van afzonderlijke rechtssubjecten met eigen rechten en plichten onderstreept.[9] Naar mijn mening verdient de financiële verbondenheid van de vennootschappen waarvan men de faillissementen samengevoegd wil afwikkelen zeker aandacht bij de beoordeling of samengevoegde afwikkeling op haar plaats is, omdat het faillissement het vermogen van het betrokken rechtssubject raakt, maar zij kan samengevoegde afwikkeling in de regel niet rechtvaardigen

Naast financiële verbondenheid, speelt economische verbondenheid vooral in de Verenigde Staten en Nieuw-Zeeland een rol bij de beantwoording van de vraag of een samengevoegde afwikkeling op haar plaats is. In Nederland is het feit dat tussen de vennootschappen economische banden bestaan op dit moment weinig relevant. Centraal staat hier meestal de vraag of de vermogens van de vennootschappen zijn vermengd. Dit geldt ook voor Frankrijk, waar in het verleden door lagere rechters met een beroep op de economische eenheid die de vennootschappen vormen wel eens tot uitbreiding annex consolidatie van insolventieprocedures is besloten[10], maar de *Cour de cassation* desondanks strikt heeft vastgehouden aan het oordeel dat enkel vermogensvermenging of het bestaan van een fictieve vennootschap daartoe aanleiding geeft.

Naar mijn oordeel is het enkele bestaan van economische verbondenheid onvoldoende om een consolidatie te rechtvaardigen. Economisch verbonden vennootschappen, zijn juridisch geheel onafhankelijk van elkaar en hebben een eigen vermogen. Zij hebben eigen actief, waarmee zij hun eigen schuldeisers moeten voldoen. Wel kan economische verbondenheid, indien deze naar buiten toe wordt uitgedragen, bijdragen aan het vertrouwen bij crediteuren op het bestaan van een eenheid en daarmee op de kredietwaardigheid van die eenheid. Dit vertrouwen kan een argument zijn dat pleit voor samengevoegde afwikkeling. Bovendien kan economische verbondenheid de reikwijdte van de consolidatie mede bepalen.[11] Het laat zich denken dat een groep vennootschappen werkzaam is in twee verschillende bedrijfstakken. In geval van faillissement kunnen de faillissementen

9 Zie bijvoorbeeld de Amerikaanse zaken *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 519 (2d Cir. 1988) en *In re Lease-a-fleet, Inc.*, 141 B.R. 869, 876 (Bankr. E.D. Pa. 1992). En zie voor Frankrijk bijvoorbeeld: CA Parijs 16 januari 1986 *Rev. soc.*, 1986, p. 445, m.nt. Calendini: het verstrekken van kruislingse zekerheden aan derden wijst op het bestaan van twee afzonderlijke rechtssubjecten met een eigen vermogen en bewijst niet het bestaan van vermogensvermenging. Vergelijk ook: CA Colmar 21 maart 1972, *RtDCom.* 1973, p. 357-358 en voorts CA Versailles 3 februari 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 535, 536: 'Considérant qu'il est exact également que les cautions accordées par la SCI BFL à la BNP (…) pour le prêt accordé à la SARL Floralies du Val'd'Oise et (…) pour le prêt accordé à la SARL FVO ne constituent qu'un indice secondaire de la confusion des patrimoines.'

10 Bijv.: Trib. com. Parijs 13 februari 1986, *Gaz. Pal*. 1986, som., p. 220, m.nt. Marchi en CA Parijs 20 maart 1986, *Rev soc*. 1987, p. 98, m.nt. Guyon.

11 Zie voor de Verenigde Staten: *In re Interstate Stores, Inc*. 1978 Bankr. LEXIS 11 (Bankr. S.D. N.Y. 1978) en voor Nederland: de faillissementen van de Nederlandse vennootschap Verzekerd Keur BV e.a.

van de vennootschappen die werkzaam zijn in één bepaalde bedrijfstak dan samengevoegd worden afgewikkeld. Daardoor ontstaan twee samengevoegde faillissementen in tegenstelling tot één samengevoegd faillissement betreffende alle vennootschappen die behoren tot de groep. Deze tweedeling is vaak beter te verantwoorden tegenover crediteuren, die veelal in één bepaalde bedrijfstak opereren en geen weet hebben van het feit dat hun debiteur behoort tot een omvangrijk concern.

Ten slotte de organisatorische en personele verbondenheid. Deze gaan vaak hand in hand. Regelmatig richt een natuurlijk of rechtspersoon bijvoorbeeld twee of meer vennootschappen op waarvan hij aandeelhouder/bestuurder wordt. Hij stemt vervolgens het beleid van beide vennootschappen op elkaar af en zorgt dat de uitvoering ervan strikt wordt nageleefd. Dit betekent evenwel nog niet dat de vennootschappen als een eenheid op de markt optreden en zij geen zelfstandig vennootschappelijk leven leiden. Evenmin zegt dit iets over hun vermogenstoestand. Men ziet dan ook dat organisatorische en personele verbondenheid in de onderzochte rechtsstelsels slechts een beperkte rol spelen bij de beoordeling van een consolidatieverzoek. Deze benadering is mijns inziens juist.

In de Verenigde Staten en Frankrijk wordt soms bovendien het oneigenlijk gebruik van vennootschappen voldoende grond geacht om over te gaan tot samengevoegde afwikkeling van de faillissementen van de achterman en de vennootschap. Denk bij oneigenlijk gebruik aan het inzetten van vennootschappen om concurrentiebedingen te omzeilen of crediteuren te benadelen. In de Verenigde Staten wordt in dit verband wel een beroep gedaan op *alter ego*- of *instrumentality*-overwegingen. Deze gang van zaken is op hevige kritiek gestuit. Terecht betogen een aantal auteurs dat het aanmerken van een vennootschap als een instrument in handen van een andere vennootschap nietszeggend is. Het is een etiket dat een lading omstandigheden moet dekken, die niet allemaal relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of consolidatie op haar plaats is. Met name is bezwaarlijk dat deze benadering gericht is op het handelen van de achterman, terwijl in faillissementssituaties het belang van de crediteuren voorop dient te staan.[12] Hetzelfde geldt voor de Franse tendens om het faillissement van de achterman uit te breiden naar de vennootschap (of omgekeerd) omdat de vennootschap fictief is. Ook hier staan de bedoeling en het handelen van de achterman centraal.

Samengevoegde afwikkeling van de faillissementen van de achterman en de vennootschap baat in deze gevallen niet altijd de betrokken crediteuren van beide rechtssubjecten. Vaak worden de crediteuren van de achterman onevenredig benadeeld, bijvoorbeeld omdat in het faillissement van de vennootschap veel boedelschuldeisers zitten die zich na de samenvoeging met voorrang op het samengevoegde vermogen mogen verhalen, waardoor voor de concurrente crediteuren van de vennootschap en de achterman weinig meer overblijft.

12 Vgl. Kors *U.Pitt.L.Rev.* 1998, p. 440-441 en 445-446.

Naar mijn oordeel moet in faillissementssituaties het belang van de gezamenlijke crediteuren van de verschillende vennootschappen voorop staan. Dat betekent dat in Nederland wat betreft de norm voor consolidatie geen aansluiting moet worden gezocht bij het leerstuk van de vereenzelviging, dat zich (in gevallen betreffende aansprakelijkheid) immers eveneens concentreert op het misbruik dat de achterman kan maken van het identiteitsverschil dat bestaat tussen hem en de vennootschap. Dit, ondanks de overeenkomsten die bestaan tussen vereenzelviging en consolidatie en de vergelijkbare gevolgen die deze acties kunnen hebben. Mijn voorkeur gaat als gezegd onder meer uit naar een belangenafweging waarbij rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval en de te verwachten gevolgen van een samengevoegde afwikkeling voor de crediteuren.

De wisselende effecten van een consolidatie op de positie van crediteuren blijken reeds uit het voorgaande. Sommige crediteuren zijn erbij gebaat, terwijl andere er nadeel van ondervinden. Met dien verstande dat deze benadeling niet kan worden vastgesteld wanneer tot samengevoegde afwikkeling wordt besloten, omdat de vermogens van de schuldenaren onontwarbaar zijn vermengd. Deze wisselende effecten van een consolidatie hebben met name in de Verenigde Staten ertoe geleid dat samengevoegde afwikkeling met grote voorzichtigheid wordt toegepast. Een verslechtering van de verhaalspositie van een bepaalde groep crediteuren betekent daar echter niet zonder meer dat consolidatie geen doorgang kan vinden. Soms heeft een enkeling zich op te offeren voor het grotere geheel. Mijns inziens is deze visie juist. Ik ben van mening dat een consolidatie doorgang kan vinden wanneer de met de consolidatie gepaard gaande voordelen voor de gezamenlijke crediteuren van de betrokken vennootschappen aanzienlijk zwaarder wegen dan de voor sommigen van hen ermee gepaard gaande nadelen.

Een benadeelde crediteur moet niet op compensatie rekenen. Een gedeeltelijke of voorwaardelijke consolidatie, waarbij tegemoet wordt gekomen aan de belangen van de benadeelde crediteur, wijs ik af, omdat dit in de praktijk zeer bewerkelijk is en uiteindelijk vaak de positieve gevolgen van een consolidatie teniet zal doen. Een crediteur kan wel proberen aan te tonen dat de consolidatie jegens hem onrechtmatig is, maar ik verwacht dat deze actie hem in de praktijk weinig zal baten, omdat reeds door de rechter is bepaald dat de consolidatie – gezien alle omstandigheden van het geval – op haar plaats is.

Regelmatig zal de benadeelde crediteur een crediteur van de 'rijkste' der betrokken vennootschappen zijn die betoogt gerechtvaardigd te hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van zijn specifieke wederpartij. Aan dit betoog kan – gelijk hetgeen doorgaans in de Verenigde Staten geschiedt, maar anders dan in Frankrijk – niet zonder meer voorbij worden gegaan. Kan de crediteur aantonen dat hij daadwerkelijk gerechtvaardigd heeft vertrouwd op de kredietwaardigheid van zijn wederpartij, dan moet de benadeling die deze crediteur door de consolidatie zal ondervinden, worden meegenomen in de eerder genoemde afweging van voor- en nadelen.

Ook is het mogelijk dat de crediteuren betogen te hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van de vennootschappen gezamenlijk, dat wil zeggen op het

bestaan van één entiteit. Dit laatste zal zich naar mijn verwachting echter zelden voordoen, maar biedt in die gevallen waar crediteuren dit kunnen aantonen een sterk argument vóór consolidatie. Overigens vallen crediteuren die weet hebben van het bestaan van een groep en hebben vertrouwd op de concernverbondenheid mijns inziens niet in deze categorie.[13] Zij zijn immers op de hoogte van het bestaan van afzonderlijke rechtssubjecten en hadden indien zij de kredietwaardigheid van hun specifieke debiteur onvoldoende achtten, maatregelen moeten nemen en in concreto een andere groepsmaatschappij tot betaling van dezelfde schuld moeten verbinden.

Vindt er een botsing plaats tussen crediteuren die gerechtvaardigd hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van hun specifieke wederpartij en crediteuren die gerechtvaardigd hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van het concern als een eenheid, dan moeten hun posities worden vertaald in voor- en nadelen van de consolidatie, die vervolgens moeten worden meegenomen in de ruimere afweging van voor- en nadelen als hiervoor genoemd.

Niet alleen crediteuren, maar ook aandeelhouders kunnen door een consolidatie worden benadeeld, namelijk wanneer zij bij enkelvoudige afwikkeling een uitkering zouden ontvangen, die door de samenvoeging zal toekomen aan de crediteuren van een verbonden vennootschap. Er treedt dan een botsing op tussen de belangen van de aandeelhouders van de ene vennootschap en de crediteuren van de andere vennootschap. Dienaangaande moet naar mijn mening in Nederland, gelijk hetgeen in enkele onderzochte buitenlandse rechtsstelsels wordt aangenomen, voorrang worden verleend aan de belangen van de crediteuren. Het doel van de huidige Faillissementswet is immers het dienen van het belang van de gezamenlijke crediteuren van de gefailleerde.[14] Andere belangen worden wel in ogenschouw genomen, maar kunnen niet prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Hoewel deze opvatting is opgekomen in enkelvoudig afgewikkelde faillissementen, verdient zij ook navolging in samengevoegd afgewikkelde faillissementen. Ik acht het billijk dat de aandeelhouder een groter risico draagt dan een crediteur, omdat hij – anders dan een crediteur – risicodragend kapitaal verschaft en hij over vennootschapsrechtelijke bevoegdheden beschikt die hem de mogelijkheid bieden om in te grijpen wanneer het fout dreigt te gaan. Dit laatste geldt zeker in groepsverhoudingen, waar de aandeelhouder vaak een insider is die de meerderheid van de aandelen houdt.

Soms worden de nadelige consequenties die een samengevoegde afwikkeling kan hebben voor crediteuren of aandeelhouders overigens (gedeeltelijk) ongedaan gemaakt door de ermee gepaard gaande voordelen. Men moet dan vooral denken aan de met de samenvoeging gepaard gaande administratieve vereenvoudiging (gecombineerde verslaglegging, organisatie van slechts één verificatievergadering, etc.) die kostenbesparingen tot gevolg kan hebben en daarmee een gunstig effect heeft op de uitkeringen die kunnen worden gedaan. Daarnaast is in de Verenigde Staten en in beperktere mate ook in Nieuw-Zeeland opgemerkt dat een

13 Vgl. art. 272(3) CA 1993 (NZ) art.141(5) CA 1990 (IE).

14 Vgl. Van der Feltz, I, p. 27, MvT en p. 339, MvT op artikel 20 Fw.

samengevoegde afwikkeling positieve gevolgen kan hebben voor een reorganisatie. Consolidatie betekent ook hier een administratieve vereenvoudiging, waardoor de reorganisatie sneller en met minder kosten kan plaatsvinden. Voor Nederland kunnen vergelijkbare argumenten worden aangedragen daar waar een akkoord kan worden overeengekomen in faillissement. Er hoeft na de samenvoeging immers maar één akkoord te worden opgesteld, waarover één maal wordt gestemd. Dit vloeit voort uit de omstandigheid dat de faillissementen van de betrokken schuldenaren door de samenvoeging worden afgewikkeld als was er slechts sprake van één enkel faillissement dat is geopend ten aanzien van één enkele debiteur, waardoor voor de betalingsproblemen van de groep vennootschappen één en dezelfde oplossing moet worden gezocht. Blijkt de oplossing besloten te liggen in een akkoord, dan moeten de betrokken schuldenaren gezamenlijk één akkoord aanbieden aan hun gezamenlijke crediteuren, zo wordt ook in verschillende onderzochte buitenlandse rechtsstelsels aanvaard. Indien het akkoord wordt geaccepteerd en gehomologeerd, eindigen na het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie alle faillissementen, artikel 161 Fw.

Procedure

Gezien de verschillende en vergaande gevolgen die een samengevoegde afwikkeling kan hebben voor de diverse belanghebbenden is het van belang dat een beslissing tot consolidatie zorgvuldig tot stand komt. Dit brengt naar mijn oordeel met zich dat de beslissing door de rechtbank, als onafhankelijke en onpartijdige instantie, moet worden genomen nadat de belanghebbenden in de gelegenheid zijn gesteld om te worden gehoord. Ook in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels is de rechtbank de beslissende instantie. Andere bij een faillissement betrokken personen, zoals de R-C en de curator, zijn minder geschikt om op het verzoek tot consolidatie te beslissen, omdat zij onvoldoende onafhankelijk zijn en de schijn van onpartijdigheid tegen zich hebben. Instemming van crediteuren of aandeelhouders met de samengevoegde afwikkeling acht ik niet vereist. Zou dit anders zijn, dan wordt een zeer omslachtige procedure gecreëerd, die vaak zal uitmonden in het niet samenvoegen van de boedels waar dit voor de gezamenlijke crediteuren van de betrokken gefailleerden juist wenselijk zou zijn. Een samengevoegde afwikkeling heeft doorgaans immers negatieve gevolgen voor een of meer individuele crediteuren, die indien mogelijk waarschijnlijk tegen een samengevoegde afwikkeling zouden stemmen.

Bij het ontbreken van een gespecialiseerde insolventierechter die bevoegd is inzake grote en gecompliceerde insolventies, moet thans relatief bevoegd worden geacht de rechtbank die het eerste van de betrokken faillissementen heeft geopend. Deze regel is eenvoudig toepasbaar en helder. Deze rechtbank moet naar mijn mening om consolidatie kunnen worden verzocht door iedere schuldenaar, de curator in één der betrokken faillissementen en de commissie uit de schuldeisers. Zij hebben het meeste inzicht in de verhoudingen tussen de verschillende schuldenaren.

De verzoekers moeten een gemotiveerd verzoek tot de rechtbank richten, welk verzoek moet kunnen worden gedaan totdat de curator in één der faillissementen een schriftelijk bericht heeft verstuurd als bedoeld in artikel 115 Fw. Via dit bericht wordt crediteuren medegedeeld dat een afschrift van de lijsten van voorlopig erkende en betwiste vorderingen ter griffie van de rechtbank is neergelegd en worden zij nogmaals opgeroepen tot de verificatievergadering. Door dit tijdstip beslissend te achten wordt werk bespaard en dubbel werk voorkomen.

Voor de gefailleerden, de verzoeker tot consolidatie en andere belanghebbenden moet de mogelijkheid bestaan om zich tegen een positieve of negatieve consolidatiebeslissing te verweren. Vanwege de eenvoud verdient het aanbeveling om hiertoe aansluiting te zoeken bij artikel 8 Fw e.v., waarin de rechtsmiddelen tegen een vonnis tot faillietverklaring of de afwijzing van een verzoek daartoe zijn opgenomen. Bovendien doet deze regeling recht aan het kenmerk van insolventies dat daardoor veel verschillende personen worden geraakt.

Gevolgen

Samengevoegde afwikkeling heeft tot gevolg dat de boedels van de failliete rechtssubjecten worden samengevoegd tot één boedel. Voor de doeleinden van het faillissement vormen de boedels één vermogen. De vorming van deze ene boedel staat in de Verenigde Staten, Frankrijk en Nederland voorop. In Nieuw-Zeeland en Ierland is dit ook mogelijk, maar heeft de wetgever in beginsel gekozen voor een benadering waarbij de rechter per geval de reikwijdte van de consolidatie bepaalt. In deze landen is derhalve ook ruimte voor een gedeeltelijke consolidatie. Gedeeltelijke consolidatie is eveneens mogelijk in de Verenigde Staten. Kort gezegd betekent gedeeltelijke consolidatie dat een bepaalde (groep) crediteur(en) wordt behandeld als was er geen sprake van een samengevoegde afwikkeling. Naar mijn mening moet consolidatie in Nederland steeds leiden tot de vorming van één boedel. Gedeeltelijke consolidatie moet niet mogelijk zijn. Het leerstuk verliest daardoor aan flexibiliteit, maar wordt wel minder gecompliceerd, minder kostbaar en eenvoudiger toepasbaar in de praktijk.

Een samengevoegde afwikkeling doet naar mijn oordeel overigens geen afbreuk aan het bestaan van afzonderlijke rechtssubjecten. Zij leidt slechts tot het wegdenken van het tussen de vennootschappen bestaande identiteitsverschil. In werkelijkheid blijven de vennootschappen als twee afzonderlijke rechtssubjecten bestaan. Zij het, dat een faillissement meestal ontbinding van de rechtspersoon tot gevolg heeft, zie artikel 2:19 BW jo. 16 en 173 Fw.

Uit de omstandigheid dat de betrokken faillissementen worden behandeld als was sprake van slechts één failliete entiteit, volgt naar mijn mening dat kan worden volstaan met de benoeming van één curator in het geconsolideerde faillissement. Door de beslissing tot consolidatie zijn de grootste belangenconflicten tussen de vennootschappen en hun crediteuren beslecht. Na de consolidatie kampt de curator met geen andere belangenconflicten dan die conflicten die ook bij een enkelvoudige afwikkeling kunnen optreden. Of in een geconsolideerd faillisse-

ment meer dan één curator moet worden benoemd, behoort afhankelijk te zijn van de omvang en de gecompliceerdheid van dit faillissement.

Consolidatie sec heeft in geen van de onderzochte rechtsstelsels effect op de tussen de crediteuren bestaande rangorde. Wel geldt de rangorde in dat geval ten aanzien van de geconsolideerde boedel. Voorts worden sommige zekerheidsrechten door de consolidatie geraakt. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen zakelijke zekerheden waarbij de crediteur zijn waarborg rechtstreeks vindt in een goed en persoonlijke zekerheden waarbij de crediteur zekerheid vindt in de omstandigheid dat een derde mede-aansprakelijk is voor de voldoening van zijn vordering.[15]

Zakelijke zekerheidsrechten, zoals daar in Nederland pand- en hypotheekrechten zijn, worden in de onderzochte rechtsstelsels in principe niet door een consolidatie geraakt. Een uitzondering doet zich evenwel voor wanneer de goederen waarop zij rusten door de consolidatie verdwijnen. Dit gebeurt in Nederland wanneer pandrechten rusten op intercompany-vorderingen. Door de consolidatie vervallen de intercompany-vorderingen, omdat de schuld die in de geconsolideerde boedel valt anders zou worden voldaan met middelen uit diezelfde boedel, hetgeen per saldo geen verandering voor de boedel zou inhouden. Door het vervallen van de intercompany-vorderingen gaan de daarop rustende pandrechten teniet, artikel 3:81(2)(a) BW. De ex-pandhouder wordt aldus door de consolidatie benadeeld. Omdat hij ondanks zijn eerdere oplettendheid thans buiten zijn toedoen wordt gemanoeuvreerd in een weinig rooskleurige positie, verdient hij naar mijn mening bescherming. Ik zou hem van rechtswege een voorrecht willen toekennen op alle goederen in de geconsolideerde boedel, waarbij zijn vordering slechts bevoorrecht is voor het bedrag van de vervallen intercompany-vordering. De rechtbank bepaalt vervolgens in ieder geval afzonderlijk de rang van de bevoorrechte vordering om zo te voorkomen dat de crediteur door de consolidatie onevenredig veel wordt bevoordeeld of benadeeld.

De uitoefening van persoonlijke zekerheden door de ene vennootschap verstrekt ten behoeve van de crediteuren van de andere bij de consolidatie betrokken vennootschap wordt door de consolidatie bevroren, omdat een samengevoegde afwikkeling betekent dat het identiteitsverschil dat tussen de vennootschappen bestaat wordt weggedacht; de faillissementen van de vennootschappen worden afgewikkeld als was er slechts één failliete entiteit met één boedel. Zouden persoonlijke zekerheden in stand blijven dan betekent dit dat deze (fictieve) entiteit zich garant heeft gesteld voor de voldoening van haar eigen schulden hetgeen geen extra waarborg tot voldoening van de schuld inhoudt. De crediteuren kunnen zich door de consolidatie immers al verhalen op de actieve vermogensbestanddelen in de samengevoegde boedel.

Door derden verstrekte persoonlijke zekerheden tot betaling van schulden van een of meer der betrokken gefailleerden blijven in tact. Daarbij moet volgens mij worden aangenomen dat indien, een derde, D, zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor alle schulden die de gefailleerde vennootschap A op enig moment

15 Zie over dit onderscheid: Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 406, nr. 482.

aan X heeft, hij door de samengevoegde afwikkeling van de faillissementen van de vennootschappen A en B tevens aansprakelijk wordt voor de schulden van B aan X. Dit vloeit voort uit het feit dat A door de consolidatie feitelijk aansprakelijk wordt voor de schulden van B. Haar actieve vermogensbestanddelen worden immers aangewend ter voldoening van haar eigen zowel als B's schulden. Wil D dit voorkomen dan zal hij zich slechts aansprakelijk moeten stellen voor alle schulden van A die zijn opgekomen vanaf een bepaalde datum tot aan haar faillietverklaring.

Wat betreft de voorrechten moet een onderscheid worden gemaakt tussen bijzondere voorrechten die rusten op een of meer bepaalde goederen en algemene voorrechten die rusten op alle goederen van de schuldenaar. Bijzondere voorrechten worden in Frankrijk en Nederland terecht geacht te blijven rusten op het betreffende goed. De wetgever heeft er bewust voor gekozen om aan bepaalde vorderingen een bijzonder voorrecht te verbinden. Samengevoegde afwikkeling kan daaraan geen afbreuk doen. Dat de belangen van de schuldeisers die beschikken over in de artikelen 3:283-287 BW genoemde vorderingen extra waarborg verdienen, is een rechtspolitieke keuze die enkel door de wetgever kan worden gewijzigd.

In de Verenigde Staten en Frankrijk gaat men er voorts van uit dat algemene voorrechten zich gaan uitstrekken over alle goederen in de geconsolideerde boedel. Mijns inziens moet dit ook gelden voor Nederland. Door de materiële hoofdelijkheid die het gevolg is van een consolidatie, gaan beide failliete vennootschappen feitelijk gelden als schuldenaar van de algemeen bevoorrechte crediteur. Waar het voorrecht is verbonden aan het vorderingsrecht van de crediteur, brengt dit met zich dat dit komt te rusten op de goederen van deze beide schuldenaren, dat wil zeggen op alle goederen in de samengevoegde boedel. Dit strookt bovendien met artikel 3:278(2) BW dat bepaalt dat algemene voorrechten rusten op alle tot het vermogen behorende goederen. Immers, door de consolidatie zijn de boedels van de gefailleerden voor de doeleinden van het faillissement één vermogen gaan vormen.

Samengevoegde afwikkeling doet voorts de vraag rijzen of een crediteur die een vordering heeft op de ene bij de consolidatie betrokken schuldenaar en een schuld aan de andere daarbij betrokken schuldenaar deze vordering en schuld mag verrekenen. De vraag is aldus of verrekening mogelijk is, terwijl strikt genomen van wederkerig schuldenaarschap geen sprake is. In de Verenigde Staten en Nieuw-Zeeland is dit onder omstandigheden mogelijk. In Frankrijk heeft de *Cour de cassation* met zoveel woorden bepaald dat dit een crediteur is toegestaan.[16] Hetzelfde moet naar mijn mening gelden in Nederland. Verrekening zoals hier omschreven is gerechtvaardigd omdat door de samengevoegde afwikkeling de faillissementen worden afgewikkeld als was er maar één failliete entiteit. Bovendien leidt consolidatie ertoe dat de vermogens van de bij de consolidatie betrokken boedels worden geacht voor de doeleinden van het faillissement één

16 Cass. com. 9 mei 1995, *Bull. civ.* IV, p. 117, nr. 130; *D.* 1996, jur., p. 322, m.nt. Loiseau.

vermogen te zijn, waardoor de schuld van de crediteur aan de ene vennootschap en zijn vordering op de andere vennootschap op het moment van verrekening in één vermogen vallen en is voldaan aan de eis van artikel 6:127(3) BW.

In Nederland bestaat, evenals in Frankrijk, een specifieke wettelijke regeling ingevolge welke een bestuurder die zich schuldig heeft gemaakt aan onbehoorlijk bestuur van een failliete vennootschap kan worden aangesproken voor het tekort in de failliete boedel.[17] Wordt het faillissement van de vennootschap samengevoegd afgewikkeld met het faillissement van een verbonden vennootschap, dan rijst de vraag of de bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden voor het tekort in de *geconsolideerde* boedel. In Frankrijk heeft de *Cour de cassation* deze vraag ontkennend beantwoord waar het een uitbreiding annex consolidatie wegens vermogensvermenging betreft.[18] In de Franse literatuur wordt wel aangenomen dat indien uitbreiding annex consolidatie plaatsvindt wegens het bestaan van een fictieve vennootschap, het antwoord bevestigend moet luiden.[19]

Waar een curator in een geconsolideerd faillissement in Nederland een bestuurder aanspreekt voor het tekort, ligt naar mijn mening aansprakelijkheid voor het geconsolideerde tekort steeds in de rede. Door de samenvoeging bestaat immers nog maar één boedel en derhalve één tekort. Voor de curator zou een andere oplossing veel extra rekenwerk betekenen, omdat hij – ondanks de samenvoeging van de boedels – alsnog zou moeten vaststellen wat het tekort in iedere afzonderlijke boedel zou zijn geweest indien enkelvoudig zou zijn afgewikkeld. Die berekening zou vooral moeilijkheden opleveren daar waar door de consolidatie bijvoorbeeld de instelling van een actio Pauliana ten aanzien van intercompany-transacties achterwege is gebleven. Voor de berekening van de tekorten in de enkelvoudige boedels zou de curator moeten gissen naar de uitkomsten van dit soort procedures, hetgeen willekeur in de hand werkt. In gevallen waarin wegens vermogensvermenging is geconsolideerd, is een dergelijke berekening overigens in het geheel niet meer mogelijk. Uitwassen inzake bestuurdersaansprakelijkheid kunnen worden voorkomen door toepassing van de ingevolge 2:138/248(4) BW aan de rechter toekomende matigingsbevoegdheid.

Een belangrijke procedurele consequentie van een samengevoegde afwikkeling houdt verder in dat in een geconsolideerd faillissement één gezamenlijke verificatievergadering plaatsvindt, waar de crediteuren van alle betrokken schuldenaren in de gelegenheid worden gesteld om de vorderingen van de andere crediteuren van deze vennootschappen te betwisten.[20] Deze gang van zaken is vereist omdat door de samengevoegde afwikkeling van de faillissementen van A en

17 Zie voor Nederland art. 2:138/248 BW en voor Frankrijk art. L651-2 C. com.

18 Cass. com. 23 mei 2000, *D.* 2000, AJ, p. 299, m.nt. Lienhard; *D.* 2002, som., p. 78, m.nt. Derrida.

19 Zie bijvoorbeeld Pétel, noot onder Cass. com. 23 mei 2000, *JCP-E* 2000, chron., p. 1567, nr. 13, ten aanzien van de bestuurders van de beheersende vennootschap.

20 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136, m.nt. G; *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

B de hoogte van de vordering die crediteur X heeft op A, de uitkering op de vordering die crediteur Y heeft op B direct beïnvloedt.

Alvorens tot verificatie kan worden overgegaan moeten crediteuren evenwel hun vorderingen indienen. Indien samengevoegd wordt afgewikkeld moet volgens mij gelden dat vorderingen die voorafgaande aan de samenvoeging van de faillissementen zijn ingediend in het faillissement van een der schuldenaren, gelden als ingediend in het samengevoegde faillissement. Deze regel is efficiënt en benadeeld geen enkele belanghebbende. Is in een of meer der faillissementen op de dag van de beslissing tot samengevoegde afwikkeling de termijn waarop uiterlijk de schuldvorderingen moeten zijn ingediend nog niet verlopen, dan moet naar mijn mening de langst resterende termijn gaan gelden voor de schuldeisers van alle betrokken schuldenaren. Is deze termijn minder dan 10 werkdagen te rekenen vanaf de dag dat in de Nederlandse Staatscourant mededeling is gedaan van het in kracht van gewijsde zijn gegaan van de consolidatiebeslissing, of is de termijn in alle faillissementen geheel verlopen, dan wordt deze verlengd tot 10 werkdagen te rekenen vanaf de dag dat in de Nederlandse Staatscourant de genoemde mededeling is gedaan. Deze regel beoogt een gelijke behandeling van crediteuren te bewerkstelligen daar waar consolidatie een positief effect kan hebben op de te verwachten uitkering. Crediteuren die eerder van indiening van hun vordering hebben afgezien, worden gelijke mogelijkheden geboden om hun vordering alsnog in te dienen en te profiteren van de consolidatie.

Uitbreiding

In de Verenigde Staten en Frankrijk bestaat niet alleen de mogelijkheid om reeds geopende insolventieprocedures samen te voegen. Eveneens bestaat de mogelijkheid om een faillissements- of reorganisatieprocedure, die is geopend ten aanzien van een rechtssubject, uit te breiden naar een nauw met dit rechtssubject verbonden rechtssubject dat zelf nog niet in een dergelijke procedure is betrokken. Vervolgens worden de beide insolventieprocedures samengevoegd afgewikkeld. Zowel in de Verenigde Staten als in Frankrijk wordt daarbij niet onderzocht of de vennootschap waarnaar uitbreiding van de insolventieprocedure wordt verzocht, zelf voldoet aan de algemene voorwaarden voor de opening van die procedure. Door middel van uitbreiding wordt in beide landen beoogd paal en perk te stellen aan misbruik van de rechtspersoonlijkheid en misbruik van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid ten koste van de crediteuren van de betrokken vennootschappen.

Het fenomeen uitbreiding is in de Verenigde Staten aan nogal wat kritiek onderhevig. Een aantal *Bankruptcy Courts* wijst uitbreiding zelfs principieel af, vooral omdat de vennootschap waarnaar uitbreiding van een insolventieprocedure wordt verzocht daardoor diverse waarborgen worden ontnomen die voortvloeien uit de voorwaarden voor faillietverklaring of de opening van een reorganisatieprocedure. Anderzijds zijn er *Bankruptcy Courts* die betogen dat uitbreiding een geoorloofde actie is die onder omstandigheden – te weten in geval van onont-

warbare vermogensvermenging, maar vooral in geval van een alter ego-situatie – optimaal recht kan doen aan de belangen van alle betrokkenen.

In Frankrijk is uitbreiding daarentegen niet of nauwelijks aan kritiek onderhevig en wordt deze actie regelmatig toegepast wanneer is gebleken van het bestaan van vermogensvermenging of een fictieve vennootschap.

Het doel waarvoor uitbreiding in de Verenigde Staten en Frankrijk wordt ingezet, te weten het bestrijden van misbruik van de rechtspersoonlijkheid en het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid ten koste van de crediteuren van de vennootschap, kan in Nederland op dit moment worden gediend door middel van onrechtmatige-daadacties of een beroep op artikel 2:138/248 BW. Feitencomplexen zoals die, welke in het buitenland uitbreiding rechtvaardigen, zullen hier ten lande al snel aanleiding geven tot een onrechtmatige-daadvordering of een vordering ex 2:138/248 BW. Leidt het slagen van deze acties ertoe dat de aangesproken vennootschap ophoudt haar schulden te betalen, dan zal haar faillietverklaring volgen en kan haar faillissement afhankelijk van de omstandigheden van het geval samengevoegd worden afgewikkeld met dat van de eerste failliet. Aldus wordt hetzelfde resultaat bereikt als met uitbreiding zou zijn behaald, namelijk dat de betrokken crediteuren het leed gaan delen. Bovendien kan de curator onder omstandigheden proberen het faillissement van een met de failliet verbonden vennootschap uit te lokken, door bijvoorbeeld op basis van intercompany-vorderingen het faillissement van die vennootschap aan te vragen. Daarna kan eventueel een samengevoegde afwikkeling volgen, waardoor wederom hetzelfde resultaat wordt bereikt als door uitbreiding zou zijn bewerkstelligd. Naar mijn mening bieden deze acties voldoende mogelijkheden voor een curator om een vennootschap die zich indringend met de gang van zaken bij de failliet heeft bemoeid, aan te spreken. Invoering van een mogelijkheid tot uitbreiding van een insolventieprocedure, zoals die in de Verenigde Staten en Frankrijk bestaat, heeft voor Nederland niet of nauwelijks toegevoegde waarde. Voorts geldt ook hier ten lande dat door invoering van een uitbreidingsmogelijkheid belangrijke waarborgen die voor debiteuren voorvloeien uit artikel 6(3) Fw met de voeten zouden worden getreden. Bovendien vinden alter ego- en fictieve vennootschap-overwegingen, zoals die in de Verenigde Staten en Frankrijk regelmatig aan uitbreiding ten grondslag liggen, in Nederland tot dusver weinig gehoor. Slechts onder uitzonderlijke omstandigheden is in Nederland op dit moment vereenzelviging van twee rechtssubjecten toegestaan.[21]

21 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Ma (Rainbow).

Summary

Groups of companies and bankruptcy

Strong financial, organizational, economic and personal relations often exist between group companies. Nevertheless, the companies are sought to remain separate legal entities. Their independence comes to the foreground when one or more related entities are declared bankrupt. The bankrupt companies are then disconnected away from the group and are also isolated from each other. Their bankruptcies are dealt with separately. The separate treatment of the various bankruptcies has caused problems in the Dutch insolvency-practice. The various bonds between the companies are so tight that often (some of) their assets and liabilities have become intermingled. If, in such a case, the companies have less than perfect accounting practices, it will be impossible for the trustee to assign the different assets and liabilities to the estates of the respective companies. This problem is often worsened by the fact that creditors do not know which of the companies is their contracting party due to the strong bonds that exist between the companies. If one and the same trustee is appointed to oversee the various bankruptcy proceedings another problem can come up: the trustee can find it difficult to assign his costs to the different estates. In the Dutch insolvency-practice these problems have been tackled by consolidating the estates, thus consolidating all assets and liabilities into one estate, canceling the inter-company claims and making superfluous the assignment of costs to the individual estates.

Next to the aforementioned practical problems some dogmatic problems arise when the bankruptcies of interrelated companies are dealt with separately. When the companies are declared bankrupt, it often appears that the creditors of a single company find themselves in very different positions with regard to each other. Large creditors, for example banks, have frequently been able to bind all group companies for the repayment of a loan that has been given to one of them. They have approached the group as a whole, and can continue doing this even if some group companies are declared bankrupt. In theory, small creditors also have the possibility to approach the group as a whole, but in practice this works out differently. In order to achieve that all creditors can approach the group as a whole if some group companies are declared bankrupt, substantive consolidation can be considered, but in my opinion, only in cases where the creditors have been misled by the companies or the companies have abused any existing positions of dominance. And even then one has to be cautious, because substantive consolidation can have far-reaching, sometimes negative consequences for some

of the creditors involved. Moreover, substantive consolidation should not be ordered because breaking up the unity the companies represent towards banks is time-consuming due to the fact that the annulment of the transactions between the companies and the banks via fraudulent preference actions (*actio Pauliana*) is laborious.

Substantive consolidation is not a panacea; this remedy has its own drawbacks. Frequently not all creditors of the bankrupt companies will benefit from a substantive consolidation. The asset/liability ratio usually differs from one company to the next, as a result of which the creditors of the 'richest' company will be harmed by the substantive consolidation. Moreover, because substantive consolidation has been a reaction to problems arising in the Dutch insolvency practice, some aspects of this remedy have not been dealt with in case law nor by legislation. As such, this remedy is uncertain from a legal point of view. It is, for example, not yet clear who is competent to decide whether substantive consolidation is just and under which circumstances the remedy can be invoked. It is thus important to formulate a norm, that recognizes the benefits of consolidation, but also its drawbacks. This norm should then be codified in order to enhance certainty and equality amongst debtors and their creditors.

Who benefits from a substantive consolidation and who is harmed by it depends on the circumstances of each case. This leads me to believe that a strict norm, enumerating all the situations in which substantive consolidation will be just, is impossible to formulate. In my view substantive consolidation should be possible when (1) the estates of the debtors have *de facto* been (partly) pooled in such a way that only an arbitrary division of this one estate is possible, (2) the debtors have dealt with the creditors as if they were one entity, or (3) the separate handling of the bankrupt estates is unjust and inequitable, because the benefits of the substantive consolidation for the joint creditors heavily outweigh the harm that it will cause to some of those creditors. Especially, with regard to this third scenario it is important to clarify the consequences of a substantive consolidation in order to ensure the court has a good idea of what a decision to consolidate will entail. The court will then be better equipped to decide whether substantive consolidation will be just and equitable in a given situation. The prerequisite that the benefits must *heavily outweigh* the harm will counterbalance the objections that flow from (a) the fact that balancing pros and cons entails a value judgment, and (b) the circumstance that the different pros and cons are often difficult to quantify and value, which complicates the balancing-process.

The preceding paragraphs lead me to the conclusion that – in principle – the estates of interrelated debtors should be dealt with separately. Substantive consolidation should only be allowed if the joint creditors of the bankrupt companies will benefit from it and the interests of an individual creditor will not be disproportionably harmed by it.

At the same time substantive consolidation should not be presented as an *ultimum remedium*, meaning that substantive consolidation can only take place when it is shown that other, more common remedies like tort claims and fraudulent preference actions do not suffice. Also in cases where these remedies

could lead to an acceptable outcome, I would not always choose for them to be applied. Substantive consolidation can – depending on the circumstances of the case – lead to a more equitable result for the creditors of the different debtors than the aforementioned remedies. For instance when the benefits of substantive consolidation for the joint creditors heavily outweigh the harm it will cause to some of those creditors. This can happen when the debtors' estates are intermingled, but can still be separated and put in order by using fraudulent transfer or preference actions, which actions would consume most assets of the estates, thus minimizing the distribution to creditors. If in that situation the bankruptcies are substantively consolidated the estates need not be separated, which will save costs as a result of which creditors can receive a larger distribution on their claims.

While substantive consolidation gradually receives approval in The Netherlands, the question has been raised whether it should also be possible to extend a bankruptcy proceeding of a company to another company that has not yet been declared bankrupt. After extending the bankruptcy proceeding the two bankruptcies can be consolidated.[1] Introduction of this remedy could put an end to the tinkering with group companies that sometimes takes place on the eve of bankruptcy: every so often the 'healthy' companies are separated from the ones that are not doing well. This separation may take place at random, because the 'healthy' companies owe their status to the financial input of the companies that are put in liquidation.[2] Nevertheless, extending bankruptcy proceedings has disadvantages as well. For instance, declaring thriving companies bankrupt should be prevented.[3]

Origin and background of substantive consolidation

To get a better view of the advantages and disadvantages of substantive consolidation, I analyzed the Dutch, American, French, New Zealand and Irish rules on the subject. In the United States and France the law on substantive consolidation is judge made. In New Zealand and Ireland the legislator introduced rules regarding this matter.[4] In the Netherlands the admissibility of substantive consolidation is based on a single ruling of the *Hoge Raad*, that is the Dutch Supreme Court.[5]

It is remarkable that in the countries where the law on substantive consolidation is judge made the scope of its application has not been clearly defined. In the United States and France substantive consolidation can take place between

1 See amongst others Slagter 1988, p. 129-130; Winter 1993, p. 13-14 and Winter *TvI* 1995, p. 6-7.
2 Winter 1993, p. 14 and Winter 1995 *TvI*, p. 7.
3 Winter 1993, p. 14 and Winter 1995 *TvI*, p. 7.
4 Articles 271 and 272 CA 1993 (NZ) and article 141 CA 1990 (IE).
5 HR 25 September 1987, *NJ* 1988, 136, comments by G; *AA* 1988, p. 107, comments by PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

bankruptcies of different kinds of entities, and people as well. Moreover, not only bankruptcies can be substantively consolidated, but also reorganizations. At this point in time this also appears to be possible in The Netherlands. At the time of finishing this thesis in New Zealand and Ireland on the other hand, the scope of application is limited by law to related companies that are put in liquidation. In my opinion the New Zealand and Irish approach should not be followed in The Netherlands, because it would unjustly limit the scope of application of substantive consolidation. After all, the problems that can be solved by this remedy do not only arise between related companies, but can also arise between a company and its director, between spouses, etc.

In the legal systems under review substantive consolidation appears to be a reaction on problems that come up while dealing with bankruptcies of related persons and companies. On the one hand there are reactions to improper or even fraudulent dealings by related debtors towards their creditors. On the other hand reactions entailing practical solutions to problems that stem from the intermingling of assets and liabilities or activities. But the interests of the creditors are always at the heart of the decision to consolidate. The harm that was caused them by improper or fraudulent dealings by the debtor will be undone by the substantive consolidation, or an arbitrary allocation of assets and liabilities will be prevented.

As explained above, not every creditor will benefit from a substantive consolidation. This circumstance is not dealt with in detail in every legal system under review. In the United States it attracts quite a lot of attention from judges, and in New Zealand it is also noticed that substantive consolidation can cause harm to some of the creditors. In France however, only a couple of authors mention the possible harm substantive consolidation can entail for creditors.[6] In The Netherlands the awareness of this negative consequence is growing. Here substantive consolidation initially was a reaction to the intermingling of assets and liabilities by debtors. In that case it is impossible to determine whether one or the other creditor will be harmed by a substantive consolidation, because the debt-to-asset ratios of the different debtors are unascertainable. But the increasing attention for substantive consolidation has led some authors to observe that this remedy can harm certain creditors.[7] In the other legal systems analyzed in this book, where this disadvantage is taken into account, the pros and cons of substantive consolidation are often weighed to determine whether the remedy is just and equitable in a given instance. The American balancing tests are good examples of this practice, but also the New Zealand provision on the subject provides the court with discretionary powers that allow it to take into account all relevant circumstances.

In my opinion, a weighing of interests should also be introduced in Dutch insolvency law. That is to say that substantive consolidation should be possible in

6 Due to the lack of Irish case law and literature on the subject remarks about Irish practices can not be made.

7 Amongst others: Josephus Jitta 1999, p. 105-106.

The Netherlands if separate handling of the bankrupt estates is unjust and inequitable, because the benefits of substantive consolidation for the joint creditors heavily outweigh the harm it will cause to some of them.

Grounds for substantive consolidation

In the United States, France, New Zealand, Ireland and The Netherlands several grounds for substantive consolidation of bankruptcies can be discerned. First, the presence of inextricably intermingled assets and liabilities, meaning that the assets and liabilities cannot be assigned to a specific estate. This circumstance justifies substantive consolidation, because any possible division will be arbitrary and unjustifiable towards the creditors of the debtors, the debtors themselves, as well as their shareholders. Furthermore, both the intermingling of *all* assets and liabilities and the intermingling of some, but not all assets or liabilities should provide sufficient grounds for substantive consolidation. Otherwise, the problem that an adequate basis for the division of the intermingled assets or liabilities cannot be found, will remain.

Another, broader definition of intermingling of assets and liabilities is used in France. There substantive consolidation based on the intermingling of assets and liabilities of the debtors is also possible if unusual financial relations exist between the debtors, such as the provision of services below their market value. In my opinion such traceable unusual financial relations should not be taken into account when determining whether substantive consolidation is just and equitable because the debtors have intermingled their assets and liabilities. If creditors are harmed by the presence of unusual financial relations these relations and the consequences thereof should be undone by other remedies such as fraudulent preference actions. Such actions ensure that only the unusual transactions that have harmed the creditors are annulled. Without an additional reason, substantive consolidation – a remedy that would not only undo the effects of the unusual transaction, but would also disproportionately harm some creditors – is not justified. Nevertheless, the decrease in costs that would take place because actions against inter-company transactions would become unnecessary if substantive consolidation were allowed, may be taken into account. The decrease in costs should be considered a benefit when determining whether the benefits of substantive consolidation for the joint creditors heavily outweigh the harm it will cause to some of them.

A second circumstance that is taken into account when determining whether substantive consolidation is just and equitable is the presence (or absence) of financial, economic, personal and organizational relations that often exist between group companies. While it is possible that companies are only related on a financial or personal level, in practice all the aforementioned relations usually exist simultaneously. However, it should be stressed that the various kinds of relations tend to have a different influence on the decision to substantively consolidate bankruptcies.

Financial relations between group companies play a part in the decision-making process in all legal systems under review. Sometimes in relation to the question whether the assets and liabilities of the debtors are intermingled, but mostly as a separate factor. The various financial relations between the debtors give different, and sometimes even mixed, signals. For example, some American and French judges hold that the existence of inter-corporate guarantees is an argument pro consolidation[8], while others – in my opinion correctly – hold that such guarantees proof that the companies are separate legal persons who have their own rights and responsibilities, and thus consolidation is not warranted just because inter-corporate guarantees exist.[9] In my view, financial relations between companies should be taken into account by the court that is considering substantive consolidation because a bankruptcy proceedings concentrates on the financial responsibilities of the debtor, but financial relations as such cannot justify a substantive consolidation.

Economic relations are also taken into account by courts confronted with a request for substantive consolidation, especially in the United States and New Zealand. At present, the existence of economic relations is not an important factor in the Netherlands. Here the focus lies on whether or not the assets and liabilities of the companies are intermingled. This is also true for France, where in the past several lower courts have substantively consolidated the bankruptcies and reorganizations of companies that *de facto* formed one entity with one undertaking[10], but the *Cour de cassation* has stuck to the rule that only intermingling of assets and liabilities or the existence of a fictitious company (*société fictive*) can give rise to substantive consolidation.

In my opinion the sole fact that economic relations exist between companies is insufficient reason to substantively consolidate their bankruptcies. These companies still are separate legal persons, that have separate rights and responsibilities. They should pay their creditors out of their own assets. However, one should note that the existence of strong economic relations between companies

---

8 See for example the American cases *In re Vecco Construction Industries Corp.*, 4 B.R. 407, 410-411 (Bankr. E.D. Va. 1980) and *In re Richton International Corp.*, 12 B.R. 555, 558 (Bankr. S.D. N.Y. 1981), and the French cases: Cass. com. 25 May 1993, nr. 91-10998 with regard to the fictitious company and Cass. com. 2 March 1999, nr. 95-14007 and Cass. com. 7 December 1999, nr. 97-14119 both with regard to the intermingling of assets and liabilities; the French cases are not published in the Bulletin des arrêts de la cour de cassation, but can be found on the internet: <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

9 See for example the American cases *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 519 (2d Cir. 1988) and *In re Lease-a-fleet, Inc.*, 141 B.R. 869, 876 (Bankr. E.D. Pa. 1992). See also the following French case: CA Paris 16 January 1986 *Rev. soc.*, 1986, p. 445, comments by Calendini. And compare: CA Colmar 21 March 1972, *RtDCom.* 1973, p. 357-358, and CA Versailles 3 February 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 535, 536: 'Considérant qu'il est exact également que les cautions accordées par la SCI BFL à la BNP (…) pour le prêt accordé à la SARL Floralies du Val'd'Oise et (…) pour le prêt accordé à la SARL FVO ne constituent qu'un indice secondaire de la confusion des patrimoines.'

10 For example: Trib. com. Paris 13 February 1986, *Gaz. Pal*. 1986, som., p. 220, comments by Marchi en CA Paris 20 March 1986, *Rev soc*. 1987, p. 98, comments by Guyon.

can contribute to the reliance of creditors on the existence of a single entity and the creditworthiness of this entity. This kind of reliance can be an argument in favor of substantive consolidation.

Furthermore, the economic relations between the companies can influence the reach of the substantive consolidation.[11] If group companies are active in various branches of industry it is conceivable that, in bankruptcy, the estates of the companies in each branch will be pooled together resulting in different consolidated bankruptcies. Towards creditors this split up will be easier to explain than a full blown substantive consolidation of the bankruptcies of all group companies, because creditors often operate in a single branch of industry and do not realize their debtor is part of a much larger group that via different companies operates in various branches of industry.

Next to financial and economic relations, personal and organizational relations often exist between group companies: every now and again a person sets up two or more companies of which he holds the shares and acts as a director. He coordinates the company policies of all companies and ensures that they are acted upon. Nevertheless, this does not mean that the companies act as one towards third parties and have not each got a separate corporate life and separate rights and responsibilities. Therefore it is not surprising that in the legal systems under review personal and organizational relations between companies hardly affect the answer to the question whether substantive consolidation is just and equitable.

In the United States and France the improper use of a company is sometimes thought of as sufficient grounds for substantive consolidation of the bankruptcies of the company and the person pulling the strings behind the corporate facade. As improper use of a company can be characterized setting up the company to circumvent non-competition clauses or defraud creditors. In the United States the use of so-called alter ego and instrumentality considerations in this context is heavily criticized. 'Alter ego' and 'instrumentality' are concepts thought to cover a lot of different circumstances that are not all relevant when looking for an answer to the question whether substantive consolidation is appropriate. It is especially troublesome that this tactic concentrates on the dealings of the person behind the company and not so much on the interests of the creditors of all companies involved, whereas their interests usually play a central part in bankruptcy proceedings.[12] This also holds true for the French tendency to substantively consolidate the bankruptcies of a fictitious company and the person controlling it.

Usually substantive consolidation does not benefit the creditors of both the company and the person hiding behind it. In most cases the creditors of the person in charge will be disproportionately harmed by a substantive consolidation, which will in turn benefit some or all of the creditors of the company. This is the case,

11 With regard to the United States: *In re Interstate Stores, Inc.* 1978 Bankr. LEXIS 11 (Bankr. S.D. N.Y. 1978) and with regard to The Netherlands: the bankruptcies of Verzekerd Keur B.V. and several companies related to this company.

12 Compare: Kors *U.Pitt.L.Rev*. 1998, p. 440-441 and 445-446.

for example, if a lot of administrative claims are made against the estate of the company, which claims will – after the consolidation – rank higher than the unsecured creditors of both the company and the person in charge. In my view the interests of the joint creditors of the debtors should play a key part when deciding whether substantive consolidation is just and equitable. This leads me to conclude that in The Netherlands the legislator should not adhere to the rules regarding *vereenzelviging* (identification) – a remedy similar to substantive consolidation – when formulating a norm for substantive consolidation, because *vereenzelviging* (if used in a liability context) also concentrates on the dealings of the person behind the company who is pulling the strings. I prefer a weighing of interests to be made, which allows the court to take into account the specific circumstances of each case and the consequences a substantive consolidation would have for the creditors of the different debtors if it were to take place.

In the foregoing it is already explained that substantive consolidation has differing consequences for creditors. Some creditors will benefit from it, while others will be harmed by it, except that the determination that a creditor will benefit or be harmed cannot be made when the assets and liabilities of the debtors are inextricably intermingled.

Notably in the United States these differing consequences resulted in a cautious use of the remedy, although they have not resulted in a rule proclaiming substantive consolidation unlawful if one or more of the creditors would be harmed by it. Sometimes some creditors have to make a sacrifice in support of larger concerns and goals. In my opinion this view is correct. Substantive consolidation should be possible when its benefits for the joint creditors of the debtors heavily outweigh the harm it will cause to some of those creditors.

A creditor that is harmed by the substantive consolidation should not expect any compensation for the harm caused. I do not recommend partial or conditional substantive consolidation as a means to compensate the harmed creditor, because of its complexity and the practical problems involved. The creditor may initiate proceedings against the trustee arguing that the trustee is liable because he committed a wrongful act by instigating the substantive consolidation, but he does not stand a fair chance, for the court has already decided that, under the relevant circumstances, substantive consolidation is appropriate.

Frequently the harmed creditor will be a creditor of the 'richest' debtor involved, arguing that he relied on the creditworthiness of his debtor. As rightly pointed out by some American courts, but different from the French practice on this point, a court cannot ignore this argument. If a creditor is able to proof reliance on the creditworthiness of his debtor, the harm a substantive consolidation would cause him must be taken into account when weighing the pros and cons of that substantive consolidation.

On the other hand it is also possible that creditors have relied on the creditworthiness of the joint debtors. Although, in my expectation, this will rarely happen. For example, the creditor who knows his debtor is or was related to other companies that together form a group, and who has relied on the strong bonds

between the debtor and these companies, does not fall into this category.[13] This creditor was aware of the companies having separate legal personalities and independent legal rights. If he believed the creditworthiness of his debtor was insufficient, he should have negotiated inter-corporate guarantees. In cases where reliance on the creditworthiness of the joint debtors nevertheless does happen, it is a strong argument in favor of substantive consolidation.

In case some creditors have relied on the creditworthiness of the group while others have relied on the creditworthiness of their specific debtor, the reliance-arguments should be translated into pros and cons of the proposed substantive consolidation and taken in to account when the aforementioned weighing of interests takes place.

A substantive consolidation can also adversely affect shareholders. This is the case if they would have received a distribution would the bankruptcies have been treated separately, which distribution due to the substantive consolidation shifts to the creditors of an entity related to their company. Hence, the interests of the shareholders conflict with the interests of the creditors.

In my opinion, in The Netherlands, the interests of the creditors should prevail in cases like this. The purpose of bankruptcy proceedings in The Netherlands is serving the interests of the joint creditors of a debtor.[14] Other interests can be taken into account, but they cannot prevail. Although this rule evolved in non-consolidated bankruptcies, it should also apply in consolidated cases. I consider it just for a shareholder to be bearing a bigger risk than a creditor, because he supplied risk-bearing capital and he has rights that allow him to interfere in the company policy when the company is heading towards bankruptcy. This last point is especially true in the context of a group of companies where the shareholder is often an insider who holds the majority of the shares, and thus the majority of the voting rights.

Sometimes the negative effects of a substantive consolidation will be (partially) neutralized by its positive effects. Especially the simplification of the administration of the bankruptcy proceedings (combined reporting, organizing only one meeting in order to verify claims, etc.) can diminish costs and allow higher distributions to creditors. In the United States, and sometimes also in New Zealand, it is furthermore noted that substantive consolidation can enhance the reorganization process. In reorganization proceedings substantive consolidation will also simplify the administration which allows a speedier and less costly reorganization to take place. In the Netherlands comparable arguments can be formulated in bankruptcy cases where a settlement can be reached between the debtors and their creditors: only one settlement agreement will have to be drafted and submitted to a vote by the creditors, because substantive consolidation entails treating the debtors as if there is only one debtor with one estate. If the creditors

13 Compare: article 272(3) CA 1993 (NZ) and article 141(5) CA 1990 (IE).

14 Van der Feltz, I, p. 27, Explanatory memorandum and p. 339, Explanatory memorandum with regard to article 20 *Faillissementswet*.

accept the proposed settlement, the court sanctions the settlement agreement, and its judgment becomes absolute, all bankruptcies will end, article 161 *Faillissementswet*.

Procedure

Keeping in mind the differing and far-reaching consequences substantive consolidation can have for the parties involved, it is important that a decision substantively consolidating two or more bankruptcies is carefully made. In my opinion this entails that the decision has to be made by the court, an independent and impartial authority, after hearing the interested parties. This corresponds with the decision-making process in the foreign legal systems under review. Other persons involved in the bankruptcy proceeding, for example the trustee or the examining judge (*rechter-commissaris*), are less equipped to decide on substantive consolidation. These persons are not fully independent and might appear to be partial.

In my opinion creditor and shareholder approval is not a requirement for substantive consolidation. If it were a requirement, the decision-making process would be lengthy and difficult, and would often result in a refusal to consolidate where consolidation would benefit the joint creditors of the debtors. After all, a substantive consolidation will usually harm a number of creditors and/or shareholders, who would probably therefore vote against a substantive consolidation.

As the Dutch lack a specialized insolvency court entrusted with handling large and difficult bankruptcies, the court with jurisdiction should be the court that has started the first of all bankruptcy proceedings involved. This rule is clear and practicable. Each debtor, the trustee in one of the bankruptcies, and the creditor committee should be able to petition the court for substantive consolidation, because they are best informed about the relations between the bankrupt debtors. The petitioner(s) should file a reasoned petition with the court. The petition may be filed until the trustee in one of the bankruptcies has sent a written notice to the creditors (a) informing them that the lists of provisionally allowed and disputed claims have been deposited at the clerk's office and (b) reminding them of the meeting at which their claims will be verified, see article 115 *Faillissementswet*. Limiting the possibility to petition the court for a substantive consolidation in this way is efficient.

The petitioners and other interested parties should be allowed to challenge a decision ordering substantive consolidation or refusing this remedy. For practical reasons a parallel should be drawn between this situation and the situation where interested parties challenge a decision declaring a (legal) person bankrupt. Ergo, the possibilities for disputing such a decision laid down in article 8 *Faillissementswet* and further should be applied analogously.

Consequences

Substantive consolidation entails the joining of two or more estates into one for the purpose of the bankruptcy proceeding. In the United States, France and The Netherlands the joining of the estates is the point of departure. In New Zealand and Ireland this is also possible, but the legislator has taken a different point of departure. He has chosen an approach whereby the court, on a case-by case basis, decides the extent of the substantive consolidation. In these countries partial consolidation is therefore possible. But partial substantive consolidation is also possible in the United States. Partial substantive consolidation can be defined, in short, as a substantive consolidation that does not affect all creditors; some creditors will be in a position similar to the one they would have been in had the substantive consolidation not been ordered. In my opinion partial substantive consolidation should not be possible in The Netherlands. This means the remedy of substantive consolidation will be less flexible, but also less complicated and more practical.

Substantive consolidation does not, in my opinion, abrogate the legal personality of the debtor companies involved. Substantive consolidation entails treating the companies *as if* they were one bankrupt debtor. In reality the companies still exist as separate legal entities although the consolidated bankruptcy proceeding will usually result in the dissolution of each of the companies involved, see article 2:19 Dutch Civil Code, and 16 and 173 *Faillissementswet*.

The fact that the debtors are treated as if they were one in my view entails the appointment of a single trustee. The decision to substantively consolidate their bankruptcies has put an end to the conflicts of interest between the creditors of the various debtors and between the debtors themselves. After this decision the remaining conflicts are similar to the ones detectable in non-consolidated bankruptcy proceedings. Whether two or more trustees should be appointed, depends on the magnitude and the complexity of the consolidated proceeding.

In none of the legal systems under review a substantive consolidation has consequences for the distributional hierarchy between creditors. This hierarchy will then apply between all the creditors of the debtors involved. Although it must be pointed out that some security rights are affected by the consolidation. In that regard a distinction has to be made between a real security, which allows a creditor to recoup its claim from the proceeds of a certain asset of the debtor, and a personal guarantee, which means a third party has guaranteed the payment to be made by the debtor.[15]

Security rights that fall into the first category, for example a mortgage right (*hypotheekrecht*) or a right of lien (*pandrecht*), are, in principle, not affected by a substantive consolidation unless the creditor finds its security in an asset that disappears due to the consolidation, such as an inter-company claim. Inter-company claims are eliminated by a substantive consolidation because otherwise

15 About the difference between these types of security rights: Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 406, nr. 482.

the claim, which is part of the consolidated estate, would have to be paid out of that estate. The elimination of inter-company claims entails the elimination of a lien on that claim, see article 3:81(2)(a) of the Dutch Civil Code. The holder of the lien will thus be harmed by the substantive consolidation. Despite being alert in the past, this creditor finds it security right eliminated. In my opinion this circumstance justifies granting the creditor a privilege, meaning his claim – for the amount of the eliminated inter-company claim – must be paid out of the assets of the combined estates in priority to other creditors. The rank of this priority right needs to be determined by the court in order to ensure that the creditor will not be disproportionately prejudiced or favored by the substantive consolidation.

Because substantive consolidation entails dealing with the debtors as if there was only one debtor, and thus one estate, any inter-corporate guarantees between the debtors in the consolidated bankruptcies are frozen. If personal guarantees were to come into effect this fictitious entity would guarantee its own debts, which does not offer any additional security to creditors: as a result of the substantive consolidation creditors can already recoup from the assets of the combined estate.

Personal guarantees obtained from third parties for the payment of debts of one of the debtors will, on the other hand, come into effect. In my opinion, the following should even be accepted: If a creditor has obtained a guarantee from a third party, D, entailing that D will pay all outstanding debts of debtor A to the creditor in the event debtor A does not pay them, D will, as a result of the substantive consolidation of the bankruptcies of A and B, have to pay all outstanding debts of A and B to the creditor. After all, as a result of the substantive consolidation A has *de facto* become responsible for the payment of B's debts. A's assets will be used not only for the payment of its own debts, but also for the payment of B's debts. If D wants to prevent this extended liability he will have to guarantee the payment of A's debts up to the moment of its bankruptcy.

Regarding priority rights a distinction has to be made between priority rights that extend over all assets of the debtor (so-called: *algemene voorrechten*), and priority rights that rest on a specific asset (so-called: *bijzondere voorrechten*). In The Netherlands and France the last mentioned priority rights are rightly considered to keep on resting on the specific asset involved if substantive consolidation takes place. The legislator has deliberately attached priority rights to certain creditor claims. Substantive consolidation cannot subvert that decision. Additional protection for the creditors with claims mentioned in the articles 3:283-287 of the Dutch Civil Code is a political choice, which may only be amended by the legislator.

In the United States and France the first mentioned category of priority rights is thought to extend over all assets in the combined estate in case of a substantive consolidation. I would recommend implementing this practice in The Netherlands. The joint liability resulting from the substantive consolidation entails that both bankrupts are *de facto* debtors of the privileged creditor. A priority right that is attached to a creditor's claim therefore extends over the assets of both debtors, that is to say all assets in the combined estate. This reasoning is also in keeping

with article 3:278(2) of the Dutch Civil Code, were it is held that *algemene voorrechten* extend over all assets of a debtor: due to the substantive consolidation the assets of the different debtors are treated as if they belonged to a single debtor.

The possibility of substantive consolidation has raised the question whether a creditor who owes a debt to one of the companies involved therein can setoff this debt against a claim he has against another of those companies. In other words, is a setoff possible when strictly speaking the debts are not mutual? In the United States and New Zealand this is sometimes possible. In France the *Cour de cassation* has explicitly sanctioned such a setoff.[16] And in my view the Dutch legislator should also permit such a setoff. This kind of setoff is justified because the bankruptcies of the different debtors are treated as if there was only one bankruptcy; a single bankrupt entity. The assets and liabilities of the different debtors are treated as if they belonged to only one debtor. The debt as well as the claim of the aforementioned creditor thus fall into a single estate at the moment of the setoff, meaning that the requirement of article 6:127(3) of the Dutch Civil Code is fulfilled.

In the Netherlands, as in France, specific rules exist on director liability regarding directors of bankrupt companies.[17] If a director has mismanaged a company, he can – depending on the circumstances – be held liable for the shortage of funds available to pay the creditors. If the bankruptcy of a company is substantively consolidated with the bankruptcy of another company the question comes up whether a director of one of the companies can be held liable for the *combined* shortage of funds. In France the *Cour de cassation* has answered this question in the negative in a case involving substantive consolidation based on the intermingling of assets and liabilities.[18] But some French authors have argued that in cases involving substantive consolidation based on the existence of a fictitious company, the question should be answered in the affirmative.[19]

If in The Netherlands a trustee in a consolidated proceeding holds a director liable for the shortage of funds, liability for the combined shortage of funds is the most desirable option. Due to the substantive consolidation there *de facto* exists only one estate and thus one shortage of funds. A different approach would entail extra work for the trustee. He would have to determine what would have been the separate shortages of funds in each estate that would have existed had the bankruptcies been treated separately. This would be a Herculean task, especially if, due to the substantive consolidation, fraudulent preference actions regarding

16 Cass. com. 9 May 1995, *Bull. civ.* IV, p. 117, nr. 130; *D.* 1996, jur., p. 322, comments by Loiseau.

17 See with regard to The Netherlands: article 2:138/248 BW and with regard to France: article L651-2 C. com.

18 Cass. com. 23 May 2000, *D.* 2000, AJ, p. 299, comments by Lienhard; *D.* 2002, som., p. 78, comments by Derrida.

19 See for example Pétel, comments following Cass. com. 23 May 2000, *JCP-E* 2000, chron., p. 1567, nr. 13, with regard to the directors of the controlling entity.

inter-company transactions are omitted. Determining the shortages of funds would require a trustee to guess the outcomes of such proceedings, which could result in arbitrary determinations of these shortages. In cases involving intermingling of assets and liabilities these determinations would not even be possible. To avoid excessive director liability the court may use its power to moderate the amount for which the director is held liable, see article 2:138/248(4) of the Dutch Civil Code.

An important procedural consequence of substantive consolidation is that one joint meeting must be held to verify the creditors' claims.[20] At that meeting the creditors of all debtors involved will be allowed to dispute the claims of the other creditors of these debtors. This is important, because due to the substantive consolidation of the bankruptcies of company A and company B, the amount of the claim creditor X has against A will have a direct impact on the distribution to creditor Y, a creditor of B.

Before this verification process can start, creditors will have to file a proof of claim with the trustee. In my opinion a proof of claim filed with the trustee prior to the substantive consolidation-decision, should be considered a proof of claim filed in the consolidated bankruptcy proceeding. This procedure is efficient and does not harm an interested party. If, on the day substantive consolidation is ordered, in one or more of the bankruptcy proceedings involved the term for filing proofs of claim has not yet expired, the longest remaining term left for filing proofs of claim should apply to the creditors of all debtors involved. If this term is less than ten working days from the date a notice is published in the Dutch government gazette (*Nederlandse Staatscourant*) explaining that the decision substantively consolidating the bankruptcies is in force, or if in all bankruptcy proceedings involved the term for filing proofs of claim has expired, this term should be automatically extended to 10 working days from the date the aforementioned notice is published in the Dutch government gazette. These rules are meant to establish equal treatment of creditors where a substantive consolidation can have a positive effect on the distributions made to them. Creditors who did not file a proof of claim before the decision substantively consolidating the bankruptcies, will still have the opportunity to file a proof of claim and thus benefit from the substantive consolidation, just like the creditors who have already filed their proofs of claim.

Extension

In the United States and France it is not only possible to substantively consolidate insolvency proceedings, but it is also possible to extend a bankruptcy or reorganization proceeding to a related non-debtor, meaning a related person or

20 HR 25 September 1987, *NJ* 1988, 136, comments by G; *AA* 1988, p. 107, comments by PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW).

entity that is not yet involved in such a proceeding. The proceedings will then be substantively consolidated. In the United States, as in France, the non-debtor does not have to fulfill the requirements that normally apply when opening a bankruptcy or reorganization proceeding.

The aim of extension of such proceedings is to put a check on the improper use of corporate legal personality and the limited liability rule at the expense of creditors.

The extension-remedy has encountered a lot of criticism in the United States. Some Bankruptcy Courts refuse to apply the remedy on principle, mostly because extension would deprive the non-debtor of the protection he normally derives from the requirements for an involuntary proceeding, but there are also Bankruptcy Courts that allow extension as a remedy that optimally serves all interests involved in situations where the assets and liabilities of the debtor and the non-debtor are inextricably intermingled or – most frequent – one of them is the alter ego of the other.

In France the possibility to extend a bankruptcy or reorganization proceeding is hardly criticized. It is often used when the debtor and non-debtor have intermingled their assets and liabilities or one of them appears to be a fictitious company.

In The Netherlands the improper use of corporate legal personality and the limited liability rule at the expense of creditors can give rise to tort claims and director liability, see articles 6:162 and 2:138/248 of the Dutch Civil Code. If such claims are successful and paying up will render the non-debtor insolvent, he can be declared bankrupt. Depending on the circumstances this bankruptcy proceeding can then be substantively consolidated with the proceeding of the already bankrupt company. Thus, the same result – creditors sharing the harm – is reached as would have been reached had extension of the bankruptcy proceeding taken place. Depending on the circumstances a trustee can also petition the court for an involuntary proceeding against a company related to the debtor. If successful and once again depending on the circumstances, he can then request for a substantive consolidation of the various bankruptcies.

Looking at these possibilities for a Dutch trustee to undertake actions against persons who have interfered in the management of the bankrupt company, I am of the opinion that adding extension as an additional remedy is unnecessary; the added value of this remedy would be minimal. Furthermore, the argument that extension of a bankruptcy proceeding would deprive the non-debtor of the protection a debtor normally derives from the requirements for an involuntary proceeding holds true also for The Netherlands, see article 6(3) *Faillissementswet*. Moreover, alter ego and fictitious company-arguments that in the United States and France can give rise to an extension are not popular in The Netherlands. At present only extraordinary circumstances justify the identification of two or more legal persons (*vereenzelviging*).[21]

21 HR 13 October 2000, *NJ* 2000, 698, comments by Ma (Rainbow).

Bijlagen

Bijlage I
Samenvatting van de resultaten van de enquête onder Insolad-leden (deel consolidatie)

Bijlage IIA
Artikel L651-2 en L652-1 Code de Commerce (F)

Bijlage IIB
Artikel L624-3 en L624-5 Code de Commerce (oud) (F)

Bijlage IIC
Artikel 99 en 101 van Wet nr. 67-563 van 13 juli 1967 (F)

Bijlage IIIA
Artikelen 271 en 272 Companies Act 1993 (NZ)

Bijlage IIIB
Artikelen 315A, 315B en 315C(2) & (3) Companies Act 1955 (NZ)

Bijlage IIIC
Artikelen 24 en 25 Companies Special Investigations Act 1958 (NZ)

Bijlage IV
Artikelen 140 en 141 Companies Act 1990 (IE)

Bijlage I

Samenvatting van de resultaten van de enquête onder Insolad-leden (deel consolidatie)

Op 2 juni 2003 zijn 455 enquêtes verstuurd naar alle leden en aspirant-leden van de Vereniging van Insolventierecht Advocaten, Insolad. De enquête bevatte 67 vragen, zowel multiple choice als zogenoemde open vragen. De open vragen waren steeds zo geformuleerd dat kon worden volstaan met het antwoord ja of nee, maar de mogelijkheid bestond om het antwoord te motiveren.

77 personen hebben vervolgens binnen een periode van ruim een half jaar na het versturen van de enquête gereageerd, waarvan er 67 de enquête hebben ingevuld. Van de overige 10 personen hebben er 7 aangegeven de enquête niet te kunnen invullen wegens gebrek aan ervaring met grote faillissementen of met het geconsolideerd afwikkelen van faillissementen. Drie personen hebben aangegeven de enquête wegens tijdgebrek niet te kunnen invullen.

In het hierna volgende zijn enkel de reacties verwerkt van de 67 personen die de enquête daadwerkelijk hebben ingevuld (hierna: de respondenten).[1]

Achter een gegeven antwoord staat doorgaans tussen haakjes het aantal keren genoemd dat een bepaalde reden of een bepaald argument voor dat bewuste antwoord is aangedragen.

1. Consolidatie. De Nederlandse praktijk[2]

Vraag 2. De vraag of zij in de praktijk al eens met geconsolideerde faillissementen te maken hebben gehad, beantwoordden 50 van de 67 respondenten (74,6%) bevestigend, 16 respondenten (23,9%) gaven aan nog nooit bij een geconsolideerd faillissement betrokken te zijn geweest.[3]

---

1 Eerder is onder de respondenten een samenvatting van de antwoorden op de enquête verspreid. Daarin waren de antwoorden van 66 respondenten verwerkt. In de onderhavige samenvatting is nog een reactie verwerkt, die kort na het versturen van de genoemde samenvatting door mij is ontvangen. Ik heb mij deze vrijheid gegund, omdat het hier vooral een verkennend onderzoek betreft naar de wijzen waarop en de omstandigheden waaronder consolidatie in de praktijk plaatsvindt. Niet is beoogd om een statistisch exact beeld te geven van de mogelijkheden tot consolidatie op een bepaald moment of gedurende een bepaalde periode.

2 Vraag 1 betrof de vraag naar de naam van de respondent. Deze vraag wordt hier verder buiten beschouwing gelaten, vanwege de aan de respondenten beloofde anonimiteit.

3 NB 1 respondent heeft deze vraag niet beantwoord.

De vragen 3 tot en met 13 hoefden enkel te worden beantwoord door de 50 respondenten die hadden aangegeven reeds met een geconsolideerd faillissement te maken te hebben gehad.

Vraag 3. Omdat niet alle 50 respondenten exact hebben aangegeven hoe vaak zij betrokken zijn geweest bij een consolidatie, zijn de antwoorden op deze vraag gecategoriseerd: 37 respondenten gaven aan tussen de 2 en 5 keer betrokken te zijn geweest bij een consolidatie; 9 respondenten merkten op tussen de 5 en de 10 keer met een consolidatie te maken te hebben gehad en 3 respondenten gaven aan meer dan 10 keer bij een consolidatie betrokken te zijn geweest.[4]

Vraag 4. Het merendeel van de respondenten dat reeds met consolidatie te maken heeft gehad, is daarbij betrokken geweest in de hoedanigheid van curator, te weten 47 van de 50 respondenten. Daarnaast zijn 9 van hen (tevens) als adviseur van de curator, een debiteur of crediteuren bij een consolidatie betrokken geweest, 6 (tevens) als advocaat van de debiteur of een crediteur en 3 als bewindvoerder.

Vraag 5. De vraag door wie in de bij hen bekende gevallen het besluit tot consolidatie was genomen, is door 49 van de 50 eerder genoemde respondenten beantwoord. 20 van deze respondenten gaven aan dat het besluit tot consolidatie was genomen door de curator. 9 van hen gaven aan dat de curator in overleg met de Rechter-Commissaris (R-C) tot consolidatie had besloten en 7 van hen gaven aan dat de curator met toestemming of goedkeuring van de R-C daartoe was overgegaan. Slechts één maal is de rechtbank als beslissend orgaan genoemd. Verder zijn onder meer genoemd: de R-C (5 keer), de R-C op voordracht van de curator (3 keer) en de curator met de debiteur (1 keer).

Vraag 6. 48 van de 50 respondenten hebben antwoord gegeven op de vraag of crediteuren bij de besluitvorming omtrent de consolidatie betrokken zijn geweest. 41 van hen gaven een ontkennend antwoord. Van de overige respondenten, die een bevestigend antwoord gaven, hebben sommige vervolgens verschillende wijzen genoemd waarop crediteuren betrokken zijn geweest bij de besluitvorming. 5 respondenten gaven aan dat crediteuren enkel 'waren betrokken' via een melding in het openbaar verslag of een circulaire. In twee gevallen was sprake van een advies van de crediteurencommissie. Verder is onder meer melding gemaakt van overleg met enkel de fiscus en het UWV, in kennisstelling via de verificatievergadering en het aanhangig maken door crediteuren van een procedure met betrekking tot de vraag of consolidatie op haar plaats was.

Vraag 7. Op de vraag hoeveel vennootschappen bij de consolidatie waren betrokken, is niet steeds een exact antwoord gegeven. Sommige respondenten gaven exact aan hoeveel vennootschappen bij iedere consolidatie waren betrokken, maar

4 NB 1 respondent die vraag 2 bevestigend heeft beantwoord, heeft vraag 3 niet beantwoord.

veelal zijn *ranges* opgegeven. Ook de antwoorden op deze vraag zijn daarom gecategoriseerd, waarbij zeer ruime *ranges* (bijvoorbeeld 2-15) zijn ondergebracht in verschillende categorieën:

37 maal is opgemerkt dat de consolidatie zo'n 2 tot en met 5 vennootschappen betrof;[5] 14 maal is melding gemaakt van 6 tot en met 10 vennootschappen; 7 maal van 11 tot en met 20 vennootschappen en 3 maal van meer dan 20 vennootschappen. Tot slot is twee maal volstaan met het antwoord: 'Verschillend'.

Vraag 8. Slechts 10 van de 50 respondenten die betrokken zijn geweest bij een consolidatie maakten melding van betrokkenheid van natuurlijke personen. 39 van hen gaven aan nog nooit daarmee in aanraking te zijn geweest.[6]

Vraag 9. 13 van de 50 respondenten die betrokken zijn geweest bij consolidatie merkten op dat zij te maken hebben gehad met betrokkenheid van in surséance van betaling verkerende vennootschappen. 36 van hen gaven aan hiermee nog niet in aanraking te zijn geweest.[7]

Vraag 10. De vraag om aan te geven onder welke omstandigheden in de bij de respondenten bekende gevallen tot consolidatie is besloten, is door 48 van de 50 respondenten die reeds bij een consolidatie betrokken zijn geweest, beantwoord. De meesten van hen noemden steeds diverse factoren. Genoemd zijn onder andere:

- vermogensvermenging (29 keer);
- administratieve verwevenheid en boekhoudkundige vermenging (14 keer);
- financiële verbondenheid (14 keer), waarbij 7 keer is gewezen op het bestaan van een 2:403-verklaring of een andere vorm van hoofdelijke verbondenheid;
- personele verbondenheid (11 keer);
- economische verbondenheid (5 keer);
- fiscale eenheid (5 keer);
- organisatorische verbondenheid (4 keer);
- eenheid van handelsnaam (4 keer);
- het feit dat er sowieso onvoldoende baten waren om een uitkering aan concurrente crediteuren te doen (4 keer).
- het bestaan van een concernverhouding (2 keer);
- meer praktische overwegingen, zoals het bestaan van verknochtheid zonder tegenstrijdige belangen; de onmogelijkheid van een onderscheid in de urenverantwoording per faillissement en het feit dat de splitsing de fiscus en het UWV meer zou kosten dan opleveren (totaal: 9 keer).

---

5 Eerder is een samenvatting van de antwoorden onder de respondenten verspreid, deze versie bevatte hier een tikfout: 34 in plaats van 36. Thans is daar 1 antwoord aan toegevoegd in verband met hetgeen is opgemerkt in voetnoot 1.

6 NB 1 respondent die vraag 2 bevestigend heeft beantwoord, heeft vraag 8 niet beantwoord.

7 NB 1 respondent die vraag 2 bevestigend heeft beantwoord, heeft vraag 9 niet beantwoord.

Vraag 11. De vraag of zij bij de geconsolideerde afwikkeling van faillissementen tegen problemen zijn aangelopen, is door 48 van de 50 respondenten die met consolidatie te maken hebben gehad beantwoord. 26 van deze respondenten gaven een ontkennend antwoord. 12 van hen gaven een bevestigend antwoord, waarvan er 6 de benadeling van de crediteuren van de 'rijkste' der betrokken vennootschappen als belangrijk probleem noemden.

Voorts moet hier worden gewezen op de omstandigheid dat 12 van de 50 respondenten hier (ook) omstandigheden opsomden, die eerder vallen onder de noemer: 'Problemen verbonden aan gevallen waarin *geen* consolidatie plaatsvindt, maar er wel op diverse vlakken sprake is van vermenging'. Zo zijn genoemd: problemen verbonden aan de vaststelling en verdeling van de (opbrengst van de) aangetroffen activa, problemen bij de toerekening door de curator van gewerkte uren aan de diverse boedels en het uiteenrafelen van intercompany-verhoudingen.

Vraag 12. De vraag of aan geconsolideerde afwikkeling *voordelen* zijn verbonden in vergelijking met enkelvoudige afwikkeling is beantwoord door 49 van de 50 respondenten die bij een consolidatie betrokken zijn geweest. Tevens heeft één van de overige – niet over ervaring met consolidatie beschikkende – respondenten deze vraag beantwoord, waardoor ook deze vraag door in totaal 50 personen is beantwoord. Van deze 50 respondenten beantwoordden er 45 vraag 12 bevestigend. Slechts 3 van hen gaven een ontkennend antwoord[8] en 2 van hen betoogden dat het antwoord op deze vraag afhangt van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van verbondenheid tussen de betrokken vennootschappen.
Als voordelen verbonden aan consolidatie zijn onder meer genoemd:
- eenvoudiger voor de curator (17 keer);
- minder/geen problemen meer bij toedeling van kosten, activa en passiva (11 keer); daarbij is 4 keer expliciet verwezen naar intercompany-verhoudingen.
- minder kostbaar (9 keer);
- minder tijdrovend (6 keer);
- concernbenadering mogelijk maken, onder meer door rekening te houden met de concernfinanciering en de eenheid die het concern tegenover derden vaak is (6 keer);
- één verslaglegging; minder administratieve werkzaamheden voor de curator (5 keer);
- consolidatie bevrijdt curator van een ingewikkelde voorlopige erkenningronde (1 keer).

Voorts is door een enkeling gewezen op de voor de curator persoonlijk aan de consolidatie verbonden voordelen dat de samengevoegde boedel aansprakelijk is voor zijn salaris en dat de snellere afwikkeling betekent dat de curator eerder zal worden betaald voor zijn werkzaamheden.

8 Daaronder begrepen de niet over ervaring beschikkende respondent.

Vraag 13. De vraag of *nadelen* zijn verbonden aan geconsolideerde afwikkeling in vergelijking met afzonderlijke afwikkeling is door 51 respondenten beantwoord, derhalve heeft wederom één respondent die geen ervaring heeft met geconsolideerde afwikkeling deze vraag eveneens beantwoord. Van deze 51 respondenten betoogden er slechts 10 dat geen of nauwelijks nadelen zijn verbonden aan geconsolideerde afwikkeling. 38 van de 51 respondenten betoogden dat aan de consolidatie wel nadelen zijn verbonden[9], onder andere:

– benadeling van de crediteuren van de 'rijkste' bij de consolidatie betrokken vennootschap (23 keer);[10]
– consolidatie strookt niet met het idee van de rechtspersoon met eigen belangen en eigen crediteuren (1 keer);
– problemen met betrekking tot de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van Faillissement (WBF; hoe groot is het tekort?) (1 keer);
– consolidatie leidt tot minder mogelijkheden voor de afzondering van risico's (1 keer).

Ten slotte gaven 3 respondenten aan dat soms wel en soms geen nadelen zijn verbonden aan een consolidatie, waarbij 2 respondenten opmerkten dat dit afhankelijk is van de gronden voor consolidatie.

2. Voorwaarden voor consolidatie

Vervolgens zijn aan alle geënquêteerden diverse casusposities voorgelegd met de vraag of zij onder de in de casus genoemde omstandigheden consolidatie op haar plaats achten. Deze casus zijn hierna opgenomen direct gevolgd door de gegeven antwoorden van alle 67 respondenten die de enquête ingevuld hebben geretourneerd.

Vraag 14. Vennootschap B is de 100%-dochtervennootschap van vennootschap A. Beide vennootschappen zijn failliet verklaard. Hun vermogens zijn slechts gedeeltelijk vermengd. Beide vennootschappen hebben diverse onroerende goederen op eigen naam, waarvan er slechts enkele zijn verhypothekeerd. Voorzover echter de vermogens vermengd zijn, zijn zij niet meer op reële basis te scheiden. Acht u consolidatie op haar plaats?

65 van de 67 respondenten hebben vraag 14 beantwoord. 35 van de 67 respondenten (52,2%) achtten consolidatie in dit geval niet op haar plaats. 19 respondenten (28,4%) achtten consolidatie wel op haar plaats en 8 respondenten (11,9%)

9 Daaronder begrepen de niet over ervaring beschikkende respondent. Voorts nuanceerde één respondent zijn bevestigende antwoord, door er tevens op te wijzen dat de crediteuren, doch niet de curator, door de consolidatie worden benadeeld.

10 Waarbij 2 respondenten echter opmerkten dat dit slechts zelden zal voorkomen, omdat concurrente crediteuren vrijwel nooit enige uitkering ontvangen.

oordeelden consolidatie slechts onder bepaalde nader te noemen omstandigheden geoorloofd. 2 respondenten (3,0%) oordeelden gedeeltelijke consolidatie geoorloofd en 1 respondent (1,5%) had over het gevraagde geen mening.
De 8 respondenten die consolidatie afhankelijk stelden van nadere omstandigheden, noemden als van belang zijnde factoren onder meer:
– in hoeverre zijn de ondernemingen van de vennootschappen gescheiden geweest? (1 keer);
– zijn de crediteuren bij de consolidatie gebaat? (1 keer);
– zijn de crediteurenposities van de crediteuren van beide vennootschappen vergelijkbaar? (1 keer);
– wat is de omvang van het vermengde gedeelte van het vermogen? (4 keer).
Als motivering voor hun negatieve beantwoording wezen de 35 genoemde respondenten er onder meer op dat slechts sprake is van een gedeeltelijke vermenging (7 keer) en dat het mogelijk is het vermengde gedeelte toe te delen aan de beide boedels (11 keer). Maar het meest genoemde argument is toch de door de consolidatie vrijwel zeker optredende benadeling van bepaalde crediteuren (12 keer).

De 19 respondenten die consolidatie wel geoorloofd achtten, betoogden juist dat een reële verdeling van het actief en passief niet meer mogelijk is (5 keer). Vaak zal de maatstaf voor toedeling willekeurig zijn (1 keer). Ook is betoogd dat consolidatie tijd en energie zal besparen, omdat een moeizame scheiding achterwege kan blijven (1 keer).

Vraag 15. Vennootschap A en vennootschap B zijn zustervennootschappen. Zij zijn beide failliet verklaard. Vennootschap A heeft naar het lijkt voorafgaand aan het faillissement diverse paulianeuse handelingen verricht. Steeds waren zustervennootschappen B en C haar wederpartij. Verder onderzoek is noodzakelijk. A beschikt echter over weinig liquide middelen.
Acht u consolidatie op haar plaats?

66 van de 67 respondenten hebben deze vraag beantwoord. 42 van de 67 respondenten (62,7%) achtten consolidatie in dit geval niet op haar plaats. 17 respondenten (25,4%) achtten consolidatie wel geoorloofd en 4 respondenten (6,0%) stelden consolidatie afhankelijk van nadere omstandigheden, zoals de gelijkwaardigheid van de crediteurenposities van de crediteuren van beide vennootschappen.[11] 1 respondent (1,5%) gaf een tweeledig antwoord (ja en nee), 1 respondent (1,5%) stelde omtrent het gevraagde geen mening te hebben en 1 respondent (1,5%) gaf geen direct antwoord op de vraag.

De respondenten die consolidatie in dit geval afwezen, wezen er onder andere op dat uit de casus niet blijkt dat sprake is van vermogensvermenging, waardoor de zaken te scheiden lijken (8 keer); dat consolidatie benadeling van de cre-

11 Deze omstandigheid is 1 keer genoemd, verder zijn geen concrete omstandigheden genoemd.

diteuren van een of beide vennootschappen tot gevolg zou kunnen hebben (5 keer) en dat het onderzoek op andere wijze moet worden gefinancierd (2 keer).

De respondenten die consolidatie in dit geval wel acceptabel oordeelden, betoogden onder meer dat daardoor het paulianeus handelen wordt rechtgetrokken, waardoor kosten (tijdrovende procedures) worden bespaard (4 keer).

Vraag16. Vennootschap A is de moedervennootschap van vennootschap B. Zij dragen dezelfde naam, hebben dezelfde bestuurders, houden kantoor op hetzelfde adres, oefenen dezelfde bedrijfsactiviteiten uit en contracteren veelvuldig met dezelfde wederpartijen, maar hebben duidelijk gescheiden boekhoudingen. Zowel vennootschap A, als vennootschap B is failliet verklaard.
Acht u consolidatie op haar plaats?

Vraag 16 is door 66 van de 67 respondenten beantwoord. 37 van de 67 respondenten (55,2%) achtten consolidatie hier niet op haar plaats. 23 respondenten (34,3%) vonden consolidatie in dit geval wel geoorloofd. Terwijl 6 respondenten (9,0%) consolidatie afhankelijk stelden van nadere omstandigheden.

De meeste respondenten die consolidatie in dit geval afwezen, beargumenteerden deze stellingname door erop te wijzen dat de activa en passiva van de beide vennootschappen kunnen worden gescheiden, omdat de boekhoudingen gescheiden zijn bijgehouden (24 keer). Een ander argument dat is genoemd, is dat consolidatie in dit geval vereenzelviging zou inhouden, hetgeen echter slechts onder strikte voorwaarden geoorloofd is (3 keer).

Ook een drietal respondenten dat consolidatie wel geoorloofd achtte, zag een verband met de vereenzelvigingsrechtspraak van de Hoge Raad. Één van hen zou zelfs voor wat betreft de voorwaarden voor consolidatie willen aanknopen bij de voorwaarden die de Hoge Raad aan vereenzelviging verbindt. Daarnaast is als argument pleitend vóór consolidatie onder meer genoemd dat crediteuren de vennootschappen als een eenheid zullen hebben beschouwd en niet zullen weten met welke vennootschap zij hebben gecontracteerd (7 keer).

Ook de respondenten die consolidatie in dit geval afhankelijk stelden van nadere omstandigheden, noemden de vraag of voor crediteuren duidelijk is welke vennootschap als hun wederpartij is opgetreden als belangrijke omstandigheid (4 keer). Verder hechtten zij onder meer belang aan de vraag of de vermogens reëel gescheiden zijn geweest (3 keer).

Vraag 17. Vennootschap A is de moedervennootschap van vennootschap B. Zij dragen dezelfde naam, hebben dezelfde bestuurders, houden kantoor op hetzelfde adres, oefenen dezelfde bedrijfsactiviteiten uit en contracteren veelvuldig met dezelfde wederpartijen, maar hebben duidelijk gescheiden boekhoudingen. Het merendeel van de crediteuren van beide vennootschappen stelt te hebben vertrouwd op de kredietwaardigheid van beide vennootschappen als een eenheid. Zij hebben daartoe ook regelmatig kruislingse zekerheden bedongen. Zowel vennootschap A, als vennootschap B is failliet verklaard.
Acht u consolidatie op haar plaats?

Vraag 17 is door 66 van de 67 respondenten beantwoord. 35 van de 67 respondenten (52,2%) achtten consolidatie niet geoorloofd, 27 respondenten (40,9%) vonden consolidatie wel acceptabel en 2 respondenten (3,0%) stelden consolidatie afhankelijk van nadere omstandigheden. Nog eens 2 respondenten (3,0%) gaven geen direct antwoord op de vraag.

De respondenten die consolidatie in dit geval afwezen, betoogden daartoe onder meer dat er geen blijk is van vermogensvermenging en dat gescheiden afwikkeling gezien de gescheiden boekhoudingen mogelijk is (9 keer), dat het vertrouwen van het merendeel der crediteuren niet van doorslaggevend belang is (7 keer) en dat crediteuren zich kennelijk bewust zijn geweest van het verschil tussen de vennootschappen nu zij ter meerdere zekerheid beide vennootschappen voor hun vorderingen hebben verbonden (5 keer).

De 27 respondenten die consolidatie in dit geval wel geoorloofd achtten, droegen daartoe veel verschillende argumenten aan. Genoemd kunnen onder andere worden: crediteuren hebben niet goed kunnen beoordelen met wie zij zaken deden (3 keer); de kruislingse zekerheden hebben waarschijnlijk tot gevolg dat beide vennootschappen dezelfde crediteuren hebben (1 keer); er bestaat tussen de vennootschappen een vergaande mate van verwevenheid (1 keer) en er is onvoldoende grondslag om de vennootschappelijke eenheid als een 'vof' niet aan te nemen (1 keer).

Als opgemerkt, stelden 2 respondenten consolidatie afhankelijk van nadere omstandigheden. Slechts één van hen noemde echter een omstandigheid, namelijk de vraag of de zaken nog zijn te scheiden of niet.

Vraag 18. Vennootschap A is een holdingmaatschappij. De vennootschappen B en C zijn haar 90%-dochtervennootschappen. De overige 10% van de aandelen zijn in handen van X, de aandeelhouder van A. Ook is er nog een kleindochter D. Haar aandelen worden allen gehouden door B. X is de enig bestuurder van A. X en zijn vrouw Y vormen samen het bestuur van de vennootschappen B en C. Vennootschap A is de bestuurder van vennootschap D. B en D verzorgen tezamen de productie en distributie van racefietsen en mountainbikes. C treedt op als financieringsmaatschappij.

Dan loopt de vraag naar racefietsen en mountainbikes sterk terug, mede ten gevolge van reputatieschade voortvloeiende uit het wegens een productiefout uit de verkoop hebben moeten halen van een partij racefietsen. Stuk voor stuk worden alle vennootschappen failliet verklaard.
Acht u consolidatie op haar plaats?

64 van de 67 respondenten hebben vraag 18 beantwoord. 41 van de 67 respondenten (61,2%) achtten consolidatie in dit geval niet geoorloofd, 19 respondenten (28,4%) vonden consolidatie wel acceptabel[12] en 5 respondenten (7,5%) stelden consolidatie afhankelijk van nadere omstandigheden.

12 NB Één respondent gaf een tweeledig antwoord (ja en nee).

De respondenten die consolidatie in dit geval afwezen, motiveerden hun antwoord onder meer door erop te wijzen dat uit de casus van het bestaan van vermogensvermenging en boekhoudkundige verstrengeling niets blijkt (20 keer) en evenmin van verwijtbaar of willekeurig handelen (2 keer), en dat het aandeelhoudersverband c.q. de concernverhouding alleen onvoldoende grond vormt voor consolidatie (3 keer).

Ook hier droegen de respondenten die consolidatie wel geoorloofd achtten veel verschillende argumenten aan om deze stellingname te onderbouwen. Bijvoorbeeld: dat tussen de vennootschappen een grote verwevenheid bestaat (4 keer); dat de vennootschappen een feitelijke of economische eenheid vormen (2 keer); dat in dit soort gevallen vaak een 2:403-verklaring is afgegeven, er een fiscale eenheid bestaat en tevens hoofdelijkheid tegenover de bank (1 keer).

De 5 respondenten die consolidatie afhankelijk stelden van nadere omstandigheden, noemden als belangrijke factoren: zijn de vermogens nog te scheiden?; zijn er gescheiden boekhoudingen?; hebben de intercompany-transacties op arm's length basis plaatsgevonden?; wat zijn de vooruitzichten voor de crediteuren?

Vraag19. Vennootschap A houdt 70% van de aandelen in de vennootschappen B en C. De vennootschappen behoren tot een conglomeraat. De vennootschappen B en C gaan vlak na elkaar failliet. B en C zijn niet werkzaam in dezelfde bedrijfstak.
Acht u consolidatie op haar plaats?

Vraag 19 is beantwoord door 65 van de 67 respondenten. 60 van de 67 respondenten (89,6%) achtten consolidatie in dit geval niet op haar plaats. 2 respondenten (3,0%) vonden consolidatie wel geoorloofd en eveneens 2 respondenten (3,0%) stelden consolidatie afhankelijk van nadere omstandigheden. 1 respondent (1,5%) gaf geen direct antwoord op de vraag.

De 59 respondenten die consolidatie afwezen, motiveerden hun antwoord met name door er op te wijzen dat uit de casus niets blijkt van het bestaan van vermogensvermenging (16 keer) of een andere vorm van verwevenheid (4 keer); en dat een aandeelhoudersrelatie of lidmaatschap van een conglomeraat onvoldoende argument biedt voor consolidatie (6 keer).

Slechts 1 van de 2 respondenten die in dit geval consolidatie op haar plaats achtten, gaf daarvoor een reden. Hij verwees naar het meerderheidsbelang en merkte op dat het er uit ziet als algehele verwevenheid.

De 2 respondenten die nadere voorwaarden stelden, verwezen naar de vraag of de vennootschappen economisch en administratief zijn te scheiden en of er verdere dwarsverbanden tussen hen bestaan.

3. Procedurele aspecten van consolidatie

Vraag 20 betrof de vraag 'Wie acht u bevoegd om tot consolidatie te besluiten?' Hier waren meer antwoorden mogelijk en die zijn meestal ook gegeven. Hetgeen

betekent dat veel respondenten een beslissing omtrent consolidatie via meer wegen mogelijk achtten. De meningen van de respondenten liepen hier voorts erg uiteen. Hierna volgt een top 5 van de meest geschikt geachte organen/wijzen van besluitvorming:

1. de R-C beslist op verzoek van de curator (33 keer);
2. de rechtbank beslist op verzoek van de curator (26 keer);
3. de R-C beslist op verzoek van (de commissie van) schuldeisers (18 keer);
   de rechtbank beslist op verzoek van (de commissie van) schuldeisers (18 keer);
4. de rechtbank beslist op verzoek van de gefailleerden (13 keer);
5. de R-C beslist op verzoek van de gefailleerden (7 keer).

Voorts betoogde een tiental respondenten dat de curator met instemming, goedkeuring of machtiging van de R-C of na overleg met de R-C dient te beslissen omtrent de consolidatie.

Vraag 21. Aan de orde was de vraag of aan twee of meer gefailleerden de mogelijkheid moet worden geboden consolidatie met de concurrente schuldeisers overeen te komen in één enkel akkoord?

Deze vraag is door 63 van de 67 respondenten beantwoord. 38 van de 67 respondenten (56,7%) beantwoordden deze vraag bevestigend. 20 van hen (29,9%) gaven een ontkennend antwoord. 3 respondenten (4,5%) stelden hun antwoord afhankelijk van nadere omstandigheden en 2 respondenten (3,0%) gaven aan hieromtrent geen mening te hebben.

De 38 respondenten die deze mogelijkheid aanvaardden, wezen er onder meer op dat in dat geval de crediteuren, zijnde de uiteindelijke belanghebbenden beslissen (5 keer); dat dit erg praktisch is (3 keer) en dat indien crediteuren dreigen te worden benadeeld de rechtbank de homologatie van het akkoord kan weigeren (1 keer).

De respondenten die consolidatie bij wijze van een akkoord afwezen, betoogden onder andere dat na faillietverklaring het overeenkomen van een akkoord niet meer aan de gefailleerde is (4 keer)[13], dat consolidatie niet ter beoordeling van de gefailleerden staat (2 keer), dat consolidatie een instrument is van de curator (1 keer), en dat de minderheid die nadelen zal ondervinden van de consolidatie overstemd kan worden door de meerderheid die bij consolidatie gebaat is (1 keer).

De respondenten die de mogelijkheid om consolidatie in een akkoord overeen te komen afhankelijk stelden van nadere voorwaarden wezen met name op de impact van consolidatie op (individuele) crediteuren, zij mogen niet worden benadeeld.

Vraag 22. Indien respondenten rechterlijke inmenging vereist achtten (zie vraag 20), was de vraag welke arrondissementsrechtbank of R-C zij bevoegd oordeelden. Ook hier konden meer antwoorden worden gegeven, hetgeen wederom veelvuldig is gedaan. Hierna volgt een top 5 van de meest gegeven antwoorden:

13 Zie echter art. 138 Fw, MLHR.

1. (de R-C verbonden aan) de rechtbank die het eerste van de betrokken faillissementen heeft uitgesproken (24 keer);[14]
2. (de R-C verbonden aan) de rechtbank in het arrondissement waar de kern van de bedrijfsactiviteiten wordt uitgeoefend (13 keer);
3. (de R-C verbonden aan) de rechtbank in het arrondissement waar zich het merendeel van de activa bevindt (5 keer);
   alle betrokken R-C's gezamenlijk (5 keer);
4. de rechtbank waardoor een van de debiteuren failliet is verklaard (3 keer);
   de curator in overleg met alle betrokken R-C's (3 keer);
5. alle betrokken rechtbanken en R-C's bij de besluitvorming betrekken (2 keer);
   de R-C in het faillissement van de holding (de vennootschap die het hoogst in de 'kerstboom' zit) (2 keer).

Vraag 23. De vraag of crediteuren bij de besluitvorming omtrent consolidatie moeten worden betrokken, is door 66 respondenten beantwoord. 32 respondenten (47,8%) achtten crediteurenbetrokkenheid op haar plaats, terwijl 33 respondenten (49,3%) crediteurenbetrokkenheid afwezen. 1 respondent (1,5%) merkte op dat crediteurenbetrokkenheid soms op haar plaats kan zijn, namelijk wanneer hun belangen evident worden geraakt.

Crediteurenbetrokkenheid zou gewenst zijn, omdat consolidatie juist hun belangen raakt, zij worden er potentieel de dupe van (16 keer). Bovendien worden zo procedures achteraf vermeden (1 keer).

De respondenten die crediteurenbetrokkenheid afwezen, betoogden daartoe onder meer dat dit niet praktisch is (10 keer), tenzij er een crediteurencommissie is (3 keer); dat crediteuren zich achteraf kunnen beklagen bij de R-C of de rechtbank (6 keer) en dat het taak van de curator is om hun (soms tegenstrijdige) belangen te behartigen (4 keer).

Vraag 24. De respondenten die crediteurenbetrokkenheid bij de besluitvorming omtrent consolidatie (soms) wenselijk achtten, konden vervolgens aangeven in welke vorm die betrokkenheid zou moeten worden gegoten. Echter, ook een viertal respondenten dat crediteurenbetrokkenheid afwees, heeft deze vraag beantwoord. Dit betekent dat 37 van de 67 respondenten deze vraag hebben beantwoord. Hierna volgt een top 3 van de meest wenselijk geachte vormen van crediteurenbetrokkenheid:

1. crediteuren moeten worden gehoord (11 keer);
2. de meerderheid van de crediteuren moet voorafgaand aan het besluit tot consolidatie haar goedkeuring verlenen (5 keer);
   overleg met de crediteurencommissie (5 keer);
   beroepsmogelijkheid achteraf bij de R-C of de rechtbank (5 keer);
3. alle crediteuren moeten voorafgaand aan het besluit tot consolidatie hun goedkeuring verlenen (2 keer);

14 Drie respondenten merkten op dat dit het duidelijkst zal zijn.

(elke klasse) crediteuren moet voorafgaand aan het besluit tot consolidatie goedkeuring verlenen bij gekwalificeerde meerderheid (2 keer);
beroep op de R-C via art. 69 Fw (2 keer).

Vraag 25. De vraag welke datum in geval van consolidatie moet gelden als datum van faillietverklaring is door 64 van de 67 respondenten beantwoord. De respondenten zijn bij de beantwoording van deze vraag diverse keuzemogelijkheden geboden. Hierna volgt een top 5 van de meest gegeven antwoorden:
1. de datum waarop het eerste van de betrokken faillissementen is uitgesproken (27 keer);
2. de afzonderlijke data van faillietverklaring van iedere betrokken vennootschap (17 keer);
3. de datum waarop tot consolidatie is besloten (11 keer);
4. de datum waarop de als laatste failliet verklaarde vennootschap is failliet verklaard (4 keer);
5. niet van belang (2 keer).

Vraag 26. 66 van de 67 respondenten hebben antwoord gegeven op de vraag tot welk moment zij consolidatie toelaatbaar achten. Sommige respondenten gaven meer dan één moment op. Hierna volgt een top 5 van de meest gegeven antwoorden:
1. totdat enige uitkering aan de crediteuren is gedaan (33 keer);
2. totdat een akkoord is tot stand gekomen (17 keer);
3. tot de verificatievergadering (8 keer);
4. totdat alle faillissementen zijn geëindigd (4 keer);
5. binnen 3 maanden na het uitspreken van het faillissement (2 keer);
   nooit (2 keer).

Vraag 27. De vraag of zij vinden dat een geconsolideerd faillissement – gezien de vaak betrokken tegenstrijdige belangen – door één enkele curator kan worden afgewikkeld, is door 66 van de 67 respondenten beantwoord. 54 van de 67 respondenten (80,6%) beantwoordden deze vraag bevestigend. 6 respondenten (9,0%) stonden hier afwijzend tegenover en eveneens 6 respondenten (9,0%) stelden de benoeming van één enkele curator afhankelijk van nadere omstandigheden.

De respondenten die deze vraag bevestigend beantwoordden, betoogden daartoe onder meer dat een curator continue, derhalve ook bij enkelvoudige afwikkeling, verkeert in een speelveld van tegenstrijdige belangen (10 keer); dat ernstige tegenstrijdige belangen de consolidatie al zouden moeten hebben verhinderd (6 keer) en dat door consolidatie juist veel tegenstrijdige belangen vervallen (5 keer). Daarnaast is wel geopperd dat het voor de objectiviteit wel beter is om twee curatoren te benoemen (1 keer) of een andere voorziening te treffen in geval van tegenstrijdige belangen (1 keer).

De respondenten die de benoeming van één enkele curator afwezen, wezen met name op de aanwezigheid van belangenconflicten (4 keer).

Als omstandigheid van belang voor de beantwoording van de vraag of één enkele curator kan worden benoemd, is vooral de omvang van het faillissement genoemd (3 keer), ook is gewezen op de evidentie van de tegenstrijdigheden (1 keer) en de vraag of er überhaupt geld is voor twee curatoren (1 keer).

4. Gevolgen van consolidatie

Vraag 28. Vraag was of gedeeltelijke consolidatie onder omstandigheden geoorloofd kan zijn. Deze vraag is door 65 van de 67 respondenten beantwoord. 39 van de 67 respondenten (58,2%) achtten gedeeltelijke consolidatie niet geoorloofd, 24 van hen (35,8%) vonden gedeeltelijke consolidatie onder omstandigheden wel acceptabel. Twee respondenten (3,0%) gaven geen direct antwoord op deze vraag. Als motivering voor een afwijzend antwoord noemden de respondenten onder meer dat gedeeltelijke consolidatie praktisch onwerkbaar en te gecompliceerd zal zijn (16 keer); het is alles of niets (7 keer). Bovendien zou gedeeltelijke consolidatie een verstoring van de paritas creditorum meebrengen (3 keer) en willekeur creëren (2 keer).

De respondenten die gedeeltelijke consolidatie wel acceptabel achtten, bezigden daartoe verschillende motiveringen en noemden een aantal omstandigheden die zij van belang oordeelden bij het kiezen voor gedeeltelijke consolidatie. Genoemd kunnen onder andere worden de vraag of de vermogens überhaupt te scheiden zijn (1 keer) en of gedeeltelijke consolidatie in het belang is van alle crediteuren (1 keer).

Vraag 29. In het buitenland wordt soms besloten om alle crediteuren bij een consolidatie naar evenredigheid van ieders vordering te laten delen in de opbrengst van de geconsolideerde boedel. De vraag of deze gang van zaken ook in Nederland wenselijk is, is door 65 van de 67 respondenten beantwoord. 40 van de 67 respondenten (59,7%) antwoordden in negatieve zin en 19 respondenten (28,4%) gaven een positief antwoord. 1 respondent (1,5%) stelde zijn antwoord afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval en 1 respondent (1,5%) had hieromtrent geen mening. 4 respondenten (6,0%) gaven voorts geen direct antwoord op de vraag.

Ter motivering van hun negatieve antwoord wezen de respondenten met name op de strijdigheid van deze aanpak met de wettelijke rangregeling (19 keer). Ook wezen zij erop dat crediteuren erop moeten kunnen vertrouwen dat hun bevoorrechte positie in stand blijft (3 keer).

De respondenten die een uitkering naar evenredigheid van ieders vordering wel wenselijk achtten, merkten onder andere op dat preferenties weliswaar op de wet zijn gebaseerd, maar veelal logica missen (7 keer) en dat deze wijze van verdelen erg praktisch is (2 keer).

Vraag 30. De vraag of het wenselijk is dat ten gevolge van de consolidatie de intercompany-vorderingen vervallen, is door 65 van de 67 respondenten beant-

woord. 53 van de 67 respondenten (79,1%) beantwoordden deze vraag bevestigend en 6 respondenten (9,0%) gaven een ontkennend antwoord. 2 respondenten (3,0%) gaven aan hieromtrent geen mening te hebben en 1 respondent (1,5%) stelde de beantwoording van deze vraag afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Tot slot gaven 3 respondenten (4,5%) expliciet aan dat dit eigenlijk geen wenselijkheidsvraag is, maar een evident gevolg van consolidatie. De respondenten die deze vraag in positieve zin beantwoordden, gaven eveneens aan dat het vervallen van intercompany-vorderingen een logisch gevolg is van de consolidatie (13 keer). Verder betoogden zij onder meer dat de moeilijk te reconstrueren intercompany-verhoudingen juist een reden zijn voor consolidatie (2 keer) en dat door het vervallen van de intercompany-vorderingen de afwikkeling wordt vereenvoudigd (2 keer).

De respondenten die het vervallen van intercompany-vorderingen afwezen, betoogden onder andere dat daardoor indirect de crediteuren van individuele vennootschappen tekort wordt gedaan (2 keer) en dat dit niet wenselijk is omdat intercompany-vorderingen kunnen toezien op eerdere vermogensverschuivingen die gecorrigeerd moeten worden (1 keer).

Vraag 31. Deze vraag bleek tot verwarring aanleiding te geven. De vraag luidde: 'Ten gevolge van de consolidatie vervallen doorgaans kruislings gegeven zekerheden. Acht u dit wenselijk?'

Respondenten twijfelden tussen twee scenario's, waarop de vraag betrekking zou kunnen hebben. Het eerste betrof door de vennootschappen aan elkaar verstrekte zekerheden vanwege schulden die zij aan elkaar hadden. Het tweede betrof door vennootschap B ten behoeve van vennootschap A aan derden verstrekte zekerheden voor schulden van vennootschap A aan die derden.

Gezien deze verwarring die is opgetreden vanwege mijn onduidelijke formulering, geef ik enkel de antwoorden van de respondenten die specifiek hebben aangegeven welk scenario hen voor ogen stond bij de beantwoording van de vraag.

Twee respondenten doelden op door de vennootschappen aan elkaar verstrekte zekerheden, dat is het eerste scenario. Zij betoogden dat het vervallen van deze zekerheden wenselijk is. (Dit is begrijpelijk, wanneer wordt aangenomen dat de vorderingen die de vennootschappen op elkaar hebben (intercompany-vorderingen) door de consolidatie vervallen. Met het tenietgaan van deze vorderingen, vinden immers ook daarvan afhankelijke rechten als pand en hypotheek hun einde (art. 3:7 BW, MLHR).

6 respondenten doelden op het tweede scenario, waarbij ten behoeve van een verbonden vennootschap zekerheden aan derden worden verstrekt. 5 van hen oordeelden het vervallen van zekerheden in een dergelijk geval bezwaarlijk. 1 van hen oordeelde het vervallen van zekerheden in dat geval wenselijk, indien zij zijn verstrekt aan de bank die het concern financiert.

Vraag 32. De vraag of men het aanvaardbaar acht dat een bestuurder van een van de vennootschappen ex artikel 2:138/248 BW aansprakelijk wordt gehouden voor

het tekort in de *geconsolideerde* boedel, is door 66 van de 67 respondenten beantwoord. 37 van de 67 respondenten (55,2%) gaven een bevestigend antwoord en 25 respondenten (37,3%) gaven een ontkennend antwoord. 4 respondenten (6,0%) gaven geen direct antwoord op de vraag; zij stelden hun antwoord afhankelijk van de betrokkenheid van de bestuurder bij het onbehoorlijk bestuur in iedere vennootschap.

De respondenten die aansprakelijkheid voor het tekort in de geconsolideerde boedel aanvaardbaar achtten, stelden daaraan soms ook nadere voorwaarden. Genoemd is onder andere dat de bestuurder ook betrokken moet zijn geweest bij de beleidsbepaling in de andere vennootschap (6 keer). Verder is opgemerkt dat indien consolidatie gerechtvaardigd wordt geacht, aansprakelijkheid voor het tekort in de geconsolideerde boedel een consequentie is (6 keer) en dat dit ook aanvaardbaar is, omdat consolidatie pas plaatsvindt onder bijzondere omstandigheden en na een zorgvuldige afweging (1 keer). Andere respondenten wezen er voorts op dat de rechter altijd nog zijn matigingsbevoegdheid, neergelegd in lid 4 van de genoemde artikelen, kan gebruiken (4 keer).

De tegenstanders van genoemde aansprakelijkstelling betoogden onder meer dat men slechts aansprakelijk is voor eigen verantwoordelijkheden (1 keer) en dat de bestuurder enkel aansprakelijk kan worden gehouden wanneer hij ook de leiding had bij de andere vennootschap (6 keer) en het kennelijk onbehoorlijk bestuur op alle vennootschappen ziet (1 keer). 1 respondent betoogde dat aansprakelijkheid voor het tekort in de geconsolideerde boedel niet mogelijk is, tenzij het de bestuurder betreft van de holding waar alle vennootschappen onder vallen (1 keer).

Vraag 33. De vraag of men het aanvaardbaar acht dat een commissaris van een van de vennootschappen ex artikel 2:149/259 jo. 2:138/248 BW aansprakelijk wordt gehouden voor het tekort in de *geconsolideerde* boedel, is beantwoord door 66 van de 67 respondenten. 36 van de 67 respondenten (53,7%) beantwoordden deze vraag bevestigend en 28 respondenten (41,8%) gaven een ontkennend antwoord. Eén respondent (1,5%) stelde een dergelijke aansprakelijkstelling expliciet afhankelijk van het antwoord op de vraag of de commissaris voor wat betreft de overige vennootschappen onder lid 7 van de laatstgenoemde artikelen valt. En één respondent (1,5%) betoogde dat dit wellicht mogelijk is wanneer (*overall*?, MLHR) sprake is van onvoldoende toezicht.

Deze voorwaarde vindt men ook terug bij de respondenten die deze vraag in bevestigende zin beantwoordden (5 keer). Verder is ook hier betoogd dat aansprakelijkheid van de commissaris voor het tekort in de geconsolideerde boedel een consequentie is van consolidatie (5 keer) en dat aansprakelijkstelling voor het tekort in de geconsolideerde boedel aanvaardbaar is, omdat consolidatie pas plaatsvindt onder bijzondere omstandigheden en na een zorgvuldige belangenafweging (1 keer). Voorts is hier wederom verwezen naar de matigingsbepaling, die door de rechter kan worden aangewend (4 keer). Bovendien zal het doorgaans de commissaris in de topholding betreffen (1 keer).

Diverse respondenten die aansprakelijkheid van de commissaris voor het tekort in de geconsolideerde boedel afwezen, maakten een uitzondering voor een commissaris die ook betrokken was bij de gang van zaken bij de overige failliete vennootschappen (9 keer) of voor de commissaris van de holding waaronder alle vennootschappen vallen (1 keer). Eén van de respondenten die genoemde aansprakelijkheid afwezen, betoogde dat beter de weg van artikel 6:162 BW kan worden gevolgd.

5. Overigen

Vraag 34. De vraag of een wettelijke regeling wenselijk is voor geconsolideerde afwikkeling van faillissementen is door 66 van de 67 respondenten beantwoord. 47 van de 67 respondenten (70,1%) gaven een bevestigend antwoord en 19 respondenten (28,4%) gaven een ontkennend antwoord.

De voorstanders van een wettelijke regeling motiveerden dit oordeel met onder meer de volgende argumenten: thans bestaat er geen echte basis voor consolidatie (8 keer); meer duidelijkheid is gewenst (8 keer); een wettelijke regeling komt de rechtszekerheid ten goede (4 keer), en zonder wettelijke regeling geschiedt consolidatie veel te willekeurig (3 keer). Daarbij is wel diverse keren opgemerkt dat kan worden volstaan met een abstract geformuleerde algemene regel, zonder veel details (4 keer).

De tegenstanders van een wettelijke regeling betoogden daarentegen dat de praktijk met de huidige stand van zaken goed uit de voeten kan (4 keer); dat een wettelijke regeling de flexibiliteit zou beperken (2 keer) en dat zij hetgeen praktisch kan worden opgelost vaak nodeloos ingewikkeld maakt, vgl. de regeling voor de vereenvoudigde afwikkeling (2 keer). Bovendien is betoogd dat consolidatie een noodgreep moet blijven (2 keer).

Vraag 35. De vraag of ingeval ten aanzien van twee of meer (verbonden) vennootschappen een surséance van betaling is uitgesproken consolidatie in het algemeen mogelijk moet zijn, is door 65 van de 67 respondenten beantwoord. 34 van de 67 respondenten (50,7%) beantwoordden deze vraag in negatieve zin en 29 respondenten (43,3%) gaven een positief antwoord. 1 respondent (1,5%) had omtrent het gevraagde geen mening en 1 respondent (1,5%) gaf geen direct antwoord op de vraag, maar betoogde enkel dat het belang van de crediteuren voorop staat.

De respondenten die een bevestigend antwoord gaven, motiveerden hun oordeel met zeer verschillende argumenten. Genoemd kunnen worden: geconsolideerde surséance zou aansluiten bij de regeling voor faillissementen (4 keer); de afwikkeling van de surséance wordt vereenvoudigd (1 keer); en indien er sprake is van een onscheidbare vermenging is dit in het belang van alle/de meeste crediteuren (1 keer).

De respondenten die een geconsolideerde surséance afwezen, betoogden daartoe onder meer dat consolidatie uitzondering moet zijn (2 keer); dat dit te inge-

wikkeld wordt (1 keer), en dat de ene vennootschap levensvatbaar kan zijn, terwijl de andere kansloos is (1 keer).

Vraag 36. De vraag of consolidatie in het algemeen mogelijk moet zijn tussen een gefailleerde vennootschap en een (met deze vennootschap verbonden) vennootschap die in surséance verkeert, is beantwoord door 66 van de 67 respondenten. 51 van de 67 respondenten (76,1%) beantwoordden deze vraag ontkennend. 15 respondenten (22,4%) gaven een bevestigend antwoord.

De respondenten die de vraag ontkennend beantwoordden, motiveerden hun oordeel met name met de opmerking dat de doelstellingen van het faillissement en de surséance van betaling wezenlijk anders zijn (26 keer). Daarnaast is onder meer opgemerkt dat dit onuitvoerbaar zou zijn in de praktijk (3 keer) en dat de in surséance verkerende vennootschap gered zou kunnen worden (3 keer).

De respondenten die deze vraag bevestigend beantwoordden, motiveerden hun antwoord onder andere door erop te wijzen dit de meeste flexibiliteit voor een doorstart op zal leveren (1 keer); het een efficiënte oplossing is voor het probleem (1 keer) en dat er dan één systeem ontstaat (1 keer).

Vraag 37. Hier is de respondenten de mogelijkheid geboden opmerkingen te maken. Van deze mogelijkheid heeft een vijftal respondenten gebruik gemaakt om te benadrukken dat consolidatie naar hun mening slechts in uitzonderlijke gevallen en onder strikte voorwaarden mag plaatsvinden.

Bijlage IIA

Artikel L651-2 en L652-1 Code de Commerce (F)

Artikel L651-2
Lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables.

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ou la résolution du plan.

Les sommes versées par les dirigeants en application de l'alinéa 1er entrent dans le patrimoine du débiteur. Ces sommes sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc.

Artikel L652-1
Au cours d'une procédure de liquidation judiciaire, le tribunal peut décider de mettre à la charge de l'un des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale la totalité ou une partie des dettes de cette dernière lorsqu'il est établi, à l'encontre de ce dirigeant, que l'une des fautes ci-après a contribué à la cessation des paiements:

1. Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres;
2. Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel;
3. Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement;
4. Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale;
5. Avoir détourne ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale.

Dans les cas visés au présent article, il ne peut être fait application des dispositions de l'article L. 651-2.

Bijlage IIB

Artikel L624-3 en L624-5 Code de Commerce (oud) (de tekst van laatstgenoemd artikel is identiek aan de tekst van artikel 182 Wet nr. 85-98 van 25 januari 1985, zoals aangepast door Wet nr. 94-475 van 10 juni 1994) (F)

Artikel L624-3

Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux.

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui arrête le plan de redressement ou, à défaut, du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

Les sommes versées par les dirigeants en application de l'alinéa 1er entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues par le plan d'apurement du passif. En cas de cession ou de liquidation, ces sommes sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc.

Artikel L624-5

I. En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d'une personne morale, le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, contre lequel peut être relevé un des faits ci-après:
   1. Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres;
   2. Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel;
   3. Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement;
   4. Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale;
   5. Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales;

6. Avoir détourne ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale;
7. Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.

II. En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire prononcé en application du présent article, le passif comprend, outre le passif personnel, celui de la personne morale.

III. La date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire de la personne morale.

IV. L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui arrête le plan de redressement de l'entreprise ou, à défaut, du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

Bijlage IIC

Artikel 99 en 101 van Wet nr. 67-563 van 13 juli 1967 (F)

Artikel 99
Lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du syndic, ou même d'office, que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux.

L'action se prescrit par trois ans à compter de l'arrêté définitif des créances. En cas de résolution ou d'annulation du concordat, la prescription, suspendue pendant le temps qu'a duré le concordat, recommence à courir. Toutefois, le syndic dispose à nouveau, pour exercer l'action, d'un délai qui ne peut en aucun cas être inférieur à un an.

Pour dégager leur responsabilité, les dirigeants impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires.

Artikel 101
En cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en règlement judiciaire ou liquidation des biens tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, qui a:
- sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, fait des actes de commerce dans un intérêt personnel;
- ou disposé des biens sociaux comme des siens propres;
- ou poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale;

En cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens prononcé en application du présent article, le passif comprend, outre le passif personnel, celui de la personne morale.

La date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale.

Bijlage IIIA

Artikelen 271 en 272 Companies Act 1993 (NZ)

271. Pooling of assets of related companies -

1. On the application of the liquidator, or a creditor or shareholder, the Court, if satisfied that it is just and equitable to do so, may order that -

    a. A company that is, or has been, related to the company in liquidation must pay to the liquidator the whole or part of any or all of the claims made in the liquidation:

    b. Where 2 or more related companies are in liquidation, the liquidations in respect of each company must proceed together as if they were one company to the extent that the Court so orders and subject to such terms and conditions as the Court may impose.

2. The Court may make such other order or give such directions to facilitate giving effect to an order under subsection (1) of this section as it thinks fit.

272 Guidelines for orders -

1. In deciding whether it is just and equitable to make an order under section 271(1)(a) of this Act, the Court must have regard to the following matters:

    a. The extent to which the related company took part in the management of the company in liquidation:

    b. The conduct of the related company towards the creditors of the company in liquidation:

    c. The extent to which the circumstances that gave rise to the liquidation of the company are attributable to the actions of the related company:

    d. Such other matters as the Court thinks fit.

2. In deciding whether it is just and equitable to make an order under section 271(1)(b) of this Act, the Court must have regard to the following matters:

    a. The extent to which any of the companies took part in the management of any of the other companies:

b. The conduct of any of the companies towards the creditors of any of the other companies:

c. The extent to which the circumstances that gave rise to the liquidation of any of the companies are attributable to the actions of any of the other companies:

d. The extent to which the businesses of the companies have been combined:

e. Such other matters as the Court thinks fit.

3. The fact that creditors of a company in liquidation relied on the fact that another company is, or was, related to it is not a ground for making an order under section 271 of this Act.

Bijlage IIIB

Artikelen 315A, 315B en 315C(2) & (3) Companies Act 1955 (NZ)

315A. Company may be required to contribute to debts of related company —-

On the application of the liquidator or any creditor or contributory of any company that is being wound up, the Court, if it is satisfied that it is just and equitable to do so, may order that any company that is or has been related to the company being wound up shall pay to the liquidator of that company the whole or part of any or all of the debts provable in the winding up thereof. Any order under this section may be made on such terms and conditions as the Court thinks fit.

315B. Pooling of assets of related companies —-

1. Where 2 or more related companies are being wound up and the Court, on the application of the liquidator of any of the companies, is satisfied that it is just and equitable to make an order under this section, the Court may order that, subject to such terms and conditions as the Court may impose and to the extent that the Court orders, the companies shall be wound up together as if they were one company, and, subject to the provisions of this section, the order shall have effect and all the provisions of this Act shall apply accordingly.

2. In deciding the terms and conditions of an order under this section, the Court shall have particular regard to the interests of those persons who are members of some, but not all, of the companies.

3. Where the Court makes an order under subsection (1) of this section —-

    a. The Court may remove any liquidator of any of the companies, and appoint any person to act as liquidator of any one or more of the companies;

    b. The Court may give such directions as it thinks fit for the purpose of giving effect to the order;

    c. Nothing in this section or order shall affect the rights of any secured creditor of any of the companies;

    d. Debts of a company that are to be paid in priority to all other debts of the company pursuant to section 308 of this Act shall, to the extent that they are not paid out of the assets of that company, be subject to the claims of

holders of debentures under any floating charge (as defined in that section) created by any of the other companies;

e. Unless the Court otherwise orders, the claims of all unsecured creditors of the companies shall rank equally amongst themselves.

4. An application may be made to the Court under this section at the time as, or at any time subsequent to, the presentation of a winding up petition in respect of any of the companies to which the application relates.

5. Notice of an application to the Court for the purposes of this section shall be served on every company specified in the application, and on such other persons as the Court may direct, not later than the end of the 8th day before the day the application is heard.

315C. Guidelines for orders to contribute or pool assets —-
(…)
2. In deciding whether it is just and equitable to make an order under section 315B of this Act, the Court shall have regard to the following matters:

a. The extent to which any of the companies took part in the management of any of the other companies;

b. The conduct of any of the companies towards the creditors of any of the other companies;

c. The extent of which the circumstances that gave rise to the winding up of any of the companies are attributable to the actions of any of the other companies;

d. The extent to which the businesses of the companies have been intermingled;

e. Such other matters as the Court thinks fit.

3. Notwithstanding any other provision of the Act, it shall not be just and equitable to make an order under section 315A or section 315B of this Act if the only ground for making the order is that creditors of a company being wound up have relied on the fact that another company is or has been related to the first-mentioned company.

Bijlage IIIC

Artikelen 24 en 25 Companies Special Investigations Act 1958 (NZ)

24. Pooling of assets of several companies
1. Where in the opinion of the Court the affairs of two or more companies ~~incorporated in New Zealand~~ to which this Act applies have been so carried on that it is just and equitable that they should be wound up together by the Court, the Court, on the application of the receiver or liquidator of any of the companies, may order that, subject to such conditions as the Court may impose, the companies shall be wound up together and, to the extent that the Court considers it just and equitable, that they shall be so wound up as if they were one company, and the order shall have effect and all the provisions of the Companies Act 1955 shall apply accordingly.

2. Notice of any application to the Court shall be served on every receiver or liquidator of any of the companies who is not a party to the application, and on such other persons as the Court may direct.

25. Court may settle scheme for ranking of claims
Notwithstanding anything to the contrary in the Companies Act 1955, for the purposes of the winding up of any company or companies ~~incorporated in New Zealand~~ to which this Act applies, the Court may settle, as it considers just and equitable, a scheme prescribing the order in which all claims (whether as secured or unsecured creditor, shareholder, or otherwise) in respect of the company or companies shall rank for payment, and providing for the postponement of any claim or any part of any claim. Any such scheme shall have effect according to its tenor.

Bijlage IV

Artikelen 140 en 141 Companies Act 1990 (IE)

140. – 1. On the application of the liquidator or any creditor or contributory of any company that is being wound up, the court, if it is satisfied that it is just and equitable to do so, may order that any company that is or has been related to the company being wound up shall pay to the liquidator of that company an amount equivalent to the whole or part of all or any of the debts provable in that winding up. Any order under this section may be made on such terms and conditions as the court thinks fit.

2. In deciding whether it is just and equitable to make an order under *subsection (1)* the court shall have regard to the following matters –

   a. the extent to which the related company took part in the management of the company being wound up;

   b. the conduct of the related company towards the creditors of the company being wound up;

   c. the effect which such order would be likely to have on the creditors of the related company concerned.

3. No order shall be made under *subsection (1)* unless the court is satisfied that the circumstances that gave rise to the winding up of the company are attributable to the actions or omissions of the related company.

4. Notwithstanding any other provision, it shall not be just and equitable to make an order under *subsection (1)* if the only ground for making the order is –

   a. the fact that a company is related to another company, or

   b. that creditors of the company being wound up have relied on the fact that another company is or has been related to the first mentioned company.

5. For the purposes of this Act, a company is related to another company if –

   a. that other company is its holding company or subsidiary; or

b. more than half in nominal value of its equity share capital (as defined in section 155 (5) of the Principal Act) is held by the other company and companies related to that other company (whether directly or indirectly, but other than in a fiduciary capacity); or

c. more than half in nominal value of the equity share capital (as defined in section 155 (5) of the Principal Act) of each of them is held by members of the other (whether directly or indirectly, but other than in a fiduciary capacity); or

d. that other company or a company or companies related to that other company or that other company together with a company or companies related to it are entitled to exercise or control the exercise of more than one half of the voting power at any general meeting of the company; or

e. the businesses of the companies have been so carried on that the separate business of each company, or a substantial part thereof, is not readily identifiable; or

f. there is another company to which both companies are related;

and 'related company' has a corresponding meaning.

6. For the purposes of this section 'company' includes any body which is liable to be wound up under the Companies Acts and 'creditor' means one or more creditors to whom the company being wound up is indebted by more, in aggregate, than £10,000.

7. Where an application for an order under *subsection (1)* seeks to require a licensed bank, within the meaning of *section 25*, to contribute to the debts of a related company, a copy of every such application shall be sent by the applicant to the Central Bank who shall be entitled to be heard by the court before an order is made.

141. – 1. Where two or more related companies are being wound up and the court, on the application of the liquidator of any of the companies, is satisfied that it is just and equitable to make an order under this section, the court may order that, subject to such terms and conditions as the court may impose and to the extent that the court orders, the companies shall be wound up together as if they were one company, and, subject to the provisions of this section, the order shall have effect and all the provisions of this Part and Part VI of The Principal Act shall apply accordingly.

2. In deciding the terms and conditions of an order under this section the court shall have particular regard to the interests of those persons who are members of some, but not all, of the companies.

3. Where the court makes an order under *subsection (1)* –

   a. the court may remove any liquidator of any of the companies, and appoint any person to act as liquidator of any one or more of the companies;

   b. the court may give such directions as it thinks fit for the purpose of giving effect to the order;

   c. nothing in this section or the order shall affect the rights of any secured creditor of any of the companies;

   d. debts of a company that are to be paid in priority to all other debts of the company pursuant to section 285 of the Principal Act shall, to the extent that they are not paid out of the assets of that company, be subject to the claims of holders of debentures under any floating charge (as defined in that section) created by any of the other companies;

   e. unless the court otherwise orders, the claims of all unsecured creditors of the companies shall rank equally among themselves.

4. In deciding whether it is just and equitable to make an order under *subsection (1)* the court shall have regard to the following matters –

   a. the extent to which any of the companies took part in the management of any of the other companies;

   b. the conduct of any of the companies towards the creditors of any of the other companies;

   c. the extent to which the circumstances that gave rise to the winding up of any of the companies are attributable to the actions or omissions of any of the other companies;

   d. the extent to which the businesses of the companies have been intermingled.

5. Notwithstanding any other provision, it shall not be just and equitable to make an order under *subsection (1)* if the only ground for making the order is –

   a. the fact that a company is related to another company, or

b. that creditors of a company being wound up have relied on the fact that another company is or has been related to the first mentioned company.

6. Notice of an application to the court for the purposes of this section shall be served on every company specified in the application, and on such other persons as the court may direct, not later than the end of the eight day before the day the application is heard.

Lijst van aangehaalde literatuur

Van Achterberg 1989 M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern*, Deventer: Kluwer 1989.

Aerts TvI 2005 W. Aerts, 'De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2005, 3, p. 7-13.

Aerts TvI 2006 W. Aerts, 'Forum. Bestrijding van faillissementsfraude: de stand van zaken', *Tijschrift voor Insolventierecht* 2006, 18, p. 75-78.

Amera & Kolod Am. Bankr. Inst. L.Rev. lente 2006 S.D. Amera & A. Kolod, 'Substantive Consolidation: Getting Back to Basics', *American Bankruptcy Institute Law Review*, lente 2006, p. 1-46.

Van Andel TvI 2007 W.J.M. van Andel, "De beloning van curatoren: buitensporig of ondermaats", *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2007, 23, p. 125-127.

Artz RtDCom. 1975 J.F. Artz, 'L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux', *Revue trimestrielle de Droit Commercial* 1975, p. 1-33.

Asser/Hartkamp 4-I 2004 A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp 4-II 2005 A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Maeijer 2-III 2000 J.M.M. Maeijer, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Austin 1998 R.P. Austin, 'Corporate Groups', in: Ch.E.F. Rickett & R.B. Grantham (red.), *Corporate Personality in the 20th Century*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 71-89.

Bainbridge J.Corp.L. 2001 S.M. Bainbridge, 'Abolishing veil piercing', *Journal of Corporation Law* 2001, p. 480-535.

Baird B.C.L.Rev. 2005 D.G. Baird, 'The future of chapter 11: A symposium cosponsored by the American College of Bankruptcy: Substantive consolidation today', *Boston College Law Review* 2005, p. 5-22.

Baird, Jackson & Adler 2001 D.G. Baird, T.H. Jackson & B.E. Adler, *Cases, Problems, and Materials on Bankruptcy*, New York: Foundation Press 2001.

Bakkerus 2000 S.O.H. Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Balz Am.Bankr.L.J. 1996 M. Balz, 'The European Union Convention on Insolvency Proceedings, *American Bankruptcy Law Journal* 1996, p. 485-531.

Barbièri PA okt. 1996 J.-F. Barbièri, 'Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés', *Petites Affiches* okt. 1996, p. 9-15.

Barthélémy e.a. 1991 J. Barthélémy e.a., *Le droit des groupes de sociétés*, Parijs: Dalloz 1991.

Bartman1986 S.M. Bartman, *Inleiding concernrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986.

Bartman De NV 1989 S.M. Bartman, 'Het systeem van het wettelijk concernrecht', *De Naamlooze Vennootschap* 1989, p. 158-164.

Bartman WPNR 1996 S.M. Bartman, 'Vereenzelviging als methode van rechtsvinding; lange slagen snel thuis?', *Weekblad voor Privaatrecht*, *Notariaat en Registratie* 1996, p. 877-879.

Bartman TvI 1997 S.M. Bartman, 'Faillissementspauliana en het benadelingsvereiste bij concernfinanciering', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1997, p. 86-90.

Bartman WPNR 2000 S.M. Bartman, 'Onrechtmatige daad en vereenzelviging; een interactief paar', *Weekblad voor Privaatrecht*, *Notariaat en Registratie* 2000, p. 795-797.

Bartman WPNR 2001 S.M. Bartman, 'Naschrift', *Weekblad voor Privaatrecht*, *Notariaat en Registratie* 2001, p. 202-203.

Bartman WPNR 2005 S.M. Bartman, 'De concernenquête na Landis', *Weekblad voor Privaatrecht*, *Notariaat en Registratie* 2005, p. 551-558.

Bartman & Dorresteijn 2000 S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Gouda Quint 2000.

Bartman & Dorresteijn 2006 S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2006.

Beaubrun Rev. jur. com. 1980 M. Beaubrun, 'La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif', *Revue de jurisprudence commerciale* 1980, p. 41-55.

Beck & Borrowdale 2002 A. Beck & A. Borrowdale, *Guidebook to New Zealand Companies and Securities Law*, Northcote, Auckland: CCH New Zealand 2002.

Beckman 1990 H. Beckman, 'Gestelde zekerheden en waarborgverplichtingen in de jaarrekening', in: *Verplichtingen, gestelde zekerheden en jaarrekening. Nivra Geschrift nummer 55*, Deventer: Kluwer 1990.

Beckman 1995 H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995.

Béguin 1973 J. Béguin, *Les procédures spéciales aux affaires*, Parijs: Librairies Techniques 1973.

Berry Am.Bankr.L.J. 1976 Ch. G. Berry, 'Consolidation in Bankruptcy', *American Bankruptcy Law Journal* 1976, p. 343-371.

Black's Law Dictionary 2004 B. A. Garner (red.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Min.: West, a Thomson business 2004.

Blumberg 1985 P.I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups. Problems in the Bankruptcy Reorganisation of Parent and Subsidiary Corporations, Including the Law of Corporate Guarantees*, Boston: Little, Brown and Company 1985.

Blumberg J.Corp.L. 1986 P.I. Blumberg, 'Limited Liability and Corporate Groups', *Journal of Corporation Law* 1986, p. 573-631.

Blumberg Hastings Int'l &Comp.L.Rev. 2001 P.I. Blumberg, '18th Annual Symposium: Accountability of multinational corporations: The barriers presented by concepts of the corporate juridical entity', *Hastings International and Comparative Law Review* 2001, p. 297-320.

Blumberg e.a (losbl.) P.I. Blumberg e.a., *Blumberg on corporate groups. Second Edition. Volume 1 & 2. 2006 Supplement*, New York: Aspen Publishers (losbl.).

Boekraad & Verstijlen TvI 2000/Fokker G.A.J. Boekraad & F.M.J. Verstijlen, 'De rechtsgeleerdheid moet het natuurlijk overwicht van curatoren niet onderschatten…', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2000/Fokker, p. 4-13.

Borgers AA 1996 M.J. Borgers, 'Nieuwe (?) normen voor de faillissementscurator. Een beschouwing naar aanleiding van Hoge Raad 19 april 1996, RvdW 1996, 89C', *Ars Aequi* 1996, p. 543-549.

Borrowdale 1998 A. Borrowdale, 'Commentary on Austin', in: Ch.E.F. Rickett & R.B. Grantham (red.), *Corporate Personality in the 20th Century*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 91-97.

Borrowdale (red.) 2000 A. Borrowdale (red.), *Butterworths Commercial Law in New Zealand*, Wellington: Butterworths 2000.

Bouman Adv.bl. 2006 J.W. Bouman, 'Aperte onjuistheden', *Advocatenblad* 2006, p. 870.

Boyce Am. Bankr. L.J. 1990 S.E. Boyce, 'Koch Refining and In Re Ozark: The Chapter 7 Trustees Standing to Assert an Alter Ego Cause of action', *American Bankruptcy Law Journal* 1990, p. 315-327.

Bredin RtDCiv. 1956 J.D. Bredin, 'Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé', *Revue trimestrielle de Droit Civil* 1956, p. 261-289.

Brink TVVS 1988 M. Brink, 'Aspecten van concernfinanciering', *TVVS* 1988, p. 39-43.

Van den Brink NbBW 1998 V. van den Brink, 'Zo dochter, zo moeder. Enige opmerkingen

over doorbraak van aansprakelijkheid. HR 12 juni 1998, RvdW 1998, 124 C, *Nieuwsbrief BW* 1998, p. 78-81.

Brown 2000 D. Brown, *Corporate Rescue. Report for the Ministry of Economic Development. November 2000*, <http://www.med.govt.nz/ri/insolvency/tiertwo.index.html>, geraadpleegd op 12 april 2002.

Business Rehabilitation. Dicussion Document, Mei 2002 *Business Rehabilitation. Dicussion Document*, Mei 2002, <http://www.med.govt.nz/templates/StandardSummary____12601aspx>, geraadpleegd op 9 augustus 2007.

Campana, Dizel & Fernandez 1996 Rép. soc. – Entreprises en difficulté M.J. Campana, M. Dizel & R. Fernandez, 'Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Conditions d'ouverture)', in: Répertoire du droit des sociétés Dalloz, Parijs: Dalloz (losbl.).

MacCann 1993 L. MacCann (red.), *Butterworth Ireland Companies Acts 1963-1990*, Dublin: Butterworth Ireland Ltd 1993.

Le Cannu e.a. 1994 P. le Cannu e.a., *Entreprises en difficulté. Prévention, redressement et liquidation judiciaires*, Parijs: GLN Joly 1994.

CASAC 2000 Companies & Securities Advisory Committee, *Corporate Groups. Final Report. May 2000, Sydney*, <http://www/camac.gov.au>, geraadpleegd op 19 april 2002.[1]

Caudill Fordham J.Corp. & Fin.L. 2003 M.D. Caudill, 'Piercing the Corporate Veil of a New York Not-For-Profit Corporation,' *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* 2003, p. 449-490.

Chapman Int.Fin.L.R. sept. 1990 Ch. Chapman, 'Cross-guarantees drown in the pool', *International Financial Law Review* september 1990, p. 16.

Chapman Bank.Dev. J. 2000 R.B. Chapman, 'Coverture and Cooperation: the firm, the market, and the substantive consolidation of married debtors', *Bankruptcy Developments Journal* 2000, p. 105-220.

Charles River Associates 2001 Charles River Associates, *Review of the Law Commission Report 'Insolvency Law Reform: Promoting Trust and Confidence. Final Report'*, d.d. 8 juni 2001, <http://www.med.govt.nz/>, geraadpleegd op 19 juli 2006.

Chauvin JCP-G 1988, I, 3320 G. Chauvin, 'Immobilier d'entreprise: propriété de la société commerciale ou d'une S.C.I.'?, *JCP/La Semaine Juridique, Édition Generale* 1988, 3320.

Cie Mijnssen 1989 Commissie Mijnssen, *Rapport van de Commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet*, oktober 1989.

Collier on bankruptcy 1996 L.P. King (red.), *Collier on bankruptcy. May 1996 Cumulative Supplement. Volume 5*, New York: Matthew Bender 1996.

Conti Bus. Law. 1983 J.F. Conti, 'An Analytical Model for Substantive Consolidation of Bankruptcy Cases', *The Business Lawyer* 1983, p. 855-865.

Le Corre D. 2002, chron. P.M. le Corre, 'Le sort des créances en cas d'extension d'une procédure collective', *Recueil Dalloz* 2002, chronique, p. 1122-1127.

Le Corre 2006 P.-M. le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Parijs: Dalloz 2006.

Le Corre & Lucas D. 2005, pan. P.M. le Corre & F.X. Lucas, 'Redressement et liquidation judiciaire,' *Recueil Dalloz* 2005, panorama, p. 292-301.

Cour de cassation – Rapport annuel 2002 *Cour de cassation, Rapport annuel 2002*, <http://www.legifrance.gouv.fr/>rapport/rapport.htm>, geraadpleegd 4 maart 2007.

Cozian, Viandier & Deboissy 2004 M. Cozian, A. Viandier & F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Parijs: Litec 2004.

Cozian, Viandier & Deboissy 2005 M. Cozian, A. Viandier & F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Parijs: Litec 2005.

Cutajar Bull. Joly 1999 Ch. Cutajar, 'Le montage société civile immobilière/société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective', *Bulletin Joly* 1999, p. 1057-1062.

1 CASAC is thans bekend onder de noemer: CAMAC, dat wil zeggen Corporations and Markets Advisory Committee.

Dagot 1967 M. Dagot, *La simulation en Droit Privé*, Parijs: Librairie générale de droit et de jurisprudence. R.Pichon et R. Durand-Auzias 1967.

Daigre 1996, Rép. soc. – Entreprises en difficulté (Personnes morales…) J.J. Daigre, 'Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes morales et dirigeants)', in: Répertoire du droit des sociétés Dalloz, Parijs: Dalloz (losbl.).

Daigre 1999, Rép. soc. – société fictive J.J. Daigre, 'Société fictive', in: Répertoire du droit des sociétés Dalloz, Parijs: Dalloz (losbl.).

Declerq TvI 2006 P.J.M. Declerq, 'Substantive consolidation, oftewel inhoudelijke consolidatie, in Nederlandse insolventies', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2006, 4, p. 23-30.

Delebecque 2001, Rép. civ. 2001 – Cautionnement Ph. Delebecque, 'Cautionnement', in: Répertoire de droit civil Dalloz, Parijs: Dalloz (losbl.).

Derrida 1991 F. Derrida, ' L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire? Étude de jurisprudence', in: *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts á Jean Derrupé*, Parijs: GLN Joly éditions/Éditions Litec 1991.

Derrida, Godé & Sortais 1991 F. Derrida, P. Godé & J.-P. Sortais m.m.v. A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Parijs: Dalloz 1991.

Deterink e.a., *Verslag van het Onderzoek naar de oorzaken van het faillissement van Fokker*, 1997.

Van Dijk e.a. (ed.) 2006 P. van Dijk e.a. (ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

Van Dijk & Wiebes 1993 C. van Dijk & E.J. Wiebes, *Cash management. Geld verdienen met geld*, Deventer: Kluwer Bedrijfswetenschappen 1993.

Van Dongen 1995 R.C. Van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht. Rechtsvergelijkende beschouwingen over «Piercing the corporate veil» in het interne en internationaal privaatrecht van Nederland, Duitsland, Zwitserland, New York en Texas* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1995.

Donner RM Themis 1984 A.M. Donner, 'Inleiding', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1984, p. 457-466.

Dortmund De NV 1987 P.J. Dortmund, Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering, *De Naamlooze vennootschap* 1987, p. 63-73.

Easterbrook & Fischel 1998 F.H. Easterbrook & D.R. Fischel, *The economic structure of corporate law*, Cambridge-Massachusetts, Londen-Engeland: Harvard University Press 1998, 4e druk.

Van Eijsden WFR 1990 A. van Eijsden, 'De invorderingswet 1990', *Weekblad voor Fiscaal Recht* 1990, p. 1485-1497.

Van Eijsden 2002 A. van Eijsden (red.), *Kluwer Invorderingsgids 2002*, Deventer: Kluwer 2002.

Van Eijsden MBB 2000 J.A.R. van Eijsden, 'Verrekening van belastingschulden onder het herziene regime fiscale eenheid', *Belastingbeschouwingen. Onafhankelijk maandblad voor belastingrecht en belastingpraktijk* 2000, p. 178-188.

Elbers WFR 2001 J. Elbers, 'Vereenzelviging: de verschijningstheorie exit?', *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2001, p. 90-99.

Ellis 2001 H. Ellis, *Modern Irish Company Law*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2001.

Ellis Iowa J.Corp.L. 1999 R.D. Ellis, 'Securitization Vehicles, Fiduciary Duties, and Bondholder's Rights', *Iowa Journal of Corporation Law* 1999, p. 296-331.

Engberts TvI 2005 B.J. Engberts, 'Toezicht in insolventies in ontwikkeling', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2005, 40, p. 171-179.

Enron, Exhibit A *Exhibit A: Supplemental modified fifth amended joint plan of affiliated debtors pursuant to chapter 11 of the United States Bankruptcy Code, by order confirming supplemental modified fifth amended joint plan of affiliated debtors pursuant to chapter 11 of the United States Bankruptcy Code and related relief*, d.d. 15 juli 2004, <http://www.enron.com>, geraadpleegd op 4 mei 2005.

Van Erp WPNR 1991 R.H. van Erp, 'De regeling omtrent hoofdelijkheid in het nieuw BW. Opmerkingen en casusposities', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1991, p. 257-262.

Faber 1994 N.E.D. Faber, 'Verrekening en faillissement', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 163-197.

Farrar & Darroch 1995 J.H. Farrar & A.B. Darroch, 'Insolvency and Corporate Groups – The Problem of Consolidation', in: J. Lessing & J. Corkery (red.) *Corporate Insolvency Law*, Holmes Beach, Florida: Gaunt Inc. 1995, p. 231-257.

Farrar C.&S.L.J 1998 J.H. Farrar, 'Legal Issues Involving Corporate Groups', *Company and Securities Law Journal* 1998, p. 184-206.

Farrar 2001 J.H. Farrar, *Corporate Governance in Australia and New Zealand*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

Van der Feltz I S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, Deel I, bewerkt door Mr. G.W. Baron van der Feltz Haarlem 1896*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Van der Feltz II S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, Deel II, bewerkt door Mr. G.W. Baron van der Feltz Haarlem 1896*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Final Cabinet Paper on proposed amendment to the draft bill, juni 2005 *Final Cabinet Paper on proposed amendment to the draft bill*, juni 2005, <http://www.med.govt.nz/ri/insolvency/review/>, geraadpleegd op 4 maart 2006.

Fikkers 1999 H.A.G. Fikkers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Fournier 1995, Rép. civ. – Hypothèque A. Fournier, 'Hypothèque', in: Répertoire de droit civil Dalloz, Parijs: Dalloz (losbl.).

Franken 1976 W.K. Franken, *Aspecten van concernrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976.

Frost Hastings L.J. 1993 C.W. Frost, 'Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups', *Hastings Law Journal*, p. 449-498.

Frost 2001 Ch.W. Frost, 'Bankruptcy' in: B. Kozolchyk & J.F. Molloy (red.), *United States Law of Trade and Investment. Volume III*, Littleton: Fred B. Rothman Publications, p. 28-i - 28-37.

Van Galen WPNR 1997 (I) R.J. van Galen, 'De rangorde onder boedelschulden in faillissement (I)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1997, p. 255-258.

Van Galen WPNR 1997 (II) R.J. van Galen, 'De rangorde onder boedelschulden in faillissement (II, slot)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1997, p. 275-279.

Van Galen, INSOL – Cork Report 2003 R. van Galen, *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies*, INSOL Europe Annual Congress Cork, Ireland, 16-18 oktober 2003, <http://www.iiiglobal.org/country/european_union/Cork_paper.pdf>, geraadpleegd op 10 augustus 2007.

Garçon Bull. Joly 1996 J.-P. Garçon, 'La séparation de l'actif immobilier et de l'actif commercial par superposition de deux sociétés, civile et commerciale, et la confusion de patrimoine', *Bulletin Joly* 1996, p. 901-904.

De Gaudemaris Rev. soc. 1991 M. de Gaudemaris, 'Théorie de l'apparence et sociétés', *Revue des sociétés* 1991, p. 465-498.

Geisdorf & Coers 2004 Geisdorf & Coers, 'Crisismanagement om buurmans naam', *Het Financieele Dagblad*, d.d. 27 juli 2004.

Gilbert Vand.L.Rev. 1990 J.S. Gilbert, 'Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Primer', *Vanderbilt Law Review* 1990, p. 208-243.

Gisserot RtDCom. 1979 F. Gisserot, 'La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de faillite?', *Revue trimestrielle de Droit Commercial* 1979, p. 49-86.

Goddard 1998 D. Goddard, 'Corporate Personality – Limited Recourse and its Limits, in: Ch.E.F. Rickett & R.B. Grantham (red.), *Corporate Personality in the 20th Century*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 9-64.

Graulich Am. Bankr. Inst. L.Rev. winter 2006 T.E. Graulich, 'Substantive consolidation – a post-modern trend', *American*

Bankruptcy Institute Law Review winter 2006, p. 527-566.

Grelon & Dessus-Larrivé Rev. soc. 2006 B. Grelon & C. Dessus-Larrivé, 'La confusion des patrimoines au sein d'un group', *Revue des sociétés* 2006, p. 281-303.

Van der Grinten 1987 W.C.L. van der Grinten, 'Regresproblematiek in het bijzonder bij sterfhuisconstructies', in: J. Lievens e.a., *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1987, p. 63-69.

Guyon 2003, T.I Y. Guyon, *Droit des Affaires. Tome I. Droit commercial général et Sociétés*, Parijs : Economica 2003.

Guyon 2003, T. II Y. Guyon, *Droit des affaires. Tome II. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire - Faillite*, Parijs: Economica 2003.

De Haas & Kat 2002 J. de Haas & M. Kat, 'Omstreden declaratiegedrag leidt tot opstappen curatoren', *De Telegraaf*, d.d.10 augustus 2002.

Harren & Van den Bos 1984 J. Harren & M. van den Bos, *De RSV show. De onthullingen van dag tot dag*, Utrecht: A.W. Bruna & Zoons Uitgeversmij. b.v. 1984.

Van Hees TvI 2002 A. van Hees, 'Forum. Declaratieperikelen', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2002, p. 227-228.

Van Hees TvI 2002 A. van Hees, 'Naschrift naar aanleiding van de reacties van Kortmann en Verdaas op de Forumbijdrage 'Declaratieperikelen' in TvI 2002/5', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2002, p. 335-336.

Van der Heijden/Van der Grinten 1992 E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze en de Besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Heyning 1984 F. Heyning, 'Juridische verhoudingen bij concernfinanciering', in: W.L. Haardt e.a., *Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht. Voordrachten, gehouden op het Eerste Nederlandse congres voor Bedrijfsjuristen en Directiesecretarissen*, Deventer: Kluwer 1984, p. 87-108.

Hoekstra TvI 2005 G.D. Hoekstra, 'De spanning tussen het maatschappelijk belang en het gezamenlijk belang bezien in het licht van de creditors' bargain', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2005, 12, p. 33-43.

Honée 1986 H.J.M.N. Honée, 'Aansprakelijkheid in concernverhoudingen', in: P. van Schilfgaarde e.a., *De nieuwe misbruikwetgeving*, Deventer: Kluwer 1986, p. 101-121.

Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993 L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1993.

Houwing 1952 Ph.A.N. Houwing, 'Het afscheiden en individualiseren van vermogensbestanddelen ten behoeve van bepaalde crediteuren of groepen van crediteuren', in: *Correspondentie-Blad van de Broederschap der Notarissen in Nederland* 1952, 55e deel, 6e aflevering, p. 165-228.

Huizink, Rechtspersonen (losbl.) J.B. Huizink, 'Titel 4. Afdeling 5. Het bestuur van de naamloze vennootschap en het toezicht op het bestuur', in: C.A. Boukema & J.H. Christiaanse (red.), *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Hyest 2005 J.J. Hyest, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionelles, de la législation, du suffrage universel, de Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblee nationale après déclaration d'urgence, de sauvegarde des entreprises, n° 335,* annex bij het proces-verbaal van de zitting van de senaat van 11 mei 2005, <http://www.senat.fr/>, geraadpleegd op 4 maart 2007.

Van den Ingh 2002 F.J.P. van den Ingh, 'De bevelstructuur in de vennootschap', in: L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 13-27.

Van den Ingh OR 2002 F.J.P. van den Ingh, 'Reactie op de column van Timmerman', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 31.

Van den Ingh OR 2005 F.J.P. van den Ingh, 'Actualiteiten. Concernkrediet en solidariteit', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 318-319.

Insolad Praktijkregels voor Curatoren, vastgesteld in een bijzondere Algemene Ledenvergadering van Insolad op 8 september 2004, <http://www.insolad.nl>, geraadpleegd op 9 augustus 2007.

Jacquemont 2007 A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté. La procédure de conciliation. Les procédures collectives de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Parijs: Lexis Nexis 2007.

Jansen Onrechtmatige daad (losbl.) K.J.O. Jansen, Artikel 162, lid 2, in: *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Janssen TvI 2005 M.A.J.G. Janssen, 'Regresproblematiek in concernverband', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2005, 20, p. 69-74.

Johnson ABI JNL juni 2005 R.W. Johnson, 'The preservation of substantive consolidation,' *American Bankruptcy Institute Journal* juni 2005, p. 44-64.

Josephus Jitta 1999 M.W. Josephus Jitta, 'Gedachten omtrent de geconsolideerde afwikkeling van faillissementen', in: S.C.J.J. Kortmann & T.H.D. Struyken (red.), *Privaatrecht in de herijking van het faillissementsrecht. 21e eeuw*, Deventer: Kluwer 1999, p. 103-113.

De Juglart e.a. 1980 M. de Juglart e.a., *Traité de droit commercial. Deuxième volume: Les sociétés, Première partie*, Editions Montchrestien 1980.

Kaaks Adv.bl. 2006 M. Kaaks, 'De curator, de boedel en de schaar', *Advocatenblad* 2006, p. 717.

Kale Bank. Dev. J. 2003 K.D. Kale, 'Comment: securitizing the enterprise: enterprise liability and transferred receivables in bankruptcy', *Bankruptcy Developments Journal* 2003, p. 311-350.

Kamp Com.L.J. 1985 A.R. Kamp, 'Court structure under the Bankruptcy Code', *Commercial Law Journal* 1985, p. 203-212.

Keane 2000 R. Keane, *Company Law*, Londen (etc.): Butterworths 2000.

MacKinnon San Diego L.Rev. 1986 J. MacKinnon, 'Substantive consolidation: The Backdoor to Involuntary Bankruptcy', *San Diego Law Review* 1986, p. 203-226.

Klaassen 1986 A. Klaassen (red.), *Ontvlechting van concerns: is tijdigheid een fictie?*, Deventer: Kluwer/NIVE 1986.

Klik TMA 1991 P. Klik, 'Vereenzelviging, doorbraak van aansprakelijkheid en art. 21 IBS', *Tijdschrift voor milieu aansprakelijkheid* 1991, p. 105-119.

Klik TMA 1994 P. Klik, 'Successor liability in Nederland. Aagrunol revisited', *Tijdschrift voor milieu aansprakelijkheid* 1994, p. 145-149.

De Kluiver & Meinema WPNR 2002 H.J. de Kluiver & M. Meinema, 'Dwingend vennootschapsrecht na de Wet herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire of contractuele afwijking en aanvulling', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2002, p. 648-659.

De Kok 1965 H.G.F.M. de Kok, *Het Regres*, Deventer: Kluwer 1965.

Van Koppen TvI 1999 F.P. van Koppen, 'Kronieken. De Pauliana anno 1999', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1999, p. 21-24.

Van Koppen TvI 2000 F.P. van Koppen, 'Geen twijfel meer mogelijk: de Hoge Raad legt de Paulianabepalingen restrictief uit', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2000, p. 190-196.

Van Koppen TvI 2006 F.P. van Koppen, 'Naschrift bij de reactie van mr. Ing. A.J. Verdaas', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2006, 7, p. 36-39.

Kors U.Pitt.L.Rev. 1998 M.E. Kors, 'Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation', *University of Pittsburg Law Rev*iew 1998, p. 381-451.

Kortmann & Van Hees NJB 1996 S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, 'Kroniek van het faillissementsrecht', *Nederlands Juristenblad* 1996, p. 1324-1328.

Kortmann & Faber TvI 1996 S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'Honderd jaar Faillissementswetgeving', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1996, p. 123-133.

Kortmann TvI 2002 S.C.J.J. Kortmann, 'Geconsolideerd declareren', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2002, p. 333-334.

Kortmann TvI 2003 S.C.J.J. Kortmann, 'Forum. Bad bankruptcy governance', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2003, p. 265-268.

Kroeze OR 2007 M.J. Kroeze, 'The Companies and Business Court as a specilized court', *Ondernemingsrecht* 2007, p. 86-91.

Kroop ABI JNL december 2000 J.A. Kroop, 'Column: Last in line – Baseball and the "Abecedarian Prerequisite" to Substantive

Consolidation', *American Bankruptcy Institute Journal* december 2000, p. 22 e.v.

Kuttschreuter e.a. 1986 G.J.J. Kuttschreuter e.a., *Financiële verwevenheid bij concerns*, Bilthoven: Dijker en Doornbos 1986.

De Laat Kwartaalbericht NBW 1987/3 S. de Laat, 'Mr. drs. H.P.J. Ophof. Hoofdelijke aansprakelijkheid: solidariteit of apartheid? Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in de faculteit der Economische Wetenschappen voor het onderwijs in het ondernemingsrecht ten behoeve van de postdoctorale controllersopleiding aan de Vrije Universiteit op 27 maart 1987, Deventer: Kluwer 1987, 23 blz. f. 10,-', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1987/3, p. 85-90.

Lahny Am.Bankr.Inst.L.Rev. winter 2001 P.J. Lahny, Asset Securitization: A Discussion of the Traditional Bankruptcy Attacks and an Analysis of the Next Potential Attack, Substantive Consolidation, *American Bankruptcy Institute Law Review*, winter 2001, <http://www.abiworld.org/abidata/online/lawrev/winter01/Lahny-wi01.html>, geraadpleegd op 9 mei 2003.

Landers U.Chi.L.Rev. 1975 J.M. Landers, 'A Unified Approach To Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy', *The University of Chicago Law Review* 1975, p. 589-652.

Landers U.Chi.L.Rev. 1976 J.M. Landers, 'Another Word on Parents, Subsidiaries and Affiliates in Bankruptcy', *The University of Chicago Law Review* 1976, p. 527-540.

Langman De NV 1984 H. Langman, 'Het boedelkrediet bij surséance van betaling', *De Naamlooze Vennootschap* 1984, p. 9-12.

Langman 1987 H. Langman, 'Banken en concernfinanciering', in: J. Lievens e.a., *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1987, p. 91-101.

Langman 1993 H. Langman, 'Zoveel hoofden, zoveel zinnen', in: J.W. Winter e.a., *Beschouwingen over concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1993, p. 17-32.

Latty 1936 E.R. Latty, *Subsidiaries and Affiliated Corporations*, Chicago: The Foundation Press Inc. 1936.

Legeais RtDCom. 1957 R. Legeais, 'L'extension de la faillite sociale', *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, p. 289-312.

Legters Bb 2001 M.W. Legters, 'Vereenzelviging: een eendagsvlieg? HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698 m.nt. Ma en JOR 2000, 238 m.nt. dWW (Rainbow/Ontvanger)', *Bedrijfsjuridische berichten* 2001, p. 1-4.

Lennarts 1999 M.-L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid. Rechtsvergelijkende en internationaal privaatrechtelijke beschouwingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer: 1999.

Levitin Am.Bankr.L.J. 2006 A.J. Levitin, 'Toward a federal common law of bankruptcy: judicial lawmaking in a statutory regime', *The American Bankruptcy Law Journal* 2006, p. 1-87.

Libosan Adv.bl. 2006 E.A.E.G.J. Libosan, 'De stand en eer der curatoren', *Advocatenblad* 2006, p. 784.

LoPucki 2005 L.M. LoPucki, *Courting failure*, The University of Michigan Press 2005.

LoPucki & Whitford Wis.L.Rev. 1991 L.M. LoPucki & W.C. Whitford, 'Venue choice and forumshopping in the bankruptcy organization of large, publicaly held companies', *Wisconsin Law Review* 1991, p. 12-63.

LoPucki & Whitford U.Pa.L.Rev. 1993 L.M. Lopucki & W.C. Whitford, 'Corporate Governance in the Bankruptcy Reorganization of Large Publicly Held Companies', *University of Pennsylvania Law Review* 1993, p. 669-800.

Löwensteijn 1988 F.J.W. Löwensteijn, 'Het uur der waarheid', in: J.H. Christiaanse e.a. (red.), *Tot vermaak van Slagter. Feestbundel aangeboden aan Prof. Mr. W.J. Slagter ter gelegenheid van zijn 65e verjaardag*, Deventer: Kluwer 1988, p. 127-145.

Lupica Tex.L.Rev. 1998 L.R. Lupica, 'Asset securitization: The Unsecured Creditor's Perspective', *Texan Law Review* 1998, p. 595-660.

Maeijer 1977 J.M.M. Maeijer, in: Nederlandse Juristen-Vereniging, Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2. Beraadslaging over het onderwerp: Door rechtspersonen heenkijken. Tweede zitting. Zaterdag 11 juni 1977, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 77-79.

Maeijer 1987 J.M.M. Maeijer, 'Concernfinanciering in het licht van de doelomschrijving', in: J. Lievens e.a., *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1987, p. 71-79.

Malaurie & Aynès 1999 T. VI Ph. Malaurie & L. Aynès, *Cours de Droit Civil. Tome VI. Les Obligations*, Parijs : Éditions Cujas 1999.

Marres Bank- en effectenbedrijf 1985 R.L.M.J. Marres, 'Cash management? Je moet wel', *Bank- en effectenbedrijf* 1985, p. 107-111.

Martin-Serf Juris-Classeur 2004, Fasc. 7-40 A. Martin-Serf, *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses*, Juris-Classeur 2004, Fascicule 7-40 (losbl.).

Mazeaud e.a. 1998, T. II, 1e Vol. H. Mazeaud e.a., *Leçons de Droit Civil. Tome II, Premier Volume. Obligations. Théorie générale*, Parijs: Montchrestien 1998.

Meeter 1987 F. Meeter, 'Ontvlechting van een concern in financiële moeilijkheden', in: D.H. Beukenhorst e.a., *Offerhauskring vijfentwintig jaar. Feestbundel ter gelegenheid van het vijfentwintigjarig bestaan van de Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus (1962-1987)*, Deventer: Kluwer 1987, p. 123-135.

Meijer 1992 W.R. Meijer, 'Verwarring rond de vermenging', in: *Te PAS. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. P.A. Stein*, Deventer: Kluwer/Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 115-123.

Merle 2005 Ph. Merle m.m.v. A. Fauchon, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Parijs: Dalloz 2005.

Van Meurs TvI 2004 B. van Meurs, 'Verrekening van belastingschulden in faillissement. Is de positie van de fiscus wel zo sterk als deze zich op het eerste gezicht voordoet?', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2004, 12, p. 48-57.

Van Mierlo 1994 A.I.M. Van Mierlo, De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement (oratie Rotterdam), Deventer: Law & Practice Publishers 1994.

Van Mierlo TvI 2004 A.I.M. van Mierlo, 'Boedelschulden. Mag het ietsje minder zijn?', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2004, 55, p. 274-278.

Miller Am.Bus.L.J. 1998 S.K. Miller, 'Piercing the corporate veil among affiliated companies in the European Community and in the U.S.: a comparative analysis of U.S., German, and U.K. veil-piercing approaches, *American Business Law Journal* 1998, p. 73-149.

Mohr WPNR 1996 A.L. Mohr, 'Vereenzelviging; beperkt speelveld voor een nieuwe tak van sport', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1996, p. 789-790.

Mohr 1998 A.L. Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Gouda Quint 1998.

Van Moorsel WPNR 2002 R.C.M. van Moorsel, 'De overname van aandelen op naam en de Faillissementspauliana', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2002, p. 741-747.

Mos 2002 B. Mos, 'Deken brengt omstreden curator voor de tuchtrechter', *De Telegraaf,* d.d. 12 december 2002.

Mulholland 1999 R.D. Mulholland, *Introduction to the New Zealand Legal System*, Wellington: Butterworths 1999.

Nagelkerke TFM 1985/1 J.J. Nagelkerke, 'Hoofdelijke aansprakelijkheid als obstakel voor de ontvlechting van concerns', *Tijdschrift Financieel Management* 1985/1, p. 21-28.

Nagelkerke & Prins 1983 J.J. Nagelkerke & B.M. Prins, 'De sterfhuisconstructie en de ontvlechtingsproblematiek', in: De Folter (red.), *Overdracht van een onderneming*, Deventer: Kluwer 1983, p. 177-195.

Neely 1988 S. Neely, *Substantive consolidation. Historical Development and contemporary problems*, 28 juli 1988, niet gepubliceerd. Dit stuk is geschreven ter gelegenheid van een congres van United States Bankruptcy Judges; mij is door de auteur een copie toegezonden, MLHR.

Van Neer-Van den Broek 1988 J.M.H.P. van Neer-Van den Broek, 'Enige gedachten over hoofdelijkheid, omslag en regres', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.C.F. Schoordijk & B. Wachter (red.), *Handelsrecht tussen 'koophandel' en Nieuw BW. Opstellen van de vakgroep privaatrecht van de Katholieke Universiteit Brabant bij het 150-jarig bestaan van het WvK*, Deventer: Kluwer 1988, p. 115-137.

NZ Law Comm. 2001 New Zealand Law Commission, *Insolvency Law Reform: Promoting Trust and Confidence. An Advisory Report to the Ministry of Economic Development*, Wellington March 2001, <http://www.lawcom.govt.nz/Documents/Publications/Insolvency%20submission.pdf>, geraadpleegd op 13 februari 2004.

Ohl 1982 D. Ohl, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même group*, Parijs: Librairies Techniques 1982.

Olaerts TvOB 2004 M. Olaerts, 'Regresverhaal?', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2004, p. 71-81.

Van Olffen 1989 M. van Olffen, *Ondernemer en ondernemingsvermogen. Juridische aspecten bij het dienstbaar maken van het vermogen aan ondernemingsactiviteiten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1989.

Oostwouder 1996 W.J. Oostwouder, *Management buy-out*, Deventer: Kluwer 1996.

Ophof 1983 H.P.J. Ophof, 'De sterfhuisconstructie en praktische problemen bij holdingmaatschappijen', in: R.J. De Folter (red.), *Overdracht van een onderneming*, Deventer: Kluwer 1983, p. 163-175.

Ophof NJB 1983 H.P.J. Ophof, 'Problemen met hoofdelijke aansprakelijkheid in concern-verband', *Nederlands Juristenblad* 1983, p. 1192-1194.

Ophof 1987 H.P.J. Ophof, *Hoofdelijke aansprakelijkheid: solidariteit of apartheid* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1987.

Ophof 1990 H.P.J. Ophof, 'Korte beschrijving van hoofdelijke aansprakelijkheid', in: *Bank- en Effectenrecht 10. Zekerheden en uitwinning*, Deventer: Kluwer 1990, p. 32-52.

Ophof 1991 H.P.J. Ophof, 'De afstand van regres-akte en de problematiek van de toekomstige vorderingen', in: J.M.M. Maeijer, L.H. Slijkhuis & R.J.C. van Helden (red.), *De Bankier als Jurist tegen wil en dank*, Deventer: Kluwer 1991, p. 67-76.

Ophof 1992 (losbl.) H.P.J. Ophof, *Sanering en herstructurering van ondernem*ingen, Deventer: Kluwer 1992 (losbl.).

Ophof TVVS 1997 H.P.J. Ophof, 'Enige algemene beschouwingen over "doorstart"', *TVVS. Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen* 1997, p. 199-201.

Oosthout TvI 2000 H.B. Oosthout, 'Forum. Is verrekening van belastingen binnen een fiscale eenheid nog wel gewenst?', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2000, p. 173-174.

Van Oven NJB 1934 A. van Oven, 'Geldverduistering. Ius constituendum. II (*slot*)', *Nederlandsch Juristenblad* 1934, p. 785-792.

Van Oven 1972 A. Van Oven, ' De grote onderneming en de papieren nv', in: C.H. Beekhuis e.a., *Van Opstall-bundel. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. S.N. van Opstall*, Deventer: Kluwer 1972, p. 119-127.

Overes, Rechtspersonen (losbl.) C.H.C. Overes, 'Titel 7. Afdeling 4. Algemene bepalingen omtrent splitsingen', in: C.A. Boukema & J.H. Christiaanse (red.), *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Parlementaire Geschiedenis NBW Boek 6 1981 C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Parlementaire Geschiedenis NBW Boek 6, Inv. Boeken 3, 5 en 6 1990 W.H.M. Reehuis & E.E. Slob; C.J. van Zeben & J.W. du Pon (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Pic D.H. 1935 P. Pic, 'De la simulation, dans les actes de société', *Dalloz Hebdomadaire* 1935, chronique, p. 33-39.

Pitlo/Löwensteyn/Raaijmakers 1994 F.J.W. Löwensteyn & M.J.G.C. Raaijmakers, *Pitlo. Het Nederlands Burgerlijk recht. Deel 2. Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

Ploeger WPNR 2000 H.D. Ploeger, "Eigendom in het licht van het EVRM. Artikel 1 Protocol No. 1 EVRM en het Nederlandse vermogensrecht", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2000, p. 687-695.

Polak WPNR 1978 N.J. Polak, 'Een niet geannoteerd arrest over de Pauliana', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1978, p. 485-489.

Polak/Pannevis 2005 M. Pannevis, *Polak. Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Polak/Polak 2002 C.E. Polak, *Polak. Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Polak/Wessels 2001 B. Wessels, *Polak/Wessels. Insolventierecht. Vereffening van de boedel. Deel VII*, Deventer: Kluwer 2001.

Wessels 2007 B. Wessels, *Insolventierecht. Gevolgen van faillietverklaring (2), Deel III*, Deventer: Kluwer 2007.

Van de Poll & Nelissen MBB 1990 G.R.H. van de Poll & H.H.H.M. Nelissen, 'De fiscale eenheid: wijsheid of aansprakelijkheid? (1)', *Belastingbeschouwingen. Onafhankelijk maandblad voor belastingrecht en belastingpraktijk* 1990, p. 196-199.

Posner U.Chi.L.Rev. 1976 R.A. Posner, 'The Rights of Creditors of Affiliated Corporations', *The University of Chicago Law Review* 1976, p. 499-526.

Prager & Backman St. Louis U.L.J. 1991 M.L. Prager & J.A. Backman, 'Pursuing Alter Ego Liability Against Non-bankrupt Third Parties: Structuring a Comprehensive Conceptual Framework', *Saint Louis University Law Journal* 1991, p. 657-709.

Predko Wayne L.Rev. 1995 J. Predko, 'Note: Substantive Consolidation involving Non-debtors: Conceptual and Jurisdictional Difficulties in Bankruptcy', *Wayne Law Review* 1995, p. 1741-1772.

Raad voor de rechtspraak Raad voor de rechtspraak, Agenda van de Rechtspraak 2005-2008, <http://www.rechtspraak.nl>, geraadpleegd op 4 maart 2007.

Raaijmakers 1977 M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen', in: Nederlandse Juristen-Vereniging, *Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, *deel 1*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 7-79.

Raaijmakers 1988 M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over familierechtelijke betrekkingen in het rechtspersonen- en vennootschapsrecht', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.C.F. Schoordijk & B. Wachter (red.), *Handelsrecht tussen 'Koophandel' en Nieuw BW. Opstellen van de vakgroep privaatrecht van de Katholieke Universiteit Brabant bij het 150-jarig bestaan van het WvK*, Deventer: Kluwer 1988, p. 161-188.

Raaijmakers De NV 1990 M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over de samenhang tussen normen en definities in het Nederlandse groepsrecht', *De Naamlooze Vennootschap* 1990, p. 3-9.

Raaijmakers 1993 M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over de verhouding tussen plicht en bevoegdheid van de moedermaatschappij tot centrale leiding van de groep', in: J.W. Winter e.a., *Beschouwingen over concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1993, p. 33-60.

Ramsay 1998 I.M. Ramsay, 'Models of Corporate Regulation: the Mandatory/Enabling Debate', in: Ch.E.F. Rickett & R.B. Grantham (red.), *Corporate Personality in the 20th Century*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 215-270.

De Ranitz 1996 S.H. de Ranitz, 'Crediteurenbelang versus 'andere belangen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 187-199.

Ray & Clarkson Cons.Fin.L.Q.Rep. 1994 H.M. Ray & N. Clarkson, 'Bankruptcy Law Reform: A Need for Change? A Creditor's Perspective', *Consumer Finance Law Quarterly Report* 1994, p. 476-480.

Reactie Insolad op Discussiememorandum MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht 2001 Insolad, Reactie van Insolad (Vereniging Insolventierecht Advocaten) naar aanleiding van het Discussiememorandum 'Nadere herziening van het Nederlandse insolventierecht' van de MDW-werkgroep Faillissementsrecht (Commissie Raaijmakers) 2001, <http://www.faillissementswet.ez.nl>, geraadpleegd op 6 mei 2003.

Rechtbank Breda Rechtbank Breda, Circulaire houdende aanvulling op de Richtlijnen voor faillissementen en surséances van betaling van Recofa, d.d. 1 maart 2002, <http://www.rechtspraak.nl>, geraadpleegd op 31 mei 2005.

Rechtbank Dordrecht Dordtse richtlijnen in faillissementen en surséances van betaling, <http://www.rechtspraak.nl>, geraadpleegd op 25 januari 2006.

Reumers O&F juli 2003 M.L.H. Reumers, 'Het geconsolideerde faillissement', *Onderneming en Financiering* juli 2003, p. 57-63.

Reumers TvI 2004 M.L.H. Reumers, 'Nederlandse ervaringen met het geconsolideerde faillissement', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2004, 33, p. 152-159.

Ripert/Roblot/Germain 1993, T.I M. Germain, *Ripert/Roblot. Traité Droit Commercial. Tome 1*, Parijs: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1993.

Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 1994, T.II Ph. Delebecque & M. Germain, *Ripert/Roblot. Traité Droit Commercial. Tome 2*, Parijs: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1994.

Ripert/Roblot/Germain 2002, T.I M. Germain, *Ripert/Roblot. Traité de Droit Commercial. Tome 1*, Parijs: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 2000.

Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2000, T.II Ph. Delebecque & M. Germain, *Ripert/Roblot. Traité de Droit Commercial. Tome 2*, Parijs: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 2000.

Ripert/Roblot/Delebecque/Germain 2004, T.II Ph. Delebecque & M. Germain, *Ripert/Roblot. Traité de Droit Commercial. Tome 2*, Parijs: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 2004.

Roelvink 1977 H.L.J. Roelvink, 'Door rechtspersonen heen kijken', in: Nederlandse Juristen-Vereniging, *Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, *deel 1*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 83-176.

Roelvink 1988 H.L.J. Roelvink, 'De 'Corporate Veil' in Recente Rechtspraak', in: *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 217-226.

Roelvink WPNR 1996 H.L.J. Roelvink, Boekbespreking, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1996, p. 111-114.

Rolland JCP-E 2005 B. Rolland, 'Metaleurop: L'extension de procédure entre fictivité et confusion des patrimoines. Commentaires de CA Douai, 16 décembre 2004 et de Cass. com., 19 avril 2005', *JCP/La Semaine Juridique – Édition Entreprise et Affaires* 2005, p. 796-804.

Rongen 1994 M.H.E. Rongen, 'Enige beschouwingen omtrent asset backed securitisation', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 93-108.

Rosenberg Polak TvI 2006 J. Rosenberg Polak, 'Actualiteiten. (Redelijke) beloning van curatoren', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2006, 8, p. 39-40.

Rosenthal & Ocampo 1988 J.A. Rosenthal & J.M. Ocampo, *Securitization of credit. Inside the New Technology of Finance*, New York: John Wiley & Sons, Inc. 1988.

Rouast-Bertier Rev. soc. 1993 P. Rouast-Bertier, 'Société fictive et simulation', *Revue des sociétés* 1993, p. 725-750.

Roussel Galle JCP-E 2005 Ph. Roussel Galle, 'Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005', *JCP/La Semaine Juridique-Édition Entreprise et Affaires* 2005, p. 1761-1769.

De Roux 2005 X. de Roux, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 1596) de sauvegarde des entreprises, n° 2095*, geregistreerd bij la Présidence de l'Assemblée nationale op 11 februari 2005, in omloop gebracht op 24 februari 2005, <http://www.senat.fr/>, geraadpleegd op 4 maart 2007.

Rutten 1984 L.E.H. Rutten, 'Regresproblemen bij de sterfhuisconstructie', in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en Trouw. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. W.C.L. van der Grinten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 515-529.

Saint-Alary-Houin 1999 C. Saint-Alary-Houin, 'Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire. Unité ou dualisme?' in : *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Parijs: Dalloz 1999, p. 453-465.

Saint-Alary-Houin 2006 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Parijs: Montchrestien 2006.

Sargent Bus.Law. 1989 P.C. Sargent, 'Bankruptcy Remote Finance Subsidiaries: The Substantive Consolidation Issue', *The Business Lawyer* 1989, p. 1223-1241.

Van Schaik 1983 J. van Schaik, 'Tijdige aanpassing en gedwongen sanering', in: *De in haar continuïteit bedreigde onderneming. Preadviezen van de Vereniging 'Handelsrecht'*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 53-107.

Van der Schee & Knol 2006 A. van der Schee & J.J. Knol, *Faillissementsgids*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Schilfgaarde 1976 P. van Schilfgaarde, *Rechtspersonen. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1976.

Van Schilfgaarde 1986 P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen. Commentaar op de tweede en de derde misbruikwet*, Deventer: Kluwer 1986.

Van Schilfgaarde 1987 P. van Schilfgaarde, 'Aantasting van concernfinanciering door de actio pauliana en de actie uit onrechtmatige daad', in: J. Lievens e.a., *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1987, p. 81-90.

Van Schilfgaarde 1996 P. van Schilfgaarde, 'Het geconsolideerde faillissement', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 31-36.

Van Schilfgaarde/Winter 2006 J.W. Winter, *P. van Schilfgaarde. Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2006.

Schoonbrood 2002 J.D.M. Schoonbrood, 'De in de wet overgenomen bepalingen van de Departementale Richtlijnen 1986, in: W. Bosse e.a., *Statuten zonder bezwaar*, Lelystad: Koninklijke Vermande/Den Haag: Servicecentrum Uitgevers (distr.) 2002, p. 51-118.

Schoonbrood-Wessels De NV 1996 A.P. Schoonbrood-Wessels, ' De aansprakelijkheid van de moeder voor de schulden van de dochter; de stand van zaken (II)', *De Naamlooze Vennootschap*, p. 37-48.

Schwarcz Cardozo L.Rev. 1996 S.L. Schwarcz, 'Rethinking a Corporation's Obligations to Creditors', *Cardozo Law Review* 1996, p. 647-690.

Schwarcz Bus. Law. 2004 S.L. Schwarcz, 'Collapsing corporate structures: resolving the tension between form and substance', *The Business Lawyer* 2004, p. 109-145.

Securities Commission, april 1992 Securities Commission, *Statutory Management. Report to the Minister of Justice on Part III of the Corporations (Investigation and Management) Act 1989,* april 1992, <http://www.sec-com.govt.nz/publications/list.html>, geraadpleegd op 2 april 2004.

Serlooten 2001, Rép. soc. – Entreprise unipersonnelle à résponsabilité limitée P. Serlooten, *Entreprise unipersonelle à résponsabilité limitée (EURL)*, Encyclopédie Dalloz, Répertoire du droit des sociétés Dalloz, Parijs: Dalloz (losbl.).

Slagter 1983 W.J. Slagter, 'Splitsing van concerns', in: Bedrijfseconomisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam, *Ontvlechting van concerns – van functie- naar businessgericht denken*, 4 november 1983, p. 1-31.

Slagter TVVS 1983 W.J. Slagter, 'Actualiteiten. RSV I', *TVVS. Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen* 1983, p. 93-94.

Slagter TVVS 1986 W.J. Slagter, 'Verzelfstandiging en "management buy out" (I)', *TVVS. Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen* 1986, p. 1-5.

Slagter TVVS 1987 W.J. Slagter, 'Concernrecht, centraal kasbeheer en verschaffing van zekerheden door dochters (I)', *TVVS. Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen* 1987, p. 35-40.

Slagter 1988 W.J. Slagter, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over moeder-dochterverhoudingen. Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 1988.

Slijkhuis 1984 L.H. Slijkhuis, 'Juridische verhoudingen bij concernfinanciering', in: W.L. Haardt e.a., *Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht. Voordrachten, gehouden op het Eerste Nederlandse congres voor Bedrijfsjuristen en Directiesecretarissen*, Deventer: Kluwer 1984, p. 85-92.

Smelt AA 2003 A. Smelt, 'Oneigenlijke vermenging en het individualiseringsvereiste', *Ars Aequi* 2003, p. 348-354.

Snijders 1992 W. Snijders, 'Regres en omslag bij hoofdelijkheid', in: *Quod licet. Kleijn-Bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 375-387.

Snijders & Rank-Berenschot 2007 H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Soinne Rev. proc. coll. 2000 B. Soinne, 'Hésitations sur la <confusion>', *Revue des procédures collectives* 2000, p. 177-178.

Sortais Rev. jur. com. 1977 (I) J.P. Sortais, 'A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés', *Revue de jurisprudence commerciale* 1977, p. 85-92.

Sortais Rev. jur. com. 1977 (II) J.P. Sortais, 'A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés', *Revue de jurisprudence commerciale* 1977, p. 121-141.

Stengel ABI JNL september 1998 S.A. Stengel, 'Column. On the Edge: Substantive Consolidation and the Need for Business Bankruptcy Expertise in a Booming Economy', *American Bankruptcy Institute Journal* september 1998, p. 1-14.

Stratton ABI JNL maart 2003 D.B. Stratton, 'Column. Equitable Remedies in Bankruptcy Court: Grupo Mexicano, Substantive Consolidation and Beyond', *American Bankruptcy Institute Journal* maart 2003, p. 1-16.

Talen 1987 M.J. Talen, *Hoofdelijke aansprakelijkheid als (on-)zekerheid bij centrale concernfinanciering*, Oisterwijk: SPES Wetenschappelijke Publicaties 1987.

Telfer 1998 Th.G.W. Telfer, 'Risk and Insolvent Trading', in: Ch.E.F. Rickett & R.B. Grantham (red.), *Corporate Personality in the 20th Century*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 127-148.

Thompson Connecticut J.Int'l.L. 1999 R.B. Thompson, 'Piercing the veil within corporate groups: corporate shareholders as mere investors', *Connecticut Journal of International Law* 1999, p. 379-396.

Timmerman De NV 1990 L. Timmerman, 'De aansprakelijkheid van de moeder voor schulden van de dochter', *De Naamlooze Vennootschap*, p. 13-20.

Timmerman TVVS 1996 L. Timmerman, ' Doorbraak van aansprakelijkheid; de kern van enige recente ontwikkelingen', *TVVS. Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen* 1996, p. 134-137.

Timmerman NJB 1997 L. Timmerman, 'Kroniek van het vennootschapsrecht', *Nederlands Juristenblad* 1997, p. 1457-1461.

Timmerman 2000 L. Timmerman, 'Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht', in: J.B.J.M. ten Berge e.a., *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 130e jaargang 2000-1, De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiek en privaatrecht. Preadviezen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 103-165.

Timmerman 2002 L. Timmerman, 'Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures', in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2001-2002*, Deventer: Kluwer 2002, p.15-28.

Timmerman OR 2001 L. Timmerman, ' Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures', *Ondernemingsrecht* 2001, p. 294-300.

Timmerman OR 2001 (II) L. Timmerman, 'Instructiemacht', *Ondernemingsrecht* 2001, p. 477.

Timmerman OR 2002 L. Timmerman, 'Een paar opmerkingen naar aanleiding van de reactie van Van den Ingh', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 31.

Toledo-Wolfsohn 2002 Rép. civ. – Compensation A. Toledo- Wolfsohn, 'Compensation', in: Répertoire de droit civil Dalloz, Parijs: Dalloz (losbl.).

Tucker Am.Bankr.Inst.L.Rev. 2000 J.M. Tucker, 'Grupo Mexicano and the Death of Substantive Consolidation', *American Bankruptcy Institute Law Review* 2000, p. 427-451.

Unger TvI 2004 H.W. Unger, 'Bad bankruptcy governance "door parlement, regering en rechtsprekende macht"', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2004, 14, p. 68-69.

Uniken Venema 1969 C. AE. Uniken Venema, 'Concernrecht', in: *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Deventer: Kluwer, Zwolle: Tjeenk Willink 1969, p. 265-288.

Uniken Venema WPNR 1981 C. AE. Uniken Venema, 'Doorbraak in concernverhoudingen, bezien in het licht van de misbruikont-

werpen', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1981, p. 583-593.

Verdaas TvI 2002 A.J. Verdaas, 'Declaratieperikelen II', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2002, p. 334-335.

Verdaas TvI 2006 A.J. Verdaas, 'Reacties. Benadeling door zekerheidsstelling voor "vers krediet" in het voortraject volgens Van Dooren q.q./ABN AMRO II. Reactie op de bespreking van het arrest door F.P. van Koppen, TvI 2005, 43', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2006, 6, p. 33-36.

Verlage TVVS 1981 H.C. Verlage, 'Transfer pricing door multinationale ondernemingen', *TVVS. Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen* 1981, p. 286-290.

Verloop De NV 1985 P.J.P. Verloop, 'Regresproblemen in het sterfhuis', *De Naamlooze vennootschap* 1985, p. 11-15.

Van Verschuer WPNR 1984 W.F.H. van Verschuer, 'Hoofdelijke aansprakelijkheid en regres', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1984, p. 734-738.

Verstijlen NTBR 1996 F.M.J. Verstijlen, 'Rechtspraak. Boedelschulden en de omslag van faillissementskosten. Art. 58 en 182 Fw. HR 30 juni 1995, RvdW 1995, 148 (Mees Pierson NV/Mentink q.q.)', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1996, p. 81-84.

Verstijlen 1998 F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Verstijlen TvI 2001 F.M.J. Verstijlen, 'Rechtsvraag', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2001, p. 97-98.

Vidal Dr. soc. okt. 2001 D. Vidal, 'L'extension de la procédure collective à une autre société sans fictivité ni confusion des patrimoines', *Droit des sociétés* oktober 2001, p 3.

Vollebregt WFR 2003 H.A. Vollebregt, 'Het toerekenen van verliezen aan de beslissers binnen een multinational', *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2003, p. 1198-1201.

Voûte 1997 A. Voûte, 'Enige aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ingevolge de Derde Misbruikwet', in: R.D. Vriesendorp (red.), *Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht. Insolad jaarboek 1997*, Deventer: Kluwer 1997, p. 15-25.

Vranken 1997 J.B.M. Vranken, 'Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht', in: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen. Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 1-37.

De Vries 1980 W.G. de Vries, *Rechtspersonen zijn rechtspersonen, want een mens is maar een mens* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1980.

Vriesendorp TvI 1995 (I) R.D. Vriesendorp, De R-C als trendvolger?, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1995, p. 97-101.

Vriesendorp TvI 1995 (II) R.D. Vriesendorp, 'De taak van de curator', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1995, p. 117.

Vriesendorp TvI 1996 R.D. Vriesendorp, 'De toekomst van de Faillissementswet', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1996, p. 140-145.

Vriesendorp TvI 1997 R.D. Vriesendorp, 'Wetgever: de hoogste tijd voor een Insolventiewet!', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1997, p. 63-68.

Vriesendorg TvI 1999 (I) R.D. Vriesendorp, 'Faillissement en (enkele complicaties door) oneigenlijke vermenging', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1999, p. 3-12.

Vriesendorp TvI 1999 (II) R.D. Vriesendorp, 'Een van de grenzen van artikel 47 Fw nader verkend', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1999, p. 172-180.

Vriesendorp 2000 R.D. Vriesendorp, 'De rechter-commissaris bij insolventies', in: Justitiële Verkenningen 2000/2, 's-Gravenhage: Ministerie van Justitie, WODC 2000, p. 55-64.

Watts NZ L. Rev. 2001 P. Watts, 'Review: Company Law', *New Zealand Law Review* 2001, p. 293-315.

Wes Cal.L.Rev. 1977 E.J. Wes, 'Substantive Consolidations in Bankruptcy: A Flow-of-Assets Approach', *California Law Review* 1977, p. 720-743.

Wessels TvI 1996 B. Wessels, 'De Faillissementswet 100 jaar', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1996, p. 115.

Wessels SV&V 2003 B. Wessels, 'Vijftien jaar bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (I)', *Stichting, Vereniging & Vennootschap* 2003, p. 89-94.

Wessels 2007 B. Wessels, *Wessels. Insolventierecht. Gevolgen van faillietverklaring. Deel III*, Deventer: Kluwer 2007.

Wessels & Van Sint Truiden (red.) *Insolventierecht. Tekst en Commentaar* 2006 B. Wessels & M. Ph. Van Sint Truiden (red.), *Insolventierecht. Tekst en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2006.

Westbroek 1969 W. Westbroek, *Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1969.

Wezeman 1998 J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

White & Medford ABI JNL december 2003 B.H. White & W.L. Medford, 'Substantive Consolidation of Non-debtor Entities: Tag, You're in Bankruptcy', *American Bankruptcy Institute Journal* december 2003, p. 46-47.

Widen Am.Bankr.Inst.L.Rev. lente 2006 W.H. Widen, 'Prevalence of Substantive Consolidation in Large Bankruptcies from 2000 to 2004: Preliminary Results', *American Bankruptcy Institute Law Review*, lente 2006, p. 47-67.

Willett DePaul Bus.& Comm.L.J. 2005 S. Willett, 'The doctrine of Robin Hood: A note on "substantive consolidation"', *DePaul Business & Commercial Law Journal* 2005, p. 87-115.

Winter 1992 J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992.

Winter 1993 J.W. Winter, 'Concernfinanciering en faillissement. Naar een geconsolideerd faillissement?', in: Winter e.a., *Beschouwingen over concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1993, p. 1-15.

Winter TvI 1995 J.W. Winter, 'Het geconsolideerde faillissement', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1995, p. 3-7.

Winter 2001 J.W. Winter, 'Vennootschapsrecht en moderne technologie', in: R.E. van Esch, J.W. Winter & G.J. van der Ziel, *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'. Afscheid van papier. Handelsrecht en moderne technologie*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 55-136.

Winter & Wezeman TVVS 1993 J.W. Winter & J.B. Wezeman, 'Rechtspraak. HR 18 december 1992 (na conclusie van A-G Koopmans), RvdW 1993, 18', *TVVS. Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen* 1993, p. 157-158.

Ziegel Fordham J.Corp. & Fin.L. 2002 J.S. Ziegel, 'Corporate Groups and Crossborder Insolvencies: A Canadia – United States Perspective', *Fordham Journal of Corporate and Financial Law* 2002, p. 367-393.

Zetteler TvI 2006 E.I. Zetteler, 'Verslag Insolad Jaarcongres 2005 "De nieuwe faillissementswet"', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2006, 10, p. 42-46.

Jurisprudentieregister[1]

Europese Unie
HvJEG 13 november 1990, zaak C-106/89, *Jur.* 1990, p. I-4135 (Marleasing). *5.7*

Frankrijk

Cour de Cassation
Cass. Req. 29 juni 1908, *D.* 1910, 1, p. 233, m.nt. Percerou. *Inl./3.1.2.1*
Cass. Req. 13 mei 1929, S. 1929, I, p. 289. *4.3.2.4*
Cass. soc. 14 december 1944, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.4.2*
Cass. com. 10 juni 1953, *JCP* 1954, jur., 7980. *4.4.2*
Cass. com 23 juni 1954, *RtDCom.* 1954, p. 874, m.nt. Houin. *4.3.2.2*
Cass. com. 23 maart 1955, *Bull. civ.* III, p. 92, nr. 114; *RtDCom.* 1955, p. 660, m.nt. Houin. *4.3.2.2*
Cass. com. 11 mei 1960, *Bull. civ.* III, nr. 175; *RtDCom.* 1961, p. 141, m.nt Houin. *5.2.3.3*
Cass. com. 3 januari 1961, *RtDCom.* 1974, p. 526, m.nt. Houin. *4.3.2.2*
Cass. com. 25 oktober 1961, *Bull. civ.* III, p. 296, nr. 342; *RtDCom.* 1962, p. 115, m.nt. Houin. *3.1.2.1*
Cass. com. 6 februari 1962, *Bull. civ.* III, p. 64, nr. 79. *4.3.2.3*
Cass. com 23 januari 1963, *RtDCom.* 1963, p. 891. *4.3.2.2*
Cass. com. 21 mei 1963, *RtDCom.* 1963, p. 891. *4.3.2.2*
Cass. com. 28 april 1964, *Bull. civ.* III, p. 182, nr. 215. *5.2.2.3*
Cass. com. 30 juni 1964, *Bull. civ.* III, p. 296, nr. 342; *RtDCom.* 1965, p. 167, m.nt. Houin. *3.2.1*
Cass. com. 16 december 1964, *Bull. civ.* III, nr. 562; *RtDCom.* 1965, p. 461, m.nt. Houin. *5.2.2.1*
Cass. civ. 10 december 1965, *RtDCom.* 1966, p. 614, m.nt. Houin. *4.3.2.2*
Cass. com. 24 januari 1967, *RtDCom.* 1967, p. 859, m.nt. Houin. *3.1.2.1*
Cass. com. 9 oktober 1967, *Bull. civ*. III, p. 297, nr. 310; *D.* 1968, jur., p. 137; *RtDCom.* 1968, p. 129. *4.1.2.2/4.3.2.5/5.1.1*
Cass. com. 30 oktober 1967, *Bull. civ*. III, p. 329, nr. 346; *RtDCom.* 1968, p. 131, m.nt. Houin. *4.3.2.2*
Cass. com. 25 april 1968, *RtDCom.* 1968, p. 1138, m.nt. Houin. *7.3*
Cass. com. 26 juni 1968, *Bull. civ.* IV, p. 190, nr. 209. *7.3*
Cass. com. 19 mei 1969, *Bull. civ.* IV, nr. 182. *4.3.2.1*
Cass. civ. 15 juli 1970, *Bull. civ.* II, p. 186, nr. 247. *6.1.3*
Cass. com. 15 juni 1971, *Bull. civ.* IV, p. 160, nr. 171; *RtDCom.* 1972, p. 484, m.nt. Houin. *3.1.2.1/7.3*
Cass. com. 11 oktober 1971, *RtDCom.* 1973, p. 360, m.nt. Houin. *3.1.2.1*
Cass. com. 6 maart 1972, *Bull civ.* IV, p. 77, nr. 79; *RtDCom.* 1972, p. 1015, m.nt. Houin. *6.1.3*
Cass. com. 7 maart 1972, *RtDCom.* 1973, p. 349, m.nt. Houin. *3.1.2.1*
Cass. com. 19 april 1972, *Bull. civ.* IV, p. 113, nr. 112. *4.3.2.5*

1 Verwezen wordt steeds naar paragraafnummers. Omdat de inleiding niet is onderverdeeld in genummerde paragrafen wordt hier de afkorting 'Inl.' gebezigd.

Cass. com. 19 april 1972, *Bull. civ.* IV, p. 115; *D*. 1972, som., p. 194; *RtDCom.* 1973, p. 349, m.nt. Houin. *3.1.2.1*
Cass. com. 28 november 1972, *RtDCom.* 1973, p. 350, m.nt. Houin. *3.1.2.1*
Cass. com. 28 november 1972, *Bull. civ.* IV, p. 292, nr. 314. *7.3*
Cass. com 26 maart 1974, *Bull. civ.* IV, p. 89, nr. 112. *5.6*
Cass. civ. 20 januari 1976, *Rev .soc.*, p. 671, m.nt. Gastaud. *4.3.2.1/4.3.2.3/4.3.2.5*
Cass. civ. 22 juni 1976, *D.* 1977, jur., p. 619, m.nt. Diener. *4.3.2.1/4.3.2.2*
Cass. com. 21 maart 1977, *Bull. civ.* IV, p. 77, nr. 90. *4.3.2.1*
Cass. com. 28 maart 1977, *Rev. soc.* 1978, p. 119, m.nt. Sortais. *4.1.2.2/4.3.2.5*
Cass. com. 14 juni 1977, *Bull. civ.* IV, p. 146, nr. 169. *5.6*
Cass. com. 6 maart 1978, *Gaz. Pal.* 1978, I, som., p. 204. *4.3.2.3/4.4.2*
Cass. com. 28 november 1978, *Bull. civ.* IV, p. 232, nr. 283; *D.* 1979, IR, p. 233. *3.1.2.1/3.1.2.2/3.2.1*
Cass. com. 5 februari 1979, *Rev. jur. com.* 1979, p. 230, m.nt. Brunet. *3.3.1.2/4.3.2.5*
Cass. com. 25 juni 1979, *Bull. civ.* IV, p. 170; *D*. 1980, IR, 68, m.nt. Honorat; *RtDCom.* 1981, p. 604, m.nt. Houin. *7.3*
Cass. com. 4 december 1979, 1e esp., *D.* 1980, IR, p. 322, m.nt. Honorat; *Rev. soc.* 1980, p. 323, m.nt. Honorat. *4.3.2.3/4.4.2*
Cass. com. 17 juni 1980, *Bull. civ.* IV, p. 209, nr. 258; *D*. 1981, IR, p. 202; *RtDCom.* 1981, p. 603, m.nt. Merle. *3.1.2.2/3.2.1*
Cass. com. 3 november 1980, *Bull. civ*. IV, p. 288, nr. 358. *3.3.1.2/4.3.2.2*
Cass. com. 4 januari 1982, *Rev. soc.* 1983, p. 95, m.nt. Burst. *3.1.2.1/4.4.2*
Cass. com. 15 maart 1982, *D.* 1982, p. 404, m.nt. Derrida; *RtDCom.* 1983, p. 477, m.nt. Merle. *4.1.3/4.3.2.2/7.3*
Cass. com. 5 mei 1982, *Bull. civ.* IV, nr. 159. *4.1.2.2*
Cass. com. 24 mei 1982, *Rev. soc*., p. 361, m.nt. Béguin. *4.3.2.3/4.3.2.4*
Cass. com. 11 oktober 1982, *Rev. soc.* 1983, p. 125, m.nt. Honorat; *D.* 1983, som. p. 181, m.nt. Honorat. *6.1.2*
Cass. com. 29 november 1982, *Rev. soc.* 1983, p. 615, m.nt. Sibon. *4.3.2.4*
Cass. com. 21 december 1982, *RtDCom.* 1983, p. 476. *4.3.2.2*
Cass. com. 5 januari 1983, *Bull. Joly* 1983, p. 193. *4.3.2.2*
Cass. com. 14 juni 1983, *D.* 1985, jur., p. 125, m.nt. Chartier. *4.3.2.2*
Cass. com. 20 juni 1984, *Bull. civ*. IV, p. 169, nr. 203. *3.3.1.2/4.1.2.2/4.5.1/6.3*
Cass. com. 12 februari 1985, *D.* 1985, IR, p. 491, m.nt. Honorat. *4.1.3/7.3*
Cass. com. 26 maart 1985, *Bull. civ.* IV, p. 93, nr. 108; *D.* 1985, IR, p. 491, m.nt. Honorat. *3.2.1/7.3*
Cass. com. 3 juni 1986, *Rev. soc.* 1986, p. 585, m.nt. Guyon. *4.3.2.2*
Cass. com. 18 november 1986, *D.* 1987, som., p. 73, m.nt. Honorat. *7.3*
Cass. com. 2 juni 1987, *Bull. civ.* IV, p. 101, nr. 132; *Rev. soc.* 1987, som., p. 629. *4.3.2.4*
Cass. com 16 juni 1987, *Bull. civ.* IV, p. 111, nr. 147. *7.3*
Cass. com. 8 maart 1988, *Rev. soc.* 1988, p. 287, m.nt. Honorat. *6.1.3*
Cass. com. 19 juli 1988, nr. 86-18242, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *7.2.2.3*
Cass. com. 8 november 1988, *D.* 1989, som., p. 372, m.nt. Honorat. *3.3.1.2*
Cass. com. 18 juli 1989, *Bull. civ.* IV, p. 150, nr. 223; *D.* 1989, IR, p. 247. *3.3.1.2/4.3.2.2*
Cass. com. 28 november 1989, *Rev. soc.* 1990, p. 240. *4.3.2.3*
Cass. com. 12 december 1989, nr. 87-16405, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.2.2*
Cass. com. 6 maart 1990, nr. 88-19090, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *7.2.2.3*
Cass. com. 29 mei 1990, nr. 88-16816, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.3.2.3*
Cass. com. 15 januari 1991, *D.* 1991, som., p. 240, m.nt. Honorat. *3.3.1.2*
Cass. com. 29 januari 1991, nr. 89-13189, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation,<http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.3.2.2*

Cass. com. 28 mei 1991, *Bull. civ.* IV, p. 129, nr. 182. *5.4*
Cass. com. 9 april 1991, *Bull. civ.* IV, p. 92, nr. 128; *D.* 1991, IR, p. 128, m.nt. Honorat; *D.* 1992, som., p. 3, m.nt. Derrida. *3.3.1.2/3.1.2.2/4.1.2.2/4.2.2/4.5.1*
Cass. com. 15 oktober 1991, *Bull. civ.* IV, p. 200, nr. 288; *RtDCom*. 1991, 2, p. 464, m.nt. Martin-Serf. *5.2.1.2*
Cass. com. 12 november 1991, *Bull. civ.* IV, p. 238, nr. 343; *D.* 1992, IR, p. 39. *6.1.5*
Cass. com. 14 april 1992, nr. 90.15218, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>; *JCP-E* 1992, I, 166, m.nt. Pétel. *4.1.1*
Cass. com. 16 juni 1992, *Bull. civ.* IV, p. 169, nr. 243. *5.7*
Cass. com. 20 oktober 1992, *Rev. soc.* 1993, p. 449. *3.3.1.2/4.1.2.2/4.5.1*
Cass. com. 3 november 1992, nr. 90-17171, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.3*
Cass. com. 1 december 1992, *Rev soc.* 1993, p. 126, m.nt. Honorat. *6.1.1*
Cass. com. 11 mei 1993, *Bull .civ.* IV, p. 133, nr. 187; *Bull. Joly* 1993, p. 1050, m.nt. Pétel; *D.* 1993, IR, p. 195. *3.1.2.2/4.1.2.2/4.4.2*
Cass. com. 25 mei 1993, nr. 91-10998, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *7.2.2.3/7.3*
Cass. com. 12 oktober 1993, *Rev. soc.* 1994, p. 326, m.nt. Saintourens. *3.2.1/4.2.1/6.5*
Cass. com. 19 oktober 1993, *Bull. civ.* IV, p. 250, nr. 346. *6.1.3*
Cass. com. 2 november 1993, *D.* 1994, IR, p. 5. *5.2.3*
Cass. com. 30 november 1993, *Bull. civ.* IV, p. 319, nr. 440. *5.6*
Cass. com. 8 februari 1994, *Rev. soc.* 1995, p. 100, m.nt. Honorat & Romani. *3.1.2.2/3.2.1/3.3.1.2/4.3.2.2/4.3.2.4*
Cass. com. 22 februari 1994, nr. 89-17235, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.3*
Cass. com. 5 april 1994, *Rev. soc.* 1994, p. 318, m.nt. Guyon. *3.1.2.1/3.3.1.2/4.3.2.3*
Cass. com. 31 mei 1994, nr. 92-15057, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.4.2*
Cass. com. 11 oktober 1994, *Bull. civ.* IV, p. 229, nr. 286; *D.* 1994, IR, p. 241. *7.3*
Cass. com. 31 januari 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 439, m.nt. Pétel; *Rev. soc.* 1995, p. 757, m.nt. Randoux. *3.3.1.2/4.1.2.2/4.1.3/6.1.2/7.3*
Cass. com. 31 januari 1995, nr. 92-17612, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *7.2.2.2*
Cass. com. 14 maart 1995, *Bull. civ.* IV, p. 74, nr. 82; *D.* 1995, IR, p. 115. *4.1.2.2/4.1.3/7.2.2.2*
Cass. com. 28 maart 1995, *Bull. civ.* IV, p. 90, nr. 102; *D.* 1995, IR, p. 140. *4.1.2.2*
Cass. com. 9 mei 1995, *Bull. civ.* IV, p. 117, nr. 130; *D.* 1996, jur., p. 322, m.nt. Loiseau. *5.4*
Cass. com. 11 juli 1995, *Bull. civ.* IV, p. 194, nr. 208; *D.* 1996, som., p. 84, m.nt. Honorat. *6.1.5*
Cass. com. 24 oktober 1995, nr. 93-11322, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.2.2/6.1.4*
Cass. com. 21 november 1995, nr. 93-20054, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr./>. *4.3.2.4*
Cass. com. 6 februari 1996, *Bull civ.* IV, p. 27, nr. 35; *JCP-E* 1996, chron., 584, nr.19, m.nt. Pétel. 5.2.3
Cass. com. 11 juni 1996, nr. 93-18542, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.2.3*
Cass. com. 25 juni 1996, *Bull. civ.* IV 1996, p. 162, nr. 190. *7.2.2.3*
Cass. com. 8 oktober 1996, nr. 94-18874, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.3*
Cass. com. 22 oktober 1996, *Bull. civ.* IV, p. 219, nr. 256; *Bull. Joly* 1997, p. 166, m.nt. Le Cannu. *6.1.5*
Cass. com. 19 november 1996, nr. 94-19738, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv. fr./>. *4.1.2.2/6.1.2/7.2.2.2*

Cass. com. 6 mei 1997, nr. 95-10626, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv. fr./>. *4.2.3*
Cass. com. 1 oktober 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1087, § 392, m.nt. Daigre. *4.1.2.2/6.4*
Cass. com. 1 oktober 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1089, § 393, m.nt. Daigre. *6.1.2/7.2.2.2/7.2.2.3*
Cass. com. 14 oktober 1997, nr. 95-13780, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.2.2*
Cass. com. 25 november 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 109, m.nt. Barbièri; *JCP-E* 1998, p. 101; *JCP-G* 1998, chron, 141, 1, nr. 2, m.nt. Pétel. *5.2.2.3*
Cass. com. 25 november 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 586, m.nt. Porteron. *3.1.2.2/3.3.1.2/7.2.2.3*
Cass. com. 6 januari 1998, nr. 95-10665, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *7.2.2.3*
Cass. com. 20 januari 1998, nr. 95-16345, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *6.1.5*
Cass. com. 17 februari 1998, *D*. 1998 IR, p. 82. *5.6*
Cass. com. 26 mei 1998, *Bull. civ.* IV, p. 136, nr. 168. *6.1.2*
Cass. com. 27 oktober 1998, *Bull. civ.* IV, p. 219, nr. 265; *D*. 1998, IR, p. 260. *3.1.2.1/4.3.2.4*
Cass. com. 24 november 1998, nr. 94-14755, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.2.2*
Cass. com. 2 februari 1999, nr. 96-13678, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.2.2*
Cass. com. 16 februari 1999, nr. 96-10087, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.2.2*
Cass. com. 2 maart 1999, nr. 95-14007, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.2.1/7.2.2.2*
Cass. com. 2 maart 1999, *Bull. civ.* IV, p. 41, nr. 49; *D.* 1999, som., p. 301; *D.* 1999, IR, p. 90. *5.2.3*
Cass. com. 16 maart 1999, *Bull. civ.* IV, p. 55, nr. 67; *D.* 1999, p. 349, m.nt. Honorat. *6.1.2/6.2*
Cass. com. 11 mei 1999, *D.* 2000, som., p. 98, m.nt. Honorat. *6.2*
Cass. com. 22 juni 1999, *Bull. civ*. IV, p. 113, nr. 136; *D.* 1999, IR, p. 195; *Rev. soc*. 1999, p. 824, m.nt. Constantin. *4.3.2.2/5.7*
Cass. com. 26 oktober 1999, *Bull. civ.* IV, p. 163, nr. 192. *6.1.1*
Cass. com. 7 december 1999, nr. 97-14119, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.2.1/7.2.2.2*
Cass. com. 4 januari 2000, *Bull. civ.* IV, p. 2, nr. 3; *D.* 2000, AJ, p. 72, m.nt. Lienhard. *6.1.5*
Cass. com. 4 januari 2000, nr. 97-15867, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.2.2/4.5.2*
Cass. com. 15 februari 2000, nr. 97-17195, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *7.2.2.2*
Cass. com. 14 maart 2000, nr. 96-21497, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *7.2.2.2*
Cass. com. 23 mei 2000, *D.* 2000, AJ, p. 299, m.nt. Lienhard; *D.* 2002, som., p. 78, m.nt. Derrida; *JCP-E* 2000, chron., p. 1567, nr. 13, m.nt. Pétel. *5.6*
Cass. com. 4 juli 2000, *Bull. civ*. IV, p. 125, nr. 138; *D.* 2000, AJ, p. 375, m.nt. Lienhard; *JCP-E* 2000, pan., p. 1501. *4.1.2.2/6.2*
Cass. com. 14 november 2000, *D.* 2000, AJ, p. 437, m.nt. Lienhard. *3.2.2*
Cass. com. 28 november 2000, nr. 97-12265, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *6.1.2/6.1.5*
Cass. com. 19 december 2000, nr. 97-22049, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *7.2.2.2*
Cass. com. 20 februari 2001, nr. 98-12768, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *5.2.1.2*
Cass. com. 20 maart 2001, nr. 98-17023, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *6.2*

Cass. com. 3 april 2001, nr. 98-12676, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.3*
Cass. com. 15 mei 2001, *Bull. civ.* IV, p. 86, nr. 91; *D.* 2001, AJ, p. 1949, m.nt. Lienhard; *D.* 2001, som., p. 3425, m.nt. Honorat; *Bull. Joly* 2001, p. 979, m.nt. Pétel. *6.1.2/6.2*
Cass. com. 12 juni 2001, nr. 98-18835, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.1/4.1.2.2/4.1.3*
Cass. com. 17 juli 2001, nr. 00-12396, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.2.2*
Cass. com. 16 oktober 2001, nr. 98-13607, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *6.2*
Cass. com. 27 november 2001, *Dr. Soc.* maart 2002, p. 15, nr. 38, m.nt. Legros. *6.1.5*
Cass. com. 11 december 2001, *D.* 2002, AJ, p. 402, m.nt. Lienhard. *6.4*
Cass. com. 8 januari 2002, nr. 98-23177, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.2.2*
Cass. com. 5 februari 2002, *Bull. civ.* IV, p. 28, nr. 29. *6.1.5*
Cass. com. 19 februari 2002, nr. 99-12776, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *6.1.2/6.2*
Cass. com. 19 februari 2002, *Bull. civ.* IV, p. 34, nr. 33; *D.* 2002, AJ, p. 1071, m.nt. Lienhard; *Bull. Joly* 2002, p. 592; *Dr. soc.* aug.-sept. 2002, p. 17, nr. 154, m.nt. Legros; *Dr. & Patr.* 2002, p. 104, m.nt. Poracchia. *5.7*
Cass. com. 19 februari 2002, *Bull. civ.* IV, p. 35, nr. 34; *D.* 2002, AJ, p. 956, m.nt. Lienhard; *Bull. Joly* 2002, p. 782, m.nt. Pétel; *Dr. soc.* juli 2002, p. 15, nr. 133, m.nt. Legros. *6.4*
Cass. com. 28 mei 2002, nr. 98-21730, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *6.1.2*
Cass. com. 11 juni 2002, nr. 99-13544, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.2.2*
Cass. com. 25 juni 2002, nr. 99-12886, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *7.2.2.2*
Cass. com. 29 oktober 2002, nr. 99-16400, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv. fr./>. *6.2*
Cass. com. 13 november 2002, *Dr. soc.* aug.-sept. 2003, p. 16, nr. 142, m.nt. Legros. *4.1.2.2/ 6.1.5/7.2.2.2*
Cass. com. 10 december 2002, *Bull civ.* IV, p. 219, nr. 193; *D.* 2003, AJ, p. 348; *Rev soc.* 2003, p. 151, m.nt. Guyon. *4.1.2.2/4.2.2/7.2.2.1*
Cass. com. 7 januari 2003, *Bull. civ.* IV, p. 4, nr. 3; *D.* 2003, AJ, p. 347, 3e esp. *4.1.2.2/7.2.2.2*
Cass. com. 8 juli 2003, *Dr. soc.* okt. 2004, p. 16, nr. 167, m.nt. Legros. *5.6*
Cass. com. 19 november 2003, nr. 00-21027, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.2.2*
Cass. com. 14 januari 2004, *Rev. soc.* 2004, p. 948, m.nt. Saintourens. *4.1.2.2/7.2.2.2*
Cass. com. 7 december 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 579, m.nt. Pétel. *4.1.2.2*
Cass. com. 15 februari 2005, nr. 03-13224, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.1/4.1.2.2*
Cass. com. 19 april 2005, *D.* 2005, AJ, p. 1225, m.nt. Lienhard; *Bull. Joly* 2005, p. 690, m.nt. Saint-Alary-Houin; *Dr.soc.* juli 2005, p. 26, m.nt. Legros; *Dr. & Patr.* 2005, p. 105, m.nt. Monsèrié-Bon en waarover ook Lucas & Le Corre, *D.* 2005, pan., p. 2013-2014 en Rolland *JCP-E* 2005, p. 796 e.v. *3.3.1.2/4.1.2.2/4.2.1/4.5.2/4.6*
Cass. com 24 mei 2005, nr. 03-20674, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *6.2*
Cass. com. 4 januari 2006, *Dr. soc.* april 2006, p. 20, m.nt. Legros. *3.1.2.1*
Cass. com. 10 januari 2006, *Rev. soc.* 2006, p. 629, m.nt. Roussel Galle. *3.1.2.1/4.3.2.4/4.5.2*
Cass. com. 7 maart 2006, *Dr. soc.* juni 2006, p. 23, m.nt. Legros. *3.1.2.1*
Cass. com. 16 mei 2006, *D.* 2006, AJ, p. 1530, m.nt. Lienhard; *Gaz. Pal.* 14-18 juli 2006, p. 15. *6.2*

Cass. com. 30 mei 2006, nr. 05-12311, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *3.1.2.1*
Cass. com. 13 juni 2006, nr. 05-14081, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *3.1.2.1*
Cass. com. 27 juni 2006, *Bull. civ.* IV, p. 161, nr. 151. *5.6*
Cass. com. 13 februari 2007, nr. 06-11510, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *5.1.2/6.2*
Cass. com. 13 maart 2007, 05-15833, niet gepubliceerd in het Bulletin des arrêts de la cour de cassation, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.4.2*

Cour d'appel d'Aix-en-Provence
CA Aix-en-Provence 24 november 1969, *RtDCom.* 1970, p. 506 en 510, m.nt. Houin. *3.1.2.1/3.1.2.2*
CA Aix-en-Provence 23 mei 1974, *RtDCom*. 1974, p. 526. *4.3.2.2*
CA Aix-en-Provence 28 mei 1974, *D.* 1974, som., p. 106. *4.3.2.2/5.1.1*
CA Aix-en-Provence 10 maart 1987, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 348, m.nt. Didier. *3.3.1.2*
CA Aix-en-Provence 7 mei 1992, *Dr. soc.* dec. 1992, nr. 252. *3.3.1.2*

Cour d'appel d'Angers
CA Angers 27 september 1990, *Rev. proc. coll.* 1992, p. 297, m.nt. Calendini. *6.1.2*

Cour d'appel de Caen
CA Caen 30 april 1998, nr. 980388, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *6.1.5*

Cour d'appel de Chambery
CA Chambery 21 januari 2003, nr. 99/01273, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *6.1.5*

Cour d'appel de Colmar
CA Colmar 21 maart 1972, *RtDCom.* 1973, p. 357. *4.2.1/4.3.2.4*

Cour d'appel de Douai
CA Douai 16 december 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 681, m.nt. Saint-Alary-Houin. *4.1.2.2/4.3.2.1/4.3.2.4*

Cour d'appel de Lyon
CA Lyon 27 november 2003, *Dr. soc.* okt. 2004, p. 18, nr. 170. *3.3.3/4.1.2.2*

Cour d'appel de Nîmes
CA Nîmes 27 oktober 1976, *JCP-G* IV 1977, p. 265. *3.3.1.2*
CA Nîmes 13 januari 2000, *Dr. soc.* juli 2000, p. 16, nr. 103, m.nt. Chaput. *6.1.2*

Cour d'appel de Montpellier
CA Montpellier 11 januari 1990, niet gepubliceerd, aangetroffen bij F. Derrida, ' L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire? Étude de jurisprudence', in: *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts á Jean Derrupé*, Parijs: GLN Joly éditions/Éditions Litec 1991, p. 36. *3.3.1.2/4.5.1*
CA Montpellier 7 maart 2000, *Act. proc. coll.* 2000, nr. 215, m.nt. Regnaut-Moutier. *6.1.2*

Cour d'appel d'Orléans
CA Orléans 22 januari 2004, *Dr. soc.* mei 2004, p. 25, nr. 77, m.nt. Legros. *6.1.2*

Cour d'appel de Paris
CA Parijs 11 mei 1964, *JCP* 1964, II, 13835. *4.4.2*
CA Parijs 13 december 1969, *RtDCom.* 1970, p. 505, m.nt. Houin. *3.1.2.1/4.1.2.2*

CA Parijs 23 januari 1974, *Rev. jur. com.* 1974, p. 34. *4.4.2*
CA Parijs 23 december 1975, *Gaz. Pal.* 1976, jur., p. 361, m.nt. L.C. *4.3.2.2*
CA Parijs 1 december 1976, *D.* 1977, IR, p. 120, m.nt. Honorat. *4.1.2.2/4.4.2*
CA Parijs 22 november 1977, *Gaz. Pal*. 1978, jur. 251, m.nt. Fangain. *4.1.2.2*
CA Parijs 29 mei 1978, *Rev. soc.* 1979, p. 375, m.nt. Sortais. *3.3.1.2/4.1.2.2*
CA Parijs 5 februari 1979, *Rev. jur. com.* 1979, p. 226, m.nt. Brunet. *3.3.1.2/4.1.2.2/4.3.2.1*
CA Parijs 26 november 1979, *D.* 1980, IR, p. 322, m.nt. Honorat; *Rev. soc.* 1980, p. 323, m.nt. Honorat. *3.3.1.2*
CA Parijs 26 februari 1981, *Gaz. Pal.* 1981, jur., p. 668, m.nt. A.P.S. *4.3.2.2*
CA Parijs 21 december 1982, *Gaz. Pal.* 1983, p. 125. *4.1.2.2*
CA Parijs 16 januari 1986, *Rev. soc*. 1986, p. 445, m.nt. Calendini. *4.1.3*
CA Parijs 20 maart 1986, *Rev. soc.* 1987, p. 98, m.nt. Guyon. *3.3.1.2/4.2.2*
CA Parijs 18 november 1986, *D.* 1986, IR, p. 487; *RtDCom.* 1987, p. 78, nr. 10. *4.3.2.1*
CA Parijs 17 december 1986, *Gaz. Pal.* 1987, jur. p. 256. *4.1.2.2*
CA Parijs 10 maart 1987, *Rev. soc*. 1987, p. 276, m.nt. Honorat; *D.* 1987, som., p. 237, m.nt. Honorat. *3.2.1/4.3.2.1*
CA Parijs 12 mei 1987, *D.* 1989, som., p. 5, m.nt. Derrida. *3.3.1.2*
CA Parijs 2 februari 1988, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 348. *4.1.2.2*
CA Parijs 1re ch. urg. 16 maart 1988, *D.* 1988, IR, p. 120. *4.3.2.2*
CA Parijs 15 april 1988, *Rev. soc*. 1988, p. 436, m.nt. Honorat; *D.* 1988, som., p. 385, m.nt. Derrida. *4.1.2.2/7.3*
CA Parijs 31 mei 1989, *Gaz. Pal.* 1989, jur., p. 603, m.nt. Marchi. *4.3.2.4/4.4.2*
CA Parijs 21 november 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 186, m.nt. Pétel. *4.3.2.2/4.3.2.3*
CA Parijs 25 september 1990, *Gaz. Pal.* 1990, jur., p. 689, m.nt. Marchi. *4.1.2.2*
CA Parijs 16 november 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 73, § 11, m.nt. Diener; *Dr. & Patr.* 1994, p. 85, § 598, m.nt. Bertrel. *7.2.2.3*
CA Parijs 28 september 1993, *Dr. & Patr.* 1994, p. 85, m.nt. Bertrel. *3.1.2.2/4.3.2.4*
CA Parijs 11 januari 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 317, m.nt. Pariente. *3.3.1.2/4.2.2/4.3.2.3/4.4.2/7.2.2.2/7.2.2.3*
CA Parijs 4 februari 1994, *D.* 1994, IR, p. 80. *6.1.2*
CA Parijs 8 juli 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1216, § 326. *4.1.2.2/7.2.2.2*
CA Parijs 14 december 2001, nr. 2000/23665, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.2.2*
CA Parijs 13 september 2002, *Rev. soc.* 2002, p. 769, m.nt. Guyon. *4.1.2.2*
CA Parijs 7 september 2004, *D.* 2004, AJ, p. 2500, m.nt. Lienhard; *Bull. Joly* 2004, p. 1358, m.nt. Souleau-Travers & Sentenac. *4.1.2.2/4.3.2.4*

Cour d'appel de Toulouse
CA Toulouse 21 februari 2001, nr. 1999/04183, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *4.1.2.2*
CA Toulouse 12 september 2001, nr. 2000/01485, <http://www.legifrance.gouv.fr/>. *7.2.2.1*

Cour d'appel de Versailles
CA Versailles 16 december 1987, *D.* 1988, p. 383, m.nt. Honorat; *Rev. soc.* 1988, p. 434, m.nt. Honorat. *3.3.1.2/4.1.2.2/4.2.2*
CA Versailles 29 maart 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 561, m.nt. Pétel. *3.1.2.2/3.2.1/4.1.2.2*
CA Versailles 3 februari 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 535, nr. 160. *4.2.1/4.2.3*
CA Versailles 2 april 2002, *D.* 2002, som., p. 3266, m.nt. Hallouin; *Bull. Joly* 2002, p. 923, m.nt. Le Nabasque; *JCP-E* 2002, jur., p. 1627, nr. 1468, m.nt. Couret; *JCP-E* 2002, chron., p. 1815. *4.1.2.2*

Tribunal de commerce d'Aix-en-Provence
Trib. com. Aix- en-Provence 5 november 1986, *PA* 8 april 1987, nr. 42, p. 29. *3.3.1.2/4.2.2/4.5.1*

Tribunal de commerce de Corbeil
Trib. com. Corbeil 29 mei 1986, *Gaz. Pal.* 1986, jur., p. 647. *3.2.1/4.1.2.2/6.1.2*

Tribunal de commerce de Lille
Trib. com. Lille 20 maart 1970, *JCP* 1970, II, nr. 16388, m.nt. Gensburger. *6.1.1*

Tribunal de commerce de Marseille
Trib. com. Marseille, 6 september 1977, *Rev. soc.* 1978, p. 313, m.nt. Oppetit. *4.2.2*
Trib. com. Marseille 8 september 1983, *Rev. soc.* 1984, p. 80, m.nt. Mestre. *4.3.2.4*

Tribunal de commerce de Paris
Trib. com. Parijs 4 juni 1984, *JCP* 1984, II, 20273. *3.3.1.2/4.5.1/6.1.1*
Trib. com. Parijs 8 juni 1984, *Gaz. Pal*. 1985, jur., p. 77, m.nt. Mauro & Ploquin. *4.3.2.4*
Trib. com. Parijs 13 februari 1986, *Gaz. Pal*. 1986, som., p. 220, m.nt. Marchi. *3.3.1.2/4.2.2/4.5.1*

Ierland

High Court
Power Supermarkets Ltd. v. Crumlin Investments Ltd., High Court, 22 juni 1981, niet gepubliceerd. Zie voor een samenvatting: M. Forde, *Cases and Materials on Irish Company Law*, Dublin: Round Hall Sweet & Maxwell 1998, p. 78-80. *3.3.2.2*
Allied Irish Coal Supplies Limited v. Powell Duffryn International Fuels Limited [1998] 2 IR 519 (HC).
Re Tuskar Resources plc. [2001] 1 IR 668 (HC). *3.3.2.2*

Supreme Court
Allied Irish Coal Supplies Limited v. Powell Duffryn International Fuels Limited [1998] 2 IR 529 (SC). *3.3.2.2*

Nederland

Hof Amsterdam
Hof Amsterdam 1 oktober 1998, *JOR* 1999, 136, m.nt. De Witt Wijnen (Rainbow Products/Ontvanger). *4.3.3.1*
Hof Amsterdam 14 augustus 2003, niet gepubliceerd (Mefigro). *7.4.2.3*

Hof Amsterdam, Ondernemingskamer
OK 23 juni 1983, *NJ* 1984, 571, m.nt. Ma (Hyster). *1.1.1*

Hof Arnhem
Hof Arnhem 10 mei 1994, *TMA* 1994, p. 155 (Roco). *4.3.3.2*
Hof Arnhem 19 december 1995, *NJ* 1996, 307; *TvI* 1996, p. 109, m.nt. Winter (Heineken/Mrs. Telders en Welmerink q.q.). *1.1.1.4/2.2.1*
Hof Arnhem 17 juli 2001 (Stichting PVK/Verzekerd Keur BV en VK Finance BV), <http://www.faillissementverzekerdkeur.nl/vonnisenarrest>, geraadpleegd 18 december 2002. *4.2.2.1*

Hof 's-Gravenhage
Hof 's-Gravenhage 20 mei 1931, *NJ* 1932, 36. *6.2/8.4.3*

Hof 's-Hertogenbosch
Hof 's-Hertogenbosch 2 november 1978, *NJ* 1979, 76. *6.2*
Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2005, *JOR* 2005, 109, m.nt. Loesberg. *6.2*

Hoge Raad
HR 14 april 1927, *NJ* 1927, p. 725. *Inl.*
HR 21 november 1946, *NJ* 1947, 24, m.nt. EMM. *2.3.2*
HR 23 december 1949, NJ 1950, 265 (Boendermaker/Schopman). *2.2.1*
HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 578, m.nt. PhANH. *5.2.2.1*
HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514. *2.1*
HR 9 april 1958, *NJ* 1958, 331, m.nt. LEHR. *Inl.*
HR 27 februari 1959, *NJ* 1959, 556, m.nt. HB. *6.2*
HR 12 januari 1968, *NJ* 1968, 274, m.nt. HD; *AA* 1968, p. 144, m.nt. G (Teixeira de Mattos). *5.2.2.1*
HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617 (Eneca/BACM). *2.2.1*
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex). *5.2.2.3.*
HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443, m.nt. Ma (Osby). *2.1/7.4.2.2*
HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 615, m.nt. WMK (SOS/ABN). *2.3.4.2*
HR 26 november 1982, *NJ* 1983, 442, m.nt. BW. *6.2*
HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, m.nt. BW; *AA* 1984, m.nt. PvS, p. 220 (Peeters q.q./Gatzen). *2.2.1/7.4.1*
HR 2 november 1984, *NJ* 1985, 446, m.nt. Ma (Blok/De Haan). *7.4.2.3*
HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136 m.nt. G, *AA* 1988, p. 107, m.nt. PvS (Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW). *Inl./1.2/4.1.1/4.1.2.1/4.2.1.1/4.2.2/4.4.1.1/5.1.1/6.1.1/6.1.5/6.4/6.5/8.1/8.4.3*
HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 530, m.nt. G (WUH/Emmerig q.q.). *2.3.4.2*
HR 25 maart 1988, *NJ* 1989, 200, m.nt. WMK (Staalbankiers/Ambags q.q.). *2.3.4.2*
HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, m.nt. Ma en EEA. *5.6*
HR 22 februari 1989, *BNB* 1989, 112. *4.2.1*
HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (OGEM). *7.4.2.3*
HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305 (De Ranitz q.q./Ontvanger). *5.2.1.4*
HR 22 maart 1991, *NJ* 1992, 214, m.nt. PvS (Loeffen q.q./Mees en Hope II). *2.1*
HR 4 oktober 1991, *NJ* 1992, 247, m.nt. PvS; *TVVS* 1992, p. 17, m.nt. Timmerman (Glorywave). *4.3.3.2*
HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. Ma (Nimox/Van den End q.q.). *2.2.1/7.4.2.2*
HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 195. *6.2*
HR 4 december 1992, *NJ* 1993, 271, m.nt. Ma (Mast Holding). *7.4.2.3*
HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 734 (Harko/Groen-Kelderman q.q.). *2.3.4.2*
HR 10 september 1993, *NJ* 1994, 272, m.nt. Ma (De Zilver Ster). *5.6*
HR 1 oktober 1993, *NJ* 1994, 257, m.nt. WMK. *5.5*
HR 26 januari 1994, *NJ* 1994, 545, m.nt. Ma (Heuga). *4.3.3.1/4.3.3.3*
HR 3 juni 1994, *NJ* 1995, 340. *2.3.4.2*
HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 77; *TVVS* 1994, p. 331, m.nt. Timmerman (Sonortape/Stemra). *7.4.2.3*
HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170, m.nt. Ma (NBM/Securicor). *7.4.2.2*
HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628, m.nt. WMK, *AA* 1997, m.nt. Vriesendorp, p. 809 (Notaris M/Curatoren THB). *2.2.1*
HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, m.nt. WMK (Sigmacon II). *4.4.3/8.1*
HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 628, m.nt. PvS (Gispen q.q./IFN). *2.1*
HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213; *TvI* 1997, p. 124, m.nt. Huizink (Krijger/Citco). *4.3.3.2/7.4.2.4*
HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 214, m.nt. Ma; *JutD* 1995, nr. 15, p. 2, m.nt. Klik (Bato's Erf). *4.3.3.1*
HR 30 juni 1995, *NJ* 1996, 554 (Mees Pierson NV/Mentink q.q.). *5.1.2*
HR 22 september 1995, *NJ* 1996, 706, m.nt. HJS (Ravast c.s./Ontvanger). *2.2.1/2.3.4.2/5.5*
HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215, m.nt. Ma (Roco/Staat). *4.3.3.1*
HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. WMK; *TVVS* 1996, p. 204, m.nt. Ophof (Maclou & Prouvost). *4.4.3/8.1*
HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 611, m.nt. Kortmann (Verkerk/Tiethoff q.q.). *2.1*

HR 15 januari 1999, *NJ* 1999, 573; *JOR* 1999, 57, m.nt. Huiskes; *Bb* 1999, p. 49-51 (Gipstein/Erato). *4.3.3.2*
HR 15 januari 1999, *NJ* 2000, 49, m.nt. Zwemmer (Wilderink q.q./Ontvanger). *5.4*
HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 192, m.nt. PvS (Scholten q.q./Van Zwol Wijntjes). *2.1*
HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 411 (Montedison). *5.6*
HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578, m.nt. PvS (Van Dooren q.q./ABN AMRO). *2.1*
HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Ma; *OR* 2000, p. 442, m.nt. Lennarts (Rainbow). *4.3.3.1/4.3.3.2/4.6/7.4.2.4*
HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 272, m.nt. PvS (Bakker/Katko). *5.5*
HR 8 juni 2001, *JOR* 2001, 171 (Panmo). *5.6*
HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.). *2.2.1/2.3.4.2/5.5*
HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 94, m.nt. Ma; *JOR* 2002, 2, m.nt. Bartman. (Juno Properties). *5.6*
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95, m.nt Ma; *JOR* 2002, 4, m.nt. Blanco Fernández; *OR* 2002, p. 113, m.nt. Wezeman (Mefigro). *5.6/7.4.2.3*
HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. Kortmann; *RvdW* 2002, 6; *JOR* 2002, 38, m.nt. Bartman (Hurks/Sobi II). *7.4.2.2/7.4.2.3*
HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393, m.nt. PvS (Joral). *2.3.4.2*
HR 24 mei 2002, *JOR* 2002, 130, m.nt. Borrius ('t Gouddoppertje). *7.4.2.3*
HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 429 (Cikam/Siemon q.q.). *2.1*
HR 18 april 2003, *JOR* 2003, 160, m.nt. Bartman (Van de Wetering BV). *2.2.1/2.3.2*
HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 293, m.nt. PvS; *AA* 2004, p. 178, m.nt. Vriesendorp; *JOR* 2004, 61, m.nt. JJvH; *NTBR* 2004, p. 396, m.nt. Kreise & Verstijlen (Curatoren Mobell/Interplan). *4.4.1.2*
HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 618, m.nt. PvS; *JOR* 2004, 222, m.nt. JJvH. *2.3.4.2*
HR 4 februari 2005, *JOR* 2005, 58, m.nt. Van den Ingh (Landis). *4.3.3.3*
HR 8 juli 2005, *NJ* 2005, 457, m.nt. PvS; *RvdW* 2005, 89; *TvI* 2005, p. 195, m.nt. Koppen (Van Dooren q.q./ABN AMRO II). *2.2.1*
HR 9 juni 2006, *RvdW* 2006, 591. *2.2.1*
HR 22 juni 2007, *RvdW* 2007, 606. *1.2*

Rechtbank Amsterdam
Rb. Amsterdam 27 mei 1981, *NJ* 1985, 124 (Theal). *4.3.3.2*
Rb. Amsterdam 16 februari 2000, *JOR* 2000, 121. *5.6*

Rechtbank Arnhem
Rb. Arnhem 20 juni 2001, faill.nrs F 180/2001 en F 181/2001, <http://www.faillissementverzekerd-keur.nl/vonnisenarrest>, geraadpleegd op 18 december 2002. *4.2.2.1*
Rb. Arnhem 18 februari 2004, *JOR* 2004, 120, m.nt. De Bie Leuveling Tjeenk. *4.3.3.2*

Rechtbank 's-Gravenhage
Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996, 87 (Infotheek). *1.1.3.2/1.2/4.1.1/4.1.2.1/4.1.2.2/4.2.1.1/4.4.1.1/4.4.4/6.1.1*

Rechtbank Haarlem
Rb. Haarlem 22 februari 1991, *KG* 1991, 121. *2.3.4.2*

Rechtbank 's-Hertogenbosch
Rb. 's-Hertogenbosch 15 november 2006, *Journaal IF&Z* 2007, 8. *2.2.2*

Rechtbank Maastricht
Rb. Maastricht 11 januari 2006, LJN AU9599, <http://www.rechtspraak.nl>. *2.3.4.2*

Rechtbank Middelburg
Rb. Middelburg 13 januari 1999, *JOR* 1999, 99. *2.2.1*

Rechtbank Rotterdam
Rb. Rotterdam 9 november 1982, *NJ* 1983, 427. *6.2*
Rb. Rotterdam 3 januari 1992, *NJ* 1992, 211, m.nt. Ma. *2.3.2*
Rb. Rotterdam 12 februari 1998, *JOR* 1998, 53, m.nt. Faber. *2.3.4.2*

Rechtbank Utrecht
Rb. Utrecht 5 december 2001, *JOR* 2002, 52 (Zeister Kunststichting). *5.6*

Rechtbank Zwolle
Rb. Zwolle 16 januari 1996, *KG* 1996, 105. *4.3.3.2*
Rb. Zwolle 24 juli 2002, *NJ* 2002, 593 (Van de Wetering/Zevenster). *4.3.3.2*
Rb. Zwolle 28 april 2004, *JOR* 2004, 254. *6.2*
Rb. Zwolle 4 januari 2006, LJN AV7841, <http://www.rechtspraak.nl>. *5.6*

Nieuw-Zeeland

High Court Auckland
McDonald v Australian Guarantee Corporation (NZ) Ltd, [1990] 1 NZLR 227. *1.1.3.3*
Re Stewart Timber & Hardware Ltd (in liq) (1991) 5 NZCLC 67, 137. *4.4.1.1/5.1.1/5.1.2/5.4*
Fatupaito v Bates [2001] 3 NZLR 386. *5.6*
Mountfort v Tasman Pacific Airlines of NZ Ltd [2006] 1 NZLR 104. *3.3.2.1/4.1.1/4.2.2/4.4.1.1*

High Court Christchurch
Re Pacific Syndicates (NZ) Ltd. (in liq) (1989) 4 NZCLC 64, 757. *3.1.3.2/3.3.2.1/4.1.1/4.1.2.1/6.1.1*
Saunders & Co. v Fagerlund, HC, Christchurch, Master Venning, 22 juni 2001, M 486-00, M 10-01, M 11-01. *5.5/6.3*

High Court Dunedin
Re Grazing and Export Meat Co Ltd (1984) 2 NZCLC 99, 226. *5.1.1*

High Court Wellington
Re Dalhoff & King Ltd (in liq) [1991] 2 NZLR 296. *3.3.2.1/4.1.1/4.1.2.2/4.2.1/4.2.2/4.2.3/4.4.2/4.4.3/4.4.4/4.5.1/5.1.1/5.1.2/5.2.2.3/5.3*

Re Nimbus Trawling Co Ltd; Keegan v Page Vivian Motors Ltd (1986) 3 NZCLC 99, 646. *5.6*

Raad van Europa

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EHRM 18 december 1989 (Mellacher e.a./ Oostenrijk), Series A vol. 169, paragraaf 44. *4.4.1.4*

Verenigde Staten

Supreme Court of the United States
Pepper v. Litton, 308 U.S. 295 (1939). *3.3.1.1*
Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp., 313 U.S. 215, *reh'g denied*, 313 U.S. 600 (1941). *3.1.1.1/5.1.2/6.2/7.2.1.1/7.2.1.2*
Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co., 458 U.S. 50 (1982). *7.2.1.2*
Norwest Bank Worthington v. Ahlers, 485 U.S. 197 (1988). *3.1.1.1/7.2.1.2*
Grupo Mexicano de Desarollo, S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc. (119 S.Ct. 1961 (1999)). *3.1.1.1/7.2.1.1*
James J. McMonagle v. Credit Suisse First Boston (126 S.Ct. 1910 (2006)). *3.3.1.1*

JURISPRUDENTIEREGISTER

United States Court of Appeals for the First Circuit
Pension Benefit Guaranty Corp. v. Ouimet Corp., 711 F.2d 1085 (1st Cir. 1983). *3.3.1.1*
In re Coastal Cable TV, Inc., 709 F.2d 762 (1st Cir. 1983). *7.3*
In re Coastal Cable TV, Inc., 767 F.2d 904 (1st Cir. 1985). *7.3*

United States Court of Appeals for the Second Circuit
In re SOS Sheet Metal Co., 297 F.2d 32 (2d Cir. 1961). *6.1.3*
Soviero v. Franklin National Bank, 328 F.2d 446 (2d Cir. 1964). *3.3.1.1/4.3.1*
Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel, 369 F.2d 845 (2d Cir. 1966). *3.3.1.1/3.3.3/4.1.1/4.1.2.1/4.4.1.1/4.4.2/5.1.1/5.1.2/5.2.3/5.3/7.2.1.1*
In re Flora Mir Candy Corp., 432 F 2d 1060 (2d Cir. 1970). *3.1.1.1/3.3.1.1/4.4.1.1/4.5.2/6.2*
Continental Vending Machine Corp., 517 F.2d 997 (2d Cir. 1975), *cert. denied sub nom, James Talcott, Inc. v. Wharton*, 424 U.S. 913 (1976). *3.1.1.1/3.3.1.1/4.1.2.1/4.4.1.1/4.4.1.2/5.1.2/5.2.2.1*
Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co., 860 F.2d 515 (2d Cir. 1988). *3.1.1.1/3.1.1.2/4.1.1/4.1.2.1/4.2.1/4.2.2/4.4.2/6.2/8.1*
In re Morton, 866 F.2d 561 (2d Cir. 1989). *7.2.1.1*
St. Paul Fire & Marine Ins. Co. v. Pepsico, Inc., 884 F.2d 688 (2d Cir. 1989). *7.2.1.1*
FDIC v. Colonial Realty Co., 966 F.2d 57 (2d Cir. 1992). *3.1.1.1/3.2.1/3.3.1.1/6.2*

United States Court of Appeals for the Third Circuit
In re BH&P, Inc., 949 F.2d 1300 (3rd Cir. 1991). *6.3*
In re Owens Corning, 419 F.3d 195 (3rd Cir. 2005). *2.2.1/3.1.1.1/3.3.1.1/3.3.3/4.3.3.2/4.4.2/4.6/5.7/6.2/6.5/8.1*

United States Court of Appeals for the Fourth Circuit
Stone v. Eacho, 127 F.2d 284 (4th Cir. 1942), *rehearing denied*, 128 F.2d 16, *cert. denied*, 317 U.S. 635 (1942). *4.3.1/6.1.4*
Steyr-Daimler-Puch of Am. Corp. v. Pappas, 852 F.2d 132 (4th Cir. 1988). *7.2.1.1*

United States Court of Appeals for the Fifth Circuit
Maule Industries, Inc. v. Gerstel, 232 F.2d 294 (5th Cir. 1956). *4.3.1/7.2.1.1*
In re Commonwealth Oil Refining Co., Inc., 596 F.2d 1239 (5th Cir. 1979). *6.1.3*
In re S.I. Acquisition, Inc., 817 F.2d 1142 (5th Cir. 1987). *7.2.1.1*
In re Micro Innovations Corp., 185 F.3d 329 (5th Cir. 1999). *2.2.1*
In re Amco Insurance, 444 F.3d 690 (5th Cir. 2006). *4.6*

United States Court of Appeals for the Seventh Circuit
Koch Refining v. Farmers Union Cent. Exch., 831 F.2d 1339 (7th Cir. 1987). *7.2.1.1*

United States Court of Appeals for the Eigth Circuit
Commerce Trust Co. et al. v. Woodbury et al., 77 F.2d 478 (8th Cir. 1935). *3.1.1.1/5.1.2*
In re Ozark Restaurant Equip. Co., 816 F.2d 1222 (8th Cir. 1987). *7.2.1.1*
In re Giller, 962 F.2d 796 (8th Cir. 1992). *3.3.1.1/4.1.2.2/5.1.2/5.5/6.2*

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit
Imperial Paper & Color Corp. v. Sampsell, 114 F.2d 49 (9th Cir. 1940). *3.1.1.1*
In re Farmers Markets, Inc., 792 F.2d 1400 (9th Cir. 1986). *7.2.1.1*
N.L.R.B. v. Better Bldg. Supply Corp., 837 F.2d 377 (9th Cir. 1988). *5.7*
In re Bonham, 229 F.3d 750 (9th Cir. 2000). *5.1.2/5.5/6.2/7.2.1.1*

United States Court of Appeals for the Tenth Circuit
Fish v. East, 114 F.2d 177 (10th Cir. 1940). *3.1.1.1/4.3.1*
In re Gulfco Inv. Corp., 593 F.2d 921 (10th Cir. 1979). *3.3.1.1/4.3.1/5.2.2.1/5.2.2.3/5.7/7.2.1.1*

United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit
Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd., 935 F.2d 245 (11th Cir. 1991). *3.1.1.2/3.3.1.1/4.4.1.1/4.4.2/5.2.3/6.2*
In re Reider, 31 F.2d 1102 (11th Cir. 1994). *3.1.1.1/3.3.1.1/4.1.1/4.1.2.2/6.2*

United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit
In re Auto-train Corp., *Inc.,* 810 F.2d 270 (D.C. Cir. 1987). *3.3.1.1/4.2.2/4.4.1.1/6.2/7.2.1.1*

United States Bankruptcy Court for the Central District of California
In re Parkway Calabasas Ltd., 89 B.R. 832 (Bankr. C.D. Cal. 1988). *5.1.1/5.1.2/5.3/5.7/6.1.4/6.3*
In re Lee, 94 B.R. 172 (Bankr. C.D. Cal.1988). *6.3*
In re Standard Brands Paint Co., 154 B.R. 563 (Bankr. C.D. Cal. 1993). *3.1.1.1/3.3.1.1/4.1.2.1/4.3.1/4.4.4/5.7/6.1.1/6.5*

United States Bankruptcy Court for the District of Columbia
In re 1438 Meridian Place, 15 B.R. 89 (Bankr. D.D.C. 1981). *4.3.1/7.2.1.1/7.2.1.2/7.3*

United States Bankruptcy Court for the District of Delaware
In re Buckhead America Corp., 1992 Bankr. LEXIS 2506 (Bankr. D. Del. 1992). *7.2.1.3*
In re Buckhead America Corp., 161 B.R. 11 (Bankr. D. Del. 1993). *7.2.1.3*
In re GC Companies, Inc., 274 B.R. 663 (Bankr. D. Del. 2002). *3.1.1.1/4.2.1/4.2.2/4.4.2/5.2.2.3*
In re Stone & Webster, Inc., 286 B.R. 532 (Bankr. D. Del. 2002). *3.1.1.1/5.7/6.1.2*
In re Garden Ridge Corp., 338 B.R. 627 (Bankr. D. Del. 2006). *5.4*

United States Bankruptcy Court for the District of Idaho
In re Alpha & Omega Realty, Inc., 36 B.R. 416 (Bankr. D. Idaho 1984). *7.2.1.1/7.2.1.2/7.3*

United States Bankruptcy Court for the District of Kansas
In re Circle Land and Cattle Corp., 213 B.R. 870 (Bankr. D. Kansas 1997). *7.3*

United States Bankruptcy Court for the District of Massachusetts
In re Snider Bros., Inc., 18 B.R. 230 (Bankr. D. Mass. 1982). *3.3.1.1/4.1.1/4.2.2/4.4.1.1/4.4.2*
In re Stop & Go of America, Inc., 49 B.R. 743 (Bankr. D. Mass. 1985). *4.3.1*
In re Century Electronics Manufacturing, Inc., 310 B.R. 485 (Bankr. D. Mass. 2004). *2.2.1*

United States Bankruptcy Court for the District of Montana
In re Crown Machine & Welding, Inc., 100 B.R. 25 (Bankr. D. Mont. 1989). *3.3.1.1/4.4.1.1*

United States Bankruptcy Court for the District of Nevada
In re Western World Funding, Inc., 52 B.R. 743 (Bankr. D. Nev. 1985). *5.2.1.1/5.6/7.2.1.1*

United States Bankruptcy Court for the District of New Jersey
In re BH&P, Inc., 103 B.R. 556 (Bankr. D. N.J. 1989). *6.3*
In re Cooper, 147 B.R. 678 (Bankr. D. N.J. 1992). *3.3.1.1/5.2.2.1*
In re United Stairs Corp., 176 B.R. 359 (Bankr. D. N.J. 1995). *3.3.3/5.5/7.1.1/7.2.1.1/7.3*
In re Andonis Morfesis, 270 B.R. 28 (Bankr. D. N.J. 2001). *4.4.1.1*
Official Comm. of Asbestos Claimants v. G-I Holdings, Inc., 2001 Bankr. LEXIS 2029 (Bankr. D. N.J. 2001). *3.1.1.1*

United States Bankruptcy Court for the District of Oregon
In re Morgan-Staley Lumber Co., 70 B.R. 186 (Bankr. D. Org. 1986). *7.2.1.1*

United States Bankruptcy Court for the District of Puerto Rico
In re Tito Castro Constr., Inc., 14 B.R. 569 (Bankr. D. P.R. 1981). *4.3.1*

United States Bankruptcy Court for the District of South Dakota
In re Manzey Land & Cattle Co., 17 B.R. 332 (Bankr. S.D. 1982). *3.2.1/4.5.2*

United States Bankruptcy Court for the Eastern District of Arkansas, Jonesboro Division
In re N.S. Garrott & Sons, 48 B.R. 13 (Bankr. E.D. Ark. 1984). *3.3.1.1/6.3*

United States Bankruptcy Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division
In re New Center Hospital, 179 B.R. 848 (Bankr. E.D. Mich. 1994). *3.3.1.1/4.1.2.1/4.3.1/7.2.1.1*

United States Bankruptcy Court for the Eastern District of Missouri, Eastern Division
In re Apex Oil Co., 118 B.R. 683 (Bankr. E.D. Mo. 1990). *4.5.1*

United States Bankruptcy Court for the Eastern District of New York
In re Donut Queen, Ltd., 41 B.R. 706 (Bankr. E.D. N.Y. 1984). *3.3.1.1/3.3.3./4.2.1/4.4.1.1/4.4.2/6.1.2*
In re Augie/Restivo Baking Co., *Ltd*., 84 B.R. 315 (Bankr. E.D. N.Y. 1988). *3.3.1.1*
In re Portjeff Development Corp., 118 B.R. 184 (Bankr. E.D. N.Y. 1990). *6.1.3*

United States Bankruptcy Court for the Eastern District of Pennsylvania
In re F.A. Potts & Co., Inc., 23 B.R. 569 (Bankr. E.D. Pa. 1982). *4.5.2/6.1.2/6.5/8.1*
In re Orfa, 129 B.R. 404 (Bankr. E.D. Pa. 1991). *3.1.1.2/4.4.2/6.1.1*
In re Lease-a-fleet, Inc., 141 B.R. 869 (Bankr. E.D. Pa. 1992). *4.2.1/4.6/6.1.1/7.2.1.1/7.3*
In re Ira S. Davis, Inc., 1993 B.R. LEXIS 1383 (Bankr. E.D. Pa 1993). *7.3*
In re A.S.K. Plastics, Inc., 2004 U.S. Dist. LEXIS 16922 (Bankr. E.D. Pa. 2004). *6.2*

United States Bankruptcy Court for the Eastern District of Tennessee
In re D.A. Crabtree, 39 B.R. 718 (Bankr. E.D. Tenn. 1984). *3.3.1.1/4.3.1/6.4/7.2.1.1/7.2.1.2/7.3*

United States Bankruptcy Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division
In re Vecco Construction Industries, Inc, 4 B.R. 407 (Bankr. E.D. Va. 1980). *3.3.1.1/4.1.1/4.2.1/4.2.1.1/4.2.2/4.2.3*

United States Bankruptcy Court for the Middle District of Florida, Tampa Division
In re Murray Industries, 119 B.R. 820 (Bankr. M.D. Fla. 1990). *3.1.1.2/3.3.1.1/3.3.3/4.1.2.1/4.4.1.1/4.4.3/4.4.4/4.5.2*

United States Bankruptcy Court for the Middle District of Florida, Orlando Division
In re Gainesville P-H Properties, Inc., 106 B.R. 304 (Bankr. M.D. Fla. 1989). *3.3.1.1*

United States Bankruptcy Court for the Middle District of Florida, Fort Myers Division
In re Alico Mining, Inc., 278 B.R. 586 (Bankr. M.D. Fla. 2002). *4.3.1/7.2.1.1/7.3*

United States Bankruptcy Court for the Middle District of Tennessee
In re Floyd Hoover Thomasson, 60 B.R. 629 (Bankr. M.D. Tenn. 1986). *6.1.3*
In re American Homepatient, Inc., 298 B.R. 152 (Bankr. M.D. Tenn. 2003). *3.1.1.1*

United States Bankruptcy Court for the Northern District of Georgia, Atlanta Division
*In re Munford, Inc.,*115 B.R. 390 (Bankr. N.D. Georgia 1990). *7.2.1.1/7.3*

United States Bankruptcy Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division
In re Schwinn Bicycle Co., 205 B.R. 557 (Bankr. N.D. Ill. 1997). *2.2.1.*
In re World Access, Inc., 301 B.R. 217 (Bankr. N.D. Ill. 2003). *4.2.1*

United States Bankruptcy Court for the Northern District of Indiana, Fort Wayne Division
In re Steury, 94 B.R. 553 (Bankr. N.D. Ind. 1988). *3.3.3/5.1.2/6.1.2*

United States Bankruptcy Court for the Northern District of Indiana, Hammond Division
In re Toxic Control Technologies, Inc. 84 B.R. 140 (Bankr. N.D. Ind. 1988). *6.1.3*

United States Bankruptcy Court for the Northern District of Ohio
In re White Motor Credit. Corp. 18 B.R. 720 (Bankr. N.D. Ohio 1980). *6.3*
In re Evans Temple Church of God in Christ and Community Center, Inc., 55 B.R. 976 (Bankr. N.D. Ohio 1986). *7.2.1.1*
In re Baker & Getty Financial Services, Inc., 78 B.R. 139 (Bankr. N.D. Ohio 1987). *4.1.2.2/6.1.4/ 7.2.1.2*
In re Colfor Inc., 1997 Bankr. LEXIS 1535 (Bankr. N.D. Ohio 1997). *7.2.1.1*

United States Bankruptcy Court for the Northern District of Oklahoma
In re Tureaud, 45 B.R. 658 (Bankr. N.D. Okla. 1985). *3.3.1.1/5.2.2.3*
In re Limited Gaming of America, 228 B.R. 275 (Bankr. N.D. Okla. 1998). *3.1.1.1/3.3.1.1/5.1.1*

United States Bankruptcy Court for the Northern District of Texas, Fort Worth Division
In re DRW Property Co., 54 B.R. 489 (Bankr. N.D. Tex. 1985). *4.1.2.1/4.3.1/7.2.1.1*

United States Bankruptcy Court for the Southern District of Florida
In re Holywell Corp., 71 B.R. 636 (Bankr. S.D. Fla. 1987). *5.3*

United States Bankruptcy Court for the Southern District of Iowa
In re Lewellyn, 26 B.R. 246 (Bankr. S.D. Iowa 1982). *3.1.1.1/3.3.1.1/4.3.1/4.4.2*

United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York
Commercial Envelope Manufacturing Co., Inc., 1977 Bankr. LEXIS 15 (Bankr. S.D. N.Y. 1977). *4.2.1/5.1.1/5.1.2*
In re Interstate Stores, Inc., 1978 Bankr. LEXIS 11 (Bankr. S.D. N.Y. 1978). *4.2.2.1*
In re Food Fair, Inc., 10 B.R. 123 (Bankr. S.D. N.Y. 1981). *4.2.1.1/5.1.1/5.2.2.3/5.3*
In re Richton Int'l Corp., 12 B.R. 555 (Bankr. S.D. N.Y. 1981). *3.3.1.1/4.1.2.1/4.2.1/4.4.2/6.4/6.5*
In re Johns-Manville Corp., 36 B.R. 727 (Bankr. S.D. N.Y. 1984). *7.3*
In re Drexel Burnham Lambert Group Inc., 138 B.R. 723 (Bankr. S.D. N.Y. 1992). *4.4.2/5.2.2.3*
In re Gucci, 174 B.R. 401 (Bankr. S.D. N.Y. 1994). *4.3.1*
In re The Leslie Fay Companies, Inc., 207 B.R. 764 (Bankr. S.D. N.Y. 1997). *4.2.3/5.1.1*
In re Enron, Case No. 01-16034 (Bankr. S.D. N.Y. 2002, 11 jan. 2002). *6.1.3*
In re Enron Corp., 2003 Bankr. LEXIS 330 (Bankr. S.D. N.Y. 2003). *7.2.1.1*
In re WorldCom., Inc., 2003 WL 23861928 (Bankr. S.D. N.Y., 31 okt. 2003). *5.7*
In re Adelphia Communications Corp., 336 B.R. 610 (Bankr. S.D. N.Y. 2006). *6.3*

United States Bankruptcy Court for the Southern District of Ohio, Eastern Division
In re Creditors Service Corp., 195 B.R. 680 (S.D. Ohio 1996). *5.1.1/7.2.1.1*

United States Bankruptcy Court for the Southern District of Ohio, Western Division
In re Silver Falls Petroleum Corp., 55 B.R. 495 (Bankr. S.D. Ohio 1985). *3.3.1.1/6.1.1*
In re Eagle-Picher Industries, Inc., 192 B.R. 903 (Bankr. S.D. Ohio 1996). *3.1.1.2/3.3.1.1*

United States Bankruptcy Court for the Western District of Missouri, Western Division
In re Ford, 54 B.R. 145 (Bankr. W.D. Mo 1984). *4.6*
In re Affiliated Foods, Inc., 249 B.R. 770 (Bankr. W.D. Mo. 2000). *3.1.1.1/3.1.1.2/3.3.1.1/3.3.3/4.2.3/4.4.1.1/5.3/6.1.1/6.1.2*

United States Bankruptcy Court for the Western District of Pennsylvania
In re Mid-Valley, Inc., 2004 Bankr. LEXIS 1553, nr. 20 (Bankr. W.D. Pa 2004). *5.1.2*

United States Bankruptcy Court for the Western District of Tennessee, Western Division
In re The Julien Company, 120 B.R. 930 (Bankr. W.D. Tenn. 1990). *7.2.1.1/7.2.1.2*

United States Bankruptcy Court for the Western District of Texas, Midland Division
In re Permian Producers Drilling, 263 B.R. 510 (Bankr. W.D. Tex. 2000). *3.1.1.1/4.4.3/6.2*

United States Bankruptcy Court for the Western District of Texas, San Antonio Division
In re CVA General Contractors, Inc., 267 B.R. 773 (Bankr. W.D. Tex. 2001). *5.7*

United States District Court for the District of New Jersey
In re BH&P, Inc., 119 B.R. 35 (D. N.J. 1990). *6.3*
In re Lisanti Foods, Inc., 329 B.R. 491 (D. N.J. 2005). *3.1.1.1*

United States District Court for the District of Rhode Island
In re Coastal Cable TV, Inc., 43 B.R. 770 (D. Rhode Island). *7.3*

United States District Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division
In re New Center Hospital, 187 B.R. 560 (E.D. Mich. 1995). *4.1.2.1/4.3.1/7.2.1.1*

United States District Court for the Middle District of North Carolina, Winston-Salem Division
Holcomb v. Pilot Freight Carriers, Inc., 120 B.R. 35 (Bankr. M.D. N.C. 1990). *7.2.1.1*

United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division
Wayne Film Sys. v. Film Recovery Sys., 64 B.R. 45 (Bankr. N.D. Ill. 1986). *7.2.1.1*

United States District Court for the Northern District of New York
In re Sentinel Products Corp., PI, Inc., et al., 192 B.R. 41 (N.D. N.Y. 1996). *5.4*

United States District Court for the Southern District of Florida
Holywell Corp. v. Bank of N.Y., 59 B.R. 340 (S.D. Fla 1986). *3.3.1.1/4.2.1.1*

United States District Court for the Southern District of New York
In re Wm Gluckin Co., 457 F. Supp. 379 (S.D. N.Y. 1978). *4.3.1*
In re Johns-Manville Corp., 39 B.R. 234 (S.D. N.Y. 1984). *7.3*
In re Johns-Manville Corp., 39 B.R. 998 (S.D. N.Y. 1984). *7.3*
Mirant America's Energy Marketing, L.P. v. Committee of Unsecured Creditors of Enron. Corp. et. al., 2003 U.S. Dist. LEXIS 18149 (S.D. N.Y. 2003). *6.3*

United States District Court for the Western District of Texas, Midland-Odessa Division
In re Liberty Trust Co., 130 B.R. 467 (Bankr. W.D. Tex. 1991). *5.7*

Verenigd Koninkrijk

King's Bench Division
Smith, Stone & Knight Ltd. v. Birmingham [1939] 4 All E.R. 116. *3.3.2.2*

Court of Appeal
D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets London Borough Council, [1976] 1 WLR 852. *3.3.2.2*

Trefwoordenregister[1]

Aandeelhouders
  Benadeling van – *1.2/4.4.3/8.2*
  Horen van – *6.1.4*
Aansprakelijkheid
  van aandeelhouders *4.3.3/7.1.2/7.2*
  van bestuurders *5.6/7.4.2.3/8.4.4*
Aanvragen faillissement, zie Faillissementsaanvrage
Actio Pauliana *2.1/2.2/4.5.1/4.6/5.5*
Akkoord *6.5*
Algemeen voorrecht *5.2.1.4/5.2.3*
Alter ego *4.3.1/7.2.1.1*
Arbitraire verdeling vermogen *1.1.3.2/1.1.3.3/4.1.2.1*
Asset securitization *7.2.1.3*

Belangenafweging *4.4.1.2/8.4.1/8.4.2.3*
Bestuurdersaansprakelijkheid, zie Aansprakelijkheid van bestuurders
Bijzonder voorrecht *5.2.1.4/5.2.3*
Bodemrecht *5.2.2.2*
Boedelschulden *5.2.1.1/5.2.1.2/5.2.1.4*

Cassatie *6.2/8.4.3*
Cash management *1.1.1.4/4.2.1*
Commissie Insolventierecht *Inl./1.1.3.3/4.4.3/6.1.2/6.1.3*
Competentie
  Absolute – *6.1.1*
  Relatieve – *6.1.3*
Concern
  – begrip, zie Groepsbegrip
Consolidatie
  Achtergrond van – in Frankrijk *3.1.2.1*
  Achtergrond van – in Ierland *3.1.4.1*
  Achtergrond van – in Nieuw-Zeeland *3.1.3.1*
  Achtergrond van – in de Verenigde Staten *3.1.1.1*
  – onder voorwaarden *4.4.1.3/5.2.2.1*
  Doel van – in Frankrijk *3.1.2.2*
  Doel van – in Ierland *3.1.4.2*
  Doel van – in Nederland *8.2*
  Doel van – in Nieuw-Zeeland *3.1.3.2*

1 Verwezen wordt steeds naar paragraafnummers. Omdat de inleiding niet is onderverdeeld in genummerde paragrafen wordt hier de afkorting 'Inl.' gebezigd.

Doel van – in Verenigde Staten *3.1.1.2*
Gedeeltelijke – *4.4.1.3/5.1.2*
Verzoek tot – *6.1.2/6.1.5*
Wettelijke regeling voor – *3.3.2/8.3/8.4*
Crediteur(en)
– belang *4.4.3/8.2*
– commissie *6.1.2/6.1.4/8.4.3*
Benadeling van – *1.2/4.1.1*
Bevoorrechte – *5.2.1.4/5.2.3*
Concurrente – *5.2.1*
Gezamenlijke – *4.4.1.2/8.4.2.3*
Horen van – *6.1.4*
Individuele – *4.4.1.2/4.4.1.3*
– vertrouwen *4.2.1/4.4.2/8.4.1/8.4.2.2*
verwarring bij – *1.1.3.1*
Curator *1.1.3.3/6.1.1/6.1.2/6.1.4/6.3/8.4.3*

Debiteur
Belang van de – *4.4.3/8.2*
Horen van de – *6.1.4*
Derdenverzet *6.2/8.4.3*
Doorbelasten van kosten *1.1.3.3*
Draagplicht (bij regresvorderingen) *2.3.2*
Peildatum bij – *2.3.3*

Economische eenheid *Inl./1.1.1/3.3.1.2/4.1.2.2*
Economische verbondenheid *1.1.1.2/3.3.1.2/4.2.2/4.2.2.1*
Enkelvoudige afwikkeling *1.1/8.4.2*

Factoranalyse *4.1.1*
Faillissementsaanvrage *6.1.5*
Faillissementskosten *4.4.1.1/5.2.1.4/5.2.2.1*
Faillissementsvoorwaarden *1.1.2/7.2.1.2/7.3/7.4.2.4*
Fictieve vennootschap *4.3.2/7.2.2.3*
Economisch – *4.3.2.3*
Juridisch – *4.3.2.2*
Financiële verbondenheid *1.1.1.4/4.2.1*
Ongebruikelijke – *4.1.2.2*
Fiscale eenheid
– voor de omzetbelasting *4.2.1*
– voor de vennootschapsbelasting *4.2.1*
Fusie, zie Juridische fusie

Geconsolideerde afwikkeling, zie Consolidatie
Geconsolideerde jaarrekening *4.2.1.1*
Groep
– sbegrip *Inl./8.4*

High Level Group of Company Law Experts *Inl.*
Hoger beroep *6.2/8.4.3*
Hoofdelijke aansprakelijkheid *1.1.1.4/2.3/2.3.1/2.3.2/4.2.1/5.2.2.3*
Horen
– van belanghebbenden *6.1.4*

Hypotheekhouder *5.2.2.1/5.2.1.2/5.2.1.4*

Indiening van vorderingen *6.4*
Intercompany-vordering *1.2/4.5.1/5.2.2.1/5.3/8.4.4*

Joint administration, zie Procedurele consolidatie
Juridische fusie *Inl.*

Modernisering, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) *Inl.*

Nadeelcompensatie *4.4.1.3/4.4.1.4/4.4.3/8.4.2.3*
Nagekomen bate *5.1.1*

Oneigenlijke vermenging 4.1.3/5.2.2.1
Ongelijkheid tussen crediteuren *2.1/5.2.3/8.1*
Onrechtmatige daad *2.2.2/4.4.1.3/4.6/7.4.2.2/8.1*
Organisatorische verbondenheid *1.1.1.1/4.2.3*

Pandrecht *5.2.2.1/8.4.4*
Pauliana, zie Actio Pauliana
Personele verbondenheid *1.1.1.3/4.2.3*
Personele unie *1.1.1.3/4.2.3*
Persoonlijke zekerheden *5.2.2.3/8.4.4*
Praktische voordelen van consolidatie *4.5*
Procedurele consolidatie *3.1.1.1*

Rangorde
  – tussen crediteuren in Frankrijk *5.2.1.2*
  – tussen crediteuren in Nederland *5.2.1.4*
  – tussen crediteuren in Nieuw-Zeeland *5.2.1.3*
  – tussen crediteuren in Verenigde Staten *5.2.1.1*
Rechtbank *6.1.1/6.1.3*
Rechter-commissaris *6.1.1*
Rechtspersoonlijkheid *3.1.1.1/5.7*
Rechtssubject
  Aard van het – *3.2.1*
Regres *2.3/2.3.1*
  Afstand van – *2.3.4.2*
  Garantie tegen – *2.3.4.3*
Reorganisatieprocedure *3.2.2/4.5.2/6.5*

Saldobenadering *2.2.1/5.5*
Samengevoegde afwikkeling, zie Consolidatie
Schadevergoeding, zie Nadeelcompensatie
Schuldeiser, zie Crediteur
Schuldenaar, zie Debiteur
Securitization, zie Asset securitization
Simulatie *4.3.2.5*

Toedeling
  – van vermogensbestanddelen *1.1.3.2/4.1.2.1*
  – van kosten en salaris curator *1.1.3.3*

Uitbreiding van insolventieprocedures *Inl./2.3.4.5/7.1*
Doelstelling van – *7.1.2*
Reikwijdte van – *7.1.3*
– in de Verenigde Staten *7.2.1*
– in Frankrijk *7.2.2*
– in Nederland *7.4.1/7.4.2.4*
Uitlokking *7.4.1/7.4.2.1*

Valutarisico *1.1.1.4*
Vennootschap onder firma *Inl.*
Vereenzelviging *4.3.3.1/4.3.3.2/4.3.3.3/4.6*
Verificatie *1.2/6.4*
Vermogensvermenging *1.2/3.1.2.2/3.1.5/3.3.1/3.3.2/4.1.1/4.1.2/4.1.3/4.4.1.1/7.2.1.1/7.2.2.2/7.4.2.4/8.1/8.4.1/8.4.2.1*
Verrekening *5.4/8.4.4*
Vertrouwen van crediteuren, zie Crediteurenvertrouwen
Voorrecht
Algemeen –, zie Algemeen voorrecht
Bijzonder –, zie Bijzonder voorrecht

Zekerheden
Goederenrechtelijke – *5.2.2/5.2.2.1/8.4.4*
Persoonlijke –, zie Persoonlijke zekerheden

Curriculum Vitae

Michele Leontina Henricus Reumers werd op 6 oktober 1977 geboren te Margraten. In 1996 behaalde zij haar VWO-diploma aan het Jeanne d'Arc College te Maastricht. Daarna studeerde zij Internationaal en Europees Recht aan de Katholieke Universiteit Brabant, thans geheten de Universiteit van Tilburg, waar zij in 2001 cum laude afstudeerde. In februari 2002 begon zij als promovenda bij de sectie Handels- en Ondernemingsrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Sinds juli 2006 is zij als advocaat-stagiaire werkzaam bij Adelmeijer Hoyng Advocaten te Maastricht.