

5 Belangenconflicten bij groepen van vennootschappen in faillissement

mr. R.J. van Galen, datum 26-01-2017

Datum

26-01-2017

Auteur

mr. R.J. van Galen [\[1\]](#)

Vakgebied(en)

Insolventierecht / Faillissement

De enkelvoudige vennootschap is eerder uitzondering dan regel. De meeste ondernemingen zijn vormgegeven als groep van vennootschappen. Het verband tussen die vennootschappen en de mate van integratie is echter zeer verschillend. Soms zijn er verschillende vennootschappen voor de verschillende fasen in het productieproces of voor de verschillende functies die vervuld moeten worden, bijvoorbeeld een handelsvennootschap, een productievennootschap, een personeelsvennootschap, een financieringsvennootschap. Soms zijn er afzonderlijke vennootschappen voor de diverse regio's waarin de onderneming actief is. Dat speelt natuurlijk vooral in internationale groepen die bijvoorbeeld een aparte handelsvennootschap kennen voor elk land. Ook is mogelijk dat binnen de onderneming geheel verschillende activiteiten plaatsvinden met elk een eigen groep vennootschappen of dat een overname van een onderneming heeft plaatsgevonden terwijl de activiteiten van de overgenomen vennootschappen niet verplaatst zijn binnen de nieuwe groep. Er zijn vele motieven voor de gebruikmaking van groepen en meestal is het motief niet, althans niet primair, datgene waar wij als insolventiejuristen aan zouden denken: de beperking van aansprakelijkheid. Gebruikmaking kan ook plaatsvinden om verdeling van verantwoordelijkheden tot stand te brengen, om boekhoudkundige redenen, om belastingredenen, in verband met financieringen, ten behoeve van ratings en zo voorts. De uiteenlopende samenstelling van groepen brengt ook grote verschillen in onderlinge afhankelijkheid met zich. Aan het ene eind van het spectrum laat zich een productiemaatschappij denken die uitsluitend onderdelen fabriceert ten behoeve van een product dat elders in de groep wordt geassembleerd, terwijl deze productiemaatschappij niet beschikt over de intellectuele eigendomsrechten. Zo'n productiemaatschappij is volstrekt afhankelijk van het welzijn van de groep en kan niet buiten de stolp zelfstandig bestaan. Aan de andere kant van het spectrum valt te denken aan de zelfstandige werkmaatschappij die diensten aan de buitenwereld verkoopt en voor haar omzet niet afhankelijk is van de groep.

Belangentegenstellingen tussen groepsvennootschappen

Nemen wij tot uitgangspunt een groep waarin steeds alle aandelen van de vennootschappen lager in het organigram gehouden worden door de vennootschap erboven en alleen de topholding externe aandeelhouders heeft. Zolang alle vennootschappen in de groep solvent zijn is er geen belangentegenstelling van betekenis tussen de vennootschappen. Al het aandeelhoudersbelang is immers gebundeld in de topholding, terwijl uitgangspunt is dat de crediteuren van de vennootschappen geen wezenlijke tegengestelde belangen hebben, omdat zij alle voldaan kunnen worden. In een situatie van dreigende of werkelijke insolventie verandert dit beeld echter drastisch. Allereerst ontstaat er een belangentegenstelling tussen de vennootschappen, omdat hun belang nu in veel sterkere mate geïdentificeerd moet worden met het belang van hun crediteuren. De crediteuren van een insolvente vennootschap A hebben er belang bij dat zoveel mogelijk activa aan vennootschap A toebehoren en dat zoveel mogelijk inkomsten aan vennootschap A toekomen. Hier kan hun belang botsen met het belang van de crediteuren van vennootschap B.

De Hoge Raad heeft in het Juno-arrest van 2001 [\[2\]](#) geoordeeld dat voor het bestuur van een groep vennootschappen het belang van het concern een rol kan spelen, maar dat dat belang niet doorslaggevend kan zijn in de zin dat het prevaleert boven de andere bij de onderscheiden vennootschappen betrokken belangen. Bartman lijkt in zijn noot het arrest aldus te interpreteren dat het bestuur van de individuele vennootschap altijd die andere bij de individuele vennootschap betrokken belangen zou moeten laten prevaleren boven het concernbelang, maar dat is mijns inziens onjuist. Het ging er in deze zaak om dat het bestuur door zijn handelen verhaalsrechten op de vennootschappen had gefrustreerd of illusoir gemaakt. Er was dus ten minste een dreigende insolventie waarin belangen van crediteuren van de individuele vennootschap werden getroffen. Zou er geen vraag van frustratie in de verhaalsmogelijkheden aan de orde zijn geweest, dan zou er ook niet een geprononceerd belangenconflict tussen de bij de ene vennootschap betrokken crediteuren en andere vennootschappen van de groep zijn geweest. In dat geval zou het belang van de individuele vennootschappen in sterkere mate verbonden zijn geweest met het belang van hun uiteindelijke aandeelhouder.

Groepsinsolventies, curatoren en crediteurencommissies

De vraag of in geval van een groepsinsolventie dezelfde curator benoemd zou moeten worden in alle faillissementen van de groepsvennootschappen of dat juist verschillende curatoren benoemd zouden moeten worden is lastig te beantwoorden. Omdat de onderneming veelal over meerdere vennootschappen verspreid is, is een gecoördineerde verkoopinspanning vaak van groot belang om de synergie tussen de activiteiten van de diverse vennootschappen te verzilveren. Zou in ieder afzonderlijk faillissement een aparte curator benoemd worden dan zou een zeer wezenlijk risico gecreëerd worden dat in het kader van de verkoop of voortzetting van levensvatbare onderdelen van de onderneming te veel energie en tijd besteed wordt aan onderlinge afstemming en aan het uitonderhandelen of -vechten van de onderlinge posities. In veel gevallen worden daarom dezelfde curatoren benoemd voor alle of een groot deel van de gefailleerde vennootschappen.^[3] Het probleem daarbij is dat juist op het moment waarop de belangentegenstelling het meest geprononceerd is, één curator, of meerdere curatoren die in alle faillissementen zijn benoemd, dat belangenconflict in zich bergen, terwijl er niet een adequate voorziening aanwezig is waardoor de belangen van de afzonderlijke boedels (d.w.z. hun crediteurengemeenschappen) behartigd kunnen worden. Zo zal de curator wanneer niet duidelijk is aan welk faillissement activa toegerekend moeten worden daar een beslissing over moeten nemen. De rechter-commissaris die op de curator toezicht moet houden is zelf niet geëquipeerd om dat toezicht adequaat gestalte te geven en de crediteuren van de onderscheiden vennootschappen hebben niet de middelen in handen om hun belangen voldoende te kunnen behartigen. In de fase waarin de curator de activa van de diverse vennootschappen verkoopt staan zij meestal buitenspel. De verkoop dient snel plaats te vinden en in dat kader kan weinig informatie aan de crediteuren gegeven worden over, bijvoorbeeld, de waardering van de betrokken activa, omdat het belang van de boedels bij de verkooponderhandelingen geschaad kan worden indien die informatie “op straat” komt te liggen. Men zou menen dat de waardering en toerekening dan achteraf verantwoord zouden moeten worden en onderwerp van discussie zouden moeten kunnen zijn, maar de verantwoordingsplicht van de curatoren is, sinds de Jomed-uitspraken,^[4] zeer beperkt en de verslagen van de curatoren hoeven slechts een globaal beeld te geven. In de Jomed-uitspraken, waar overigens ook de toerekening van activa aan moeder respectievelijk dochter in het geding was, besliste de Hoge Raad ook nog dat de boedelbeschrijving en de staat van baten en lasten er een jaar na opening van het faillissement nog niet hoefden te zijn (zij zijn er ook nooit gekomen). Dat is jammer, want die boedelbeschrijving op vennootschapsniveau zou meer duidelijkheid hebben gebracht omtrent de toerekening van de activa aan de diverse vennootschappen en de waardering van de aan ieder van die vennootschappen toe te rekenen activa. Ik geloof niet dat crediteuren die een betere verantwoording wensen kunnen rekenen op een warm onthaal door de rechter-commissaris en de hogere rechterlijke instanties. In de Fokker-faillissementen vond een schikking plaats over een intercompany-vordering die van groot belang was voor de uitdelingen die gedaan konden worden aan de diverse crediteurgroepen. Ook hier bestond dus een aanzienlijke belangentegenstelling tussen de boedels. De rechtbank had getracht met dit belangenconflict rekening te houden door in de diverse Fokker faillissementen wisselende combinaties van dezelfde personen tot curatoren te benoemen. Dat systeem werkte niet, omdat curatoren zelf hun wisselende benoemingen in de faillissementen niet in het oog hielden. Zo heb ik meegemaakt dat in een procedure de curatoren in de samenstelling van een van de andere Fokker faillissementen optraden als verweerders.

Het voorgaande zou misschien kunnen doen denken dat ik er voorstander van zou zijn dat toch in alle faillissementen binnen een groep verschillende curatoren benoemd worden. Dat is echter niet het geval. Er is vaak een overstijgend belang om de faillissementen in één hand af te wikkelen, maar ik meen dat er wel een adequate belangenbehartiging van de crediteuren van ieder van die boedels dient plaats te vinden. Mijns inziens zou hier een taak voor de crediteurencommissie kunnen liggen. In de Verenigde Staten is dit ook het orgaan dat waakt voor de belangen van de crediteuren van de individuele vennootschap. Uit 28 U.S.C. § 1408(2) (Title 28 van de U.S.Code betreft Judiciary and Judicial Procedure) volgt dat, indien ten aanzien van één tot een groep behorende vennootschap bankruptcy proceedings zijn geopend, ook de andere tot die groep behorende vennootschappen bij dezelfde rechtbank een faillissementsprocedure kunnen openen. Aldus kunnen de faillissementsprocedures van alle tot de groep behorende vennootschappen bij één rechtbank geconcentreerd worden. Voor grote faillissementen is dat meestal de Bankruptcy Court van Manhattan, soms die van Delaware of Chicago. In Chapter 11 (reorganisatie)procedures blijft het bestuur de leiding behouden en dat betekent dat ook in organisatorische zin de governancestructuur intact blijft. § 1102 sub b (1) van de Amerikaanse Bankruptcy Code bepaalt echter dat in iedere Chapter 11 procedure een crediteurencommissie wordt gevormd waarin de 7 grootste crediteuren zitting hebben. In een Chapter 7 liquidatieprocedure wordt een curator benoemd. Wanneer ten aanzien van diverse groepsvennootschappen een Chapter 7 procedure wordt geopend, kan dat voor al die procedures dezelfde persoon zijn. De crediteuren in iedere Chapter 7 procedure kunnen een crediteurencommissie kiezen.

In de Nederlandse context zou ook gedacht kunnen worden aan de mogelijkheid om, indien de crediteuren van een tot de groep behorende vennootschap dat wensen, voor die vennootschap een aparte crediteurencommissie in te stellen. Aldus is gewaarborgd dat het specifieke crediteurenbelang dat gemoeid is met die boedel, afdoende wordt gewaarborgd. Een minder vergaande oplossing zou zijn dat één crediteurencommissie wordt ingesteld voor alle tot de groep behorende faillissementen. Die laatste, door mij in een noot verdedigde, oplossing^[5] zou met zich moeten brengen dat de eventueel

uiteenlopende belangen naar behoren vertegenwoordigd zijn en dat de commissie de aan de crediteurencommissie toekomende bevoegdheden kan uitoefenen ten aanzien van ieder van de betrokken faillissementen. Dat laatste komt er in essentie op neer, dat de commissie niet wordt gezien als een crediteurencommissie van alleen de holding die geen toegang zou hebben tot de informatie en stukken met betrekking tot de gefailleerde dochter (artikel 76 Fw), of die in de in de wet voorgeschreven gevallen niet ten aanzien van beslissingen met betrekking tot die dochter geraadpleegd hoeft te worden. In Nederland blijkt de vorming van een crediteurencommissie echter nogal eens voeten in de aarde te hebben. Artikel 75 Fw schrijft voor dat in de verificatievergadering de crediteuren geraadpleegd worden over de vorming van een crediteurencommissie en dat indien een meerderheid vóór die instelling is, de rechter-commissaris daartoe overgaat. In de meeste faillissementen vindt echter geen verificatievergadering plaats of vindt deze pas na jaren plaats. Artikel 74 Fw bepaalt nu dat vóór de verificatievergadering de rechtbank een voorlopige crediteurencommissie kan instellen indien de belangrijkheid of de aard van de boedel daartoe aanleiding geeft. Omdat de verificatievergadering doorgaans pas zo laat of helemaal niet plaatsvindt, zou men verwachten dat de rechtbank, indien één of meer van de grotere crediteuren daarom vraagt, al snel overgaat tot de instelling van een voorlopige crediteurencommissie. De praktijk blijkt echter anders te zijn. In het Fokker-faillissement, waar men toch moeilijk van kan zeggen dat de aard en het belang van de boedel er geen aanleiding toe gaven, kwam een crediteurencommissie pas na zeer veel druk tot stand. De jurisprudentie laat ook een reeks van afwijzingen zien.^[6]

Eurocommerce (Visser) en Imtech

Voor groepen zijn in het bijzonder interessant de beschikking van de Hoge Raad in de Eurocommerce-zaak^[7] en de beschikkingen van de Rechtbank Rotterdam in de Imtech-zaak. In de eerste zaak waren zowel Eurocommerce Holding B.V. en Eurocommerce Projectontwikkeling B.V. als Gerrit Visser failliet verklaard. Visser was, tezamen met enkele familieleden, via een stichting grootaandeelhouder van de Eurocommerce-groep en bovendien (indirect) bestuurder van de Eurocommerce vennootschappen. Visser werd ervan verdacht tot de Eurocommerce-groep behorende goederen te hebben ontvreemd. Twee banken met vorderingen op zowel de Eurocommerce vennootschappen als op Visser wensten een voorlopige crediteurencommissie in het faillissement van Visser te doen instellen. De Rechtbank Zutphen was van oordeel dat de aard en de belangrijkheid van de boedel geen aanleiding gaven tot de instelling van een voorlopige crediteurencommissie en overwoog daartoe, kort samengevat (i) dat het hier ging om een privé-persoon, (ii) dat complicerende omstandigheden (zoals internationale aspecten met betrekking tot de diverse bankrekeningen van Visser) zouden ontbreken, en dat de omvang van de reeds aanwezige en de nog in de boedel terug te brengen activa bescheiden zou zijn, (iii) dat het meer voor de hand had gelegen dat de banken hadden verzocht om een crediteurencommissie in de faillissementen van de Eurocommerce-vennootschappen, (iv) dat volstaan kon worden met informeel overleg tussen de banken en de curator en (v) dat niet kon worden uitgesloten dat het belang van de banken bij een crediteurencommissie in strijd zou komen met het belang van een correcte afwikkeling van het faillissement van Visser privé, omdat de banken kennis die zij in hun hoedanigheid van lid van de crediteurencommissie van Visser zouden verkrijgen, zouden kunnen gebruiken om hun belangen in de Eurocommerce faillissementen ten koste van andere crediteuren te misbruiken. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met het oordeel dat de rechtbank een juiste maatstaf had aangelegd. Inmiddels is vonnis gewezen in een strafzaak tegen Visser. Visser heeft bekend huurcontracten van vier vastgoedprojecten te hebben vervalst, voorts is hem telastegelegd dat hij vermogen aan Eurocommerce en zichzelf zou hebben onttrokken door € 10 mln aan zijn vrouw over te maken, een hotel beneden de waarde aan zijn dochter te verkopen en een stal met 130 renpaarden, die later voor € 17 mln werd doorverkocht, voor € 4,3 mln aan zijn zoon te verkopen.^[8] In het licht daarvan zou de Zutphense rechtbank zich nog eens mogen afvragen of zij nu werkelijk op goede gronden tot het oordeel was gekomen dat de omvang van de reeds aanwezige en de nog in de boedel terug te brengen activa bescheiden zou zijn. Bij vonnis van 16 december 2016 veroordeelde de Rechtbank Almelo Visser tot 3,5 jaar gevangenisstraf wegens valsheid in geschrifte, faillissementsfraude en witwassen.^[9] Voor deze bijdrage zijn de hiervoor genoemde argumenten van de Rechtbank Zutphen onder (iii) en (v) van bijzonder belang. Het argument dat in een ander faillissement van de groep een crediteurencommissie ingesteld had kunnen worden vind ik niet aansprekend. Het gaat hier om verschillende boedels, en het "toezicht" dat de Visser-crediteurencommissie zou kunnen houden op de boedel van Visser is dan ook anders dan het "toezicht" dat de crediteurencommissie in het Eurocommerce faillissement kan houden. Wat Visser betreft geldt natuurlijk dat die crediteurencommissie vooral betrokken zal kunnen zijn bij het onderzoek naar de onttrekkingen aan het vermogen van Visser zelf. De crediteuren van Visser en de crediteuren van Eurocommerce zijn ook slechts gedeeltelijk dezelfde. Het argument dat misbruik gemaakt zou kunnen worden van de kennis die is opgedaan in het ene faillissement bij de belangenbehartiging in het andere faillissement valt in abstracto niet te loochenen, maar demonstreert anderzijds de belangentegenstelling tussen de beide boedels. In bijzondere gevallen zou dat wellicht een reden kunnen zijn om een bepaalde crediteur niet te benoemen in een crediteurencommissie, maar mij komt voor dat het gevaar toch concreter geformuleerd zou moeten worden dan in de beschikking van de rechtbank is gebeurd. Met een zo vage formulering kan in ieder groepsfaillissement wel een crediteurencommissie geweigerd worden. Bovendien zal aan het risico van misbruik in veel gevallen het hoofd geboden kunnen worden met minder vergaande maatregelen dan totale uitsluiting.

In de Imtech zaak was een aantal Imtech-vennootschappen failliet verklaard waaronder de moedervenootschap Royal Imtech N.V. Rabobank verzocht om de instelling van een voorlopige crediteurencommissie voor de gezamenlijke faillissementen, subsidiair de instelling van crediteurencommissies voor ieder van Royal Imtech en vijf dochters en meer subsidiair alleen in het faillissement van Royal Imtech. Omdat de vennootschappen niet geconsolideerd werden afgewikkeld was de rechtbank van oordeel dat per vennootschap beoordeeld diende te worden of een crediteurencommissie diende te worden ingesteld. In haar tussenbeschikking van 18 december 2015^[10] oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat zij de instelling van een crediteurencommissie in het faillissement van Royal Imtech toewijsbaar achtte. Ten aanzien van de overige vennootschappen wees de rechtbank het verzoek af in haar eindbeschikking van 26 april 2016.^[11] In haar hiervoor genoemde tussenbeschikking had de rechtbank overwogen dat er wellicht geen behoefte zou bestaan aan een crediteurencommissie in de faillissementen van de dochters, omdat Royal Imtech een 403-verklaring had afgelegd en de vorderingen van de crediteuren van de dochters daarom toch al aan de orde konden komen in de crediteurencommissie van Royal Imtech. Rabobank voerde daartegen aan dat weliswaar door de aansprakelijkheid van Royal Imtech aan de passivazijde materieel sprake was van consolidatie, maar dat zonder een crediteurencommissie in ieder van de dochters, de beslissingen die curatoren zouden nemen in hun hoedanigheid van curatoren van die dochters aan het zicht van de crediteurencommissie in Royal Imtech zouden kunnen worden onttrokken. In haar eindbeschikking oordeelde de rechtbank dat voor geen van de dochters de instelling van een crediteurencommissie nodig was. Sommige dochters waren leeg en bij één dochter diende een schikking met de banken plaats te vinden, zodat Rabobank daar sowieso zicht op had en andere crediteuren daar geen rol bij speelden.

Slotopmerkingen over de crediteurencommissie

Mijns inziens zijn al deze gevechten over de instelling van een crediteurencommissie enigszins oneigenlijk, omdat de bedoeling van de wetgever was dat, in de kort na de opening van het faillissement te houden verificatievergadering, *de crediteuren* zouden beslissen over de instelling van een crediteurencommissie, zonder dat de rechter-commissaris of de rechtbank die instelling kon weigeren. In faillissementen waar die instelling niet de moeite waard zou zijn, zou men mogen verwachten dat de crediteuren geen behoefte zouden hebben aan zo'n commissie die immers ook voor hen de nodige inspanningen met zich zou brengen. Een echte belemmering voor de afwikkeling kan zo'n commissie ook niet vormen, omdat de crediteurencommissie geen beslissingsbevoegdheid heeft. Zij mag slechts adviseren en onderzoeken en in sommige gevallen dient bij verschil van inzicht tussen de commissie en de curator de rechter-commissaris te beslissen. De terughoudendheid van de rechterlijke macht om mee te werken aan de instelling van een voorlopige commissie in de gevallen waarin de verificatievergadering niet binnen de wettelijke termijn plaatsvindt, vind ik dan ook misplaatst.

Zowel in het wetsontwerp dat INSOLAD op 13 december 2012 indiende als in haar ontwerp voor een surseanceverordening^[12] wordt voorzien in een schuldeisersvergadering die spoedig na de opening van het faillissement, respectievelijk de voorlopige surseanceverlening, wordt gehouden, ook indien er (nog) geen aanleiding is om de schulden te verifiëren. In die eerste vergadering dient dan ook steeds de vraag aan de orde te zijn of een schuldeiserscommissie dient te worden ingesteld. Ik zal op deze bepalingen hier niet verder ingaan, omdat deze bijdrage niet zozeer gaat over de instelling van een crediteurencommissie en dit onderwerp hier slechts van belang is voor zover die instelling een bijdrage kan leveren tot een betere afweging van de belangen van de onderscheiden boedels.

Belangentegenstellingen (vervolg)

Het voorgaande neemt niet weg dat er ook *binnen* een boedel zeer aanzienlijke belangentegenstellingen kunnen bestaan tussen de diverse categorieën crediteuren. Die belangenverschillen kunnen er bijvoorbeeld betrekking op hebben dat concurrente crediteuren erbij gebaat kunnen zijn als de curator met succes een gepretendeerde preferentie of een gepretendeerd zekerheidsrecht betwist. Ook kan er natuurlijk een belang bestaan bij de betwisting van de hoogte van de vorderingen van andere crediteuren. Maar zelfs als alle schulden van de boedel en daarmee gepretendeerde preferenties en zekerheidsrechten volledig vaststaan, blijven er belangenverschillen. Stel een pandhouder mag verwachten dat bij liquidatieverkoop van de aan hem verpande goederen zijn vordering net betaald kan worden terwijl er geen vrij actief is. Wordt de onderneming echter voortgezet dan doet zich de mogelijkheid voor dat de opbrengst van de goederen veel hoger is zodat ook aan de concurrente crediteuren nog een bedrag toevalt, maar ook doet zich dan de mogelijkheid voor dat de voortzetting een flop wordt en de verpande goederen nog minder zullen opbrengen dan de aanvankelijke liquidatiewaarde. In zo'n geval heeft de pandhouder belang bij onmiddellijke liquidatieverkoop, terwijl de concurrente crediteuren belang hebben bij voortzetting van de onderneming. Het begrip "gezamenlijk belang van de crediteuren" is dan ook verwarrend, omdat in veel gevallen er dus juist niet zo'n gezamenlijk belang is. Beleid dat in het belang is van de één is niet in het belang van de ander. Hier wreekt zich dat de wet geen regels omtrent de afweging van de uiteenlopende belangen van de betrokken crediteuren bevat waar de curator zich aan zou moeten houden wanneer hij zijn beleid bepaalt. Omdat de pandhouder separatist is kan hij hier tot op zekere hoogte sturend in optreden, zij het dat hij

voor een onderhandse verkoop in principe medewerking van de curator nodig heeft.^[13] Het is de vraag of zo'n liquidatieverkoop wel altijd helemaal gerechtvaardigd is. Zo kan zich de situatie voordoen waarin de kans op een hogere opbrengst bij enige vorm van voortzetting heel groot is en het risico dat de verpande goederen minder zullen opbrengen heel klein. In het geval waarin een financier hoofdelijk krediet heeft verleend aan een aantal tot een groep behorende vennootschappen en die vennootschappen zekerheden hebben verstrekt is de analyse welke beleidslijn in het belang is van de "boedel" van een individuele vennootschap, soms nog moeilijker te maken.

Ik zal nu nog een enkele illustratie geven van de wijze waarop de belangen van de boedels van de diverse vennootschappen uiteen kunnen lopen in een groepssituatie. Voor de eenvoud doe ik daarbij een stapje terug en ga ik ervan uit dat er in alle boedels alleen maar concurrente crediteuren zijn, zodat de belangen binnen iedere boedel gelijkgericht zijn.

Stellen wij ons een bedrijf voor dat goederen produceert. Het heeft al het onroerend goed waarin de werkzaamheden worden uitgevoerd ondergebracht in één "onroerend goed-vennootschap" en de productie zelf in een "productievennootschap". Er worden omzetverliezen gemaakt en de hele groep gaat failliet. De curator van de produktievennootschap verwacht dat voor het gehele bedrijf een goede koopprijs verkregen kan worden indien nog een half jaar wordt voortgeproduceerd. Daarvoor is dan wel noodzakelijk dat ook het onroerend goed voor het bedrijf behouden blijft. De curator van de onroerend goed-vennootschap verwacht echter dat als hij het onroerend goed separaat en spoedig in de markt zet vrijwel zeker is dat hij het onroerend goed voor een zodanige prijs zal kunnen verkopen, dat zijn crediteuren 95% van hun vorderingen zullen kunnen ontvangen. Wordt de productievennootschap nog een half jaar voortgezet dan zou het deel van de koopprijs dat aan de onroerend goed-vennootschap toekomt wel eens hoger kunnen zijn, maar als de voortzetting mislukt kan die ook veel lager zijn. Men zou dus kunnen zeggen dat de crediteuren van de onroerend goed-vennootschap een overwegend belang hebben bij separate verkoop en de crediteuren van de productievennootschap een overwegend belang bij voortzetting. In principe zou deze casus kunnen worden opgelost doordat afspraken gemaakt worden tussen de beide curatoren over een redelijke compensatie voor het vasthouden van het onroerend goed. Er zijn echter diverse complicaties mogelijk. Ten eerste laat zich denken dat de curator van de onroerend goed-vennootschap gebruik maakt van zijn hold outpositie door meer van de curator van de productievennootschap te trachten te bedingen dan een redelijke afdekking van het risico. Door dat te doen handelt hij wel degelijk in het belang van de crediteuren van *zijn* vennootschap. Ook is mogelijk dat de crediteuren van de onroerend goed-vennootschap niet een identiek belang hebben. Zo is denkbaar dat een crediteur van de onroerend goed-vennootschap tevens crediteur is van de productievennootschap. Dat kan zijn op grond van een garantie voor de verplichtingen van de onroerend goed-vennootschap, maar het kan ook een geheel andere schuld zijn. Zulke crossinterests komen veel voor. Deze ene crediteur heeft dan misschien belang bij voortzetting, terwijl de andere crediteuren van de onroerend goed-vennootschap belang hebben bij separate verkoop. Kortom, in het kader van een groepsfaillissement kunnen er vele conflicterende belangen zijn, tussen boedels als geheel of tussen crediteuren. Het afstemmen van het beleid op een adequate omgang met die belangentegenstellingen is een gecompliceerde opgave.

Ik ken geen land^[14] dat een uitgewerkte regeling heeft voor de coördinatie van groepsfaillissementen. De regeling in de Verenigde Staten die erop neerkomt dat de crediteurencommissies de belangen van de individuele boedels moeten behartigen onder toezicht van een gemeenschappelijke bankruptcy court komt er misschien nog het dichtste bij. In internationaal verband is er wel het een en ander.

Groepen in een internationale context

De onlangs herziene Europese Insolventieverordening^[15] die vanaf 26 juni 2017^[16] van toepassing wordt bevat een hoofdstuk over groepsinsolventies (hoofdstuk V). Aan de totstandkoming is een uitvoerige discussie vooraf gegaan. Bij de Europese Insolventieverordening gaat het om groepen die in meerdere lidstaten zetelen. De insolventieprocedures worden (behoudens de nog te noemen groepscoördinatieprocedure) geopend in de lidstaat waar de individuele groepsvennootschap haar centrum van voornaamste belangen heeft en de regels van dit hoofdstuk van de Europese Insolventieverordening zien vooral op de coördinatie van insolventieprocedures die in verschillende lidstaten zijn geopend. Deze grensoverschrijdende context brengt vragen met zich die verband houden met de soevereiniteit van de individuele lidstaten die in nationaal verband natuurlijk niet spelen.

In een internationale context laten zich vier modellen denken om met groepen van insolvente vennootschappen om te gaan. Het eerste model is het model waarbij aan de curatoren in de procedures van de groepsvennootschappen bevoegdheden worden toegekend om de coördinatie te bevorderen, maar zonder enige vorm van hiërarchie. Daarbij valt te denken aan recht op informatie omtrent andere insolventieprocedures, het recht gehoord te worden in andere insolventieprocedures, het recht een akkoord aan te bieden in andere insolventieprocedures en het recht de faillissementsrechter van een andere insolventieprocedure te verzoeken aan de curator bevelen te geven in het belang van de coördinatie. Bij dat laatste valt dan bijvoorbeeld te denken aan een verzoek tot schorsing van liquidatieverrichtingen. Zoals hierna nog aan de orde zal komen is dit het model dat in hoofdzaak is gekozen in de herziene Europese Insolventieverordening. Het tweede

model houdt in dat aan één van de curatoren bijzondere bevoegdheden toekomen. Zo zou aan de curator van de moeder vennootschap de uitsluitende bevoegdheid kunnen toekomen een akkoord aan te bieden aan alle crediteuren, zou zijn toestemming vereist kunnen zijn voor activatransacties van de dochter (mogelijk behoudens een rechtsmiddel voor de curator van de dochter) zou het recht op informatie eenzijdig bij hem kunnen liggen enzovoorts. In de Europese context was dat model niet haalbaar omdat dat zou betekenen dat de curator uit lidstaat A zeggenschap zou krijgen over de insolventieprocedure met betrekking tot een vennootschap in lidstaat B. Daar komt nog bij dat vrij gemakkelijk te manipuleren valt welke vennootschap als moeder vennootschap aangemerkt dient te worden (bijvoorbeeld door hier en daar een vennootschap te verhangen). In de Europese context betekent dat dat in wezen een jurisdictie voor de moeder vennootschap gekozen kan worden en dus ook een jurisdictie voor de curator die zeggenschap krijgt over de dochters. Het derde model houdt in dat dezelfde curator wordt benoemd in alle faillissementen. Dit is het model dat in Nederland veelvuldig wordt gevolgd. Zoals hiervoor besproken is, werkt dat model efficiëntie in de hand, maar indien maatregelen ontbreken die behartiging van de belangen van de individuele boedels bewerkstelligen, bergt dit model het gevaar in zich dat belangentegenstellingen worden weggemoffeld. In een internationale context doet zich bovendien het probleem voor dat die ene curator zich voldoende thuis zou moeten voelen in diverse rechtssystemen^[17] om daar het faillissement van de groepsvennootschap af te wikkelen. Het vierde model ten slotte houdt in dat alle faillissementen worden versmolten en alle activa op één hoop worden gegooid. De verschillende posities van de crediteuren in de onderscheiden faillissementen worden dan genegeerd of moeten met compenserende maatregelen worden opgelost. Men spreekt dan van substantive consolidation. Het model kan in Europa op weinig bijval rekenen, maar wordt in de Verenigde Staten wel toegepast. De Hoge Raad heeft in het Zilfa-arrest^[18] impliciet de mogelijkheid onderkend dat indien de boedels niet gescheiden kunnen worden zij als één geheel moeten worden afgewikkeld. Dat is een beetje een “waar niets is verliest de keizer zijn recht”-geval.

De herziene Europese Insolventieverordening kent allereerst een coördinatiestelsel zoals uiteengezet bij het eerste model. Artikel 56 H-IVO bepaalt dat insolventiefunctionarissen (“IFs”) (=bewindvoerders en curatoren) van insolventieprocedures van groepsvennootschappen met elkaar dienen samen te werken “voor zover die samenwerking geschikt is om de doeltreffende uitvoering van deze procedures te vergemakkelijken, niet onvereenbaar is met de op die procedures toepasselijke regels en geen belangenconflict veroorzaakt”. Die laatste beperking is natuurlijk in het bijzonder interessant voor het onderhavige onderwerp. De samenwerkingsverplichting impliceert een informatieverplichting. De artikelen 57 en 58 H-IVO vestigen vergelijkbare samenwerkings- en informatieverplichtingen in de relatie tussen de rechtbanken bij welke de insolventieprocedures aanhangig zijn en tussen de rechtbanken en IFs uit de andere groepsinsolventieprocedures.^[19] Onder artikel 56 H-IVO dienen de IFs onder meer na te gaan of het mogelijk is de leden van de groep die aan een insolventieprocedure onderworpen zijn, te herstructureren, en, indien dat zo is, dienen zij te overleggen over het voorstel en de onderhandeling inzake een gecoördineerd herstructureringsplan. De bepalingen tonen het belang van de definitie van groepsvennootschappen, omdat de samenwerkingsverplichting niet bestaat indien de insolventieprocedures niet betrekking hebben op vennootschappen die tot dezelfde groep behoren. Op grond van artikel 2 H-IVO is het begrip “groep” ontleend aan Richtlijn 2013/34/EU.^[20] Iedere IF die in een groepsinsolventieprocedure is benoemd heeft het recht gehoord te worden in iedere andere groepsinsolventieprocedure. Indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan kan hij bovendien verzoeken om schorsing van elke met de afwikkeling van de boedel verband houdende maatregel uit elke andere groepsinsolventieprocedure.

Ieder van de IFs kan voorts verzoeken om de opening van een groepscoördinatieprocedure (“GCP”) en de benoeming van een groepscoördinator. Uitgangspunt is dat de rechtbank die het eerst benaderd is beslist over de opening van de GCP en dat de procedure onder het toezicht van die rechtbank valt. De IFs van de betrokken procedures kunnen echter bij twee derde meerderheid kiezen voor een ander forum. In alle gevallen kan de GCP slechts geopend worden in een lidstaat waar ook een groepsinsolventieprocedure is geopend. Op deze wijze is vermeden enige bijzondere bevoegdheid te geven aan de jurisdictie van de moeder vennootschap. De IFs van de groepsvennootschappen die in het voorstel worden genoemd kunnen ervoor kiezen niet mee te doen en zij kunnen ook bezwaar maken tegen de voorgestelde groepscoördinator. De groepscoördinator kan aanbevelingen doen voor de gecoördineerde uitvoering van de insolventieprocedures en kan een groepscoördinatieplan voorstellen. De IFs zijn niet gehouden de aanbevelingen op te volgen en het groepscoördinatieplan uit te voeren, maar zij mogen dat slechts gemotiveerd weigeren. Hier geldt dus een *comply or explain*-systeem. De groepscoördinator kan ook een verzoek doen tot schorsing van liquidatieverrichtingen.

UNCITRAL Legislative Guide

Deel 3 van de Uncitral Legislative Guide on Insolvency^[21] (totstandgekomen in 2010) heeft betrekking op “*Treatment of enterprise groups in insolvency*”. Deze niet-bindende legislative guide bevat beschouwingen over de omgang met groepsinsolventies en bevat ook een aantal aanbevelingen. Interessant is bijvoorbeeld aanbeveling 211 die inhoudt dat failliete groepsvennootschappen elkaar boedelkredieten zouden moeten kunnen verschaffen of zekerheid zouden moeten kunnen stellen voor een boedelkrediet dat door een derde aan andere groepsvennootschappen wordt verstrekt,

mits (aanbeveling 212) de verstrekkende boedel daarbij belang heeft. Op grond van aanbeveling 220 zou substantive consolidation alleen maar mogen plaatsvinden "(a) Where the court is satisfied that the assets or liabilities of the enterprise group members are intermingled to such an extent that the ownership of assets and responsibility for liabilities cannot be identified without disproportionate expense or delay; or (b) Where the court is satisfied that the enterprise group members are engaged in a fraudulent scheme or activity with no legitimate business purpose and that substantive consolidation is essential to rectify that scheme or activity." Aanbeveling 233 betreft de benoeming van eenzelfde curator in verscheidene groepsinsolventieprocedures. De aanbeveling luidt: "The insolvency law should specify measures to address any conflict of interest that might arise when a single or the same insolvency representative is appointed to administer insolvency proceedings with respect to two or more enterprise group members. Such measures may include the appointment of one or more additional insolvency representatives." Zoals bekend bevat onze Faillissementswet dergelijke regels niet. De aanbeveling van UNCITRAL is dus om daarin te voorzien.

De geconsolideerde activatransactie en het geconsolideerde reorganisatieplan

De twee belangrijkste instrumenten om een reorganisatie in een insolventieprocedure te bewerkstelligen zijn de activatransactie en het reorganisatieplan (akkoord). In Nederland vinden vrijwel alle reorganisaties plaats door middel van een activatransactie, omdat dit instrument veel eenvoudiger is en omdat op dit moment een akkoord alleen de concurrente crediteuren in hun rechten kan verkorten. Het ontwerp WCO II voorziet echter in een buitengerechtelijk reorganisatieplan^[22] waardoor ook de rechten van preferente en zekerheidscrediteuren kunnen worden aangetast en dit zou er wel eens toe kunnen leiden dat reorganisatieplannen populairder worden. Zij bieden namelijk als voordeel dat een andere verdeling overeengekomen kan worden dan de verdeling waarin de wet voorziet. Zo kan overeengekomen worden dat concurrente crediteuren een deel van hun vordering voldaan krijgen ook als de preferenten niet volledig worden betaald.^[23] De op 22 november 2016 uitgevaardigde EU ontwerp richtlijn 2016/0359 (COD) voorziet overigens in een verplichting voor de lidstaten om de mogelijkheid voor dergelijke reorganisatieplannen te creëren. Het ligt voor de hand dat, indien de mogelijkheid voor dergelijke reorganisatieplannen wordt gecreëerd voor het buitengerechtelijk dwangakkoord, ook de regelingen voor de akkoorden in surseance en faillissement in die zin worden aangepast. Anders zou de onlogische situatie ontstaan dat een akkoord buiten insolventieprocedure verder zou kunnen gaan dan een akkoord in surseance of faillissement. Het INSOLAD-surseancevoorstel voorziet in een dergelijk akkoord in surseance.^[24] In het kader van groepsinsolventies laat zich natuurlijk denken dat in iedere insolventieprocedure afzonderlijke activatransacties plaatsvinden of afzonderlijke akkoorden worden aangeboden waarbij tussen die activatransacties en akkoorden coördinatie plaatsvindt.

Ter verwezenlijking van de synergie laat zich ook een activatransactie denken onder auspiciën van één daartoe aangewezen curator waarbij going concern de levensvatbare onderdelen van de onderneming verkocht worden die verspreid zijn over diverse vennootschappen in insolventieprocedures (geconsolideerde activatransactie). Ook laat zich de mogelijkheid denken van een geconsolideerd reorganisatieplan waarover alle crediteuren van alle betrokken vennootschappen kunnen stemmen. Bij de geconsolideerde activatransactie zou bijvoorbeeld de curator van de moederverenootschap de bevoegdheid kunnen hebben om de activa van alle tot de groep behorende insolvente vennootschappen te verkopen onder toezicht van één rechtbank. In wezen gebeurt dat al in de gevallen waarin in de diverse groepsinsolventieprocedures dezelfde curatoren zijn benoemd. Nadeel van deze methodiek is dat de opbrengsten vervolgens dienen te worden verdeeld over de groepsinsolventieprocedures en dat de invloed van de diverse crediteurengedingen zonder zekerheidsrechten op het proces zeer beperkt is, terwijl de belangentegenstellingen tussen de boedels evident zijn. Bij gecombineerde verkoop van activa uit verschillende faillissementen die veel meer opbrengt dan de verkoop van die activa los van elkaar, speelt de vraag van de toedeling van de synergiebonus.

De oplossing van een geconsolideerd reorganisatieplan heeft kenmerken die aan deze bezwaren tegemoet kunnen komen. Onder de Amerikaanse Chapter 11 procedure zijn regels ontwikkeld om belangenconflicten tussen crediteuren te overbruggen. In essentie komen die regels erop neer dat alleen crediteuren die eenzelfde belang hebben worden ingedeeld in dezelfde klasse. Het akkoord kan erin voorzien dat lager gerangschikte crediteuren een uitkering ontvangen hoewel hoger gerangschikte crediteuren niet volledig betaald worden. Uitgangspunt voor het akkoord is dat iedere crediteur tenminste ontvangt wat hij bij liquidatie in faillissement zou krijgen. De akkoordonderhandelingen gaan daarom over de wig tussen de liquidatiewaarde en de going concernwaarde. Stemt een hoger gerangschikte klasse van crediteuren vóór het akkoord ondanks het feit dat de lager gerangschikte crediteuren ook iets ontvangen dan, zo is de gedachte, acht de meerderheid van de tot die hogere klasse behorende crediteuren het akkoord niettemin in haar belang. Aldus is de verdeling in feite het resultaat van onderhandeling tussen de klassen.^[25] Dit principe kan ook worden toegepast op een akkoord dat meerdere insolventieprocedures van groepsvennootschappen omvat. In dat geval zullen de crediteuren van verschillende vennootschappen in verschillende klassen moeten worden ingedeeld die alle over het akkoord stemmen. De homologatie van het geconsolideerde akkoord zal vervolgens in één procedure voor één rechtbank moeten plaatsvinden. INSOL Europe heeft in zijn voorstel voor de herziene Insolventieverordening van 2012^[26] een

regeling voor een dergelijk geconsolideerd akkoord opgenomen in een grensoverschrijdende situatie. Die regeling is ook toepasbaar in de nationale context en biedt twee grote voordelen boven de geconsolideerde activatransactie. Ten eerste is zij de resultante van (gestroomlijnde) onderhandelingen tussen de crediteuren waardoor de belangenconflicten moeten worden overbrugd. Ten tweede worden vragen omtrent toedeling van opbrengsten aan de onderscheiden insolventieprocedures en omtrent verkoopbeleid daarmee opgelost. Juist omdat de crediteuren bij een dergelijk proces in veel grotere mate worden betrokken dan bij een geconsolideerde activatransactie is de uitkomst voor de crediteuren bovendien veel beter te aanvaarden en de kans dat zij bereid zullen zijn de onderneming na de geslaagde reorganisatie te blijven bedienen veel groter. Recommendation 237 van de UNCITRAL Legislative Guide bepaalt overigens ook dat de wet in dergelijke plannen zou moeten voorzien.^[27]

Conclusie

In Nederland wordt bij groepsinsolventies veelal gewerkt met de benoeming van dezelfde curator in alle groepsinsolventieprocedures. Hoewel dit systeem efficiency in de hand werkt, doet het onvoldoende recht aan de belangentegenstellingen. Recommendation 233 uit de UNCITRAL Legislative Guide bepaalt ook dat de wet regels zou moeten bevatten die in hantering van de belangenconflicten voorzien. Een mogelijke oplossing zou gevonden kunnen worden in de instelling van een groepscrediteurencommissie of van crediteurencommissies in de afzonderlijke insolventieprocedures. Voorts is het wenselijk dat de wet voorziet in de regeling voor een geconsolideerd akkoord. Nu de wetgever voornemens is een aan het Amerikaanse Chapter 11 akkoord ontleend dwangakkoord in de wet op te nemen waarbij de crediteuren worden ingedeeld in klassen en ook preferente en zekerheidscrediteuren in hun rechten worden gekort, kan het geconsolideerd akkoord volgens dezelfde principes worden opgezet.

Voetnoten

[1]

Robert van Galen is advocaat bij Nauta Dutilh in Amsterdam.

[2]

HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804, *NJ* 2002/94 (noot Maeijer), *JOR* 2002/2 (m.nt. Bartman).

[3]

Ik merk op dat men de laatste tijd wel iets meer gevallen ziet waarin verschillende curatoren benoemd worden voor verschillende vennootschappen. Voorbeelden zijn Imtech en DSB.

[4]

HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:AR3406 en AS 3534; *NJ* 2005/249 en 250.

[5]

Noot onder Rb. Rotterdam 26 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3184, *JOR* 2016/252.

[6]

Rb. Zutphen 4 maart 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AT0253; Rb. Amsterdam 25 maart 2003, *JOR* 2003/154 en Rb. Rotterdam 21 juni 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA 7839.

[7]

HR 6 juni 2014, *NJ* 2014/299. ECLI:NL:HR:2014:1338.

[8]

FD van 7 november 2016.

[9]

Ten tijde van het voltooien van deze bijdrage is de precieze inhoud van het vonnis mij nog niet bekend.

[10]

ECLI:NL:RBROT:2015:9476, *JOR* 2016/80.

[11]

ECLI:NL:RBROT:2016:3184, *JOR* 2016/252.

[12]

Zie op de website van INSOLAD.

[13]

Zie daarover mijn recente bijdrage aan *TvI*, 'Het belang van de separatist en de curator bij de artikelen 57 en 58 Fw', *TvI* 2016/29.

[14]

Zie echter het Duitse wetsvoorstel Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen, die nog steeds in de Bundestag aanhangig is: zie de mededeling van 24 november 2016: https://www.bundestag.de/blob/481668/2b3a74b565040a2783f50e4d10b2cc3b/097_30_11_2016-data.pdf. De voorgestelde regeling lijkt in een aantal opzichten sterk op de regeling in de hierna nog te bespreken herziene Europese Insolventieverordening.

[15]

Verordening van 20 mei 2015, EU 2015/848, L141/19.

[16]

Zie de rectificatie voor alle taalversies van 11 november 2016, 2012/0360 (COD), 11707/16.

[17]

En talen.

[18]

HR 25 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9980, NJ 1988/136.

[19]

Onder "groepsinsolventieprocedures" versta ik insolventieprocedures van tot dezelfde groep behorende vennootschappen.

[20]

Richtlijn 2013/34/EU van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen.

[21]

Te vinden op de UNCITRAL website.

[22]

Zie voor dit voorstel de website van INSOLAD.

[23]

In verband met de zgn. absolute priority rule zullen de preferente crediteuren dan wel in meerderheid voor het reorganisatieplan moeten stemmen

[24]

De procedure is in zoverre buitengerechtelijk dat de voorbereiding en stemming plaatsvinden zonder dat een surseance of faillissement is geopend. Het akkoord dient wel door de rechter te worden gehomologeerd.

[25]

Stemt een klasse tegen, dan kan die door de rechter overruled worden, maar dit kan niet indien een lager gerangschikte klasse iets onder het akkoord verkrijgt of behoudt. Dit noemt men de absolute priority rule.

[26]

Zie Chapter VI, The European Rescue Plan, in : Revision of the European Insolvency Regulation, Proposals by INSOL Europe (INSOL Europe 2012), R. J. van Galen e.a., p. 101-108. Zie op de website van Insol Europe.

[27]

In deze recommendation worden zij overigens aangeduid als coordinated reorganisation plans.