

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 bedoeld 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.

16

schap.⁵ Deze coördinatie vindt plaats via een planning- en controlesysteem. Daar - bij 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 of kan de moedervernootschap 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 betoogt 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 betoogt 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.

17

AFWIKKELING FAILLISSEMENTEN CONCERNVENNOOTSCHAPPEN

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 moedervernootschap of een daartoe opgerichte financieringsmaatschappij, die vervolgens voor haar dochtervennootschappen gaat optreden als bank.¹² Ook kan een zogenaamd paraplu-krediet 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 Kutttschreuter 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); □

18

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

moedervernootschap. 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 ge hele 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 verschafft 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 zekerheidverstreckende 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 concernonderdelen 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.

19

AFWIKKELING FAILLISEMENTEN CONCERNVENNOOTSCHAPPEN

hoofde van geldlening aan de moedervennootschap hebben.¹⁷ Een verstreckende vorm van afdracht van liquide middelen vindt plaats wanneer het zero-balancesysteem 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.

20

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 verstrekt 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 valutapositities 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 *TvJ* 1995, p. 5.

21

AFWIKKELING FAILLISEMENTEN CONCERNVENNOOTSCHAPPEN

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 valutapositities 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(en) 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.

22

schikt³², 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 vennootschap³⁴ 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 zustervenootschap) 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 zustervenootschap 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.

23

AFWIKKELING FAILLISSEMENTEN CONCERNVENNOOTSCHAPPEN

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 gebleven³⁹ – 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 length*-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 faillissementen⁴⁴, 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 moedervernootschap 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

24

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.

25

AFWIKKELING FAILLISSEMENTEN CONCERNVENNOOTSCHAPPEN

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 boedelschuldeisers⁴⁵ 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 concernvennootschappen⁴⁸ 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.

26

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.

27

AFWIKKELING FAILLISSEMENTEN CONCERNVENNOOTSCHAPPEN

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 OGEMconcern. In het verslag van 14 april 1994 in de faillissementen van de OGEMvennootschappen 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 pons-ponsgewijze 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 worden.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.

28

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

29

AFWIKKELING FAILLISSEMENTEN CONCERNVENNOOTSCHAPPEN

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.

30

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.

31

AFWIKKELING FAILLISEMENTEN CONCERNVENNOOTSCHAPPEN

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 bevindt⁷⁰, 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 vermogensverstremgeling 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 moedervenootschap 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-

33

3.3. AFWIKKELING FAILLISSEMENTEN CONCERNVENNOOTSCHAPPEN

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 geweest⁸² – 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 *TvJ* 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 *TvJ* 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.

34

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 (Reco fa). 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 in -

dien 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 surseances 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 intercompanyproblematiek wordt beperkt.⁸⁹ Bovendien hoeft de curator wat betreft de daaraan ten grondslag liggende transacties geen actio Pauliana of een onrechtmatigedaadactie 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

AFWIKKELING FAILLISEMENTEN CONCERNVENNOOTSCHAPPEN

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.

36

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).

36