

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 gaan 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. Daar - door 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 rechtssystemen 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

456

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

457

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 vooren 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 consolidaties, terwijl diver-

458
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 besloten¹⁰, 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

459

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 Floralties 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 sa - mengevoegd 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 ge - bruik 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. Te recht 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.

460

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 onontwaarbaar 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 be- werkelijk 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

461

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

462
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 samen gevoegde 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.

463

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-

464

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 rechtssystemen 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 gemanoeuvreed 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 bevoorrecht 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

465

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

466
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 aansprekt 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

467
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-

468

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 voortvloeien 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

469

²¹ HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698, m.nt. Ma (Rainbow).